



**FESTSKRIFT TIL
JØRGEN
BLOMQVIST**

MORTEN ROSENMEIER, THOMAS RIIS,
JENS SCHOVSBO & HENRIK UDSEN (RED.)

MORTEN ROSENMEIER, THOMAS RIIS,
JENS SCHOVSBO & HENRIK UDSEN (RED.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2021 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion. KATE GILBERT (engelsk) og LINO VOGT (dansk) har været ansvarlige for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2021 the editors and contributing authors severally

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-420-0041-0

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Bogen er udgivet med støtte fra Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) og Dreyers Fond



dreyersfond

FairPublishing

DISSE STUDIER TILEGNES
ADJUNGERET PROFESSOR, LIC.JUR. JØRGEN BLOMQVIST
I ANLEDNING AF HANS 70 ÅRS FØDSELSDAG DEN 7. MAJ 2021



Kapiteloversigt

	Forord	xxiii
1	Forfatternes Forvaltningsselskab – skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab	1
	<i>Leder Henrik Faursby Ahlers, UBVA-sekretariatet, & direktør Stig von Hielmcrone, Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA</i>	
2	Ophavsretlig specialisering – fordele og risici	19
	<i>Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet</i>	
3	Copyright and Artificial Intelligence —with a focus on the area of music	33
	<i>Senior Lecturer, Jur. Dr (LL.D.) Johan Axhamn, School of Economics and Management, Lund University</i>	
4	Parodirettslig vakuum i norsk rett	87
	<i>Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo</i>	
5	Do the Right Thing! Authors’ contracts in the 2019 copyright directive	131
	<i>President of ALAI Italia, Stefania Ercolani, SciencesPo Paris, former professor of cultural property law</i>	
6	Half-Opened “Umbrella” —Interpretation problems of Article 8 of the WCT	163
	<i>Member Mihály Ficsor, Hungarian Copyright Council, former Assistant Director General of WIPO</i>	
7	§ 35 gennem 35 år	191
	<i>Advokat og partner Terese Foged, Lassen Ricard advokatfirma</i>	

8	Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada	231
	<i>Professor Ysolde Gendreau, Faculty of Law, Université de Montréal</i>	
9	Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin	253
	<i>Jane C. Ginsburg, Columbia University School of Law</i>	
10	Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura	269
	<i>Konsulent Martin Gormsen</i>	
11	Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union	283
	<i>Professor Emeritus Frank Gotzen, KU Leuven, President of ALAI International</i>	
12	Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder	295
	<i>Advokat Anders Sevel Johnsen, Dansk Journalistforbund</i>	
13	Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder	327
	<i>Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel</i>	
14	Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko	343
	<i>Professor (mso), LL.M, ph.d. Torsten Bjørn Larsen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet.</i>	
15	A Phonogram, to be or not to be?	367
	<i>Professor Dr. Silke von Lewinski, Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, Munich</i>	
16	Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder	381
	<i>Ordförande Jukka Liedes, Upphovsrättsliga Föreningen i Finland</i>	
17	Anne Black-sagen	403
	<i>Professor, ph.d. Bent Ole Gram Mortensen, Syddansk Universitet</i>	
18	Danser la vie	419
	<i>Victor Nabhan</i>	
19	EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder	421
	<i>Juridisk konsulent Dan Stausholm Nielsen, UBVA</i>	

- 20 Ophavsret og ytringsfrihed 435**
Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen & partner Jakob Plesner, begge Ples&Lindholm
- 21 Universitetspersonals opphovsrett och öppen publicering – finsk synpunkt 459**
Professor Rainer Oesch, University of Helsinki
- 22 Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner 471**
Direktør Anders Rasch & afdelingschef Martin Kyst, begge Copydan Tekst & Node
- 23 Treaty Interpretation and Treaty Making 485**
Professor Emeritus Sam Ricketson, Melbourne Law School, Victoria, Australia
- 24 Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten 507**
Professor, dr.jur. Thomas Riis, CIIR, Københavns Universitet
- 25 The RAAP Decision of the CJEU —What Happened to Reciprocity? 525**
Professor, dr.juris Ole-Andreas Rognstad, University of Oslo
- 26 The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration —Details of the RAAP case 549**
Professor Emeritus, Dr. Jan Rosén, Stockholm University
- 27 Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen? 569**
Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet
- 28 Æres den som æres bør – EU-harmonisering af ophavsftaleretten 597**
Professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo, CIIR, Københavns Universitet
- 29 Linking after VG Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story? 623**
Associate Professor, PhD Sebastian Felix Schwemer, CIIR, University of Copenhagen
- 30 DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse? 641**
Advokat Peter Schönning

31	Operationalizing Vigeland —2 x 2 Public Order and Morality Arguments	653
	<i>Professor dr. Martin Senftleben, IViR, University of Amsterdam</i>	
32	Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions	693
	<i>Associate Professor, PhD Stina Teilmann-Lock, Copenhagen Business School</i>	
33	Mellemmandsoverføring?	707
	<i>Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet</i>	
34	Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser	729
	<i>Adjunkt, ph.d. Jøren Ullits, Syddansk Universitet</i>	
35	Titelbeskyttelsen i dansk ret	745
	<i>Advokat (L), ph.d. Knud Wallberg</i>	

Indholdsfortegnelse

Forord

xxiii

1	Forfatternes Forvaltningsselskab	
	– skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab	1
1.	Indledning	1
2.	Hvad laver FFS?	2
3.	Den historiske baggrund for FFS.	3
4.	Forfatternes Taskforce	4
5.	Hvad skulle FFS lave?	5
6.	Stiftelsen af FFS	6
7.	Opstarten af FFS	6
8.	Den daværende finansiering af FFS	7
9.	Lone Amtrup og Mogens Blicher Bjerregaard forlader DJ	9
10.	Det nuværende formandskab	9
11.	Lov om kollektiv forvaltning – betydningen for FFS	10
12.	Medieovervågning for UBVA, DFF og DSF	11
13.	FFS' forretning begynder at tage form	12
14.	Krisen i slutningen af 2017	12
15.	Fordelingsprincipper for individuel fordeling af AV-midler	14
16.	Medieovervågning og udlodning i FFS	15
17.	Forholdet til andre kollektive forvaltningsselskaber	16
18.	FFS i dag	17
19.	Lidt om fremtiden – nogle udfordringer bliver ikke mindre	18
2	Ophavsretlig specialisering – fordele og risici	19
1.	Emnet og dets baggrund	19
2.	Hvorfor specialisering?	22
3.	Juridisk specialisering	23
4.	Den ophavsretlige specialisering	24
5.	Specialiseringens risici	27
6.	Refleksioner	29

3	Copyright and Artificial Intelligence	33
	—with a focus on the area of music	
1.	Introduction	33
2.	Artificial intelligence	35
2.1.	General	35
2.2.	Artificial intelligence in the arts and literature	42
2.2.1.	General	42
2.2.2.	AI in music	43
3.	AI-generated subject matter and copyright	49
3.1.	General starting points and principles	49
3.2.	AI as a legal entity	49
3.3.	Use of existing works as input data	50
3.3.1.	Does an AI's analysis of existing works "count" for copyright purposes?	50
3.3.2.	Is use covered by the exception/limitation in Section 11a of the Copyright Act?	52
3.3.3.	Is use covered by the exception in Article 4 of the DSM Directive?	56
3.4.	Can AI-generated subject matter obtain copyright protection?	58
3.4.1.	General prerequisites for copyright protection	58
3.4.1.1.	Works and creation	58
3.4.1.2.	First and subsequent ownership of copyright	62
3.4.2.	AI-generated subject matter in the light of general copyright requirements	64
3.4.2.1.	General	64
3.4.2.2.	Distinction between adaptations and new, independent works	68
3.4.2.3.	On the copying of style and manner	69
3.5.	Can AI-generated subject matter be protected by related rights?	70
3.6.	International outlook	74
3.6.1.	General	74
3.6.2.	United Kingdom	76
3.6.3.	USA	77
3.6.4.	Japan	79
3.6.5.	China	79
4.	Conclusions and considerations	80
4.1.	General	80
4.2.	Considerations	81

4	Parodirettslig vakuum i norsk rett	87
1.	Om temaet og de rettslige problemstillingene	87
1.1.	Parodibegrepet i estetisk teori	90
1.1.1.	Diskrepans mellom det rettslige og det estetiske begrepet	90
2.	Den tradisjonelle parodiregelen i norsk rett	92
2.1.	Premisser for drøftelsen	92
2.2.	Innfrikr parodien kravet til originalitet og til ikke å krenke forelegget?	97
3.	EU-retten og Deckmyn-saken fra 2014	106
3.1.	Innledning – Norge og EU-retten	106
4.	Parodiregelen i norsk rett – etter Deckmyn-saken	112
4.1.	Problemstillinger og metode for drøftelsen	112
4.2.	Tilstanden i norsk rett etter EØS-avtalen og Deckmyn-saken	115
5.	Konklusjon	125
6.	Litteraturliste	126
5	Do the Right Thing! Authors' contracts in the 2019 copyright directive	131
1.	Why Chapter 3 is so important for creators	131
2.	Why Chapter 3 is so important for the European Single Market	137
3.	The principles of Chapter 3	141
4.	Exclusions and derogations	143
5.	The pivotal role of Article 18	144
6.	Economic value	147
7.	Transparency	149
8.	Contractual adjustment	151
9.	The individual contract and collective agreements	153
10.	Alternative Dispute Resolution	154
11.	Revocation	156
12.	National treatment, applicable law	159
6	Half-Opened “Umbrella” — Interpretation problems of Article 8 of the WCT	163
1.	Introduction	163
2.	Emergence of the “umbrella solution,” and its distorted application in Article 8 of the WCT	164
3.	Erroneous theories according to which, for an act of making available the public to take place, the making available of a work to the public is not sufficient	170
4.	Impact of the legal characterization of the right of making available to the public	177
5.	De-Stockholm-ization as part of the solution to the problems: opening the “umbrella” to apply the right of interactive making available to the public for copyright too	188

7	§ 35 gennem 35 år	191
1.	1985: Lancering af § 22 a	192
1.1.	Fremsættelse	192
1.2.	Behandling	197
1.2.1.	Sammenhæng med hybridnettet – den teknologiske udvikling	197
1.2.2.	Ophavsret eller ej	199
1.2.3.	Tvangslicens	202
1.2.4.	Copydan som fællesorganisation	205
1.3.	Vedtagelse	207
1.4.	Implementering: Copydan og samarbejdet med tv-stationer via UBOD	207
2.	1989: Tilføjelse til § 22 a	211
3.	1995: § 22 a bliver til § 35 og ændret	212
4.	1997: § 35 ændres fra en tvangs- til en aftalelicensordning	213
4.1.	Aftalelicensen	213
4.2.	Forholdet til nationale rettighedshavere	216
4.3.	Det nærmere anvendelsesområde	218
4.4.	Vedtagelse	221
5.	2014: § 35 udvides til on-demand udnyttelse mv.	223
5.1.	Ajourføring af ordningen giver lovgivningsmæssig opbakning	223
5.2.	De nye bestemmelser	226
6.	2021	229
8	Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada	231
1.	Patent Law	234
2.	Trademarks and Geographical Indications	236
3.	Authors' Rights and Related Rights	240
4.	Some Contextual Elements	243
5.	Conclusion	250
9	Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin	253
1.	Works with several co-authors from different Union countries:	255
2.	What is the country of origin of a work exclusively made available over digital networks?	260

10	Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura	269
1.	Indledning	269
2.	Nærmere om godtgørelse for privatkopiering	270
3.	EU-retten	272
4.	Godtgørelse for privatkopiering i dansk ret	275
5.	Den verserende retssag om manglende overholdelse af de EU-retlige krav til vederlagsordningen	277
6.	Afslutning	281
11	Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union	283
1.	The importance of TDM in an age of Artificial Intelligence	283
2.	The position of the European Union vis-à-vis TDM and AI	285
3.	The inescapable need for express exceptions	287
4.	The exception of Article 3	289
5.	The exception of Article 4	291
12	Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder	295
1.	Indledning	295
1.1.	De økonomiske rettigheder	295
1.2.	En eller flere ophavsmænd	296
1.3.	De ideelle rettigheder	297
2.	Afgrænsning	299
2.1.	Artiklens fokus	299
2.2.	Afgrænsning af “journalister”	299
2.3.	Det beskyttede journalistiske stof	301
3.	Overgang af udnyttelsesrettighederne til journalistens værker	303
3.1.	Forskellige overdragelsessituationer	303
3.2.	Overenskomster og kollektive videreudnyttelsesaftaler	305
3.2.1.	Det overenskomstmæssige landskab for journalister	305
3.2.2.	Fortolkning af bestemmelserne om overgang af udnyttelsesrettigheder	308
3.2.3.	Adgangen til at indgå individuelle aftaler om ophavsret	312
3.3.	Individuelle udtrykkelige aftaler om ophavsret	314
3.3.1.	De individuelle aftaler med journalisten	314
3.3.2.	Fortolkning af bestemmelserne om overgang af udnyttelsesrettigheder	315
3.4.	Individuelle aftaler uden udtrykkelige bestemmelser om ophavsret	317
3.4.1.	Forskellige aftaler uden udtrykkelige bestemmelser om ophavsret	317
3.4.2.	Fastansatte	319
3.4.3.	Udfyldning af freelancers individuelle aftaler	323
4.	Afrunding og fremtidsudsigter	325

13	Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder	327
1.	Indledning	327
2.	“Store rettigheder” vs. “små rettigheder”	328
3.	MLTR vs EMI	329
3.1.	Sagens kerne	329
3.2.	Parternes påstande og argumentation	331
3.3.	Forklaringerne	332
3.4.	Dommen og dens præmisser	333
3.5.	Kommentar	334
4.	Tidligere retspraksis	335
5.	Arbejdstageres ophavsret	337
6.	En europæisk bestseller-klausul	338
14	Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko	343
1.	Indledning	343
2.	Analyse	344
2.1.	Det ophavsretlige originalitetskrav er det samme for beklædning som for andre værkstyper	344
2.2.	Det ophavsretlige originalitetskrav synes svært at opfylde for beklædning	346
2.3.	Udstrækningen af den ophavsretlige beskyttelse er uafhængig af originalitetsgraden	361
3.	Konklusion	364
15	A Phonogram, to be or not to be?	367
1.	Introduction	368
2.	The case ‘Atresmedia’	368
3.	The Judgement of the CJEU	370
4.	Comments	372
5.	Consequences and outlook	378
16	Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder	381
1.	Inledning	381
2.	Vägen till nuläget	383
3.	Utvärdering av nuläget – två exempel från Finland	390
3.1.	Paavo Nurmi tändes olympiska elden	391
3.2.	Notkrisen – president Kekkonen med sällskap	394
3.3.	Är allt på sin plats i skyddet för fotografiska bilder?	397
4.	Hur kunde skyddet utvecklas?	399

17	Anne Black-sagen	403
1.	Anne Black-sagen	404
1.1.	Sagens indhold	404
1.2.	Det retlige forspil	405
2.	Er kopiering ulovlig?	406
3.	Den ophavsretlige problemstilling	407
3.1.	Ophavsretslovens relevante regler	408
3.2.	Landsrettens dom	410
4.	Markedsføringsloven	412
4.1.	Særpræg	413
4.2.	Forvekslelighed	413
4.3.	Illoyal tilegnelse	414
5.	Sagsomkostninger	414
5.1.	Rettighedshåndhævelsesdirektivet	415
5.2.	Sagsomkostningerne i Anne Black-sagen	416
6.	Afsluttende bemærkninger	417
18	Danser la vie	419
19	EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder	421
1.	Indledning	421
2.	EU-regulering	423
3.	Praksis fra EU-Domstolen	425
4.	Afrunding	434
20	Ophavsret og ytringsfrihed	435
1.	Indledning	435
2.	Dansk lovgivning og retspraksis om ophavsret og ytringsfrihed	436
2.1.	Kunstnerisk ytringsfrihed	437
2.2.	Pressens ytringsfrihed og ytringer som led i den offentlige debat	439
3.	Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol	442
3.1.	Ashby Donald v. Frankrig, (Ashby Donald), 10. januar 2013	443
3.2.	Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi v. Sverige (Pirate Bay), 19. februar 2013	443
3.3.	Sammenfatning af EMD's praksis	444
4.	EU-retten	445
4.1.	Introduktion	445
4.2.	EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder	446
4.3.	Enerettigheder og indskrænkninger i infosoc-direktivet	447
4.4.	Enerettigheder	448
4.5.	Forholdet mellem enerettigheder og undtagelser	451
5.	Sammenfatning af retspraksis	454
6.	Konklusion og perspektivering	456

21	Universitetspersonals opphovsrett och öppen publicering – finsk synpunkt	459
1.	Utveckling och tendenser om öppen publicering inom den finska universitetsvärlden	459
2.	Begreppet öppen publicering	463
3.	Opphovsrettens gränser: enstaka uppgifter och data står utanför skyddet	463
4.	Förhållandet mellan olika normativa nivåer	465
5.	Opphovsrettens position i diskussionen	465
6.	Tigande av universitetsanställdas opphovs rättigheter i diskussionen och reglering	468
6.1.	Huvudregel och undantag	468
7.	Framtidsutsikter	469
22	Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner	471
1.	Indledning	471
2.	Brug af værker i undervisningen (gældende ret)	472
3.	EU-retten	475
3.1.	DSM direktivets art. 5	477
3.2.	Hvad omfatter undtagelsen?	478
3.3.	Indholdet af undtagelsen	478
3.4.	Art. 5, stk. 2	479
3.5.	Art. 5, stk.2, jf. stk. 3	480
3.5.1.	Gældende ret	480
3.5.2.	DSM-direktivet	481
4.	Lidt om gennemførelse i national ret	482
5.	Sammenfatning	483
23	Treaty Interpretation and Treaty Making	485
1.	Introduction	485
2.	The starting point—the Vienna Convention on the Law of Treaties	486
3.	Ancillary agreements and the Berne Convention	489
4.	Other sources of ancillary agreements	497
5.	Codifying ancillary agreements—WIPO's agreed statements	499
6.	Agreement 'between all the parties'	501
7.	Concluding comments	504
24	Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten	507
1.	Indledning	507
2.	EU-Domstolens harmonisering af værksbegrebet	508
3.	Er smagen af en ost et "litterært" eller et "kunstnerisk" værk?	510
4.	Sammenhængen mellem ophavsretten og varemærkeretten	513
5.	Objektiv ctr. subjektiv identifikation	515
6.	Fikseringskrav i EU-ophavsretten	520
7.	Afslutning	523

25	The RAAP Decision of the CJEU	
	—What Happened to Reciprocity?	525
1.	The topic—the original idea, and how it ended up	525
2.	The RAAP case—facts and major findings	527
3.	Critical analysis of the CJEU reasoning—ignoring the limits to formal reciprocity and misreading fundamental rights	531
4.	The impact of the RAAP decision on the EEA agreement —an exception to the principle of homogeneity?	540
5.	Conclusions: Consequences of the RAAP decision —EU and EEA perspectives	546
26	The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration	
	—Details of the RAAP case	549
1.	Introduction	549
2.	Details of the RAAP case and the questions raised by the Irish High Court to the CJEU	550
3.	WPPT and RomeC	552
4.	A right to remuneration according to Directive 2006/115	558
5.	The CJEU's findings in C-265/19, RAAP	560
5.1.	The conclusions of the CJEU, in a nutshell, as concerns the main issue	560
5.2.	A closer look at the findings of the CJEU	561
6.	Concluding remarks	565
27	Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?	569
1.	Immaterielrettigheders bredde	570
2.	Beskyttelsessfærens afhængighed af den grad, beskyttelsesbetingelserne er opfyldt i	571
3.	Beskyttelsessfærens afhængighed af det beskyttede fænomens art	573
4.	Beskyttelsessfærens afhængighed af andre ting	576
5.	Særligt om ophavsretten	578
6.	Painer-dommen og Cofemel-dommen	581
7.	Terminologiske forhold	585
7.1.	Bredde-terminologien er vakkende	585
7.2.	Identitetsoplevelsens styrke afhænger af originaliteten	588
7.3.	Bredde-terminologi som sigtende til, at ikke-originale værksdele ikke beskyttes	589
7.4.	Bredde-terminologi som sigtende til psykologiske antagelser	592
8.	Konklusion	594

28	Æres den som æres bør	
	– EU-harmonisering af ophavsretten	597
1.	Indledning	597
2.	Ophavsretten	600
2.1.	Eneret og aftale	600
2.2.	“Fra kontrakt til status”	602
2.3.	EU og den internationale udvikling	604
3.	Dansk ret	606
3.1.	Reglerne og kapitel 3-betænkningen (2006)	606
3.2.	Retspraksis: Tango Jalousie	608
4.	DSM-direktivet	611
4.1.	Implementeringen i dansk ret	612
4.2.	Generelle principper	612
4.3.	Råderummet i DSM-direktivet	613
4.4.	Konkrete overvejelser og tiltag	614
4.4.1.	Præceptivitet og anvendelse i forhold til allerede indgåede aftaler	614
4.4.2.	Særligt om artikel 18	616
4.4.3.	Særligt om artikel 20	618
5.	Andre emner: De gamle travere	619
6.	Afslutning	619
29	Linking after VG Bild-Kunst:	
	Essential functionality and never-ending story?	623
1.	Defying the laws (of physics)	623
2.	The latest addition to the saga: framing and effective technological measures	628
3.	What’s new under the sun?	634
30	DSM-direktivets artikel 17	
	– en ny eneret eller en ny undtagelse?	641
1.	Artikel 17	641
2.	Pro	643
3.	Contra	648
4.	Konklusion	651

31	Operationalizing Vigeland	
	—2 x 2 Public Order and Morality Arguments	653
1.	Introduction	654
2.	Problem Statement	656
3.	Roots of the Problem	657
4.	Alternative Vigeland Approach	659
5.	Morality as a Ground for Refusal After Vigeland	668
5.1.	Misappropriation and Desecration Arguments	669
5.2.	Particular National Status Arguments	672
5.3.	Impact of Consumer Perception	673
6.	Public Order as a Ground for Refusal After Vigeland	678
6.1.	Need to Safeguard the Public Domain	679
6.2.	Threat to Fundamental Values, Interests or Concerns	687
7.	Conclusion	690
32	Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions	693
1.	From rights in copies to copyright works	696
2.	Newspaper Licensing Agency v. Marks and Spencer	698
3.	Conclusion	705
33	Mellemmandsoverføring?	707
1.	Indledning	707
2.	EU-Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring efter infoc-direktivets art. 3	709
3.	DSM-direktivets art. 17	716
4.	Forholdet mellem mellemmands overføring efter infoc-direktivets art. 3 og DSM-direktivets art. 17 – et tostrengt ansvarssystem	719
5.	Nogle betragtninger om EU-Domstolens rolle	722
6.	Fremtidens mellemmandsret – et puslespil med mange brikker	726
34	Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser	729
1.	Indledning	729
2.	Historien bag ophavsretslovens § 23, stk. 2	730
3.	Hvad giver bestemmelsen ret til?	732
4.	Kriterierne for at gengive billeder efter ophavsretslovens § 23, stk. 2	733
4.1.	Introduktion	733
4.2.	Gengives i en avis	734
4.3.	Gengives som led i en omtale af en dagsbegivenhed	737
4.4.	Gengivelse i overensstemmelse med god skik	742
5.	Konklusion	743

35	Titelbeskyttelsen i dansk ret	745
1.	En titel er ikke altid blot en titel	745
2.	Ophavsretten og titelbeskyttelse	746
2.1.	Bernerkonventionen	746
2.2.	Originalitetskravet i ophavsretten	747
2.3.	Titelbeskyttelsen i dansk ophavsret	750
2.3.1.	Ophavsretslovens § 1	750
2.3.2.	Ophavsretslovens § 73	751
3.	Titler som varemærker	755
3.1.	Kravet om særpræg	756
3.1.1.	Særligt om titler på eventyr	758
3.2.	Kort om rettighedernes indhold	760
4.	Den markedsføringsretlige beskyttelse af titler	761
5.	En status	762

Forord

Vores ven og kollega, adjungeret professor i international ophavsret Jørgen Blomqvist, fylder 70 år den 7. maj 2021. Festskriftet her markerer fødselsdagen.

Jørgen tiltrådte som adjungeret professor i international ophavsret på Center for Informations- og Innovationsret (CIIR) ved Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet i 2010. Men allerede inden da havde han haft et særdeles fornemt ophavsretligt karriereforløb:

Han blev cand.jur. ved Københavns Universitet i 1976 og samme år ansat som fuldmægtig i Kulturministeriet.

I perioden 1976-90 var han sekretær for udvalget til revision af ophavsretsloven, hvis arbejde førte til den nugældende danske ophavsretslov af 1995. Store dele af loven og dens forarbejder bærer præg af Jørgens tanker og udkast, og han spillede en afgørende rolle for den måde, de endte med at se ud på.

Sideløbende var Jørgen kandidatstipendiat på Det Juridiske Fakultet i perioden 1983-86. Han opnåede her en særdeles velfortjent licentiatgrad på afhandlingen *Overdragelse af ophavsrettigheder. Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning*. Afhandlingen udkom i bogform i 1987 og har den dag i dag karakter af et nordisk hovedværk inden for området. Bogen kan downloades gratis fra <<http://www.jurabog.dk>>.

I 1986-89 var Jørgen juridisk rådgiver i KODA, og fra 1989 til 1992 underdirektør. I den forbindelse gjorde han sit for at gøre selskabet til et af de mest velfungerende forvaltningsselskaber på internationalt plan.

Fra 1992 til 2009 arbejdede Jørgen i WIPO i Genève. I 1992-95 han var tilknyttet organisationens Copyright (National Legislation) Section

som Senior Legal Adviser, og fra 1995 som chef. I 1998 forfremmedes Jørgen til director for WIPO's Copyright Law Division. I den sammenhæng satte han solide, varige fingeraftryk på den internationale ophavsretsudvikling, herunder ved at arbejde for indførelse af moderne ophavsrettigheder i udviklingslande

Jørgen blev i WIPO til 2009, hvor han flyttede tilbage til Danmark. Her så vi så vort snit til at overtale ham til at tiltræde som adjungeret professor i international ophavsret på fakultetet. Vi håber, at han bliver ved i mange år endnu.

I dag går meget af Jørgens tid med videnskabelig forskning. Ud over at have udgivet flere bøger bidrager han bl.a. løbende med fagfællebedømte artikler til førende internationale immaterialretstidsskrifter. Hertil kommer undervisningsopgaver, herunder specialevejledning. Herudover udfører Jørgen juridisk konsulentarbejde for Akademikerne Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA), bl.a. som rådgiver i konkrete ophavsretssager. Endelig udfører han en meget betydelig rådgivningsvirksomhed inden for international ophavsret, herunder i forhold til udviklingslande, der står i begreb med at indføre en moderne ophavsretslovgivning. Hans råd søges løbende af regeringer fra hele verden, og hvis man vil træffe Jørgen, mødes man ikke sjældent med den besked, at han opholder sig i et fjernt, eksotisk land. Men heldigvis kommer han jo hjem igen.

Jørgen har også gjort en stor indsats i Dansk Selskab for Ophavsret, herunder som sekretær fra 2011 til 2020 og som selskabets bindeled til *Association littéraire et artistique internationale* (ALAI), hvor han er medlem af eksekutivkomitéen. I den forbindelse har han været ansvarlig for utallige konferencer og møder om ophavsret og dermed været med til at formidle det ophavsretlige budskab til et bredt publikum. Bl.a. stod han i meget høj grad for at arrangere ALAI-kongressen 2017, der blev holdt i København med Dansk Selskab for Ophavsret som vært. ALAI-kongressen er verdens største ophavsretskonference, som folk tager til fra alle egne af kloden. Oplæggene fra 2017-kongressen er udgivet i bogform i Blomqvist (ed.), *Copyright – to be or not to be* (Ex Tuto 2019).

Jørgen modtog Foreningen for entertainment- og medierets ærespris Koktvedgaard-prisen i 2015 og UBVA's ærespris UBVA-prisen i 2016. Begge dele var velfortjent.

Og nu kommer festskriftet her så oveni. Det består af bidrag fra juridiske specialister både fra Danmark, de andre nordiske lande og det store udland. Festskriftet afspejler ikke alene vores ønske om at hædre Jørgen, der, trods sin jordbundne, afvæbnende facon, er en absolut ledende skikkelse i den moderne ophavsret. Det afspejler også vores glæde ved at kende ham og arbejde sammen med ham. Vi oplever vores samarbejde og venskab med ham som et privilegium.

København, marts 2021

Morten Rosenmeier, Jens Schovsbo, Thomas Riis & Henrik Udsen

Forfatternes Forvaltningsselskab – skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab

*Leder Henrik Faursby Ahlers, UBVA-sekretariatet, & direktør Stig von Hielmcrone, Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA**

1. Indledning

I 2014 besluttede en række organisationer at stifte et nyt dansk kollektivt forvaltningsselskab.

Forud for beslutningen lå mange års overvejelser – tankerne om at bygge et nyt kollektivt forvaltningsselskab var mange år undervejs – men hvorfor stifte selskabet nu, hvad skulle det lave, hvad skulle der til for at få det i gang, hvem skulle drive det, og hvordan skulle det økonomisk løbe rundt?

* Som led i arbejdet med artiklen har vi diskuteret detaljer i selskabets historie med Lone Amtrup, Mogens Blicher Bjerregaard og Morten Rosenmeier, som har øst af deres hukommelser. Desuden har Morten Rosenmeier (professor i ophavsret og formand for UBVA, FFS samt Copydan Tekst & Node) forsynet os med en række notater og oplysninger. Tak for det!

Denne artikel fortæller historien om Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA (i daglig tale blot kaldet FFS), samt om erfaringerne med at opbygge et helt nyt kollektivt forvaltningsselskab.

2. Hvad laver FFS?

FFS er et kollektivt forvaltningsselskab for forfatterrettigheder.

Bag FFS står en lang række tekstautorer i Danmark organiseret i Dansk Journalistforbund (DJ), Danske Skønlitterære Forfattere (DSF), hovedorganisationen Akademikerne, repræsenteret ved dets stående Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA), Danske Populærautorer (DPA), DJBFA/Komponister og Sangskrivere (som tidligere hed Danske Jazz-, Beat- og Folkemusik Autorer) og Dansk Forfatterforening (DFF).

Danske Dramatikere var de første tre år også medejer af FFS, men trak sig som ejer i forbindelse med deres rolle i etableringen og opstarten af Create Denmark.

Alle ejerorganisationer er i dag repræsenteret i bestyrelsen: Hans Jørgen Dybro (DJ), Jan Thielke, næstformand (DSF), Morten Rosenmeier, formand (UBVA), Jacob Morild (DPA og DJBFA), og Morten Visby, næstformand (DFF). Sanne Udsen og Lotte Kirkeby Hansen er suppleanter for henholdsvis DFF og DSF.

I perioden marts 2017 – september 2019 var DJBFA selv repræsenteret i bestyrelsen, først ved leder af DJBFA-sekretariatet, Tjill Dreyer, og senere ved formand Anna Lidell. Før og efter denne periode varetog Jacob Morild DJBFA's interesser i bestyrelsesarbejdet i FFS.

FFS licenserer brug af litterære værker særligt i forbindelse med offentlig fremførelse, fx i radio og tv, på biblioteker, i kulturhuse mv.

Aftalerne laves typisk med aftalelicensvirkning med godkendelse i Kulturministeriet jf. ophavsretslovens § 50, stk. 2.

FFS har en årlig omsætning på godt 8,5 millioner kr. og har siden 2018 været finansieret via driften af aktiviteterne i selskabet. Ejer kredsen subventionerer således ikke driften af FFS.

Man kan læse mere om FFS på selskabets hjemmeside: <<https://www.forfatterselskabet.dk/>>.

3. Den historiske baggrund for FFS.

En af de oprindelige tanker var at skabe hvad der kan betegnes som en Koda for forfatterrettigheder. På et tidspunkt, som ligger godt før årtusindeskiftet, tilbød den daværende direktør i Koda, Niels Bak, ligefrem at stille et kontor og anden bistand til rådighed for et sådant selskab. Det blev dog ved tanken dengang, men ideen blev ikke forladt.

Omkring år 2010/2011 opstod den tanke, at der fandtes en række forfatterrettigheder, som Copydan Tekst & Node (ofte forkortet "TN") ikke samlede op. Forfatterne gik således glip af oplagte indtægter.

Bag den tanke lå igen bl.a., at TN repræsenterer både autorer og udgivere, og at beslutninger i TN's bestyrelse kræver enighed på begge sider af bordet (se hertil Morten Rosenmeiers artikel "Projekt jurabog. Ophavsretlige udfordringer og muligheder" om FFS fra *Festskrift til Mads Bryde Andersen*, s. 92 ff.) Artiklen kan bl.a. findes her: <<https://www.jurabibliotek.dk/view/9788771982336/9788771982336.xml>>.

Særligt to personer var meget aktive og skulle vise sig at have stor betydning i forbindelse med skabelsen af FFS: Lone Amtrup og Mogens Blicher Bjerregaard som begge på det tidspunkt arbejdede i DJ som henholdsvis leder af ophavsretsafdelingen og formand for DJ.

Om baggrunden for initiativet nævner Mogens i dag:

"Vi var i Dansk Journalistforbund frustrerede over, at det var så vanskeligt at skabe en bred enighed om at få inkluderet den digitale kopiering på alle områder i Copydan's aftaler. Derfor havde vi overvejelser om at etablere et Copydan Digital for de rettigheder, freelancerne og andre forfattere selv havde, og som ingen samlede op, rettigheder som vi derfor kunne klarere uafhængigt af andre.

En form for gennembrud fik vi et helt andet sted, nemlig i DR ved arkivaftalen, som vi brugte som anledning til at etablere et nyt autorforvaltningsselskab for forfatterne helt egne rettigheder, og hvor tanken var, at det gerne måtte være et meget innovativt Forfatterne Forvaltningsselskab."

På et tidspunkt havde Mogens og Lones tanker taget en så konkret form, at de fik den ide at arrangere en slags temadag, der skulle handle om, at forfatterorganisationerne skulle arbejde mere tæt sammen om en effektiv klarering af de rettigheder, som TN ikke samlede op.

Oplægsholderne var forlæggeren Lars Ringhof, stud.polyt. Michael Faursby Ahlers og Martin Gormsen. Arrangementet blev holdt i DJ's kantine på Gammel Strand.

Alle tre oplægsholdere nåede uafhængigt af hinanden frem til, at der fandtes forfatterrettigheder, der ikke forvaltedes af TN, og at det derfor ville være hensigtsmæssigt at etablere en eller anden ny, selvstændig konstruktion, der skulle forvalte disse rettigheder.

Martin Gormsen anbefalede direkte, at der blev etableret et egentligt forfatter-forvaltningsselskab. Blandt hans synspunkter var blandt andet, at selskabet i de første 10 år skulle køres af en administrativ medarbejder i en organisation, og at han anså det for usandsynligt, at selskabet ville kunne løbe økonomisk rundt i de første 10 år.

Et andet synspunkt var, at selskabet skulle rådgive forfattere om ophavsret kontrakter mv. Den sidstnævnte del af Gormsens visioner er dog endnu ikke blevet til noget. Den primære grund er, at de forfatterorganisationer, der står bag FFS, har ophavsretlig medlemsrådgivning som en kerneydelse over for deres medlemmer, så det er noget, de nødig giver slip på, og man har i FFS fra starten klart formuleret det således, at FFS' ydelser ikke skal kollideres med forfatterorganisationernes ønsker eller kerneydelser.

4. Forfatternes Taskforce

Temadagen endte med, at alle forfatterorganisationer var enige om, at der skulle arbejdes videre med ideerne. Efter mødet nedsatte forfatterorganisationerne, med DJ som primær tovholder, *Forfatternes Taskforce*.

Det første møde i taskforcen, blev afholdt i februar 2013. På mødet deltog, blandt andre Mogens og Lone, Sara Strand, Anne Koldbæk og Frank Egholm fra DFF, Lone Mikkelsen fra DSF, Jacob Morild fra DPA, Susanne Godske fra Danske Dramatikere, samt Henrik Faursby Ahlers og Morten Rosenmeier fra UBVA.

Allerede fra starten stod det klart, at taskforce-arbejdet på relativt kort sigt skulle lede til etableringen af en eller anden form for forfatter-selskab. Hvad det selskab nærmere skulle kunne, var dog noget der blev diskuteret.

På et tidspunkt kom Morten Visby fra DFF med i arbejdet, hvorved han afløste både Frank og Anne. Da FFS blev stiftet i slutningen af

2014, var han DFF's repræsentant, mens DSF på det tidspunkt blev repræsenteret af deres daværende formand Inge Lise Hornemann. I DJ overtog Lone mere og mere det praktiske arbejde, hvorved Mogens fik en mere tilbagetrukket rolle og overlod arbejdet til Lone, som så blev formand for taskforcen.

Som det tit er med den slags ting arbejde, bar diskussionerne stærkt præget af diskussionsdeltagernes personlighed. Lones energiniveau var som altid enormt højt, og hun ville gerne ud over stepperne, hellere i dag end i morgen. Lone var på den måde en stærk drivkraft fremad, og opgaven var både at få skabt en ramme og opbakning til projektet. I gruppen af deltagere var responsen blandet, og der var en vis skepsis i forhold til projektet, men dog opbakning.

5. Hvad skulle FFS lave?

Et spørgsmål, der blev drøftet indgående, uden at man i taskforcen nåede til særlig enighed, var, om selskabet skulle kunne forvalte forfatterens rettigheder i forhold til forlag, i konkurrence med de "litterære agenter". Også andre ting var til diskussion, og, som det vil fremgå senere, nåede disse diskussioner ikke frem til faste håndgribelige rammer for det fremtidige FFS.

Efter cirka et års drøftelser var man kommet så vidt, at man fandt tiden inde til at stifte FFS. Hvad selskabet præcis skulle kunne, var stadig omdiskuteret. Som led i diskussionen blev der udarbejdet et notat fra DJ i maj 2014, der oplistede en række områder og ideer, selskabet skulle kunne beskæftige sig med.

Der blev også nedsat en arbejdsgruppe, der barslede med et andet notat om FFS' muligheder. Arbejdet resulterede i et notat udarbejdet af Morten Rosenmeier, UBVA, og notatet havde bl.a. til formål at overtale de andre interessenter til, at nu skulle det være. Bl.a. som følge af Lones energiske indpiskning og Mortens notat besluttede taskforcen så i efteråret 2014 at stifte FFS.

Anders Sevel Johnsen, som i dag arbejder som advokat i DJ, bistod Lone i arbejdet med at udforme vedtægter, referater mv. samt anden juridisk bistand, og hans grundige og kompetente arbejde på dette tidlige tidspunkt kan stadig ses i flere af de dokumenter og formuleringer, som stadig anvendes i FFS i dag.

6. Stiftelsen af FFS

Den endelige beslutning om at stifte FFS blev truffet på et møde i DJ i efteråret 2014, og formelt blev selskabet stiftet som Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA med virkning pr. 15. november 2014.

Det fremgik af vedtægterne fra stiftelsen, at der var tale om en forsøgsordning, og at selskabet skulle revurderes efter 3 år.

Det næste der skete var, at der blev udarbejdet et opslag efter en leder for det nye selskab. Ansættelsesprocessen blev overladt til et ansættelsesudvalg bestående af Lone Amtrup, Morten Visby, Jan Thielke, og Henrik Faursby Ahlers.

Ansættelsesudvalget var meget hemmelighedsfuldt, men det var tydeligt, at én af ansøgerne skilte sig ud. Vedkommende kom, forstod man, fra en ledende stilling i et forvaltningsselskab, men trængte til luftforandring. Udvalget kunne dog selvfølgelig ikke sige hvem det var, selvom ikke mindst Lone var ved at sprænges af hemmelighedsfuldhed. Morten Rosenmeier erindrer at han til sidst satte et punktum for hemmelighedskræmmeriet og direkte adspurgte: “Er det Stig Hielmcrone fra Koda?” svarede Lone: “Øh”. (Sagen var, at der stod “Stig” med kæmpestore bogstaver overalt i hendes blok, som hun havde liggende foran sig).

Ansættelsen af Stig von Hielmcrone faldt på plads i november 2014. Han sad på det tidspunkt i en stilling som markedschef i Koda og havde inden da arbejdet som juridisk konsulent og mediechef samme sted. Han tiltrådte stillingen som leder af FFS den 16. februar 2015, og det egentlige arbejde med at udvikle selskabet blev sat i gang.

7. Opstarten af FFS

De første år havde FFS til huse hos DJ på Gammel Strand i København som stillede kontorfaciliteter mv. til rådighed. Dette var også hensigtsmæssigt da Lone Amtrup var formand for FFS, og det skabte rammen for et tæt samarbejde.

Der blev startet helt fra bunden. Der var fx ingen e-mailadresse, ingen hjemmeside, ingen gamle arkiver, som man kunne finde information i, og ingen rutiner, som skulle følges. Det skabte muligheden for at træffe en række grundlæggende beslutninger fra starten, fx at al doku-

mentation, korrespondance mv. skulle være digital. FFS har således den dag i dag reelt intet fysisk arkiv.

De første måneder blev brugt på et større strategiarbejde samt på at få udarbejdet de grundlæggende rammer, fx visuelt udtryk, udarbejdelse og valg af logo (som er det der bruges i dag), opbygning af hjemmeside, fastsættelse af administrative funktioner mv.

I sommeren 2015 blev resultatet af strategiarbejdet præsenteret for bestyrelsen.

Morten Rosenmeier erindrer fremlæggelsen således:

“Stig viste et langt PowerPoint-show med forretningsområder hvor FFS kunne sætte ind. Hertil kom alle de spændende ting, der fremgik af de notater, der var blevet produceret i taskforcen. Fremtiden tegnede lys og lykkelig. Bestyrelsen havde den fortælling, at Stig var ansat til at “sparke døre ind” og skaffe “nye penge”. Guldet, der lå og flød på gaden, skulle samles op, og det skulle være nu.”

Bestyrelsen besluttede at fokusere på tolv indsatsområder som fordelte sig på tre hovedområder: (1) at skabe nye indtægter direkte via FFS, (2) at understøtte andre organisationer i deres arbejde for at skabe nye eller større indtægter til gavn for tekstautorere, og (3) projekter eller initiativer, som mere generelt ville forbedre tekstautoreres vilkår.

Bestyrelsen bestod på det tidspunkt af Lone Amtrup, Formand, DJ, Morten Visby, næstformand, DFF, Jan Thielke, DSF, Jacob Morild, DPA og DJBFA, Morten Rosenmeier og Henrik Faurby Ahlers, UBVA og Christina Bergholdt Knudsen, Danske Dramatikere.

8. Den daværende finansiering af FFS

FFS skulle som sagt køre som en forsøgsordning i 3 år.

FFS blev finansieret af midler fra Copydan Arkiv vedr. den såkaldte pakke 2b-aftale, indgået 30. november 2009. Aftalen betød, at DR måtte genudsende udsendelser på en række tv-kanaler mod betaling af et samlet vederlag til Copydan Arkiv. Forfatterorganisationer modtog herfra cirka 1,2 millioner kr. om året. I forbindelse med stiftelsen af FFS blev forfatterorganisationerne enige om, at pengene, i stedet for at blive sendt til forfatterorganisationerne, skulle bruges kollektivt til etablering og drift af FFS.

Opgaven med at skabe nye indtægter viste sig svær, og Martins Gormsens profeti om, at selskabet ikke ville løbe rundt de første 10 år, så desværre ud til at ramme plet.

I 2017, to år efter stiftelsen af FFS, var det meget begrænset, hvor mange døre der var blevet sparket ind. En forklaring er selvfølgelig, at der ikke lå så meget guld på gaden, som man oprindeligt håbede, og at en del af de ideer, som der var fremkommet inden stiftelsen af FFS, var blevet håndteret på anden vis, fx via individuelle aftaler eller som led i overenskomstforhandlinger, som ikke lå i regi af FFS.

En anden forklaring er, at organisationerne bag FFS havde en tendens til at blokere for forslagernes gennemførelse, typisk fordi de vurderedes at kolliderede med organisationernes særinteresser. Alle var rørende enige om, at der skulle sparkes døre ind, men det skete flere gange at forslag blev blokeret: Lige den dør eller den dør skulle vi ikke sparke ind alligevel.

Til eksempel: På et tidspunkt foreslog Stig Morten Rosenmeier, at FFS kunne forvalte de akademiske underviseres rettigheder i forbindelse med podcasts af deres undervisning på YouTube. Morten vendte tommelfingeren nedad med henvisning til, at det var et område, UBVA selv ønskede at håndtere via lokalaftaler om ophavsret til undervisningsmateriale.

Her viste det sig nødvendigt at tage en række diskussioner. Grundlæggende handlede det om at opnå enighed i ejerkredsen om, hvad FFS reelt skulle, og hvilke områder der skulle ligge, eller blive liggende hos organisationerne bag FFS. Som det fremgår tidligere i artiklen, var det diskussioner, som ikke afsluttedes inden oprettelsen af FFS, og det viste sig at være diskussioner, som var nødvendige at tage.

Koda's tidligere direktør, Anders Lassen har på et tidspunkt udtalt: "Ethvert produkt eller enhver virksomhed bør være svaret på et behov". At få fastlagt dette er et centralt element i en strategiproces: Hvilket behov skulle FFS være svaret på?

Eftersom det arbejde ikke var tilendebragt inden opstarten af FFS indebar det, at disse principielle diskussioner fortsat er en del af arbejdet i FFS' bestyrelse, men særligt i perioden 2016-2017 fyldte disse problemstillinger meget og bevirkede, at retningen for FFS ikke stod klar.

9. Lone Amtrup og Mogens Blicher Bjerregaard forlader DJ

Den 29. april 2015 gik Mogens af som formand for DJ efter 16 år. Mogens har senere kastet sig over en lang række opgaver til stor gavn for rettighedshavere, særligt journalisterne, i både ind- og udland. Bl.a. har han været formand for European Federation of Journalists siden 2013, og han er et særdeles aktivt medlem af UBVA, hvor han repræsenterer Dansk Journalistforbund.

Efter godt et års drift i maj 2016 opsagde Lone sin stilling i DJ for at blive markedschef i Copydan – en stilling hun tiltrådte 1. september 2016.

Både Mogens og Lone var, som det fremgår af ovenstående, meget markante personer i skabelsen af FFS. Man kan uden tvivl sige, at uden Lone og Mogens havde FFS ikke eksisteret i dag. De har spillet en central og helt fantastisk rolle.

FFS stod derefter uden formand i en periode. Der var ikke en oplagt arvtager, og samtidig var det svært for et menigt medlem af bestyrelsen at finde den fornødne tid til arbejdet som formand.

Efter længere tids dialog, og efter en meget lang telefonsamtale mellem Stig og Morten Rosenmeier, lykkedes det Stig at overtale Morten til at blive ny formand for FFS, mens Jan Thielke blev næstformand. I dag er Morten stadig formand for FFS, mens Jan Thielke deler næstformandsposten med Morten Visby.

10. Det nuværende formandskab

Morten beskriver hans første tid som formand for FFS på følgende vis:

“I begyndelsen af mit samarbejde med Stig, hvor vi skulle have FFS sparket ordentlig i gang, var vi meget sammen om ting, som Stig nu selv håndterer f.eks. at lave dagsordener til bestyrelsesmøderne. UBVA-traditionen med brug af ‘forklæder’ med detaljerede indstillinger og bilag satte uundgåeligt deres præg på dagsordenernes tykkelse, til irritation for visse bestyrelsesmedlemmer, som savnede den tid, hvor dagsordenerne kun fyldte en A4-side.

Jeg skulle mene, at vi i formandskabet, der altså bestod af Jan ud over mig, gjorde os umage for at støtte mere aktivt og målrettet op omkring

planerne om at skabe nye indtægter i FFS. Bl.a. havde Stig foreslået, at vi begyndte at tilbyde aftaler om oplæsning på biblioteker, kulturhuse o.l., hvilket fik os til at spidse ører. På det første bestyrelsesmøde, hvor Jan og jeg sad for bordenden, fik vi igennem, at FFS gik ind på området.”

Det aktuelle formandskab i FFS, som nu som sagt består af Morten Rosenmeier som formand og Jan Thielke og Morten Visby som næstformænd, er stadig meget aktivt. Formandskabet og direktionen er tit i dialog flere gange ugentligt om konkrete eller generelle forhold til FFS, rettighedshavere og kunder.

11. Lov om kollektiv forvaltning – betydningen for FFS

I slutningen af 2017 var FFS’ finansiering ved at løbe ud, fordi lov om kollektiv forvaltning betød, at det ikke længere var muligt at bruge de arkivpenge, der hidtil havde finansieret FFS, kollektivt. For FFS betød ovenstående, at selskabet ville være uden finansiering fra 2018.

I UBVA opstod så den tanke, at UBVA i fremtiden kunne overlade det til FFS at stå for udlodningen af Akademikernes “AV-midler”. Det drejer sig om penge, som Akademikerne hvert år modtager fra Copydan Verdens TV, Copydan AVU-medier og Copydan Arkiv. Pengene er betaling til akademiske eksperter, som har medvirket i tv-udsendelser omfattet af aftalelicenser udstedt af de nævnte foreninger. UBVA havde før i tiden primært anvendt pengene til kulturelle formål, men gik over til at udlodde dem individuelt efter lov om kollektiv forvaltnings ikrafttræden i 2016. I begyndelsen skete udlodningen i “UBVA’s rettighedsforvaltning”. Det var imidlertid tale om en meget byrdefuld, administrativt tung opgave.

Ved at overlade opgaven til FFS ville man slå to fluer med et smæk: For det første ville UBVA-sekretariatet blive fritaget for den meget byrdefulde og arbejdskrævende opgave det var at køre rettighedsforvaltningen. For det andet ville man ved at sende pengene gennem FFS skabe opgaver, og dermed omsætning i FFS. Dermed ville FFS forhåbentlig få ro til at opdyrke nye områder og generere “nye penge” uden det pres, der hidtil havde hvilet på selskabet.

Den kendsgerning, at UBVA havde formandskabet i FFS, var med til at give UBVA tillid til, at den nye ordning kunne gennemføres på en transparent måde, hvor man fastholdt kontrollen med UBVA's AV-midler og følte, at man i UBVA havde styr på, hvad der foregik.

Løsningen, hvor man overlader udlodningen af Copydan-midler til et selvstændigt selskab, som herudover også kan have andre opgaver, er i øvrigt ikke noget, FFS har patent på. Dansk Skuespillerforbund m.fl. har f.eks., i mange år overladt udlodningen af deres AV-midler til selskabet "Filmex". Af andre eksempler kan nævnes PRD (videreforder AV-penge til tv-producenter, filmproducenter og videodistributører), Performex (videreforder AV-penge til musikere m.fl.), Create Denmark (klarerer rettigheder til dramaproduktioner, der ikke dækkes af AV-foreningerne) og MPO (Musikproducenternes Forvaltningsorganisation, <<http://mpo.dk/>>, klarerer både selv visse rettigheder og videreudlodder AV-penge til musikproducent-selskaber). Det er en interessant og positiv udvikling.

12. Medieovervågning for UBVA, DFF og DSF

Da overvejelserne om overflytning af medieovervågningen fra UBVA til FFS begyndte at tage form, var det som sagt kun tanken, at FFS skulle foretage medieovervågning af akademiske eksperters optræden på tv og fordele midler til disse på vegne af UBVA.

Siden viste det sig, at DFF og DSF også var interesseret i, at FFS også skulle fordele vederlag for dem. Erfaringerne i DFF viste, at arbejdet med fordeling af rettighedsmidler var ressourcetungt, og samtidig var det jo ikke det, DFF var sat i verden for. Man havde regnet på tingene og mente ikke, at det kunne hænge økonomisk sammen at stå for den individuelle fordeling selv, særligt også henset til de krav som lov om kollektiv forvaltning opstillede.

På et møde om emnet på DSF's kontor i Kronprinsessegade meddelte Morten Visby, at DFF ikke var afvisende over for den mulighed at lade FFS stå for udlodningen af AV-midler også for DFF. DSF var positive over for ideen, og arbejdet med også at finde en model for medieovervågning og udbetaling af vederlag til også forfattere – og ikke kun for akademiske eksperter – blev igangsat.

13. FFS' forretning begynder at tage form

Efter FFS' treårige forsøgsperiode udløb i slutningen af 2017, skulle rammerne for en fortsættelse af selskabet være på plads. UBVA besluttede at lade FFS overtage medieovervågning og udlodning på efterårsmødet 2017 i UBVA.

Samtidig var FFS også så småt ved at få fat i andre områder. Bl.a. var FFS i 2017 gået seriøst i gang med den opgave at få indgået aftaler om oplæsning på biblioteker. I maj 2017 blev der udsendt en informationsfolder til bibliotekerne. Folderen udløste kritik og avisskriverier, kulminerende på UBVA's 2017-symposium, hvor vi, trods en meget kritisk stemning, der prægede dele af debatten, faktisk fik taget hul på den åben, konstruktiv dialog med bibliotekerne.

FFS var kommet ind i en god gænge på det tidspunkt. Jan, Morten og Stig havde et super godt samarbejde, og nye områder blev opdyrket, tingene begyndte at glide.

I krystalkuglen tegnedes konturerne af et FFS, der fik arbejdsro ved at fordele AV-midler og samtidig opdyrkede nye områder, som ikke blev dækket af Copydan, i fin overensstemmelse med de oprindelige visioner.

14. Krisen i slutningen af 2017

Men ved udløbet af forsøgsperioden var tingene ikke desto mindre rigtig svære. I DJ var både Mogens og Lone holdt op, og Lones plads i FFS' bestyrelse var blevet overtaget af Tine Johansen, der på det tidspunkt var næstformand i DJ.

Hun, og flere repræsentanter i bestyrelsen, stillede sig tvivlende overfor om FFS kunne opdyrke områder, der ikke allerede var dækket af Copydan. Der blev drøftet en række scenarier og muligheder, fx tilbød DJ at de kunne udlodde AV-midler for UBVA, DFF og DSF via DJ's ophavsretsfond til en meget lav administrationsprocent. Herudover forestillede DJ sig, at FFS for fremtiden skulle udgøre et politisk forum, hvor forfatterne kunne diskutere fælles politiske interesser.

Der blev holdt to meget krævende bestyrelsesmøder i september og december 2017, hvor rammerne for fremtiden blev drøftet indgående. På det første møde var det reelt kun få medlemmer af bestyrelsen, der

troede på, at FFS kunne andet end at udlodde AV-penge. Dette skyldtes formentligt at det som nævnt ikke var lykkedes at opdyrke nye markante forretningsområder inden for de første års drift.

På et fremskredent tidspunkt i diskussionen skar Jan Thielke og Morten Rosenmeier igennem og meddelte, at de ikke ville lade midler fra DSF og UBVA udlodde via FFS, medmindre man i FFS holdt fanen højt og fastholdt de oprindelige visioner. På september mødet opnåedes der på den baggrund enighed om at FFS skulle fortsætte, og at driften primært skulle finansieres via FFS' udlodning af AV-midler for UBVA, DFF og DSF. Diskussionerne skulle rundes af på bestyrelsesmødet i december 2017.

Mellem de to møder afholdt Stig bilaterale møder med alle bestyrelsesmedlemmer med det formål at få afklaret, om der var opbakning til den model, som var blevet udarbejdet på baggrund af beslutningerne fra september-mødet. Der var opbakning hele vejen rundt.

Det efterfølgende december-møde førte igen flere principielle diskussioner med sig, men det lykkedes dog at etablere forskellige kompromisløsninger, og det blev besluttet at fortsætte FFS med visse justeringer af vedtægterne.

Set i bakspejlet er det tydeligt, at den manglende afklaring af selskabets formål, mandat mv. *inden* etableringen af FFS har medført, at disse diskussioner reelt er blevet trukket ud over en lang årrække. Alle der arbejder med strategi i virksomheder vil selvfølgelig indvende, at man med mellemrum skal genbesøge strategien, men der vil antageligt være enighed om, at det er en klar fordel at virksomhedens overordnede formål – hvad er det for et behov selskabet skal være et svar på – skal være til stede tidligt, og helst ved etablering eller igangsætning af selskabet.

Ser man på FFS i dag, kan man konkludere at en del af det behov FFS er et svar på, er sikring af individuel fordeling af rettighedsmidler på vegne af en række af organisationerne i ejerkredsen bag FFS. De har et behov, som de ikke kan løse selv på en lønsom måde – FFS løser dette behov og kan gøre det lønsomt, da FFS kan opnå stordriftsfordele, som organisationerne hver for sig ikke kan opnå.

Det var ikke en del af de oprindelige tanker med selskabet, og det er derfor interessant, hvordan behov og muligheder opstår. Det gælder så om at være klar og tilpasningsparat, så man kan hugge til, når nye for-

retningsmuligheder opstår. De seneste år bliver FFS jævnligt kontaktet af forskellige brugere af litteratur, som ønsker at få klareret rettigheder. I flere tilfælde kan FFS indgå aftalerne, mens FFS i andre tilfælde kan henvise til andre aktører for indgåelse af relevante aftaler. Hvis FFS ikke eksisterede, ville der utvivlsomt flyde guld rundt på gaden, som ikke ville blive samlet op – for at bruge Morten Rosenmeiers ord.

15. Fordelingsprincipper for individuel fordeling af AV-midler

Fra 2018 var der etableret et langtidsholdbart grundlag for fortsat drift af FFS. Som led i det har det siden dengang været en hovedopgave for FFS at udlodde Copydan-penge for UBVA, DFF og DSF.

For så vidt angår UBVA-udlodningen fortsætter FFS det arbejde, der i en kort periode lå i “UBVA’s rettighedsforvaltning”. Til grund for fordelingen ligger nogle fordelingsprincipper, som var lavet i UBVA i tæt parløb med Stefan Eland Kristensen og Helle Wahlberg. Stefan kendte man i UBVA til fra Copydan Tekst & Node (TN), hvor han har et hovedansvar for indretningen af TN’s opkrævnings- og fordelings-systemer. Helle har i regi af DM (Dansk Magisterforening) i mange år arbejdet med nogle ophavsrets-videreudnyttelsesaftaler, som DM havde indgået med af DR på vegne af alle AC-organisationer.

Stefan, Helle, Henrik Faurby Ahlers og Morten Rosenmeier brugte flere år på at fastlægge UBVA’s fordelingsprincipper og startede på helt bar bund: Hvad er det egentlig for nogle penge, vi får? Hvem skal vi fordele til? Skal vi give til eksperter eller også til forfattere? Hvis vi skal give til eksperter, er det så kun de akademiske af slagsen, der skal have? Hvilke kanaler skal vi overvåge, og hvilke skal køre efter et “analogt system”? Skal vi give for radio eller kun for tv? Hvor mange points skal man have for forskellige udsendelser? Skal en ekspert, der fatter sig i korthed, have mindre end en ekspert, der taler i 2 minutter eller 10 minutter? Hvad gør vi i tilfælde, hvor vi ikke fanger alle eksperter? Overvejelserne resulterede i et meget detaljeret og finmasket udlodnings-system. Se nærmere <<https://www.ubva.dk/>> under punktet “Udlodning af Copydan-midler”.

Den fordeling, FFS foretager for DFF og DSF, hviler på udlodningsprincipper, som DFF og DSF selv fastlægger og vedtager på deres generalforsamlinger hvert år. Herudover er det jo som tidligere nævnt vigtigt, at hver organisation bevarer den fulde kontrol.

DFE, DSF og UBVA har formuleret deres udlodningsprincipper på en måde, som gerne skulle undgå overlappning, og der er indgået en samarbejdsaftale, der fastlægger grænsedragningen mellem FFS' udlodning for de forskellige organisationer. Der er jo mange medlemmer, der umiddelbart synes at høre hjemme flere steder. Er en akademisk forfatter, der klogt udtaler sig i tv, f.eks. en forfatter, der skal have fra forfatterpuljen, eller en ekspert, der skal have fra UBVA-puljen? Det er et af de spørgsmål, som udlodningsprincipperne gerne skulle løse.

Det har været en stor fordel for både FFS, UBVA, DFF og DSF, at der har været et tæt samarbejde om udviklingen af fordelingsprincipperne, da disse har stor betydning for procedurerne og omkostningerne i forbindelse med medieovervågning og fordeling/udbetaling.

Såfremt fordelingsprincipperne blot skabes i et politisk forum, risikerer man at fastlægge principper, som bliver meget tunge og dyre at administrere. Samarbejdet herom er derfor helt centralt, og det har været en stor gevinst for organisationerne – samt deres rettighedshavere – at der har været, og er, så tæt et samarbejde om blandt andet fordelingsprincipperne.

16. Medieovervågning og udlodning i FFS

En af de første store udfordringer, vi stod med ved at skulle fordele og udbetale AV-midler individuelt til forfattere og akademiske eksperter, var, at der ikke fandtes et datagrundlag, man kunne bruge som grundlag for opgaven.

I mange år kunne Registration Denmark levere et datagrundlag om fx skuespillere, producenter, filminstruktører m.fl. på baggrund af deres omfattende registrering af krediteringer fra rulletekster i tv-udsendelser og i film. Men forfattere og akademiske eksperter, som deltog i fx nyheds- og aktualitetsudsendelser, blev ikke krediteret i rulleteksterne, hvorfor den nødvendige rapportering ikke kunne købes noget sted.

Man igangsatte derfor en medieovervågning i UBVA, som FFS overtog efter et års arbejde. FFS overtog således både personale – de to re-

gistranter, Kasper Christensen og Christel Nielsen – og overtog samtidig opgaven med validering og klargøring til udbetaling. I forbindelse med at registreringsomfanget steg, blev Nicolai Elhøj ansat som registrant. Antallet af registranter har siden da ligget på tre-fire medarbejdere.

Rapporteringsgrundlaget skabes ved, at medarbejderne i FFS ser tv og foretager registreringer af, hvilke forfattere og akademiske eksperter der deltager i programmerne. Medarbejderne ser tv cirka 150 timer hver måned. De ser udvalgte kanaler, fx DR1, DR2, TV 2, TV 2 News m.fl., og det er for optræden på disse kanaler, at der udbetales vederlag. Man kan læse meget mere om dette arbejde via dette link: <https://forfatterselskabet.dk/medieovervaagning-og-udbetaling-af-vederlag/>

Siden 2018 har FFS fortsat med at videreudvikle på den ramme, som var skabt af UBVA, herunder med at udvikle og forfine procedure, og i 2020 byggede FFS et eget registrerings- og udbetalingsystem, skræddersyet til opgaverne for DSF, DFF og UBVA. Systemet er bygget i samarbejde med IT-firmaet Peytz & Co og blev leveret til tiden og inden for budget, hvilket indebærer, at systemet tjener sig selv hjem på under tre år.

FFS arbejder fortsat med at konsolidere arbejdet på dette område og har blandt andet i 2020 løst en overvågningsopgave for Performex.

17. Forholdet til andre kollektive forvaltningsselskaber

For blot få år siden var der relativt få kollektive forvaltningsselskaber i Danmark, men inden for bare de sidste 5-7 år er der opstået flere selskaber, fx Create Denmark og MPO.

Det er vores oplevelse i FFS, at der grundlæggende er et godt samarbejde mellem medarbejdere og ledere i de enkelte selskaber. Det har den store fordel at problemstillinger om snitflader, grænsedragninger og muligheder for samarbejder, fx samlicensering, nemt bliver løst og muligheder bliver udnyttet. I FFS har vi fra dag 1 bakket op om dette arbejde, da vi mener det både er en fordel for brugerne og rettighedshaverne.

Vi har således en grundlæggende positiv indstilling til samlicensering og samarbejde. Det er også med til at skabe den positive fortælling

at kollektive forvaltningsselskaber løser udfordringer, brugerne har, og det er vores holdning, at det er noget, alle kollektive forvaltningsselskaber bør arbejde for.

Og der er masser af muligheder for samarbejder. Vi arbejder for tiden fx med VISDA om mulig samlicensering på samme måde, som henholdsvis TN (Copydan Tekst & Node) og VISDA og Koda og Gramex har samarbejdet i årevis.

Da vi i FFS startede med medieovervågning og udbetaling af vederlag på vegne af UBVA, DSF og DFF, samarbejdede vi med TN om denne opgave og overlod den endelige udbetaling til TN. Senere fandt vi nogle unikke fordele ved at tage den opgave tilbage, men vi er altid åbne over for samarbejdsmuligheder.

Ud over samarbejde med andre danske kollektive forvaltningsselskaber arbejder FFS tæt sammen med søsterselskaberne ALIS i Sverige og SANASTO i Finland, som der er indgået gensidighedsaftaler med.

Det internationale samarbejde omfatter både forretningsudvikling, deling af erfaringer om ledelse, it-udvikling, men helt centralt også indhentning af vederlag til danske forfattere for brug af deres værker i udlandet. Via samarbejdet er det lykkedes FFS at hente mere end 300.000 kr. til danske forfattere og oversættere – penge som uden FFS ikke var kommet frem til danske rettighedshavere.

18. FFS i dag

Opgaverne for UBVA, DSF og DFF fylder meget i FFS i dag, men vi har nu et godt fundament for at få skabt nye indtægter til tekstautororerne. Vores arbejde fokuserer for tiden på følgende områder:

1. Vi forvalter forfatternes andel af DR Arkivaftalen med individuel udlodning.
2. Vi indgår aftaler med fx radiostationer om oplæsning af litterære værker, og havde i mange år en aftale med Radio24Syv. Senere har vi indgået aftale med både Radio LOUD og Radio 4.
3. Vi har indgået mere end 20 aftaler med biblioteker omfattende mere end 50 hovedbiblioteker og filialer, og flere kommer til. Der til kommer flere aftaler med kulturhuse.

4. FFS og Radiokassen FMBA er ved at fusionere, hvorved forfatter-nes rettigheder i denne sammenhæng samles et sted.

Flere andre områder eller forretningsideer er også undervejs i skrivende stund, men er dog ikke så langt, at vi kan skrive om det p.t.

For mere end tre år siden nedlagde vi vores fysiske kontor. Alle arbejder derfor hjemmefra, alt foregår digitalt/online eller pr. telefon, fleksibiliteten er maksimal, og samtidig er vi – også af den grund – en af de få virksomheder, hvor medarbejderne slet ikke har været påvirket af covid-19.

Der er nu gået seks år siden FFS blev etableret. De første cirka tre år brugte vi på at igangsætte og finde retningen for selskabet, mens vi i de sidste tre år har arbejdet målrettet i den retning, som blev besluttet på de omtalte bestyrelsesmøder i 2017.

Det må være vores erfaringer at de store principielle interne diskussioner nok er svære men vigtige, og for FFS har disse været en nødvendig proces for, at vi kunne opnå den position, vi har i dag.

19. Lidt om fremtiden – nogle udfordringer bliver ikke mindre

Den grundlæggende udfordring for organisationer, der både forvalter ophavsretsmidler, kæmper for at håndhæve deres medlemmers ophavsret samt yder ophavsretlig juridisk rådgivning på flere fronter, er, at pengene, der kan anvendes til disse opgaver, er små og opgaverne store.

En af måderne til at skaffe økonomi hertil er at være vagthunde, når der sker krænkelser samt at agere professionelt, når rettighedshavernes midler skal forvaltes og uddeles. Forvaltning af ophavsretsmidler giver et “afkast” til organisationerne, så de får bedre råd til at have de fornødne juridiske samt politiske kompetencer til råbe op her i en digital tid, hvor ophavsretten er voldsomt truet af piratkopiering, ulovlige delinger af filer m.v.

Det er her der er mange opgaver, der fortsat skal håndteres, og FFS er en af de centrale aktører.

Ophavsretlig specialisering – fordele og risici

Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet

1. Emnet og dets baggrund

Siden han for et halvt århundrede siden lod sig indskrive på jurastudiet har hovedpersonen for dette festskrift, adjungeret professor, lic.jur. *Jørgen Blomqvist*, levet i – og oplevet – ophavsretten fra en mangfoldighed af vinkler.

Dengang i 1970'erne var ophavsretten en *niche* af juraen, som kun særligt interesserede praktiserede. Men den musikinteresserede Jørgen fattede naturlig interesse for emnet, og den interesse blev næret med inspiration fra hans senere vejleder, dansk immaterialrets nestor, professor Mogens Koktvedgaard.

Efter sin kandidateksamen i 1976 blev Jørgen ansat som fuldmægtig i Kulturministeriets ophavsretskontor, hvor han blev sekretær for det ophavsretsudvalg, der gennem en række betænkninger frem mod midten af 1990'erne skabte grundlag for den ophavsretslov, vi kender i dag. I en del af denne periode virkede han samtidig som juridisk forsker i

det forskningsprojekt, der førte til den velbedømte og ofte citerede licentiatafhandling fra 1987 om “Overdragelse af ophavsrettigheder”.¹

Embedsmandsrollen blev nogle år senere erstattet af en rolle som *administrator* og *policy-maker*, mens Jørgen var underdirektør i KODA. Som administrator mødte Jørgen ophavsretten gennem lavpraktisk, konkret sagsbehandling med de enkelte rettighedshavere i fokus – ofte med vanskelige valg mellem juridiske principper og praktisk effektivitet. Parallelt hermed var Jørgen en stærk stemme i det ophavsretlige organisationsliv, bl.a. i Samrådet for Ophavsret og i de ophavsretlige organisationer, hvor KODA var repræsenteret.

Men udlandet trak, så herfra gik vejen videre til WIPO, *World Intellectual Property Organization*, hvor Jørgens ophavsretlige interesse pludselig fik en international og hent anderledes dimension som en del af de kampe, der ofte udspilles mellem klodens meget forskellige nationer. Ofte konfronteres den rige industrialiserede verden, for hvem ophavsretten udgør et væsentligt grundlag for de afgørende investeringsbeslutninger, her med den tredje verden, hvor ophavsretten kan opleves som et urimeligt beskatningsgrundlag.

Jørgens vej ind og ud af disse vidt forskellige ophavsretlige arbejdspladser og sagsområder er et billede på ophavsrettens mangfoldighed. Men samtidig viser denne isolerede fortælling, *hvordan* ophavsretten har udviklet sig gennem det skitserede halve århundrede.

Da Jørgen studerede, var ophavsretten som sagt et intellektuelt *nicheområde*, som udøvedes af *relativt få*, men stort set alle *generelt orienterede* jurister. Vistnok alle datidens ophavsrettens praktikere beskæftigede sig mindst ligeså indgående med anden jura. Også Mogens Koktvedgaard var en generelt orienteret jurist. Han debuterede med en prisopgave om et konkurrenceretligt emne (kontraheringspligt). Emnet for hans disputats fra 1965 var som bekendt ikke om *ophavsretten*, og end ikke *immaterialretten*, men alle de “lovbestemte eneretspositioner”, som han som den første analyserede i et tværgående perspektiv (som siden har inspireret talrige andre forfattere), bl.a. med indslag af konkurrence- og markedsføringsret. På et tidspunkt varetog han professorater i almindelig retslære og straffeprocés. Sidstnævnte førte bl.a. til en lære-

1. Bogen er anmeldt af Koktvedgaard i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1988B, s. 47 f., og er med Jørgens tilladelse tilgængeligt på <www.jurabog.dk>.

bog i straffeprocess, hvis 2. udgave udkom i 1978 med Hans Gammeltoft-Hansen som medforfatter.

Flere af de universitetsjurister, der siden fik en stor plads i ophavsretten, startede i andre fagområder. Professor Halvor Lund Christiansen, som var en hovedkraft i etableringen af *Copydan*, havde meriteret sig retsvidenskabeligt gennem en prisopgave om forfaldsklausuler i pantebreve.² Han blev senere professor i erhvervsret og i den egenskab formand for Forbrugerkommissionen. Advokat Asger Thylstrup, som i årene 1971-1993 var sekretær for Dansk Selskab for Ophavsret, havde en baggrund i journalistikken og arbejdede i øvrigt som forsvarsadvokat i en generelt orienteret advokatpraksis. For talrige af datidens advokater var ophavsretten ikke *specialistområdet*, men netop et nicheområde, der blev praktiseret på linje med så mange andre.

Sådan er det ikke længere. I dag er ophavsretten et veldefineret specialområde, hvis udøvere næsten udelukkende (eller: udelukkende) arbejder med ophavsret. På Københavns Universitet er en af redaktørerne for dette festskrift ligefrem professor i *ophavsret*. Det adjungerede professorat, som Jørgen Blomqvist bestrider, er afgrænset til *international* ophavsret. En tilsvarende arbejdsdeling ses også på andre universiteter, hvor immaterialretten har forgrenet sig, med ophavsretten som én deldisciplin og de industrielle enerettigheder som en anden.

Udviklingen mærkes også i Dansk Selskab for Ophavsret, som Jørgen i mange år var sekretær for. Som årene er gået, udgør medarbejdere ved de ophavsretlige forvaltningsselskaber samt advokater med speciale i ophavsret hovedparten af deltagerkredsen, sammen med de stadig flere advokater, der specialiserer sig i ophavsret. Mere generelt orienterede jurister deltager sjældnere. Selv professorer i emner, hvor immaterialretten (og dermed ophavsretten) indtager en væsentlig plads, er sjældne gæster.

Efter min opfattelse kan man med disse få blik ned i udviklingen konstatere, at ophavsretten har ændret sig fra at være det nicheområde, som tidligere tiders generelt orienterede jurister *også* interesserede sig for, til nu at være en specialdisciplin, som i stigende grad praktiseres eksklusivt af de jurister, der har ansættelse i institutioner og ministerier

2. Også dette værk er med tilladelse fra Halvors døtre tilgængelig fra <www.jurabog.dk>.

mv., der *forvalter* forskellige dele af ophavsretten (f.eks. de kollektive ophavsretsordninger), eller som *rådgiver* virksomheder, der arbejder med ophavsretlige fænomener.

Selvfølgelig findes der også ophavsretligt interesserede jurister, der ikke *kun* arbejder med ophavsret. Jeg er selv en af dem. Men den påpegede udvikling er efter min opfattelse vanskelig at bestride som generel tendens. Derfor er det relevant at spørge, om den har været til fordel eller ulempe. Det spørgsmål vil jeg bruge denne anledning til at drøfte.

2. Hvorfor specialisering?

Mennesket har alle dage specialiseret sig. I takt med at vi har skabt samfund, og i takt med at disse samfund er blevet store og komplekse, har vi fordelt opgaver mellem os i afgrænsede dele og delmængder. Det skete allerede, da vi var jægere, samlere, krigere og tjenesteydere etc. Specialiseringen tog fart i industrisamfundet i en fintmasket arbejdsdeling bundet sammen af markedskræfterne. I et let forståeligt økonomisk rationale lægges opgaverne dermed, hvor de udføres mest effektivt med velstand og livskvalitet til følge.

På samme måde er de forskellige *videnskabsgrene* gennem tiderne udkrystalliseret i stadigt nye specialområder, i takt med at den videnskabelige erkendelse er blev mere nuanceret og kompleks. Mangfoldigheden af de mange videnskabelige specialområder, som i dag udgør *videnskaben*, ses, hvis man kaster blikket på den liste over de tidsskrifter, bogserier, konferencenserier og forlag, som er pointgivende i Den Bibliometriske Forskningsindikator.³

Specialiseringens fordele er indlysende og uomgængelige. De ligger først og fremmest i muligheden for fordybelse og effektivisering. At sætte sig ind i komplekse problemstillinger kræver tid og ressourcer. Specialiseringen reducerer dermed arbejdsindsatsen med en sagkundskab, der kan gå direkte til problemløsningen uden forinden at have investeret tid i at forstå materien. Dermed kan det vigtige rådgivningsarbejde koncentreres.

3. Listen er tilgængelig på <<https://ufm.dk/aktuelt/nyheder/2011/opdateret-liste-over-tidsskrifter-i-den-bibliometriske-forskningsindikator>> (besøgt 11. december 2020).

3. Juridisk specialisering

Helt samme årsagsfaktorer har ført til specialisering i juraen. En væsentlig drivkraft i denne udvikling har været, at mængden af lovstof og afgørelsesmateriale støt og roligt er vokset gennem årene, bl.a. pga. EU-harmoniseringen: Når et område bliver genstand for EU-harmonisering, vokser regelværket til enorme proportioner, fordi der skal tages højde for alle tænkelige detaljer, sådan som problemerne opleves af de enkelte medlemslande og inden for vidt forskellige samfundsområder. Mekanismen er velkendt: Når substantielle indvendinger rejses mod et lovinitiativ, udvikles der særregler og undtagelser, der herefter implementeres i deres forskellige retsordninger. Kun få af disse regler havde set dagens lys, hvis det havde været op til den danske lovgiver. Men nu har vi dem, og derfor må regelbrugeren prøve at forstå dem i lyset af deres EU-retlige udspring. Det øger selvsagt kravene til regelanvenderen og skaber forståeligt grundlag for specialisering.

Regelkompleksiteten har for længst skabt adskillige arbejdspladser i den offentlige forvaltning, der skal administrere de mange regler, og blandt de virksomheder og rådgivere, der skal forstå og efterleve dem. Princippet om, at "ukendskab til loven ikke fritager for ansvar", har i dag forvandlet sig til et teoretisk ideal, som overskygges af den praktiske virkelighed, at ingen forventes at kende til anden lovgivning end den, der regulerer ens hjemmebane. De fleste speciallovgivelser forstås kun til bunds af specialister. Og selv blandt specialister støder man ofte på under- og under-underinddelinger. Sådan er det f.eks. i skatteretten, socialretten og i lovgivningen om finansiel virksomhed – områder, hvor udviklingen af regelstoffet nok har været størst. Ingen har det samlede overblik.

Den stigende specialisering mærkes også i de juridiske uddannelser. Da Jørgen læste jura, tog det 4½ år at færdiggøre kandidatuddannelsen, hvoraf det halve år gav mulighed for at vælge 2-3 specialfag. I dag tager det 5 år. Forlængelsen af den samlede uddannelsestid med dette ekstra halve år har ikke på nogen måde kunnet kompensere for den stedfundne eksplosion i regler og retsområder. Derfor tillader jurauddannelserne i dag, at de studerende selv vælger emnet for fag og projektarbejder, som svarer til godt 2 ud af disse 5 år.

Dette stigende element af valgfrihed har fået til følge, at jurastudiet i dag har stor fokus på de mange tilvalgsfag på bekostning af de store og almene kernefag inden for *formueretten* og den *offentlige ret*. Disse fag (som på et tidspunkt blev kaldt “søjlefag”) fylder langt mindre i dag end i 1970’erne. Pensum består ofte af korte fremstillinger, der kun lige når at introducere dem til faget. Omvendt er der stor forskel på tyngden i tilvalgsfag. Jurastuderende, der bare ønsker at opnå kandidatgraden – men som måske ikke nærer noget intenst ønske om også at opnå høj dygtighed – har gode muligheder for at vælge ikke-juridiske fag, der udbydes som blandede juridiske og ikke-juridiske fag.

4. Den ophavsretlige specialisering

Specialiseringen også sat sit præg på ophavsretten, hvis kompleksitet i dag er enorm. Alene målt i antal lovbestemmelser er selve loven mangedoblet siden sin fødsel i 1960, idet den nu skal forholde sig til talrige nye ophavsretlige problemstillinger, som datiden slet ikke kendte til. Nogle af disse nye problemstillinger skyldes ophavsrettens EU-retlige harmonisering. Andre skyldes den teknologiske udvikling. I tillæg her til er det praktiske arbejde med at *administrere* ophavsretten vokset til enorme proportioner, i takt med at stadigt flere ophavsretlige udnyttelsesformer er blevet undergivet kollektiv forvaltning. De mange nye udnyttelsesformer har gjort pengestrømmene større og fået forvaltningsselskaberne til at vokse sig større.

At specialisere sig i ophavsret er imidlertid ikke uproblematisk. Ophavsretten er jo omfattende, så i praksis vil man være nødt til at vælge en delmængde af den samlede regulering. I denne afgrænsning vil mange tage udgangspunkt i, hvilke problemer bestemte klienter eller brancher typisk møder. Og da klienter sjældent ser sig selv som “ophavsretlige”, “formueretlige” eller “skatteretlige”, indebærer en sådan praktisk afgrænsning en vis sandsynlighed for, at specialet ikke forsnævres i sin afgrænsning.

Jeg har ikke kendskab til, hvordan sådanne behov søges varetaget i store advokatvirksomheder. Når disse advokatvirksomheder markedsfører sig som “full service”-advokatvirksomheder, sker det i kraft af en høj grad af specialisering omkring de store klienters typiske sagsområder. Advokatopgaverne fordeles til særlige afdelinger mv., der bygges

op om disses respektive *specialer*. En sådan sagsbehandling er særdeles kostbar for klienterne, fordi der altid vil være flere (og ofte mange) advokater på samme sag. Derfor vil navnlig mindre klienter med berøring til ophavsretten have behov for at kunne konsultere jurister, der *ikke kun* har speciale i ophavsret, men også i andre af de discipliner, som deres virksomhed møder, så man ikke skal betale for flere advokater i samme sag.

Specialiseringen kan også være uhensigtsmæssig for den virksomhed, der ansætter en "ophavsretsjurist", fordi man også her risikerer en for stærk faglig indsnævring. Fra praktikere på området hører jeg f.eks. ofte beretninger om, hvordan ophavsretsjurister i virksomheder og organisationer med daglig berøring med ophavsret melder pas, når der f.eks. i aftaleforhandlinger opstår grundlæggende formueretlige spørgsmål, som f.eks. om, hvem en aftale forpligter, hvordan ophavsrettigheder overdrages, og forskellen mellem opsigelse og ophævelse.

Et andet eksempel på det traditionssyn, der kan følge af at arbejde intenst med ophavsret, udgør den Lærebog i Entertainmentret, som udkom i 2019 med ophavsretsjuristerne Jakob Plesner Mathiasen og Lasse Lau Nielsen som redaktører. Ifølge bagsideteksten angår entertainmentretten de juridiske problemstillinger, som opstår inden for *underholdningsbranchen*. Denne branche omfatter i dag en mangfoldighed af virksomheder, som betjener sig af vidt forskelligartede kontraktgrundlag med berøring med mangfoldige offentligtretlige og privatretlige retsområder. Tænk blot på de problemstillinger, der f.eks. aktualiseres ved teaterdrift, ugebladsudgivelser, tv-produktioner, festivaler, koncerter, sportsarrangementer og reklameevents. Bogen fremtræder som en antologi, hvor specialister inden for de enkelte udvalgte retsområder beskæftiger sig med udvalgte spørgsmål. Hovedparten af disse spørgsmål er pudsigt nok immaterialretlige.

Et særligt udtryk for ophavsretlig specialisering mærkes i øvrigt i de ophavsretlige forvaltningsselskaber. I dag har disse selskaber udviklet sig til særdeles komplicerede virksomheder, hvor de ophavsretlige vederlag kanaliseres fra bruger til rettighedshaver gennem et fintmasket system af registreringer og på grundlag af ofte ganske komplekse ophavsretlige tilladelsesordninger. I et specialiseringsperspektiv udgør styring og kontrol med disse forvaltningsselskaber derfor en betydelig opgave, der stiller store krav til deres ledelse og herunder bestyrelse.

Set i et fugleperspektiv er det måske let at konstatere, *hvilke* forvaltningsområder der ligger i hænderne på det ene eller andet kollektive forvaltningsselskab. Men i et frøperspektiv kan der ligge en stor opgave i at afklare, hvilke *rettigheder* der er clearet til hvilke anvendelser, hvilke *udnyttelsesformer* der overhovedet dækkes af administrationen (herunder i mødet med udenlandske rettighedshavere), og ikke mindst *hvilke parter* der har krav på vederlagene – og med hvilke *beløb*. Meget kan gå galt i en sådan rettighedsforvaltning. Derfor er der brug for kontrolmekanismer, der ikke kun kan forholde sig til politiske (og herunder fordelingspolitiske) spørgsmål, men også til ikke bare ophavsretlige, men også aftaleretlige, tekniske, økonomiske, sikkerhedsmæssige og administrative spørgsmål.

Af samme grund er arbejdet med at styre og kontrollere disse forvaltningsselskaber særdeles komplekst og krævende, fordi det kræver indgående viden om alle disse aspekter af administrationen. Ideelt set burde styringen derfor lægges i hænderne på fagkompetente bestyrelser, der stiller til opgaven med mulighed for at følge med i selv små detaljer i administrationen.

Sådan har man imidlertid ikke valgt at gøre det herhjemme. Over en bred kam består bestyrelserne af interesserepræsentanter. Vel kan man sige, at de interesserepræsentanter, der på *producentsiden* (f.eks. som direktører for forlag og musikselskaber) i forvejen beskæftiger sig med ledelse, i kraft heraf også er klædt på til at lede et forvaltningsselskab. Men alene målt i pengestrømmene er et forvaltningsselskab *langt* mere komplekst end et forlag eller et musikselskab. Derfor er det ikke sikkert, at ledelsesfærdigheder opnået herfra også er velegnede til ledelsen af (og navnlig kontrollen med) forvaltningsselskabet.

Ser vi på de bestyrelsespersoner, der indvælges på kunstnersiden, vil de færreste kunstnere i kraft af deres kunstneriske færdigheder være klædt på til at lede de komplekse forvaltningsselskaber. Deres ledelsesfærdigheder vil typisk alene være opnået gennem det politiske organisationsarbejde. Mig bekendt er Gramex det eneste forvaltningsselskab, der ifølge vedtægterne har et sagkyndigt bestyrelsesmedlem – “det 7. medlem”. Hovedformålet med denne repræsentation er dog ikke (kun) at tilføre ekspertise, men primært at bryde den paritet, som ellers ville herske mellem producenter og udøvere.

Dermed udgør forvaltningsselskaberne et særegent paradoks, hvor ansvaret for en højspecialiseret ophavsretlig opgave er lagt i hænderne på bestyrelser, der i sammenhængen må karakteres som generalister. Som jeg skal vende tilbage til under 6., rummer denne løsning kimen til problemer.

5. Specialiseringens risici

Som sagt ovenfor ligger specialiseringens hovedfordel i muligheden for effektivisering. Jo mere sagsbehandleren på forhånd kender sagens materie, desto hurtigere kan sagerne behandles – og jo mere ensartet. Men medaljen har også en bagside.

En risiko ved specialiseringen ligger for det *første* i den mekanisme, der populært omtales som “Parkinsons lov”, og som kort kan gengives sådan, at arbejdsopgaver inden for administrative organer har en tendens til at udvide sig indtil et punkt, hvor det udfylder den tid, der er til rådighed for dets udførelse.⁴

Anvendt på det ophavsretlige område kan denne mekanisme føre til, at de store forvaltningsselskaber gradvis vil finde nye opgaver til sig selv. Sådan er det også gået. I takt med at nye ophavsretlige udnyttelsesformer er blevet underlagt kollektiv forvaltning, er forvaltningsselskaberne støt og roligt vokset. Dette er selvfølgelig fint, og ikke mindst til rettighedshavernes fordel, hvis blot der kommer flere penge i kassen. Men væksten har sin pris. Jo større en administration bliver, desto mere vil den producere interne opgaver til sig selv i form af medarbejderudvikling, evalueringer, strategiarbejde og den slags. Disse mekanismer vil ofte reducere selve den effektiviseringsgevinst, som netop skulle ligge i organisationen.

En *anden* ulempe ved den form for specialisering, der praktiseres i store forvaltningsselskaber, angår den *arbejdsglæde*, der gerne skulle gøre det muligt at rekruttere de bedste medarbejdere. Problemet kendes i den offentlige forvaltning, hvor den konkrete sagsbehandling er flyttet fra de centrale ministerielle departementer og ud i styrelser og

4. Tankegangen er udviklet af C. Northcote Parkinson (1909-93) med sigte på administrationen i den offentlige og den private sektor. Se bogen *Parkinson's Law* (1957), oversat af Eva Hammer Hansen: *Parkinsons lov – eller stræben efter fremgang* (1964).

tilsynsmyndigheder, hvor hovedparten af sagsbehandlerne inden for ministerområdet (hvoraf en stigende del *ikke* er jurister) befinder sig. For en karriereorienteret jurist føles det mere generelt orienterede arbejde i departementet langt mere tiltrækkende end arbejdet i styrelse, hvor kun chefstillingerne har samme prestige. Alt andet lige må det betyde, at departementerne trækker talenterne til sig.

Samme udvikling ses i advokatbranchen. Uden for provinsen vil de fleste advokater melde sig på markedet med et eller ganske få “specialer”. Som før nævnt mærkes dette bl.a. gennem den specialisering, som finder sted i de store advokatvirksomheder, hvor den enkelte specialistadvokat ofte vil optræde som underleverandør til den advokat, der har klientkontakten. Hvor unge advokater og advokatfuldmægtige i provinsen ofte har umiddelbar klientkontakt fra *dag 1*, kan der gå måneder – eller måske år – før medarbejderen i et stort advokatvirksomhed har det.

På længere sigt vil de færreste karriereorienterede advokater lade sig nøje med denne rolle som *speciel* underleverandør. Det ligger vel nærmest i en advokats DNA at være selvstændig. Derfor vil de fleste advokater ønske direkte *klientkontakt* og heraf følgende *varierede arbejdsopgaver*. Dermed står de store og specialiserede organisationer i en kritisk opgave med at *fastholde* de talentfulde medarbejdere, der har denne ambition med deres advokatvirke og ikke har mod på at begive sig ind på den krævende vej som specialiseret partner.

Jeg vil tro, at forvaltningsselskaberne står i samme udfordring. At talentet i en vis udstrækning vender sig *mod* rutinearbejdet, skyldes let forståelige psykologiske mekanismer: Præsenteres man dag ud og dag ind for sager af samme type, vil man kun yde formelle bidrag til det færdige resultat. Sådanne opgaverne vil langt enklere kunne løses af medarbejdere, der slet ikke behøver have juridisk uddannelse.

Hertil kommer for det *fterde* en risiko for kvalitetstab i sagsbehandlingen. Taler man kun med personer som en selv, risikerer man at sløre blikket for andre impulser. Det kan føre til snæversynethed og manglende overblik. Specialisten har en tendens til at lede efter det tabte nøglebundt under den tændte gadelampe. Når specialrådets problemstillinger *typisk* træder frem i de og de kendte skikkelser, sløres blikket for, hvordan disse problemer ellers kunne komme til udtryk. Derfor kommer specialister ofte til kort, når udefra kommende aktører

melder sig med en vis styrke, hvilket navnlig er aktuelt fra den konkurrenceretlige vinkel.

Derfor kan overspecialisering føre til rutinetænkning, hvor blikket sløres for individuelle aspekter af sagen, som måske kunne have gjort sig gældende, hvis man inddrog andre retlige overvejelser end dem, der definerer specialet. Men sager, der optræder som produkter på et samlebånd, kan let udvikle en rutinetænkning, der fokuserer på de *velkendte* aspekter, som *typisk* tillægges betydning: Jo mere specialisten vænner sig til det typiske, desto større bliver risikoen for, at specialisten kun ser den del af et problem, der *plejer* at gøre sig gældende. I retlige sammenhæng kan et sådant fokus skærme blikket fra perspektiver uden for specialet, som måske *kunne* bidrage til problemløsningen.

Navnlig i arbejdsmiljøer, der bygger på en høj grad af specialisering, kan den slags vanetænkning føre til en selvforståelse, som vil gøre det vanskeligt for nye og kritiske tanker at opnå tilslutning. I en organisation, hvor alle kan løse alle opgaver, kan medarbejder A altid konstatere, om medarbejder B gør sit arbejde ordentligt. Dermed skaber organisationen en indbygget kontrolmekanisme. Men hvis arbejdsopgaverne er fordelt så specielt ud, at kun den og den medarbejder kan løse den og den opgave, opstår der både risici for kontroltab og snæversyn.

6. Refleksioner

Med disse iagttagelser kan der være grund til at spørge, om den høje specialisering, der praktiseres i ophavsretten, er gået for vidt. Som allerede antydnet ved de mange synspunkter, kan man anlægge sådanne overvejelserne i mange dele af juraen – og ophavsretten. Rammerne for dette indlæg tvinger til en afgrænsning, hvor jeg vælger to meget forskellige:

For det *første* vil jeg rejse spørgsmålet, om de rettighedshavere, der i en vis forstand "ejer" forvaltningsselskaberne, har valgt at føre den rette kontrol med dem. Som nævnt under 4. kan man rejse det spørgsmål, om forvaltningsselskaberne har valgt den rette ledelsesmodel (den rette "governance"), eller om der ganske enkelt er opstået en for stor afstand mellem den meget specialiserede forvaltning, der finder sted i driften af disse virksomheder, og det øverste bestyrelseslag, der gerne skulle føre kontrol med denne drift.

Dette spørgsmål måtte offentligheden i hvert fald stille, da det for nogle år siden viste sig, at den fordeling af bl.a. midler fra Copydan, som var sket med en højprofileret advokat og hans personligt ejede selskab som mellemlid, var havnet i de helt forkerte lommer. Som følge af denne ophavsretlige skandale forsvandt over hundrede millioner af rettighedshaverkroner ned i advokaternes lommer, bl.a. i form af opskruede honorarer, og med et stort strafferetligt efterspil for de involverede til følge. Til manges overraskelse gjorde advokaten – der løbende havde uddebiteret store honorarer for sin bistand – gældende, at han fra sin placering på “kommandobroen” slet ingen pligt havde haft til at følge med i de administrative rutiner, der havde muliggjort svindlen, fordi alt dette foregik i “maskinrummet”.

Sagen burde efter min opfattelse have givet anledning til stor selvransagelse, både blandt advokater og i de berørte rettighedshaverorganisationer, hvis repræsentanter må spørge sig selv, om man mon havde fulgt grundigt nok med.

Nu har lovgiveren så reageret med en lov nr. 321 af 5. april 2016 om kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder. Lovens § 23 pålægger bl.a. forvaltningsselskaberne at afgive detaljerede, offentlige “gennemsigthedsrapporter”, der gør det muligt at følge pengestrømmene. Selv om arbejdet med disse rapporter – naturligt – vil være henlagt til de administrative enheder i det enkelte forvaltningsselskab, er der næppe nogen tvivl om, at loven har medvirket til at øge organisationernes bevidsthed om, hvordan indtægterne benyttes, og herunder at pengene helst skal bruges til individuelle snarere end kollektive formål.

I dette afsluttende afsnit vil jeg for det *andet* rejse spørgsmålet, om ikke den ophavsretlige teori i højere grad end hidtil burde forsøge at orientere sig mod andre retsområder end sig selv. I hvert fald to retsområder ligger lige for – men der er talrige andre.

Det ene er *konkurrenceretten*, som ophavsretten jo har tætte grænseflader til. I dag ser mange ophavsjurister konkurrenceretten som en fjende af ophavsretten, dels fordi de ophavsretlige enerettigheder jo opleves som en mulig begrænsning i rettighederne. Men som Koktvedgaard allerede påpegede i sin disputats fra 1965, er der en nær forbindelse mellem de to retsområder. Og regler er nu en gang til for at blive forstået og efterlevet. Derfor burde de relevante dele af konkurrenceretten være en nærliggende ingrediens i ophavsretlige fremstillinger.

Det andet er *formueretten*. Ophavsretsloven er jo i bund og grund en formueretlig lovgivning, fordi den gennem sine lovbestemte enerettigheder skaber formueværdier, der kan gøres til genstand for aftaleregulering på samme måde som andre formueværdier.⁵ Navnlig har aftale- og obligationsretlige regler en daglig praktisk betydning for ophavsrettens praktikere. Fordi aftale- og obligationsretten i dag er blevet marginaliseret på de juridiske uddannelser (det gælder i hvert fald ved Københavns Universitet), er der behov for, at ophavsretten griber hånden og sætter fokus på disse praktiske aspekter af ophavsretten. Også i akademiske sammenhænge burde ophavsretten samarbejde med den almindelige formueret, herunder som led i forskningsprojekter, under mødeaktiviteter, og i den almindelige analyse af ophavsrettens problemer.

Netop denne tværfaglighed benyttede Jørgen Blomqvist sig af i sin licentiatafhandling. Den bestemmelse, der i dag findes i ophavsretslovens § 53, stk. 3, er jo isoleret set en ophavsretlig specialbestemmelse, eftersom den specifikt angår vilkår, hvorefter en ophavsmand overdrager sin ret til at udnytte værket på en bestemt måde eller ved bestemte midler. Men den er også en bestemmelse om aftalefortolkning, som bedst forstås i lyset af de hensyn – herunder viljes- og forventningsprincippet – der er udviklet i den almindelige aftaleret.

Ved på den måde at åbne ophavsretten mod den almindelige formueret og konkurrenceret vil der kunne etableres en brobygning, som ikke alene vil være til gavn for de brugere, der jo må orientere sig mod alle relevante regelsæt, men som også vil kunne gøre ophavsretten mere mangfoldig og inspirerende.

-----oo0oo-----

Specialiseringen er en kendsgerning, som er kommet for at blive. Intet tyder på, at de kræfter, som har skabt den meget specialiserede fokus

5. At der er denne tætte forbindelse, er jo tydeligt i retspraksis. Det præjudikat om ophavsrettens overgang i ansættelsesforhold, som findes med den såkaldte journalistdom i *UJR 1978.901 H*, kan jo i bund og grund ses som et eksempel på brug af den almindelige forudsætningslære. Og ligesom andre domme, der inddrager parternes forudsætninger i aftalefortolkningen kan have betydning for ophavsretlige overdragelser, kaster 1978-dommen også lys over den almindelige forudsætningslære på andre områder, som måske ikke angår ophavsrettigheder.

på både tekniske, politiske og retlige problemer, bliver mindre med årene. Derfor *er* der behov for at specialisere sig, også som jurist.

Med mine bemærkninger ovenfor lægger jeg op til en diskussion om, hvorvidt vores *måde* at specialisere os på er velovervejet og optimal. Både den enkelte ophavsretsjurist og de ophavsretlige forvaltningsselskaber bør efter min opfattelse være opmærksom på de risici, som kan ligge i for det første at specialisere sig snævert og for det andet at fastholde sit speciale gennem årene.

Som nævnt under 1. var datiden store ophavsretsjurister *ikke kun* ophavsretsjurister. De forenede deres ophavsretlige passion med en interesse for andre retsområder, ligesom de – vistnok uden undtagelse – forenede den ophavsretlige interesse med en almen interesse for kunst, litteratur og samfundsforhold. Og de viste denne bredde ved *ikke kun* at være virksomme inden for ophavsretten og til gavn for ophavsretlige klienter, men også inden for talrige andre retsområder og klientsegmenter. De ophavsretlige organisationer hjælper i forvejen deres medlemmer med meget andet end ophavsret. Allerede der burde kimen til en tværfaglig tænkning være lagt.

Selv om ophavsretten med årene er blevet mere kompleks, kan der også her være anledning til at lære af historien og ikke bruge kompleksiteten som en undskyldning for en for vidtgående – og kontraproduktiv – specialisering.

Copyright and Artificial Intelligence—with a focus on the area of music

*Senior Lecturer, Jur. Dr (LL.D.) Johan Axhamn,
School of Economics and Management, Lund University*

1. Introduction¹

The technological developments of recent years have led to increased possibilities to collect, analyse and transmit data. This, in turn, has made possible connected products and services, as well as automated information processing, automated decision-making and what is increasingly referred to as Artificial Intelligence (AI). An example of the

1. The article is based on research presented by the author at a workshop organised by the The Swedish Network for European Legal Studies in August 2020, and at The Artificial Creativity virtual conference hosted by the research lab Medea, the School of Arts and Communication, and the Data Society research programme at Malmö University in November 2020. The article is thus primarily based on sources made available before 15 August 2020. Sources made available after this date have been added to the text during the proofing stage.

latter is ‘creativity’ based on self-learning algorithms that are provided with data (*computational creativity* or *algorithmic creativity*).²

These advances have had far-reaching impact on a number of markets and other areas. From the perspective of legal science (Sw. *rättsvetenskap*), a fundamental question is whether and to what extent existing rules and principles need to be adapted to new technological and commercial conditions. The question is general but becomes concrete in the studies of different specific areas of law.

An area of law that throughout its history has been strongly influenced by technological development is copyright, i.e. the legal protection of literary and artistic works and related or neighbouring subject matters. The law of copyright has been developed and adapted with regard to everything from the advent of the printing press and the ability to record audio and video on various media, through the ability to broadcast radio and television signals, to the ability to make copyright-protected content available via the Internet.³

Recent developments have brought about the question of whether and to what extent established and fundamental copyright concepts have to be updated to take into account the development of algorithmic creativity. The answer to this question includes an analysis and assessment of whether existing copyright rules can be applied to situations where a human author creates with the support of artificial intelligence (algorithmic creativity). Is it possible to draw a line between human (intellectual) creativity and algorithmic creativity? In the longer perspective, the question arises as to whether fundamental copyright concepts such as ‘work’ (i.e. that the end result such as a painting reflects a certain level of intellectual/human creativity) and ‘author’ (which according to current copyright rules has to be a human person) are still relevant in the context of artificial intelligence. Is it necessary to introduce a new form of (copyright) protection for ‘works’ created by artificial intelligence? What impact might the development of algorithmic creativity have on the relevance and legitimacy of copyright?

2. See, for example, Veala & Cardoso (eds), *Computational Creativity: The Philosophy and Engineering of Autonomously Creative Systems* (Springer 2019).

3. See Blomqvist, *Primer on International Copyright and Related Rights* (Edward Elgar 2014).

Based on a legal scientific method, analysis and assessment, this contribution will focus on these and related questions.

The contribution is structured as follows. The next section, section 2, will provide a general overview of the technology referred to as artificial intelligence, with a special focus on the area of music. Section 3 will relate the technology to general copyright rules and principles, such as issues of authorship in AI-generated subject matter (again with a focus on the area of music). Section 4 provides some conclusions and final thoughts, including a discussion of the feasibility of introducing a new (related right) protection for AI-generated subject matter.

2. Artificial intelligence

2.1. General

The technology known as AI is gaining increasing attention, not only in the research and business communities, but also among legislators and other decision-makers. The European Commission, in its *White Paper on Artificial Intelligence*, has the following to say about the new technology's potential impact:

‘Artificial Intelligence is developing fast. It will change our lives by improving healthcare (e.g. making diagnosis more precise, enabling better prevention of diseases), increasing the efficiency of farming, contributing to climate change mitigation and adaptation, improving the efficiency of production systems through predictive maintenance, increasing the security of Europeans, and in many other ways that we can only begin to imagine.’⁴

AI is thus expected to have profound implications for a whole range of sectors.⁵ It is sometimes spoken of as part of the so-called Fourth In-

4. European Commission, ‘White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust’, COM(2020) 65 final, Brussels, 19 February 2020, p. 1 [cit White Paper on AI].

5. See, for example, Iglesias *et al.*, ‘Intellectual Property and Artificial Intelligence – A literature review’ (2019), *Publications Office of the European Union*, p. 1.

dustrial Revolution, a phase of industrial development characterised by the *Internet of Things*, robotics—and *artificial intelligence*.⁶ That technological advances might eventually lead to something in the way of artificial intelligence has long been speculated upon. As an academic discipline and field of research AI was institutionalised as early as the 1950s.⁷

The recent revival of interest in the subject is due mainly to advances in data processing technologies and the increased availability of data.⁸ Put simply, AI is a collection of technologies that combine data, algorithms and computing power.⁹ Algorithms are fed with data (*input*) and then perform calculations and make predictions (*output*). A prediction describes a pattern that can be discerned from the input data. AI-based systems can be entirely software based, functioning in the virtual world (e.g., as voice assistants, image analysis software, search engines, speech and facial recognition systems), or they can be embedded in hardware (e.g., advanced robots, self-driving cars, drones or Internet of Things applications).¹⁰

AI has been described and defined in a multitude of contexts—however, no generally accepted definition has yet been established. In a document from May 2020, the UN specialized agency for intellectual property rights—the World Intellectual Property Organization (WIPO)—refers to AI as ‘a discipline of computer science that is aimed at developing machines and systems that can carry out tasks considered to require human intelligence, with limited or no human intervention’.¹¹ Similar generic descriptions have been employed elsewhere—including in a research report funded by the European Commission (the Com-

6. WIPO (2019), *WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence* (Geneva: World Intellectual Property Organization), p. 120 [cit. WIPO 2019].

7. See, e.g., McCarthy *et al.*, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence August 31, 1955. Later published in AI Magazine Vol. 27, No. 4 (2006). Available at <<https://www.aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/article/download/1904/1802>>.

8. White Paper on AI, p. 2.

9. White Paper on AI, p. 2.

10. Communication from the Commission, ‘Artificial Intelligence for Europe’, SWD/2018/237 final [cit. Communication on AI] and WIPO 2019, p. 21.

11. WIPO Secretariat, ‘Revised issues paper on intellectual property policy and artificial intelligence’, WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 REV, May 21, 2020 [cit. WIPO 2020].

mission),¹² by the Commission’s High-Level Expert Group on AI,¹³ and by the Commission itself in its communication from 2018, titled ‘Artificial Intelligence for Europe’.¹⁴

A common denominator among descriptions (and definitions) of AI is that of *computer programs behaving in ways that correspond to (or are similar to) human behaviour*. This is typically expressed in terms of passing the so-called Turing test, meaning the program can independently perform actions comparable to human actions—for example, acquire knowledge, plan and reason and draw logical conclusions based on facts and modelling.¹⁵ It is the *degree of independence* that sets AI apart from earlier technologies—sometimes called expert systems¹⁶ or decision support systems—which are rule based (programming code).¹⁷

The lack of an agreed definition of AI is a symptom of underlying uncertainty and disagreement about the very nature of the subject matter.¹⁸ The ambivalence stems, in part, from the fact that the technology is in its infancy, and that it is a matter of debate whether human intelli-

-
12. Joint Research Centre, ‘Artificial Intelligence – A European perspective’, p. 19. The report is available at <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf>>.
 13. The definition and source are given in White Paper on AI, p. 18, footnote 47.
 14. Communication on AI. See also Hartmann *et al.*, ‘Trends and Developments in Artificial Intelligence: Challenges to the Intellectual Property Rights Framework – Final report’ (2020), *Publications Office of the European Union*, p. 21 *et seq.* [cit. Hartmann *et al.* 2020].
 15. See Turing, ‘Computing Machinery and Intelligence’, *Mind* (1950), pp. 433 *et seq.*
 16. See, e.g., Leondes, *Expert Systems: The Technology of Knowledge Management and Decision Making for the 21st Century* (Academic Press, 2001), Ginsburg & Budiardjo, ‘Authors and Machines’, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 34, No. 2, 2019 [cit. Ginsburg & Budiardjo 2019] and Knight, ‘The Dark Secret at the Heart of AI’, *MIT Technology Review*, 11 April 2017 [cit. Knight 2017].
 17. Joint Research Centre, ‘Artificial Intelligence – A European perspective’, p. 20. The report is available at <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf>>.
 18. See, e.g., WIPO 2019, ‘Ministry of Enterprise and Innovation, National approach to artificial intelligence’, N2018.14, p. 4, footnote 1, and Joint Research Centre, ‘Artificial Intelligence – A European perspective’, p. 19. The report is available at <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf>>.

gence can be fully described and simulated.¹⁹ In its White Paper on AI, the Commission notes that in any new legal instrument in the area, the definition of AI will need to be sufficiently flexible to accommodate technical progress while being precise enough to provide the necessary legal certainty.²⁰

The absence of a generally accepted definition of AI further means that the term is currently attached to discrete phenomena that are related to each other but do not completely overlap, such as machine learning, deep learning and neural networks.²¹ *Machine learning* is commonly seen as a subset of AI and involves identifying patterns in pre-existing data, which can then be applied to new data.²² The technique is based on algorithms that are fed large quantities of data (*big data*), so-called training data, in order to comprehend connections and correlations. *Deep learning* is, in turn, a field (subset) of machine learning where the algorithms update and adapt during the training process;²³ the learning is ‘deep’ because the algorithms are working in layers.²⁴ Deep learning is considered to be highly independent (autonomous) from human control. The self-learning component makes it almost impossible for a person to anticipate the end result (the prediction out-

19. Câmara, *Creativity and Artificial Intelligence* (Mouton de Gruyter 2007), p. 10. Intelligence is sometimes described as ‘the ability to acquire and apply knowledge and skills’ (see <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/intelligence>>) or ‘the mental quality that consists of the abilities to learn from experience, adapt to new situations, understand and handle abstract concepts, and use knowledge to manipulate one’s environment’ (see Sternberg, *Encyclopedia of Human Intelligence* (New York: Simon & Schuster Macmillan, London, Simon & Schuster and Prentice Hall International 1995); <<https://www.britannica.com/topic/human-intelligence-psychology>>).

20. White Paper on AI, p. 18.

21. Kiseleva, ‘What is artificial intelligence and why does it matter for Copyright’, *4iP Council* (2019) [cit. Kiseleva 2019]. Available at <<https://www.4ipcouncil.com/research/what-artificial-intelligence-and-why-does-it-matter-copyright>>. See also Hartmann *et al.* 2020, p. 24 *et seq.*

22. Communication on AI.

23. Knight 2017.

24. See, e.g., Bathaee, ‘The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation’, *Harvard Journal of Law & Technology* 2018, p. 902 [cit. Bathaee 2018].

come).²⁵ For this reason, it has been said that deep learning algorithms lack transparency and explainability—it is difficult or impossible to determine how the algorithm arrives at a given result, an issue sometimes called the ‘black box problem’.²⁶ An example of deep learning is a (artificial) *neural network*, a series of self-learning algorithms that try to mimic the functions of biological neural networks (e.g., the human brain) in processes such as learning and creativity—implying, among other things, that the network can act independently, without human intervention.²⁷

The literature distinguishes between three types of AI learning techniques: supervised, unsupervised, and reinforcement learning. In *supervised* learning, the algorithm extrapolates from a set of labelled input data which has been allocated by a human trainer. In *unsupervised* learning, the algorithm is assigned unlabelled input, i.e., a dataset without any pre-existing labels or explicit instructions on what to do with it. The algorithm can thereby extract and mimic functions that a human would have difficulties distinguishing. In *reinforcement* learning, the algorithm is trained using a reward system, adapting over time in order to maximize its cumulative reward.²⁸

Reinforcement learning is increasingly common in the AI systems that are used to generate content such as text, images and music in the literary and artistic fields. Compared to its supervised counterpart, reinforcement learning allows the AI more autonomy to find and identify patterns and features in the input data. As a result, the program is better placed to capture the diversity and variation in the training material.²⁹ In reinforcement learning the AI gets feedback—positive or negat-

25. Ginsburg & Budiardjo 2019, p. 406 f.

26. See, e.g., Kiseleva 2019, Bathaee 2018, p. 894 f., and Ginsburg & Budiardjo 2019. See also Iglesias, *Intellectual Property and Artificial Intelligence – A literature review* (2019), p. 20 *et seq.*

27. Guadamuz, ‘Artificial intelligence and copyright’, *WIPO Magazine*, October 2017 [cit. Guadamuz 2017].

28. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines* (2019) [cit. High-Level Group 2019]. Available at <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/ai-definition.pdf>>.

29. See, e.g., <<https://futurism.com/a-new-ai-can-write-music-as-well-as-a-human-composer>>.

ive—about how well it performs a task, which helps it to perform the same or similar tasks with better results (or more often good results) in the future.³⁰

In the literature it has also been remarked (or objected) that what we call AI bears little actual resemblance to human intelligence.³¹ In this connection a distinction is commonly drawn between strong and weak AI. According to proponents of *strong* AI, all human thought processes are ‘algorithmic’; one day it will be possible to fully emulate them and, by extension, human consciousness as well. Proponents of *weak* AI in contrast hold that algorithms are, at best, only capable of *simulating* the human mind—a view which rules out the possibility of ‘human’ intelligence and ‘human’ creativity ever being artificially achieved.³²

The AI that is employed in the arts and literature is often described as weak, in the sense that the technology is presently used as a creative aid to artists and authors, rather than as a substitute for their creativity. It is frequently pointed out that (in its present state) AI is unable to fully replace human creativity because, among other things, it does not yet have any functional equivalents to human understanding, aspiration and consciousness. As long as AI lacks such corresponding capabilities, its actions will be circumscribed by the framing and input that come from human beings.³³

A further distinction is made within AI between general and narrow AI. By *narrow* AI is meant techniques and applications that are programmed to carry out specific tasks in specific contexts. Such systems only simulate human cognitive ability—a human has chosen what data to use and how the algorithm is configured.³⁴ *General* AI describes the

30. See, e.g., <<https://business.blogthinkbig.com/how-ai-is-revolutionising-the-classical-music-industry-an-analysis-of-the-musical-ai-by-aiva-technologies/>>.

31. Ginsburg & Budiardjo 2019.

32. Schönberger, ‘Deep Copyright: Up – and Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)’, in de Were (ed.), *Droit d’auteur 4.0 / Copyright 4.0* (Schulthess Editions Romandes 2018) [cit. Schöneberger 2018].

33. See, e.g., <<https://business.blogthinkbig.com/artificial-intelligence-very-human/>> and <<https://software-development.blog/2019/04/09/artificial-intelligence-and-music/>>.

34. High-Level Group 2019.

capacity of a system to exhibit the same general intelligence as humans’, or an intelligence that is not focused on a particular task.³⁵ Today’s manifestations of AI are all narrow AI. General AI is unlikely to be achieved in the foreseeable future.³⁶ For the time being, it exists only in the realm of science fiction.³⁷

A field of application with relevance for copyright is that of so-called *computational creativity*.³⁸ Computational creativity encompasses (‘artistically’) creative behaviour in AI: the generation³⁹ of subject matter⁴⁰ that would, if created by humans, qualify as artistic and literary works.⁴¹ The technology currently available in this regard can, to use the schema introduced above, be described as *weak* and *narrow*, with a growing *component of reinforcement learning* and *deep learning*.

In the academic and policy communities, opinions differ widely on the implications of artificial intelligence for copyright law. Some authors see the development of artificial intelligence as a gradual process, to be dealt with, like earlier technologies, through incremental adaptation of the copyright framework.⁴² For others, artificial intelligence represents so fundamental an innovation—a *disruptive technology*,⁴³ a

35. WIPO 2020 and Schöneberger 2018.

36. Kiseleva 2019 and Ginsburg & Budiardjo 2019.

37. Council of Europe, ‘History of Artificial Intelligence’, <<https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai>>.

38. Ginsburg & Budiardjo 2019.

39. In this account, the term ‘generation’ is used instead of ‘creation’ to describe the AI process that leads to an end result (output). The term ‘creation’ has an established meaning in copyright law and has within its sights creative human activity in the literary and artistic fields.

40. In this account, the terms ‘subject matter’, ‘material’ or ‘content’ are used in place of ‘work’ to describe the end result (output) which an AI generates. ‘Work’ has an established meaning in copyright law, denoting the result of human creativity in the literary and artistic fields.

41. WIPO 2020 and Rosati, ‘Copyright as an Obstacle or an Enabler? A European Perspective on Text and Data Mining and its Role in the Development of AI Creativity’, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 27, Iss. 2, 2019 [cit. Rosati 2019] and Schöneberger 2018.

42. Ginsburg & Budiardjo 2019.

43. See, e.g., WIPO 2019.

paradigm shift, a *game changer*,⁴⁴ an *apocalypse*⁴⁵—that it threatens to shake copyright law to its very foundations.⁴⁶

2.2. Artificial intelligence in the arts and literature

2.2.1. General

Computer technology has been part of the creative palette of authors (writers, painters, composers) for decades. An example from 1957 is the *Illiac Suite*,⁴⁷ a musical composition produced through the application of stochastic rules. Another early example is AARON,⁴⁸ in the field of visual art. More recently, the pace of development has been rapid, with the technology moving from an assistive role (a tool helping human creators), towards increasing autonomy⁴⁹—the computational creativity described above. Examples of the latter include *The Painting Fool*,⁵⁰ *The Next Rembrandt*⁵¹ and *Quakebot*.⁵²

44. Kiseleva 2019.

45. See, e.g., Parkinson, 'AI can write just like me. Brace for the robot apocalypse', *the Guardian*, 15 February 2019. Available at <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/feb/15/ai-write-robot-openai-gpt2-elon-musk>>.

46. Ramalho, 'Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems', *Journal of Internet Law*, July 2017 [cit. Ramalho 2017]. See also Cubert & Bone, 'The law of intellectual property created by artificial intelligence', and de Cock Buning, 'Artificial intelligence and the creative industry: new challenges for the EU paradigm for art and technology by autonomous creation', both in Barfield & Pagallo (eds), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Edward Elgar 2018).

47. See, e.g., Sandred *et al.*, 'Revisiting the Illiac Suite – a rule based approach to stochastic processes'. Available at <http://www.sandred.com/texts/Revisiting_the_Illiac_Suite.pdf>.

48. See <<http://aaronshome.com/aaron/index.html>>.

49. Hristov, 'Artificial intelligence and the copyright dilemma', *IP Law Review*, Vol. 57, No. 3, 2017, Guadamuz 2017 and Schöneberger 2018.

50. Examples of material generated by The Painting Fool are *The Dancing Salesman Problem*, *Portrait of a girl* and *Uneasy*: see <<http://www.thepaintingfool.com>>.

51. The Next Rembrandt produces paintings in the style of Rembrandt by analysing a large number of the painter's existing works: see <<https://www.nextrembrandt.com/>>.

52. Quakebot is a virtual reporter that generates literary news items in text form about earthquakes in the USA: see <<https://slate.com/technology/2014/03/quakebot-los>>.

The process of computational creativity can be broken into four stages:⁵³

1. Input
2. Learning algorithm
3. Trained algorithm
4. Output

In the first stage, the system is fed with datasets that consist of pre-existing works—e.g., musical compositions or visual artworks.⁵⁴ These can be selected according to precise criteria or at random. For example, *The Next Rembrandt* is based solely on Rembrandt's works (346 paintings), whereas *The Painting Fool* draws on a wider range of artworks taken from Google, Facebook and similar sources.⁵⁵ During the second, learning, stage, the system analyses the input in order to identify and compare patterns. From such analytical processing it generates prediction rules, which form the basis for the next stage. The third stage sees the running of an algorithm made during the second stage; this algorithm is usually unique. The end result is generated during this part of the process. The final product (output) is the content delivered by the system in the fourth stage.

None of the techniques described here is completely independent from human input and control. For all that AI systems are capable of generating subject matter which is unexpected, surprising or, to human eyes, creative, the technology is designed, trained and otherwise circumscribed by human beings.

2.2.2. AI in music

That machines have the potential to 'compose' music was recognised as early as the 1840s, and computers have been used as a tool for music composition ever since the first devices appeared. The earliest known

angeles-times-robot-journalist-writes-article-on-la-earthquake.html>.

53. See Fjeld & Kortz, 'A Legal Anatomy of AI-generated Art: Part I', *Harvard Journal of Law & Technology*, 21 November 2017 [cit. Fjeld & Kortz 2017]. Available at <<https://jolt.law.harvard.edu/digest/a-legal-anatomy-of-ai-generated-art-part-i>>.

54. Guadamuz 2017.

55. See Fjeld & Kortz 2017.

example of computer-assisted composition is the abovementioned *Illiatic Suite* from 1957. Another example often highlighted in the literature is *Musikalisches Würfelspiel* (Musical Dice Game), a random re-ordering of musical fragments.⁵⁶ In the 1990s, David Bowie was one of the collaborators behind *Verbasizer*, an application that made new song lyrics from existing lines of text via the use of a random word generator.⁵⁷ In 2016, Sony's *Flow Machines* software generated a melody in the style of the Beatles, which a human composer then turned into a song—*Daddy's Car*.⁵⁸

Today, there are numerous applications with AI aspirations in the music field.⁵⁹ Besides *Flow Machines*, these include IBM's *Watson Beat*, Google's *Magenta*, *Jukedeck* and *Amper Music*. Most of the systems work by using deep learning neural networks reliant on the analysis of large amounts of (input) data, comprising as a rule pre-existing works of music. The systems look for patterns, e.g., in chords, tempo, length and how notes relate to one another, from which they learn to generate their own melodies. There are differences between systems, including in how results are formatted—some deliver MIDI while others deliver audio. While the output of some systems is guided purely by their input data, others rely on hard-coded rules drawn from musical theory. The applications named above are described in more detail in the following.

Amper is based on a catalogue of existing works, from which it generates new music according to the user's choice of genre and mood. The output is in the form of an audio file which allows the user to change tempo or key, or to mute individual instruments. The system gives the user a relatively high degree of control over the final product.⁶⁰

Google's *Magenta* project develops deep learning and reinforcement learning algorithms—for music (the *NSynth* algorithm) but also for images and drawings, etc. *Magenta* also builds applications (*Magenta*

56. See, e.g., Nierhaus, *Algorithmic Composition: Paradigms of Automated Music Generation* (Springer 2009).

57. <<https://www.theverge.com/2018/8/31/17777008/artificial-intelligence-taryn-southern-amper-music>>.

58. <<https://soundcloud.com/user-547260463>> and <<https://www.theverge.com/2018/8/31/17777008/artificial-intelligence-taryn-southern-amper-music>>.

59. Cf. Briot *et al.* (eds), *Deep Learning Techniques for Music Generation* (Springer 2020).

60. See <<https://www.ampermusic.com/music/>>.

Studio) for composers wishing to employ such algorithms in their own music creation, for example to generate variations of music they input themselves.⁶¹ The user can also set output parameters—and this can be reiterated to take the output in a desired direction.⁶²

Jukedeck is an algorithm that employs deep learning and reinforcement learning.⁶³ With its help, users have generated over 500,000 works of music, mainly different types of background music—in particular for Internet video.⁶⁴ Users are able to customise genre, instrument, length and tempo, among other things. The output is delivered as an audio file. It is possible for the user to acquire the right to use the music.⁶⁵

AIVA⁶⁶ (*Artificial Intelligence Virtual Artist*) is another algorithm based on deep learning and reinforcement learning processes, which so far has focused on classical music. AIVA—or more correctly, a legal entity behind AIVA—is registered with SACEM, the rights management society,⁶⁷ its music has been released as an album; and its compositions are used, inter alia, for soundtracks in film, commercials and video games.⁶⁸

61. See <<https://magenta.tensorflow.org/>>, <<https://medium.com/syncedreview/google-ai-music-project-magenta-drops-beats-like-humans-515de6e5f621>>, <<https://music-tomorrow.com/2019/11/google-magenta-going-forward-with-ai-assisted-music-production/>> and <<https://www.technologyreview.com/2017/03/29/152905/google-brain-wants-creative-ai-to-help-humans-make-a-new-kind-of-art/>>.

62. <<https://www.technologyreview.com/2017/03/29/152905/google-brain-wants-creative-ai-to-help-humans-make-a-new-kind-of-art/>>.

63. <<https://www.theguardian.com/small-business-network/2017/aug/29/computer-write-music-jukedeck-artificial-intelligence>>.

64. <<https://www.theguardian.com/small-business-network/2017/aug/29/computer-write-music-jukedeck-artificial-intelligence>>.

65. See Alex Marshall, 'From Jingles to Pop Hits, A.I. Is Music to Some Ears', *New York Times*, 22 January 2017. Available at <<https://www.nytimes.com/2017/01/22/arts/music/jukedeck-artificialintelligence-songwriting.html>>. See also <<https://www.theguardian.com/small-business-network/2017/aug/29/computer-write-music-jukedeck-artificial-intelligence>>.

66. See <<https://www.aiva.ai/>>.

67. See <<https://futurism.com/a-new-ai-can-write-music-as-well-as-a-human-composer>>.

68. See <<https://futurism.com/a-new-ai-can-write-music-as-well-as-a-human-composer>> and <https://www.vice.com/en_us/article/neaqmq/an-ai-completes-an-unfinished-composition-115-years-after-composers-death>.

According to its creators, the system has learned music composition by reading a large collection of existing works (scores) by composers such as Bach, Beethoven and Mozart. By analysing and comparing the scores in its database, the algorithm identifies patterns, which it then combines to make new compositions.⁶⁹ AIVA generates its output in the form of musical notation.⁷⁰ Whether an AIVA composition merits keeping or not is always determined by at least one natural person.⁷¹

Since 2019, the company behind AIVA has offered users a commercial version of the software, *Music Engine*, which it describes as a creative assistant. Music Engine can generate shorter pieces (up to three minutes) in various genres—rock, pop, jazz, etc. The user is able to influence the output by selecting a desired mood, tempo, style and time period.⁷² It is also possible to provide the algorithm with an example of a musical composition to use as a template for a new piece.⁷³ Often several ‘iterations’ are needed before a satisfactory result is achieved.⁷⁴ The company behind AIVA considers itself to be the first owner of the music generated via Music Engine, but it is possible for individuals to acquire rights to the music.

IBM’s *Watson Beat* is also based on a deep learning and reinforcement learning algorithm.⁷⁵ When, during the training stage, the system was oriented in music theory—at least within what can be termed Western music⁷⁶—works were broken down into their core elements, includ-

69. See <<https://futurism.com/a-new-ai-can-write-music-as-well-as-a-human-composer>>.

70. See <<https://futurism.com/a-new-ai-can-write-music-as-well-as-a-human-composer>>.

71. See <<https://www.datainnovation.org/2019/05/5qs-for-pierre-barreau-ceo-of-aiva/>>.

72. See, e.g., <<https://www.thepatent.news/2019/10/21/aiva-a-software-that-compose-original-music-pieces/>>.

73. See <<https://www.datainnovation.org/2019/05/5qs-for-pierre-barreau-ceo-of-aiva/>>.

74. <See <https://futurism.com/a-new-ai-can-write-music-as-well-as-a-human-composer>>.

75. See <https://www.vice.com/en_us/article/d7yddq/watson-beat-ibm-music> and <https://medium.com/@anna_seg/the-watson-beat-d7497406a202>.

76. See <<https://business.blogthinkbig.com/big-data-ai-changing-music-game-ib/>> and <https://medium.com/@anna_seg/the-watson-beat-d7497406a202>.

ing pitch, rhythm, chord progression, note sequences and instrumentation. This information was linked to information about mood and genre. The aim was to give the system a set of reference points. To generate new music with Watson Beat, the user has to provide approximately ten seconds of music in MIDI format and specify what mood and rhythm the output should have by, e.g., adjusting variables such as drums, baseline and chords, as well as time signature and tempo.⁷⁷ Watson Beat also delivers output to the user in MIDI format.

Like the other algorithms described here, *Orb Composer* is designed to help composers in their creative process; the program is sometimes touted as the first AI for music composers.⁷⁸ Based on general input from the user—regarding the desired environment (orchestral, strings, piano, electro, pop-rock or ambient) and overall structure of the composition, and so forth—the system makes suggestions which the user can develop further, for example, by adding and removing instruments, modifying chords and changing tempo and ‘intensity’.⁷⁹

Folk RNN is the name of a reinforcement learning algorithm, in this case called a recurrent neural network, which has been developed on a dataset consisting of a vast number of traditional works from Ireland and Britain transcribed in a shorthand designed for folk music. The algorithm has been trained to predict what will/should come next based on the input data; it can, after a fashion, repeat and vary patterns in ways that are characteristic of this kind of music. The algorithm is available free to all online.⁸⁰ It has been used, inter alia, by researchers at KTH Royal Institute of Technology to produce, it is claimed, over 100,000 new folk tunes. Following further refinement, several of the pieces generated in the KTH project were included in an album by an Irish folk band, which featured both existing works and music drawing on output from Folk RNN. The algorithm is steered by the user’s choice of generation parameters, for instance which ‘temperature’ (mood) the output should have. The generated output is in MIDI-

77. See <<https://www.businessinsider.com/ibm-watson-beat-creates-songs-from-thin-air-2016-7?r=US&IR=T>>, <<https://www.ibm.com/case-studies/ibm-watson-beat>> and <<https://www.t-3.com/thinking/making-music-ibm-watson-beat/>>.

78. <<https://www.pluginboutique.com/products/6108-Orb-Composer-Pro-S-1-5>>.

79. <<https://www.pluginboutique.com/products/6108-Orb-Composer-Pro-S-1-5>>.

80. See <www.folkrnn.org>.

format with symbol sequences which can be rendered as musical notation, and which usually require modification by the user—although such work has to be done manually, not being supported by Folk RNN. As a rule, the user also needs to make a selection (curate) from the large amount of output produced by the algorithm.⁸¹

Another example of AI in the field of music is *Bot Dylan*, a Celtic music generator.⁸² A particular challenge facing AI systems in this field is how to generate content that sounds coherent to human ears, i.e., maintains its structure over time. The people behind *Morpheus* claim that their AI has this functionality.⁸³

To sum up, there are currently a number of different (AI-)technologies in the field capable of generating music semi-autonomously, but as yet there is no system with the ability to compose music with full autonomy. The output of existing systems relies largely on the interventions of the programmer and on the input data and other variables (such as key, pitch and tempo) that are supplied to the system by a user or another person. It is not uncommon for the AI's output to require extensive reworking and development by, for instance, the end user. The technology may thus be regarded, wholly or partly, as a tool or extension of human creativity. This observation has consequences for how we should assess AI-generated subject matter for the purposes of copyright law, an issue which is addressed in more detail in section 3.4.

81. See, e.g., <<https://www.kth.se/aktuellt/nyheter/over-100-000-folkmusiklatar-skapade-med-hjalp-av-artificiell-intelligens-1.850922>> and Sturm & Oded (2018), 'Let's Have Another Gan Ainm: An experimental album of Irish traditional music and computer-generated tunes', <<http://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1248565/FULLTEXT02.pdf>>. See also <<https://www.dn.se/kultur-noje/sa-har-en-artificiell-intelligens-skapat-100000-folkmusiklatar/>>, <<https://storytech.se/2019/04/17/artificiell-intelligens-skapar-folkmusik-over-100-000-latar/>> and <<https://www.voister.se/artikel/2018/11/musik-ska-byggas-av-ai/>>.

82. See, e.g., WIPO 2019 and Geslani, Meet Bot Dylan, the AI computer that can write its own folk songs, *Consequence of Sound*, May 26, 2017. Available at <<https://consequenceofsound.net/2017/05/meet-bot-dylan-the-ai-computer-that-can-write-its-own-folk-songs/>>.

83. See Herremans & Chew, *Morpheus: Automatic music generation with recurrent pattern constraints and tension profiles*, *IEEE Transactions on Affective Computing* (2016).

3. AI-generated subject matter and copyright

3.1. General starting points and principles

A number of copyright issues are raised by generative AI and revolve around what are sometimes called the question of AI as creator (*the output, or downstream, problem*) and the question of AI as infringer (*the input, or upstream, problem*). Although concerned with separate stages in the genesis of AI subject matter—the process and result, respectively—these questions are intimately connected, both practically and legally, since the requirements of protection and infringement can be seen as two sides of the same coin.⁸⁴ The two questions are examined below, following a section on AI as a legal entity.

3.2. AI as a legal entity

In Swedish law, only natural or legal persons may qualify as legal subjects, i.e., be both holders of rights, able to possess property and to incur debts and obligations; and actors under the law, competent to perform juristic acts—to sell, enter into contracts, and so forth (Sw. *rättskapacitet* and *rättshandlingsförmåga*). A computer program or algorithm is not a legal person. An AI system cannot, therefore, bear rights or obligations. Nor, by the same token, may it be the holder of copyright or be held liable for infringing the copyright of others.

The question of whether to grant legal capacity to artificial intelligence has been raised, inter alia, by the European Parliament. In May 2016 the Parliament's Committee on Legal Affairs, when addressing the civil-law challenges posed by robotics, proposed that an 'intellectual creation' produced by a computer or robot should receive IP protection.⁸⁵ The European Parliament's Plenary Session, in January 2017, expressed support for this idea.⁸⁶

84. See, e.g., Karnell, 'Verksbegrepp och upphovsrätt', *TJR* 1968, pp. 401 *et seq.*

85. European Parliament, Committee on Legal Affairs, 'Draft report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics' (2015/2103(INL)), 31 May 2016, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE582.443+01+DOC+PDF+V0//EN>>.

Establishing AI as a legal entity throws up several central issues of jurisprudence which cannot be considered fully here.⁸⁷ It is, for instance, hard to see how sanctions, e.g., damages, penalties and fines—crucial building blocks supporting substantive rules on rights and obligations—might work in relation to an AI system. Those advocating legal subjectivity for AI sometimes point out that legal persons are legal subjects and that, ipso facto, it would not be alien to the legal system to confer legal subjectivity to AI—and with it, eligibility for authorship. The comparison with legal persons is not entirely appropriate. Legal persons depend on there being natural persons who can act on their behalf; they do not make automated decisions for themselves.

3.3. Use of existing works as input data

3.3.1. Does an AI's analysis of existing works “count” for copyright purposes?

Even though an AI is not a legal subject and already for that reason cannot be held liable for any infringement, it is nevertheless relevant for this investigation to describe and analyse whether the use of existing works as input data is likely to affect the copyright in those works.

By technical necessity, an AI's study of existing works (see section 2.1) involves making temporary copies of them.⁸⁸ Temporary copies are

86. European Parliament, Plenary Sitting, ‘Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics’ (2015/2103(INL)), 24 January 2017, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2FBREPORT%2BA8-2017-0005%2B0%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FEN>>.

87. Cf., e.g., van den Hoven van Genderen, ‘Legal personhood in the age of artificially intelligent robots’, in Barfield *et al.* (eds), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Edward Elgar 2018), p. 213 *et seq.*, Schöneberger 2018, Guadamuz 2017 and Wolters Kluwer, ‘IP Professor Bernt Hugenholtz Reflects on Authorship in the Digital Era’, 9 July 2019. Available at <http://www.kluwerlaw.com/article/ip-professor-bernt-hugenholtz-reflects-on-authorship-in-the-digital-era/?doing_wp_cron=1593629523.1408588886260986328125>.

88. See, e.g., Lizzarralde, ‘Upstream problems in the realm of AI and Copyright’, *Media Laws*, 22 April 2020 [cit. Lizzarralde 2020]. Available at <<http://www.medialaws.eu/upstream-problems-in-the-realm-of-ai-and-copyright/>>. See also See, for example, Iglesias, *Intellectual Property and Artificial Intelligence – A literature review*

made during technical processes, for example, when the system's cameras or other sensors scan the existing works. The bottom line is that such temporary copies bring copyright into play; that is, they fall within the scope of the copyright owner's exclusive right to each of the works laid out in Section 2 of the Swedish Copyright Act (SCA). According to the second paragraph of Section 2, the right of reproduction includes any direct or indirect, *temporary* or permanent preparation of copies of the work, in whole or in part, by any means and in any form.

That the exclusive right extends to temporary copies was clarified during the Swedish implementation of the so-called Infosoc Directive,⁸⁹ in 2005.⁹⁰ Article 2 of the Directive states that temporary as well as permanent reproductions are covered by the exclusive right. No such requirement can be inferred from the international treaties in the copyright area, and the question was among the most contentious during negotiations for the WIPO Copyright Treaty (WCT), in the mid 1990s.⁹¹ In fact and in principle, it matters greatly whether or not temporary copies fall within the scope of the exclusive right from the outset.⁹² In a digital environment, the common assumption is that tempor-

(2019), p. 10 *et seq.*

89. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22 June 2001, paras 10–19.
90. See Gov. Bill 2004/05:110, pp. 49 *et seq.*
91. Article 1(4) WCT states that Contracting Parties shall comply with Articles 1 to 21 and the Appendix of the Berne Convention. According to a so-called agreed statement concerning Article 1(4) the reproduction right as set out in Article 9 of the Berne Convention 'fully applie[s] in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention'. However, the statement does not make clear whether temporary forms of reproduction count for copyright purposes, as it leaves open the meaning of the term 'storage', i.e., whether or not temporary forms of reproduction are also included in the exclusive right. It is nevertheless clear that the WCT, being a so-called special agreement under Article 20 of the Berne Convention, cannot impose any binding limits on the obligations arising from the Berne Convention.
92. See, e.g., European Commission, 'Legal Advisory Board's reply to the green paper on copyright and related rights in the information society', *Computer Law and Security Report*, Vol. 12, No. 3, 1996, p. 145.

ary copies are generated as a matter of course for the technology to function as intended.⁹³

If an AI is to draw inspiration and learn from earlier works it therefore needs to make temporary copies of them.⁹⁴ The situation is unlike one where a natural person reads and studies existing works—by itself, the act of viewing or listening to a work in analogue form, e.g., reading a book or listening to the radio, does not count for copyright purposes (as reproduction). Humans store the works as electromagnetic traces in the brain, but that storage falls outside the copyright domain.⁹⁵

If the AI practice of copying existing works is to be allowed, it either needs to be covered by an authorisation (consent, e.g., a license) or have a legal basis. Authorisation may take the form of an individual contract or a collective license, e.g., an extended collective license. Where the necessary authorisation is not forthcoming for the use of the works (the input data), copying may still be allowed, provided that it is covered by an exception or limitation. In the copyright framework today, there is only one which could be relevant here, namely the exception for certain forms of temporary copies provided in Section 11a SCA.

3.3.2. Is use covered by the exception/limitation in Section 11a of the Copyright Act?

According to Section 11a SCA, the making of copies is permissible if this activity is an integral and essential part of a technological process and if the copies are transient and have only a secondary importance in that process. The copies must not have any independent economic importance. The making of copies is permissible only if the sole purpose

93. See, e.g., Axhamn, 'Tillfälliga framställningar av exemplar och rättsligt skydd för åtkomstspärrar i digital miljö', in Madell *et al.* (eds), *Utblick och inblick: vänbok till Claes Sandgren* (Iustus Förlag 2011), pp. 11 *et seq.*

94. See, in this regard, e.g., Traille, 'Study on the legal framework of text and data mining (TDM)', March 2014, pp. 31 and 40. Available at <<https://www.fosteropenscience.eu/sites/default/files/pdf/3476.pdf>>.

95. See, e.g., Axhamn, 'EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande', *Nordiskt Immateriellt Rättskydd* (NIR), 2010, p. 339 *et seq.*, and Axhamn, 'Tillfälliga framställningar av exemplar och rättsligt skydd för åtkomstspärrar i digital miljö', in Madell *et al.* (eds), *Utblick och inblick: vänbok till Claes Sandgren* (Iustus Förlag 2011), pp. 11 *et seq.*

of the making is to enable (i) a transmission in a network between third parties via an intermediary, or (ii) a lawful use, i.e., a use that occurs with the consent of the author or the author's successor in title, or another use that is not un-permissible under this Act. The provision in Section 11 SCA originates in Article 5(1) of the so-called Infosoc Directive.⁹⁶

Thus, there are a number of conditions that must be met before the provision in Section 11a SCA can apply. The Court of Justice has interpreted the provision in numerous cases, inter alia in *Infopaq I*,⁹⁷ *Infopaq II*,⁹⁸ *Premier League*,⁹⁹ *Stichting Brein* (Filmspeler)¹⁰⁰ and *Public Relations Consultants Association* (Meltwater).¹⁰¹

It must first be pointed out that the Court insists upon a strict interpretation of the conditions set out in in Section 11a, as the limitation derogates from the general principle that authorisation is required from the right holder for any reproduction of a protected work.¹⁰² Further, the interpretation of the conditions must at the same time enable the effectiveness of the resultant exception to be safeguarded and permit observance of the exception's purpose.¹⁰³ The Court has also asserted that the exception must allow and ensure the development of new technologies and safeguard a fair balance between the rights and interests of right holders, on one hand, and of users of protected works who wish to avail themselves of those technologies, on the other.¹⁰⁴

96. See Gov. Bill 2004/05:110, pp. 89 *et seq.*

97. Case C-5/08, *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2009:465.

98. Case C-302/10, *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2012:16.

99. Joined Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League and Others*, ECLI:EU:C:2011:631.

100. Case C-527/15, *Stichting Brein*, ECLI:EU:C:2017:300.

101. Case C-360/13, *Public Relations Consultants Association*, ECLI:EU:C:2014:1195.

102. See, e.g., the Joined Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League and Others*, para 162.

103. See the Joined Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League and Others*, para 163, referring to recital 31 of the InfoSoc Directive and Common Position (EC) No 48/2000, adopted by the Council on 28 September 2000 with a view to adopting said directive (OJ C 344, p. 1).

104. See the Joined Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League and Others*, para 164.

The exception covers certain acts of temporary reproduction that are carried out during either a *transmission in a network between third parties via an intermediary*, or *lawful use*. Recital 33 of the Infosoc Directive explains that the exception includes acts which enable browsing and caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently. An AI system using existing works as its input material hardly amounts to ‘transmission in a network between third parties via an intermediary’. What should be explored further, however, is whether such activity can be deemed ‘lawful use’. ‘Lawful use’ describes use that is authorised by the right holder or not restricted by law.¹⁰⁵ A lawful use can thus take the form of a use that has the right holder’s authorisation, is based on a limitation or exception, or falls outside the scope of the exclusive rights of copyright.¹⁰⁶ The expression ‘lawful use’ was chosen in the provision to ensure, as far as possible, that the use of copyrighted material by individuals in a digital environment, where such use entails making temporary copies of the relevant copyrighted material, is put on an equal footing with the use of copyrighted material in analogue form—e.g., reading a book or listening to music on the radio. If the right holder of a work has expressly refused its use, then it is not permitted within the meaning of Section 11a SCA.¹⁰⁷

In *Infopaq II* the Court of Justice held that acts of temporary reproduction carried out during a data capture process constituted lawful use of a work. The data capture process was intended to enable drafting of summaries of newspaper articles—and this act was not judged to be covered by the author’s exclusive rights.¹⁰⁸ In *Premier League* the Court found that temporary acts of reproduction, which enabled a satellite decoder and television screen to function correctly, must be considered lawful use. For the Court, mere reception of broadcasts, that is to say, the picking up of the broadcasts and their display in private circles, did

105. See recital 33 of the InfoSoc Directive.

106. See, e.g., Traille, Study on the legal framework of text and data mining (TDM), March 2014, p. 44. Available at <https://www.fosteropenscience.eu/sites/default/files/pdf/3476.pdf>.

107. See, e.g., Traille, ‘Study on the legal framework of text and data mining (TDM)’, March 2014, p. 47.

108. See Case C-302/10, *Infopaq II*, paras 43–46.

not amount to an infringement of the exclusive right of copyright.¹⁰⁹ In *Filmspelers* the Court, with reference to the so-called ‘three-step test’, stated that temporary acts of reproduction, on a multimedia player, of copyright-protected works obtained from streaming websites belonging to third parties offering those works without the consent of the copyright holders, were not a lawful use.¹¹⁰

It is doubtful whether the temporary copying that occurs when an AI system studies existing works constitutes ‘lawful use’. The purpose of the temporary copies in such a situation is to produce, by technical means, new works that are similar to, or inspired by, the subject matter being reproduced. Here is an instance, then, of a use of a copyright work which actually or potentially competes with the interests of the authors or right holders of the works being copied.

Besides indicating that the use is not ‘lawful’, such circumstances very likely indicate that the copies have ‘independent economic importance’. The temporary copies produced during the course of an AI process presumably have independent economic importance because the economic benefit derived from carrying out the reproduction is distinct from the economic benefit of using the work in question.¹¹¹ The same is true if the temporary reproduction leads to a change in the subject matter being reproduced, as it exists when the technological process is initiated. The act of reproduction has the purpose not of facilitating the use of the original subject matter but of generating a new work.¹¹²

It must therefore be concluded that the exception for temporary copies in Section 11a SCA does not normally apply to the copying of work that takes place in connection with the generation of content by AI systems.

109. See the Joined Cases C-403/08 and C-429/08, *Premier League*, paras 170–172.

110. See Case C-527/15, *Filmspelers*, paras 69–71.

111. See Geiger *et al.*, ‘The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal Aspects’, CEIPI Research Paper No. 2018-02 (2018), p. 11. Available at <<https://ssrn.com/abstract=3160586>>. Cf. Schöneberger 2018.

112. Cf. Case C-302/10, *Infopaq II*, paras 48–53.

3.3.3. Is use covered by the exception in Article 4 of the DSM Directive?

The recently adopted Directive on Copyright in the Digital Single Market (DSM Directive)¹¹³ enacts new exceptions and limitations that may be relevant to the matter at hand. Article 4 of the Directive contains an exception for text and data mining (TDM) of lawfully accessible works and other subject matter.¹¹⁴

1. Member States shall provide for an exception or limitation to the rights provided for in Article 5(a) and Article 7(1) of Directive 96/9/EC, Article 2 of Directive 2001/29/EC, Article 4(1)(a) and (b) of Directive 2009/24/EC and Article 15(1) of this Directive for reproductions and extractions of lawfully accessible works and other subject matter for the purposes of text and data mining.
2. Reproductions and extractions made pursuant to paragraph 1 may be retained for as long as is necessary for the purposes of text and data mining.
3. The exception or limitation provided for in paragraph 1 shall apply on condition that the use of works and other subject matter referred to in that paragraph has not been expressly reserved by their right holders in an appropriate manner, such as machine-readable means in the case of content made publicly available online.
4. This Article shall not affect the application of Article 3 of this Directive.

Article 2(2) defines text and data mining as ‘any automated analytical technique aimed at analysing text and data in digital form in order to generate information which includes but is not limited to patterns, trends and correlations’. Although artificial intelligence differs from TDM in respect of function, when analysing data the two techniques make use of similar algorithms. The provision of Article 4 may therefore come to have implications for the creation of AI works.¹¹⁵

113. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

114. Article 3 of the DSM Directive provides an exception for text and data mining conducted for the purposes of scientific research. This exception has no relevance to the topic of this article.

Recital 9 in the preamble to the Directive also points out that there can be instances of text and data mining that do not involve acts of reproduction or where the reproductions made fall within Article 5(1) of the Infosoc Directive.

Article 4(3) states that the exception for TDM shall not apply if such use has been reserved by the right holder in an appropriate manner, such as machine-readable means in the case of content made publicly available online. Context for interpreting Article 4(3) is offered in recital 18 of the Directive. According to that recital, in the case of content that has been made publicly available online, it should only be considered appropriate to reserve those rights by the use of machine-readable means, including metadata and terms and conditions of a website or a service. Other uses should not be affected by the reservation of rights for the purposes of text and data mining. In other cases, it can be appropriate to reserve the rights by other means, such as contractual agreements or a unilateral declaration. The recital further notes that right holders should be able to apply measures to ensure that their reservations in this regard are respected. In addition to the possible exception under Article 4(3), Article 7 conversely states that where the parties have agreed otherwise, Article 4 does not apply. Given that Article 4 is not mandatory in nature and right holders are able to reserve the rights for TDM under Article 4(3), the exception in Article 4 is not applicable when right holders object to the text and data mining of their material in conjunction with the generation of AI-output.¹¹⁶

The importance of allowing authors and other right holders to oppose the use of their work in AI processes should not be underestimated. I will come back to this question in the concluding section 4.

115. See, e.g., Rosati 2019 and Sag, 'The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning', 66 *J. Copyright Soc'y of the U.S.A.* 291 (2019).

116. See, e.g., Lizzarralde 2020.

3.4. Can AI-generated subject matter obtain copyright protection?

3.4.1. General prerequisites for copyright protection

3.4.1.1. Works and creation

The general requirements for copyright protection (of works) are set out in Section 1 SCA, which states that ‘[a]nyone who has created a literary or artistic work shall have copyright in that work [...]’. The presumption is therefore that in order to qualify for copyright protection as such, a work needs to have been *created* by *someone*, by which is meant a natural person. The copyright framework, as it pertains to works, protects the fruits of human (intellectual) creation. A work has to be the result of a personal and creative effort. During the preparation of Swedish copyright legislation in 1919, it was submitted that the work must be a product ‘raised to a certain degree of independence and originality; at least to some extent, the expression of the individuality of the author is necessary; a purely mechanical production is not satisfactory’.¹¹⁷ Through the laws of copyright, society thus provides legal protection for intellectual creation within the domain of literature and art.¹¹⁸

The abovementioned fundamentals have not changed as a result of the harmonisation of EU copyright law, as the copyright *acquis* is likewise based on the premise that the author or originator is a natural person.¹¹⁹ Copyright and other intellectual property protections also operate under the umbrella of fundamental and human rights to protection of property, recognized, *inter alia*, in the international conventions and the EU Charter of Fundamental Rights—as well as Sweden’s constitution.

117. See NJA II 1961, p. 12.

118. NJA II 1961, p. 29.

119. See, e.g., Quaedvlieg, ‘Authorship and Ownership: Authors, Entrepreneurs and Rights’, in Synodinou (ed.), *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives* (Kluwer Law International 2012), p. 207, referring, *inter alia*, to ‘Explanatory Memorandum to the proposal for a Database Directive’, COM(92) 24 final, 13 May 1992. Cf. Senftleben & Buijtelaar in *EIPR* 2020, p. 717 *et seq.*, and Hartmann *et al.* 2020, p. 67 *et seq.*

The EU's legal requirement of the 'author's own intellectual creation' conveys that to be protectable as a work for copyright purposes, subject matter should be the expression of the free and creative choices of a natural person. The language which the Court of Justice has used to describe the harmonised originality criterion reflects this line of thinking. The Court has, *inter alia*, held that copyright protection can be granted *if the work reflects the personality of the author*, which is the case if the author was able to *express his creative abilities in the production of the work by making free and creative choices*.¹²⁰ By making these choices, the Court says, the author stamps the work *with his personal touch*.¹²¹ The Court has furthermore stated that the criterion of free and creative choices is not satisfied if the choices are steered by technical considerations, or if the author's creative scope is subject to rules that preclude creative freedom.¹²² The prerequisites for copyright protection that follow from the case law of the Court of Justice correspond in all material respects with the requirements for protection of works—sometimes referred to as 'verkshöjd'—long established in the legal doctrine and case law of Sweden and other Nordic countries.¹²³ In practice, the threshold of originality is set low. The Court of Justice has, *inter alia*, acknowledged that an extract of 11 words from a literary work can be the expression of an author's individual creation.¹²⁴

When it comes to copyright protection of music, the assumption is that a musical work retains the character of a musical work whatever form it takes, be it as musical notation, a recording or a public performance.¹²⁵ When a musical work is combined with a literary work, e.g., when a poem is set to music, or music is used in melodrama, opera,

120. See Case C-145/10, *Painer*.

121. See Case C-604/10, *Football Dataco and Others*.

122. See Cases C-403/08 and 429/08, *Premier League*, and Case C-604/10, *Football Dataco and Others*.

123. See, e.g., Supreme Court's decision in NJA 2015, p. 1097. When handing down its decision, the Supreme Court stated that for a television broadcast of a sporting fixture to reach the level of originality required for copyright protection, the content of the broadcast must transcend what is set out by the actual game or competition in such a degree that it ranks as an own intellectual creation.

124. See Case C-5/08, *Infopaq*.

125. See NJA II 1961, p. 17.

operetta, or theatre, the ‘combined work’ is legally made up of independent works—i.e., the incorporated works are protected individually and on their own merits.¹²⁶

The Swedish Supreme Court had occasion to rule on musical works in NJA 2002, p. 178. The case concerned infringement of a (pop music) hook, or melody line, played by a violin and consisting of four eight-bar stanzas and a total of 42 notes. The allegedly infringing melody had the same number of stanzas, bars and notes. The situation was complicated by the fact that the second melody was purportedly inspired by a Swedish folk tune, called *Oxdansen* (Ox Dance). The Supreme Court held that in music, as in writing and visual art, the possibilities for variation were virtually endless, at least in theory; protection must accordingly be available not only for musical works of a particular extent, but also, as with e.g., personally composed book titles, for a few notes whose combination yields a sufficiently original result. The Court also argued that although the narrower field of popular music offered less room for variation, here as elsewhere even a very simple work must receive protection if found to be sufficiently original. Whether or not the melody met the threshold of originality should be judged, the Court said, according to how listeners perceived it, i.e., on an assessment of the music as a whole. On making such an assessment, the Supreme Court found that the melody line was distinctive enough to be considered an independent work. Coming to the question of infringement, the Supreme Court argued that this, too, should be determined on the basis of an overall assessment. That assessment revealed the similarities to be so striking that, to all appearances, the melodies were the same work. As to whether it could be shown that the allegedly infringing melody was created independently of the first melody (independent double creation), the Court stated that given such striking similarity between the melodies, a very high standard of evidence was required to prove a true parallel independent creation. The evidence fell short in this regard.

That the question of independent creation must be addressed even when the subject matter demonstrably falls into the sphere of protection of a previous work stems from the fact that copyright is not condi-

126. See NJA II 1961, p. 17.

tional on objective novelty but merely gives protection against copying (subjective novelty).

Originality or *verkshöjd* can be judged with the help of the so-called double-creation criterion. This can be summarised to the effect that when determining whether an object may be considered a work, one should consider the possibility that another person, separately and without knowledge of that object, could have come up with something closely alike. The originality threshold is met only when such independent creation is deemed unlikely. In NJA 2004, p. 149 the Supreme Court noted that the double-creation test cannot definitively answer whether an object qualifies as a work, although it could prove valuable when determining a work's sphere of protection. At the same time, the Court allowed, it can hardly be a matter of controversy if a product that is likely to be created by many people independently does not qualify as an original work.

What the EU's originality requirement means in practice has been expanded upon in the case law of the Court of Justice, inter alia in the *Painer* case, which concerned copyright protection for portrait photographs:

‘In the preparation phase, the photographer can choose the background, the subject’s pose and the lighting. When taking a portrait photograph, he can choose the framing, the angle of view and the atmosphere created. Finally, when selecting the snapshot, the photographer may choose from a variety of developing techniques the one he wishes to adopt or, where appropriate, use computer software.’¹²⁷

From the Court's statements in *Painer*, it thus appears that the creative effort that results in copyright-protected works can take place during the preparation phase, while the work is concretized, and during post-production. All three phases of creation can enter the picture when an AI generates subject matter, and each can have implications for how authorship, if any, is to be attributed and allocated.

127. Case C-145/10, *Painer*, para 91.

3.4.1.2. First and subsequent ownership of copyright

The copyright for a work falls to the originator of that work. This means that the first owner of the copyright is the author, composer, or artist who created the work. This is true even if he or she created the work in pursuance of a commission or in the course of employment.

Of importance in this regard are the provisions on joint copyright laid out in Section 6 SCA. This paragraph states that if a work has two or more authors, whose contributions do not constitute independent works, the copyright shall belong to the authors jointly. However, each one of them is entitled to bring an action for infringement. To be a joint work created by multiple authors, the work may not be divisible in separate works independent in themselves, e.g., comprise text and music, two works independent of each other regardless of whether they were created to form an integrated unit.¹²⁸ In joint copyright, on the other hand, each of the authors is entitled to a share in the copyright of the work. How large a share an author should own is determined on the basis of any agreement that might exist between the authors, the individual contribution of each author, and other circumstances surrounding the work.¹²⁹

Where several persons were involved, in one way or another, in the making of a work, it must therefore be determined which of them made the creative effort. Persons whose contributions take the form of technical assistance or support are not considered authors. The copyright in a literary work belongs to the person who dictated its content, even if someone else mechanically took down what was dictated and fixed it in writing. Likewise, the copyright in a photographic work does not necessarily fall to the producer of the image, i.e., the photographer. If someone other than the photographer had creative direction over the image, e.g., regarding subject choice, lighting, and so forth, then authorship can be presumed to vest in this person. However, a photographer, in the sense of the producer of the image, retains an exclusive right to the image, which exists alongside the copyright (Section 49a) (see below).

128. See SOU 1956:25, p. 142.

129. See SOU 1956:25, p. 143.

By agreement (Section 27 SCA) or through employment relationship, the right can be transferred to the contractor or employer. The contractual relationship in place between the parties determines the conditions of the transfer. In the case of works created in pursuance of a commission or in the course of employment, it can often be taken as implicit that the copyright—at least to some extent—passes to the client/contractor or employer. However, in cases where the employee has been taken on to produce copyrightable works, the contract of employment should incorporate transfer of the right of use of the works created in the course of the contractual relationship¹³⁰ or at least a right for the employer to exploit the work in the normal course of business and to an extent that was reasonably foreseeable at the time of creation.¹³¹ Computer programs created in the framework of an employment relationship are covered by a special rule (Section 40a). According to this provision, the copyright in a computer program created by an employee as a part of his duties or following instructions by the employer is transferred to the employer unless otherwise agreed in contract. It is thus a voluntary rule. It was created by legislation implementing the Computer Programs Directive into Swedish law.

Further provisions with potential importance for AI-generated subject matter are those on presumption of authorship in Section 7 SCA. According to the first paragraph, a person whose name or generally known pseudonym or signature appears in the usual manner on copies of the work or when it is made available to the public, shall, in the absence of proof to the contrary, be deemed to be its author. These provisions on presumption of authorship have been part of Swedish copyright legislation for a long time, and are based on Article 15 of the Berne Convention.¹³² The term ‘signature’ here includes designations such as initials and other identifying abbreviations and so-called marks. Which author is using the signature or pseudonym should be a matter of public knowledge. Authorship can be indicated orally or in writing when the work is made available to the public.¹³³ The second paragraph

130. SOU 1956:25, p. 277.

131. See Gov. Bill 1988/89:85, p. 21.

132. See SOU 1956:25, p. 156.

133. See SOU 1956:25, pp. 156–7, and Gov. Bill 1960:17, pp. 83–4.

of Section 7 states that if a work is published without the name of the author being indicated in the manner prescribed in the first paragraph, the editor, if he is named, or otherwise the publisher, shall represent the author until his name is stated in a new edition or in a notification to the Ministry of Justice.

The main purpose of the provisions on presumption of authorship is to assist or make it easier for authors to uphold and enforce their rights. If the circumstances are such that it is apparent that the one who is mentioned as the author is not the real author, it is—according to the preparatory works—not necessary to put forward any further proof to annul the presumption.¹³⁴ In addition, it is questionable whether someone in bad faith should be able to rely on the rules on presumption. This aspect is further developed in section 4.

3.4.2. AI-generated subject matter in the light of general copyright requirements

3.4.2.1. General

As was observed in section 2.2.2, in the music field there are various types of (AI-)technologies capable of generating music with certain degrees of autonomy, but fully autonomous AI music generation is still out of reach. The output of current AI technology is reliant on the actions of the programmer, the input data used for algorithm training, as well as the information, outlines for works etc., and other variables that a person (e.g., a user) later provides the system. In several instances the AI's output requires reworking, in its entirety or in part, by humans. Generative AI as it exists today is thus wholly or partly an *aid for human creativity*. Nonetheless there is considerable legal uncertainty surrounding how to assess AI-generated subject matter through a copyright lens—where is the requisite element of human creativity to be found and who is the first right holder?

It has long been the custom that rights to works created with the use of computer technology ordinarily fall to the author who employed the technology. The technology is seen as an aid or tool, assisting in the au-

134. See SOU 1956:25, p. 157 *et seq.*

thor's creation.¹³⁵ Less clear, however, has been whether randomly generated subject matter can be protected as a work. For similar reasons, subject matter made *exclusively* through AI is not considered a work within the meaning of the SCA.¹³⁶ Material generated solely by AI lacks physical authorship, and the basic requirement that the work must be created by a human being is not satisfied in such a situation. The requirement is not satisfied even when it is not readily apparent to the human eye or ear whether the end result—'the work'—was created by an AI or a human. It follows, then, that the copyright requirement of human creative effort makes the so-called Turing test—hinging as it does on how humans perceive interaction with an AI (see section 2.1)—unusable in the field of copyright. This is not to say we should stop speaking of 'AI'; but from a copyright perspective it is plainly a matter of *weak* AI, that is to say, technology which to some extent simulates human action rather than fully emulating it (see section 2.1).

Between seeing a technology as a creative aid for authors and seeing it as something akin to a random content generator there is a grey area where it is possible to ascertain, within the existing copyright framework, that the output of a generative AI is at least partly the creation of one or more natural persons.

Insofar as the person who programmed an AI system has a significant impact on creative elements in the final result—which the AI generates—it would seem reasonable to regard the programmer as author of the final result. The programmer may, for example, have defined arguments and other conditions necessary for the AI to produce novel output, as well as configuring the parameters and other settings through which a user of the AI can influence the final result. By the same token, the user, who, for example, directs an AI by selecting its input data or giving other instructions that are reflected as creative elements in the final result, could plausibly be considered an author.

135. Olsson, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt* (10th ed., Stockholm: Norstedts juridik 2018), p. 63. See also Hartmann *et al.* 2020, p. 77 *et seq.*, and Iglesias, *Intellectual Property and Artificial Intelligence – A literature review* (2019), p. 12 *et seq.*

136. Olsson & Rosén, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar* (4th ed., Stockholm: Wolters Kluwer 2016), p. 63. See also Hartmann *et al.* 2020, p. 84 *et seq.*

Where both the programmer and the user have expended creative effort which is reflected in the final result, they may be deemed to have a joint copyright in the final result. On the other hand, a situation where the programmer can anticipate and restrict the user's possibilities of influencing creative elements in the final result should lead to the programmer alone being identified as the author. The opposite should apply if the programmer is unable to anticipate and limit the free and creative choices of the user—under such circumstances the AI is rather to be seen as the user's tool.

However, insofar as the AI exhibits considerable autonomy from the programmer and the person supplying the input, with the effect that the creative efforts of programmer and user do not follow through to the output, the final result is not covered by copyright. This could be the case if the causal link between the programmer's and user's creative efforts and the final result is weak or non-existent. Where an AI generates subject matter and it is impossible to trace the results back to human involvement earlier in the process—i.e., a situation exemplifying the black box problem described above—the final results cannot be protected by current copyright laws.

An assessment must be carried out in each separate case, taking into account the technology used and the human contributions made. This can prove a difficult exercise, given that AI systems are often complex and non-transparent (black boxes). That being said, the general rule is that the more independent an AI is from human intervention, the less likely it is that the output will be protected by copyright (as a work). In practice there is a sliding scale. In situations where a natural person still exerts significant influence over the final result, the technology can be presumed to be an aid for the natural person as an author. Where the technology exhibits substantial autonomy vis-à-vis natural persons, it can be presumed not to be such an aid.

By way of illustration, *Jukedeck* (see section 2.2.2) is a software programme that 'brings artificial intelligence to music composition and production' and uses 'deep neural networks to understand music composition at a granular level'. The Jukedeck user is able to influence the end result (output) by adjusting parameters such as tempo, genre, instrumentation, duration and climax. Based on these parameters, Jukedeck generates a piece of music. The user cannot, however, influence

parameters such as melody, key signature or chord structure—JukeDeck generates these aspects itself from the works making up its input data. In a situation like this one, the user’s contribution can hardly be called a work—defining the tempo or genre of a piece of music may affect what kind of composition the AI outputs, but it is not decisive for the tangible (‘creative’) expression in the final result.

Situations also arise in which the output has no author at all within the meaning of the SCA, even though one or more natural persons contributed to the result. In such cases, the designer or designers of the software have exposed the system’s neural network to a training set of musical data. The programmers have, moreover, ‘fine-tuned’ the algorithm to steer the result (output) in the desired direction. The reason the programmers cannot claim authorship of the output subsequently generated by the AI is that their creative contribution is incomplete as far as the end result is concerned—they do not know in advance what the user will input to the system. Users of the AI likewise cannot be considered authors of the final result, since they have no influence over how the AI analyses and uses the inputs they have given it.

It is the latter situation which presents the copyright system with its biggest challenges. The technology generates material that to human eyes and ears is indistinguishable from creations made by people.¹³⁷ From a policy perspective, the question arises as to whether copyright should continue to withhold protection from such subject matter or whether it needs to be modified in some way to accommodate it.

An argument found in the literature is that to be ‘creative’ in its own right, an AI needs to be able to make its own judgements and use randomness within constraints—what can be called ‘self-criticism’ is said to be key.¹³⁸ In its current form, AI seems not to have such an element of self-criticism. Its inability to change through self-criticism and self-assessment puts limits on the program’s ‘creativity’. An AI is furthermore unable to ‘envisage’ what it has not previously seen, i.e., in the way of input data or patterns in the same; in other words, it ‘lacks imagination’. Added to this is the fact that the AI systems of today have no will, aspiration, ideas and desires of their own with which to direct any ima-

137. See, e.g., WIPO 2019. See also Senftleben & Buijtelaar in *EIPR* 2020, p. 717 *et seq.*

138. Ramalho 2017.

gination or creativity. In order to develop and emulate human creativity, a machine would have to be programmed in a way that allowed it to challenge or remove entirely the limits on its operation.

Section 4 deals with the question of whether to adapt copyright in some way to address AI developments in the field of music.

3.4.2.2. Distinction between adaptations and new, independent works

In section 2.2 it was described how an AI relies on material in the form of existing works (*input*) in order to be able to generate (similar) material of its own (*output*). A question that arises here is at what point does the AI's output exhibit sufficient independence from the input to avoid infringing it. In principle, the answer can be read from the general copyright provisions on the different treatment of adaptations and new and independent works in Section 4 SCA. Adaptation entails the retention of essential aspects of the original work. According to the second paragraph of Section 4, if a person, by freely using another work, has created a new and independent work, his copyright shall not be subject to the right in the original work. Under the requirement of independence, the work should be created in free association with, and without being excessively influenced by, other works. Yet independence from works need not be interpreted too rigidly—it is permissible to build on and draw inspiration from the endeavours of others. The boundary between adaptation and new and independent work is fluid.

The question of how to draw the demarcation line between an adaptation and a new work was examined in NJA 2017, p. 75 (*Svenska syndabockar*). An artist had made an oil painting from a portrait photograph, transposing its subject to a landscape with a goat in the background—the latter inspired by the artist William Holman Hunt's painting *The Scapegoat*, from 1854. The Supreme Court stated that in considering the similarity or otherwise of the respective works, the decisive question was how the newer work was 'meant to be perceived by those who take part of it'. An assessment should be made on the basis of 'the subjective perception that is likely shared by the majority'. The level of originality exhibited in the first work has a bearing on the assessment, which may vary between different forms of expression and techniques. In conclusion, the Court found that the painting conveyed a different

meaning than the original work and was therefore to be regarded as an independent work.

When only parts of a protected work are used, the question turns to whether these represent the whole work. In NJA 2002, p. 178, (*Drängarna*), the Supreme Court found that copying had taken place, even though only a few notes were involved. According to the Court, the assessment had to allow for the importance that listeners of popular music attached to being able to recognize, use and remember the music.

For AI-generated material, as for other subject matter, an assessment must be undertaken in each case to determine whether it is an adaptation (that is dependent on the copyright in the first work) or a free use that is not subject to the copyright in the first work. Section 2.2 described how AI machines in the copyright field tend to need ‘training’ on input data containing large quantities of works. This means that even if similarities can be discerned between AI-generated content and one or more existing works, the sheer quantity of works forming the input data makes it unlikely that the AI’s output can be found sufficiently like, or similar to, one older work in particular. As a general rule, it should be reasonable to assume that the more works there are in the input data, the less likely it will be that the AI’s output will infringe on a specific (/individual) existing work. A concrete assessment will, however, be needed, comparing the works used as input data with the output in its final form.

As observed in section 3.3, in most cases the use of existing works during the course of an AI process to generate new works will constitute infringement—through the unauthorised making of temporary copies—in the copyrights of the input works (insofar as these are protected by copyright). Following the implementation of the Directive on Copyright in the Digital Single Market and the exception for text and data mining (TDM), it will continue to be possible for right holders to oppose the inclusion of their work in such AI processes.

3.4.2.3. On the copying of style and manner

Related to the question of demarcation between adaptations and new, independent works is the fact that copyright protection for works passes over aspects such as style and manner. Copyright exists in the

tangible medium of expression, leaving unprotected the techniques, styles, ideas, manners or motifs behind the work. When generating output, AIs often employ the styles of existing works (in their input data). An AI might, for instance, reproduce the style or manner of a particular author—assuming that its input is restricted to that author’s works. An example is the paintings produced in the course of the Next Rembrandt project (see section 2.2.1). As long as the output is an imitation, not of an existing work but of the style or manner of a number of such works, there is no infringement.

As noted above, right holders may generally prohibit, or make subject to specific conditions, the inclusion of their works in an AI process, because using a work as input data constitutes reproduction. Even if the end result (the material generated by the AI) does not infringe the copyright in a single, existing work, the right holders may still oppose the use of their works as input data.

3.5. Can AI-generated subject matter be protected by related rights?

In addition to protecting AI subject matter as works, the possibility has been mooted of protecting it under the existing system of related rights.¹³⁹ The purpose of copyright proper is to guard literary and artistic works, that is, the fruits of an author’s intellectual creation. However, subject matter of similar character is also produced by other persons within, for example, the fields of culture, media and information. The legal opinion in most countries, including in Sweden and elsewhere in the Nordic region, is that these individuals are not authors in the strict sense but that they make contributions which, for various reasons, also merit protection, either for being the result of a special talent or because they represent initiatives and investment in the area.¹⁴⁰ Demands for the legal protection of such contributions have gone hand in hand with technological development, as new technologies have

139. Cf. Senftleben & Buijtelaar in *EIPR* 2020, p. 717 *et seq.*, and Hartmann *et al.* 2020, pp. 88 and 94 *et seq.*

140. See, for example. SOU 1956:25 p. 354 and Gov. Bill 1960:17 p. 225 *et seq.*

given rise to new types of subject matter considered worthy of protection.¹⁴¹

These contributions are commonly seen as ‘neighbouring’ on, or ‘related’ to copyright, being intrinsically and extrinsically linked to literary and artistic activity and held to need protection on similar lines. Related rights cover, inter alia, efforts which have the function of making works and other subject matter available to the public, e.g., through performances, recordings or broadcasts. Thus, related rights are founded not on the idea that creative expression deserves protection, but on preventing others from free riding on the investments required for making recordings and the like.

In Swedish law, related rights are regulated in Chapter 5 of the SCA. Section 45 SCA sets out rules for the protection of performing artists. This pertains to natural persons who perform literary or artistic works, or expressions of folklore. These include performers, musicians and actors. Section 46 sets out rules for the protection of producers of recordings of sounds or of moving images—in effect, record companies and film studios. Section 48 sets out rules on radio and television organisations’ broadcasts. Section 49 regulates the protection of producers of catalogues and databases. Section 49a provides for those who have prepared a photographic image (photographers).

For related rights the same basic prerequisite applies as for copyright in works: eligibility is reserved for legal subjects. Consequently, an AI that performs or makes a recording or broadcast cannot be conferred any rights. In addition to the fundamental condition of legal subjectivity, the various related rights impose certain requirements that cannot be met by an AI, including those of being a natural person (for performances under Section 45) or having responsibility for a recording (for recordings of sounds and images under Section 46), a broadcast (under Section 48) or an investment (Section 49). On the other hand, it is of course possible to obtain protection for a recording (Section 46) of a performance that is given in whole or in part by an AI and where the performed subject matter (corresponding to a musical work) was generated in whole or in part by an AI.

141. See, for example, Axhamn, *Databasskydd* (2016), p. 71 *et seq.*

With respect to AI output that bears resemblance to works, it appears that such material shares with the subject matter of traditional related rights the predicament of falling short of copyright protection while often being the result of (substantial) investment. In the case of AI-generated subject matter, the investments may have been made by the person responsible for programming and training the AI, for example. On the other hand, a significant difference between AI output and the subject matter protected by related rights is that while the former can be indistinguishable from works protected under Section 1 SCA, the latter—performances, recordings, broadcasts, catalogues, photographic images—lack what might be described as ‘characteristics of a work’. Since in their present form the protection of works and the protection of related rights have different purposes, the beholder is usually able to identify the different objects of protection and draw conclusions about which rights are attached to them. This speaks against expanding the current list of related rights to include AI-generated output.

The related right closest to AI subject matter in terms of its object and relationship to actual copyright (the right in works) is the protection of photographic images under Section 49a SCA. According to this provision, anyone who has prepared a photograph has an exclusive right to make copies of the image and to make it available to the public. The right applies regardless of whether the image is used in its original form or an altered form and regardless of the technique used. An image that has been prepared by a process analogous to photography is also considered to be a photograph. For the purposes of the provision, the preparer of the image is the one who takes it, i.e., the photographer. However, in the event that a photograph is found sufficiently creative to enjoy protection as a work, the person who composed the image can be regarded as its author. That the copyright (in the photograph as a work—if applicable) subsists irrespective of the provision in Section 49a is set out in the section’s fourth paragraph.

The protection of photographic images in Section 49a of the SCA can thus be envisaged even if someone else composed the image and the photographer simply ‘pressed the button’. A parallel can be drawn between a photographer’s click of the shutter and the contribution made by a natural person operating a generative AI system. The AI might be seen as the one who arranges the various components of the

output, via its algorithms, while the natural person in some cases merely supplies the input to be processed by the AI and then ‘presses the button’. Unlike, for example, the right in works and producers’ rights under Section 46, AI subject matter and photographs have in common the fact that protection is warranted not just for the tangible final result, but also for adaptations of that result. Any new right for AI-generated subject matter would arguably need to be designed in close relation to the existing copyright protection for works, so as to minimise legal uncertainty and reduce the risk of opportunistic behaviour—e.g., natural persons claiming, with the support of Section 7 SCA, authorship of material that is almost exclusively, or to a significant degree, generated by an AI. This issue is examined further in section 4.

For databases covered by Section 49 SCA, the EU’s *sui generis* protection grants the person responsible (and bearing the risk) for a substantial investment in obtaining, verifying or presenting a database’s contents, the right to prevent others from extracting or re-using a substantial part of those contents.¹⁴² This right can be invoked in situations where a person seeks out and collects data (for example, existing works) to feed into an AI system, if that searching and collecting—i.e., obtaining—has required a substantial investment. Further, the output generated by an AI system might qualify as the result of a substantial investment in presentation if a direct (causal) link can be established between such investment and the final product. However, the protection afforded by the *sui generis* right is meant to cover not the final product as such but extractions and reutilisations of substantial parts of the contents of the database. What constitutes a substantial part can be evaluated qualitatively and/or quantitatively. Such an assessment must be carried out on a case-by-case basis, although as a starting point it seems highly unlikely (if not almost impossible) that (using) a piece of subject matter from a highly prolific AI—recall that with Folk RNN the KTH is said to have generated over 100,000 tunes (see section 2.2.2)—corresponds to the result of a substantial investment (in either quantitative or qualitative terms). In any case, the potential (*sui generis*)

142. The *sui generis* right for databases is covered by Axhamn, *Databasskydd* (2016).

rights in a database will not affect any rights subsisting in the works, etc., contained in the database.

If an AI system is supplied with input made up of works originating in a music catalogue, the use of the work will constitute—in addition to the infringement of the work—infringement of the database right as well. Here the relationship is the reverse of the one just described: the greater the number of works from an existing catalogue (database) are used as input data for an AI, the more likely it is that the use of the work will infringe upon the rights (*sui generis*) in the database.

Another right in the SCA that may be useful for comparison purposes is that conveyed in Section 44a, on certain rights around the publishing or making public of a work not published within the “normal” term of protection. The provision states that where a work has not been published within the term (referred to in Sections 43 and 44), the person who thereafter for the first time publishes or makes public the work shall benefit from such a right in the work which corresponds to the economic rights of the copyright. The right subsists until the end of the twenty-fifth year after the year in which the work was published or made public. The provision in Section 44a is based on Article 4 of the so-called Copyright Term Directive¹⁴³ and aims to incentivise publishing of previously unpublished works.¹⁴⁴

The question of whether a new related right should be introduced for AI-generated subject matter is considered in section 4.

3.6. International outlook

3.6.1. General

The introductory article of the Berne Convention states that the Union exists ‘for the protection of the rights of authors in their literary and artistic works’; yet the Convention does not define the word ‘author’. This, according to the WIPO guide to the Convention, is due to the

143. Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonising the term of protection of copyright and certain related rights.

144. See Gov. Bill 1994/95:151 and Ramalho 2017.

fact that Union countries diverge so widely on the question.¹⁴⁵ Although not explicit, the Convention's presumption that an author must be a natural person can nevertheless be inferred from other provisions, e.g., those on moral rights and the term of protection.

The issue of copyright protection for computer-generated works has been considered by WIPO. In preparations for a possible Model Copyright Law, a 'computer-produced work' was defined as 'one generated by a computer where identification of authors is impossible because of the indirect nature of individual contributions'. The original owners of the moral and economic rights in such a work would be either be the entity 'by whom or by which the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken', or the entity 'at the initiative and under the responsibility of whom or of which the work is created and disclosed'. WIPO's Committee of Experts involved in the preparation of the Model Law, however, concluded that further study was needed.¹⁴⁶

A comparison of how different jurisdictions have approached the matter of whether and, if so, how to protect AI output under copyright law, reveals three broad tendencies. The majority of countries, including continental Europe, Australia and the USA, insist on human creativity as a prerequisite for copyright protection (of works). A group of countries historically influenced by British copyright tradition, inter alia the UK, Ireland, South Africa, New Zealand and India, allow for the possibility that computer-generated output may be protected. A third approach is taken by Japan, which is exploring a system that would reward the investment put into the generation of content, and China, whose case law has found AI-generated output to be copyrightable under certain circumstances.¹⁴⁷

An overview of the regulatory approach in selected jurisdictions is offered below. What follows is not comprehensive or comparative in the traditional sense; rather the intention is to illustrate how protection for

145. See Masouyé, 'Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)', WIPO Publication No. 615(E), 1978, para. 16.

146. See Copyright (the former monthly review of WIPO), June 1976, p. 139 *et seq.* See also the report from the Committee of Experts on Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright, in Copyright, September 1990, p. 241 *et seq.*

147. See, e.g., WIPO 2019.

AI-generated subject matter has been handled in a number of influential countries.

3.6.2. United Kingdom

In UK copyright law a specific provision was enacted several years ago to address works created with the aid of computer technology.¹⁴⁸ Section 9(3) of the Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) states the following:

‘In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.’

Further, Section 178 of the CDPA defines a ‘computer-generated work’ as one that ‘is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work’. The aim of the provision is to create an exception from the main rule in Section 9(1) CDPA requiring a human author. It does so by rewarding the work that goes into creating a program capable of output on the level of works, even if the creative act is undertaken by the program.

However, as enacted, the provision leaves ambiguities around AI-generated works. For instance, it is unclear if and how the requirement of a person’s ‘arrangements’ should be put into practice. Who is making ‘the arrangements necessary for the creation of the work’—is it the investor behind the development of the AI, the programmer of its algorithms, or the end-user? A real-world case might see a combination of these or indeed other people.¹⁴⁹ Plainly, the question needs to be answered on a case-by-case basis. The provision also presupposes a contribution, in the form of ‘arrangements’, being made at some stage in the process; that is, it appears not to cover situations in which an AI system generates creative works without human input or intervention. In other words, the special provision for computer-generated works in UK copyright law is based around the notion that AI technology is at bottom an aid for human creativity.

148. See, e.g., WIPO 2019.

149. Ramalho 2017. Cf Senftleben & Buijtelaar in *EIPR* 2020, p. 717 *et seq.*, and Hartmann *et al.* 2020, p. 87 *et seq.*

3.6.3. USA

The matter of copyright protection for AI has been widely debated in the American legal literature. While the US Copyright Act (1976) does not explicitly require the author to be a natural person, both the Supreme Court in its case law¹⁵⁰ and the US Copyright Office in its guidance¹⁵¹ have indicated that only natural persons can be granted authorship. Consequently, the standard position in American copyright law is that AI-generated subject matter is an eligible subject for copyright only insofar as the AI can be considered a tool of a natural person in a creative process. The selection of input data for use by an algorithm might in some cases be sufficient to obtain copyright as a compilation (see, e.g., 17 U.S.C. § 101).

There is, however, one recent lower-instance decision where a court has found that authorship can extend to the final product (output), provided that the AI's algorithm is itself copyrighted and the program is chiefly responsible for the output it generates. In its ruling, the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit held that copyright protection can extend to the computer program's output if the program 'does the lion's share of the work' in producing the output and the user's role is so marginal that the output reflects the program's contents.¹⁵² Under such circumstances, in the Court's view, the right holder of the program is the right holder of the subject matter generated by the AI.

A question discussed in American copyright literature is whether 'works made for hire' provisions can apply or be extended to AI-generated subject matter. The provisions on 'works made for hire' are set out in Sections 101 and 201 of the US Copyright Act (1976). In Section 101 the following applies:

- '(1) a work prepared by an employee within the scope of his or her employment; or
- (2) a work specially ordered or commissioned for use as a contribution to a collective work, as a part of a motion picture or other audiovisual

150. *Feist Publications v Rural Telephone Service Company, Inc.* 499 U.S. 340 (1991).

151. See <https://copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf>.

152. See *Rearden LLC v. Walt Disney Co.*, 293 F. Supp. 3d 963 (N.D. Cal. 2018).

work, as a translation, as a supplementary work, as a compilation, as an instructional text, as a test, as answer material for a test, or as an atlas, if the parties expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire.’

Section 201 further provides that:

‘(a) Initial Ownership.

Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work. The authors of a joint work are coowners of copyright in the work.

(b) Works Made for Hire.

In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.’

Works made for hire are an exception from the general rule in American law that the copyright falls to the person or persons who created the work. The idea behind the provisions is to encourage the employers or contractors, at whose instance, direction, guidance, commercial purposes or risk the work is produced, as well as to give them control over the exploitation of the work. The employer or the one who commissioned the work, rather than the creator, has responsibility for the creator’s actions in regard to, inter alia, any infringements and harm caused by the work. The works made for hire rules may be modified by agreement between the relevant parties.

In American copyright literature, it has been suggested that just as current legislation names the employer or main contractor as the author of the work, so could similar arrangements be put in place for AI-generated subject matter. The argument is that although the AI itself would be the first ‘creator’, ownership and accountability for its works should lie elsewhere, inter alia, with users of the AI system on whose initiative the work is created.¹⁵³ Against this view, the difficulty has been

153. Yanisky-Ravid, ‘Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability’, *Michigan State Law Review* (2018). Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2957722.

pointed out of clearly identifying the ‘employer’ or ‘contractor’ in such a scenario. Is it the person who programmed the AI or the one who operates and provides directions to the system in a certain, specific situation? As noted in previous sections, it may not be possible to give a universal answer to this question.

Other authors are more sceptical towards the idea of likening or equating the relationship between an AI and a person with the relationship between an employer/main contractor and an employee/subcontractor. They argue that no equivalent legal relationship with AI exists,¹⁵⁴ and that the work made for hire doctrine plainly contemplates that the author of such work is a human.¹⁵⁵

3.6.4. Japan

Japan is one of the few jurisdictions to have considered enacting specific protection for content generated by AI.¹⁵⁶ The proposed protection was built more on the lines of unfair competition law than on the traditional exclusive rights of intellectual property. The extent of protection would vary according to the visibility (or popularity) of the subject matter. The rights would fall to the person (natural or legal) who created the AI. No new legislation on the subject has (yet) been adopted.

3.6.5. China

In November 2019, a court in Shenzhen, China, ruled that original (news) articles generated by an AI (Dreamwriter) are protected by copyright as works.¹⁵⁷ The articles were found to meet the requirements for copyright protection; their rights accrued to the company responsible for the AI.

154. Ramalho 2017.

155. Butler, ‘Can a Computer be an Author – Copyright Aspects of Artificial Intelligence’, 4 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 707 (1982).

156. See, for example, statement from the intellectual property task force of the government of Japan (the Intellectual Property Strategy Headquarters), as reported by the Japan Times, 10 May, 2016.

157. See Nanshan District People’s Court, Shenzhen, Guangdong Province, (2019) Yue 0305 Min Chu No. 14010 Civil Judgment, November 24, 2019.

4. Conclusions and considerations

4.1. General

This account began by describing certain key concepts and the state of the art of artificial intelligence, both generally (section 2.1) and as it occurs in the field of copyright, with a particular focus on music (section 2.2). Sections followed on the applicability of the copyright framework to the generation of novel subject matter by AI, both during the learning stage (section 3.3) and in connection with the generation of output (section 3.4). A section focused on related rights (section 3.5); another looked at the international legal situation (section 3.6). This concluding section offers a summary as well as some observations based on previous sections.

As was noted at the beginning of this account, there is no generally accepted definition of AI and the technology is changing with each day. This makes it difficult or virtually impossible here to offer any precise and definitive findings and policy recommendations.

The technology that is currently available and used to generate subject matter in the area of copyright can be characterised as *weak* AI, i.e., it simulates—rather than replicates—human behaviour in certain ways. The AI employed in music making does not have complete autonomy either—it relies for its setup and application on human input.

It has long been the law that creation with a computer program is to be treated like any other creation carried out with the help of aids or tools. This standpoint is also largely applicable in the case of generative AI. What distinguishes AI from earlier technologies is its level of autonomy—it can, in many cases, be difficult or impossible to predict or determine the AI's outputs (see section 3.4.2). In copyright terms this means that under certain circumstances, the technology can no longer be seen as an instrument assisting the user. In certain cases, the programmer of the AI may be considered the author of its output.

Section 3.4.2 found that insofar as the person who programmed the AI has had a significant say in creative elements in the final result—which the AI generates—it would seem reasonable to consider the programmer to be the author of the final result. In the same vein, a user who, e.g., provides an AI with stimulus by selecting input data or giv-

ing other instructions that are reflected as creative elements in the final result, could plausibly be considered an author. Where both the programmer and the user have expended creative effort which is reflected in the final result, they may be deemed to have a joint copyright in the final result. On the other hand, a situation where the programmer is able to predict and limit the user's possibilities to influence creative elements in the output should lead to the programmer alone being identified as the author. The opposite should apply if the programmer cannot predict and limit the free and creative choices of the user—under such circumstances the AI is rather to be seen as the user's tool.

However, to the extent that the AI exhibits considerable autonomy from both the programmer and the person feeding the system with input, the final result is not covered by copyright. This might be the case where the causal link between the programmer's and user's creative efforts and the final result is weak or non-existent. Where an AI generates output and it is impossible to trace the final results back to human involvement earlier in the process—i.e., an instance of the black box problem described in section 2.1—the final results cannot be protected as works by current copyright laws (authors' rights).

Assessment thus needs to be carried out in light of the technology used and the human contributions made in each individual case. Such evaluation can be tricky, given that AI systems are often complex and opaque. Nevertheless, the general rule is that the more independent an AI is from human intervention, the less likely it is that its output will be protected by copyright. In practice, there is a sliding scale.

How the copyright system should accommodate AI-generated subject matter whose ownership is not attributable to any existing party, including the programmer or user, is considered in the next section.

4.2. Considerations

For those cases where AI-generated subject matter is denied protection, e.g. because the programmer or user left no creative imprint in the final result, a number of policy options (or scenarios) are thinkable from a copyright standpoint. The different options can be weighed, *inter alia*, against the underlying objectives of copyright law—of related rights as well as authors' rights.

As highlighted in section 3.4.1.1, copyright is protected as a fundamental right in international conventions and the EU Charter of Fundamental Rights, as well as in the Swedish constitution. The grant of copyright is also justified, *inter alia*, by reference to natural law and doctrines about the right of each individual to the fruits of his or her own labour, and by utilitarian doctrines furthering socially valuable investments. When it comes to subject matter that is generated by AI and not also based on human creative involvement, protection plainly cannot be justified on the grounds of natural law; hence social welfare considerations must take centre stage instead. Nevertheless, the link drawn in the natural law perspective, between copyright protection of works and protection and encouragement of the (human) creative spirit, may be useful to bear in mind when assessing whether a possible new protection for AI-generated subject matter should go under the rubric of copyright or take form as a new related right.

The following options or scenarios are considered through a copyright lens.

1. Maintaining the current copyright framework without any amendment.
2. Amending the copyright framework to cover subject matter generated by AI, in combination with introducing legal subjectivity (legal personhood) for AI.
3. Amending the copyright framework to cover subject matter generated by AI as works, in combination with provisions on original ownership.
4. Amending the copyright framework to cover subject matter generated by AI as a related right, in combination with provisions on original ownership.

The first option, of maintaining the current copyright framework, is likely to lead to infringement disputes hinging on objections that the alleged author did not actually create the work. In this context, the presumption of authorship in Section 7 SCA will take on increased importance, as in practice it may be difficult to rebut the presumption. In the longer term, such a scheme risks undermining the legitimacy of copyright: one of the supposed grounds of the system (protection of creat-

ive spirit) will increasingly lack a basis in reality. An additional risk of this option is that it may reduce the incentive to use AI for the generation of novel subject matter. At the same time, content will be widely available which to human eyes or ears will be indistinguishable from works in the copyright sense. This is likely to create uncertainty in the marketplace. A positive outcome of this option is that output will be generated, which—at least formally—all will be free to use. On the other hand, as noted, the risk is that the presumption rule of Section 7 SCA (which stems from article 15 of the Berne Convention) will be invoked even in cases where the subject matter at issue is not a work created by a natural person. As indicated in section 3.4.1.2, it is questionable whether someone in bad faith should be able to rely on the rules on presumption. This aspect may have to be clarified in the copyright legislation. The current rules on presumption of authorship were established at a time when it was not possible to generate works with the help of AI. If information on authorship in connection with a work was incorrect, the ‘authentic’ (or actual) author or someone acting on his or her behalf could provide information which could invalidate the presumption. This is not the case when it comes to AI-generated ‘works’, as there is no ‘authentic’ author. At the same time, any amendment to Section 7 SCA must be in line with international obligations—including the mentioned article 15 of the Berne Convention, as well as article 5(2) of the same Convention which holds that the enjoyment and the exercise of copyright shall not be subject to any formality. Given the international nature of copyright, an international (global) solution is warranted.

The option of amending the copyright framework to extend protection to subject matter generated by AI systems, in combination with introducing legal subjectivity (legal personhood) for AI is the least likely scenario of the four outlined here. As discussed in section 3.2, it is highly unlikely that legal subjectivity for AI will come about in the foreseeable future, and such a path would be beset with challenges, not least around the question of enforcement, i.e., how the sanctions system should function in relation to an AI.

The option of amending the copyright framework to protect AI-generated subject matter as works is, I believe, a feasible alternative. The copyright system is no stranger to allocating rights in works to entities

other than the originator—in this case the AI—of the work. Under Swedish law, provisions with similar effect are in place for, *inter alia*, computer programs (see section 3.4.1). For all that they depart from the fundamental principle that the rights to the work belong to the person who created it, the rules on computer programs represent a pragmatic solution to a practical problem. Under the law of, *inter alia*, the UK and in the case law of both the USA and China, similar schemes have been established for subject matter generated by (or with the support of) AI. The critical issue in this option is deciding to whom ownership rights should be allocated. The British solution is worded in general terms, but with flexibility comes uncertainty.

A risk accompanying the copyright protection of AI output is that certain operators may produce content in very large amounts—the KTH project, for instance, generated 100,000 folk tunes (see section 2.2.2)—and on this basis look to sue for ‘infringement’ they allege results from works created at a later date by human authors. In a Swedish context at least, the so-called double-creation criterion (see section 3.4.1.1) should be able to counter such a trend. Yet for composers, the enactment of protection for AI-generated subject matter might still imply increased risk and uncertainty for the human creative enterprise—both as far as protecting the fruits of their creative effort is concerned, and as regards defending against possible allegations of copying/infringement of earlier AI output.

The option of amending the copyright framework to protect AI-generated output as a related right is in my view the most likely, and also the most reasonable, alternative. Similar legal constructions exist already in Swedish copyright law for, *inter alia*, photographic images (see section 3.5). Compared to the third scenario above, this option has the advantage of keeping ‘true’ copyright ‘free’ from the protection of AI-generated subject matter. The drawback of this option, compared to the third option, is that the criteria for protection—whether there is sufficient ‘creative expression’ in the final result—will be identical to that used for works: viewers or listeners will be unable to tell whether the art or music before them is protected as a work or as a related right. To the extent that the new protection has a similar design to that of works, this aspect will become less and less important, even though the option would lead to a dilution of the rationale behind true copyright

(of protecting the results of intellectual creation). In option four, as in option three, a question that arises is to whom ownership rights should be allocated. Option four has the advantage over option three of offering a related right that is tailored to the specificities of the AI-generative process and its results. At the same time, the rationales for protecting AI-generated works via the introduction of a related right should be substantiated or justified by stronger arguments than ‘neighbouring rights have been introduced before’. Basic questions that require answers are whether there is an apparent risk for market failure without the introduction of a neighbouring right, and if so who need (or should) be incentivised or rewarded.

Lastly, the importance must be stressed of the fact that the present copyright laws cover the making of temporary copies (see section 3.3). This gives copyright holders an opportunity to prohibit or be paid for the use of their works as input for generative AI systems. It protects against existing works of art and music being used, at least without any prospect of compensation, as the basis for generating AI output. In practical terms, it is a defence against the unauthorised use, by generative AI, of the fruits of human intellectual creation. Consequently, AI-generated art cannot (and in my view should not) catch a free ride on the creations of the human mind.

Parodirettslig vakuum i norsk rett

Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo

1. Om temaet og de rettslige problemstillingene

Målet med denne artikkelen er å finne frem til parodiregelen i norsk rett.

De rettslige problemstillingene springer ut av at *det fantes en norsk parodiregel før Norge inngikk EØS-avtalen i 1992*.¹ Gjennom EØS-avtalen fikk Norge en forpliktelse til å *innføre direktiver* som er EØS-relevante, herunder direktiver på opphavsrettsområdet.² Videre forpliktes Norge til å *tolke norsk rett* med utspring i EU-retten og EØS-forpliktelsen, i *samsvar* med EU-retten.³ Likevel skjer det *ingen direktevirkning* av EU-rett i Norge uten at *direktivet er gjennomført i norsk rett*, etter vedtakelse

-
1. Rognstad (2019), s. 176. EØS står for Det europeiske økonomisk samarbeidsområde, og hovedmålet med avtalen kort fortalt er å sikre at EFTA-statenes markeder av varer, tjenester, personer (arbeidskraft og selskaper) og kapital, kobles til EUs markeder slik at det utgjør *ett hele*. Det er reglene for dette samarbeidet EØS-avtalen omhandler. Hele avtalen er inntatt i lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven). EFTA-statene som har signert og ratifisert EØS-avtalen er Norge, Island, Liechtenstein, men ikke Sveits.
 2. EØS artikkel 7 b jf. Sejersted (2011), s. 86 og Rognstad (2019), s. 47 flg.
 3. EØS artikkel 6 jf. Rognstad (2019), s. 49. Tilsvarende fremgår av premissjonsprinsippet, som vil bli behørig omtalt senere i artikkelen.

gjennom EFTA-pilar og Storting.⁴ Det innebærer at den EU-rettslige regelen kan ikke gis anvendelse i Norge uten å være gjennomført.

EUs Infosoc-direktiv fastlegger opphavsrettslige forpliktelser for EØS, herunder også enkelte avgrensingsregler for opphavsretten.⁵ Innføringen av unntak er frivillig for medlemslandene, men dersom et medlemsland velger å innføre avgrensningen, må unntaket være kongruent med det som er fastlagt i EU-retten.⁶ Norge kan synes å ha uttrykt at den ikke ønsker å innføre parodiunntaket, selv om uttalelsen er uklart.⁷ I åndsverklovens forarbeider uttales at «*gjeldende rettsstilstand videreføres*, slik at en parodi etter omstendighetene må anses som et nytt og selvstendig verk» (min fremhevelse).⁸ Altså en parodiregel som *ikke* er en *avgrensning av opphavsretten*, og med et innhold – som fremstillingen vil vise – som i noen grad avviker fra den EU-rettslige.

I Deckmyn-saken⁹ fastlegger EU-domstolen (Court of Justice of the European Union (CJEU)) det nærmere innholdet i den EU-rettslige parodiregelen og fastslår *klare kriterier for hva en parodi er* og hva som skal til for at unntaksregelen kan påberopes.

Dersom den tradisjonelle norske regelen er eller (1) *kan tolkes i samsvar* med EU-retten, er dette uproblematisk. Da utfyller EU-retten det nærmere innholdet i den norske regelen gjennom utlegningene i Deckmyn-saken og uttalelsene i forarbeidene kan forstås som en konstatering av rettsharmoni. Men er det slik at den tradisjonelle norske parodiregelen (2) *avviker fra den EU-rettslige* er det spørsmål om vi i norsk rett kan opprettholde den tradisjonelle regelen? Et alternativ er at uttalelsen er ment (3) *å gjennomføre regelen*, og et underspørsmål er da om dette er gjort på en *tilstrekkelig klar og konsis måte*.

-
4. Rt. 2001 s. 1811 (s. 1886): «Dette innebærer at verken direktiver eller forordninger har direkte virkning i norsk rett», Stenvik (2015), s. 98.
 5. Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, heretter Infosoc-direktivet.
 6. Infosoc artikkel 5 tredje ledd: «3. Medlemsstaterne *kan* indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde [...]» jf. C-201/13 (Deckmyn), premiss 15 og 16.
 7. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.
 8. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.
 9. Sak C-201/13 (Deckmyn).

Spørsmålet er altså hvilken rekkevidde den EU-rettslige parodiregelen har for fastleggelsen av regelinnholdet i den norske parodiregelen; om EØS-landet Norge overhode kan beslutte *ikke å innføre regelen* eller om den EU-rettslige regelen *uansett vil få en innvirkning* på norsk rett på området.

I tillegg til rettslige kilder, vil jeg henvise til musikkteori og annen estetisk teori.¹⁰ Parodibegrepet springer ut ifra en faktisk, menneskelig aktivitet eller frembringelse som rettsordenen, gjennom å unnta den fra å anse den som krenkende, har ønsket å gi vern. Kanskje tilsier dette at en mer *tværfaglig synsvinkel* også *bør være* retningsgivende for hvordan den rettslige parodiregelen bør være, og kanskje også retningsgivende for *hvordan den er*? Dette er problemstillinger som vil bli belyst i det følgende.

Fastleggelse av parodiregelen har blant annet betydning for *om brukergenerert innhold* som mashups¹¹ eller andre kommentarer eller appropriasjoner til andres åndsverk publisert på digitale medier, *kan risikere å forsvinne* ved for vage eller strenge unntaksregler. Enten fordi retningslinjene for fribruk synes å begrense slik aktivitet, eller fordi reglene er så uklare at kreative miljøer vegrer seg for å laste opp materiale eller på annen måte formidle det i engstelse for sanksjoner.¹² En ytterligere utfordring følger av at de digitale plattformene installerer gjenkjennelsesteknologi som skal «håndheve» regelverket. Ved for uklare eller skjønnsmessige regler kan slik *innebygd opphavsrett* risikere å komme *på kant med loven* ved at de ikke er i stand til å skille ut «parodien» fra «plagiatet».¹³

10. Dette gjelder blant annet det NFR-finansierte forskningsprosjektet «MASHED», ledet av Ragnhild Brøvig-Hanssen ved Universitetet i Oslo (prosjektnummer 275441), som undertegnede også er deltaker i.

11. Mashups er en sammenstilling av to eller flere utdrag fra sanger, se Brøvig-Hanssen (2016) s. 266: «A musical mash-up typically consists of two recognizable recordings that are synchronized such that the vocal(s) of one track are combined with an instrumental version of the other without significant edits».

12. Brøvig-Hanssen (2020), Brøvig-Hanssen (forthcoming), Hui (forthcoming) og Hui (forthcoming 2021)

13. Se foregående fotnote.

1.1. Parodibegrepet i estetisk teori

Parodi har vidtrekkende røtter, både geografisk og historisk. Som grunnbegrep stammer det fra det greske ordet *parodia* – sang (ode) og ved siden av (*para*) – altså sang ved siden av.¹⁴ I et nylig utgitt internasjonalt verk om parodier gjengis en klassisk definisjon av musikkparodi som «singing the lyrics from one song to a different melody».¹⁵ Videre fremgår det at humor ikke var et krav etter det klassiske parodibegrepet: «the requirement for any humorous element is set aside, focusing instead on a *degree of imitation* while simultaneously establishing a *distance* between the new and the original work».¹⁶

I Linda Hutcheons omfattende verk om parodier foretar hun en kartlegging av verk innen moderne kultur: kunst, musikk, film, teater og arkitektur – for å finne frem til *hva parodi er og hva den gjør*.¹⁷ Hutcheon identifiserer parodi som en av hovedformene for vår tids selvrefleksjon, som uttrykk for skjæringspunktet mellom nytenkning og kritikk, og som tilbyr en viktig inngang til et bestående verk parallelt med en *diskurs av fortiden*: «[...] parody, by its very doubled structure, is very much an inscription of the past in the present [...] a form of repetition with ironic critical distance, marking difference rather than similarity».¹⁸

1.1.1. Diskrepans mellom det rettslige og det estetiske begrepet

Innenfor musikkforskning finner vi eksempler på at noe som *rent musikkalsk* kan kategoriseres som parodi ut ifra denne kunstartens normer, likevel blir ansett som krenkende ut ifra et opphavsrettslig perspektiv.¹⁹ Tilsvarende tvister har oppstått på andre estetiske felt, som for eksem-

14. Den norske akademis ordbok: <<https://naob.no/ordbok/parodi>> (besøkt 06.05.2020).

15. Jacques (2019b), s. 3.

16. Jacques (2019b), s. 3. Denne klassiske, estetiske definisjonen kan synes å tangere tradisjonell tysk parodirett. I tysk rett ble det oppstilt to mulige innganger til lovligge parodier, enten gjennom at parodien hadde en «inner distance» til det opprinnelige verket eller gjennom «fading away-teorien».

17. Hutcheon (2000), s. 30 flg.

18. Hutcheon (2000), s. xii.

19. Brøvig-Hanssen (forthcoming).

pel innenfor appropriasjonskunst der Jeff Koons kunstneriske gjenbruk ofte har blitt nektet vist på grunnlag av krenkelsespåstander.²⁰

Diskrepansen oppstår fordi det *rettslige begrepet* ikke nødvendigvis sammenfaller med det estetiske, og det er *det rettslige* som er det sentrale når begrepet brukes i en lovregel. I rettsteorien uttaler man med hensyn til åndsverksbegrepet at man står overfor et juridisk/estetisk begrep: «I juridisk henseende drejer det seg om at udmåle et sådant beskyttelsesomfang, at det ophavsrettlige retsværn bliver effektivt uden dog at hindre andres rimelige krav på udfoldelse, i æstetisk henseende drejer det sig om at blotlægge værksstrukturer, der er egnede til genkendelse og anerkendelse».²¹

Likevel kan man hevde at når parodibegrepet benyttes som utgangspunkt for en regel – og kanskje spesielt der regelen er ulovfestet som i norsk rett – er det helt nødvendig med en *utfylling fra det praktiske liv* og de ulike sjangre som benytter seg av slike former for uttrykk. At alminnelig språkbruk generelt ilegges vekt ved fastleggelse av en regel, fremgår både av norsk rett og EU-retten.²² Følgelig kan det som ulike estetiske fagmiljøer legger i parodibegrepet uansett få en innvirkning på rettsregelens rekkevidde. I og med at den norske parodiregelen er ulovfestet, kan man hevde at det kanskje i enda større grad er *parodiaktiviteten i samfunnet* som ligger til grunn for etableringen av regelen, og at *det estetikken definerer som parodi* derfor bør være av stor betydning for domstolens vurdering? Ut ifra et reelt hensyn-perspektiv, kan det også hevdes at det er *domstolens rolle* å fastlegge en regel som opprettholder den kulturelle forankringen. En bruk av begrepet som sikrer en tilknytning mellom lovregelen og de ulike sjangrene innenfor estetikken som uttrykker seg gjennom «parodi», for å sørge for at regelen ikke viker fra *det den er ment* å beskytte.

En ytterligere utfordring med hensyn til fastleggelse av omfanget av begrepet, oppstår ved at rettsregelen skal nedfelles i gjenkjennelsesteknologi som etter hvert tar over for den fysiske monitoreringen i det di-

20. Jeff Koons appropriasjoner blir stadig gjenstand for søksmål fra rettighetshavere til verkene som gjenbrukes. Se <<https://www.nytimes.com/2018/11/08/arts/design/jeff-koons-fait-dhiver-naf-naf-copyright.html>> (besøkt 03.11.2020).

21. Koftvedgaard (1996), s. 132.

22. Sæther Mæle (2017), s. 83 med henvisning til Eckhoff (2001) jf. sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 20.

gitale innholdsmarkedet.²³ Spørsmålet er om denne teknologien er i stand til å identifisere ulike *estetiske uttrykk* som *parodier*. Hvorvidt parodistene i den digitale æraen gis det rom som regelverket formelt sett har til hensikt å oppstille for parodier i opphavsrettslovgivningen.

Dette er også blant de avveiningene som vil bli behandlet i artikkelen.

2. Den tradisjonelle parodiregelen i norsk rett

2.1. Premisser for drøftelsen

Jeg anvender *den gamle, norske åndsverkloven* fra før EØS-avtalen ved fastleggelsen av den tradisjonelle parodiregelen.²⁴ Det var denne som regulerte opphavsrettsfeltet og som dannet grunnlaget for den opprinnelige regelen før Deckmyn-saken og EU-retten fikk innflytelse på opphavsretten i Norge gjennom EØS-avtalen.²⁵

Tradisjonelt har det foreligget *nordisk rettsenhet på opphavsrettsområdet*, slik at annen nordisk rett, som forarbeider og rettspraksis, har vært relevant for å fastlegge innholdet i *norsk opphavsrett*.²⁶ Det nordiske samarbeidet har imidlertid avtatt med årene, og den nye norske åndsverkloven har blitt til løserevet fra et nordisk samarbeid.²⁷ I og med at jeg i utgangspunktet skal finne frem til *den tradisjonelle parodiregelen*, vil likevel nordisk rettspraksis og andre relevante kilder fra *før inngåelse av EØS-avtalen* være relevant for konkretiseringen av regelen.²⁸ Det kontinuerlige *uformelle samarbeid* mellom de nordiske landene og den nordiske samarbeidshistorikken, vil medføre at utviklingen av parodiregelen

23. Hui (forthcoming).

24. Lov av 12. mai 1961 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven).

25. Det ble ikke foretatt noen prinsipielle endringer i grunnstrukturen for skapelse og bearbeidelse av åndsverk i den nye åndsverkloven, slik at strukturen for dannelse av reglen for så vidt kan gjenfinnes i den nye loven, se Prop. 104 L (2016-2017) s. 9.

26. Rognstad (2019), s. 46.

27. Rognstad (2019), s. 46.

28. Borchgrevink Fjellstad (2016), s. 6.

i de øvrige nordiske landene også *etter dette tidspunkt* kan være av interesse for identifisering av regelen og mine vurderinger.²⁹

Hovedstrukturen i norsk opphavsrett er at den som *skaper et åndsverk*, får opphavsrett.³⁰ Imidlertid kan den som skaper et *nytt og selvstendig verk* få lov til å la seg inspirere av et foreliggende verk (forelegget), uten at det regnes som en krenkelse av det opprinnelige verket. Av åndsverkloven fremgikk: «Opphavsmannen kan ikke sette seg imot at andre benytter hans åndsverk på en slik måte at nye og selvstendige verk oppstår. Opphavsretten til det nye og selvstendige verk er ikke avhengig av opphavsretten til det verk som er benyttet».³¹

Nytt, selvstendig verk. Selv om det ikke fremgikk direkte av loven,³² var det tradisjonelt enighet i Norden om å begrunne parodiregelen ut ifra at det var et *nytt selvstendig verk*.³³ Men hva slags belegg hadde man for denne antakelsen?

At dette var hjemmelen for den tradisjonelle parodiretten er det ikke enkelt å finne *direkte* støtte for i forarbeidene til den gamle åndsverkloven. Den eneste bemerkningen om parodier i disse forarbeidene, er en referanse til de nordiske delegatenes uttalelse om at parodier ikke antas å krenke opprinnelig opphavets *ideelle rettigheter*: «Videre bemerkes at § 3 ikke vil være til hinder for offentlig fremføring eller utgivelse av parodier eller travestier.»³⁴ Fra Innstillingen til loven, bekreftes at uansett hvilken utforming loven vil få, vil dette ikke være til «hinder for fremføring eller utgivelse av parodier, travestier eller karikaturer, idet slike ansees tillatelige efter fast tradisjon, og det er ikke meningen å endre dette».³⁵

29. De relevante svenske parodi-dommene tuftes på ordlyden i den svenske loven, som tilsvarende den gamle norske bestemmelsen.

30. Åndsverkloven av 1961 § 1: «Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket».

31. Åndsverkloven av 1961 § 4, 1. ledd.

32. Verken i åndsverkloven av 1961 eller den nye åndsverkloven av 2018.

33. Knoph (1936), s. 90 og 565 og Rognstad (2019), s. 176, s. 144, Hugenholtz (2015), Nordell (2007, s. 317, Jacobsen (2015), s. 422.

34. Ot.prp. nr. 26 (1959-1960), s. 21. Åvl. § 3 var hjemmelen for ideelle rettigheter.

35. Innst. O. XI. (1960-1961), s. 15 og 16. I uttalelsene likestiltes ulike parodilignende uttrykk som travesti og karikatur. En slik forenkling og samlet behandling av disse litt ulike sjangerne vil jeg opprettholde i resten av artikkelen.

Uttalelsene i tidligere forarbeider bekrefter altså at den tradisjonelle norske parodiregelen tilsa at så sant noe kunne karakteriseres som *parodi* i lovens forstand, ville den ikke krenke opprinnelig opphavers *ideelle rettigheter*. Spørsmålet er om dette kan anses som underbygging av påstanden om at den tradisjonelle regelen bygger på at parodier er *nye selvstendige verk*?³⁶

Antitetisk kan man hevde at uttalelsene tilsier at *parodier er utenfor opprinnelige åndsverks sfære*, bestående av både ideelle og økonomiske rettigheter: Du krenker ikke opprinnelig opphavers ideelle rettigheter, fordi bruken skjer utenfor rammene for opprinnelige opphavers verk. Uttalelsene kan derfor hevdes *indirekte* å bekrefte strukturen om at parodier tradisjonelt ble ansett å være nytt, selvstendig verk.

Forarbeidene til den nye åndsverkloven, innehar uttalelser om den tradisjonelle regelen: «Det er i dag ikke en egen avgrensingsbestemmelse i norsk rett om bruk av åndsverk til parodi eller satire. Det har blitt lagt til grunn at der et åndsverk har blitt benyttet som grunnlagsmateriale for en parodi eller lignende, må loven tolkes slik at parodien må anses å utgjøre et nytt og selvstendig verk, jf. åndsverkloven § 4 første ledd».³⁷

For nærmere klargjøring av vilkårene for slike parodier, er det ingen norsk rettspraksis som direkte behandler fenomenet. Likevel kan man si at Mauseth-dommen indirekte bekrefter parodiregelens eksistens, der Høyesterett fant at gjenbruken av skuespiller Gøril Mauseths filmprestasjon i «Brent av frost» ble gjengitt utenfor fribruksreglene for sitat i åndsverkloven. Dommen vedrørte en parodifilm – såkalt spoof-film – der spoof-filmen i seg selv ikke ble ansett å krenke Mauseths prestasjon gjennom sin humoristiske gjengivelse av scener fra filmen.³⁸ Høyesterett viser til parodien i sin faktumbeskrivelse: «Bakgrunnen var at den norske filmen «Kill Buljo», som skulle ha premiere fire dager senere, in-

36. Noen ganger omtales vilkåret/begrunnelsen for parodier med at det er et selvstendig verk i motsetning til nytt, selvstendig verk. Jeg anser ikke dette som noen realitetsforskjell, da jeg antar at nytt er et utslag av hvordan man begrunner parodiretten, at den gror frem på basis av et tidligere verk (som parodieres). Sett ut ifra dette perspektivet er det et nytt verk. Dette problematiseres derfor ikke ytterligere i artikkelen.

37. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.

38. Rt. 2010 s. 366.

neholder parodier på scener fra tidligere filmer».³⁹ Det at Mauseths prestasjon var parodiert var altså ikke en problemstilling verken for Høyesterett eller partene; spoof-filmregissørene var *innenfor åndsrettens kreative handlingsrom*.

I svensk rett har det vært flere dommer vedrørende parodier, der også begrunnelsen for parodier som selvstendige verk bekreftes. I Albert Åberg-dommen,⁴⁰ der det i et radioprogram ble fremført en parodi av Albert Åberg-filmene i forbindelse med et Åberg-jubileum, uttaler svensk Høyesterett: «Har någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk är doch hans eller hennes upphovsrätt enligt 4 § andra stycket upphovsrättslagen *inte beroende* av rätten till originalverket» (min fremheving).⁴¹

Også i den finske Lappo-opera-dommen uttales at gjengivelsen i Lappo-operaen var tillatt fordi den ble ansett å utgjøre et nytt verk: «Emedan Salos verk doch bör aiises utgöra ett nytt och självständigt verk, vilket i egenskap av skönlitterärt sceniskt verk tillhör *en aniiän litterär kategori* än Vuorimaas memoar eller reportageartade verk».⁴² Forfatteren av «parodien» omtalte sitt verk som parodi, mens Högsta Domstolen i Finland nøyde seg med å klassifisere det nye stykket som et selvstendig verk. I senere norsk litteratur har imidlertid dommen blitt klassifisert som et eksempel på parodi.⁴³

Vi kan således slutte at ulike kilder fastslår at begrunnelsen for parodien er at den er et nytt, selvstendig verk. Dersom man skal utlede to vilkår som følge av å være et *nytt selvstendig verk*, må det være at slike verk *ikke anses å krenke originalverket*, og at det nye selvstendige verket må ha *egen originalitet*.

At dette er forutsetninger for at noe skal anses som «nytt og selvstendig verk», fremgår blant annet gjennom kontekstuell lesning av ordlyden og systembetraktninger. Originalitet er jo grunnvilkåret for å være et åndsverk, og § 4 (ny åndsverklovs § 6) skal jo uttrykke grensen for

39. Rt. 2010 s. 366, avsnitt 4.

40. Svensk: «Alfons Åberg».

41. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg) s. 8. Henvisningen til uphl. § 4 annet ledd tilsvarte bestemmelsen som da befant seg i norsk åndsverkloven § 4.

42. Sammendrag i NIR 1972/2, s. 185-186. Forfatteren er anonym.

43. Rognstad (2019), s. 177.

når en kreativ handling beveger seg ut av det opprinnelige verkets beskyttelsesfære – som bearbeidelse (§ 4 annet ledd) – til et selvstendig åndsverk (§ 4 første ledd).⁴⁴ Annet ledd beskriver bearbeidelsens doble og aksessoriske posisjon gjennom at gjengivelsen *også gjengir originalverket* og derfor må ha samtykke fra originalopphaver ved offentliggjøring.⁴⁵ I første ledd beskrives konsekvensen av «løsrielsen» fra opphavers verk: «Opphavsretten til det nye og selvstendige verk er *ikke avhengig av opphavsretten* til det verk som er benyttet» (min fremheving).⁴⁶

Vilkåret om *egen originalitet* for selvstendige verk, og at dette medfører at *opprinnelig opphavers verk ikke blir krenket*, fremgår også av den svenske Syndebukk-dommen fra 2017, der et maleri av et opprinnelig foto ble ansett å være et nytt selvstendig verk i forholdet til fotoet av den samme mannen.⁴⁷ I dommen ble det uttrykt: «När upphovsmannen till det nya verket förfogar över detta utgör det *inte något intrång i de ekonomiska och ideella rättigheter* som det andra verkets upphovsman har enligt upphovs-rättslagen» (min fremheving).⁴⁸ Videre om originalitetskravet: «För att ha ett eget skydd *måste* alltså det som har åstadkommit vara så *själständigt och originellt* att ett nytt verk har skapats» (min fremheving).⁴⁹

Spørsmålet om «parodier» innfrir vilkåret til *originalitet* og til *ikke å krenke originalverket*, og at det derved kan utledes at disse vilkårene *ble*

44. Den gamle lovens § 4 annet ledd regulerte «bearbeidelser» og første ledd «nye, selvstendige verk». Åvl. § 4 annet ledd lyder: «Den som oversetter eller bearbeider et åndsverk eller overfører det til en annen litterær eller kunstnerisk form, har opphavsrett til verket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket». I den nye norske åndsverkloven er dette motsatt; bearbeidelser beskrives i første ledd og nye, selvstendige verk i annet ledd. Dette er en mer logisk struktur; bestemmelsen beskriver prosessen fra bearbeidelse til selvstendig verk.

45. Rognstad (2019), s. 150.

46. Ordlyden i § 4 første ledd siste punktum.

47. NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker).

48. NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker), avsnitt 7.

49. NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker), avsnitt 11. Motsatt synspunkt synes å fremgå i svensk doktrine, der det uttales at omfanget og utløsningen av ideelle rettigheter i et verk som parodieres, ikke nødvendigvis er sammenfallende med grensene for verkets økonomiske rettigheter, se Nordell (2007), s. 321.

oppstilt for den tradisjonelle norske parodiregelen, skal behandles i det følgende.

2.2. Innfrir parodien kravet til originalitet og til ikke å krenke forelegget?

Ikke krenkelse av forelegget? Av Åberg-dommen fremgår at krenkellesvurderingen for parodier med hensyn til det opprinnelige verket skulle foretas ut ifra *det som var gjengitt* av det opprinnelige verket:

«Frågan om programinslaget är ett självständigt verk eller inte, liksom frågan om en kränkning av G.B:s litterära anseende eller egenart har skett, bör bedömas med utgångspunkt från det utnyttjande av delar av verk som har ägt rum i programinslaget, snarare än med utgångspunkt från om programinslaget i sig kan anses utgöra en travesti eller en parodi». ⁵⁰

Det skulle med andre ord vurderes *om utnyttelsen krenket forelegget* – både med hensyn til økonomiske og ideelle rettigheter – fremfor å vurdere *det som er tilført* og altså *var annerledes*.⁵¹ Tanken var at dersom parodien var selvstendig nok, skulle den gå fri av forelegget.

Også svensk teori peker på at det er *selvstendigheten i det nye uttrykket* (parodien) som skulle være bestemmende for om «parodi» forelå eller ikke:

«Det nya verkets egenart och grad av självständighet gentemot originalverket avgör om en form av fritt utnyttjande eller en otillaten efterbildning föreligger. Huruvida det nya verket kan omtalas som exempelvis en parodi torde inte vara avgörande; själva parodiformen saknar savitt jag kan se betydelse för självständigheten». ⁵²

50. NJA 2005 s. 905 (Alberg Åberg)

51. Det er interessant at Roséns perspektiv er det *helt motsatte perspektivet* enn det Hutcheon anretter for estetisk teori i sitt verk om parodier. I sin definisjon uttrykker hun at det er *forskjellen som er det sentrale*, ikke likheten: «parody is a form of repetition with ironical distance, marking difference rather than similarity», Hutcheon (2000), s. xii.

52. Rosén (1990a), s. 604.

I uttalelsen blir det fremholdt, at det er *graden av selvstendighet* og ikke parodiformen i seg selv som er utslagsgivende for om fribruk kunne til-lates.

Slik jeg vurderer uttalelsene bekrefter den min ganske selvsagte fo-rutsetning; for at et nytt, selvstendig verk skal foreligge, må det gå klar av forelegget. Videre peker uttalelsene på *hvordan* vurderingen skal fo-retas.⁵³

Jeg mener imidlertid at perspektivet *om selvstendighet* er utilstrekke-lig for å vurdere hvorvidt vi har med en parodi å gjøre eller ikke. Det holder ikke å konstatere at gjengivelsen av foreleggets trekk *går klar av forelegget* og innfrir kravet til nytt, selvstendig verk for at det skal fore-ligge en parodi. Det er *måten gjengivelsen er utformet* på som avgjør om det foreligger en parodi, slik jeg ser det. Det medfører at vurderingen av om frembringelsen er en parodi etter den tradisjonelle regelen, som for andre åndsverk, utelukkende bør knyttes til *parodiens egenart og ori-ginalitet*. Dette harmonerer også bedre med definisjonen til Hutcheon, som henviser til *forskjellen i uttrykket, fremfor likheten*.⁵⁴ Ved en slik vur-dering fremholdes også tilknytningen til forelegget, som går igjen som et grunnvilkår i de ulike paroditradisjonene.

Det rådet uenighet i Norden om respektretten ble konsumert av pa-rodiretten. Uttalelser fra Högsta Domstolen i Åberg-saken kunne tilsi at selv om en parodi er tillatt med hensyn til de økonomiske rettighete-ne kunne den likevel anses å krenke *de ideelle rettighetene* til opphaveren til det opprinnelige verket:

«Det främmande och objektivt sett nedsvärtande sammanhang i vilket de förekommer genom växlingen mellan dessa och Pusherreplikerna ut-gör ett kränkande sammanhang för den litterära figuren Alfons Åberg, men däremot knappast ett så förlöjligande eller anstötligt eller i övrigt kränkande sammanhang för dem att G.B:s litterära anseende eller egenart lider men genom utnyttjandet».⁵⁵

53. Slik jeg ser det er fokuset utilstrekkelig. Det holder ikke å konstatere at gjengi-velsen av foreleggets trekk går klar av forelegget. Jeg mener det er måten gjengi-velsen er gjenbrukt på som skal medføre at det går klar av forelegget.

54. Hutcheon (2000), s. xii.

55. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg).

Tilsvarende ble uttrykt i svensk teori.⁵⁶ At parodien likevel kunne anses å krenke de ideelle rettighetene til foreleggets opphaver, synes ikke lagt til grunn i øvrig nordisk rett.⁵⁷ Ble frembringelsen ansett som en parodi, har den tradisjonelt vært ansett å gå klar av respektretten.

Slik jeg ser det er det inkonsekvent, på grunnlag av premissene og begrunnelsen for den nordiske parodiregelen, å hevde at parodi både er et selvstendig verk – også utenfor opprinnelige opphavers bearbejdsrett – og samtidig opprettholde tilknytningen til forelegget og opphavers ideelle rettigheter, slik svensk Høyesterett åpner for i Åberg-saken.⁵⁸ Opphavsrettens dualistiske struktur i nordisk rett, bestående av økonomiske og ideelle rettigheter som en dikotomi, utelukker, slik jeg ser det, at parodien samtidig kan anses å krenke det opprinnelige forelegget eller opphaverers ideelle rettigheter.⁵⁹

Dersom grunnlaget for parodiretten var oppstilt som et *unntak til eneretten*, mener jeg spørsmålet om mulig krenkelse av opprinnelig opphavers ideelle rettigheter ville kunne stille seg annerledes. I en slik sammenheng kunne man tenke seg at parodien kunne anse å krenke det opprinnelige verket. Eventuelt at parodiretten i en slik sammenheng kunne stilt som premiss at parodien ikke skulle krenke opphavers ideelle rettigheter.⁶⁰ Ved en slik struktur vil også domstolen kunne henvise til den såkalte *tretrinnsstesten*, som gjelder som premiss for avgrensninger av opphavsretten etter Infosoc-direktivet, og som domstolen kan legge vekt på ved sin vurdering av om unntaket innfrir vilkårene etter loven.⁶¹

56. Nordell (2007), s. 321.

57. Jakobsen (2015), s. 423.

58. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg): «Även om det är ett självständigt verk kan det förekomma i ett kränkande sammanhang».

59. Se om opphavsrettens struktur i Rognstad (2019), s. 35 flg.

60. I sak C-201/13 (Deckmyn), som skal behandles siden, uttaler EU-domstolen i avsnitt 29 flg. at Vandersteen (opprinnelige opphaver) ikke skal måtte tåle at en parodi av vedkommendes verk er ulovlige med hensyn til menneskerettighetene. Det er imidlertid uklart om dette er en henvisning til ideelle rettigheter. Selv om de ideelle rettighetene og menneskerettighetene ikke er kongruente og ideelle rettigheter ikke er harmonisert i EØS-området, kan det hevdes at ideelle rettigheter i det minste må omfatte det ikke å måtte forbindes med uttrykk som er ulovlige i forhold til grunnleggende menneskerettigheter. Problemstillingen behandles i noen grad på et senere punkt i artikkelen.

Egen originalitet? Videre kan det problematiseres hvorvidt det ble stilt krav til *egen originalitet* for den tradisjonelle norske parodiregelen, og om det ble fastlagt en særskilt karakteristikk med hensyn til parodiens originalitet?

Systemlogisk kan man hevde at dersom forskjellen mellom kravene til en bearbeidelse etter åndsverkloven § 4 annet ledd og et nytt, selvstendig verk etter § 4 første ledd skal utdypes, kan man si at i det minste må et nytt verk *endre karakter* i forhold til forelegget i så stor grad at det ikke lenger anses å *gjengi originalverket*. At en bearbeider *samtidig gjengir originalverket* er jo begrunnelsen for at det skal innhentes samtykke fra opprinnelig opphaver ved offentlig utnyttelse av en bearbeidelse. Om bearbeidelser uttales det i teorien: «Hun kan ikke fremstille eksemplar av det hun har skapt, uten samtidig å disponere over resten, som originalopphaver har skapt og har opphavsrett til».⁶² Parodien derimot, klassifiseres som et nytt og selvstendig verk fordi den *gjennom parodieringen har fått ny sjel*.

Så hva består denne originaliteten i, kan det utledes noe generelt om parodiens originalitet?

Uttalelser i estetisk teori kategoriserer parodien som et *vrengebilde av det opprinnelige verket*: Linda Hutcheon uttrykker at parodien er en «form of repetition with ironic critical distance, marking difference rather than similarity».⁶³ Ofte vil parodien utløse humor, nettopp i lys av overraskelsesmomentet ved forskjellen fra *det erindrede, opprinnelige verket*:

«The combination of incongruity and sense-making is by humor scholars seen as the key factor to trigger humor. This dual structure is at the heart of parody: Parody is in nature incongruent since it is an acknowledged *reworking of a prior work*, but it still makes sense as it also functions as an independent work in itself» (min fremheving).⁶⁴

61. Av Infosoc-direktivet artikkel 5 femte ledd fremgår at avgrensingsreglene i nasjonal lovgivning må holde seg innenfor rammene av: Bare å gjelde (1) i spesielle tilfeller, (2) ikke komme i konflikt med normal utnyttelse av verket og (3) ikke stride mot rettighetshaverens legitime interesser.

62. Rognstad (2019), s. 150.

63. Hutcheon (2000).

64. Brøvig-Hanssen (forthcoming).

At en slik kunstrettslig karakteristikk kan være retningsgivende for den rettslige, følger av at alminnelig ordforståelse er aktuell for lovtolkning.⁶⁵

Hvis vi skal se til rettspraksis knyttet til det som i nordisk rett tradisjonelt ble kategorisert som parodi, er det kanskje nettopp dette *vrengbildet* – ved hjelp av ulike virkemidler – som fremstår som det mest karakteristiske for parodien.

I Åberg-saken omtales gjenbruken som et vrengbilde av det opprinnelige verket – Åberg-filmene – gjennom tilførsel av replikker fra den danske pusherfilmen:

«Definitionerna på begreppen parodi och travesti är inte alldeles fasta och vedertagna, men klart är under alla omständigheter att principen måste vara tillämplig i fall när någon genom att *förvränga ett känt verk* till form eller innehåll åstadkommer en produkt, vilken framstår som avsedd att skapa en komisk effekt som är *helt främmande för originalverket* [...] Genom att den kända barnboksfiguren Alfons inplaceras i ett främmande sammanhang med narkotikamissbruk och kriminalitet har uppenbarligen åsyftats att framkalla en komisk och överraskande effekt, vilken förstärkts genom att sammanställningen av originalrepliker från Alfonsböckerna med repliker ur den danska filmen Pusher *förvrängt bärande element av handlingen* i flera av böckerna. og det som er tilført fra Pusher-filmen» (min fremheving).⁶⁶

Vrengbildet ligger i den *upassende sammensetningen* av et røft narkounivers med det uskyldige barneuniverset til Gunilla Bergstöm's Albert Åberg.⁶⁷

I «Sveriges Flagga» –dommen uttalte Tingretten at den nye fremstillingen manglet en slik forvrengning og selvstendighet, da musikken var beholdt og den nye teksten med politisk innhold ikke klarte å bryte intimiteten som det opprinnelige fellesverket representerte:

«Musiken är en ren efterbildning av A:s verk utan något avgörande tecken på bearbetning [...] Om enn sångtexten [...] skulle kunna betraktas som et nytt och självständigt verk i förhållande til dikten [...] finner TR att just det intima sambandet mellan dikt och ton i verket «Sveriges Flagga»

65. Sæther Mæle (2017), s. 83 med henvisning til Eckhoff (2001).

66. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg).

67. Alfons heter Albert Åberg på norsk.

ga» gör att stycket i grammofonskivan [...] icke kan anses utgöra ett [...] nytt och självständigt verk». ⁶⁸

Og fra Högsta Domstolens (HDs) uttalelser fremgår at teksten ikke kunne betraktes som en parodi overhode: «Avvikelsena är emellertid ej sådana att en parodi kan anses föreligga». Det kan synes som om tilknytningen til det opprinnelige verket ble opprettholdt utelukkende gjennom *ren gjengivelse* av musikken, og at teksten som var tilført ikke forårsaket et vrenghilde, bare «uttrykk åt bitterhet och förtvilan över krigshändelser i ett annat land» – altså løsrevet fra forelegget, uten en parodierende form. ⁶⁹ Gjenbruken evnet ikke å trenge inn i det opprinnelige verket på en parodierende måte.

Kanskje kan man utlede noe generelt om parodiens originalitetskrav ved å se hen til uttalelser i de svenske forarbeidene. I forarbeidene til den svenske åndsverkloven, som ble utarbeidet gjennom nordisk samarbeid, ble det uttalt at det var presumsjon for at *en oversettelse* som *øvelse i seg selv* innfridde kravet til *egen originalitet*: «Då ett verk överförs till annan litterär eller konstnärlig form, torde ny avgivna krav i regel vara uppfyllt. Det samma gäller då ett verk blivit översatt». ⁷⁰ Gjennom å være «oversettelse», ble altså prosessen antatt å medføre at kravet til originalitet for eget bidrag (bearbeidelsesbidraget) var oppfylt.

Tilsvarende kan man kanskje hevde for parodien, som ofte blir karakterisert gjennom at det opprinnelige verket «oversettes» til *annen form og sjanger*. ⁷¹ Parodiprosessen krever en selvstendig, intellektuell prosess, både for å videreføre *tilknytningen til originalverket* og samtidig *uttrykke noe eget*: Parodiformen forutsetter en selvstendighet slik at kravet til originalitet er oppfylt ved at noe kan klassifiseres som *parodi*. Det betyr ikke at alt som kan klassifiseres som nytt, selvstendig verk er «parodi», men derimot at *alt som kan klassifiseres som parodi innfrir kravet til selvstendig verk*. Og at det nærmeste man kommer til en generell karak-

68. NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga).

69. NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga), s. 685.

70. Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.; given Stockholm slott den 27. november 1959, 1960, s. 74.

71. Om Lappo-operaaen, se NIR 1972/2, s. 185 jf. Rognstad (2009), s. 177. Tilsvarende for eksempel fra Delin som refererer Joseph Kohler, NIR 1959/3, s. 234 (s. 235), Cederlund (2016), s. 190.

teristikk for det tradisjonelle parodibegrepet er at den ga uttrykk for en *kritisk distanse til et opprinnelig verk*, og at dette snarere *ble uttrykt gjennom forskjellen* til det opprinnelige verket *enn gjennom likheten*.

Formålet og begrunnelsen for parodiretten. At *formålet* var av betydning for vurderingen av om noe var en parodi eller ikke, ble fremholdt blant annet av Knoph:

«Endelig er det også konkurranse- eller interessesynspunktet, som gir forklaringen til at parodier og karikaturer faller utenfor opphavsretten, skjønt det kan være uomtvistelig at de gjengir det originale åndsverk i dets vesentlige drag. Her er det nemlig *ikke hensikten å drive utilbørlig konkurranse* med opphavsmannen, ved å tilegne seg hans åndsverdier og slå mynt på dem. Snarere tvert imot».⁷²

Men er *formålet* av betydning for at det foreligger en parodi eller ikke? Og er det da *formålet med en parodiform* eller *det som uttrykkes*?

At formålet er av betydning for karakteristikken som «parodi», kritiseres av Rosén.⁷³ Også mindretallet i Åberg-saken er kritisk til en slik kobling.⁷⁴ Likeledes kan det hevdes at det å ilegge formålet med frembringelsen vekt bryter med systemlogikken i å være et selvstendig verk. Det er *originaliteten* i en frembringelse som sikrer noe status som et nytt verk, ikke *hva som er hensikten* med prosessen. *Formålet* er derimot knyttet til de såkalte lånereglene, avgrensningene av eneretten. Det var imidlertid ikke en slik struktur den tradisjonelle parodiregelen bygger på.⁷⁵

Både formen og budskapet kan være formålet med parodien. Enkelte har hevdet at det tradisjonelt ble oppstilt et vilkår om at parodien *skulle ha originalverket som adressat*.⁷⁶ På den annen side blir yringsfrihet

72. Knoph (1936), s. 565.

73. Rosén (1990), s. 603.

74. Se nærmere om dette i Ficks (2015), s. 316 (s. 319).

75. Både «sitat» (åndsverkloven av 1961 § 22) og bruk av verk ved undervisning (åndsverkloven av 1961 § 21), gudstjeneste og en rekke av lånereglene er formålet med bruken avgjørende for lovligheten. Tilsvarende struktur fremgår av den nye åndsverkloven av 2018.

76. Jakobsen (2015), s. 423.

angitt som bakgrunnen for den tradisjonelle regelen, som oftest vil ha en bredere adressat enn bare forelegget.⁷⁷

«Selv om det ikke klart uttrykkes i forarbejder eller praksis, synes der også implicit i denne argumentation at ligge et hensyn til ytringsfriheten, altså at ophavsmandens ret til *det beskyttede værk må vige* for parodistens ret til lovligt at bruke værket med det formål at ytre sig i form af en parodi» (min fremheving).⁷⁸

Parodier kan være en effektiv og virkningsfull måte å *formidle et budskap på*, i den forstand at gjennom en slik form tøyes mottakerens toleranse i å ta imot budskapet, som også kan gi meddelelsen et bredere nedslagsfelt.⁷⁹ *Formålet* til parodisten er å *adressere en beskjed med parodien som form*. Lykkes man ikke – og det er det i siste instans domstolen som skal vurdere – vil man ikke gis retten til en slik bruk av et opprinnelig verk, som i Sveriges Flagga-dommen.⁸⁰ Budskapet kan man ikke nektes å formidle, men da ikke ved hjelp av en annens åndsverk. Det er således dette som kan hevdes å være *parodiens sjel: et budskap pakket inn i en parodiform*.

Formålet med parodien kan være utelukkende å skape en humoristisk opplevelse.⁸¹ Da kan man hevde at *selve parodiformen er det sentrale*. Av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen fremgår det at den *politiske ytringsfriheten er sterkere enn den kommersielle*.⁸² Dersom hensynet til ytringsfrihet anses som den rettslige begrunnelsen for parodiretten, kan man hevde at parodier *med et gitt budskap* er nærmere det tradisjonelle, rettslige parodibegrepet enn de som bare har til formål å utløse humor. Ut ifra den tradisjonelle parodiregelen ville det da være et smalere handlingsrom for parodier med kommersielt formål enn for pa-

77. I Deckmyn-saken blir sontringen mellom weapon/target-parodier initiert av generaladvokaten gjennom vurderingen av formålet, som enten kan være rettet mot forelegget «parody on» (target) eller brukt som våpen, «parody of», se generaladvokatens uttalelse i sak C-201/13, punkt 61.

78. Jakobsen (2015), s. 422. Tilsvarende Rognstad (2019), s. 179.

79. Enkelte har hevdet at det snarere er grunnrettighetene – ytringsfriheten – som er den reelle hjemmelen for parodiretten, også sett i lys av uttrykksformens dype historiske og kulturelle røtter Jacques (2019a), s. 2 flg. jf. Jakobsen (1015), s. 433.

80. NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga), s. 685.

81. Schovsbo (2015), s. 293 flg.

82. Jakobsen (2015), s. 427.

rodier med et politisk budskap.⁸³ Som et illustrerende eksempel kunne man anvendt «Beefburger»-saken fra 1999, der en produsent av hamburgere hadde brukt Munchs «Skrik» i en reklamekampanje for beefburgers.⁸⁴ Det sakkyndige råd i Kulturdepartementet i Norge fikk inn saken som en mulig krenkelse av kulturvernet (åndsverkloven § 48), men fant at bruken ikke krenket Munchs verk. Man kunne tenkt seg et søksmål på et annet grunnlag (innenfor Munch-verkets vernetid), og at beefburger-distributøren hevdet at illustrasjonen var en parodi. Ut ifra det kommersielle formålet med «parodien», kunne man hevde at fremstillingen ikke lå innenfor fribruksregelen for parodier, og derved nektet den på et slikt grunnlag.



Til venstre Edward Munchs «Skrik» og til høyre Stabburets beefburger-reklame, fra NIR 1999/1, s. 241.

83. Tilsvarende Jakobsen (2015), s. 427.

84. NIR 1999 s. 241(Beefburger)

3. EU- retten og Deckmyn-saken fra 2014

3.1. Innledning – Norge og EU-retten

Artikkelens hovedformål er altså å vurdere om det har skjedd en regjending i norsk rett gjennom Norges opphavsrettslige forpliktelser etter EØS-avtalen og Deckmyn-saken fra EU-domstolen.⁸⁵ I Deckmyn-saken fastslår EU-domstolen at *parodi* er et EU-rettslig begrep.⁸⁶ Hvilke konsekvenser dette har for den tradisjonelle parodiregelen og hvilke følger dette har for rettstilstanden med hensyn til parodiretten i Norge, skal jeg ta stilling til under neste punkt.

Parodiregelen i EU-retten ble innført gjennom vedtakelsen av Infosoc-direktivet i 2001.⁸⁷ Av direktivets artikkel 5 fremgår det et sett med *unntak til hovedregelen* om at det må innhentes samtykke fra opphaver ved bruk av åndsverket hennes.⁸⁸ Parodiunntaket lyder:

«Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i den i artikel 2 nævnte ret til reproduktion [...] hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche».⁸⁹

Av regelen fremgår det at gjennomføring av unntakene er frivillig («kan»). Det følger imidlertid av EU-retten at EU-domstolen er *autonom fortolker* av begreper i EU-retten, uansett om unntakene er implementert eller ikke.⁹⁰ At EU-domstolen har et autonomt fortolknings-

85. Sak C-201/13 (Deckmyn).

86. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 17.

87. Infosoc-direktivet artikkel 5 tredje ledd bokstav k.

88. Infosoc-direktivet artikkel 5 annet ledd (unntak til eksemplarframstillingsretten) og artikkel 5 tredje ledd (unntak til rettighetene i eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøringsrett).

89. Infosoc-direktivet artikkel 5 tredje ledd bokstav k.

90. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 15 og 16: «Det fremgår af denne retspraksis, at begrebet »parodi«, som fremgår af en af bestemmelserne i et direktiv, der ikke indeholder nogen henvisning til national ret, skal anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb og fortolkes ensartet på Unionens område. [...] Denne fortolkning afkræftes ikke af, at den undtagelse, der er omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29, er fakultativ. En fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har indført denne undtagelse, frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på ikke-harmoniseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den an-

mandat medfører at den alene definerer innholdet i et begrep. I Deckmyn-saken ble det uttalt av EU-domstolen:

«En bestemmelse i EU-retten, som ikke inneholder noen uttrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning».⁹¹

Deckmyn-saken stod mellom Johan Deckmyn og Vandersteen (hans arvinger). Saken vedrørte hvorvidt en kalenderforside, som forestilte borgermesteren i Gent som delte ut småmynt til mørke borgere i byen, kunne anses som en parodi av en lignende forside til tegneserien Suske en Wiske utarbeidet av Willebrord Vandersteen i 1961. Velgjøreren på bildet i tegneserien var på kalenderforsiden byttet ut med borgermesteren i Gent, og borgerne var gjort til mørke mennesker med slør og turban. Deckmyn var medlem av et politisk parti på ytterste høyre fløy (Vlaams Belang), og ved nyttårsfeiringen i 2011 delte Deckmyn ut kalenderen, der han selv sto som ansvarlig utgiver.⁹² Rettighetshaverne etter Vandersteens anla på denne bakgrunn sak mot Deckmyn, med påstand om at kalenderforsiden krenket Vandersteens opphavsrett. Den belgiske domstolen henviste saken til EU-domstolen, som behandlet saken i storkammer (15 dommere), som understreker dommens prinsipielle karakter.⁹³ Anførselen til Deckmyn var at forsiden var en politisk karikatur som var omfattet av parodibegrepet og derfor beskyttet av avgrensingsreglene i opphavsrettsdirektivet.⁹⁴ Unntaksreglene og opphavsretten er komplementære størrelser i EU-retten. Dersom en bruk av et åndsverk ikke omfattes av et av unntakene i Infosoc-direktivet, ligger bruken innenfor opphavers enerett og det må det innhentes samtykke fra rettighetshaveren (Deckmyns arvinger) for utnyttelsen.

den, ville nemlig være i strid med nævnte direktivs formål [...]».

91. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 14.

92. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 7.

93. Jakobsen (2015), s. 424.

94. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 11.

Generaladvokaten oppstilte tre ulike aspekter av vilkår for at en «parodi» skulle foreligge i EU-rettslig forstand: (1) *strukturelle* krav, (2) krav til hva slags *formål* parodien skulle ha og (3) *innholdsmessige* krav.⁹⁵

Med hensyn til (1) *struktur* uttalte generaladvokaten at parodien både var en *kopi* og *skapende* på samme tid (avsnitt 49). Kopieringen (av det opprinnelige verket) skjedde i større eller mindre grad, ble det uttalt, og det var ikke nødvendig for at vilkåret skulle være oppfylt at *et eksemplar* av det opprinnelige verket forelå, bare tilstrekkelig til at det *opprinnelige verket var gjenkjennelig* (avsnitt 50). Det ble også uttrykt at parodien måtte ha sin *egen originalitet* for ikke å bli sammenblandet med originalen (verket som parodieres). Med hensyn til (2) *parodiers formål*, uttalte generaladvokaten at adressaten enten kunne være verket som parodieres («parody of») eller en utenforstående tredjepart («parody with»)⁹⁶ Sondringen kan synes å tilsvare den som EU-domstolen siden trekker opp, og som i juridisk teori omtales som forskjellen mellom «weapon» og «target»-parodi.⁹⁷ Videre uttrykte generaladvokaten at *effekten av parodier* må være humoristisk («mockery»), selv om den samtidig kan være dypt alvorlig (avsnitt 68, 69).⁹⁸ Parodiens tilknytning til ytringsfrihet uttrykt gjennom en kunstnerisk form blir også fremhevet som karakteristisk for parodien.⁹⁹ Med hensyn til kravet til (3) *innhold* i en parodi uttrykker generaladvokaten prinsippet om at EU-retten skal uttrykke en balanse mellom de ulike fundamentale rettighetene (avsnitt 79). Og videre at ikke enhver misbilligelse fra opprinnelig opphaver er relevant, men:

«ændringer af det originale værk, som formelt eller materielt udtrykker et budskab, der radikalt strider mod de mest dybtliggende overbevisnin-

95. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 49 flg.

96. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 61 flg.

97. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 20 og 21 jf. Rognstad (2019), s. 178.

98. Rosati tolker dette kravet til et vilkår om at *intensjonen* er å være humoristisk – ikke nødvendigvis *effekten*, blant annet av retts tekniske årsaker (hvem skulle avgjøre om noe er morsomt) og fordi ellers ville bare morsomme mennesker ha en parodirett, se Rosati (2015), s. 519.

99. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 70. Denne korresponderer i innhold med det jeg fant med hensyn til den tradisjonelle, norske regelen. Her trakk jeg frem *budskapet* knyttet til en *parodierende form* som karakteristisk for regelen, se denne artikkel s. 15.

ger i samfundet (39), som i sidste instans danner grundlaget for det offentlige europæiske rum og dets eksistens (40), *ikke anerkendes som parodi*, og ophavsmanden til det værk, ud fra hvilket parodien er blevet skabt, kan med rette gøre dette gældende» (min fremheving).¹⁰⁰

Generaladvokaten hevdet at et slikt innhold ville stride mot premissene som det EU-rettslige parodibegrepet måtte bevege seg innenfor, slik at vilkårene for «parodi» derved ikke ville være oppfylt.

EU-domstolen fastslår at «parodi» er et EU-rettslig begrep, og stadfester derved generaladvokatens oppfatning av det spørsmålet.¹⁰¹ Videre ble det uttrykt at selv om det er fakultativt å innføre opphavsrettsunntakene i nasjonal rett, så må unntakene *tolkes likt* i hele EU for ikke å være i strid Infosoc-direktivets harmoniseringsmålsetting.¹⁰² Derneft fastla EU-domstolen parodibegrepet, med utgangspunkt i forslaget fra den belgiske domstol til hvordan fenomenet skulle defineres.¹⁰³

EU-domstolen angir to hovedvilkår som må være oppfylt for parodi i EU-rettslig forstand: Den skal (1) *vekke forestilling om det opprinnelige verket*, men samtidig vise tydelige forskjeller til dette, og (2) den *skal uttrykkes gjennom humor eller latterliggjørelse*.¹⁰⁴

Domstolen fant at det verken fremgikk av alminnelig språklig forståelse av begrepet eller andre kilder, og i motsetning til det generaladvokaten og henvisningsdomstolen hadde fremholdt, at parodien må ha *egen originalitet*.¹⁰⁵ Det var tilstrekkelig at den var *synlig forskjellig* fra referanseverket og hadde *en form for tilknytning* til originalverket.¹⁰⁶ Uten en slik måte å definere begrepet på ville unntaket ikke innfri direktivets effektivitets- eller harmoniseringsformål, ble det videre fremholdt.¹⁰⁷ Det ble også uttalt at parodi er en *hensiktsmessig form for ytringsfrihet*, da den kan romme *noens mening*.¹⁰⁸ I lys av at eneretten, som avgrensnings-

100. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 85.

101. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 15. Se også C-5/08 (Infopaq), avsnitt 27.

102. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 17. InfoSoc-direktivets harmoniseringsformål fremgår bl.a. av direktivets fortale pkt. 1.

103. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 21.

104. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 33, jf. avsnitt 20.

105. Tilsvarende Rosati (2015), s. 515.

106. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 21.

107. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 23 og 25.

108. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 25.

reglene i artikkel 5 tredje ledd bokstav k er et unntak fra, skal imidlertid *unntaket*, som er begrunnet i hensynet til ytringsfrihet, *balanseres mot opphavers interesser*, ble det fremholdt.¹⁰⁹ Dersom parodien innehar et *diskriminerende budskap* i strid med EU-rettens forbud mot forskjellsbehandling, vil det være ubalansert (avsnitt 32). Opphaver har en legitim interesse i å hindre assosiasjoner til slike uttrykk, ble det uttalt fra domstolen.¹¹⁰ Om budskapet var i strid med forbudet, var det opptil henvisningsdomstolen å avgjøre, ble det videre uttalt.

I rettsteorien er det blitt fremholdt at EU-domstolen gjennom dommen uttrykker at *ideelle rettigheter* er relevant for vurderingen av om parodien er lovlig eller ikke.¹¹¹ I dommen uttales:

«Vandersteen m.fl. har anført, at den i hovedsagen omhandlede tegning – [...] er blevet erstattet af mørklødede personer med slør – videregiver et diskriminerende budskab, der har til virkning, at det beskyttede værk forbindes med et sådant budskab [...] Vandersteen m.fl., [har] i princippet en legitim interesse i, at det beskyttede værk ikke forbindes med et sådant budskab».¹¹²

Spørsmålet er om dette er en henvisning til *opphavers ideelle rettigheter* og om domstolen med dette harmoniserer de ideelle rettighetene?

Det fremgår som en klar forpliktelse etter Infosoc-direktivet gjennom dens fortale at EUs medlemsland skal respektere opphavers ideelle rettigheter etter Bernkonvensjonen og øvrige internasjonale traktater:

«Rettighedshavernes droit moral udøves i overensstemmelse med medlemsstaternes lovgivning og bestemmelserne i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer. Droit moral forbliver uden for dette direktivs anvendelsesområde».¹¹³

109. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 26.

110. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 30.

111. Rosati (2015), s. 525; Jacques (2019a), s. 172. Opphavsrett består av økonomiske og ideelle rettigheter. De ideelle omfatter blant annet retten til å bli navngitt (faderskapsretten) og til ikke å bli krenkende gjengitt (respektretten). De ideelle rettighetene fremgår av åndsverkloven av 2018 § 5 første ledd og annet ledd.

112. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 29-31.

113. Infosoc-direktivets fortale punkt 19. Bernkonvensjonens bestemmelse om de ideelle rettighetene i artikkel 6 bis, som det henvises til i fortalen, lyder: «(1) Indepen-

I rettsteorien har oppfatningen vært delt på om uttalelsen kan forstås som en henvisning til opphavers ideelle rettigheter og at slike rettigheter derved harmoniseres.¹¹⁴ I et nylig verk om parodier hevder Sabine Jacques at EU-domstolen gjennom Deckmyn-saken ikke harmoniserer rettighetene, men *minner* de nasjonale domstolene om deres ansvar i tilknytning til opprinnelige opphavers integritet:

«[...] Deckmyn brings vital insight. In that case, the parody in dispute implied that the Mayor of Ghent prioritized city spending upon immigrants and refugees over the local population. Given this arguably discriminatory message, the CJEU seems to remind national courts of the need to the interest of the author of the underlying work».¹¹⁵

Det innebærer ikke at de ideelle rettighetene harmoniseres fremholder forfatteren, men at EU-domstolens og de nasjonale domstolenes forpliktelse også omfatter å holde de ideelle rettighetene til referanseverkets opphaver i hevd.¹¹⁶

Ideelle rettigheter er knyttet til åndsverket (tegneserien) og opphaveren (Deckmyn) som *kunstner*, mens diskrimineringsforbudet er knyttet til Deckmyn som EU-borger. Slik jeg ser det kan ikke uttalelsene forstås som en direkte henvisning til opphavers ideelle rettigheter. Henvisningen til opphavers *legitime interesser* kan snarere anses som en henvisning til de *forfatningsmessige skrankene* som EU-retten legger til grunn. EU vedtok i år 2000 traktaten som inneholder diskrimineringsforbudet, slik at det også foreligger en konstitusjonell ramme som EU-rettens avgjørelser må holdes innenfor. Dette korresponderer også med generaladvokatens uttalelse.¹¹⁷ Domstolen viser også til EU-charterets artikkel 21(1), i tillegg til diskrimineringsdirektivet i premiss 30, der relevante rettskilder for slutningen anføres.¹¹⁸

dently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.»

114. Rosati (2015), s. 525.

115. Jacques (2019a), s. 192.

116. Jacques (2019a), s. 194.

117. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 85.

Imidlertid er det mulig å forstå uttalelsen fra EU-domstolen dithen at den viser til en premiss for «parodi» som innebærer en kobling av opphavers ideelle rettigheter, EU-charteret og diskrimineringsforbudet.

I Deckmyn-saken fremholdes det at parodiretten skal utgjøre en balanse mellom *opphavers rettigheter og interesser og brukers ytringsfrihet*.¹¹⁹ Av Bernkonvensjonen, der de ideelle rettighetene uttrykkes, fremgår det at opphaver skal kunne motsette seg «nedsettende handlinger i tilknytning til verket, som kan være skadelig for opphavers ære eller renommé» (min oversettelse).¹²⁰ I fortalen til Infosoc-direktivet er de ideelle rettighetene henvist til.¹²¹ Parodibegrepet i EU-retten forutsetter at det foreligger en tilknytning mellom det opprinnelige verket og parodien. Dersom parodien har et diskriminerende innhold, uttrykker domstolen at opphaver til det opprinnelige verket har en legitim interesse i å kunne motsette seg en *slik parodi*. Innholdet i parodien vil gjennom tilknytningsvilkåret til en viss grad *klistre seg til det opprinnelige verket*, noe opprinnelig opphaver har en legitim interesse i å kunne motsette seg, ifølge domstolen.¹²² Generaladvokaten hevder at innholdsvilkåret for «parodi» ved brudd på dette premisset da ikke vil foreligge.¹²³

4. Parodiregelen i norsk rett – etter Deckmyn-saken

4.1. Problemstillinger og metode for drøftelsen

Problemstillingen er dernest rekkevidden av Deckmyn-saken for norsk rett: Følger det av Deckmyn-saken at EU-rettens parodiregel *fortrenger*

118. Direktiv 2000/43/EF (Ikke-diskrimineringsdirektivet). EUs Charter artikkel 21 lyder: «Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited».

119. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 26.

120. Bernkonvensjonen artikkel 6 bis (1).

121. Infosoc-direktivets fortale avsnitt 19.

122. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 31.

123. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 85.

den norske? Eller eksisterer *den norske* som *parodiregelen for norsk rett* eller i en form for *sameksistens med den EU-rettslige?*

Hvilke vilkår som oppstilles dersom man konkluderer med at den norske parodiregelen opprettholdes og fortrenger den EU-rettslige – basert på at «parodi» er et *nytt selvstendig verk* – er blant annet at grunnvilkåret om *originalitet* må være oppfylt for parodien. I tillegg at parodien skal ha et *annet formål* enn forelegget og at den *ikke vil* anses å *krenke originalverkets ideelle rettigheter* så sant den kan klassifiseres som «parodi». ¹²⁴ Videre kan det være et mulig vilkår at parodien *skal ha originalverket som adressat*. ¹²⁵ At parodien må være humoristisk, synes ikke å fremgå av de nordiske vilkårene. Dette følger heller ikke av den klassisk estetiske teorien, som det vises til i sentrale kilder. ¹²⁶

At *den EU-rettslige parodiregelen* fortrenger den tradisjonelle norske innebærer at vilkårene oppstilt i Deckmyn-saken legges til grunn. Det må foreligge en *tilknytning til verket* som parodieres, men det stilles *ikke vilkår* om at uttrykket har *egen originalitet*. ¹²⁷ Videre behøver *ikke* parodien *ramme originalverket*. ¹²⁸ I Deckmyn-saken var det som nevnt borgermesteren i Gent som var parodiens adressat. I tillegg er det tilstrekkelig at det er *parodiens intensjon* (ikke effekt) å være *humoristisk eller latterliggjørende*, for at *kravet til form* er oppfylt. ¹²⁹ Det er de *nasjonale domstolene* som avgjør om vilkåret er oppfylt. ¹³⁰

En hybridregel for «parodi» vil være at vi i norsk rett fortsetter å begrunne parodiregelen som «et nytt selvstendig verk» jf. åndsverkloven § 6 annet ledd, men legger vilkårene for «parodi» som EU-domstolen har oppstilt til grunn.

Problemstillingene. Det første spørsmålet som oppstår er om vi i norsk rett *behøver å innfri parodiunntaket* i EU-retten, dersom vi oppstiller parodiretten på grunnlag av at parodien er et nytt, selvstendig verk?

124. Schovsbo (2015), s. 299.

125. Jakobsen (2015), s. 423.

126. Jacques (2019b), s. 3 flg.

127. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 20.

128. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 33.

129. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 33 jf. Rosati (2015), s. 519: «[...] it appears that the difficulties that might arise should a humorous effect be required, lead to the conclusion that the correct test under *Deckmyn* is that of a humorous “intent”».

130. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 30.

Som det foregående viser, er logikken bak «nytt verk»-strukturen, som nå fremgår av åndsverkloven § 6 annet ledd (tidligere åndsverkloven § 4 første ledd), at den skal synliggjøre overgangen fra når den som tar utgangspunkt i en annens verk frir seg fra beskyttelsessfæren til det opprinnelige verket og oppnår *egen rettsstatus*. Grunnvilkårene fant jeg måtte være, som for andre åndsverk, at parodisten hadde foretatt *kreative og selvstendige valg på formen*, med det formål å etablere en parodi.¹³¹

Dersom jeg finner at vi i norsk rett ikke lengre kan anvende den tradisjonelle parodiregelen, blir det neste spørsmålet *om parodiunntaket fra EU-retten er gjennomført* i henhold til forpliktelsene etter EØS-avtalen, og om unntaket er gjennomført på en *tilstrekkelig klar og konsis måte*?

Kravet til forutsigbarhet ved gjennomføring av direktiver. Kravene til gjennomføring av EØS-regler vil også bli vurdert i lys av aktuelle distribusjonsformer av opphavsrettsbeskyttet innhold fra digitale plattformer, samt ut ifra vedtatte direktivforpliktelser som medfører at en slags «innebygd opphavsrett» kan bli aktuelt. Dette skjerper kravet til rettslig forutsigbarhet og måten reglene blir kommunisert på, etter min vurdering. Aktørene i det digitale markedet trenger *konsise nok regler* slik at de kan tilpasse gjenkjennelsesteknologi og andre verktøy som skal gjennomføre forpliktelsene, på en tilstrekkelig presis måte. Dette vil sikre at gjenbrukere av åndsverk får den frihet til ytringer og kunstnerisk utfoldelse som regelverket fordrer.

Harmoniseringsforpliktelsen etter EØS-avtalen. Et grunnspørsmål for disse drøftelsene er hvor langt presumpsjonsprinsippet rekker. Presumpsjonsprinsippet tilsier at norske bestemmelser så vidt mulig skal fortolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.¹³² EØS-avtalen er en slik folkerettslig forpliktelse, og i Finanger-saken slår Høyesterett fast at prinsippet om *direktivkonform fortolkning* fra EU-retten ikke går lengre enn presumpsjonsprinsippet.¹³³ Det medfører at vi kan anvende presumpsjonsprinsippet som grunnlag for å fastslå Norges homogenitetsforpliktelse etter EØS-avtalen. Av EØS-avtalens artikkel 6 fremgår

131. Se foreliggende artikkel s. 9-16.

132. Sejersted (2011) s. 265.

133. Rt. 2001 s. 1811 (s. 1829): «[...] ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumpsjonsprinsippet i norsk rett».

det at Norge har plikt til å tillegge rettspraksis fra EU-domstolen fra *før avtaleinngåelsestidspunktet* for EØS-avtalen betydning ved fastleggelse av innholdet av EØS-rett. Av praksis fra Høyesterett,¹³⁴ EFTA-domstolen,¹³⁵ samt uttalelser i juridisk teori¹³⁶ fremgår det at også rettspraksis fra EU-domstolen *etter dette tidspunktet* er relevant, dersom ikke tvingende grunner tilsier en annen fortolkning av EØS-regelen.

Disse premissene vil derfor bli lagt til grunn for den videre drøftelse.

4.2. Tilstanden i norsk rett etter EØS-avtalen og Deckmyn-saken

Parodi som nytt, selvstendig verk. Det som taler for at det å statuere parodirett ut ifra at det er et *nytt, selvstendig verk* er tilstrekkelig for å frede den tradisjonelle, norske parodiregelen – slik at denne kan videreføres som *parodiregelen i norsk rett* – er at EU-retten selv stadfester at *originalitet gir opphavsrett*.¹³⁷ Det vil derfor i utgangspunktet ikke være i strid med EU-retten å statuere at frembringelser som innfrir originalitetsvilkåret – uansett hva originaliteten består i – kan få opphavsrett.¹³⁸ Tilsvarende vilkår for opphavsrett oppstilles i den norske åndsverklovens § 2, utfyllt av rettspraksis fra EU-domstolen som angir nærmere hvordan originaliteten innfris.¹³⁹

134. Bl. a. Rt. 2002 s. 391 (God morgen) og HR 2017-2165-A (Aukrust), avsnitt 68, der Høyesterett viser til EU-domstolens utvikling av originalitetskravet, men uttrykker at den ikke behøver å gå nærmere inn på EU-domstolens praksis. Hva den mener med uttalelsen er uklart, men begrepene i EU-retten samsvarer med det som fremgikk av norsk rett, slik at det kanskje var tilstrekkelig for å konstatere samsvar.

135. De forente saker E-9/07 og E-10/07 (L'Oréal), avsnitt 37.

136. Rognstad (2019), s. 54; Stenvik (2015), s. 89; Haukeland Fredriksen (2010), s. 277; Sejersted (2009) s. 266.

137. Sak C-5/08 (Infopaq), avsnitt 37: «copyright [...] is liable to apply only in relation to a subject-matter which is original in the sense that it is its author's own intellectual creation» (min fremhevelse).

138. Sak C-145/10 (Painer), avsnitt 88 og 89: «[...] an intellectual creation is an author's own if it reflects the author's personality [...] That is the case if the author was able to express his creative abilities in the production of the work by making *free and creative choices*» (min fremhevelse).

139. Åndsverkloven av 2018 § 2 lyder: «Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, og betegnes som opphaver».

Et annet argument i favør av at den tradisjonelle parodiregelen «står seg», kan man hevde at uttalelsen i de norske forarbeidene til den nye åndsverkloven kan forstås som. Den bekrefter at den tradisjonelle norske parodiregelen videreføres gjennom henvisningen til parodier som selvstendige verk: «Departementet [...] går inn for at den gjeldende rettstilstand videreføres, slik at en parodi etter omstendighetene må anses som et nytt og selvstendig verk».¹⁴⁰

EU-retten oppstiller derimot parodiregelen som et *unntak til EU-retten*; altså etter en annen struktur. Dessuten kan man hevde at *vilkårene som oppstilles i EU-retten avviker* fra den tradisjonelle, blant annet gjennom at parodiregelen i Infosoc-direktivet *ikke* synes å oppstille vilkår om *egen originalitet*.¹⁴¹

Slik jeg ser det, er derfor den EU-rettslige parodiretten *videre enn* den tradisjonelle norske.¹⁴² Likeledes kan man hevde at den EU-rettslige i større grad *beskytter parodistens rett* enn opphaverens, altså at Deckmyn-saken forskyver balansepunktet som direktivet fordrer, i favør av ytringsfriheten.¹⁴³ Ved at den tradisjonelle norske parodiregelen stiller krav til *egen originalitet* for at «nytt, selvstendig verk» skal foreligge, skal det *mer til* for at vilkårene er oppfylt enn uten et slikt krav. Derved innskrenkes opprinnelig opphavers enerett i større grad etter den nye EU-regelen.¹⁴⁴ Også det at EU-regelen oppstilles *som et unntak* tilsier at man fortsatt er innenfor originalopphavers sfære – at det skal *mindre egenoriginalitet* til for slike parodister enn for parodister som skaper et

140. Prop. 104 L (2016-2017) s. 107.

141. Sak C-201/13 (Deckmyn) avsnitt 21. Ordlyden i avsnittet er riktignok noe tvetydig, da det uttrykkes at det ikke stilles krav til originalitet «du over» å presentere synlige forskjellene til det parodierte verk. Det kan jo også forstås at den synlige forskjellen til det parodierte verket må være foretatt på en original måte.

142. Tilsvarende Manshaus (2014).

143. At opphavsretten skal balanseres mot andre interesser fremgår blant annet av uttalelser i Deckmyn-saken og andre saker for EU-domstolen, men også av fortalen til Infosoc-direktivet (blant annet fortalens avsnitt 3, men særlig avsnitt 31: «Det er nødvendig at bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheter og interesser mellom de forskjellige kategorier af rettighedshavere og mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og brugere af beskyttede frembringelser».

144. Jeg mener dette også har betydning for klarhetskravet som kan stilles for gjennomføringen, fordi konsekvensene av fortolkningen er snevrere rettigheter for opphaverne, som er en privat rettighet beskyttet av EUs Charter og EMK.

nytt verk. Etter den tradisjonelle parodiregelen kan det derimot hevdes å fremgå at strukturen tilsier at man befinner seg *utenfor den opprinnelige opphavers bearbeidelses-/plagiatsfære* og over i et «nytt verk». Det vil medføre et strengere krav til en parodists originalitet, og altså en regel som i større grad er *i favør av opprinnelig opphavers rettigheter*.

Det at *innholdet i parodiretten er forskjellig* taler imot at Norge kan beholde parodiretten gjennom å statuere en *annen struktur* for regelen, slik jeg ser det. EU-domstolen fastslår i Deckmyn-saken at «parodi» er et EU-rettslig, autonomt begrep, som medlemslandene ikke selv har kompetanse til å definere innholdet i.¹⁴⁵ Da kan ikke Norge kun gjennom å angi *en annen begrunnelse for regelen* definere et innhold i regelen som avviker. Det samsvarer verken med uttalelsen i dommen,¹⁴⁶ den generelle harmoniseringsmålsettingen som direktivene har som mål å bidra til,¹⁴⁷ presumsjonsprinsippet etter folkeretten¹⁴⁸ eller homogenitetsprinsippet i EU-retten.¹⁴⁹ Også Høyesterett legger direkte vekt på det som EU-domstolen har fastlagt om et direktiv, i særdeleshet der det fastslås vertikale rettigheter.¹⁵⁰ Parodiretten må anses å *gi en slik rett til parodisten*, selv om regelen samtidig kan hevde å innskrenke opprinnelig opphavers enerett. Norsk juridisk teori kan også forstås slik at en ikke-sammenfallende regel med den som fremgår av EU-retten, dersom regelen er gjennomført, vil være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, underbygget av argumenter fra rettspraksis.¹⁵¹

På den annen side kan man hevde at det er *fakultativt å innføre unntakene i Infosoc-direktivet*, noe som tilsier at vi i norsk rett ikke trenger

145. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 14 og 15.

146. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 16.

147. Sejersted (2011), s. 53.

148. Stenvik (2015), s. 58.

149. EØS-avtalens art. 1 jf. fortalens pkt. 16. Sejersted (2009), s. 223.

150. Rt. 2002 s. 391 (God morgen). Vertikale rettigheter er rettigheter som gis fra staten til borgerne. Se Sejersted (2011), s. 224.

151. Rognstad (2019), s. 50. Haukeland Fredriksen (2010), 277. Også EFTAs avgjørelse i L'Oreal-saken, tilsier at det skal tvingende grunner til at en fortolkning av en EØS-regel ikke skal tolkes i samsvar med EU-retten, L'Oreal avsnitt 31, 37. Tilsvarende hevder Haukeland Fredriksen blir forsterket av etterfølgende dommer for EFTA-domstolen (sakene E-1/04 (Fokus Bank), EFTA 2004 Ct. Rep. 11 og E-10/04 (Paolo Piazza mot Paul Schurte AG, EFTA 2005 Ct. Rep. 76.)

å innføre den EU-rettslige parodiregelen som inngår blant unntakene.¹⁵²

Imidlertid kan det stilles spørsmål om frivilligheten med hensyn til unntakene i Infosoc-direktivet går så langt at vi kan etablere eller opprettholde *en annen parodiregel*, hevde at vi ikke har innført EU-rettens og derved slippe unna homogenitetsforpliktelsen.

Uttalelsen fra EU-domstolen i Deckmyn-saken går imot en slik forståelse. Her uttrykkes det klart at «begrebet »parodi«, som fremgår af en af bestemmelserne i et direktiv, der ikke indeholder nogen henvisning til national ret, *skal anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb* og fortolkes ensartet på Unionens område» (min fremheving).¹⁵³ Videre uttales det at fortolkningen ikke «afkræftes [...] af, at den undtagelse [...] er fakultativ. En fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har indført denne undtagelse, frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på ikke-harmoniseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den anden, ville nemlig være i strid med nævnte direktivs formål». Det er *harmoniseringsformålet* – uttrykt i direktivets fortale – som EU-domstolen henviser til.¹⁵⁴

Den generelle lojalitetsplikten etter EØS-avtalen tilsier også at Norge ikke kan opprettholde en regel med avvikende innhold. Av EØS-avtalens artikkel 3 fremgår at «Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale». Det innebærer blant annet en forpliktelse til å innføre lover som innfrir forpliktelsen etter direktivet og oppheve bestemmelser som er i strid.¹⁵⁵ En «snikinnføring» av en avvikende regel vil kunne hevdes å stå i motsetning til dette overordnede prinsippet.

Også *den generelle homogenitetsforpliktelsen* etter EØS-avtalen tilsier at vi i norsk rett ikke kan opprettholde et selvstendig parodi-institutt uten å tilpasse regelen til rettspraksis fra EU-domstolen.¹⁵⁶ EØS-avtalens artikkel 6 lyder: «bestemmelsene [...] fortolkes i samsvar med de relevan-

152. At innføringen er fakultativ fremgår av ordlyden i Infosoc artikkel 5 tredje ledd, men også av sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 16.

153. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 15.

154. Infosoc-direktivets fortale pkt. 1, 2, 4 og 6.

155. Sejersted (2011), s. 196.

156. Stenvik (2015), s. 58.

te rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet *før undertegningen* av denne avtale». Av avgjørelser fra Høyesterett og EFTA-domstolen følger at homogenitetsforpliktelsen også gjelder for avgjørelser fra EU-domstolen *etter EØS-avtalens inngåelsestidspunkt*, altså at forpliktelsen må *tolkes utvidende* i forhold til det som fremgår av EØS-avtalen artikkel 6.¹⁵⁷

Slik jeg ser det kan vi i norsk rett ikke opprettholde en regel med et avvikende innhold, slik at den tradisjonelle, norske parodiregelen har falt.

Er parodiinntaket gjennomført i norsk rett? Forutsatt at vi ikke kan videreføre en avvikende parodiregel i norsk rett, er spørsmålet *om parodiinntaket er gjennomført i norsk rett?* Dersom det er gjennomført, må Deckmyn-saken veie tungt ved fastleggelse av innholdet i regelen.¹⁵⁸

Et direktiv gjennomføres jf. EØS-avtalens artikkel 7 første ledd bokstav b, med et visst handlingsrom for nasjonale myndigheter: «[E]n rettsakt som tilsvare et EØF-direktiv skal overlate til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen». I motsetning til forordninger – der ordlyden i gjennomføringsloven må tilsvare teksten som er utarbeidet av EU – er det altså tilstrekkelig at gjennomføringen av direktivet innfrir *formålet med direktivet*, som medfører et visst handlingsrom for hvordan regelen utformes og plasseres.¹⁵⁹ Dersom regler som tilsvare direktivet foreligger i nasjonal rett, er det tilstrekkelig å *erklære rettsharmoni*. Imidlertid viser rettspraksis fra EU-domstolen at det stilles visse ulovfestede krav.¹⁶⁰ Direktivforpliktelsen kan gjennomføres som lov eller forskrift, men reglene må fremgå *klart av teksten*.¹⁶¹ Hovedvilkåret er at det *fremstår klart* for *borgerne hvilke rettigheter og plikter bestemmelsene medfører*, slik at deres rettsstilling blir forutsigbar. Rettspraksis viser at *gjennomføring i forarbeider* har vært ansett utilstrekkelig med hensyn til klarhetskravet.¹⁶²

157. Rt. 2002 s. 391 (God morgen), De forente saker E-9/07 og E-10/07 (L'Oreal), avsnitt 31, 37. Synspunktet har også støtte i litteraturen, se Sejersted (2009), s. 224, Stenvik (2015), s. 52 flg., Rognstad (2019), s. 50.

158. Rt. 2002 s. 391 (God morgen).

159. Sejersted (2011), s. 231.

160. Sejersted (2011) s. 51.

161. Sejersted (2011), s. 51.

162. Sak C-143/83 (Kommissjonen mot Danmark).

Infosoc-direktivet som sådant ble innlemmet som vedlegg til EØS-avtalen i 2004.¹⁶³ Det ble imidlertid ikke nedfelt noe konkret *om parodier* i endringene av åndsverkloven som ble foretatt i 2005, der gjennomføringen av direktivet ble foretatt.¹⁶⁴ I *forarbeidene* til den nye åndsverkloven av 2018 ble det derimot uttrykt at *en parodi* etter omstendighetene må anses som et *nytt og selvstendig verk*: «Departementet [...] går inn for at den gjeldende rettstilstand videreføres, slik at en parodi etter omstendighetene må anses som et nytt og selvstendig verk.»¹⁶⁵ Da hadde Deckmyn-dommen blitt avsagt i 2013.

Men hva innebærer uttalelsen i forarbeidene? Mener departementet med dette å uttrykke at den *ikke ønsket å innføre unntaket* som EU-retten tilbød gjennom unntaket i Infosoc artikkel 5 tredje ledd bokstav k, eller mener den å konstatere rettsharmoni?¹⁶⁶

I nordisk rettsteori råder ulike oppfatninger av hvordan rettstilstanden med hensyn til parodier er etter Deckmyn-saken.

Ved å legge Deckmyn-saken til grunn for fastleggelsen av innholdet i parodiregelen, mener jeg uttalelsene indirekte underbygger at den EU-rettslige regelen *er gjennomført*.¹⁶⁷

I dansk rettsteori hevdes det at den nordiske regelen må vike for den EU-rettslige.¹⁶⁸ Videre at den EU-rettslige regelen *utvider parodiregelen*, blant annet gjennom at den tillater at parodien har en *utenforstående* som mål for meningsytringen.¹⁶⁹ Videre har man i dansk rettsteori dreiet synet på *hjemmelen for parodiregelen*. Det hevdes nå at den danske parodiregelen snarere representerer *et ulovfestet unntak*, fremfor at parodier kan begrunnes gjennom å være et nytt og selvstendig verk.¹⁷⁰ Med en slik struktur kan veien til å innlemme EU-rettsregelen synes enklere enn etter norsk rett, herunder å fravike den opprinnelige oppfatningen

163. EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 av 9. juli 2004 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett).

164. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s.5.

165. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.

166. Sejersted (2011), s. 201.

167. Rt. 2002, s. 391 (God morgen).

168. Schovsbo (2015), s. 216.

169. Schovsbo (2015), s. 216.

170. Schovsbo (2013), s. 258.

om at parodier ikke krenker opprinnelig opphavers ideelle rettigheter.¹⁷¹ Slik jeg ser det, var det som en naturlig følge av at *parodien var et selvstendig verk* at den ble ansett ikke å krenke opprinnelig opphavers ideelle og økonomiske rettigheter. Dersom parodiregelen oppstilles som et *unntak*, og gjennom uttalelsene i Deckmyn-saken om «legitime interesser»,¹⁷² synes det vanskeligere å utelukke at parodisten kan anses å krenke opprinnelig opphavers ideelle rettigheter.¹⁷³

I svensk rettsteori uttrykker Karin Cederlund usikkerhet på om direktivet og parodiregelen fra EU-retten overhode er gjennomført: «Mot denne backgrund är det högst oklart om Infosoc-direktivet kan anses implementerat i svensk rätt».¹⁷⁴ Hun peker blant annet på kravene i EU-retten til at gjennomføringen må skje på en måte som *gir tilstrekkelig klarhet og sikkerhet*.¹⁷⁵

Rognstad hevder for norsk retts del, og selv om den nordiske parodiregelen har en *annen begrunnelse* enn den EU-rettslige, må den tolkes i samsvar med EU-retten: «Forutsetningen er at man ved denne vurderingen holder seg innenfor rammen av EU-domstolens fortolkning av parodiregelen».¹⁷⁶ Rognstad anfører blant annet *Bettina Z-dommen* som *begrunnelse* for at *parodi som nytt verk* kan opprettholdes selv om man legger et autonomt EU-rettslig parodibegrep til grunn.¹⁷⁷

I den tyske høyesterettsavgjørelsen legges det også til grunn at parodier er å anse som *nye selvstendig verk*.¹⁷⁸ Videre uttales det i dommen at ankedomstolen, som hadde saken til behandling, hadde foretatt *feil lovanvendelse* ved å legge den tradisjonelle tyske regelen til grunn.¹⁷⁹ Den tradisjonelle tyske regelen ga to muligheter for parodier ved bruk av et originalverk: Enten ved at parodien hadde *latt seg inspirere* av et opprinnelig verk og dernest gjengav en *blek utgave* (fadingaway-teorien)

171. Rognstad (2019), s. 176.

172. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 31.

173. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 30.

174. Cederlund (2016), s. 186 flg.

175. Cederlund (2016), s. 188.

176. Rognstad (2019), s. 179.

177. Rognstad (2019), s. 179.

178. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 24.

179. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 24.

av originalverket.¹⁸⁰ Alternativt ved at parodien gjennom sin selvstendige originalitet viste en *indre avstand* til det opprinnelige verket.¹⁸¹ Tysk føderal høyesterett¹⁸² uttalte at så lenge EU-retten ikke hadde tillagt nasjonalstaten kompetanse til å definere begrepet, tillå tolkingskompetansen EU-domstolen. «Parodi» var således et EU-autonomt begrep som måtte tolkes i samsvar med EU-domstolens fastleggelse av det. Dette gjaldt også der parodiunntaket ikke var gjennomført i tysk rett, ble det uttalt.¹⁸³

Selv om tysk rett ikke er direkte relevant for norsk rett, og selv om det er EØS-avtalen og ikke EU-retten som styrer fastleggelsen av Norges forpliktelse, kan det stilles spørsmål ved om ikke dette også må legges til grunn for norsk rett?

Flere argumenter underbygger en slik slutning. Utgangspunktet i tysk rett var *ganske tilsvarende* norsk rett, både med hensyn til at *unntaket* i Infosoc-direktivet *ikke var gjennomført* i tysk rett, og ved at man hadde en *tidligere regel* som var avvikende og som bygget på *selvstendighet* (egen originalitet). *EUs homogenitetsmålsetting* tilsier også at en tilsvarende fortolkning bør legges til grunn etter norsk rett.¹⁸⁴ Homogenitetsmålsettingen fremgår også som en forpliktelse etter EØS-avtalen artikkel 1, jf. artikkel 6.¹⁸⁵ Dette gjelder riktignok bare EU-rettens avgjørelser, men den tyske domstolen legger EU-rettens avgjørelse til grunn for sin slutning, slik at den kan hevdes å *uttrykke EU-rett*. Også norsk teori anerkjenner relevansen av den tyske avgjørelsen.¹⁸⁶ *Presumpsjonsprinsippet*, som den tyske dommen fastslår rekkevidden av, tilsier også at Deckmyn-saken bør få følger for norsk rett.¹⁸⁷ Den tyske dommen representerer en konkretisering av rettstilstanden.

180. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 19.

181. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 19.

182. Bundesgerichtshof (BGH).

183. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 25. I denne uttalelsen støtter dommeren seg på direktevirkningsprinsippet, slik jeg ser det. Det er forskjellig fra i norsk rett. Se nedenfor.

184. Sejersted (2011), s. 224.

185. Rognstad (2019), s. 50.

186. Rognstad (2019), s. 179.

187. Sak E-4/01 (Karlsson). Om presumpsjonsprinsippet, se Rt. 2011 s. 1811 (s. 1830-31).

Det er to grunner til at jeg mener at norsk rett avviker fra tysk og dansk rett. Det ene er at vi ikke har direktevirkning av direktiver i norsk rett.¹⁸⁸ Det andre at gjennomføringsakten av direktivforpliktelsen gjennom de norske forarbeidene er uklar og uhensiktsmessig. Jeg behandler det siste først.

Jeg finner *uttalelsen* i forarbeidene *særdeles uklar*, spesielt i lys av at jeg i det foregående finner at de to parodireglene er forskjellige både med hensyn til struktur og vilkår. Den tyske avgjørelsen viser også at tysk høyesterett mener det er feil lovanvendelse å legge den tradisjonelle regelen til grunn.¹⁸⁹ Gjennom at «klargjøringen» med hensyn til parodiretten, i norsk rett er uttrykt *i forarbeidene*, en rettskilde som er svært utilgjengelig for borgere flest (brukere og andre markedsaktører), er det nærmest umulig å forutberegne ens rettsposisjon og innrette seg etter regelen.

EU-domstolen har uttalt at nasjonale forarbeider er irrelevante med hensyn til vurderingen av om nasjonalstaten oppfyller en direktivforpliktelse eller ikke.¹⁹⁰ En slik lovgivningsform kritiseres også i juridisk teori.¹⁹¹ Når uttalelsen som gis i forarbeidene i tillegg *er uklare*, stiller jeg spørsmål ved *om klarhetskravet ved gjennomføring av EU-rett overhode er oppfylt* eller om vi må slå fast at parodiregelen *ikke er gjennomført* eller *ikke gjennomført korrekt* i norsk rett.

Det at det *ikke foreligger direktevirkning av direktiver i norsk rett*, tilsier at klarhetskravet blir mer fremtredende, slik jeg ser det. Direktevirkningen medfører at direktiver som er tilstrekkelig *klart utformet* og vedtatt med en *gjennomføringsfrist*, vil bli gjeldende overfor borgere i EUs medlemsland fra fristtidspunktet, uansett om den nasjonale gjennomføringen er foretatt eller ikke.¹⁹² Direktevirkning av direktiver gjelder imid-

188. TEU art. 4. EU-retten tilsier at forordninger og direktiver kan gis direktevirkning til fordel for EU-borgere, dersom et direktiv er *egnet til å gi private rettigheter, ikke er gjennomført innen fristen* i medlemslandet eller er *feilimplementert*. Se Sejersted (2011), s. 78 flg.

189. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 24.

190. Sejersted (2011), s. 51 med henvisning til sak C-143/83 (Kommissjonen mot Danmark). Motsatt sak C-478/99 (Kommissjonen mot Sverige).

191. Stenvik (2015), s. 56 og 57, og Sejersted (2011) s. 200.

192. Sejersted (2011), s. 52. Dette gjelder bare rettigheter for borgerne, ikke plikter- altså vertikal regulering.

lertid ikke for Norge som bare har en folkerettsavtale med EU, og ikke har avgitt lovgivningskompetanse til EU (dualistisk modell).¹⁹³ Det medfører, slik jeg ser det, et *strengere krav til selve gjennomføringens tydelighet*.

Reelle hensyn, som at EU gjennom DSM-direktivet¹⁹⁴ uttrykker at også brukernes *lovlige tilgang til åndsverkene* skal respekteres og kommuniseres, tilsier at de ulike aktørenes rettsstilling må *klargjøres og formidles på en tydelig måte*.¹⁹⁵ Av bestemmelsen i DSM fremgår: «Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal i deres vilkår og betingelser informere brugerne om, at de kan anvende værker og andre frembringelser i henhold til undtagelser fra eller innskærnkninger af ophavsret og beslægtede rettigheder, der er fastsat i EU-retten». ¹⁹⁶ Det er å forvente at en del av plattformenes ansvar vil skje gjennom en slags *innebygd opphavsrett*. Gjenkjennelsesteknologi som inkorporeres i plattformene skal sikre at *lovlig gjenbruk* av åndsverk ikke rammes. Dette tilsier et sterkt behov for tydelig regulering av en så sentral og kulturelt forankret uttrykksform som parodi, slik at denne gis klarere føringer for de som skal gjennomføre reguleringen teknologisk og for de som skaper parodiene.¹⁹⁷

På den annen side har EFTA-domstolen slått fast at det gjelder et særegent prinsipp om *EØS-konform fortolkning i EØS-retten*.¹⁹⁸ Prinsippet går ut på at nasjonaldomstolen, så langt som mulig, skal tolke nasjonale bestemmelser på en slik måte at de samsvarer med de EØS-rettslige reglene.¹⁹⁹ Også der en rettakt etter EU-retten ikke er gjennomført eller gjennomført utilstrekkelig. Dersom det foreligger motstrid settes det en grense for anvendelse av prinsippet.²⁰⁰ Dette ville medføre at dersom en sak om parodier hadde kommet opp i norsk rett, ville Høyesterett høyst sannsynlig ha lagt Infosoc-direktivets unntaksbestemmelse til grunn etter linjene fra Deckmyn-saken.

193. Sejersted (2011), s. 237.

194. Digitalmarkedsdirektivet (DSM).

195. DSM artikkel 17 nr. 9 siste ledd.

196. DSM artikkel 17 nr. 9 siste ledd.

197. Hutcheon (2000), s. 1.

198. Sak E-1/... A. premiss 40, 41.

199. Sejersted (2011) s. 208.

200. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger), s. 1829.

I lys av at tysk rett har blitt løftet frem som relevant for denne drøftelsen, kan det at lovgiver i Tyskland for tiden vurderer *å lovfeste parodi-unntaket*, og har kommet frem til et forslag til ordlyd, også anses som støtte for at det er nødvendig med en tydeliggjøring i åndsverkloven for å gjennomføre forpliktelsene korrekt etter EØS-avtalen.²⁰¹

5. Konklusjon

På tross av Høyesteretts praksis med hensyn til prinsippet om direktivkonform fortolkning, mener jeg at parodiunntaket fra EU-retten *ikke er tilstrekkelig klart gjennomført* i norsk rett. Dersom jeg skal konkludere med hensyn til *jakten på parodiregelen i norsk rett* – må jeg konkludere med at *den finnes ikke* – den er forsvunnet.

Grensene for anvendelse av prinsippet om direktivkonform fortolkning går her, etter min vurdering. Hensynet til borgernes *forutberegnelighet og innretning* taler for at *parodiregelen må gjennomføres klarere*. Særlig når ytringsfrihet anføres som begrunnelse for regelen, og forsøket på gjennomføring er gjort på en måte som nærmest er usynlig for dem regelen skal være til fordel for. Jeg finner en viss støtte i uttalelser i retts teorien, som nettopp peker på forutberegnelighetshensynet til markedet: «Spørsmålet om en direktivkonform fortolkning lar seg realisere, vil særlig bero på om man står overfor en ordlyd som lar seg forene med direktivets regel, og på om *hensynene til forutberegnelighet og innrettelse utgjør avgjørende argumenter i motsatt retning*».²⁰² I dette tilfellet mener jeg at hensynet til å skape en forutsigbarhet for aktørene i markedet, tilsier at regelen må gjennomføres klarere for at den skal anses foretatt.

201. Forslaget til endring av tysk åndsverklov (Urheberrechtsgesetz) lyder: «Det er tillatt å mangfoldiggjøre, spre og tilgjengeliggjøre for allmennheten et offentliggjort verk til karikatur-, parodi- og pastisjformål. Retten etter første setning omfatter avbildning eller annen mangfoldiggjøring av det benyttede verket, også når bruken omfatter verk som i seg selv er beskyttet ved opphavsrett eller annen beslektet vernerett» (min oversettelse), se <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=6C8F72119784EFDC640745F7476976AD.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2> (besøkt 8.1.21).

202. Stenvik (2015), s. 111.

Gjennomføringen bør skje gjennom innføring av *unntak til fordel for parodier* i åndsverkloven, for at gjennomføringsakten skal samsvare med de ulovfestede kravene etter EØS-avtalen og etter direktivforpliktelsen. En slik klargjøring kan for eksempel skje samtidig med gjennomføringen av det nye DSM-direktivet.

6. Litteraturliste

Litteratur:

- Alan Hui, *The automated regulation of parodies: concepts, conflicts and challenges of parody detection* (forthcoming).
- Alan Hui (forthcoming), 'Mashup music as expression displaced and expression foregone' (Under review).
- Alan Hui, 'Emerging Frontiers: Platform Regulation of Mashups in and beyond an EU Context', *The present and Future of Music Law* (2021).
- Ragnhild Brøvig-Hanssen, 'Parody in the Age of Remix: Mashup Creativity versus the Takedown' (under review, forthcoming).
- Ragnhild Brøvig-Hanssen & Jones, 'Remiksens retrett? Innvirkningen av plattformers gjenkjennelsesprosedyrer på mashups', *Norsk medietidsskrift*, 3/2020.
- Ragnhild Brøvig-Hanssen & Harkins, *Contextual incongruity and musical congruity: the aesthetics and humour of mash-ups* (Vol. 31, No. 1, Cambridge University Press).
- Ragnhild Brøvig-Hanssen, 'Justin Bieber featuring Slipknot: Consumption as Mode of Production', i *The Oxford Handbook of Music and Virtuality* (Oxford University Press 2016), s. 266-281.
- Silje Borchgrevink Fjellstad, *Den norske parodiregelen i lys av Deckmyn-dommen (C-201/13)* (2016).
- Karin Cederlund, 'Slut på det roliga? Om opphovsrätt och parodier', i *Liber amicorum Jan Rosén* (2016).
- Torstein Eckhoff, *Rettskildelære* (5. utgave, Universitetsforlaget 2001).
- Erik Ficks, 'Om det icke existerande eller harmoniserade parodiundtaget i svensk upphovsrätt', *NIR* 3/2015.
- Ann Harrison & Rigg, *The present and Future of Music Law* (forthcoming 2021)
- Halvard Haukeland Fredriksen, 'Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?', *TJR* 2010, s. 247-287.
- Bernt Hugenholtz, *Has Deckmyn Solved the Conundrum?* (Den norske opphavsrettsforening 2015).

- Linda Hutcheon, *A Theory of Parody: The Teachings of Twentieth-century Art Forms* (University Illinois Press 2000).
- Sabine Jacques, *The parody Exception in copyright law* (Vol. 1, Oxford University Press 2019).
- Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i immaterialret: ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemærkeret* (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1996).
- Ragnar Knoph, *Åndsretten* (Nationaltrykkeriet 1936).
- Jacob Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet – En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser* (Jurist- og økonomiforbundets forlag 2017).
- Halvor Manshaus, 'Jusnytt', *Lov&Data*, nr. 120, 2014.
- Jonas Nordell, 'Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning? Kommentar till NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg)', *NIR* 3/2007, s. 316.
- Ole-Andreas Rognstad & Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett* (3. utgave, Universitetsforlaget 2009).
- Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett* (2. utgave, Universitetsforlaget 2019).
- Eleonora Rosati, 'Just a matter of laugh? Why the CJEU decision in Deckmyn is broader than parody', *Common Market Law Review* 2015, s. 511-530.
- Jan Rosén, 'Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti?', *NIR* 4/1990.
- Søren Sandfeld Jakobsen, 'Brug af parodier i ophavsretlig henseende: Rækkevidden af EU-Domstolens dom i Deckmyn vs Vandersteen', *NIR* 2015/4, s. 421-435.
- Jens Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, *Immaterialret* (3. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2013).
- Jens Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, *Immaterialret* (4. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2015).
- Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett* (3. utgave, Universitetsforlaget 2011).
- Are Stenvik & Arnesen, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2. utgave, Universitetsforlaget 2015).
- Synne Sæther Mæle & Aarli, *Fra lov til rett* (Gyldendal 2017).
- <<https://naob.no/ordbok/parodi>> (besøkt 06.05.2020).

Rettspraksis:

Norsk og nordisk rett:

NIR 1972 s. 185 (Lappo-operaen).

NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga).

NIR 1999 s. 241 (Beefburger).

Rt. 2001 s. 1811 (Finanger I).

Rt. 2002 s. 391 (God Morgen).

NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg).

Rt. 2010 s. 366 (Mauseth).

HR- 2017-2165-A (Aukrust).

NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker).

EFTA- domstolen:

De forente saker E-9/07 og E-10/07 L'Oreal Norge AS og L'Oreal SA v Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS, EFTA 2008 Ct. Rep. 259.

Sak E-1/04 Fokus Bank ASA and The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes), EFTA 2004 Ct. Rep. 11.

Sak E-10/04 Paolo Piazza v Paul Schurte AG, EFTA 2005 Ct. Rep. 76.

Sak E-4/01 Karlsson Karl K. Karlsson hf. V The Icelandic State, EFTA 2002 Ct. Rep. 240.

EU-domstolen:

Sag C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2009:465.

Sag C-145/10 Eva Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others, ECLI:EU:2013:138.

Sag C-201/13 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others, ECLI:EU:C:2014:2132.

Opinion of Advocate General Cruz Villalón i sag C-201/13 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others, ECLI:EU:C2014:458.

Tysk og amerikansk rett:

BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z).

<https://www.nytimes.com/2018/11/08/arts/design/jeff-koons-fait-dhiver-naf-naf-copyright.html> (besøkt 03.11.2020).

Lover /direktiver/konvensjoner:

Lag av 30. Desember 1960 om opphovsrett till litterära och konstnärliga verk.

Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven).

Lov av 20. desember 2018 nr. 120 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (as amended on September 28, 1979).

Infosoc-direktivet, Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet.

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/790 av 17. april 2019 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.

Gesetz vom 9. September 1965 über Urheberrecht und verwandte Schutzrecht (Urheberrechtsgesetz).

Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms ETS No.005.

Traktaten om den Europæiske Union (TEU). Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).

Charter of Fundamental Rights of the European Union 2012/C 326/02.

Forarbeider:

Förslag till lag om upphovsrett till litterära och konstnärliga verk, m.m.; given Stockholms slott den 27 november 1959, (Stockholm, 1960).

Innst.O.nr.XI (1960–1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk. (1961).

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.

Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 av 9. juli 2004 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett).

<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=6C8F72119784EFDC640745F7476976AD.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2> (besøkt 8.1.21).

Do the Right Thing!

Authors' contracts in the 2019 copyright directive

*President of ALAI Italia, Stefania Ercolani, SciencesPo Paris,
former professor of cultural property law*

1. Why Chapter 3 is so important for creators

During the long and winding road towards the approval of the proposal for a directive on Copyright in the Digital Single Market (CDSM Directive), presented by the Commission on 14 September 2016,¹ two Articles have monopolized the attention of all categories of stakeholders and sparked a polarized and often biased debate. The press publishers' new right to remuneration and the amended liability regime for online content sharing service providers (Article 15 and Article 17 of the enacted directive)² have taken the centre stage, both at the European

1. Proposal of the EU Commission COM/2016/0593 final—2016/0280 (COD) OM/2016/0593 final—2016/0280 (COD).

2. Recital 3 highlights one of the objectives of the Directive, i.e., the building of a 'fair marketplace of copyright'; it is easy to see, despite the different subjects, how Articles 15 and 17 and Chapter 3 of the Directive are all aimed at achieving this objective.

and at national level, essentially because of the fierce opposition of digital platforms and their allied organizations.³ On the other hand, scarce attention has been paid by the public to Chapter 3, in the same Title IV of the proposal. In hindsight, this is quite surprising, since the Articles from 18 to 22⁴ contain provisions that can potentially set in stone the landscape of the authors' and artists' protection in Europe and pave the way to more balanced market dynamics in the exploitation of their rights.

Moreover, the rules impact on a much-discussed and socially important economic branch of the business, directly linked to copyright, i.e., the companies and intermediaries gathered under the definition of *cultural and creative industries*⁵ or CCIs. These industries⁶ are partners of

-
3. The debate on these Articles is still very lively, in the context of the transposition processes going on in the Member States and, concerning Article 17, at EU level too, within the Stakeholders' dialogue aimed at issuing guidelines pursuant to the last paragraph of Article 17.
 4. In the initial proposal of the EU Commission COM/2016/0593 final—2016/0280 (COD) OM/2016/0593 final—2016/0280 (COD), the Section was limited to three Articles: Article 14 (Transparency obligation), Article 15 (Contractual adjustment mechanism) and Article 16 (Dispute resolution mechanism), whence the denomination 'Transparency Triangle'.
 5. The historical evolution of this term is explored in O'Connor, Justin The cultural and creative industries: a literature review, <https://eprints.qut.edu.au/43835/1/Literature_review_second_edition.pdf> (accessed January 2021), 'Most definitions of the cultural industries are based around a combination of five main criteria – creativity, intellectual property, symbolic meaning, use value and methods of production.' This approach is strongly criticized in Susan Galloway & Stewart Dunlop, 'A Critique of Definitions of the Cultural and Creative Industries in Public Policy', *International Journal of Cultural Policy*, Vol. 13, No. 1, 2007.
 6. Hendrik van der Pol, (Unesco), 'Key role of cultural and creative industries in the economy': 'Cultural industries relate to the creation, production and commercialisation of the products of human creativity, which are copied and reproduced by industrial processes and worldwide mass distribution. They are often protected by national and international copyright laws. They usually cover printing, publishing and multimedia, audiovisual, phonographic and cinematographic productions, crafts and design. Creative industries encompass a broader range of activities than cultural industries including architecture, advertising, visual and performing arts.'

The proposal for the EU Regulation establishing the Creative Europe programme (2021 to 2027), Article 2(2), contains the following definition: "cultural and creative sectors" means all sectors whose activities are based on cultural values or artistic and other individual or collective creative expressions. The activities may

authors and performers, promoting the production of and contributing to the dissemination of copyright works and materials. At the same time, they are the first to exploit or mediate the exploitation and take part in the accruing revenues.⁷

As rec. 72 reads, authors and performers, as natural persons, ‘need the protection provided for by this Directive to be able to fully benefit from the rights harmonised under Union law’. The title of this work is an invitation and a prompt to the national legislatures to take the occasion offered by the transposition of the CDSM Directive⁸ and ensure that authors and performers stay at the centre of the complex European copyright legal framework.⁹

The CDSM Directive is commonly considered among the main achievements of the European legislature in 2015–2019, and its transposition is expected by rightholders and other categories of stakeholders to be a significant step towards a harmonised modernization of European copyright law.¹⁰ It is considered quite unanimously as a most

include the development, the creation, the production, the dissemination and the preservation of goods and services which embody cultural, artistic or other creative expressions, as well as related functions such as education or management. They will have a potential to generate innovation and jobs in particular from intellectual property. The sectors include architecture, archives, libraries and museums, artistic crafts, audiovisual (including film, television, video games and multimedia), tangible and intangible cultural heritage, design (including fashion design), festivals, music, literature, performing arts, books and publishing, radio, and visual arts; an almost identical definition is contained in previous Regulation (EU) No 1295/2013 implemented in the period 2014–2020.’

7. The study ‘Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive’ was commissioned by the European Parliament in 2017, to examine the initial proposal of the Commission.
8. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.
9. The Copyright Acquis Communautaire is extensive, comprising eleven directives and two regulations, listed at <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-legislation>> (accessed January 2021).
10. It is not possible to give here an overview of the many comments published by scholars, stakeholders’ organizations and opinion makers at large. They have been numerous and detailed and often critical, especially regarding the aforementioned Articles 15 and 17, both in the course of the legislative process and after the coming into force of the Directive.

significant copyright reform, 20 years after the coming into force of Directive 2001/29/EC on certain aspects of copyright and related rights in the Information Society (generally known as the InfoSoc Directive), although it lacks a comprehensive unifying design. As highlighted by its distinct Titles, the directive is devoted mainly to addressing sectorial challenges that have a cross-border dimension, some of which are even very specific or not really relevant.¹¹

It is to be noticed that, while the CDSM Directive focuses in general on the relationship between copyright and technological developments in its title IV, Chapter 3 aims at the harmonisation of the basic principles of the contractual relationship¹² between authors or performers

11. An example of marginal rule is Article 14, whose introduction seems to originate in a judgment of 20 December 2018, of the Bundesgerichtshof. In that case, the German Supreme Court decided in favour of the museum Reiss-Engelhorn against the photographer of public domain works of art and Wikimedia on the basis of Article 72 UrhG, which grants a related right protection to a *merely technical* personal intellectual “achievement” (*persönliche geistige Leistung*), such as a non-original photographic reproduction of a work of art. The decision was criticized on several grounds, in particular for being an obstacle to public access to public domain works.

Another example is Article 16, which addresses the consequences of the CJEU decision of 12 November 2015 in Case C-572/13, *Hewlett Packard v. Reprobel*, the decision which established that ‘Article 5(2)(a) and Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 preclude national legislation, such as that at issue in the main proceedings, which authorises the Member State in question to allocate a part of the fair compensation payable to rightholders to the publishers of works created by authors’. This decision affects the laws of the countries where the exception for private copy and consequent compensation schemes are in place. In April 2016, following the *Reprobel* decision, the Federal Supreme Court held that German publishers are not entitled to half the copyright revenues gathered by the CMO VG Wort (Case 6 U 2492/12, 17 October 2013, [2014] G.R.U.R. 272). Article 16 of the CDSM Directive clarifies that ‘Member States may provide that where an author has transferred or licensed a right to a publisher, such a transfer or licence constitutes a sufficient legal basis for the publisher to be entitled to a share of the compensation for the use of the work made under an exception or limitation to the transferred or licensed right’. See also the IFRRO Statement at <<https://www.ifrro.org/content/ifrro-statement-cjeu-ruling-hp-%E2%80%93-reprobel-case-court-justice-european-union-decision-not-k-0>>.

12. In May 2002, the European Commission commissioned IViR, University of Amsterdam (Lucie Guibault & Berndt Hugenholtz) ‘the Study in the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the EU’. The Report did not recommend the harmonisation of copyright agreements. Nor does the the

and the companies who exploit their rights. None of the directives issued from 1990 onward has touched on copyright transfer contracts other than incidentally and in certain very specific situations.¹³

The CDSM Directive stresses the common condition of artists and authors (for brevity, jointly indicated as ‘creators’ hereafter), despite the differences in the scope of their rights and the relevant contractual practices: with a few exceptions, creators are the weaker party in the contractual relationship for the exploitation of their rights, as noted in recitals 72 and 76 and, in order to reach the objectives of copyright protection, some specific safeguards are needed to enhance their bargaining power.¹⁴

One can assume that the aforementioned Chapter 3 was also inspired by some of the judgments of the European Court of Justice (CJEU), on the principle of the high level of protection to be granted

Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, titled *The Management of Copyright and Related Rights in the Internal Market* (COM (2004) 261 final, Brussels, 16 April 2004) take into consideration the need for harmonisation of contractual rights assignments. On the contrary, some years later, Agnès Lucas-Schloetter argued in favour of the harmonisation, stating that some common rules in copyright transfers are needed to effectively build up the single market, ‘European Copyright Contract Law: A Plea for Harmonisation’, *IIC* 48, 897–899 (2017), <<https://doi.org/10.1007/s40319-017-0646-2>> (accessed January 2021).

13. Previous EU rules for the protection of the weak party are limited to specific situations, such as the obligation to grant an unwaivable equitable right of remuneration to authors and performers after the transfer of their rental rights (Article 8(2) of Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006, previously Directive 92/100/EEC). A few specific rights, including two cases of unwaivable equitable remuneration and a reversion regime for lack of exploitation, are granted to performers (as regards recordings on phonograms) by Directive 2011/77/EU of 27 September 2011, amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights.
14. In the wording of recital 72: ‘Authors and performers tend to be in the weaker contractual position when they grant a licence or transfer their rights, including through their own companies, for the purposes of exploitation in return for remuneration, and those natural persons need the protection provided for by this Directive to be able to fully benefit from the rights harmonised under Union law’. This approach to copyright contracts can be interpreted as a shift toward a more socially oriented attitude, as highlighted by Ananay Aguilar, “‘We want Artists to be Fully and Fairly Paid for their Work’: Discourses on Fairness in the Neoliberal European Copyright Reform”, <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4731>>.

to authors.¹⁵ If this principle is to be effective, there must also be safeguards at the contractual level, because it is less than certain that business practices aim at this result spontaneously. On the contrary, the standard practices often show a substantial imbalance between the creators and the first exploiters of their rights resulting from their differing bargaining powers and the frequent economic dependence of creators in the chain of rights. Said dependence is both cause and effect of the obstacles that creators face in becoming aware of the revenue streams generated by their works and subject matters.

It should be kept in mind too, that the Directive will not be implemented in a vacuum: the effectiveness of its provisions can be enhanced (or weakened) by the general legal framework of the Member State, depending on the rules that apply to contracts in general and on some other requirements specific to copyright that are not taken into consideration by the Directive, e.g. form obligations or mandatory limits to the assignments.¹⁶

After the transposition of the InfoSoc Directive, the copyright laws were revised in all Member States. Some of them also introduced or amended the legal provisions concerning copyright transfers in order to guarantee that the 'high level of protection' would be beneficial to authors and composers as well as to performing artists. Some principles inspiring the rules now enshrined in the directive are clearly discernible

15. Eleonora Rosati lists all the occurrences where the CJEU has made reference to the need to grant or to enforce a high level of protection to authors in its decisions, see *Copyright and the Court of Justice* (Oxford University Press, 2019), p. 41, fn. 10.

16. Apparently, the possibility of complementing or strengthening the basic obligations established in the CDSM Directive was taken into account when other rules were considered, such as the one suggested by the IVIR study in footnote 9 in relation to the scope of transfer: 'Obligations on the scope of transfer—the protective measure with the greatest positive effect on the contractual position and the remuneration of authors relates to the obligation imposed on publishers to specify the scope of transfer of rights (in geographical scope, duration and modes of exploitation) together with the corresponding remuneration. This finding was corroborated by the statistical analysis.'

in the copyright laws of Germany,¹⁷ France, Poland, Belgium,¹⁸ and the Netherlands.¹⁹

It would be illusory, however, to think that mandatory legal rules can produce, by themselves, the conditions to ensure the creators' fair remuneration. It cannot be ignored that the intrinsic features of the copyright market, where there is an oversupply of potential creators, are one and maybe the main cause for the creators' feeble bargaining power. A few successful authors or performing artists can leverage their popularity in order to negotiate favourable contractual clauses; they are, however, a very limited number compared to those engaged in these professions, not least because so many people are willing to work in creative occupations. It is no surprise, therefore, that statistically the earnings of creators are low, often below the minimum wage level, and their status more precarious than in other productive sectors.²⁰

2. Why Chapter 3 is so important for the European Single Market

The rationale of the provisions at issue can be traced back to the InfoSoc Directive of 2001, whose rec. 10 states that 'If authors or per-

-
17. Provisions referring to the right of authors and performing artists to obtain reasonable (*angemessene*) compensation for their works were originally introduced in 2002. Due to digital developments and to rulings of German courts since, the legal framework was modernized in 2017.
 18. Loi du 19 avril 2014 portant insertion du Livre XI, '*Propriété intellectuelle*' dans le *Code de droit économique, et portant insertion des dispositions propres au Livre XI dans les Livres I, XV et XVII du même Code*; Article XI-167 contains the general principles for the authors' rights transfers. In the following Articles, there are specific provisions for certain types of works or categories of rights. Unlike the Directive, the Articles on creators' remuneration do not refer to *revenues* but to *profit*.
 19. The legal relationships of authors and performing artists with publishers and other intermediaries are governed by the Dutch Civil Code ('DCC', Book 3 and Book 6), applicable to the formation, validity and interpretation of contracts, as well as the different remedies available in case of non-performance or breach of contract. The interpretation of contractual clauses takes into account not only the wording of the agreement, but also the intention of the parties and their reasonable expectations.
 20. <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Culture_statistics_-_cultural_employment#Special_focus_on_artists.2C_authors.2C_journalists_and_linguists> (accessed January 2021).

formers are to continue their creative and artistic work, they have to receive an appropriate reward for the use of their work, as must producers in order to be able to finance this work', while rec. 11 stresses that 'A rigorous, effective system for the protection of copyright and related rights is one of the main ways of ensuring that European cultural creativity and production receive the necessary resources and of safeguarding the independence and dignity of artistic creators and performers.' The InfoSoc Directive does not draw any consequence as to copyright contracts from the reference to the independence and dignity of creators, however. It is striking that the first articulation of creators' contractual protection did not appear until the CDSM Directive, which is supposed to create the conditions for a fair copyright marketplace.²¹

In addition to its consistency with the principle of high level of protection, the CDSM harmonisation is compliant with subsidiarity and proportionality principles because of the close connection between the rules at issue and the enhancement of the single market. Quite correctly, the provisions are part of the section on the functioning of the copyright marketplace, an objective also stated in the Communication of December 2015, 'Towards a modern, more European copyright framework'.²²

Since some Member States have already introduced rules for the protection of authors and performers by means of various mandatory clauses in exploitation contracts, the lack of harmonization could easily translate into a hindrance to the Single Market²³ or a barrier to creators working in more than one country.

21. Giulia Priora, 'Catching Sight of a Glimmer of Light: Fair Remuneration and the Emerging Distributive Rationale in the Reform of EU Copyright Law' (1 January 2020). JIPITEC (10)3 (2019) pp. 330–343, <<https://ssrn.com/abstract=3521277>> (accessed January 2021).

22. Communication from the Commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions (COM/2015/0626 final). In particular, the Communication stresses that in order to achieve a well-functioning copyright marketplace: 'Another relevant issue is fair remuneration of authors and performers, who can be particularly affected by differences in bargaining power when licensing or transferring their rights. Mechanisms which stakeholders raise in this context include the regulation of certain contractual practices, unwaivable remuneration rights, collective bargaining and collective management of rights.'

One example may be the divergence in the contractual safeguards of authors in respect of rules applicable in France, Germany and Italy. In France, the Intellectual Property Code (CPI) was amended in 2014,²⁴ but it retained Article 131.4, dating back to the law of 1957, which grants the author's right to a proportional remuneration, meaning that the author must benefit from the success of his work in proportion to the revenues it generates. This rule applies explicitly to the transfers of exploitation modes that are unforeseen or unforeseeable when the contract is signed. When the remuneration is a lump sum, the amount can be revised in case of unforeseeable success of the exploitation, quantified in a disproportion of seven-twelfths compared to what is normal (i.e., what would have been expected in a fair transaction). Current French legislation also provides for several reporting obligations according to the type of the contract.

Currently the French law contains different provisions concerning the remuneration of performers, starting from the distinction between salary and royalties, and most likely the safeguard of Article 131(4) should be extended to performing artists.

In contrast to the French Copyright Law today (2020), the German Copyright Law (*Urheberrechtsgesetz*, or UrhG), extends to artists the safeguard measures provided in favour of authors, *mutatis mutandis*.²⁵

The German law is built on the concept that copyright is non-assignable, but authors can grant a *right of use* (*Nutzungsrecht*) on an exclusive basis or non-exclusive basis. The central principle of the German copyright law is the creators' participation (*Beteiligung*) in the financial outcome of their works and artistic performances, which can also be achieved by means of an agreed chain of licensing agreements.²⁶ The

23. Séverine Dussolier, Caroline Ker, Maria Iglesias, Yolanda Smits, *Study on Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States* (2014), commissioned by the European Parliament's Committee for Legal Affairs: 'Failing a European harmonisation of the legal provisions related to creators' contracts, the matter is left to national laws that are largely diverging, from very detailed provisions to inexistent ones.'

24. Ordinance No. 2014-1348 of 12 November 2014, which came into force 1 December 2014.

25. Article 79(2) phr. 2 UrhG.

26. *Bundesverfassungsgericht* (Constitutional Court) The attribution to the author of the financial outcome of the creative effort stems from the German Constitution, which

possible imbalance of bargaining power of the contracting parties is mitigated, granting creators the entitlement to exploit the work economically on reasonable terms, on the one hand, and limiting the scope of the transfer of rights, on the other hand.

The provisions on the creators' right to obtain reasonable (*angemessene*) compensation for their works were originally introduced in 2002. Due to digital developments and to rulings of German courts since, the legal framework was modernized in 2017.

When the agreed consideration is markedly out of proportion to the proceeds and benefits arising from the exploitation, the creator may request the other party to amend the contract, in order to obtain a remuneration that is appropriate under the circumstances.²⁷ Additionally, Article 41 UrhG also provides for a right of revocation in case of the contractual partner's insufficient exercise of the rights of use.²⁸

Italy is at the opposite end of the spectrum;²⁹ in fact, the Chapter of the Copyright law on the transfer of rights is substantially unchanged since its issuance in 1941, notwithstanding the number of amendments introduced in other parts, in compliance with international commitments and European directives. Apart from the participation assured to creators following the few European rules on the subject, the norms on copyright contracts are designed for publishing agreements in graphic form and for the agreements authorizing public performances, which were the most typical modes of exploitation when the law was enacted.

enshrines the property right among the fundamental rights.

27. Pursuant to Article 32 a (1) UrhG, a significant discrepancy is deemed to exist if the agreed remuneration is half of the remuneration normally considered as equitable.
28. The proposed implementation of the CDSM Directive currently submitted to public consultation foresees the following changes:
 - Article 32 UrhG (adequate remuneration): amended
 - Article 32a UrhG (contract adjustment): amended
 - Article 32b UrhG (mandatory application): amended
 - Article 32d UrhG (transparency obligation for licensees): amended
 - Article 32e UrhG (transparency obligation for sub-licensees): amended
 - Article 32f UrhG (alternative dispute resolution): new
 - Article 32g UrhG (authors' representation): new
 - Article 41 UrhG (right of revocation): amended
29. Mario Fabiani & Vittorio De Sanctis, *I contratti di diritto d'autore* (Giuffrè 2007).

The case law has supplied general principles on the basis of an extensive application of the rules pertaining to the publishing contracts and of a general principle of *favor auctoris* inspired by labour law. Nonetheless, Italy offers an interesting anticipation of the principle of equitable and proportionate remuneration, ensuring to audiovisual authors and to audiovisual performers the right to an unwaivable equitable remuneration to be paid when the work is broadcast or exploited in any way, except theatrical performance.³⁰

These are just examples of some differences existing on the subject matters that should be harmonised by the Directive, without considering the differences that the Directive does not address at all, such as form obligations or limitations to the assignment of future works or new exploitation channels. Moreover, Member States are granted a certain discretion in the transposition, which can make actual harmonisation more problematic than expected.

Due to the wide range of activities carried forward by the CCIs, it is easy to assume that the contractual practices can present a variety of differing clauses. Additionally, Article 18 indicates that Member States can ‘take into account the principle of contractual freedom and a fair balance of rights and interests’, which may be open to divergent interpretations.

In this fragmented landscape, the leading concept (and the goal to achieve) can be summarized very simply in the word *fair*: creators’ fair treatment and remuneration through a fair balance of rights and interests aimed at a fair copyright marketplace.

3. The principles of Chapter 3

Most of the rules of the Directive focus on digital rights exploitation and on transborder offer and access to content, as indicated in its title. The provisions on contractual agreements, however, are not limited to digital uses but apply to all kinds of exploitation. A different approach would conflict with the aim pursued by the harmonisation and would not be reasonable or justified by the wording of the provisions. As to

30. Copyright law n. 633/1941, Article 46-bis concerns the authors’ equitable remuneration and Article 84 the performers’ equitable remuneration, as amended in 1996.

the Single Market approach, as we have seen above, imbalances or inconsistencies in rights assignments can undermine the objective of an EU level playing field in general, and conflict with the basic concept of copyright protection itself.

As a first actual effort to deal with issues related to the distribution of value in the copyright value chain, the harmonisation is welcome for at least two main reasons.

First, it recognizes that the creators are the weaker party in the copyright transfers arrangements, so echoing the *author's right* concept, as it is known in continental Europe, where the main purpose is assumed to be the safeguard, both economic and moral, of the natural persons who are the sources of artistic production. The Directive safeguards extend, therefore, to all forms of rights transfers; creators deserve to be protected since the first rights transfer is usually made in favour of partners that support and promote subsequent exploitation.

Secondly, the new obligations could vary in correspondence to the needs of the various sectors within cultural and creative industries, and the Member States have remarkable discretion in adapting the rules accordingly. If we compare the contractual practices in the book publishing business (the archetypical model of copyright legislation) to broadcasting and audiovisual production, or to visual arts and design, or to the peculiar configuration of music rights management, just to name a few examples, it is easy to realise that some flexibility is needed to enhance different practices and sector-specific contractual arrangements sensibly. A *one-size-fits-all approach* is not reasonably applicable to a group of industries so complex and varied as CCIs. On the other hand, it is also fair to admit that the discretion allowed to Member States creates the risk of contradictory national transpositions and consequent lack of actual harmonisation.

Although in the Copyright Laws of Member States, some limits exist in respect to assignments covering future works or modes of exploitation that were unknown at the time of the grant. There are also examples of limits as to the scope, purpose, term and geographical extent of the exploitation. The CDSM Directive safeguards contractual freedom and prescribes only a few mandatory integrations to creators' agreements. The Directive admits that the creators' protection can be pursued through *new and already existing mechanisms*. In other words, it

seems that, despite the fragmentation of the rules in force in Member States concerning transparency and reporting obligations and best-seller clauses, highlighted for example in Annex 14 to the Impact Assessment, Member States can maintain in their national law provisions that have equivalent effects, provided that they are consistent with the goal of harmonisation. Fully respectful of the subsidiarity principle, the Directive outlines, therefore, only the minimum standard for copyright transfer or licences, while further statutory rules can be maintained or introduced by Member States to assist in the pursuit of an effective protection of creators' economic interests.³¹

Consistent with the legal context and the *acquis Communautaire*, Chapter 3 of Title IV applies to contracts that concern the rights harmonised under Union law (recital 72). It does not affect, therefore, non-harmonised exclusive rights that can have a remarkable economic weight, such as adaptation and translation rights, which may be an issue when invoking the right to contractual adjustment or to revocation. These rights can also affect the dissemination of content among Member States, both online and offline.

4. Exclusions and derogations

Transfers of rights in software are excluded on the basis of Article 23, second paragraph. Moreover, a few exclusions are admissible from the application of the Chapter. Their rationale is found in rec. 72, second sentence, where it is specified: 'That need for protection does not arise where the contractual counterpart acts as an end user and does not exploit the work or performance itself, which could, for instance, be the case in some employment contracts'. It is not clear whether this exclusion should also apply to commissioned works, where there may be an analogy with employment. Since this exclusion is a deviation from the general principle, this interpretation should be rejected. Should the permissible exclusion be extended beyond the express provision, limited to computer programs or works created and performances

31. EU legislation does not affect moral rights, but indirectly the common denominator among all Member States is the adherence of each EU country to the Berne Convention.

rendered under employment contract, such an extension could jeopardize the effective implementation of the rules.

The assignment contract or the transfer of certain rights to collective rights management organizations does not fall within the scope of these Articles. This exclusion is based on several considerations, the most important of which refers to the very stringent and detailed rules that govern the relationships between CMOs and their members in compliance with Directive 2014/26/EU (the CRM Directive).³²

The provisions in Articles 18 and 20 must not be interpreted or applied as an obstacle to licences practices whereby creators choose to give free access to their subject matters in the framework of pre-established conditions. Recital 82 states that nothing in the Directive prevents rightholders 'from authorising the use of their works or other subject matter for free, including through non-exclusive free licences for the benefit of any users', so countering the criticisms of certain stakeholders that have stressed the possible contradiction between the CDSM Directive and Creative Commons or Open-Source Licences. The explicit reference to free non-commercial licences has a precedent in EU copyright in Article 5(3) of the CRM Directive, which obliges Collective Management Organizations to let their members grant direct licences of this type, as an exception to the exclusive mandate or assignment for the management of certain rights.

5. The pivotal role of Article 18

The Commission showed its lack of ambition when, in identifying the measures that could produce more fairness in creators' contracts, they failed to propose any statutory clauses and *ex-ante* measures that could prevent contractual arrangements detrimental to creators, despite various examples of *ex-ante* rules offered by national laws. The Commission's proposal was based on three measures (transparency obligation, contractual adjustment and alternative dispute resolution), all of them aimed at making it possible for creators to balance their weakness.

32. Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market.

However, those measures are actionable only after the coming into force of the exploitation contract.

The rules in the Commission's proposal, on transparency in particular, were expressly intended to improve creators' ability to receive appropriate remuneration from the exploitation of their works, as the Impact Assessment stresses. The introduction of Article 18 during the legislative process³³ can be interpreted, therefore, as a clarification, deemed necessary by the European Parliament when the proposal was submitted to it,³⁴ thanks to the decisive stand of the Juri Committee. At the same time, Article 18 has become the cornerstone of the Chapter, because it states the overall intention and purpose of the provisions and has the added value to be an *ex-ante* measure, introducing a rule that could—at least in theory—have a preventive effect to avoid the imbalance of the contractual relationship. Consequently, it should be the key for the transposition, both in the countries where creators' safeguard mechanisms already exist and in those where the copyright contractual rules must be substantially revised.

All this said, Article 18 may also give rise to uncertainties and even to divergent transpositions, not least because it is not expressly covered by Article 23, which prescribes that contractual clauses not complying with Articles 19, 20 and 21 are unenforceable against creators.

The flexibility allowed in the implementation must not prejudice the consistency with the overarching objective of *appropriate and proportional remuneration*. A reductive interpretation,³⁵ denying Article 18 its

33. The new Article derives from an amendment tabled by the JURI Committee in 2018, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_EN.pdf>.

34. Various authors' and performers' organizations have campaigned actively for the insertion of this Article, e.g., as to performing artists, the Association of European Performers' Organisations (AEPO-ARTIS), the International Federation of Musicians (FIM), The International Federation of Actors (FIA), The International Artists Organisations (IAO), that have launched the 'fair internet coalition'. On the authors' side, the campaign was mainly carried forward by the European association representing audiovisual authors, the Society of Audiovisual Authors.

35. Valeria Falce at <<https://www.filodiritto.com/equa-remunerazione-di-autori-ed-artisti-la-italiana-di-recepimento-dellarticolo-18-della-direttiva-copyright>> (accessed January 2021) sustains that no amendments of the Italian Copyright Law is necessary, reasoning that the principle of Article 18 can be 'absorbed' by the existing norms of the Italian legislation.

function of general principle, would conflict with the purpose of the whole Chapter. The single mechanisms introduced by the Directive are but single measures in the framework outlined by Article 18, and its expansive meaning is a useful guidance for the implementation.

A first general comment concerns the proper meaning of *exploitation contracts*. Apart from Article 22 on revocation right, none of the provisions indicates that the contract should be exclusive; on the contrary, rec. 72 states that the creators' fair remuneration should be ensured when they grant a licence or transfer their rights. The terms *licence* and *transfer*, without any further qualification, point at the widest application to contractual arrangements concerning rights exploitation. This may be deducted, *a contrario*, by the explicit derogations to the general norm provided for or allowed in each Article.

Then, when transposing the CDSM Directive, the phrase *appropriate and proportionate remuneration*³⁶ needs to be put correctly into the context of the national laws, in parallel with the phrase *fair remuneration* in the title, since each of those words can have differing nuances in translation. The term *appropriate* refers to the reasonableness of the remuneration and its adequateness to the exploitation at issue under the given circumstances. A basic function is attributed to the word *proportionate*, which stresses the economic link between the exploitation and the creator's remuneration, as is made more explicit in Article 20.

The term also echoes the case law of the European Court of Justice, which states the preclusion of norms that deny the creators the compensation deriving from private copy exception, either by means of ir-rebuttable transfer presumption³⁷ or by operation of law.³⁸

36. The word *remuneration* is essential, since in some languages, the translation of *remuneration* can overlap with *compensation*, so it is important to remember that they should not be used interchangeably: *remuneration* is expressly used in referring to the exploitation of exclusive rights, whereas *compensation* applies where right-owners are entitled to be compensated for uses made under an exception or limitation, i.e., absent the obligation to obtain their authorization. In the Italian copyright law, the word *compenso* is used in both cases.

37. Judgment of the CJEU, 9 February 2012, case C-277/10, *Luksan v van der Let*.

38. Judgment of the CJEU, 12 November 2015, C-572/13, *Hewlett Packard Belgium v. Reprobel*.

Finally, it should be considered that according to the EU Court, the term *equitable remuneration* is part of the *Acquis Communautaire* and, as an autonomous concept of EU law, it ‘must be interpreted uniformly in all the Member States and applied by each Member State’.³⁹ Moreover, the EU Court has subsequently stated ‘as regards the concept of remuneration, the Court has already held that the need for uniform application of Community law and the principle of equality require that the terms of a provision of Community law which makes no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and scope must normally be given an autonomous and uniform interpretation throughout the Community’, and ‘for the requirements deriving from the unity and coherence of the legal order of the European Union, that concept of remuneration must be interpreted in the light of the rules and principles established by all of the directives on intellectual property, as interpreted by the Court’.⁴⁰ Therefore, it is most likely that the same line of reasoning applies to the phrase *appropriate and proportionate remuneration*, which must be interpreted uniformly in the context of EU legislation and case law on Intellectual Property.

6. Economic value

For the assessment of the appropriateness and proportionality of remuneration, the *actual or potential economic value* of the rights at stake should be taken into account. From the very comprehensive wording we can deduce that this includes direct and indirect revenues (e.g., also revenues from ‘ancillary’ activities and—as expressly stated in Articles 19 and 20—merchandising revenues; there is a question mark on the

39. Decision of 6 February 2003 in Case C-245/00, *SENA v. NOS*. The case is about the interpretation of Article 8(2) of Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, aimed at ‘enabling a proper balance to be achieved between the interests of performing artists and producers in obtaining remuneration for the broadcast of a particular phonogram, and the interests of third parties in being able to broadcast the phonogram on terms that are reasonable.’ (para. 36).

40. Judgment of the CJEU, 30 June 2011, Case C-271/10, *VEWA v. Belgische Staat*.

revenues of the non-harmonised adaptation right). The interpretation appears to balance the interests of all the parties involved; it should be noticed that it can result in a favourable outcome for either of the parties—creator or assignee—because, on the one hand, it allows the creator to be aware of and participate in all revenue streams; on the other hand, it recognizes that all factors must be taken into account in the assessment.⁴¹

The Directive is not pointing out the criteria to assess the *actual or potential* economic value generated by the transferred or licensed rights.⁴² This is partially explained by the need to adapt the principle of appropriate and proportionate remuneration to different sectors, where the industry practices and the interests of the parties vary widely. Some of these differences are taken into account in the single provisions, where it is expressly indicated that the number of the creative contributions and their relative importance (both qualitative and quantitative) can affect the ways in which the transferee must fulfil the obligations.

More substantial uncertainty may arise when determining whether industry standard rates are consistent with the general principle, or if certain established industry practices are apt to guarantee the appropriateness and proportion of the remuneration. There are standard industry clauses that will be of special interest in the application of Article 18 and Article 20; e.g., publishing contracts often contain clauses on royalty advances on multiple books or multiple video games that are cross-collateralized, meaning the advances are recouped by deducting them from the revenues from all the books (or video games, or other works of authorship). Similarly, the traditional record business model assumes the record company and the artist sign a contract in which the company will take ownership of the artist's copyrights in return for the

41. The national cases based on the bestseller clause have shown that the comprehensive assessment does not necessarily favour the creator. Katerina Stechova, 'How to Best "Sell" the "Best-seller" Clause? A review on whether the Contract adjustment mechanism proposed by the EU draft Digital Single Market Directive can secure fair (additional) remuneration for authors and performers'.

42. This same generic indication is found in Article 16(2) of the CRM directive where it is stated that 'Rightholders shall receive appropriate remuneration for the use of their rights. Tariffs for exclusive rights and rights to remuneration shall be reasonable in relation to, inter alia, the economic value of the use of the rights in trade.'

royalty payment to the artist, including or not, royalty advances. The industry financial risk is mitigated thanks to *recoupment* of said royalty advances (the record company recovers its costs by keeping some of the artist's future earnings) and *collateralization* (the record company can recoup its expenses if even just one hit erases all the outstanding costs incurred in connection with that artist).⁴³ In such cases, the creators share the risk with their counterparty by consenting to bear a part of the investment costs by means of future revenues.

It is also specified that a lump sum could also be considered appropriate under the circumstances, although it should not be the rule. It can be assumed, therefore, that depending on the conditions, a combination of a fixed remuneration and a success-related remuneration may also be adequate. In such a case, a higher fixed remuneration or lump sum can compensate for a lower success-related remuneration and vice versa.

7. Transparency

Among the obstacles to fair contractual relationships, the first is the information asymmetry⁴⁴ that typically characterizes the relationship between an author or a performer and her assignee, in particular where the assignee has been granted all exploitation rights. This asymmetry is growing in a more and more interconnected world, and it affects the ac-

43. A practice of this type is the clause that allows the deduction of promotion and advertisement expenses from the royalties paid to performers by the record producer. A standard clause, mainly applied in the US, is the controlled composition clause, which allows the record producer to minimize the payments of mechanical royalties to artists that *control*, wholly or in part, the publishing copyright in the compositions in a certain phonorecord.

44. Impact Assessment, 174–175: ‘Transparency is also affected by the increasing complexity of new modes of online distribution, the variety of intermediaries and the difficulties for the individual creator to measure the actual online exploitation [...] Online distribution is expected to become the main form of exploitation in many content sectors. Transparency is, therefore, even more essential in the online environment to enable creators to assess and better exploit these new opportunities. [...] The main underlying cause of this problem is related to a market failure: there is a natural imbalance in bargaining power in the contractual relationships, favouring the counterparty of the creator, partly due to the existing information asymmetry.’

tual possibility for the creators to engage in contracts with counterparties of other member States, thus turning out to be an indirect barrier to the realization of the Single Market. As more intermediaries join the value chain, the information asymmetry grows proportionally to the complexity, making it more difficult to monitor the exploitation, while, to the contrary, the constantly improving information technology should facilitate creators in obtaining more efficient and more accurate exploitation reports.⁴⁵

Article 19 is very detailed, stating that the transferee must deliver to the creator—regularly and at least annually—all the information on the exploitation. It indicates that information must be *up-to-date*, meaning that the creator shall be allowed to access recent data relevant to the exploitation of the assigned right or rights; *clear*, meaning that the information must be such as to allow the effective assessment of the continued economic value of the rights; *comprehensive*, meaning that it must include all sources of revenues, pertaining to all modes of exploitation and revenues worldwide, among them merchandising revenues, where applicable. For all persons familiar with auditing practices the link is clear enough between these provisions and contractually negotiated audit clauses, but the rule provides the advantage that the essential legal obligation is mandatory. This said, it is also clear that the enforcement can be burdensome and, when the information is not supplied adequately, specialized auditing service may be required.

The transparency obligation applies to the parties to whom creators have licensed or transferred their rights, obviously including the transferee's successors in title. Moreover, Article 19(2) states that the transparency obligation can be enforced in respect of third parties such as

45. In some fields, such as online music services, digital usage reporting is already developed based on record industry metadata. At this stage, however, the availability of a huge and complex mass of information does not necessarily facilitate the creators' access to data and the assessment of the actual and potential value of the exploitation. The fragmentation and granularity of usage data, and their connection to metadata, require the employment of sophisticated analytical tools that can be cost-sustainable only for large catalogues or collective management organizations. Additionally, most systems are proprietary; e.g., the YouTube Content ID system, one of the most advanced identification and information data bases for content usage, is available to creators only at Google's discretion and under certain conditions.

sub-licensees, where necessary, and leaves Member States to define how said third parties should be approached. This should enable adaptation of the implementation to the concrete practices of the copyright market, where long and even opaque chains of rights may hinder the access to information, not least because of the increasing fragmentation of the revenue flows.

In compliance with the principle of proportionality, the provision includes some mitigation, where it exempts the transferee in the event that the supply of information may pose a disproportionate administrative burden or when the contribution of a single creator requiring the information is not significant to the overall work.

Other measures to ensure transparency are possible at a national level, provided that they ensure the same or a higher degree of transparency than the minimum requirements provided for in the Directive.

According to Article 27, the transparency obligation will become effective on 7 June 2022, i.e., one year after the deadline for the implementation of the Directive. The wording leaves room for ambiguity, in that it does not specify whether the transparency obligation is applicable to all agreements *in force* after 7 June 2022 or only to those *signed* after that date. The interpretation most favourable to creators appears to be in line with the objectives and wording of the Chapter, which should mean that the obligation is also enforceable to obtain the information relevant to the transfers of rights executed before the said deadline.

Article 19 must operate in strict compliance with applicable data protection norms, including the GDPR.

8. Contractual adjustment

Contractual adjustment mechanism is the phrase used by the CDSM Directive to enact the rule commonly known as the *bestseller clause*; despite what this suggests, the clause does not refer to the success of the work but to the significant discrepancy between the initial assessment (and remuneration) and the revenues actually produced by the exploitation. That is why, in the Impact Assessment, it is defined as the *better selling clause*. Article 20 prescribes that, when the contractual remuneration turns out to be *disproportionately low* compared to all the subsequent ex-

ploitation revenues, creators are entitled to claim additional remuneration.

The discrepancy can actually depend on the low payment initially agreed upon, especially in the case of long duration transfers, or when new usage opportunities or even new rights arise, unforeseen when the agreement was signed. The creator can exercise her right to an additional remuneration under certain conditions against the first transferee and exclusive licensee (and their successors in title). The adjustment requires an *ex post*, backward-looking assessment and has been criticized by CCIs for its retroactive effects, quite impossible to evaluate in advance.

The 'transparency triangle' in the Commission's proposal included mechanisms for contractual adjustment and for alternative dispute resolution, in addition to the transparency obligation. The three measures are closely connected, and any adjustment right would be practically unenforceable without having access to full information on the exploitation.

Similar rules are in force in several Member States, e.g., Germany, the Netherlands and Poland, but the *better selling clause* has not had broad application and, until now, the recognition of additional fees to the creators have not been frequent.⁴⁶

In respect of the adjustment mechanism in relation to the other rights governed by this Chapter, it is expressly indicated that one must take into account the *specific circumstances of the case*, including the importance of the creators' contribution and the practices in different sectors (recital 78).

It is also easy to forecast that, in parallel with Article 18, the interpretation and application of the clause in line with the *Acquis commun-*

46. A landmark decision is the judgment of the Berlin High Court (*Kammergericht*) in 2016, which awarded dubbing actor Marcus Off an additional compensation for his performance as the German voice of Captain Jack Sparrow in the 'Pirates of the Caribbean' films. The Court argued that there was an evident disproportion between the originally agreed fee of approximately EUR 1,300 to 4,000 per film and the films' reported total gross revenues of approximately EUR 140 million in the German-speaking markets. In its judgment, the Berlin High Court outlined a detailed model for calculating subsequent compensation, which in the case finally amounted to a little less than 0.05 percent of the films' reported gross revenues.

autaire will lead to referrals to the European Court of Justice, concerning the criteria used to define when the remuneration is *disproportionately low* and which *specific circumstances* should be taken into account in the assessment.

9. The individual contract and collective agreements

EU lawmakers are evidently aware of how critical it can be for creators' careers for them to be involved personally in tough negotiations or even controversies with counterparts that are also partners, not least where the concrete implementation of the admissible exclusions and derogations is at stake. This is stated explicitly by Article 22 on dispute resolution mechanism, and the directive also addresses the issue by making reference to collective bargaining agreements and to transfers to entities subject to the rules of the CRM Directive. Through these provisions, the CDSM directive aims at two parallel results. One of these is that the participation of representative organizations may potentially ensure a level playing field for individual creators, and the other is that it offers the industry standardised contractual terms that are negotiated collectively, which helps minimizing, to the benefit of both parties, the transaction costs related to the case-by-case application of Articles 19 and 20.

The Commission's positive attitude⁴⁷ to contracts based on collective bargaining or concluded by entities regulated by the CRM directive is indicated the express provision that the contractual adjustment mechanism is not applicable to such contracts. This exemption is based on the remuneration system typically adopted by collective rights management entities, which distribute to rightowners the royalties they collect according to criteria directly or indirectly connected to the actual exploitation of the rights.⁴⁸ Another reason is the intent to avoid over-

47. Recently the EU Commission has launched an Inception Impact Assessment, to start the public consultation process concerning its initiative to grant the self-employed the possibility of collective bargaining at the national level, so that it would in principle not be impacted by competition law at the EU level. The initiative should cover all self-employed persons, and include creators so far as the negotiation of their fees and working conditions are concerned.

48. Detailed rules governing royalty distribution are in Article 12 of the CRM directive.

regulation, when the same subject is also regulated by the CRM directive. The transfers of rights to collective management entities are subject, therefore, only to Article 18 of the CRM directive, while rec. 77 of CDSM Directive clarifies that *individually negotiated agreements between rightholders and counterparts who act in their own interest* are subject to the transparency obligation of Article 19.

In recognition of the important role played by unions and by collective management entities regulated by the CRM directive, even the right to revocation (Article 22) can be subject to derogations, only when they are based on a collective bargaining agreement.

It depends on the sector and on the national legal and social context whether collective agreements can actually be fair and effective. Opinions diverge on whether collective rights management solutions or labour collective agreements are better suited to address unequal bargaining positions, and ensure a fair range of protections for authors and performers.⁴⁹ They can however constitute a way to regulate on a voluntary basis the implementation of the obligations introduced by the directive, and in addition to potentially facilitating the achievement of creators' fair treatment, such standardization is useful in particular for SMEs.

10. Alternative Dispute Resolution

In a market where a strong imbalance may exist between the positions of the negotiating parties, even those rights ensured mandatorily by law can present adverse effects, when translated into creators' actual conditions and specific circumstances. This reality is the background of recital 79, which reads: 'Authors and performers are often reluctant to enforce their rights against their contractual partners before a court or tribunal.' The enforcement of the transparency obligation, the contractual adjustment mechanism and the revocation right (see the following paragraph) concede the creators a space for the renegotiation of existing contracts, but such requests may expose them to blacklisting or

49. Ted Shapiro, <<https://www.wiggin.co.uk/insight/remuneration-provisions-in-the-dsm-copyright-directive-and-the-audiovisual-industry-in-the-eu-the-elusive-quest-for-fairness/>> (accessed 1 February 2021).

other forms of retaliation. This might be the case for creators who are not particularly successful (i.e., the majority)⁵⁰ or in fields where the offer of intellectual or artistic performances exceeds the demand, as in journalism or TV shows.

Despite all the mitigations allowed at Member States' discretion, the measures provided by this Chapter potentially increase the enforcement power of creators, but other concrete conditions may be necessary to achieve a redistribution of revenues or change in favour of the creator in respect of the agreed remuneration.⁵¹ A tool envisaged by the CSMD Directive is the introduction of Alternative Dispute Resolution mechanisms (ADR) empowered to decide, upon request of creators and their representatives, about the compliance with the transparency obligation and the adjustment of the contractual conditions.

This is not the first case where a directive suggests or prescribes that Member States should introduce a body in charge of ADR for copyright disputes. A close precedent is found in the CRM Directive, whose Article 34 prescribes that an ADR procedure should be available to solve disputes involving a Collective Management Organization, on the one hand, and on the other, a rightholder or another CMO. Moreover, Article 35 requires the introduction of independent, impartial and effective 'dispute resolution procedures, via bodies possessing expertise in intellectual property law or via courts, suitable for settling commercial disputes between collective management organisations and users on existing or proposed licensing conditions or on a breach of contract'.

50. Sectors such as entertainment and sport, strongly focused on star talents, can be described as the-winner-takes-all markets. Against the expectations when online content-sharing platforms were launched, 'the blockbuster strategy's continuing importance to the success of entertainment companies is made abundantly clear by the enormous amounts of data that online channels generate', Anita Elberse, *Blockbusters: Hit-making, Risk-taking, and the Big Business of Entertainment* (Henry Holt Pub. 2013), p. 11.

51. As to 'The distributive rationale in the Copyright in the Digital Single Market Directive', see Giulia Priora, 'Catching sight of a glimmer of light: Fair remuneration and the emerging distributive rationale in the reform of EU copyright law'. 10 (2020) *JIPITEC* 330 para 1, <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-3-2019/5043/#ftn.N1046F>> (accessed 10 January 2021).

Article 22 of the CDSM directive is favourable towards extrajudicial procedures, entrusted to impartial and independent bodies that can offer a more rapid, efficient and cost-sustainable tool to the weaker party in a contractual relationship.⁵² The attention to the cost of the enforcement is visible also in the norm that leaves flexibility in charging the costs of the ADR proceeding.

Another advantage of ADR is the confidentiality of the procedure and results, which makes a difference as far as the reputational challenge is concerned; moreover, creators are allowed to be assisted by representatives such as unions or similar organizations that should protect the identity of the represented authors and performers for as long as possible. The representation implies that—while supporting a creator's request for contractual adjustment—the designated representatives should also be able to take into account 'the interests of other authors or performers where relevant' (rec. 78).

The availability of an alternative dispute resolution procedure neither excludes nor prejudices the right of the parties to assert and defend their rights by bringing an action before a court.

11. Revocation

As it is usually stressed, copyright aims at ensuring both the remuneration of creators and the distribution of creative works and subject matters, based on the assumption that the exploitation of the work also coincides with public interest objectives such as freedom of expression, pluralism and cultural diversity. The intent to eliminate causes that may hinder the dissemination of works has resulted in the rules concerning orphan works.⁵³ This concern is also the main justification for the new

52. See also Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR).

53. Directive 2012/28/EU of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, allowing the digitization and making available to the public of print and audiovisual 'orphan' works by publicly accessible libraries, educational establishments and museums, as well as archives, film or audio heritage institutions and public-service broadcasting organisations.

exception or limitation ruled by Articles 8–11 of the CDSM Directive concerning out of commerce works.⁵⁴

Article 22 provides that authors may choose to revoke the licence as a whole or simply terminate the exclusivity of the contract in situations where the work or subject matter is not being exploited. In general, the provisions are inspired by the concern that the dissemination may be blocked not only by the practical impossibility of contacting the rightholder, as in the provisions on orphan works, but by the lack of interest of the transferee or assignee in the further exploitation of the work, as may be the case for out-of-print books. That could also be the case if the rightholder's assignee has gone bankrupt. As a remedy for these not-so-unlikely situations, the majority of EU copyright laws contain Articles inspired by the 'Use-it-or-lose-it' principle, granting authors the right to be re-assigned the transferred rights⁵⁵ in the event that the exploitation ceases for a certain period of time. This right of revocation is a safeguard for the creators' economic interests, but it also coincides with the public interest in the dissemination of and access to works. Digital technology offers unprecedented occasions to ensure access to works, but it is far from certain that online availability can constitute an appreciable exploitation, so it is likely that what should be deemed a *lack of exploitation*, that justifies the revocation, can be quite controversial.

Member States offer a wide range of solutions⁵⁶ as to the scope of the right and the conditions for the revocation. Termination is only one of the options offered by the existing reversion provisions. Others in-

54. Tatiana Synodou, 'The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off?' *Kluwer Copyright Blog*, 29 July-August 2020.

55. The revocation for non-exploitation is quite evidently opposite to the withdrawal right based on moral right (so called *droit de repentir*) regulated, e.g., by the French and the Italian Laws, that the person exercising moral rights (the creator or her legally determined heir) can activate in the event that the assigned work no longer corresponds to author's opinions or artistic beliefs; the withdrawal is normally allowed by giving proper notice and paying a compensation to the assignee.

56. For an up-to-date overview of the rules on this right in Member States, before the approval of the CDSM directive, see Ula Furgal, *Reversion rights in the European Union Member States* (2020, November 19), <<http://doi.org/10.5281/zenodo.4281035>> (accessed January 2021).

clude the change of exclusive into non-exclusive assignments and an authorisation to perform acts otherwise reserved to other parties.

Article 22 and recital 80 concede flexibility concerning the time-frame for the exercise of the right, the applicable procedure and the treatment of works or other subject matters containing contributions of a plurality of authors or performers. It is unlikely, therefore, that the revocation right will be fully harmonised, but—as a result of the transposition—this right shall be extended at least to all types of works and artistic performances,⁵⁷ and shall apply to all categories of rights. The right is mitigated by the discretion left to Member States to take into account specificities of different sectors/works and the possibility of excluding works that have multiple contributions.

The factor that determines whether the revocation is legitimate is twofold: the lack of exploitation of the assignee, to whom the creator must notify her intention to regain control of her rights, provided that a reasonable period of time has elapsed, and the fact that said lack of exploitation does not depend on causes that the creator is reasonably expected to eliminate or solve herself.

This EU revocation right has no similarities with the *reversion right* regulated by paragraph 203 of US Copyright Law,⁵⁸ according to which the author has an unwaivable right to terminate the assignment after 35 years, serving previous notice to the assignee.

As mentioned, the contractual derogations to the revocation right are enforceable only if based on a collective bargaining agreement.

57. The only precedent in EU law is Article 3(2a) Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights, concerning the performer's right to get back the rights assigned to a phonogram producer after 50 years, in case of non-exploitation.

58. Reversion right is regulated under Section 203 of the U.S. Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. ('Termination of transfers and licenses granted by the author'). In other copyright regime countries, such as Australia and the UK, no statutory 'reversion' right is granted: Joshua Yuvaraj & Rebecca Giblin, *Are Contracts Enough? An Empirical Study of Author Rights in Australian Publishing Agreements*, *Melbourne University Law Review*, Vol. 44, No. 1, 2020, <<https://ssrn.com/abstract=3541350>> (accessed January 2021).

12. National treatment,⁵⁹ applicable law

The application of the new mandatory rules on copyright contracts may raise a number of international private law issues. The first issue that comes to mind is specific to copyright and is commonly referred to as *national treatment*. According to the principle of *national treatment* works originating in one of the States signatories of the Berne Convention (that is, works the author of which is a national of such a State or works first published in such a State) must enjoy the same protection in each of the other Contracting States as the latter grants to the works of its own nationals.

The basic rule is found in Article 5(3) of the Berne Convention,⁶⁰ which should be read in conjunction with the previous para. (2) that states: ‘[...] the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed’. A distinction exists, however, as to the application of national law concerning fundamental issues (e.g., creation, authorship and first ownership, content and term of protection) and issues relating to the exercise of the rights under the contract. It can be argued that the new protections under Articles 18–22 concern the exercise of rights and, therefore, non-EU creators do not have standing to assert them on the basis national treatment rules under international copyright and related rights treaties.

As to performing artists, the principle of national treatment is enshrined in Article 4 of the Rome Convention⁶¹ as reiterated in Article 4

59. See Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Related Rights* (2nd ed., Oxford: Oxford University Press 2006), para.6.99 (on national treatment more generally see paras 6.93 and 6.95); Mihály Ficsor, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms* (WIPO, 2004), para. BC5.11.

60. Article 5(3): ‘Protection in the country of origin is governed by domestic law. However, when the author is not a national of the country of origin of the work for which he is protected under this Convention, he shall enjoy in that country the same rights as national authors.’

61. The International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations concluded in Rome on 26 October 1961.

of the WPPT.⁶² For performers' related rights as well, the obligation to apply the national treatment concerns the exclusive rights and the right to equitable remuneration specifically granted in the WPPT, subject to the reservations permitted by Article 15(3) of the same Treaty.⁶³ As in the case of the Berne Convention, it is assumed that the national treatment does not apply to the exercise of the rights and therefore the contractual protections granted by the directive are not automatically applicable by virtue of the international conventions and treaties.

The second issue pertains to the mandatory character of the rules, in conjunction with the general principle of freedom of contracts. Transfer contracts can include the indication of the applicable law agreed between the parties, and the freedom of choice is also ensured by instruments such as European Regulation 593/2008/EC of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations ('the Rome I Regulation'), covering all contracts that were entered into from 17 December 2009. The applicable law governs the parties' contractual obligations, including questions of material validity (Article 10(1)), interpretation (Article 12(1)(a)) and performance (Article 12(1)(b)).

In the globalized market of cultural and entertainment products, choice of applicable law can affect the effectiveness of the safeguards introduced by the Directive. If we take into consideration the differences in the field of copyright between the major markets for CCIs, currently the US and the EU, with respect to, e.g., the attribution of authorship and the participation of the creators in the rights exploitation, we can see the risk that the new norms are circumvented through

62. World Intellectual Property Organisation ('WIPO') Performances and Phonograms Treaty ('the WPPT'), adopted on 20 December 1996 in Geneva and approved on behalf of the European Community by Council Decision 2000/278/EC.

63. See Judgment of September 8, 2020, Case C-265/19, *Recorded Artists Actors Performers Ltd v. Phonographic Performance (Ireland) Ltd*, concerning the interpretation of Article 8 of Directive 2006/115/EC, (2) read in conjunction with Articles 4 and 15 of the WPPT. The competence of EU Member States to introduce or maintain said reservations is precluded because the European Union has the exclusive external competence referred to in Article 3(2) TFEU for the purpose of negotiating new reciprocal commitments with third States, within the framework of the WPPT or outside it. Limitations (to be notified to WIPO) may be introduced by the EU legislature, provided that they comply with the requirements of Article 52(1) of the EU Charter of Fundamental Rights.

contractual options imposed on the weaker parties. As to the three explicitly mandatory clauses (transparency, contractual adjustment and alternative dispute resolution), recital 81 points out that Article 3(4) of Regulation (EC) No 593/2008 (*Applicable law in the absence of choice*) applies.⁶⁴ It is arguable, however, that this is sufficient to prevent creators' being forced to waive their contractual rights by means of applicable non-EU member law, e.g. in the case of audiovisual productions.⁶⁵

The aforementioned Rome I Regulation has two mandatory rules which could be invoked in order to avoid said circumvention. Article 3(3) provides that: 'Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of the other country which cannot be derogated from by agreement.' This could not be the case for contracts that have a global scope. A more decisive effect can derive from the national qualification of the mandatory provisions, provided that they are deemed to fall within the scope of Article 9(3) of Rome I Regulation, which provides that: 'Effect may be given to the overriding mandatory provisions⁶⁶ of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful.'

For CCIs that operate across multiple jurisdictions within and outside of the EU, there is an urgent need to put into place structures and

64. 'Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply'.

65. The US copyright regime does consider the producer as the original 'author' of the film and qualifies all the creative contributions to its realization as works made for hire; in many cases, the buyout of all rights by the creators is common practice. Should the US law be an option acceptable in clauses concerning the law applicable to the contract, most of the provisions of Chapter 3 could be circumvented quite comfortably.

66. Overriding mandatory provisions are defined in Article 9(1) as 'provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract.'

procedures to ensure compliance with the new rules and finally, despite all discretion allowed to Member States in the implementation, the actual compliance will depend on the admissible choice of the applicable law.

Half-Opened “Umbrella”— Interpretation problems of Article 8 of the WCT

*Member Mihály Ficsor, Hungarian Copyright Council,
former Assistant Director General of WIPO*

1. Introduction

Jørgen Blomqvist joined WIPO in 1992, the year in which Henry Olson began his retirement years (retirement from WIPO, not from the copyright world). In that same year, the legendary Director General Arpad Bogsch honored me by appointing me as Henry’s successor, promoting me to the rank of Assistant Director General of the copyright sector. At that time, the TRIPS negotiations entered into a promising stage, allowing us to accelerate the preparatory work of what later became the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). I told Dr. Bogsch that to achieve this I had to strengthen the copyright sector. My key candidate was Jørgen, whom I knew from various CISAC events in which he played an active role as Deputy Director General of KODA, the Danish authors’ society. Dr. Bogsch only knew him very superficially as a representative of CISAC at certain WIPO meetings; thus he asked me: “Are you sure that

he is the right candidate?” “Yes, I am,” I responded firmly, and the six years during which we worked together until my retirement (as with Henry, from WIPO only) at the end of 1998 proved that he was definitely the right one.

It was during that period that the acceleration of the preparation and the adoption of the two Treaties took place, and we began the campaign to promote ratification and accession thereof. Jukka Liedes and I—he as the Chairman of the preparatory committees and Main Committee I of the Diplomatic Conference, and I as the no 1 responsible for the preparatory work on behalf of the WIPO Secretariat—were in the limelight, but the success of the adoption of the two “Internet Treaties” could not have been achieved without Jørgen’s decisive “back office” work.¹

Thus, it may not come as a surprise that I have chosen a topic related to the two Treaties, namely the interpretation and implementation of the provisions on the right of making available to the public, which have been included on the basis of the “umbrella solution” worked out by the WIPO Secretariat, to which, of course, Jørgen also contributed.

2. Emergence of the “umbrella solution,” and its distorted application in Article 8 of the WCT

In the course of the preparatory work on the WCT and the WPPT, there was a broad agreement among the experts and government delegations that the inclusion of works into, and transmission through, the

1. In the book published last year on the occasion of the 50th anniversary of the establishment of WIPO, I wrote about this in this way: “Jukka Liedes played a decisive role in the preparation and adoption of the Treaties. In the Committee meetings chaired by him, in the regional consultations (two meetings in each of the three big regions of developing countries), at the sessions of Main Committee I of which he was the Chairman too, and in the decisive informal consultations, we participated side-by-side, mutually supporting each other, like siamese twins. Since I had to be on the podium all the time at the various sessions and to attend informal consultations, we could not have succeeded without the hard work of the Copyright Law Division led by Director Jørgen Blomqvist who did a heroic job.” (Mihály Ficsor, “WIPO: inside and outside of the tent”, in Sam Ricketson (ed.), *Research Book on the World Intellectual Property Organization – The First 50 Years and Beyond* (Edward Elgar Publishing 2020), p. 82.

Internet should be subjected to an exclusive right of authorization. There was also quite a general wish to try to apply existing norms (on the basis of which established practices had emerged and long-term contractual relations had been based). However, when the existing rights were reviewed, it was seen that digital interactive transmissions blurred the borderline between the two traditional groups of rights: copy-related rights and non-copy-related rights.²

Making works available online for interactive use confused the distinction between these two groups of rights in two respects. First, it became possible to make a work available through the Internet with DRM (digital rights management) support, thereby only allowing members of the public access if they were to fulfill certain conditions. Thus, the actual uses of a work—depending on what was allowed under what conditions by the DRM system—were not necessarily determined at the moment when the work was made available and solely by the person or entity who or which was carrying out the act of making it available. It was a given member of the public, who, through a virtual negotiation with the system, was to obtain access to and the possibility of using the work, and who was to choose whether the use would be deferred (by downloading a more than transient copy) or direct (by streaming only, in order to study a database, watch a film, or listen to music). Second, with making available and subsequently transmitting works, hybrid forms of uses had emerged which did not respect the pre-established distinction between copy-related and non-copy-related rights (when a copy was obtained—downloaded—it was also through transmission of electronic impulses, and, when protected material was streamed, certain temporary copies were also made).

2. *Copy-related rights* (in addition to the basic right of reproduction) refers to the right of distribution, the right of rental or the right of public lending (where recognized) to cover acts by means of which copies are made available to the public; typically for “deferred” use, since the act of making available and the perception (studying, watching, listening to) of the signs, images and sounds in which a work is expressed or a sound recording (that is, the actual “use”) by the members of the public differ in time. *Non-copy-related rights* (such as the right of public performance, the right of broadcasting, the right of communication to the public by wire), on the other hand, covers acts through which works or objects of related rights are made available for direct—that is, not “deferred”—use (perceiving, studying, watching, listening to) by the members of the public.

In respect of which rights might be applied, the key negotiating delegations did not find themselves necessarily on the same side of the copy-related rights/non copy-related rights border. Two major trends emerged: first, trying to base the solution on the right of distribution and, second, basing the solution on broadly construing the application of the public right of communication. It was not merely on some theoretical bases that a given country favored one or the other option. The positions depended, to a great extent, on the existing national laws (which rights, for whom, and to what extent they were granted), on the established practices, on the position of the “reliance parties” based on those laws and practices, and, as a consequence, on the related national interests.

When it became clear that the international copyright community was faced with two basic options—the application of the right of distribution or the application of the right of communication to the public (and, of course, with the further possibility of combining these options somehow)—it was soon recognized that the adoption of those options would not lead easily to a simple decision from which the rest could be arranged automatically.

The negotiating parties did not agree on the legal characterization of the acts of making available works online, and this led to a deadlock in the preparatory work. In order to eliminate the problem, the WIPO Secretariat worked out a compromise solution which included the following elements: (i) the act of interactive making available to the public should be described as such in a neutral way, free from a specific legal characterization (for example, as making available a work to the public by wire or by wireless means, for access by members of the public); (ii) such a description should not be technology-specific and, at the same time, it should express the interactive nature of digital transmissions in the sense that it should go along with a clarification that a work is to be considered as having been made available “to the public” when the members of the public may access it at a time and at a place freely chosen by them; (iii) in respect of the legal characterization of the exclusive right—that is, the actual choice of the right or rights to be applied—sufficient freedom should be left to national legislation; and (iv) the gaps in the Berne Convention in the coverage of the relevant

rights—the rights of communication to the public and distribution—should be eliminated.

The solution thus outlined—which was referred to as the “umbrella solution”—was offered by the WIPO Secretariat to the key negotiating countries, and they received it with relief as a possible basis for removing the deadlock. The group of industrialized countries—called the “Stockholm Group”—agreed that the solution would be presented by the delegation of the European Communities, and that it would be supported by the other members of the group. When this took place, it was also discussed and accepted at the regional consultation meetings organized by WIPO in the three major regions of developing countries (Africa, Asia and the Pacific, and Latin America and the Caribbean), and it was adopted by consensus at the 1996 meeting of the Diplomatic Conference as provided in Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT (Much later, in 2012, it was also included in Article 10 of the Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BAPT)). The adopted text refers to the “exclusive right of authorizing [...] the making available to the public of [...] works/performances fixed in phonograms/phonograms/performances fixed in audiovisual fixations, by wire or wireless means,³ in such a way that the members of the may access them from a place and at a time individually chosen by them.”

Had the Stockholm Group proposed the original “umbrella solution” worked out by the WIPO Secretariat, there would be fewer problems of interpretation. However, in the proposal submitted by the European Communities on behalf of the Group for what became later Article 8 of the WCT, the “umbrella” was open only halfway: the solution was applied in a strange manner. The countries which preferred the right of communication to the public as a general option seemed to be more numerous; therefore, first, the right of communication to the public was extended to all categories of works in Article 8 and, then, it was “clarified” that the broadly construed right also covers the acts of interactive making available to the public:

3. In the case of Article 8, the words “by wire or wireless means” appear earlier in the text in the part of the provision on a broadly construed right of communication to the public.

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis (1)(i) and (ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

However, in a second step, as also agreed by the negotiating delegations (basically those in the Stockholm Group), when the draft provision was discussed in Main Committee I, the U.S. delegation (which was more in favor of characterizing the acts of making available to the public as an act of distribution, but without the effect of exhaustion of the right when applied) stated the understanding—and, as promised, no delegation opposed the statement—that the Contracting Parties are also free to implement the obligation to grant exclusive right to authorize acts of making available to the public through the application of a right other than the right of communication to the public or through the combination of different rights, as long as the acts of interactive making available to the public are fully covered by the right or rights applied (with appropriate exceptions).⁴ By the “other” right, first of all, the right of distribution was meant.

The U.S. statement on the possible alternative ways of implementing Article 8 was valid not only because it was not opposed by any delegation at the Diplomatic Conference, but also—and more importantly—because it was in accordance with an age-old practice followed by the member countries in the application of the rights granted by the Berne Convention (a practice whose compatibility with the Convention had never been questioned); namely, that the legal characterization of a right may differ from the way it is characterized in the Convention. For example, in certain countries the concept of “performing rights” covers not only those acts which are mentioned in the provisions of the Berne Convention as public performances of works, but also the right of broadcasting and the right of communication to the public which, un-

4. See *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions – Geneva 1996*, WIPO publication 348 (E), 1999 (hereinafter: *Records of the 1996 WIPO Diplomatic Conference*), p 675.

der the Berne Convention, are separate rights. In other countries, the right of communication to the public is a general right covering all three categories of the rights mentioned. In still other countries, it is the right of broadcasting which also extends to communication to the public by wire. With the “umbrella solution,” the differing legal characterizations were to involve the crossing of the border between copy-related rights and non-copy-related rights—which was the consequence of the fact that, with digital interactive making available of works, hybrid acts had emerged.

However, it is important to underline again that the freedom of the differing legal characterizations of acts to be covered by the rights under the treaties is limited by the basic principle that the obligations to grant a minimum level of protection, in respect of the acts concerned, must be duly respected.⁵

5. The WIPO Glossary defines “the principle of *relative* freedom of legal characterization of acts and rights” in this way (Emphasis added; emphasis in the following quotation appears in the original text):

1. It is a broadly applied practice in national legislation to use terms other than those appearing in the *international norms on copyright and related rights* concerning certain acts covered by such rights, and consequently by the rights themselves; that is, to characterize the acts and rights concerned in a way different from the way they are characterized legally in the said international norms. For example, several countries grant a “*right of public performance*” in a way that it covers more or less all *non-copy-related* rights (in particular, also the *right of broadcasting* and the *right of communication to the public by cable (wire)*, which, in the *Berne Convention* are construed as separate rights), or it is also frequent in national laws that a broader *right of broadcasting* is provided which also covers the *right of communication to the public by cable (wire)*, a separate right under the *Berne Convention*.

2. Such a practice is accepted and regarded as legitimate, provided that the level of protection granted by the legislation of the given country, in spite of the differing legal characterization of the acts and rights concerned, corresponds to the minimum level of protection prescribed by the relevant *international norms on copyright and related rights* (such as in respect of the nature of the rights – whether *exclusive rights of authorization* or a mere right to *remuneration* – or the scope of *exceptions to and limitations* on them). For example, if the concept of *broadcasting* is extended also to *communication to the public* and even to (interactive) *making available to the public*, this does not authorize the legislators of the country concerned to extend the *limitations* allowed in Article 11bis(2) of the *Berne Convention* (*non-voluntary licenses or obligatory collective management*) beyond the scope of the *right of broadcasting* determined in the *Berne Convention* (in its Article 11bis(1)[...] (Mihály Ficsor: “*Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copy-*

Concerning the right of distribution, the WCT has also eliminated the gaps existing in the Berne Convention. Article 6(1) of the WCT provides for an exclusive right to authorize the making available to the public of originals and copies of works through sale or other transfer of ownership, that is, an exclusive right of distribution. The agreed statement added to Articles 6 and 7 (on the rights of distribution and rental)—according to which “as used in these Articles, the expressions ‘copies’ and ‘original and copies’ being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects”—does not contradict the applicability of the right of distribution for digital, interactive transmissions in the framework of the “umbrella solution.” It is possible to characterize the acts of making available of works to the public for downloading, but the principle of *relative* freedom of legal characterization of acts and rights provided in the treaties requires that, since the exhaustion effect of the exercise of the right of distribution only applies, under Article 6 of the WCT to *tangible* copies, the exhaustion effect cannot be extended to acts of interactive making available of digital—that is, intangible—copies under Article 8. No online digital exhaustion is allowed under the WIPO Treaties.

3. Erroneous theories according to which, for an act of making available the public to take place, the making available of a work to the public is not sufficient

The term “making *available* to the public” (emphasis added) appearing in Article 8 of the WCT, Articles 10 and 14 of the WPPT and Article 10 of the BTAP, can hardly be interpreted—in accordance with Articles 31 and 32 of the Vienna Treaties Convention⁶—in any way other than that, as soon as a work is uploaded to the Internet and thus *becomes available* to the members of the public to access it from a place and a time indi-

right and Related Rights Terms”, WIPO publication, 2003, p. 294.

6. See Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and, in particular, Article 31(1) under which “[a] treaty shall be interpreted *in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty* in their context and in the light of its object and purpose.” (Emphasis added.)

vidually chosen by them, *the act of making available to the public has already taken place.*

The treaty provisions are clear in this sense; thus, there is no need for its confirmation by the “preparatory work⁷.” Nevertheless, the “preparatory work” does confirm this meaning of “making available to the public” in a way that leaves no room for doubts. The documents of the 1996 Diplomatic Conference make it clear that there was consensus among the delegations on this issue. When the delegation of the European Communities proposed—at the session of the preparatory committees before the Diplomatic Conference—the text which, with minor wording differences, was the same as what was adopted later as the provision of Article 8 of the WCT, it had already clarified this:

[U]nder the proposal, for the completion of the act of communication to the public, *it would not be required that an actual transmission takes place*; for this, the mere making available of works to the public (for example, the uploading a work to a bulletin board) for subsequent transmission would be sufficient.⁸ (Emphasis added.)

More importantly, the notes added to Article 10 in the Basic Proposal—what became Article 8 of the WCT with the same text—stated this clearly, too: “The relevant act is the making available of the work by providing access to it. *What counts is the initial act of making the work available.*”⁹ (Emphasis added.) This is so in the same way as in the case of the exclusive right of distribution which, under Article 6 of the WCT and Articles 8 and 12 of the WPPT applies for “making *available* to the public” of copies (emphasis added). The act of distribution takes place as soon as copies are made available; it is not a further condition that

7. In the sense it is provided in Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: “*Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:—leaves the meaning ambiguous or obscure; or—leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.*” (Emphasis added.)

8. WIPO document BPC/CE/VII/4-INR/CE/VI/4, p. 4.

9. *Records of the 1996 WIPO Diplomatic Conference*, p. 204.

the members of the public buy the copies—even if they usually do, of course.

From the standpoint of the concept of making available to the public, practically the same applies as regards the concept of publication. Under Article 3(3) of the Berne Convention, a work is published if “the *availability* of [...] copies has been such as to satisfy the reasonable requirement of the public.” (Emphasis added.)

The present author has characterized the two elements of the concept (making available and its accomplishment by interactive transmission) in the WIPO Guide to the WCT and the WPPT in this way:

[U]nder Article 8 of the WCT and Article 3(1) of the Information Society Directive, *the act of 'communication to the public' in the form of "making available" is completed by merely making a work available for on-demand transmission.* If then the work is actually transmitted in that way, it does not mean that two acts are carried out: “making available” and “communication to the public”¹⁰. The entire act thus carried out will be regarded as communication to the public. Of course, it is not irrelevant from the point of view of legal consequences whether or not on-demand transmissions for which the work is made available are actually carried out and how many times, in which way and with what consequences. It is very relevant, for example, for the calculation of damages.”¹¹ [Emphasis added.]

Although, from the clear meaning of the text of Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT (as well as that of Article 10 of the BTAP)—further confirmed by the “preparatory work” of the provisions—no other reasonable interpretation may be adopted than that an act of interactive making *available* to the public already takes place when a work is made *available* to the public for access, certain theories were presented according to which this is not the case: that mere making

10. “Communication to the public” in the sense that it covers not only interactive streaming, but also transmissions for downloading (that is, certain acts taking the form of making available copies and, in that sense, similar to acts of distribution – but still qualifying as acts of making available to the public, because as it is clarified in the agreed statement concerning Article 6 of the WCT, the right of distribution only applies to making available to the public of *tangible* copies).

11. Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press 2002), pp. 496–499.

available to the public for access is not sufficient, and that a work made available for access has also to be accessed and transmitted.

These theories were presented in an opinion by a certain group of academics under the name of the “European Copyright Society” in connection with the *Svensson* case¹² to be judged by the CJEU (the main issue of which was not this, but the copyright status of hyperlinks). They stated that “hyperlinking in general should be regarded as an activity that is not covered by the right to communicate the work to the public embodied in Article 3 of Directive 2001/29”; and one of the reasons they offered for this opinion was this: “Hyperlinks are not communications because establishing a *hyperlink does not amount to ‘transmission’* of a work, and such *transmission is a pre-requisite for ‘communication’*.”

The authors of the opinion referred to paragraph (1) of Article 3 of the Information Society Directive in general, in which, concerning copyright, this right—in nearly verbatim accordance with Article 8 of the WCT—is really provided as a special aspect of a broad right of “communication” to the public. However, they did not take into account that in paragraph (2) of the same Article 3, there is no reference whatsoever to communication (or transmission). It is in this context that they quoted Article 8 of the WCT (only it and not Articles 10 and 14 of the WPPT where—with, *mutatis mutandis*, the same language—the right of making available to the public is provided as a stand-alone right):

21. The Basic Proposal for the Treaty [the WCT] which contained a draft Article 10, in similar terms [as the finally adopted Article 8], was accompanied by an explanatory commentary. Paragraphs [10.15]–[10.16] confirm the equation of “communication” with “transmission”:

[10.15] *As communication always involves transmission, the term “transmission” could have been chosen as the key term to describe the relevant act. The term “communication” has been maintained, however, because it is a term used in all relevant Articles of the Berne Convention in its English text. It deserves to be mentioned that in the French text the expression “la transmission publique” has been used in Article 11 and 11ter, and the*

12. Case C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (hereinafter: *Svensson*).

expression “la transmission par fil au public” has been used in Article 14 while “communication to the public” and “communication to the public by wire” are the English expressions. In Article 11*bis* of the French text of the Convention, the corresponding expression is “la communication publique”.

[10.16] It seems clear that, at the treaty level, the term “communication” can be used as a bridging term to ensure the international interoperability and mutual recognition of exclusive rights that have been *or will be provided in national legislations using either the term “transmission” or the term “communication.”* *The former refers to a technical transfer while the latter implies, in addition to the technical transfer, that something is communicated. For the purposes of the proposed Treaty, this slight difference between the terms is irrelevant. What is transferred or communicated is the work.*¹³ [Emphasis added.]

22. Finally it is worth observing that Member states have understood the concept of “communication” as equivalent to “transmission.” For example, in the United Kingdom, the legislature when implementing 2001/29 defined “communication” as electronic transmission. Section 20(2) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (as amended) reads: “References in this Part to communication to the public are to communication to the public by electronic transmission...”¹⁴

The authors of the opinion had disregarded the limits of the applicability of the principle of *relative* freedom of legal characterization in national laws of the acts and rights covered by the international treaties. The emphasis is on the adjective “relative”; the different legal characterizations cannot result in changing the nature (such as compulsory license instead of exclusive right) or reducing the scope of application of a right concerned as provided in a treaty. They had also failed to take into account that, in the same Basic Proposal from which they quoted the references in the notes to Article 10—which was adopted finally with the same text as Article 8—to various legal characterization in national laws, it had been made clear what follows from the text of the provision

13. *Records of the 1996 Diplomatic Conference*, p. 204.

14. “Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson” by the European Copyright Society, at <<https://europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson/>>.

in an unmistakable manner, as quoted, above: “The relevant act is the making available of the work by providing access to it. *What counts is the initial act of making the work available.*”¹⁵ (Emphasis added.)

The Executive Committee of ALAI (with a number of outstanding *European* academics among its members) rebutted the theory of the group of academics presented by the so-called European Copyright Society:

The exclusive right of “making available” under the WCT and the implementing EU legislation covers the *offering* to the public of a work for individualized streaming or downloading; in addition, where it takes place, the actual transmission of a work to members of the public also is covered, both irrespective of the technical means used for making available.[...]

Article 8 of the WCT provides that authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing *any communication to the public of their works*, by wire or wireless means, including the *making available to the public* of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. The first part of this formulation extends the existing coverage of the [...] Paris Act of [the Berne Convention] from certain categories of works to all such categories. In the second part of the provision, a right to control individualized, interactive uses of copyrighted works is chartered. The “making available” right encompasses all forms of on-demand access, whether or not the access results in a retention copy. Thus, it does not matter whether the member of the public obtains access to the work via a real-time “stream” or via the delivery to her computer or other device of a digital copy that she subsequently “opens” in order to see or hear the work.¹⁶

15. *Records of the 1996 Diplomatic Conference*, p. 204, para. 10.10.

16. “Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment—focus on linking techniques on the Internet” at <<https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>> (hereinafter: *ALAI on Svensson*).

The CJEU, in *Svensson*,¹⁷ also rejected the theory of the “European Copyright Society” and found what is obvious under Article 3(1) of the Information Society Directive:

As is apparent from Article 3(1) of Directive 2001/29, for there to be an ‘act of communication’, *it is sufficient, in particular, that a work is made available to a public* in such a way that the persons forming that public may access it, *irrespective of whether they avail themselves of that opportunity*.¹⁸ (Emphasis added.)

In the United States of America, the miscomprehension of the concept of making available and the existing provisions of the US Copyright Act have created problems. In 2016, the US Copyright Office organized consultations on the status of implementation of the right of making available to the public. The opinion presented by Jane Ginsburg in the framework of the consultation characterized the existing situation properly:

The WCT “making available” right applies to the offering to the public of on-demand access to a work in the form of a stream or of a download. *Compliance with the WCT requires a member state to cover both kinds of access (streaming and downloading), and to cover not only actual transmissions of streams and downloads, but also the offering to communicate the work as a stream or a download.[...]*

The conclusions of a study of the U.S. Copyright Office reflected certain problems created by the case law, but it sounded optimistic:

[T]he Copyright Office concludes that the exclusive rights of copyright owners set forth under 17 U.S.C. § 106 collectively meet and adequately provide the substance of the making available right.

Consistent with the plain language of the Treaties, which defines the making available right in terms of whether members of the public “*may access*” a copyrighted work, U.S. law should be read to include the offer of public access, including through on-demand services, without regard to whether a copy has been disseminated or received. Doing so is also

17. Case C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76.

18. *Svensson*, para 19.

consistent with the judicial opinions of foreign jurisdictions on this point.

Within the particular context of downloads, U.S. law provides the making available right through the exclusive right of distribution under Section 106(3). While some courts have failed to find distribution in the absence of evidence of completed transfers, and therefore declined to recognize claims based solely on making copies available to the public for download, the Copyright Office concludes that the appropriate reading of Section 106(3) in the context of making available claims is that it covers offers of access.”¹⁹

From the perspective of the present article, what is important is that, where the right of making available to the public is exercised in a country that has implemented it—irrespective of how it has been characterized in the national law—the right must be already applicable when a work is made available to the public. However, the legal characterization of the right of making available is far from irrelevant, for example from the viewpoint of the status of the various collective management organizations and the rightholders represented by them. This is discussed below.

4. Impact of the legal characterization of the right of making available to the public

The provisions on the right of making available to the public have been included in the WCT and the WPPT—only with some minor wording changes—as proposed by the European Communities. Thus, it was quite unexceptional that, when the two Treaties were implemented in the Communities (which then became law of the present *European Union* as well) by the Information Society Directive (Directive 2001/29/EC), the same provisions were adopted as in Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT (but the right of making

19. “The Making Available Right in the United States- A Report of the Register of Copyrights, February 2016”, p. 4.

available to the public has been extended also to other related rights provided in the EU law).

Article 3 of the Directive provides as follows:

1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

2. Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit the making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them:
 - (a) for performers, of fixations of their performances;
 - (b) for phonogram producers, of their phonograms;
 - (c) for the producers of the first fixations of films, of the original and copies of their films;
 - (d) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether these broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.

The text, in substance, is the same as what was proposed by the then European Communities and what has been adopted as Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT, and thus it is to be expected that the same considerations should apply for its interpretation. That is, the act of making available to the public is completed as soon as a work or a production protected by related rights is uploaded in such a way that it becomes accessible to the members of the public from a place and at a time individually chosen by them—irrespective of whether the interactive use thus made possible allows only perception and/or also downloading copies.

The national laws of the Member States correspond to these concepts. This is also the case where the national law has not been modified for the implementation of the right of making available to the public, but rather an existing right (in the case of France, the broadly interpreted “representation right,” “droit de représentation”) has been considered to be suitable to absorb the broadly construed right of communication to the public, including the right of (interactive) making avail-

able of works. In the UK a special term, “electronic transmission,” is used along with the term “communication to the public” and with the full transmission of the act of interactive making available to the public in section 20(2)(b) of UK Copyright, Designs and Patent Act:

(2) References in this Part to communication to the public are to communication to the public by electronic transmission, and in relation to a work include—

(a) the broadcasting of the work;

(b) *the making available to the public of the work by electronic transmission in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them.* [Emphasis added.]

In the case law, the above-quoted section 20(2)(b) has been applied without any problem whatsoever, not only to streaming but also to downloading.²⁰

In those cases where performing rights and “mechanical” rights are managed together by the same organization or by two organizations in close alliance, it is not difficult to take into account the hybrid nature of the acts of interactive making available to the public. As discussed above, the hybrid nature of such acts means that, on the one hand, in case of streaming, temporary copies emerge in the course of, and at the end of, a transmission (not mentioning the original upload, which involves the making of a more permanent copy in the server) and, on the other hand, in case of downloading, the copy in the end-user’s computer is made through transmission (and, in that respect, in a way similar to the acts of broadcasting or communication to the public); it is distribution through reproduction through transmission.

As quoted above (in the text of the opinion of the so-called European Copyright Society published in the *Svensson* case²¹), in the notes added to Article 10 of the Basic Proposal for the treaty—which was adapted later as the WCT with the same article numbered as Article 8—reference was made to the term “transmission” as a kind of synonym of “communication”, insofar as it was foreseen that the exclusive right un-

20. See for example *Fox v. Newzbin* (*Twentieth Century Fox Film Corporation and Others v. Newzbin Ltd*, [2010] EWHC 608(Ch)) or *Newzbin 2* (*Twentieth Century Fox Film Corporation and Others v. Newzbin Ltd*, [2010] EWHC 608(Ch)).

21. *ALAI on Svensson*.

der the Article “[would] be provided in national legislation using *either* the term ‘*transmission*’ or the term ‘*communication*’.”²² In that connection—as also quoted above—the notes mentioned that the French text of the Berne Convention²³ uses alternatively the words “transmission” (in Articles 11(1)(ii), 11*ter*(1)(ii) and 14(1)(ii)) and “communication” (in Article 11*bis*) in those cases where in the English version, in all the corresponding provisions, the word “communication” appears. In view of this, the note to the Article, which at that point was still numbered as Article 10, characterized the relationship of the two terms in this way: “The former refers to a technical transfer while the latter implies, in addition to the technical transfer, that something is communicated. For the purposes of the proposed Treaty, this slight difference between the terms is irrelevant. What is transferred or communicated is the work.”²⁴

This sort of characterization of the two terms as synonyms between which the slight difference was to be regarded irrelevant, and the conclusion that, when the Article was implemented, it would have the same meaning irrespective of which one term was used, have turned out to be overly optimistic in terms of a future harmonious interpretation of the provision, as discussed below.

Neither “transmission” nor “communication” is a well-chosen generic expression intended to cover the act of interactive making available to the public in the second part of the Article 8 of the WCT (described in the same way as in Articles 10 and 14 of the WPPT, where it is covered by a stand-alone right, truly in accordance with the “umbrella solution” worked out by the WIPO Secretariat). In that description, the expression “making available to the public” is used, which has a well-known neutral meaning from the standpoint of whether a copy-related act (distribution or, in the digital online context, downloading, a kind “distribution-through-reproduction-through-transmission”) or a non-copyright-related act (public performance, broadcasting, communication to the public or, in the digital online context, streaming) takes place (with the addition that the very offer to be accessed for any such

22. *Records of the 1996 WIPO Diplomatic Conference*, p. 204.

23. Which, in the context of the Convention, under Article 37(1)(c) is decisive for the interpretation of the provisions of the Convention.

24. *Records of the 1996 WIPO Diplomatic Conference*, p. 204.

acts is sufficient for the application of the right). It has the same neutral meaning as where the same term—“making available to the public”—is used in the Berne Convention; namely, in Articles 7(2) and (3) and 10(1).²⁵

The term “transmission” would have been more suitable if it were duly read together with the text on the right of interactive making available to the public, in view of the fact that both streaming and downloading take place through interactive transmissions. “Communication” could only have passed as a more or less similar neutral term if it could have been easily understood as “telecommunication;” in that case, it might have been sufficiently broad to cover technical transmissions in the course of which the transmitted works are not directly perceivable by the members of the public as well. However, in the first part of Article 8, the concept of “communication” appeared in connection with acts where the communication is made for perception by the members of the public. Therefore, the interpretation of Article 8 has become dependent on whether (i) it has been done by considering all the relevant sources of interpretation under Articles 31 and 32 of the Vienna Treaties Convention (such as the context of the provision and (Article 31.1)) and “the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion” (Article 32), which would have also have required taking into account that the concept of making available to the public—*mutatis mutandis* in the wording—in the WCT and the WPPT adopted by the same Diplomatic Conference could hardly be regarded as having different meaning, or (ii) it has been based simply on the term “communication to the public” (which alone, for the reasons mentioned

25. This neutral meaning is described in the WIPO Guide and Glossary in this way concerning Article 7(2), where it is first used: “It is to be noted that the concept of ‘making available to the public’ is broader than the concept of ‘publication’ as defined in Article 3(3) of the Convention. In addition to making available a work to the public through distribution of copies (which takes place in the case of ‘publication’), it also extends to such acts as public performance, broadcasting and communication to the public by wire; that is, to ‘making available’ works without reproduction and distribution of copies. Also, it goes without saying that it equally covers interactive making available of works as provided for in Article 8 of the WCT (in the case of which, as discussed below in the commentary to that Article, the elements of copy-related and non-copy-related aspects of uses of works may be more complex).”

above, is not suitable to express the real, complex meaning of (interactive) making available to the public).

This is the reason for certain substantive differences in the implementation and application of the right of making available to the public. There are countries—including those (such as France and the United Kingdom) where specific alternative terms are used in national legislation (see above), and also those where the language of Article 8 of the WCT is used—where the hybrid nature of interactive making available to the public has been taken into account. The distribution rules of certain CMOs also reflect the hybrid nature of these acts from the standpoint of whether they take the form of streaming or downloading. For example, the distribution rules of (i) the French SACEM (for “performing rights”) and SDRM (for “mechanical rights”); (ii) the British PRS (for “performing rights”) and MCPS (for “mechanical rights”)—in both countries such implementation is facilitated by the use of certain neutral terms in the national laws (as mentioned above)—and (iii) the German GEMA and the (iv) Hungarian Artisjus, managing “performing” and “mechanical” rights (where the national laws apply the language of Article 8 of the WCT):

SACEM – SDRM distribution rules: (i) downloading: 10% for communication to the public right (*droit de représentation publique: DEP*) – 90 for mechanical rights (*droit de reproduction mécanique: DRM*); (ii) streaming for payment (Deezer, Apple Music, Spotify Premium, Netflix...): 25% DEP – 75% DRM; (iii) streaming – advertisement-based free (Spotify Basic, YouTube...): 50% DEP – 50% DRM.²⁶

PRS – MCPS distribution rules: (i) downloading: 25% communication to the public right – 75% mechanical right; (ii) streaming: 50% communication to the public right – 50% mechanical right²⁷;

GEMA distribution rules: (i) downloading: 33.33% communication to the public rights – 66.67% mechanical right; (ii) streaming: 67.67% communication to the public rights – 33.33% mechanical right²⁸

26. *SACEM Règles de Répartition – Édition 2020* at <https://beta.ataa.fr/documents/Regles_repartition.pdf>.

27. *PRS for Music – Online Royalties* at <<https://www.prsformusic.com/royalties/online-royalties>>.

Artisjus distribution rules: (i) downloading: 25% communication to the public rights – 75% mechanical right; (ii) streaming: 75% communication to the public rights – 25% mechanical right²⁹

There are, however, also examples where the autonomous term—“making available to the public of works/[productions protected by related rights], by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them”—does not serve as the basic aspect of interpretation, but rather is included in a provision on a broad right of communication to the public, a provision so broad that it seems to be an oxymoron, since it also covers the making available of works for downloading.

In the United States of America, although Congress found and stated that the existing exclusive rights provided in sections of the Copyright Act—the right of distribution (section 106(3)) along with the right of reproduction (section 106(1)) and public performance and display (section 106(4) and (6) and section 106(5))—jointly form an adequate basis to implement the right of interactive making available, nevertheless the courts have been reluctant to apply the existing rights consistently to acts of interactive making available to the public. The main problem was that the language describing interactive making available of works, performances and phonograms to the public in Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 in the WPPT has not been included in the Copyright Act. Although the above-quoted Copyright Office study has proved in a persuasive manner that—despite the fact that through correct implementation of the relevant provisions it should not have to be the case—the courts tend to consider that mere making available (offering to access) of works and phonorecords is not sufficient; according to them, the concept of distribution requires actual transfer of property of copies and the concept of public performance requires actual transmission of works and phonorecords to the public to be perceived (that is downloading of works and phonorecords in a compressed way without the possibility of perceiving it in

28. GEMA Distribution Plan at <https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Gema/geschaeftsberichte/Verteilungsplan_2017_auf_Englisch.pdf>.

29. *Artisjus – Felosztási Szabályzat* at <<https://www.artisjus.hu/egyesulet/szabalyzatok/>>.

the course of the transmission “by definition” in itself excludes the application of the rights of public performance and public display).³⁰

However, it has turned out that the polluting effect of linking the right of interactive making available to the public to the right of communication to the public may create undesirable interpretation problems even in those countries in which the second part of Article 8 of the WCT has been implemented, with some wording differences, more or less verbatim. The Canadian implementation of the right of interactive making available to the public under Article 8 is an example of this.

When the provisions of the two WIPO Treaties were implemented in Canada by the Copyright Modernization Act of 2012, the following provision was included as subsection 2.4 (1.1):

For the purposes of this Act, communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.

This provision may be regarded as corresponding to Article 8 of the WCT if the term “telecommunication” is to be understood (and it seems this is the case) to correspond to the words “by wire or by wireless means” in the Treaty. In any event, the text, in accordance with WCT Article 8, makes it clear that the newly recognized right is applicable when a work is made available (offered) to the members of the public for them to have access to it in an interactive way. It is another matter that the provision does not correspond to Articles 10 and 14 of the WPPT, which—concerning the rights of performers and producers of phonograms—provide for an exclusive right of interactive making available to the public without any reference whatsoever to “communication to the public”. This, however, was not relevant in a case to be discussed below, since there the issue was the applicability of tariffs of SOCAN, the authors’ society, for interactive making available.

30. At least, the US Supreme Court has clarified in *Aero* (*American Broadcasting Cos., Inc. v. Aero, Inc.*, 573 U.S. 431 (2014)) that individualized transmission is also covered by the rights of public performance and public display.

The tariffs had to be approved first by the Canadian Copyright Board which—in a well-documented decision—adopted a correct interpretation in accordance with the provisions of the Copyright Act recognizing the right of interactive making available to the public of authors. It is worth quoting the summary of the Board’s decision based on a thorough analysis of both the new provision in the Copyright Act and Article 8 of the WCT implemented by it:

As will be made clear from the reasons that follow, subsection 2.4(1.1) of the Act deems the act of placing a work or other subject-matter on a server of a telecommunication network in a way that a request from a member of the public triggers the transmission of that work or subject matter, including in the form of a stream or download, whether or not such a request ever takes place, to be a communication to the public by telecommunication.

A more limited interpretation of subsection 2.4(1.1) of the Act, which would make this provision applicable only when a work is made available for streaming, would not comply with Canada’s international obligations. The fundamental reason for the enactment of subsection 2.4(1.1) by Parliament was for Canada to comply with Article 8 of the WCT.

The interpretation of subsection 2.4(1.1) of the Act that it applies to the making available of both streams and downloads is consistent with Canada’s obligations under Article 8 of the WCT and Articles 10 and 14 of the WPPT. It is also consistent with the technological neutrality interpretation principle.

The introduction of subsection 2.4(1.1) of the Act did not have the effect of overturning *ESA*. The interpretation we adopt here is not in conflict with the meaning of paragraph 3(1)(f) of the Act as described in that decision.

The act of making a work available to the public remains a communication to the public by telecommunication regardless of whether the subsequent transmission is a download or a stream. It remains distinct from any subsequent act of transmission; the two acts do not merge and become a single, larger act.

Subsections 2.4(1.1), 15(1.1) and 18(1.1) of the Act came into force on November 7, 2012. The effects of these provisions are entirely prospective from those dates; they are neither retroactive nor retrospective.”³¹

However, the Supreme Court of Canada rejected this correct interpretation by citing its *ESA* judgment,³² adopted not long after the adoption of the Copyright Modernization Act (the Act was adopted on June 26, 2012, while the judgment on July 10, 2012) but a long time before the Act entered into force (on November 7, 2012); that is, on the basis of the law existing *before* the right of interactive making available to the public became applicable in Canada. The Court found that, in the case of downloading a work through digital online transmission, no act of communication to the public took place in accordance with 3(1)(f) of the Act.

As the Copyright Board correctly pointed out in the summary of its decision quoted above, this finding might also be considered to be valid after the right of interactive making available to the public became applicable. In view of the (relative) freedom of legal characterization of the acts (see above), it still could have passed as a reasonable interpretation that where a work is made accessible for downloading copies through interactive transmission in a way that it is not perceivable in the course of the transmission of the work, in accordance with a certain meaning of “communication to the public” (rather than as a mere synonym of “transmission”), it does not qualify as an act of communication to the public. However, the validity of such an interpretation could only be recognized from the standpoint of the right of interactive making available provided in section 2.4 (1.1) of the Canadian Copyright Act in accordance with Article 8 of WCT, if it went along with two other findings. First, that where a work is perceptible during a transmission resulting in the downloading of a copy, the act has both communication-to-the-public and distribution-of-copies aspects. Second, and more importantly, where a work is made available, by wire or wireless means (referred to together in section 2.4(1.1) as “telecommunication”) in such a way that the members of the public may get access to

31. Decision the Canadian Copyright Board adopted on August 25, 2017.

32. *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34.

it for downloading copies from a place and at a time individually chosen by them (that is, interactively, through pull technology—rather than push technology as before the entry into force of the Copyright Modernization Act), it is an act of making available to the public as provided in section 2.4(1.1) in accordance with the WCT.

However, the Supreme Court found in its 2020 *ESA v. SOCAN* judgment that—just because section 2.1 (1.1) uses the term “communication to the public”—the same criteria must apply to the acts of making available to the public of works for interactive access as before the entry into force of the Copyright Modernization Act. This went along with two statements that are clearly not in accord with section 2.4 (1.1) of the Canadian Copyright Act and with Article 8 of the WCT. First, section 2.4 (1.1) does not apply to on-demand downloading (because it is not an act of communication to the public); and even more importantly, for an act of making available a work for interactive access to take place, it is not sufficient to make a work accessible for interactive access in the way described in section 2.4(1.1); it is also necessary that the members of the public truly have access to the work made available for access. The Court even went so far as to expressly state that section 2.4 (1.1) had *not* modified the legal situation; it had not recognized a new right different from the right of communication to the public. This was in clear contradiction of the clarification of the Canadian government that, through the Copyright Modernization Act, a new making available right has been recognized as required by the WCT and also by the language in the new provision on a new exclusive right of making available works for interactive access (through pull technology) other than the right of non-interactive communication to the public (based on push technology) which served as a basis for the Court’s 2017 *ESA* judgment.

According to the Canadian Supreme Court, there is no doubt whatsoever that its interpretation of the right of communication to the public before the entry into force of the Copyright Modernization Act continues to be applicable because, in section 2.4(1.1), the same term “communication to the public” is used. It has pointed out that as a judicial body it had to apply the actual text of the new Act; if the government and the legislators had intended to recognize a new right which would be applicable in any case of mere making available works to the public

for interactive access at a time and from a place individually chosen by the members of the public, it should have provided so. According to the Court, in section 2.1(1.1) no such provision had been included.

The Supreme Court—during this incursion into the territory of legislature—did not look around sufficiently, and it erred. In section 2.1(1.1), the following text may be read: “making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public”. This is to be understood—without any difficulties whatsoever—to mean “making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public”. Thus, the Canadian government and legislators, without any justification whatsoever, had done what the Court—sticking to its own previous judgment and rejecting the validity of new legislative norms—refused to recognize, and on the other hand, the Copyright Board interpreted section 2.1(1.1) appropriately.

5. De-Stockholm-ization as part of the solution to the problems: opening the “umbrella” to apply the right of interactive making available to the public for copyright too

Fortunately, the Stockholm Group’s somewhat unfortunate idea of including the provision on interactive making available to the public in Article 8—although with the text corresponding to the “umbrella solution”—together with the first part of the provision on non-interactive acts of communication to the public rarely results in such a strange judicial interpretation (the US situation is different since, since in contrast with the Canadian Copyright Act, the text corresponding to the umbrella solution has not been included in the Copyright Act).

Since the legal characterization of the right provided in the second part of Article 8 of the WCT in national laws is free as long as it corresponds to the nature and scope of the right—that is, it is provided as the exclusive right of making available works to the public, by wire or

wireless means, in a way that member of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them—there is no obstacle to provide for such a stand-alone right, not only for performers and producers of phonograms as it is the case in Articles 10 and 14 of the WPPT, but also for authors in accordance with the genuine “umbrella solution”. In fact, this is the best way to avoid unnecessary interpretation problems and the difficulties of the application of the right by CMOs.

This option has been chosen, for example, in the Copyright Laws of Montenegro³³ and Ukraine.³⁴ The provision in Article 23(1) of the Japanese Copyright Law on the exclusive right of authors to authorize making available their works for transmission (“making transmittable” in an interactive manner, rather than transmitting)—provided in the same way as for rightholders of related rights in Articles 92-2, 96-2, 99-2(1) and 100-4—has the same effect.

Perhaps it is worth noting that the brave legislative solution was chosen by the Montenegrin and Ukrainian governments basically at the advice of their consultant, a former Assistant Director General of WIPO who had the honor to work together for six years with Jørgen Blomqvist, an outstanding copyright expert (no, this is not a reference to his physical structure, although it is also remarkable), a faithful colleague, and a lovable, warm-hearted man.

33. In Article 31 of the Montenegrin Copyright Act, a stand-alone exclusive right of making available to the public is provided separately from the right of communication to the public: “The author enjoys the exclusive right to authorize or prohibit that his work is made available to the public by wire or wireless means in such a way that members of the public may access it from a place and at a time chosen by them.”

34. In Article 15(1) of the Ukrainian Copyright Law on an author’s exclusive rights of authorization, in point 9, the right of making available to the public is also listed as a stand-alone right separately from the non-interactive communication rights: “making available of his works to the public in a way that the members of the public may access them from any place and at any time at their discretion.”

§ 35 gennem 35 år

Advokat og partner Terese Foged, Lassen Ricard advokatfirma¹

Ophavsretslovens § 35 er indbegrebet af smidig licensering af rettigheder til videreudsendelse mv., og bestemmelsen er helt central for ordningen, der sikrer befolkningen adgang til tv-kanaler fra hele Europa samt finansiering af dansk indholdsproduktion.² Det har fungeret i flere årtier nu og var visionært tænkt fra starten, men da § 35 blev lanceret for ca. 35 år siden, i 1985, oprindeligt som § 22 a, var det ikke uden sværdslag og store diskussioner.

Sidenhen er bestemmelsen blevet ændret, i 1989, 1995 og 1997, samt senere udvidet, i 2014.

Denne artikel fortæller historien om § 35.

-
1. Lassen Ricard er advokat og sekretariat for UBOD (se nærmere i afsnit 1.4), og forfatteren har pga. tv-stationernes samarbejde med Copydan igennem mange år beskæftiget sig med licensering af rettigheder under § 35.
 2. Gennem en enkelt aftale kan en antenneforening få adgang til at vise mere end 100 tv-kanaler, da alle rettighederne håndteres samlet, se <<https://www.copydan-verdenstv.dk/antenneforening>> (besøgt den 28. december 2020). Tv-kanalerne er bl.a. ARD, ZDF, RTL, Sat1 og ProSieben fra Tyskland, NRK og TV 2 fra Norge, SVT og TV4 fra Sverige, tysk/franske ARTE, France2 fra Frankrig, Rai fra Italien, RTVE fra Spanien og YLE fra Finland. Ordningen omfatter ikke alene tv-kanaler fra Europa, men fra hele verden og også radiokanaler.

Rapporten om "Fremtidens danske indholdsproduktion" fra december 2017 angiver, at i 2016 var rettighedsvederlaget for tredjemands udnyttelse af tv (retransmissionsvederlaget inkl. digitale tjenester) på 1,1 mia. kr., og at hertil kommer tv-distributørernes betaling af omkring 3,5 mia. kroner årligt for at distribuere tv-kanalerne fra de kommercielt finansierede tv-stationer; se nærmere om de forskellige typer af tv-kanaler nedenfor i afsnit 1.4.

1. 1985: Lancering af § 22 a

Lovforslag vedrørende § 22 a blev fremsat den 13. december 1984, i et forslag til lov om ændring af ophavsretsloven,³ der ud over § 22 a indeholdt en række andre ændringer.

Formålet med § 22 a var dels at gøre rettighedsklareringen vedrørende kabel-tv enkel og praktisk mulig i det hele taget for kabelanlægs-ejerne, dvs. et hensyn til erhvervslivet, dels at sikre rettighedshaverne vederlag for udnyttelsen, dvs. et hensyn til kulturlivet, samt at sikre danskerne adgang til nabolands-kanalerne, dvs. et vindue til vores nabolande, med andre ord et hensyn til informationsfriheden. Det var første gang, der indførtes en generel licensordning på området for kabelspredning af radio- og fjernsynsprogrammer.

Regeringen bestod på daværende tidspunkt af de fire politiske partier Det Konservative Folkeparti (C/KF), Venstre (V), Centrumdemokraterne (D), Kristeligt Folkeparti (Q), også kaldet "Firkløverregeringen", med Poul Schlüter som statsminister. Mimi Stilling Jakobsen (D) var minister for Ministeriet for Kulturelle Anliggender,⁴ under hvis ressortområde forslaget hørte, og hvis kontorchef Willy Weincke var den store ophavsretsekspert⁵ bag forslaget.

1.1. Fremsættelse

Lovforslaget med § 22 blev fremsat af ministeren for kulturelle anliggender. Bemærkningerne til lovforslaget angav bl.a. følgende om den teknologiske udvikling og retsafgørelser i andre europæiske lande som baggrund for bestemmelsen:

-
3. L 113, Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven. Folketingstidende, 1984-85, 2. saml., Tillæg A, sp. 1979ff.
 4. Som var Kulturministeriets første navn, da det blev oprettet i 1961 med den navnkundige, socialdemokratiske minister Julius Bomholt i spidsen. I 1987-88 hed det Kultur- og Kommunikationsministeriet, og fra 1988 Kulturministeriet.
 5. Willy Weincke var på internationalt niveau, hvilket også sås i forbindelse med implementering af licensordningen, hvor han deltog aktivt og desuden optrådte han som dommer i tvangslicensnævnet; se herom afsnit 1.4. Willy Weincke blev i ministeriet bistået af Johannes Nørup-Nielsen, som senere blev kontorchef i Kulturministeriet og fortsatte Weinckes arbejde på området.

“I de senere år har store dele af befolkningen skaffet sig adgang til at se udenlandsk TV ved oprettelse af større eller mindre kabelanlæg. I en række europæiske lande, som har haft en tilsvarende udvikling, har spørgsmålet om rettighedsclearing i forbindelse med en sådan videre-spredning af programmer givet anledning til betydelige vanskeligheder og langvarige retssager. Dette har f.eks. været tilfældet i Østrig, Schweiz, Belgien og Holland.

Retssagerne har ført til principielle højesteretsafgørelser, som har anerkendt, at der kræves samtykke fra ophavsmændene til en samtidig viderespredning af deres radio- eller fjernsynsudsendte værker ved hjælp af kabelanlæg, samt at ophavsmændene i tilfælde af manglende enighed om vederlag eller andre vilkår vil kunne forbyde viderespredningen af programmer, hvori deres værker, indgår. Afgørelserne er truffet på grundlag af national ophavsretslovgivning, som er udformet til opfyldelse af internationale forpligtelser (Bernerkonventionen af 1971 til værn for litterære og kunstneriske værker), som også er gældende for Danmark.”⁶

Det fremgik, at ministeriet for at skabe grundlag for en væsentlig øget spredning af udenlandsk fjernsyn i Danmark:

“[...] finder [...] det påkrævet, at der ved en ændring i ophavsretsloven gennemføres en forenkling af rettighedsclearingen på kabelområdet.”⁷

Forenklingen skulle ske ved:

“[...] at der gennemføres en generel licensordning, der giver rettighedshaverne en ret til vederlag. Derimod skal rettighedshaverne ikke længere – som tilfældet er efter gældende ret – have mulighed for at kunne forbyde samtidig viderespredning af radio- og fjernsynsprogrammer ved hjælp af kabelanlæg. De mange individuelle rettighedshavere skal endvidere kun kunne gøre deres krav gældende gennem én enkelt af ministeren for kulturelle anliggender godkendt organisation, som skal være fælles for alle typer af rettigheder. Kan der ikke opnås enighed mellem parterne om vederlaget, skal spørgsmålet kunne afgøres af det i lovens § 54 omhandlede nævn, som har den endelige administrative afgørelse. Med hensyn til den særlige beskyttelse, som radio- og fjernsynsforetagender

6. Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven, Bemærkninger til lovforslaget, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg A, sp. 1988-89.

7. *Ibid.*, sp. 1989.

nyder efter ophavsretslovens § 48, foreslås der særskilte regler om § 54 – nævnets kompetence.”⁸

Om nødvendigheden af tvangslicensen, som blev foreslået pga. forhold både på rettighedshaver- og brugerside samt i overensstemmelse med den internationale Bernerkonvention, blev det oplyst, at:

“Den foreslåede licensordning betyder et væsentligt indgreb i det eneretsprincip, som i almindelighed ligger til grund for ophavsrettens udøvelse i lande, som har tiltrådt Bernerkonventionen. Som nærmere behandlet nedenfor er det imidlertid i Bernerkonventionens art. 11 bis (2) forudsat, at der kunne være behov for at fravige dette princip, når det gælder samtidig viderespredning af radio- og fjernsynsudsendelser. Efter kulturministeriets opfattelse vil man næppe kunne nå frem til en hensigtsmæssig regulering af forholdene omkring kabelspredningen i Danmark af radio- og fjernsynsudsendelser, hvis man fastholder kravet om, at den enkelte kabeldistributør forud for distributionen skal have indhentet samtykke fra alle, der har rettigheder i forbindelse med de programmer, der videresprede.

For kabelanlæggene er det afgørende at kunne fordele et givet radio- eller fjernsynsforetagendes program i dets helhed. Et kabelanlæg må være sikker på at have alle de fornødne rettigheder, og fællesantenneanlæggene i Danmark, som uden undtagelse er ikke-kommercielle, og hvoraf mange er meget små, vil let være ude af stand til at håndtere situationer, hvor der fra en rettighedshavers eller en gruppe af rettighedshaveres side måtte blive nedlagt forbud mod kabelspredningen af et enkelt programpunkt, f.eks. en i tv udsendt spillefilm.

En på eneretten og dermed på aftaler baseret ordning kunne efter ministeriets opfattelse vel gennemføres for så vidt angår musikværker, idet det danske KODA har bemyndigelse til at autorisere offentlige fremførelser af et repertoire af musikværker omfattende så godt som hele verden. Men for de andre værkers vedkommende eksisterer der ikke i Danmark organisationer af en til KODA svarende international karakter.

I flere europæiske lande er der gjort forsøg på at løse rettighedsproblemerne omkring kabelspredningen ved aftaler, og enkelte aftaleord-

8. *Ibid.* § 54 angik tvangslicensnævnet, og der blev foreslået (og vedtaget) et stk. 2, hvorefter nævnet vedrørende radio- og fjernsynsforetagendets signalret kunne træffe afgørelse om samtykke og vilkår vedrørende kabelvidereudsendelse, men at vederlagskrav alene kunne fremsættes gennem § 22 a, stk. 3's fællesorganisation; se nærmere om nævnets fastsættelse af tariffen i afsnit 1.4.

ninger er også kommet i stand, f.eks. i Belgien. Kulturministeriet må imidlertid være af den opfattelse, at de fremkomne aftaleløsninger næppe vil være praktisk gennemførlige i Danmark. Udover det anførte om organisationsforholdene på rettighedssiden lægger ministeriet herved vægt på, at kabeludviklingen i Danmark har ført til etablering af et stort antal private kabelanlæg i ikke kommercielt regie, som antagelig ville have betydelige vanskeligheder ved at skulle håndtere rettighedsforhandlinger med et ubestemt antal rettighedshaverorganisationer og individuelle rettighedshavere i ind- og udland. På denne baggrund finder ministeriet, at der må siges at knytte sig en betydelig offentlig interesse til en gennemførelse af den foreslåede licensordning.

Ifølge Bernerkonventionens art. 11 bis (2) skal der under en licensordning sikres ophavsmændene et rimeligt vederlag ('an equitable remuneration'), og ordningen må ikke gøre indgreb i deres ideelle rettigheder, jfr. lovens § 3. Begge disse betingelser er opfyldt efter lovforslaget.⁹

I korthed fremgik det, at den forenkede rettighedsklarering var sikret i § 22 a ved, at krav om samtykke fjernes, mens vederlagsbetaling oprettholdes:

“Samtidig og uændret viderefordeling af radio- og TV-programmer over kabelanlæg skal ikke længere kræve samtykke fra ophavsmændene. Viderefordelingen kan foretages frit, men ophavsmændene skal – i overensstemmelse med Danmarks minimumsforpligtelser efter art. 11bis (2) – have krav på et vederlag, jfr. Lovforslagets § 22 a, stk. 2.”

Vederlagsbetalingen skulle dog kunne ske til en enkelt modtager:

“For at reducere de praktiske vanskeligheder i forbindelse med vederlagsafregningen bestemmes det i § 22 a, stk. 3, at vederlaget skal kunne afregnes hos én enkelt af ministeren for kulturelle anliggender godkendt organisation, f.eks. selskabet COPY-DAN, som skal være fælles for alle typer af rettigheder.”¹⁰

Det fremgik videre, at man som alternativ til tvangslicens havde overvejet en undtagelse for nationale programmer, men var nået frem til, at danske ophavsmænd skulle være omfattet af bestemmelsen:

9. Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven, Bemærkninger til lovforslaget, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg A, sp. 1989-90.

10. *Ibid.*, sp. 1999.

“I enkelte Bernerkonventionslande har man gennemført bestemmelser, som undtager samtidig kabelspredning af de nationale programmer fra ophavsmændenes rettigheder. Baggrunden har dels været offentligretlige bestemmelser, som forpligter den nationale radiofoni til, om nødvendigt også ved etablering af kabelanlæg, at sørge for, at de nationale programmer står til rådighed for hele landets befolkning, dels en vis generel formodning i retning af, at ophavsmændenes kabelspredningsrettigheder må anses for dækket af de udsendelsesaftaler, som er truffet med de nationale radio- og fjernsynsforetagender.

Kulturministeriet har overvejet, om tilsvarende bestemmelser bør gennemføres i den danske lov. Ministeriet er imidlertid nået til det resultat, at en bestemmelse af den nævnte art ikke vil være hensigtsmæssig. Efter Bernerkonventionen er der intet til hinder for at gennemføre en undtagelsesbestemmelse for den nationale programspredning i forhold til danske ophavsmænd. Derimod vil det efter ministeriets opfattelse være vanskeligt foreneligt med Danmarks forpligtelser efter Bernerkonventionens art. 11 bis at bringe en sådan bestemmelse i anvendelse overfor rettighedshavere fra andre Bernerkonventionslande. En undtagelse for de nationale programmer vil derfor kunne udgøre en alvorlig belastning for det samarbejde mellem én fælles dansk opkrævningsinstitution for alle typer af rettigheder og udlandet, som efter kulturministeriets opfattelse må anses for en helt afgørende forudsætning for, at den af ministeriet ønskede forenkling af rettighedsclearingen praktisk kan komme i stand. Lovforslaget indeholder derfor ikke forslag om nogen undtagelse for danske programmer.”¹¹

Videre fremgik det, at ministeriet havde overvejet, om der skulle være mulighed for såkaldt opt-out, men havde fundet, at det ikke var praktisk gennemførligt:

“Retten til viderefordeling eller udsendelse efter § 22 a gælder for alle typer af værker. Kulturministeriet er opmærksom på, at der kan anføres grunde, som taler for, at visse typer værker f.eks. filmværker og sceniske værker af hensyn til værkernes kommercielle udnyttelse ikke burde kunne viderefordes over kabelanlæg uden samtykke fra rettighedshaverne, eller at rettighedshaverne i det mindste burde bevare muligheden for i særlige tilfælde at kunne forbyde kabelspredning f.eks. af en film, som bringes i TV.

11. *Ibid.*, sp. 2002.

Ministeriet finder imidlertid ikke, at der er nogen reel mulighed for, at de enkelte kabelanlæg teknisk og administrativt kan imødekomme eventuelle ønsker fra de pågældende rettighedshaveres side om udeladelse af enkelte programenheder f.eks. en film, i den samlede programflade. Bestemmelsen i § 22 a indeholder derfor ikke undtagelsesbestemmelser af den nævnte art.”¹²

1.2. Behandling

Folketingets og Folketingets Kulturudvalgs behandling afspejler godt de forskellige elementer og hensyn afvejet i § 22 a, samt hvordan de faktiske forhold var med tusindvis af mindre antenneforeninger, nye muligheder for at modtage tv fra satellitter og begyndende retsafgørelser i andre europæiske lande om rettighedshavernes nødvendige samtykke til kabelviderespredning.¹³

1.2.1. Sammenhæng med hybridnettet – den teknologiske udvikling

Den nye ophavsretlige regulering i § 22 a var tæt forbundet med etableringen af hybridnet i Danmark. Det fremgik ikke af bemærkningerne til lovforslaget, men bestemmelsen blev foreslået, fordi der var en stærk bevidsthed om, at der var behov for regulering, når hybridnettet var etableret, og mellem 1. og 2. behandling af ophavsretsforlaget traf Folketinget beslutning om etablering af hybridnettet.¹⁴

I det hele taget var der en fornemmelse af, at den teknologiske udvikling gik stærkt, og at det medførte behov for ophavsretlig regulering på et nyt og svært område.

12. *Ibid.*, sp. 2002-3.

13. Der var 6.500 antenneforeninger (jf. f.eks. udtalelse af Hans Hækkerup (S), gengivet afsnit 1.2.3) og de små, private, ikke-kommercielle foreninger var i deres antenneanlæg i vidt omfang begyndt at videresprede tv-kanalerne, hvilket var ulovligt, idet der ikke forelå samtykke fra rettighedshaverne, men indhentelse af samtykke var en umulig opgave i praksis med de mange rettighedshavere. De få større kabeloperatører (teleselskaber), som optrådte i den lidt senere tvangslicenssag (se herom afsnit 1.4) og var offentligt ejet, kunne vanskeligt deltage i sådanne ulovligheder, hvorfor en facilitering af lovlig udnyttelse var nødvendig.

14. Beslutningsforslag nr. B 2, Forslag til folketingsbeslutning om etablering af et hybridnet, blev fremsat den 3. oktober 1984, og beslutningsforslaget blev vedtaget den 26. februar 1985. Hybridnettet var med henblik på udvikling af et landsdækkende bredbåndsnet.

Helge Sander (V) anførte således under 1. behandlingen den 16. januar 1985, at

“Baggrunden for forslaget om en ændring af ophavsretsloven er jo, at der siden lovens vedtagelse i 1961 er sket en voldsom teknologisk udvikling bl.a. på kommunikationsområdet.”¹⁵

Ingerlise Koefoed (SF) var lidt mere dramatisk:

“Man kan sige, at jo mere teknikken udvikler sig, jo sværere bliver det at beskytte ophavsmændenes rettigheder, og jo mere indviklet bliver lovgivningen. [...]”

Jeg synes også, det er helt rimeligt, at der nu, før satellitterne endeligt er over os, laves en lovgivning om kabel-TV.”¹⁶

Hans Hækkerup (S) tilkendegav, at man skønt forbeholdenhed gik ind for forslaget bl.a. pga. hybridnettet:

“Vi kan altså acceptere forslaget, men alene på grund af de særlige forhold omkring kabel-TV, såsom antenneforeningernes antal, brugersidens manglende organisering og behovet for regler den dag, hybridnettet er etableret.”¹⁷

Ministeren for kulturelle anliggender, Mimi Stilling Jakobsen, samlede op på 1. behandlingen med ordene:

“Det er rigtigt, hvad flere ordførere har anført, at det forslag, vi har på bordet i dag, ikke løser alle ophavsretlige problemer, og navnlig gør de det ikke ud i fremtiden; vi må også i de kommende år imødesee løbende revisioner af denne lovgivning. Men lovforslaget, som vi behandler i dag, skal ses som et forsøg på at samle op, så langt vi er kommet nu, det, vi med rimelighed følte man kunne lovgive om, og det er naturligvis også fremsat, fordi det er tvingende nødvendigt at få nogle ophavsretlige problemer løst, inden vi sætter den store spredning af øgede tilbud på kabel-TV-programmer i gang.”¹⁸

15. 1. behandling – møde 41, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 4293.

16. *Ibid.*, sp. 4294-95.

17. *Ibid.*, sp. 4291.

18. *Ibid.*, sp. 4299.

Bernhard Baunsgaards (RV) udtalelser under 2. behandlingen den 15. maj 1985 viser også sammenhængen med hybridnettet:

“Efter at folketinget har vedtaget dette om hybridnettet eller står lige foran det, er det klart, at der må træffes beslutning om licens [...]”¹⁹

Andre var mere kritiske over, at der var en sådan sammenhæng, og hvordan det forhold blev behandlet. Steen Tinning (VS) anfører således:

“En gang imellem tænker jeg på vort lands statsminister. Kort efter, at han var tiltrådt, fortalte han en meget rørende historie om, at vi efterhånden skulle forsøge at få tingene lagt ned i salen. Det skulle være slut med alle disse forhandlinger rundt omkring i korridorer og mørke gange, nu skulle vi bare snakke hernede.

Desværre er ophavsretslovforslaget et eksempel på, at sådan gik det aldrig. Det, det lovforslag først og fremmest handler om, er hybridnetforliget, som igen hænger sammen med TV 2. Det er alt sammen noget, man snakker om i korridorerne, og på et eller andet tidspunkt kommer man til udvalget, og så forsøger man at få lavet nogle ændringer af ophavsretslovgivningen, som selvfølgelig også er begrundet i andet, men som først og fremmest er begrundet i et ønske om at få lavet en lovgivning på kabel-TV-området, som gør hybridnetforliget praktisk eller operationelt, eller hvad man nu vil kalde det. Jeg synes, det er en kedelig ting, at landets mediepolitik skal udformes på en måde, hvor alting går så forholdsvis tilfældigt for sig.”²⁰

Ved 2. behandlingen var der i øvrigt enighed om at ændre affattelsen af § 22 a, stk. 2, 2. pkt., således at der i stedet for “husstande” tales om “tilslutninger”.

1.2.2. Ophavsret eller ej

Forslaget gav i det hele taget anledning til, at de ideologiske forskelle på de politiske partier vedrørende ophavsret kom frem. Helge Dohrmann (FP) tilkendegav således allerede under 1. behandlingen, at:

19. 2. behandling – møde 98, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 10109.

20. *Ibid.*, sp. 10110.

“[...] den 12. januar 1983 fremsatte Fremskridtspartiet et beslutningsforslag om en nedtrapning af de nugældende ophavsretsordninger. Vi finder, at det er en bureaukratisk, oldnordisk indstilling, et flertal her i folketinget har til disse ting.

Der står i bemærkningerne til det omtalte forslag, som vi fremsatte, at hvis en asfaltarbejder f.eks. medvirker til at lave et stykke motorvejsarbejde, er der overhovedet ingen, der kunne drømme om at tildele vedkommende et fast beløb, hver eneste gang en bil passerede den pågældende vejstrækning. Det er snobberi for det, vi kalder kulturpersonlighed. Forfattere og andre må sørge for at få en rimelig betaling for det arbejde, de udfører, og derefter skal det selvfølgelig stå til fri afbenyttelse. Jeg synes, det andet er fuldstændig utidssvarende, også i betragtning af, at verden bliver mere og mere kommerciel.

I løbet af forholdsvis kort tid kan vi tage satellitprogrammer fra hele verden, og da vil man altså udvide bureaukratiet til, at der skal sidde en masse personer rundt om, ikke alene i Danmark, men også andre steder, og kontrollere og føre lange opgørelser over, hvem der nu skal have nogle håndører, fordi de enten er far eller mor til det pågældende.

Det er som sagt efter vores opfattelse fuldstændig utidssvarende, og enhver udvidelse af den ordning vil vi selvfølgelig gå imod.”²¹

I forbindelse med udvalgsbehandlingen, betænkning afgivet af kulturudvalget den 10. maj 1985, giver Fremskridtspartiets medlem af udvalget denne bredside mod ophavsretten, men tilslutter sig alligevel forslaget, der dog er mere spiseligt end den eksisterende retstilstand:

“Ophavsretsreglerne stammer fra en tidsalder, hvor de tekniske og sociale forhold var helt andre end de nuværende og de kommende.

At lappe på den totalt forældede ophavsretslovgivning er derfor under alle omstændigheder en ørkesløs beskæftigelse. Det er selve systemet, som er aldeles forkert, hvad mindretallet jo gang på gang har dokumenteret bl.a. ved fremsættelse af forslag til folketingsbeslutning om ophavsretsnedtrapning i folketingsåret 1982-83 [...]

Regeringens foreliggende lovforslag drejer sig først om fremmest om nogle af de af ophavsretslovens svagheder, som frembyder betydelige risikomomenter for, at den moderne tekniks udnyttelsesmuligheder spole- res til skade for, at befolkningen kan få bedst muligt udbytte gennem bl.a. TV og radio.

21. 1. behandling – møde 41, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 4298-99.

Her skulle være skåret kraftigt og konsekvent igennem, bl.a. således at fællesantenneanlæggene havde fået helt fri adgang til formidling af alle tilgængelige radio- og fjernsynsprogrammer.

I stedet forvilder regeringsforslaget sig yderligere ind i bureaukratiske og håbløse irgange.

Når dette er understreget meget kraftigt, må det tilføjes, at den gældende lovs elendige regler er endnu værre, og at kulturministerens lovforslag derfor alt i alt sammenlignet med den nuværende retstilstand betyder flere skridt fremad, end det repræsenterer tilbageskridt.

Med denne aldeles minimale positive tilslutning vil mindretallet stemme for vedtagelse af kulturministerens lovforslag [...]”²²

Socialistisk Folkepartis medlemmer så helt anderledes på ophavsrettens berettigelse:

“Formålet med lovgivningen må først og fremmest være at sikre autorer og udøvende kunstnere en rimelig betaling for benyttelsen af deres arbejde. Dette formål er det meget vigtigt at tilgodesee, ikke mindst fordi kunstnere, hvadenten de er skabende eller udøvende, ofte tilhører de dårligst betalte dele af befolkningen, hvis muligheder for at udøve kunst forringes betydeligt, hvis de ikke har en økonomisk sikkerhed for at kunne fordybe sig i og uddybe deres arbejdsindsats.”²³

Andre lagde ophavsrettens eksistens til grund og var mere optagede af, hvordan den skulle fungere med den teknologiske udvikling. F.eks. udtalte Annelise Gotfredsen (KF):

“De mange muligheder, vi står over for på radio- og TV-området, har nødvendiggjort en regulering af de rettigheder for ophavsmænd og radiofonier i relation til kabelfordelingen, som vi her og nu skal gå i gang med. Retssager i udlandet har ført til principielle afgørelser, der anerkender, at der kræves samtykke fra ophavsmændene til en samtidig viderespredning i kabelanlæg, samt at ophavsmanden vil kunne forbyde viderespredning af sit program. Det er en forudsætning at få disse forhold reguleret, for at en radio- og TV-ordning kan tilvejebringes, og dette sker altså med dette forslag, som jo også tilstræber i videst muligt omfang at videreføre nordisk retsenhed på dette område. [...]”

22. Udvalgsbehandling. Betænkning. Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg B, sp. 1381.

23. *Ibid.*, sp. 1379.

Det foreliggende lovforslag lovliggør kabelfordeling og giver rettighedshaver et vederlagskrav og indebærer samtidig en forenkling for kabeldistributørerne, således at disse kan forhandle med en enkelt dansk organisation. Det ville blive utrolig omfattende, hvis det skulle fortsætte med enkelte forhandlinger. Det er nye metoder og ny lovgivning, vi skal arbejde med nu. Der skal skabes det bedste grundlag for brugeren til at få del i de mange muligheder og på billigste måde, som vi vil møde i fremtiden, og der skal skabes den største sikkerhed for rettighedshaveren og skaberen af det store udbud i æteren, som vi vil møde.”²⁴

Andre igen var mere bekymrede over det tvangsmæssige; se herom lige nedenfor:

1.2.3. Tvangslicens

Flertallet var bekymrede over, at forslaget til § 22 a indeholdt en tvangslicens, idet rettighedshaverne efter forslaget ikke kunne acceptere eller afslå udnyttelsen af deres rettigheder, men alene modtage vederlag.

Men der var også bekymring for, at den frie aftaleret sættes ud af funktion på brugersiden. Hans Hækkerup (S) anførte således under 1. behandlingen, at:

“Vi kan i socialdemokratiet acceptere den foreslåede løsning, men vi vil gerne understrege, at vi ikke er begejstrede for, at den frie aftaleret sættes ud af funktion. Regeringen fjerner jo hermed tilskyndelsen for brugerne, de 6.500 antenneforeninger, til, at de organiserer sig.”²⁵

Helge Sander (V) var helt på linje hermed:

“Forenklet sagt lægges der op til, at rettighedshaverne må opgive deres eneret og få den erstattet af et vederlagskrav, det, som også kaldes tvangslicens. Det betyder f.eks., at en fjernsynsudsending uden tilladelse kan fordeles over et kabelanlæg, når dette bare sker uden ændringer og samtidig med, at udsendingen finder sted. Vi synes, at en sådan ændring rejser mange spørgsmål både af principiel og praktisk ka-

24. 1. behandling – møde 41, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 4291-4292.

25. *Ibid.*, sp. 4291.

rakter, men det håber vi at man kan gå i dybden med i udvalget; jeg skal kun rejse et par af dem her.

[...] Hvordan sikres det, at en person, som måske ønsker at modtage vesttysk TV, ikke bliver tvunget ind i en eller anden pakkedløsning med 3-4 andre programmer? Hvor meget vil indførelse af en tvangslicensordning betyde for en enkelt husstand på årsbasis?”²⁶

Ingerlise Koefoed (SF) var også betænkelig, men indså nødvendigheden af en tvangsmæssig ordning:

“[...] det haster lidt med i hvert fald at få lavet nogle principielle bestemmelser, og der er nok ikke noget at gøre ved, at der her bliver tale om en tvangslicensordning, fordi andet vil være praktisk umuligt at gennemføre. Men vi havde altså langt hellere set, at man kunne have en almindelig aftalelicens på dette område.”²⁷

Vedrørende dette spørgsmål samlede ministeren for kulturelle anliggender, Mimi Stilling Jakobsen, op på 1. behandlingen med følgende:

“Der er ikke de store jubelskrig på nogen af siderne over dette forslag. De, der skal til at betale en afgift, vil føle det urimeligt, og de, der skal have pengene, vil måske føle, at det er for lidt – ordet tvangslicens er der vel ingen der bryder sig om. Men vi har altså følt, at vi her nogenlunde har ramt midterstregen, hvor vi skulle være, men det er der naturligvis mulighed for at drøfte under udvalgsbehandlingen.”²⁸

Under 2. behandlingen den 15. maj 1985 var opfindsomheden stor i forhold til at undgå vedtagelse af en “tvangslicens”. Poul Qvist Jørgensen (S) foreslog:

“Selve ordet tvangslicens giver [...] flere ubehagelige associationer, end begrebet vel egentlig kan bære. Mon man kunne finde et andet ord?”²⁹

Annelise Gotfredsen (KF) tilsluttede sig det unævnelige:

“Ganske vist er jeg enig med socialdemokratiets ordfører i, at ‘tvangslicens’ måske ikke er det allerbedste udtryk, og jeg vil da også gerne for-

26. *Ibid.*, sp. 4294.

27. *Ibid.*, sp. 4295.

28. *Ibid.*, sp. 4300.

29. 2. behandling – møde 98, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 10105.

handle om at finde en bedre og mere hyggelig formulering, men det, begrebet rummer, er vi enige i, og det vil vi stemme for.”³⁰

Bente Nielsen (V) så ingen anden udvej:

“Jeg vil godt understrege, at jeg på venstres vegne allerede ved førstebehandling udtrykte nogle reservationer og betænkeligheder ved tvangslicensordningen som foreslået i § 22 a. Disse betænkeligheder gælder for så vidt stadig væk. Vi har været igennem et meget grundigt og stort udvalgsarbejde, og vi har gennemgået de tilsvarende ordninger i andre europæiske lande. Det har faktisk vist sig, at de lande, der har forsøgt sig med aftaleordninger, har fået store problemer med disse ordninger.

Under indtryk af de oplysninger, vi har fået i udvalget, finder vi, det er svært at finde en anden måde end den af kulturministeren foreslåede.”³¹

Bernhard Baunsgaard (RV) turde også:

“[...] jeg synes egentlig, at ordet ‘tvangslicens’ udmærket dækker det, der sker her. Det er en tvang, at man skal betale denne licens, når man er afhængig af hybridnettet. Lad det bare blive slået fast.”³²

Ingerlise Koefoed (SF) fandt det påkrævet at prøve at forestille sig indtagelse af den mere spiselige aftalelicens før tvangsbollen:

“I fortsættelse af noget af det, fru Bente Nielsen sagde heroppe, vil jeg starte med at beklage, at det ikke var muligt at få udvalget til i fællesskab i betænkningen at skrive, at man principielt er imod tvangslicenser, for man ønsker først og fremmest aftalelicenser. Det var ikke muligt, men det mener jeg burde have stået der; det burde være noget, vi alle sammen kunne være gået ind for. Det var ønsket af de organisationer, der i øvrigt tilsluttede sig lovforslaget, at vi i udvalget kom med denne principielle bemærkning.

Der tales så meget heroppefra om tvangslicens, og man skylder vel nok retfærdigheden at sige, at § 22 a i forslaget ikke behøver at ende i tvangslicens, fordi der jo i første omgang åbnes mulighed for, at det fælles forhandlingsnævn kan lave aftaler med kabel-TV, men man ved sandsynligvis godt, at de aftaler hurtigt vil bryde sammen, og så bliver der

30. *Ibid.* sp. 10106.

31. *Ibid.*, sp. 10106-7.

32. 2. behandling – møde 98, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 10109.

tale om tvangslicens. Det synes jeg altså at man – for nu ikke at fordreje hele debatten fuldstændig – skal bemærke.”³³

Steen Tinning (VS) ville derimod af principielle grunde end ikke smage på tvangslicens, og det blev ved 3. behandlingen den 21. maj udslagsgivende, idet:

“[...] vi har valgt at stemme imod, fordi hele spørgsmålet om tvangslicens for os er så afgørende.

Vi er klar over, at spørgsmålet om tvangslicens måske ikke i første omgang kan siges direkte at forringe situationen for de danske ophavsretshavere specielt meget. Det er jo ikke sådan, at man lige pludselig får frataget en masse rettigheder, som man førhen har brugt flittigt. Den mulighed for at forbyde videreformidling i kabler, som eksisterede, har jo faktisk endnu ikke været brugt til noget som helst.

Men det, der er vigtigt for os, er, at i og med at tvangslicensen kommer ind som et princip, frygter vi – og vi tror, det er med rette – at netop dette princip vil brede sig også til andre områder inden for mediepolitikken, og det mener vi er meget uheldigt.”³⁴

1.2.4. Copydan som fællesorganisation

Der var også diskussioner omkring det forhold, at vederlagskravet efter lovforslaget skulle fremsættes af en enkelt fællesorganisation godkendt af Ministeriet for kulturelle anliggender. Bernhard Baunsgaard (RV) hæftede sig ved monopolet:

“[...] forslaget om de nye bestemmelser om rettighedsspørgsmål i forbindelse med viderespredning via kabel-TV, bygger på centralisering, idet man fastslår, at alle vederlagskrav for fremtiden skal forhandles med én godkendt fællesorganisation. Det vil sige, at kabel-TV-indehaverne dermed er stillet over for et monopol.”³⁵

Ingerlise Koefoed (SF) udtrykte sig først på en måde, der kunne tolkes derhen, at hun synes, der allerede var for mange organisationer:

“Det fremgår af lovforslaget – så vidt jeg kan læse det – at man forestiller sig, der skal laves en ny organisation, der skal forestå ordningen. Jeg

33. *Ibid.*, sp. 10107.

34. 3. behandling – møde 99, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 10166.

35. 1. behandling – møde 41, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 4296.

vil godt spørge: hvor mange ophavsretsorganisationer eller forhandlingsberettigede organisationer skal vi egentlig have? Vi har COPY-DAN, og vi har KODA for musikkens vedkommende.”³⁶

Men SF stillede senere ved udvalgsbehandlingen forslag om, at vederlagskravet efter § 22 a, stk. 3, kunne gøres gældende af “organisationer eller sammenslutninger af sådanne”.³⁷

Ved ministerens svar på kulturudvalgets spørgsmål blev det afklaret, at “samtlige organisationer bortset fra Koda vil være indstillet på at indgå i et forvaltningsfællesskab under forudsætning af, at forvaltningen foregår i overensstemmelse med de grundprincipper, som er nedlagt i reglerne for COPY-DAN” og at “den i § 22 a, stk. 3, nævnte fællesorganisation vil kunne etableres relativt hurtigt efter vedtagelse af § 22 a”.³⁸

Dette synes at være afgørende, idet ministeren for kulturelle anliggender (Mimi Stilling Jakobsen) ved afslutningen af 2. behandling gjorde det klart, at:

“Ændringsforslag [...] fra SF, som går ud på at gøre det muligt for flere organisationer og rettighedshavere at optræde i forhold til brugerne, må vi afvise fra regeringens side. Forslagsstillerne forestiller sig måske, at det i realiteten vil betyde, at komponisterne forhandler gennem KODA, og at de andre rettighedshavere slutter sig sammen i én fælles organisation. Sådan mener jeg ikke at det kommer til at gå, hvis ændringsforslaget bliver gennemført. Også radiofonierne vil antagelig stille krav om at kunne forhandle særskilt, og det samme vil filmproducenterne. Vi vil få en ordening, der vil blive meget svær at administrere for brugerne, men vi vil navnlig få en, der gør, at brugerne ikke kan være sikre på at have fået fuld rettighedsdækning. Derfor må forslaget afvises.”³⁹

36. 1. behandling – møde 41, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 4295.

37. Udvalgsbehandling. Betænkning. Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg B, sp. 1382-83.

38. *Ibid.*, sp. 1389-90.

39. 2. behandling – møde 98, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg F, sp. 10115-16.

1.3. Vedtagelse

Forslaget til § 22 a blev med nævnte ændring i stk. 2 (“tilslutninger” i stedet for “husstande”)⁴⁰ vedtaget ved 3. behandlingen den 21. maj 1985. Samtlige stemte for, på nær VS, som var imod, og SF, som hverken stemte for eller imod. Loven trådte i kraft den 1. juli 1985.

Den vedtagne § 22 a lød som følger:

“Værker, som udsendes i radio eller fjernsyn, må fordeles over kabelanlæg og videreudsendes til almenheden ved hjælp af radioanlæg, når dette sker uden ændringer og samtidig med, at udsendelsen finder sted.

Stk. 2. Ophavsmanden har krav på vederlag. Dette gælder dog ikke, når radio- eller fjernsynsudsendelser modtages ved hjælp af egen fællesantenne og fordeles over kabelanlæg, som ikke omfatter mere end 25 tilslutninger i en bygning eller i en gruppe af nærtliggende bygninger.

Stk. 3. Vederlagskravet kan kun gøres gældende af en af ministeren for kulturelle anliggender godkendt fællesorganisation, som omfatter ophavsmænd, udøvende kunstnere og andre rettighedshavere, herunder radio- eller fjernsynsforetagender og fotografer, hvis værker, præstationer, frembringelser og billeder anvendes i radio- eller fjernsynsudsendelser i Danmark.

Stk. 4. Fællesorganisationens vederlagskrav forældes efter 3 år fra udløbet af det år, i hvilket udnyttelsen fandt sted. Forældelsen afbrydes ved skriftligt påkrav fra fællesorganisationen. Ophavsmandens krav mod fællesorganisationen forældes efter 3 år fra udløbet af det år, i hvilket udnyttelsen fandt sted. Forældelsen afbrydes ved skriftligt påkrav fra rettighedshaveren.”⁴¹

1.4. Implementering: Copydan og samarbejdet med tv-stationerne via UBOD

Vederlagskravet under tvangslicensen skulle efter § 22 a, stk. 3, gøres gældende af en fællesorganisation, som omfattede bl.a. radio- eller fjernsynsforetagender, dvs. tv-stationerne. Tv-stationernes rettigheder skulle således også være omfattet af tvangslicensen.

40. Se afsnit 1.2.1.

41. Lovforslag som vedtaget af folketinget, Folketingstidende 1984-85, 2. saml., Tillæg C, sp. 428-29. Lov nr. 274 af 6. juni 1985 om ændring af ophavsretsloven.

Tvangslicensen indebar, at kabelanlæggene kunne foretage lovlig videreudsendelse af tv-programmer uden samtykke fra rettighedshaverne, jf. § 22 a, stk. 1. Kabelanlæggene skulle betale vederlag for videreudsendingen, men det var ikke nogen betingelse for at påbegynde videreudsendelsen. Hvis der ikke kunne opnås enighed om vederlagets størrelse, kunne hver af parterne indbringe spørgsmålet for Tvangslicensnævnet. Det var således ikke nødvendigt med en aftale mellem kabelanlæggene og rettighedshaverne, men kabelanlæggene kunne straks efter lovens vedtagelse lovligt starte videreudsendelsen.

Planen var oprindeligt, at tv-stationerne skulle være med i producentgruppen under Copydan,⁴² men det accepterede tv-stationerne ikke, med henvisning til deres originære rettigheder, den såkaldte signalret efter ophavsretsloven.⁴³ Lovgiver i Danmark kunne ikke fastlægge, at signalretsbeskyttelsen skulle underlægges tvangslicens, så tv-stationerne ikke længere havde en forbudsret, da signalretten var støttet af international ret gennem den europæiske overenskomst af 1960 om beskyttelse af fjernsynsudsendelser, som Danmark havde tiltrådt. Alene tv-stationernes erhvervede rettigheder kunne omfattes af § 22 a, stk. 3's krav om fællesorganisation.

Under et møde i Kulturministeriet fremførte tv-stationerne dette, men gav samtidig udtryk for forståelse af hensynet til en smidig klareingsmodel, hvorfor tv-stationerne tilbød at ville slutte sig sammen i et samarbejde omfattende alle de relevante tv-stationer samt tilbød at indgå aftale med Copydan om, at man i fællesskab indgik aftaler med kabelanlæggjerne. Ministeriet synes, at det lød fornuftigt, men Copydan ville ikke acceptere noget sådant.

For at sikre at tv-stationernes signalret ikke var til hinder for, at teleselskaberne (kabelanlæggjerne) kunne påbegynde den af ministeriet ønskede videreudsendelse, meddelte tv-stationerne Copydan, at tv-stationerne var nødt til selv at indgå aftale med teleselskaberne for at give dem det nødvendige samtykke til videreudsendelse. Copydan ønskede ikke, at tv-stationerne skulle indgå en sådan aftale med teleselskaberne,

42. Dengang hed foreningen Copy-Dan Kabel TV; det blev senere ændret til Copydan Verdens TV. Producentgruppen var ledet af advokat Johan Schlüter.

43. Signalretten i dagældende ophavsretslovs § 48 (1961-loven), som med 1995-loven blev ændret til § 69.

hvorfor Copydan accepterede, at tv-stationerne ikke skulle være en del af Copydan.

Resultatet blev derfor, at tv-stationerne – i første omgang de daværende relevante, store udenlandske public-service tv-stationer: Svenske SVT, norske NRK, tyske ARD og ZDF, samt DR sluttede sig sammen i UBOD (*Union of Broadcasting Organizations, Denmark*),⁴⁴ som havde sekretariat hos Lassen Ricard advokatfirma og med advokat Steen Lassen som den drivende kraft.

Videre blev resultatet, at Kulturministeriet stillede det som en betingelse for godkendelse af Copydan som opkrævningsberettiget fællesorganisation efter § 22 a, at Copydan havde en samarbejdsaftale med UBOD om, at Copydan og UBOD over for kabelanlæggene koordinerede administrationen af alle rettigheder vedrørende kabelviderespredningen af radio- og tv-programmer, herunder med en fælles tarif, hvor Copydan opkrævede vederlaget på alle rettighedshaveres vegne.

Copydan og UBOD indgik på den baggrund en samarbejdsaftale om, at de optrådte fælles over for kabelanlæg, herunder med hensyn til aftaler, samt at tariffen skulle fastlægges af Tvangslicensnævnet, og at fordeling af vederlaget mellem rettighedshavergrupperne skulle afgøres ved en voldgift med tre højesteretsdommere udpeget af Højesterets præsident.

Derfor blev spørgsmålet om vederlagsberegningen mv. i ordningen etableret med § 22 a indbragt for Tvangslicensnævnet, der efter loven skulle træffe en endelig administrativ afgørelse.⁴⁵ Parterne i sagen var på den ene side Copydan og UBOD og på den anden side teleselskaberne, dvs. kabeloperatørerne.⁴⁶ Ved kendelse af 27. juni 1986 fastsatte nævnet⁴⁷ tariffen ("et rimeligt vederlag"⁴⁸) under hensyntagen bl.a. til lovmotivernes angivelse af, at det ved vederlagsfastsættelsen må tages i

44. Se <<https://www.ubod.dk/>>. UBOD blev etableret i 1985.

45. Se daværende ophavsretslovs § 54.

46. Parterne i sagen for Tvangslicensnævnet var på den ene side Copy-Dan Kabel-TV og UBOD, og på den anden side Generaldirektoratet for Post- og Telegrafvæsenet sammen med Københavns Telefon Aktieselskab, Fyns kommunale Telefonselskab og Jydske Telefon-Aktieselskab.

47. Nævnet bestod af to højesteretsdommere samt kontorchef Willy Weincke fra Kulturministeriet.

48. Jf. Bernerkonventionens art. 11 bis (2) og ovenfor afsnit 1.1.

betragtning, at “spredningen af udenlandske programmer har et vist sekundært præg i forhold til spredningen af de danske programmer, for hvilke kabelabonnenterne gennem licensbetaling til DR dækker de fulde omkostninger ved programmernes produktion og distribution”, og at det samlede vederlag, som pålægges den enkelte kabelabonnent “ikke bør overstige en vis mindre procentdel af, hvad der betales i licens til DR for eksistensen af de danske programmer”.

Nævnet fastsatte herefter tariffen som degressiv, dvs. jo flere kanaler, der viderespredes, des lavere er vederlaget per kanal. Tariffen indebar et lavere vederlag end det, som teleselskaberne efter deres påstand i sagen havde været rede til at betale, og en anden tarifstruktur end den, som Copydan og UBOD havde nedlagt påstand om.⁴⁹ Denne dygtigt formulerede tarif fastsat af nævnet, som omfattende vederlaget fra § 22 a’s ikrafttræden den 1. juli 1985, var bæredygtig og har med årlig indeksering samt tillæg for nye udnyttelser været anvendt lige siden, også den dag i dag.

En voldgiftskendelse af 8. februar 1989 afgjorde fordelingen af vederlaget mellem de forskellige rettighedshavergrupper, dvs. UBOD, producentgruppen, Koda, Dansk Skuespillerforbund, forfattere/dramatikere, fotografer, journalister, instruktører, scenografer osv.,⁵⁰ hvilken fordelingsnøgle har været anvendt siden, i lighed med tariffen.

Internationale tv-kanaler, som blev viderespredt i Danmark, og som havde klareret alle rettigheder til viderespredningen, på nær musikken, var ikke med i UBOD, hvorfor alene Koda indgik aftale med kabeloperatørerne for disse tv-kanaler, der havde indgået selvstændige aftaler med kabeloperatørerne. Disse kanaler blev derfor kaldt Koda-kanaler, nu musik-tv-kanaler. Sidenhen kom også de såkaldte mellemgruppekanaler til, hvor der manglede klaring af yderligere rettigheder ud over musikken, hvilket Copydan tog sig af, og hvor tv-stationen ligeledes indgik en selvstændig aftale med kabeloperatøren. Disse musik-tv- og

49. Det kunne nævnet gøre, fordi det ikke er en domstol, der er bundet af parternes påstande, men et administrativt organ.

50. Under voldgiftssagen gjorde de øvrige rettighedshavergrupper gældende, at tv-stationernes signalret var en ren forbudsret, som ikke gav tv-stationerne en selvstændig ret til vederlag. Voldgiftsretten fastslog imidlertid, at signalretten gav en selvstændig ret til vederlag i tillæg til vederlagsret for de erhvervede rettigheder.

mellemgruppe-kanaler er med andre ord ikke omfattet af den samme “one-stop shop” klarering som Copydan/UBOD-kanalerne.⁵¹

2. 1989: Tilføjelse til § 22 a

I 1989 indsattes et nyt stk. 4 i § 22 a om, at vederlagskravet påhviler ejeren af anlægget, og at Kulturministeriet kan fastsætte nærmere regler om vederlagsopkrævningen.⁵² Det dagældende stk. 4 blev til stk. 5. Det nye stk. 4 lød:

“Vederlagskravet påhviler ejeren af anlægget. Er det vederlag, som ejeren skal betale, fastsat som et beløb pr. tilslutning, er brugeren af den enkelte tilslutning pligtig at betale ejeren et beløb, som svarer dertil. Kulturministeren kan fastsætte nærmere regler om vederlagsopkrævningen.”

I lovbemærkningerne lød forklaringen:

“Den i 1985 gennemførte licensordning for kabelspredning m.v. af radio- og fjernsynsprogrammer har på enkelte punkter givet anledning til vanskeligheder i praksis. Det drejer sig bl.a. om spørgsmålet, hvem der er forpligtet til at udrede det samlede vederlag for spredningen af radio- og fjernsynsprogrammer over et radio- eller kabelanlæg. Af motiverne fremgår det, at det samlede ophavsretlige vederlagskrav efter § 22 a, stk. 2, påhviler den for et anlæg ansvarlige ejer, som har den faktiske og retlige dispositionsret over anlægget. På baggrund af det rejste spørgsmål finder ministeriet det rigtigst at foreslå, at det i selve lovteksten til § 22 a præciseres, at vederlagskravet påhviler ejeren af anlægget. [...]

Fra Copy-Dan's side har der været udtrykt ønske om, at § 22 a suppleres med en bestemmelse om, at ejeren af anlægget skal være forpligtet til at underrette Copy-Dan om forskellige forhold af betydning for vederlagsopkrævningen, som fx antallet af tilslutninger og programspredningens omfang. Selv om der efter ministeriets opfattelse ikke på nuværende tidspunkt er dokumenteret et tilstrækkeligt behov for en sådan be-

51. Se kanaloversigt med alle kanalerne i dag, både Copydan/UBOD-kanaler, mellemgruppe-kanaler og musik-tv-kanaler her: <<https://www.copydan-verdenstv.dk/media/2544/kanaloversigt-a-z-2021.pdf>> (besøgt den 28. december 2020).

52. Lovforslag nr. L 132, fremsat den 8. december 1988 og vedtaget af Folketinget ved 3. behandling den 23. maj 1989. Lov nr. 378 af 7. juni 1989 om ændring af ophavsretsloven, der trådte i kraft den 10. juni 1989.

stemmelse, finder man det rigtigst, at der også på dette punkt skabes hjemmel for, at der senere administrativt kan fastsættes nærmere regler om oplysningspligt.⁵³

3. 1995: § 22 a bliver til § 35 og ændret

I 1995 blev § 22 a ændret en smule og flyttet til § 35 i forbindelse med en større ophavsretsreform.⁵⁴ Den ændrede formulering skyldtes SatCab-direktivet,⁵⁵ som også krævede yderligere ændringer, men man nøjedes i første omgang med at tilføje et nyt stk. 5 om, at bestemmelsen i stk. 1 om samtidig og uændret viderespredning af radio- og tv-udsendelser i kabelanlæg mv. ikke finder anvendelse på udsendelser, der foretages via kommunikationssatellitter, medmindre der samtidig sker direkte udsendelse til almenheden, samt ikke finder anvendelse på udsendelser, som sker i kodet form.

SatCab-direktivet krævede, at medlemsstaterne indførte en aftalelicenslignende ordning, men det blev anført i lovbemærkningerne, at den gældende tvangslicensordning efter Kulturministeriets vurdering burde opretholdes indtil udgangen af 1997, som direktivet tillod, for at “benytte den mellemliggende tid til en nærmere undersøgelse af, på hvilken måde den fremtidige ordning skal tilrettelægges”.⁵⁶

Den nye § 35 – som derfor havde samme ordlyd som den hidtidige § 22 a, blot med tilføjelse om kommunikationssatellitter i stk. 5 – og med flytning af sidste punktum i stk. 4 og det hidtidige stk. 5 til andetsteds i loven⁵⁷ – lød som følger:

53. Folketingstidende 1988-89, 2. saml., Tillæg A, sp. 3220 og 3222.

54. L 119, Forslag til lov om ophavsret, fremsat den 18. januar 1995, og vedtaget ved 3. behandling den 2. juni 1995; lov nr. 395 af 14. juni 1995.

55. 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.

56. Folketingstidende 1994-95, Tillæg A, s. 1369 (bemærkninger til § 35).

57. Kulturministeriets hjemmel til at fastsætte nærmere regler om vederlagsopkrævningen, i sidste punktum i stk. 4, blev overført til den generelt formulerede bestemmelse i § 47, stk. 2, ligesom forældelsesreglen i § 22, stk. 5, blev overført til den generelt formulerede forældelsesregel i § 49.

“Værker, som udsendes i radio eller fjernsyn, må fordeles over kabelanlæg og videreudsendes til almenheden ved hjælp af radioanlæg, når dette sker uden ændringer og samtidig med, at udsendelsen finder sted.

Stk. 2. Ophavsmanden har krav på vederlag. Dette gælder dog ikke, når radio- eller fjernsynsudsendelser modtages ved hjælp af egen fællesantenne og fordeles over kabelanlæg, som ikke omfatter mere end 25 tilslutninger i en bygning eller i en gruppe af nærliggende bygninger.

Stk. 3. Vederlagskravet kan kun gøres gældende af en af kulturministeren godkendt fællesorganisation, som omfatter ophavsmænd, udøvede kunstnere og andre rettighedshavere, herunder radio- og fjernsynsforetagender og fotografer, hvis værker, præstationer, frembringelser og billeder anvendes i radio- og fjernsynsudsendelser i Danmark.

Stk. 4. Vederlagskravet påhviler ejeren af anlægget. Er det vederlag, som ejeren skal betale, fastsat som et beløb pr. tilslutning, er brugeren af den enkelte tilslutning pligtig at betale ejeren et beløb, som svarer dertil.

Stk. 5. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse på udsendelser i radio og fjernsyn, som foretages via kommunikationssatellitter, medmindre der samtidig sker direkte udsendelse til almenheden, samt på udsendelser, som sker i kodet form.”

4. 1997: § 35 ændres fra en tvangs- til en aftalelicensordning

I 1997 blev der i forbindelse med gennemførelse af SatCab-direktivet foretaget en større ændring af § 35, der trådte i kraft den 1. januar 1998.⁵⁸

4.1. Aftalelicensen

Som det fremgår af lovbemærkningerne:⁵⁹

“Tvangslicensordningen i den gældende lovs § 35 for kabelviderespredning m.v. af radio- eller fjernsynsudsendelser foreslås omlagt til en aftalelicensordning [...]. Ændringen er nødvendig som følge af art. 8, stk. 2, i satellit- og kabeldirektivet. Efter art. 8, stk. 2, skal tvangslicensordninger på kabelområdet være afskaffet inden den 1. januar 1998 og erstattet af en eneretsordning baseret på kollektiv rettighedsforvaltning (art. 9).

58. Lov nr. 1207 af 27. december 1996. Lovforslag nr. L 77 blev fremsat den 20. november 1996 af kulturministeren (Jytte Hilden).

59. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 1926.

Den siden 1985 gældende tvangslicensordning for kabelviderespredning har efter Kulturministeriets opfattelse fungeret tilfredsstillende for såvel rettighedshavere som brugere. De væsentligste træk i ordningen foreslås derfor videreført i den nye aftalebaserede ordning. Dette indebærer navnlig, at de organisationer, som varetager rettighedshavernes interesser over for kabelanlæggene, fortsat skal være undergivet offentlig kontrol. Der bør endvidere – i tilfælde af uenighed mellem brugerne og rettighedshaverne – fortsat være mulighed for en administrativt bindende nævnsafgørelse i tilfælde, hvor en kabelspredning nægtes uden rimelig grund eller tilbydes på urimelige vilkår.”

Aftalelicens var kendt fra andre områder:

“Forslaget indebærer, at tvangslicensen [...] ændres til en aftalelicensordning svarende til, hvad der efter ophavsretslovens § 50 gælder på en række andre brugerområder, fx for radiofoniernes udsendelsesrettigheder (§ 30), optagelser til undervisningsbrug, fotokopiering m.v. (§§ 13-14 og § 17, stk. 3).”⁶⁰

Som kulturminister Jytte Hilden (S) tilkendegav ved fremsættelsen af lovforslaget:

“Omlægningen indebærer, at der for fremtiden skal indgås aftaler mellem rettighedshaverne og brugerne om kabelspredning af radio- og fjernsynsudsendelser.”⁶¹

Der var stor opbakning til lovforslaget. Ved 1. behandlingen tilkendegav Jytte Wittrock (S):

“[...] ændring [...] gælder for det, der hidtil har været kendt som tvangslicensordningen, og som har sikret rettighedshaverne et vederlag for radio- og tv-programmer, der spredes gennem kabelnet. Den har fungeret ganske upåklageligt i den periode på 11 år, hvor den har eksisteret.

Ordningen kan derfor videreføres på basis af en ny struktur, nemlig aftalelicensen. [...] Det er i fuld overensstemmelse med Socialdemokratiets grundlæggende holdning, nemlig at rettighedshavere og brugere

60. *Ibid.*, s. 1932.

61. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 1965, skriftlig fremsættelse (20. november 1996).

selv forhandler aftaler på plads; vi er således enige i hensigten med forslaget.”⁶²

Lars Løkke Rasmussen (V) tilsluttede sig også:

“[...] implementering af de to nævnte EF-direktiver,⁶³ kan vi naturligvis give vores tilsagn. Vi har en række teknisk betonedede spørgsmål, som vi vil vende tilbage til under udvalgsarbejdet, men vi medvirker naturligvis gerne til at få loven rettet ind efter de forpligtelser, vi har påtaget os via vores EU-medlemskab.”⁶⁴

Samt Brian Mikkelsen (KF):

“[...] er der imidlertid ikke meget at kigge nærmere på. Det er udslag af EU-retlig regulering og vel at mærke på en måde, som vi i Det Konservative Folkeparti godt kan tilslutte os.

Da man ikke har særlig dårlige erfaringer med tvangslicensordningen på rettighedsområdet, lægger lovforslaget op til, at man fortsætter med en række af de regler, der gælder allerede nu. [...]

Vi skal blot fra konservativ side understrege [...] at man hele tiden selvfølgelig skal have konkurrencesituationen for øje, så vi ikke kommer i en situation, hvor man tilsidesætter konkurrenceretlige hensyn og princippet om ikkediskrimination.”⁶⁵

Aage Frandsen (SF) var bare lidt ærgerlig over, at det skulle komme fra EU:

“Med hensyn til [...] punkt om at erstatte den gældende tvangslicensordning med en aftalelicens synes vi, det er rigtigt. Vi undrer os bare over, hvorfor det er EU, der skal komme og bestemme, at vi skal gøre det. Man kunne lige så godt gå ordningerne igennem og se, om det er noget, vi selv synes er rigtigt, og så skulle man lave det. Men bare fordi EU siger det, mener vi altså ikke, at det skal afholde os fra at sige god for det, og jeg vil sige, at vi synes, ideen, som den ligger her, er rigtigt.”⁶⁶

62. Folketingstidende 1996-97, Forhandlingerne side 2153.

63. Det andet direktiv, som blev implementeret sammen med SatCab-direktivet, var udlejnings- og udlånsdirektivet.

64. 1. behandling – møde 31. Folketingstidende 1996-97, Tillæg F, s. 2154.

65. *Ibid.*, s. 2155.

66. *Ibid.*

Selv Kim Behnke (FP) tilsluttede sig, måske lidt modvilligt:

“Vi kan kun tilslutte os, at de tvangslicensordninger, som Fremskridts-partiet har været modstandere af, nu bliver til aftalelicens i stedet for. I den forbindelse vil vi i udvalgsarbejdet have undersøgt, hvilke ændringer det giver i det absurde paradoks, at folk, der betaler tv-licens til Danmarks Radio og TV 2, hvis de er koblet på kabel-tv, betaler til det en gang til via Copy-Dan-afgiften.”⁶⁷

Eigil Møller (DF) var også på:

“Alt i alt er det positive forbedringer på dette område. Derfor kan Dansk Folkeparti støtte lovforslaget.”⁶⁸

Hvad aftalelicens mere præcist indebærer i forhold til den nye § 35 blev i lovbemærkningerne uddybet derhen, at:

“Forslaget indebærer, at den foreslåede nye aftalelicensordning i lovens § 35 [...] indføres i lovens § 50, som indeholder de almindelige bestemmelser, som er fælles for lovens aftalelicensbestemmelser. Dette indebærer, at organisationer, som fremtidig vil indgå aftaler om videreudsendelse over kabelanlæg, skal omfatte en væsentlig del af danske rettighedshavere til en bestemt art af værker. Aftalelicensen giver i hovedsagen kabelanlæggene ret til at udnytte værker af ikke-repræsenterede ophavsmænd, herunder også udenlandske ophavsmænd, på samme måde og på samme vilkår, som er fastlagt i den med organisationen indgåede aftale. Dette gælder, uanset om den aftalesluttende danske organisation arbejder på grundlag af fuldmagter fra udenlandske ophavsmænd eller ikke. De aftalesluttende organisationer skal godkendes af kulturministeren.”⁶⁹

4.2. Forholdet til nationale rettighedshavere

Der blev undervejs rejst spørgsmål om lovligheden af kravet om organisationernes nationale rettighedshavere:

67. 1. behandling – møde 31. Folketingstidende 1996-97, Tillæg F, s. 2156.

68. *Ibid.*

69. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 1937 (bemærkninger til nr. 12). Vedrørende betaling til Danmarks Radio og TV2 se afsnit 4.2.

“I bemærkningerne til [... § 35] i lovforslaget [bemærkningerne fremgår af citatet lige ovenfor] [...] anføres det, at organisationer [...] skal omfatte en væsentlig del af danske rettighedshavere til en bestemt art af værker. Mener ministeren ikke, at dette udsagn strider imod EUs antidiskriminationsbestemmelser?”⁷⁰

Ministeren (Jytte Hilden) svarede bl.a.:

“Efter den gældende ophavsretslovs § 50, stk. 2, giver aftalelicensen kun brugeren ret til at benytte de ikkerepræsenterede ophavsmænds værker på samme måde og på de samme vilkår, som følger af den aftale, der er indgået med organisationen. Det følger af denne bestemmelse, at udenlandske ophavsmænd, som ikke er repræsenterede af den aftalesluttende organisation, ikke får en dårligere retsstilling end de ophavsmænd, som er repræsenteret af organisationen.

Det fremgår endvidere af satellit- og kabeldirektivets art. 8, stk. 1, og art. 9, stk. 2, at medlemsstaterne på dette område skal gennemføre en eneretsordning baseret på kollektiv rettighedsforvaltning. Det må således anses at være i overensstemmelse med direktivet, at rettighederne kan klareres på grundlag af en aftalelicensordning.

En stort set tilsvarende ordning har i en årrække været gældende i de andre nordiske lande.

Jeg finder på denne baggrund ikke, at bestemmelsen i lovforslagets [... § 35], om de organisatoriske forudsætninger for den nye ordning er i strid med det EU-retlige ikke-diskriminationsforbud.”

Der blev fra brugerside (FDA) stillet forslag om en undtagelse for klarering af rettigheder til nationale programmer, men ligesom i 1985, hvor man overvejede spørgsmålet, nåede Kulturministeriet frem til, at danske ophavsmænd skulle være omfattet af bestemmelsen, således at der ikke skete nogen ændringer på dette punkt:

“Forslaget til stk. 1, omfatter – ligesom den gældende tvangslicensordning – i overensstemmelse med Bernerkonventionens art. 11 bis enhver udsendelse i radio eller fjernsyn, uanset om der er tale om danske eller udenlandske programmer. Under høringen har Forenede Danske Antenneanlæg (FDA), Tele Danmark, Kommunernes Landsforening og Boligselskabernes Landsforening stillet forslag om, at danske udsendelser undtages fra den nye aftalelicensordning. Kulturministeriet kan ikke

70. Spørgsmål nr. 11, Kulturudvalget, L 77 – bilag 25.

være enig i det fremsatte forslag. De konventionsmæssige, mediepolitiske og praktiske grunde, som i 1985 ledte til, at den gennemførte tvangslicensordning kom til at omfatte enhver udsendelse i radio og fjernsyn, uanset om der er tale om danske eller udenlandske programmer, taler efter ministeriets opfattelse med samme styrke for, at dette også bør gælde for den foreslåede nye aftalelicensordning.”⁷¹

Spørgsmålet fra FDA kom igen op som spørgsmål til ministeren, idet FDA stillede forslag om, at:

“I lov om ophavsret indføres en bestemmelse, som friholder kabel-distributionen af programmer omfattet af must-carry-forpligtelsen for yderligere klareringer, når denne distribution sker på danske antenneanlæg. Friholdelsen er en naturlig følge af, at rettighederne i sådanne programmer allerede er klareret fuldt ud af de ansvarlige radiofonier for så vidt angår alle danske lyttere og seere.”

Ministeren svarede:

“Dette spørgsmål blev indgående overvejet i forbindelse med indførelsen af tvangslicensordningen, som blev gennemført af et bredt flertal i Folketinget i 1985. I bemærkningerne til § 22 a i den daværende ophavsretslov, som svarer til den gældende ophavsretslovs § 35, afviste Kulturministeriet at foreslå en friholdelse af nationale programmer med følgende begrundelse [...] [herefter en gengivelse af bemærkningerne citeret ovenfor i afsnit 1.1].”⁷²

4.3. Det nærmere anvendelsesområde

Man inkluderede i § 35 igen udsendelser, som sker i kodet form, som i 1995 var blevet undtaget i stk. 5:

“Da den i direktivets kap. 3 gennemførte ordning for kabelretransmission i sin kerne er en aftalebaseret ordning, synes de hensyn, som har ført til at undtage kodede programmer fra den gældende tvangslicensordning, ikke på samme måde at gøre sig gældende i forbindelse med en aftalelicens. Det foreslås derfor, at viderespredning af kodede udsendelser på basis af en aftalelicens undergives samme regler, som efter direkti-

71. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 1933.

72. Spørgsmål nr. 3, Kulturudvalget, L 77 – bilag 11.

vets kap. 1 gælder for rettighedsklarering af initial udsendelsesvirksomhed. Kodede udsendelser vil således være omfattet af aftalelicensordningen i alle tilfælde, hvor afkodningsudstyr af radio- eller fjernsynsforetagendet eller med dettes samtykke er stillet til rådighed for almenheden, uanset hvor dette måtte være sket.

Anvendelsesområdet for aftalelicensen vil herefter i almindelighed være begrebet 'udsendes i radio eller fjernsyn', således som dette begreb er nærmere fastlagt i bemærkningerne til ophavsretslovens § 2.⁷³

Kabelfødte programmer var fortsat ikke omfattet:

“På et enkelt punkt er anvendelsesområdet for den nye aftalelicens snævrere end begrebet 'udsendes i radio og fjernsyn' i ophavsretslovens § 2. Det drejer sig om såkaldt 'kabelfødte programmer', dvs. videreudsendelse af udsendelser, som primært er udsendt via kabel. Efter ministeriets opfattelse er der ikke noget behov for at regulere rettighedsforholdene for samtidig videreudsendelse af programmer mellem forskellige kabelanlæg. Med ordet 'trådløst' præciseres det, at aftalelicensen for videreudsendelse ikke gælder, når den oprindelige udsendelse er sket over et kabelanlæg.”⁷⁴

Men man fastslog, at det var ligegyldigt, hvad det var for et signal, der faktisk blev anvendt til videreudsendelsen:

“Det er i øvrigt uden betydning, på hvilken måde det signal, der anvendes til videreudsendelse, modtages. I de fleste tilfælde modtages signalet trådløst, men også videreudsendelse af udsendelser i radio og fjernsyn, som sker på basis af en lukket langdistancefremføring, fx via langdistancekabel eller radiokæde, vil være omfattet af aftalelicensen, forudsat de pågældende udsendelser samtidig udsendes trådløst til almenheden her i landet eller andetsteds.”⁷⁵

73. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 1932.

74. *Ibid.*, s. 1932-33.

75. *Ibid.* Denne angivelse er vigtig, idet Norge ikke havde en tilsvarende angivelse i sine lovbemærkninger, hvilket førte til, at den norske Høyesterett i 2016 i en sag mellem Norwaco og Get fastslog, at den omhandlede udnyttelse ikke var omfattet af den tilsvarende norske aftalelicensbestemmelse på området, men at der var tale om en primær udsendelse (som da ikke var klareret, og der ikke var klareringsmulighed for under aftalelicensen).

Se nu også SatCab II-direktivets Art. 2, nr. 2, litra a, om, at der foreligger retransmission “uanset hvordan den part, der foretager retransmission, får adgang til

En anden ændring var, at tv-stationerne blev fjernet fra licensbestem-
melsen i loven:

“Forslaget til stk. 1, 2. pkt, hvorefter aftalelicensordningen ikke skal gælde for rettigheder, som indehaves af radio- og fjernsynsforetagender, er en konsekvens af satellit- og kabeldirektivets art. 10. Efter art. 10 er det ikke muligt at pålægge radio- og fjernsynsforetagender, at de skal lade deres rettigheder udøve gennem en rettighedshaverorganisation. Dette indebærer, at den enkelte kabeldistributør – medmindre andet kan aftales – må indgå individuelle aftaler med radio- og fjernsynsforetagenderne om retten til videreudsendelse af deres udsendelser over kabelanlæg m.v.”⁷⁶

Tv-stationsrettigheder, som var undtaget fra aftalelicensen, omfattede både signalretten og erhvervede rettigheder.⁷⁷ Undtagelsen indebar dog ikke noget i praksis, idet samarbejdet, der var blevet etableret i 1985, mellem Copydan og UBOD fortsatte, hvorved man opfyldte ønsket fra politisk hold om smidig klaringsmulighed for kabeloperatørerne.

Desuden blev grænsen for licenseringsordningens nedre anvendelsesområde ændret fra 25 tilslutninger til 2 tilslutninger:

“Under høringen har forslaget [om ændring af grænsen for betalingsfritagelse fra 25 til 2 tilslutninger] fået støtte fra Boligselskabernes Landsforening, Copy-Dan, Forenede Danske Antenneanlæg, Stofa, Tele Danmark og Kommunernes Landsforening. Det anføres blandt andet, at den nuværende grænse på 25 tilslutninger medfører en forvridding af konkurrencen til fordel for modtagelse af radio- og fjernsynsudsendelser ved hjælp af parabolantenne. [...]”

Hovedformålet med den gældende 25-tilslutningsgrænse har været gennem en lovgivningsmæssig præcisering af, hvornår der skal klareres rettigheder i forbindelse med kabelviderespredning, at undgå unødige

de programbærende signaler fra TV- eller radioselskabet med henblik på retransmission”.

76. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 1933.

77. Jf. SatCab-direktivet artikel 10's angivelse af, at den tvungne licensering af kabelviderespredningsrettigheder gennem forvaltningsselskaber (aftalelicens) ikke gælder for radio- og tv-selskaber, “uanset om der er tale om dets egne rettigheder, eller der er tale om rettigheder, som andre rettighedshavere har overdraget selskabet”. Se også citat fra 2014-lovbemærkningerne om, at tv-stationers rettigheder er undtaget fra aftalelicens, gengivet afsnit 5.2.

og langvarige retstvister mellem rettighedshavere og brugere. Da dette formål lige vel kan opnås ved en lavere grænse end 25 tilslutninger, finder Kulturministeriet at burde imødekomme ønsket om en lavere grænse. På denne baggrund foreslås det i § 35, stk. 2, at værker, der indgår i en trådløs radio- eller fjernsynsudsendelse, som modtages ved hjælp af egen antenne, må videreudsendes over kabelanlæg, som ikke omfatter mere end 2 tilslutninger. Forslaget vil medføre, at den danske undergrænse for rettighedsklarering i forbindelse med kabelviderespredning stort set kommer på linie med, hvad der i dag gælder i Storbritannien og Holland.”⁷⁸

Man beholdt også kabelanlægsejerens ansvarlighed for vederlagsbetalingen og slutbrugerens afregning til ejeren men præciserede, at der ikke betales vederlag i forbindelse med de nyere muligheder for at vælge forskellige pakker eller kodede kanaler, hvis de ikke er valgt af den pågældende slutbruger:

“Forslaget til stk. 3, 1. pkt., hvorefter ejeren af et kabelanlæg er ansvarlig for, at der indgås de fornødne aftaler efter stk. 1, i forbindelse med viderefordeling af radio- og fjernsynsudsendelser over kabelanlægget, svarer til den gældende lovs § 35, stk. 4. Det samme gælder forslaget i stk. 3, 2. pkt., om, at brugeren af den enkelte kabeltilslutning er pligtig at foretage afregning med ejeren af kabelanlægget i tilfælde, hvor det vederlag, som ejeren skal betale efter en indgået aftale eller en kendelse fra Ophavsretslicensnævnet, er fastsat som et beløb pr. tilslutning. [...]

På baggrund af synspunkter fremsat af Forenede Danske Antenneanlæg i foreningens hørings svar finder Kulturministeriet det rigtigt at præcisere, at forslaget til § 35, stk. 3, ikke omfatter situationer, hvor de enkelte tilslutninger til et kabelanlæg ved såkaldt ‘pakkevalg’ eller brug af dekodere i anlægget har fravalgt givne radio- eller fjernsynsprogrammer, som i øvrigt er til rådighed over kabelanlægget.”⁷⁹

4.4. Vedtagelse

Lovforslaget blev vedtaget ved 3. behandling den 20. december 1996 og samtlige partier stemte for, på nær EL (Enhedslisten) som stemte imod, men ikke pga. § 35.

78. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 1933.

79. *Ibid.*, s. 1934.

§ 35, nu med en aftalelicens i stedet for tvangslicens, lød herefter som følger:

“Værker, som udsendes trådløst i radio eller fjernsyn, må samtidig og uændret videreudsendes over kabelanlæg og på samme måde videreudsendes til almenheden ved hjælp af radioanlæg, såfremt betingelserne for aftalelicens efter § 50 er opfyldt. Bestemmelsen i 1. pkt. gælder ikke for rettigheder, som indehaves af radio- og fjernsynsforetagender.

Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1 må værker, der indgår i en trådløs radio- eller fjernsynsudsending, som modtages ved hjælp af egen antenne, videreudsendes over kabelanlæg, som ikke omfatter mere end 2 tilslutninger.

Stk. 3. Ejeren af et anlæg, som nævnt i stk. 1, er ansvarlig for, at der træffes aftale om videreudsendelse af radio- og fjernsynsudsendinger over anlægget. Er et vederlag, som ejeren skal betale efter en aftale indgået i overensstemmelse med stk. 1 eller en kendelse fra Ophavsretslicensnævnet efter § 48, stk. 1, fastsat som et beløb pr. tilslutning, er brugeren af den enkelte tilslutning pligtig at betale ejeren et beløb, som svarer dertil.”

I det nye årti, dvs. årtusinde, efter vedtagelsen blev trådløs videreudsendelse udbredt og Copydan, Koda⁸⁰ og UBOD indgik aftaler med tv-distributører om videreudsendelse over satellit, DTT- og mobilnetværkerne. Desuden blev aftaler om nye former for kabelvidereudsendelse som f.eks. IPTV indgået under § 35-ordningen. Det kunne ske, fordi § 35's begreber videreudsendes over “kabelanlæg” og “radioanlæg” i overensstemmelse med dansk tradition for teknologineutral fortolkning af ophavsretten kunne omfatte også nye former for videreudsendelse per kabel (tråd) og trådløst, selvom bl.a. IPTV ikke eksisterede ved lovbestemmelsens vedtagelse i 1996.⁸¹

80. Copydan og Koda er hver for sig godkendt af Kulturministeriet for § 35 aftalelicens, jf. aftalelicensgodkendelser på <<https://kum.dk/kulturomraader/aftalelicensgodkendelser>> (besøgt den 26. marts 2021).

81. Anderledes var det i Tyskland, hvor en dom fastslog, at IPTV ikke var omfattet af en tilsvarende tysk bestemmelse om kollektiv forvaltning indført i forlængelse af SatCab-direktivet, fordi IPTV var en ny teknologi i forhold til den form for kabelvidereudsendelse, der eksisterede ved bestemmelsens vedtagelse.

5. 2014: § 35 udvides til on-demand udnyttelse mv.

I 2014 blev § 35 udvidet til at omfatte tredjemands on demand-udnyttelse og andre former for gengivelse af indholdet i radio- og tv-udsendelser. Nye bestemmelser i stk. 4-7 blev således tilføjet herom i § 35, med ikrafttræden den 29. oktober 2014.⁸² Forslaget til udvidelse af § 35 blev vedtaget ved 3. behandlingen den 27. maj 2014, hvor samtlige stemte for.

5.1. Ajourføring af ordningen giver lovgivningsmæssig opbakning

Allerede ved 1. behandlingen den 18. februar 2014 var der stor opbakning til at ajourføre ordningen.⁸³ Eyvind Vesselbo (V) udtalte:

“Vi finder det [...] hensigtsmæssigt at opdatere ophavsretslovens § 35, så den er tilpasset den teknologiske udvikling, hvorved det bliver lettere og mere gennemskueligt at distribuere radio, tv og tv-programmer på on demand-tjenester. Brugen af on demand-tjenester og streaming er kommet for at blive, og derfor er det helt afgørende, at lovgivningen er tilpasset den nye digitale virkelighed og ikke fortsat kun forholder sig til såkaldt flow-tv.”

Og Troels Ravn (S):

“I forhold til viderespredning af radio- og tv-udsendelser vil jeg sige, at den del af loven har til formål at tilpasse aftalelicensen om viderespredning af radio- og tv-udsendelser med den teknologiske udvikling, og der er særlig fokus på at inkludere muligheden for tredjemandsudnyttelse, primært on demand-tjenester, inden for aftalelicensens rammer. [...] Det mener Socialdemokraterne er yderst fornuftigt, og vi støtter forslaget.”

Selv Alex Ahrendtsen (DF), som mukkede lidt, var for § 35-forslaget:

82. Lov nr. 741 af 25. juni 2014 om ændring af lov om ophavsret (Visse tilladte anvendelser af forældreløse værker og ændring af aftalelicensbestemmelsen vedrørende kabelviderespredning). Fremsat den 29. januar 2014 af kulturministeren (Marianne Jelved).

83. Samling 2013-14. Se <<https://www.ft.dk/samling/20131/lovforslag/L123/BEH1-53/forhandling.htm>>.

“Det er måske ikke så overraskende, at både Venstre og Socialdemokratiet støtter dette lovforslag, i og med at de jo også i denne sag har EU-sukker på som forventeligt. Vi er ikke så optimistiske og positive i Dansk Folkeparti [...]

Så omhandler lovforslaget også § 35 om tv efter behov, altså on demand-tjenester, og flere beføjelser til Ophavsretslicensnævnet. [...] den ting støtter vi.”

Ligesom Özlem Sara Cekic (SF) var for:

“[...] vi støtter lovforslaget om ændring af loven om ophavsret. Vi synes, det er positivt [...] at § 35 udvides til at tage højde for den teknologiske udvikling.”

Samt Jørgen Arbo-Bæhr (EL):

“Et langt stykke hen ad vejen synes jeg egentlig at det er et rimelig godt forslag, som omhandler ophavsretten. Det handler jo bl.a. om en ændring af aftalelicensen, når man viderespreder radio- og tv-udsendelser i kabelanlæg osv., ligesom det handler om on demand-udnyttelse, når man optræder som tredjemand, hvilket virker som en god og fleksibel løsning.”

Og Lars Barfoed (KF):

“[...] er der jo simpelt hen tale om at ajourføre lovgivningen til den teknologiske udvikling, der sker, til danskernes adfærd i forhold til tv, hvor vi jo ser, at on demand-tv bliver mere og mere brugt. Jeg synes, det er helt fornuftigt, at vi gør det, og derfor kan vi [...] støtte lovforslaget.”

Kulturministeren, Marianne Jelved, rundede af med at gentage, at formålet var at ajourføre bestemmelsen:

“[...] foreslås det at gøre ophavsretslovens § 35 mere tidssvarende, så den tager højde for den måde, som tv- og radioprogrammer anvendes på i dag. Den nuværende § 35 er sidst revideret i 1996, hvor den elektroniske verden var en helt anden, end den er i dag. Det var f.eks. ikke almindeligt at få adgang til beskyttet indhold on demand eller at vise tv-udsendelser i butikslokaler. Den foreslåede ændring af § 35 betyder, at bestemmelsen bliver ajourført til den digitale verden, og konkret sker det ved at gøre det nemmere for brugerne og rettighedshaverne at indgå aftaler om nye former for anvendelse af tv- og radioprogrammer.”

Lovbemærkningerne forklarede indledende generelt om aftalelicensbestemmelsen i § 35:

“Begrundelsen herfor er, at radio- og tv-udsendelser indeholder et stort antal værker og andre beskyttede frembringelser, som det ikke er muligt at klarere på individuelt basis. Aftalelicenskonstruktionen muliggør, at alle involverede rettigheder klareres kollektivt via en rettighedshaverorganisation, der repræsenterer en væsentlig del af ophavsændene til de værker, der anvendes. Aftalelicensordningen administreres i praksis af Copydan Verdens-TV, som forestår opkrævning af vederlag for viderebredningen.”⁸⁴

Baggrunden for forslaget var de seneste års teknologiske udvikling:

“[...] blev § 35 senest revideret i forbindelse med lov nr. 1207 af 27. december 1996. Den teknologiske udvikling går hurtigt, og den nye teknologi rummer nye måder at stille indhold til rådighed på. Dette er nye måder, som både radio- og fjernsynsforetagender og tv-distributører ønsker at anvende og ser som et væsentligt element i deres virksomhed. Som eksempel kan nævnes fremkomsten af forskellige former for on demand-tjenester til f.eks. fladskærme, mobiltelefoner og tablets, hvor almenheden får adgang til indhold på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

Tv-brugen i dag er væsentligt ændret i forhold til dengang, § 35 blev gennemført. F.eks. stilles tv-udsendelser som supplement til genudsendelse i stigende omfang til rådighed on demand af tv-distributører. Bestemmelsen bør således moderniseres for at tage højde for den måde, tv konsumeres på i dag, hvor det ikke udelukkende sker ved sening af tv-udsendelserne samtidig med udsendelserne, men ofte sker tidsforskudt eller på andre platforme.”⁸⁵

Kulturministeriet vurderede, at

“[...] der er et stigende behov for at etablere en smidig måde for tredjemand til at klarere rettighederne til denne form for tjenester.”⁸⁶

Muligheden for licensering med aftalelicens, under den generelle aftalelicensbestemmelse, var allerede til stede, men Kulturministeriet var

84. Folketingstidende 2013-14, Tillæg A, s. 6, sp. 2 (Lovforslagets punkt 4.1.1 om “Gældende ret”).

85. *Ibid.*, sp. 1 (Lovforslagets punkt 3 om “Ændring af ophavsretslovens § 35”).

86. *Ibid.*

opmærksom på den lovgivningsmæssige opbakning, der ligger i en specifik aftalelicensbestemmelse:

“Der er tale om områder, der allerede omfattes af den generelle aftalelicens i § 50, stk. 2. Det foreslås, at den teknologiske udvikling på dette område bør udmøntes i, at disse former for anvendelse af radio- og tv-udsendelser ikke omfattes af den generelle aftalelicens, der har karakter af en opsamlingsbestemmelse. De specifikke aftalelicenser er udtryk for områder, hvor det findes af samfundsmæssig betydning, at der kan indgås kollektive aftaler med aftalelicensvirkning. Dette taler for en slags kodificering i form af, at aftalelicensen kommer til at fremgå af en specifik aftalelicensregel, hvilket skaber større åbenhed og gennemsigtighed for såvel brugere som rettighedshavere på et samfundsmæssigt vigtigt område som tv. Kulturministeriet vurderer, at dette vil bidrage til at højne danskernes forsyningssikkerhed på tv-området.”⁸⁷

5.2. De nye bestemmelser

Med det nye stk. 4 sikredes muligheder for at anvende de lineære, også kaldet flow-tv, udsendelser fra tv-stationer på nye måder. Som det fremgår af lovbemærkningerne:

“Der er i stk. 4 tale om udnyttelsesformer, der er accessoriske i forhold til den oprindelige radio- eller tv-udsendelse, men som Kulturministeriet ikke desto mindre vurderer kan have stor økonomisk betydning. Som eksempler kan nævnes

- samtidig og uændret tilgængeliggørelse uanset teknik på f.eks. internettet af radio- og tv-udsendelser, der måtte anses at falde uden for ophavsretslovens § 35, stk. 1,
- on demand-brug af radio- eller tv-udsendelser hos tv- og andre indholdsdistributører (herunder catch-up),
- tv- og andre indholdsdistributørers tjenester/medvirken i forbindelse med optagelse af tv-indhold og
- offentlig fremførelse af radio- og tv-udsendelser i butikker, restauranter og andre offentligt tilgængelige lokaler mv.”⁸⁸

87. Folketingstidende 2013-14, Tillæg A, s. 7, sp. 1 (Lovforslagets punkt 4.1.3. om “Kulturministeriets overvejelser og forslag”).

88. *Ibid.*

Kabelfødte programmer, som hidtil havde været undtaget, blev således også omfattet af § 35.

Eksemplarfremsending og tilrådighedsstillelse vil skulle ske i tidsmæssig tilknytning til udsendelsen, men det fortolkes dynamisk. Lovbemærkningerne forklarer, at

“Med ‘tidsmæssig tilknytning’ forstås, at on demand tilrådighedsstillingen af programmer sker indenfor en konkret afgrænset periode (f.eks. catch-up). Den foreslåede betingelse er udformet på en sådan måde, at den har en indbygget fleksibilitet, således at den kan tilpasses efter omstændighederne, herunder den teknologiske og markedsmæssige udvikling. Det vil i sidste ende være op til aftaleparterne at definere den konkrete afgrænsede periode.”⁸⁹

Det nye stk. 5, der angår anvendelse af udsendelser stillet til rådighed on demand, tilvejebringer:

“[...] en mulighed for, at tredjemand – f.eks. en tv-distributør – vil kunne stille indhold fra et radio- eller fjernsynsforetagende til rådighed on demand, når værket samtidig stilles til rådighed on demand af radio- eller fjernsynsforetagendet.”⁹⁰

Det, der svarer til kravet om “samtidig og uændret” vedrørende videreudsendelse, bliver vedrørende on demand til:

“Forslaget til § 35, stk. 5, betyder, at en tredjemand vil kunne foretage hel eller delvis spejling af et radio- og fjernsynsforetagendes on demand-tjenester. Tilrådighedsstillingen skal ske inden for samme tidsrum som radio- eller fjernsynsforetagendes tilrådighedsstillelse. Der vil således skulle være samtidighed mellem radio- eller fjernsynsforetagendes tilrådighedsstillelse og tredjemands tilrådighedsstillelse. Den foreslåede bestemmelse omfatter den situation, hvor det normalt er hele on demand tilbuddet, som skal spejles i tredjemands tjeneste. Det vil imidlertid være op til det enkelte radio- og fjernsynsforetagende at bestemme, hvorvidt det er hele on demand-tilbuddet, som skal spejles i tredjemands tjeneste, eller om det kan være dele heraf.”⁹¹

89. *Ibid.*, s. 16, sp. 2 (Lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser).

90. *Ibid.*, s. 7, sp. 1 (Lovforslagets punkt 4.1.3. om “Kulturministeriets overvejelser og forslag”).

Det nye stk. 6 drejer sig om mulighed for opt-out, hvilket ikke kendes fra stk. 1 i § 35, dvs.:

“I lighed med den generelle aftalelicens i ophavsretslovens § 50, stk. 2, skal det i stk. 4 og 5 være muligt for den enkelte ophavsmand at nedlægge forbud over for nogen af de aftalesluttende parter mod værkets udnyttelse, jf. den foreslåede § 35, stk. 6, fordi ophavsmanden ikke ønsker at være omfattet af aftalen.”⁹²

I henhold til det nye stk. 7 får Ophavsretslicensnævnet kompetence:

“[...] til at træffe afgørelse om, hvorvidt en organisation, der er godkendt efter § 50, stk. 4, til at indgå aftaler med aftalelicensvirkning omfattet af de foreslåede stk. 4 og 5, stiller urimelige vilkår for at indgå aftale. Nævnet kan fastsætte vilkårene, herunder vederlagets størrelse.”⁹³

Desuden er efter stk. 7 tv-stationers rettigheder undtaget fra aftalelicensen:

“I lighed med, hvad der gælder for kabelviderespredning og anden viderespredning efter § 35, stk. 1, vil radio- og fjernsynsforetagernes rettigheder ikke blive omfattet af aftalelicensen i stk. 4 og 5. Dette fremgår af den foreslåede § 35, stk. 6. Radio- og fjernsynsforetagender vil således fortsat have en uindskrænket eneret på disse områder, og et radio- eller fjernsynsforetagende skal som hidtil give udtrykkeligt samtykke i relation til signalretten og eventuelt erhvervede rettigheder for brug omfattet af stk. 4 og 5.”⁹⁴

De nye bestemmelser i § 35, stk. 4-7, lyder som følger:

“*Stk. 4.* Værker, som udsendes i radio eller fjernsyn, må på anden måde, end hvad der er bestemt i stk. 1, gengives af andre, såfremt betingelserne for aftalelicens efter § 50 er opfyldt. Eksemplarfremsættelse og tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, skal ske i tidsmæssig tilknytning til udsendelsen.

91. Folketingstidende 2013-14, Tillæg A, s. 17, sp. 1 (Lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser).

92. *Ibid.*, sp. 2.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

Stk. 5. Værker, der af et radio- eller fjernsynsforetagende stilles til rådighed på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, må stilles til rådighed af andre på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, når tilrådighedsstillelsen sker på samme måde og inden for samme tidsrum som radio- eller fjernsynsforetagendets tilrådighedsstillelse og betingelserne for aftalelicens efter § 50 er opfyldt. Eksemplarfremsstilling, der er nødvendig for tilrådighedsstillelsen, kan foretages.

Stk. 6. Bestemmelserne i stk. 4 og 5 gælder ikke, hvis ophavsmanden over for nogen af de aftalesluttende parter har nedlagt forbud mod værkets udnyttelse. Bestemmelserne gælder ikke for rettigheder, som indehaves af radio- og fjernsynsforetagender.

Stk. 7. Opstår der spørgsmål om, hvorvidt en organisation, der efter § 50, stk. 4, er godkendt til at indgå aftaler omfattet af stk. 4 eller 5, stiller urimelige vilkår for at indgå aftale, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47. Nævnet kan fastsætte vilkårene, herunder vederlagets størrelse.”

I årene efter vedtagelsen indgik Copydan, Koda og UBOD under ordningen aftaler med tv-distributører om en række digitale tjenester, såsom catch up-, on demand-, N-PVR- (gem TV), offline- og tv-stations streaming- (DR TV) tjenester. Dette var en fortsættelse af licenseringen påbegyndt nogle år forinden under den generelle aftalelicens, men efter vedtagelsen tog licensering af digitale tjenester rigtig fart. Andre tredjemandsudnyttelser som tv til offentlig visning under ordningen udviklede sig også.

6. 2021

Der er bred enighed om, at ordningen under § 35 er en succes. Den har sikret lovlige forhold, smidig klarering af samtlige involverede rettigheder og vederlag til rettighedshavere. Det har samtidig indebåret, at konflikter om rettighedsudnyttelse er undgået – det er set i andre lande som f.eks. Finland med pause i rettighedsudnyttelse og bortfald af betaling til rettighedshaverne til følge. Danmark er derfor også det land i Norden, ja formentlig hele Europa, som er længst fremme i forhold til digitale udnyttelser. Det skyldes ikke mindst den omfattende politiske opbakning til ordningen samt støtte fra Kulturministeriets side.

En yderligere udvidelse af § 35 er undervejs i 2021, idet et lovforslag om udvidet udnyttelse af on demand-indhold, og videreudnyttelse af streamingtjenester, der ikke er fra tv-stationer, samt implementering af SatCab II-direktivet,⁹⁵ som skal være sket inden den 7. juni 2021, netop den 18. december 2020 med justeringer den 14. januar 2021 er sendt i offentlig høring af Kulturministeriet, og den 26. marts 2021 er lovforslaget fremsat.⁹⁶

Det vil sikre § 35 endnu mange års betydning som et vigtigt fundament for samarbejde om smidig rettighedsklarering samt finansiering af dansk indholdsproduktion – og i et større perspektiv tv-branchens samarbejde om adgang til tv-indhold, dvs. informationsfrihed, som er grundlæggende i et demokrati.

95. EU-direktivet om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af tv- og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af tv- og radioprogrammer.

96. Lovforslag nr. L 205, se: <https://www.ft.dk/ripdf/samling/20201/lovforslag/l205/20201_l205_som_fremsat.pdf>.

Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada

*Professor Ysolde Gendreau, Faculty of Law, Université de Montréal**

The foundations of international intellectual property rules were established towards the end of the 19th century by two conventions: the Paris Convention for the protection of industrial property, in 1883, and the Berne Convention for the protection of literary and artistic works, in 1886. These conventions have been revised over the years to maintain their relevance in a world where new instruments have been added to improve the international efficiency of intellectual property law.¹ This process culminated in the Stockholm Conference in 1967, during which both conventions were appraised. One of the major accomplishments of this conference was the transformation of the United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property (better known un-

* This contribution is also being published in French in (2021) 55 *Revue juridique Thémis* under the title 'Les normes de propriété intellectuelle dans l'AECG: Une étape importante pour le Canada'.

1. Today, the World Intellectual Property Organisation (WIPO) administers 26 treaties: <<https://www.wipo.int/treaties/en/index.html>>.

der their French acronym BIRPI) into the World Intellectual Property Organization, WIPO.²

Until then, and still on some occasions today, the developments occurred within the self-governing world of intellectual property. Since the 1980's, however, international intellectual property issues are negotiated in a different environment: trade agreements. Canada has been at the forefront of this movement, as the Canada-United States Free Trade Agreement, reached in 1987, shows: its Article 2004 states that '[t]he parties shall cooperate in the Uruguay Round of multilateral trade negotiations and in other international forums to improve protection of intellectual property'. The negotiations to which the Agreement refers had started in September 1986 with the Declaration of Punta del Este. They led to the Marrakesh Agreement Creating the World Trade Organization in 1994 in which Annex C corresponds to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, better known as the TRIPS Agreement.

The TRIPS Agreement is an important milestone in the evolution of international intellectual property. Its inclusion in the WTO Agreement was sought—especially by the United States—because it allowed intellectual property disputes between Member States to be governed by its dispute resolution mechanism rather than by the International Court of Justice, whose decisions do not come with an efficient enforcement procedure. In addition, the inclusion of intellectual property in international trade negotiations means that the rules that are discussed can be swapped for concessions in other trade sectors instead of being calibrated only within the intellectual property framework.

The quest for an international intellectual property regulatory structure did not end with the TRIPS Agreement: quite the contrary. Other instruments have come into existence under the auspices of WIPO—that is, in the closed world of intellectual property—as well as on the occasion of bilateral and regional trade talks. Indeed, while the TRIPS Agreement was being negotiated, talks between Canada, the United States, and Mexico led to the North American Free Trade Agreement (NAFTA), in 1992, which also has a chapter on intellectual property, a

2. See H. Desbois, 'La Conférence de Stockholm relative aux droits intellectuels', (1967) 13 *Annuaire français de droit international* 7.

logical step after the 1987 Canada-United States Free Trade Agreement. One can identify three elements in the latter agreement as harbingers of the importance of intellectual property in trade agreements. The first one is that its negotiation could only start if Canada abandoned its compulsory licence regime for pharmaceutical drug patents, a regime that allowed ‘generic’ drug pharmaceutical companies to produce such products as soon as the patent was granted in exchange for royalties that were considered too low.³ Next, the weaker party in this negotiation, Canada, agreed to introduce a retransmission right in its *Copyright Act*.⁴ Lastly, one must not forget the undertaking to participate in the negotiations of the WTO Agreement already mentioned.

The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union, signed in 2016 and partially implemented in 2017, is part of this trend. One must acknowledge that more than 20 years after it was signed, it is difficult to update the TRIPS Agreement. The only major event remains the Doha Declaration of 14 November 2001, which addresses several controversial matters, including the touchy issue of pharmaceutical drug patents during a public health crisis.⁵ Regional and bilateral agreements, on the other hand, provide opportunities to focus on more specific contentious questions, including those related to intellectual property.⁶ The analysis of key provisions on intellectual property in the CETA should allow the identification of what each party considers an international priority in that sector. It should also help to appreciate the extent to which national laws must be modified in order to be in step with the international consensus that such agreements are meant to reflect.

-
3. On this issue, see M. Bourassa Forcier & J.-F. Morin, ‘Canadian Pharmaceutical Patent Policy: International Constraints and Domestic Priorities’, in Y. Gendreau (ed.), *An Emerging Intellectual Property Paradigm – Perspectives from Canada* (Cheltenham: Edward Elgar 2008), p. 81.
 4. See Y. Gendreau, ‘A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last’, (1988–1989) 4 *Intellectual Property Journal* 397.
 5. Document WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001. On this issue, see D. Gervais, *The TRIPS Agreement – Drafting History and Analysis* (4th ed., London: Sweet & Maxwell 2012), at pp. 50–75.
 6. For a critical analysis of this phenomenon applied to a specific region, see J.-F. Morin & M. Cartwright, ‘The US and EU’s Intellectual Property Initiatives in Asia: Competition, Coordination or Replication?’, (2020) 11 *Global Policy* 557.

1. Patent Law

Patent law is a sensitive intellectual property topic when it is included in the international trade agreements that Canada negotiates. In addition to being forced to do away with its compulsory licence regime for pharmaceutical patents if it wanted to negotiate a free trade agreement with the United States in the 1980's, two official complaints were lodged against it with the WTO—one by the United States and one by the European Union—soon after the TRIPS Agreement came into force, because some provisions of its *Patent Act* were considered non-compliant.⁷ In both instances, the panel decisions led to amendments of the Act.⁸

It does not come as a surprise, therefore, that Canada had to meet some European requests in this field. One general undertaking was to 'make all reasonable efforts to comply with Articles 1 through 14 and Article 22 of the *Patent Law Treaty*, done at Geneva on 1 June 2000'.⁹ Compliance with this undertaking was achieved when Canada ratified the Treaty in July 2019, a point in time when even many countries of the European Union had not yet done so.

The other provisions pertain exclusively to patents over pharmaceutical products. A first bone of contention: their term of protection. Certificates of supplementary protection have been known to the US research-based pharmaceutical industry since 1984. These certificates are designed to extend the term of patent protection beyond the general term provided by the law in order to make up for the time lost in obtaining the necessary marketing approval from the national health authorities. The European Union adopted this mechanism in 1993 and thus wanted its commercial partner to do the same. Article 20.27 of

7. *Canada – Term of Patent Protection* (2000), WTO Doc. WT/DS/170/AB/R, available at <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/170ABR.pdf&Open=True>>. Even though the debate turned on the general term of patent protection, pharmaceutical companies were the instigators of this procedure; *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products – Complaint by the European Communities and their member States – Report of the panel* (2000) WTO Doc. WT/DS/114/R, available at <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf>.

8. *Act to amend the Patent Act*, S.C. 2001, c. 10.

9. CETA, Art. 20.26.

CETA gave rise to several new provisions in the Canadian *Patent Act*¹⁰ when the Agreement was implemented.¹¹ In concrete terms, it provided for a maximum extension of two years.¹²

Strictly speaking, another matter that was raised during these negotiations does not form part of intellectual property, but it is often included when pharmaceutical issues are at stake: the protection of research data. In this sector, the matter is very sensitive because it relates to data collected during the studies that support applications to the health authorities prior to market distribution. To allow businesses that make generic versions of patented products to have access to such data produced by the research-based pharmaceutical companies leads to cost savings and reduces the time it takes to obtain marketing authorisations. It is thus in the interest of these research-based pharmaceutical companies to postpone that moment for as long as possible.

Canada already protects such data,¹³ since it is obliged to do so under both the TRIPS Agreement—a provision on undisclosed information¹⁴—and the NAFTA Agreement—in a provision on the protection of trade secrets.¹⁵ Since 2006, the *Food and Drug Regulations* have provided a maximum term of protection of eight years.¹⁶ The European Union wanted to increase it to ten years, but the CETA text shows that the current term has been maintained.¹⁷ A constant feature of the three agreements is that this issue is never included in the patent section of the text, a drafting technique that confirms its legal characterization as a rule outside the realm of patent law.

10. *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4.

11. *Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 2017, c. 6, s. 59. On this issue, see W. Richard, 'L'extension des brevets pharmaceutiques au Canada: une étude comparative avec l'Union européenne', (2019) 31 *Cahiers de propriété intellectuelle* 401.

12. *Patent Act*, s. 116(3).

13. See M. Bourassa Forcier, 'Négociations de libre-échange Canada-Union européenne: une limite à la gouvernance souveraine en matière de brevets pharmaceutiques?', (2011) 41 *R.D.U.S.* 553, at pp. 564–573.

14. TRIPS, Art. 39(3). No term of protection is specified, however.

15. NAFTA, Art. 1711 (5) & (6).

16. C.R.C., c. 870.

17. CETA, Art. 20.29.

One last patent issue is the right to appeal decisions rendered during ‘patent linkage’ proceedings.¹⁸ Again, this is an issue that is specific to the pharmaceutical sector rather than relevant to all patentees. It too reflects the importance of the pressure that this economic sector exerts on the negotiations of such trade agreements. One could almost be led to believe that the evolution of patent law depends on the conflicts in the pharmaceutical industry... The traditional Canadian stance has always been to minimize the impact of the monopoly exerted by the innovative pharmaceutical industry on the price of their products, especially since the vast majority of these businesses are foreign based. That is the reason behind the creation, in 1987, of the Patented Medicine Prices Review Board that is governed by rules set out in the *Patent Act*.¹⁹ As a recent decision of the Superior Court of Quebec shows, the innovative pharmaceutical companies—which hold patents on products whose prices are controlled by the Board—continue to challenge the validity of this mechanism.²⁰ The negotiation of trade agreements is not the only battle forum where pharmaceutical companies promote their interests.

If the CETA provisions on patents are clearly dominated by the demands of one industry in particular, those on trademarks seem to reveal a broader scope and may thus impact a greater portion of Canadian businesses.

2. Trademarks and Geographical Indications

Not all countries legislate on trademarks and geographical indications within the same statute. Yet when Canada had to ensure the protection of geographical indications as part of its implementation of the TRIPS Agreement,²¹ it chose to do so through its *Trademarks Act*.²² This decision offers the advantage of providing safer constitutional ground for the protection scheme, because it can rely on the qualification of the le-

18. CETA, Art. 20.28.

19. *Patent Act*, ss. 79–103.

20. *Merck Canada Inc. v. Procureur général du Canada*, 2020 QCCS 4541.

21. *World Trade Organisation Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, s. 192.

22. *Trademarks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13.

gislation as a matter of federal trade and commerce.²³ A separate piece of legislation would have laid it open to challenges that would have undermined it, a possibility that is best avoided.

The impact of the CETA on the Canadian *Trademarks Act* is significant. One prominent commentator has even said that it has introduced the most important amendments to the law since it came into force in 1954.²⁴ The modifications affect both trademarks in general and geographical indications.

Viewed from abroad, the obligation to accede to some international trademark instruments is probably the most visible consequence of the CETA on the evolution of trademark law in Canada. Since June 2019, the country has been part of an international structure that includes the Nice Agreement concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks (1957),²⁵ the Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks (1989), and the Singapore Trademark Treaty (2006). Membership in these agreements has led to substantial changes in the registration process in addition to the recognition that smells, tastes, and textures can be registered as trademarks.²⁶ The—renewable—term for the registration of trademarks has gone from 15 to 10 years.²⁷ The CETA has thus substantially intensified the integration of Canadian trademark law into its international environment.

This intensification of the Canadian participation in the international trademark framework could have happened without any particular foreign pressure, or have taken place on the occasion of trade agreements with other commercial partners. However, no other partner, one can imagine, would have insisted as vigorously as the European Union

23. *The Constitution Act*, 1867 (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, s. 91(2). This interpretation was confirmed by the Supreme Court of Canada in *Kirkbi AG v. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 SCC 65.

24. L. Carrière, 'Le projet de loi C-31 et ses implications sur la pratique en matière de marques de commerce – un survol et quelques réflexions très préliminaires', (2014) 26 *Cahiers de propriété intellectuelle* 655, at p. 662.

25. This Agreement is not formally part of the CETA requirements in Article 20.13, but its system is essential to the proper functioning of the other instruments.

26. *Trademarks Act*, s. 2 (definition of 'sign').

27. *Trademarks Act*, s. 46.

on the protection of geographical indications. They represent one of the major drivers of the European Union in all its trade negotiations: they epitomise, in the intellectual property context, the Old Europe versus New World conflict.²⁸

The TRIPS negotiations had already provided the opportunity to impose minimal protection for geographical indications on countries that do not belong to the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration, an agreement whose original version dates from 1958. The international compromise achieved by the TRIPS Agreement, in order to target more countries, included the possibility of maintaining the generic use of some geographical indications for wines and spirits. The implementation of the TRIPS Agreement thus introduced this type of intellectual property right in Canada and included at the same time a list of indications that could continue to be used generically. On the list one finds names like Bordeaux, Madeira, Port, Sauternes, and—of course—Champagne. The European Union naturally did not consider TRIPS to be the crowning of its international aspirations in this matter, and it reached an agreement with Canada in 2004 that dealt exclusively with geographical indications.²⁹ The geographical indications for wines that had been identified as names that could remain generic in Canada, which used to be in section 11.18(3) of the *Trademarks Act*, were divided into three groups for a gradual approach towards the complete disappearance of that list: some names were removed from it upon the coming into force of the Agreement, that is in 2004; some others were to be removed on 31 December 2008; and the rest would no longer be subject to this excep-

28. The issue is so important for the European Union that, in its latest report on the negotiations of a free trade agreement with Australia, geographical indications are not mentioned in the intellectual property section of the report, but constitute an autonomous element in it, even though they had formed part of the intellectual property section of the initial document that laid out the negotiation objectives: ‘Report of the 9th round of negotiations for a trade agreement between the European Union and Australia’, (20 November – 11 December 2020), available at <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159237.pdf>.

29. *Agreement between Canada and the European Communities on Trade in Wines and Spirit Drinks*, September 2003, available at <<https://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=104976&Lang=eng>>.

tion beyond 31 December 2013.³⁰ The Agreement also provided that other indications, such as ‘grappa’ and ‘ouzo’, would never be considered generic in Canada.³¹ In exchange, Canada won the recognition of seven geographical indications for wines (based in Ontario and British Columbia)³² as well as two geographical indications for spirits: ‘Canadian Rye Whisky’ and ‘Canadian Whisky’...³³

It is thus possible to say that what the European Union had wanted to obtain in the multilateral context in terms of geographical indications for wines and spirits was already secured with Canada thanks to this agreement. This has not prevented it from seeking other concessions in this sphere of intellectual property law:³⁴ the CETA deals exclusively, in matters of geographical indications, with names of cheese, fresh, frozen and processed meat, oils, nuts, and olives, i.e. names of ‘agricultural products and foodstuff’.³⁵ Measures to lessen the impact of these new requirements do exist, but the broadening of the notion of geographical indications beyond the strict wine and spirit industry in a bilateral agreement with a country that does not naturally protect such indications represents an important step in the overall trade negotiations of the European Union. Indeed, Canada has undertaken to protect no fewer than 172 such EU indications that are identified in Appendix 20-A of the Agreement, whereas there is no single counterpart in the list of indications that the European Union would recognise.

In the area of trademark law and geographical indications as well as of patent law, the CETA is part of an unmistakable trend to extend the scope of protection of these rights beyond what the TRIPS Agreement requires.³⁶ After all, more than twenty-five years after its conclusion, the

30. *Ibid.*, Art. 12(1).

31. *Ibid.*, Art. 17(1).

32. *Ibid.*, Annex III(b).

33. *Ibid.*, Annex IV(b).

34. See R. Watkin, ‘Placing Canadian Geographical Indications on the Map’, (2018) 30 *Intellectual Property Journal* 271; I. Jomphe, ‘Un nouveau paysage à l’horizon: les indications géographiques’, (2017) 29 *Cahiers de propriété intellectuelle* 75.

35. CETA, Art. 20.16.

36. See A. Mendoza-Caminade, ‘L’accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne: les apports d’un accord de libre-échange bilatéral au droit de la propriété intellectuelle’, (2016) 28 *Cahiers de propriété intellectuelle* 203.

TRIPS Agreement, like the Paris Convention, is difficult to update. It is now time to see if the CETA reflects a similar wish to push the limits of copyright law.

3. Authors' Rights and Related Rights

The overwhelming majority of countries from the authors' right tradition—as opposed to the copyright tradition—in the European Union means that the protection of performers, phonogram producers, and broadcasters, that is of owners of 'neighbouring' or 'related' rights, is a predictable element in the trade negotiations of that political entity. On this point, its negotiations with Canada provide a unique opportunity to discuss this subject without the hurdle of systemic differences when countries from these two traditions seek to find a common ground.³⁷ Canada is indeed one of the rare copyright countries to have embraced the authors' right perspective on this issue, which provides similar but distinct rights to these rightsholders, thanks to its implementation of the International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations of 1961, the Rome Convention.³⁸ Negotiators on both sides thus work within the same conceptual framework, that is, in an environment that differs from the one in which the European Union would negotiate these matters with the United States, for instance.

Since the TRIPS Agreement, new and important international instruments on authors' rights and related rights have come into existence.³⁹ It is common practice, in trade agreements like the CETA, to in-

37. Among the very abundant literature on this issue, see A. Françon, *Le droit d'auteur – aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 2003; A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences – Étude de droit comparé* (Brussels: Bruylant 1993).

38. This implementation took place with the *Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24. On this event, see Y. Gendreau, 'Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d'auteur', (1997) 76 *Can. Bar Rev.* 384; Y. Gendreau, 'The Copyright Civilization in Canada', [2000] *Intellectual Property Quarterly* 84.

39. See J. Blomqvist, *Primer on International Copyright and Related Rights* (Cheltenham: Edward Elgar 2014); Y. Gendreau, 'Évolution du droit d'auteur international: un point de vue canadien', (2021) 34 *Revue québécoise de droit international* (to be published).

sist on compliance with them. The CETA is no exception and refers to the WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty, two instruments that were meant to update international norms and, more precisely, to ensure copyright protection in the Internet world.⁴⁰ It is more surprising to see the reiteration of the need to comply with the Berne Convention, an established fact since the TRIPS Agreement, and the mention of the Rome Convention of 1961 to which Canada had acceded in 1998 in the wake of the introduction of its protection scheme in 1997.⁴¹ Their fundamental role in international copyright law is probably worth a reiteration on every occasion.

There could be another reason for the reference to these two conventions in the agreement. One of the controversial elements of the CETA is that it allows for an Investor-State dispute settlement procedure.⁴² The provision of such a dispute resolution mechanism for the entire agreement was enough to instil resistance in the Member States. An Opinion from the European Court of Justice on this matter—which stated that ‘Section F of Chapter Eight of the CETA is compatible with EU primary law’—was needed to allay the fears.⁴³ Not only is this mechanism regarded with suspicion in general, but the tendency to consider intellectual property rights as investments is far from a foregone conclusion.⁴⁴ The express mention in the CETA of older conventions like the Berne Convention and the Rome Convention could be designed to allow disputes concerning their interpretation to be decided according

40. See M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet – The WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (Oxford: Oxford University Press 2002).

41. CETA, Art. 20.7 (1).

42. CETA, Section F, Art. 8.18 & ff.

43. OPINION 1/17 OF THE COURT (Full Court), 30 April 2019, para. 245, available at <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=929830>>.

44. See L. Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments – From Collision to Collaboration* (Cheltenham: Edward Elgar 2015); H. Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property in International Law* (Oxford: Oxford University Press 2016), at pp. 151 *et seq.* An agreement between the European Union and the United States gives rise to the same interrogations (the TTIP, see, *infra*, the text accompanying notes 65 and 66): C. Geiger, ‘The TTIP and Its Investment Protection: Will the EU Still Be Able to Regulate Intellectual Property?’, (2018) 49 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 631.

to this mechanism. It is worth noting, then, that the only mention of the Paris Convention, which covers all of industrial property, is in relation to its rule on unfair competition as a likely basis for the protection of geographical indications.⁴⁵

While on the topic of accession to international instruments, one may see that the CETA remains silent about the Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled of 2013 despite the fact that both Canada and the European Union were about to formalize their membership in it during the CETA negotiations. Canada even acceded to it fully two years before the ratification by the European Union.⁴⁶

In addition to the general references to international texts, the CETA focuses on some obligations that flow from them and thereby shows what issues are considered important to both parties. There is no surprise in finding that most of them pertain to uses over the Internet. Consequently, a number of precise provisions are included with respect to the rights of performers and phonogram producers in the contexts of broadcasting and communication to the public before the mentions of technical protection measures, rights information management, and the liability (or rather the exemption from liability...) of intermediary service providers. The text also refers to pirate recordings of cinematographic works in cinema theatres.⁴⁷

One issue is conspicuous by its absence: the term of protection. Whereas the European Union harmonized the term of copyright protection with a directive that ordered Member States to provide a minimal term of protection of ‘life + 70 years’ as early as 1993,⁴⁸ Canada remains today the only G7 country to protect copyright owners on the

45. CETA, Art. 20.19 (2)(c). However, the definition of ‘intellectual property rights’ as investments includes all rights within this concept and even provides for the identification of other categories within them: CETA, Art. 8.1.

46. Even though it had not signed the treaty in 2013, Canada acceded to it in 2016 after its *Copyright Act* was amended by *An Act to amend the Copyright Act (access to copyrighted works and other subject-matter for persons with perceptual disabilities)*, S.C. 2016, c. 4. The European Union ratified the treaty in 2018.

47. CETA, Art. 20.8 to 20.12.

48. Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version), *O.J.E.U.*, 27 December 2006, no L 372/12.

basis of the Berne Convention minimum rule of 'life + 50 years'.⁴⁹ This silence is all the more surprising given that, throughout the CETA provisions on patents, trademarks and geographical indications, it is obvious that the European Union was set on increasing the level of intellectual property protection in Canadian law. What has happened?

It is inconceivable that the absence of a provision on the term of copyright protection is a mere oversight: the difference between the two parties is too notorious. The answer must lie in the negotiation game. If it is to be analysed on the sole basis of intellectual property rules, the situation may be seen as the result of a compromise whereby the strengthening of industrial property rights was achieved at the expense of copyright interests. Or in other words: the pharmaceutical and agrifood sectors carried more weight in the negotiations. If, instead, the entire agreement—and not only the intellectual property chapter—is considered, then any issue could have been bartered against the mere reiteration of established copyright rules. This is actually one of the main reasons why intellectual property has been included in modern trade negotiations since NAFTA and TRIPS. One will probably never know.

4. Some Contextual Elements

What does the CETA tell us about the parties' stance on intellectual property? Some conclusions can be drawn if it is viewed as the high point of their international developments in this field. If, however, one steps back to take into consideration the little time that has passed since it was signed, it should become possible to put it in the broader perspective of the development of international intellectual property law.

The CETA provides an interesting example of an agreement between G7 members whereby one of the parties, Canada, is compelled

49. *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 6. When the CETA was signed, Japan was the other G7 country to protect authors for 'life + 50 years', but 2016 amendments that came into force on 30 December 2018 extended the term of protection to 'life + 70 years'. On this issue, see T. Ueno, 'Japan', in L. Bently (ed.), *International Copyright Law and Practice* (New York: Lexis Nexis 2019), §3.

to increase its level of intellectual property protection beyond the international norms in trade agreements to which both parties are already bound. It is a clear example of the construction of a 'TRIPS+' world by parties that consider the minimum TRIPS requirements insufficient—but too difficult to update for political reasons—and who seek to build, more or less slowly but surely, a higher level of international consensus on intellectual property norms. One could have expected this process to have occurred on the occasion of agreements between industrialised countries, on the one hand, and developing countries, on the other hand—that is, where the bargaining power appears from the outset to lie clearly with the industrialised party. Yet the CETA involves two parties that, seen from the outside, would have been likely to share the same attitude towards the required level of intellectual property protection. Instead, one finds here a relationship in which one party is forced to raise its intellectual property standards, most probably in exchange for concessions in other economic sectors that it deems more important. External considerations are thus clearly shaping the evolution of national norms.

However, intellectual property rights are not affected equally by this process. The European Union proves itself more aggressive when industrial property rights are at stake: the general trademarks regime, just like patent law and data protection for the pharmaceutical sector, is obviously high on its list of priorities, not to mention geographical indications... The European Union steadfastly defends its interests, even if it uses varying means to do so. It relied on the WTO process to have Canadian rules on pharmaceutical patents 'corrected' in the wake of a panel decision in 2000,⁵⁰ but it preferred to work on the diplomatic front to obtain a specific bilateral treaty on geographical indications in 2004.⁵¹ Many years later, its attentiveness to these economic sectors has not faltered.

The same cannot be said about the industries whose value depends on copyright rules. They are not worthless in the eyes of the European Union, of course, and its reiteration of current international standards confirms its commitment to support them. However, when its attitude

50. See, *supra*, note 7.

51. See, *supra*, note 29.

is compared with the results it obtains in the field of industrial property, it is legitimate to wonder why it has not sought to obtain more in the copyright sphere where there are sensitive issues. There is, for instance, a reluctance on the part of the European Union to impose liability on Internet service providers. The rules that apply to these enterprises, which are found in Article 20.11 of CETA, correspond to important exonerations from liability in Canada⁵² in addition to its ‘notice and notice’ system, a unique mechanism whereby service providers need not take down an allegedly illicit work on a site, but are instead only bound to pass on to the person who uploaded it the ‘notice’ that the infringement has been identified by the rights holder.⁵³ Because the CETA text is very general, Canada can be said to comply with it thanks to rules that are well below what the European Union requires of its Member States.

What is more surprising, however, is the silence about the Canadian term of copyright protection, which has not been raised to the level that exists in the European Union, especially as the ‘life + 70’ term has been part of US law since 1998⁵⁴—and thus appears in the law of Canada’s largest trade partner—and many other countries have also adopted it. An increase in the term of protection in Canada would not have been a revolutionary achievement on the international copyright scene. Could it be that the European industries that would have benefited from such a change are too scattered, and that their mobilisation is therefore more difficult to achieve because Canada is too small a market? With its 38 million inhabitants, Canada’s population remains below that of the state of California, and the linguistic divide of the country may further lessen the impact of this number in some sectors.⁵⁵

52. See, for example, sections 2.4 (1) (b), 31.1, and 41.27 of the *Copyright Act*.

53. *Copyright Act*, ss. 41.25 and 41.26. See S.N. Hamilton, ‘Made in Canada: A Unique Approach to Internet Service Provider Liability and Copyright Infringement’, in M. Geist (ed.), *In the Public Interest – The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto: Irwin Law 2005), p. 285.

54. *An Act to amend the provisions of title 17, United States Code, with respect to the duration of copyright, and for other purposes*, Pub. L. 105-298, 112 Stat. 2827.

55. One may think here, for example, about activities in sectors that involve written communication, film and television, or pop music.

The results of negotiations between parties that are united (or separated?) by the Atlantic Ocean can also be appraised in light of another agreement which, around the same time, bore on similar issues. Since 2008, on the other side of Canada, negotiations had been going on to create the Trans-Pacific Partnership (TPP), a trade agreement that was also concluded in 2016. Canada is one of its members along with Australia, Brunei, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, the United States, and Vietnam. The agreement's chapter 18 covers intellectual property. It will not be examined here to the same extent as the corresponding chapter in the CETA, but it is worth pointing out some differences, especially in relation to copyright law provisions.

Right from the outset, it is obvious that the goal of the TPP chapter on intellectual property is not the same as the one in the CETA. Instead of a focus on specific sectors of the economy, most of the provisions deal with the general functioning of intellectual property rights. The agreement brings together countries with very diverse economic structures, a factor that implies divergent views on the role of intellectual property rights. It thus becomes more imperative to secure a strong common ground before turning to more litigious matters...

Two provisions stand out among the basic principles. The first one is in Article 18.15, where it is stated that '[t]he Parties recognise the importance of a rich and accessible public domain'. Such a declaration is indeed very rare in trade agreements, not to say in agreements that deal solely with intellectual property, since the public domain is antithetical to intellectual property monopolies.⁵⁶ It opens the door to exceptions and to shorter terms of protection. In some cases, as here, it smooths the way for the recognition of traditional knowledge,⁵⁷ that is, knowledge that, to begin with, cannot be captured by intellectual property rights because its roots date back to times that are very remote from terms of protection that are currently in place for various protected ele-

56. An exception would be the Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled, signed in 2013, the only treaty, so far, aimed at creating exceptions to copyright.

57. TPP, Art. 18.16. The TPP however seems to target traditional knowledge only in the field of patent law.

ments.⁵⁸ The TPP thus not only values the limits of intellectual property rights, but it also displays an openness towards cultural issues that sheds a different light on them.

More provisions of the TPP attest to this favourable disposition towards the limitation of intellectual property rights. The usual reiteration of the three-step test of the TRIPS Agreement which defines the contours of exceptions to intellectual property rights⁵⁹ is followed by examples that echo major contemporary debates:

Each Party shall endeavour to achieve an appropriate balance in its copyright and related rights system, among other things by means of limitations or exceptions that are consistent with Article 18.65 (Limitations and Exceptions), including those for the digital environment, giving due consideration to legitimate purposes such as, but not limited to: criticism; comment; news reporting; teaching, scholarship, research, and other similar purposes; and facilitating access to published works for persons who are blind, visually impaired or otherwise print disabled.⁶⁰

Such insistence on the importance of exceptions in copyright laws is in line with the current perspective of the Canadian legislature and courts, which consider exceptions as ‘users’ rights’.⁶¹ Moreover, support for one of the notable examples of this propitious attitude towards users in Canadian copyright law, the ‘notice and notice’ system, is affirmed in Annex 18-E of the agreement. This diplomatic victory is all the more exceptional as only Canada is allowed to have such a system. The matter of Internet service provider liability was indeed such an im-

58. The relevance of traditional knowledge and expressions in Canada is real. See R. K. Paterson, ‘Canadian and International Traditional Knowledge and Cultural Expression Systems’, (2017) 29 *Intellectual Property Journal* 191.

59. TRIPS, Art. 13 (for copyright law). The test, which is drawn from the Berne Convention, where it applies only to the reproduction right in Article 9(2), was thereafter taken up in the WIPO Copyright Treaty (Art. 10) and in the WIPO Performances and Phonograms Treaty (Art. 16).

60. TPP, Art. 18.66.

61. The expression was sanctioned by the Supreme Court of Canada in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, para. 48. The wide range of exceptions that were introduced in the law by the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, fully reflects this attitude.

portant stake in the negotiations that it comes under its own heading in the section on copyright in the intellectual property chapter.

There is however a price to pay for such victories. What the European Union did not gain was wrested by the United States: Article 18.63 of the TPP provides for a basic term of protection of ‘life of the author and 70 years after the author’s death’. As fate would have it, this US victory—or Canadian defeat, it all depends—has been short-lived.

The coming into office of a new US government in 2017 spelled the end of the TPP. The ten other signatories of the agreement, however, did not want to break their new bond, and started on new negotiations to salvage as much as possible the relationship they had established. This is how, in March 2018, the TPP rose from its ashes to become the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (CPTPP). The absence of the United States from this process had necessarily changed the dynamics. However, instead of starting again from scratch to write a new agreement, the parties chose to keep the TPP but suspend some provisions. Many of these suspended provisions are in the intellectual property chapter and include those on the liability of intermediaries together with Annex 18-E on the notice and notice system. Since there is no consensus on this matter, countries may deal with this issue as they please, and Canada can keep its system. This evolution does not change Canada’s situation: with or without the suspension, its law could remain as it is. The same cannot be said of the other suspension brought about by the CPTPP: the one that would have forced Canada to increase its basic term of protection, as well as all the related variations, to ‘life + 70 years’. This was a real turnaround.

If the absence of the United States from the CPTPP allowed Canada to keep its copyright law as it was, this respite was short-lived. Towards the end of the same year, Canada signed the Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA), which was designed to supersede the 1994 NAFTA. This time, it was no longer possible to avoid the extension of the copyright term of protection. Since it had already agreed to it in the TPP, an agreement that included both the United States and Mexico, Canada could no longer hide behind the strict minimum term of protection provided by the Berne Convention. And so Article 20.62 of the CUSMA provides that any term of protection that is based on a person’s life is to be extended to ‘life + 70 years’. An equivalent exten-

sion is required when the term of protection is based on another event, such as creation or publication.

The CUSMA came into force on 1 July 2020. Yet, the basic term of copyright protection was not amended when the Canadian Parliament implemented it,⁶² and thus it remains at ‘author’s life + 50 years’. Is the country already out of step with its international obligations? The answer lies in the details of the Agreement itself. Article 10.89, which deals with special implementation measures, provides that Canada is allowed an extra period of two and a half years to comply with the rule in Article 20.62(a). Modifications must therefore be brought to the *Copyright Act* by 1 January 2023.

What the European Union has not been able to obtain in the CETA has thus become a reality with the TPP and then the CUSMA. With respect to intellectual property rights, these trade agreements look like channels of communication within which each partner can be a pawn in the subsequent game of negotiations with other partners. The European Union wanted to meet some objectives with the CETA—such as a more comprehensive protection for the pharmaceutical industry and the extension of geographical indications to new agrifood sectors—which it can thereafter claim to represent new minimum standards during its negotiations with other partners. From this perspective, the absence of new undertakings by Canada in the field of copyright may reflect less a lack of interest by the European Union in this issue than a victory for Canada because it managed to resist EU pressures. The TPP/CPTPP saga, followed by the CUSMA, shows that, when the United States participated in the negotiations, Canada could stand up for some of its rules that differ from US ones, like the ‘notice and notice’ system, but could no longer avoid the extension of the copyright term of protection. As two Canadian commentators have pointed out,

The United States is far more consistent than the European Union and even the EFTA. While the United States has signed only 18 PTAs [preferential trade agreements] since 1991, all of them address copyright protection. In fact, the United States is the only high-income country to systematically include copyright in all of its PTAs. Also, the United States extends the duration of copyright protection to 70 years and protects

62. *Canada-United States-Mexico Agreement Implementation Act*, S.C. 2020, c. 1.

anti-circumvention measures far more frequently than the European Union or EFTA do.⁶³

5. Conclusion

The CETA has laid some foundations for future transatlantic agreements. For the moment, Brexit has merely led, for Canada, to the Canada-United Kingdom Trade Continuity Agreement, which maintains most of the CETA during negotiations for a new agreement that would be more tailored to the needs of the two countries.⁶⁴ If one goes back in time a little, to the period between 2013 and 2016, it becomes possible to identify negotiations between the European Union and the United States for a Transatlantic Trade and Investment Partnership, known as the TTIP, which also included a chapter on intellectual property. It is not surprising to see that geographical indications were part of the European Union negotiating directive along with the resale royalty right and the extension of the public communication right to bars, restaurants, and stores.⁶⁵ The European Union now considers that these negotiations have lapsed,⁶⁶ but one never knows when they could resume. The items on its agenda show that such negotiations provide the opportunity to carry on not only with issues that are always part of such discussions, but also with matters that have already been important points of contention.

63. J.-F. Morin and D. Thériault, “Copyright Provisions in Trade Deals: A Bird’s-eye View”, Centre for International Governance and Innovation, Policy Brief No. 149, 23 May 2019, at pp. 6–7, available at <<https://www.cigionline.org/publications/copyright-provisions-trade-deals-birds-eye-view>>. See also M. Rimmer, *The Trans-Pacific Partnership – Intellectual Property and Trade in the Pacific Rim* (Cheltenham: Edward Elgar 2020), at pp. 38–144.

64. Available at <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-accru/agreement_trade_continuity-accord_continuite_commerciale.aspx?lang=eng>.

65. This negotiating directive is a response to a WTO panel decision rendered in 2000. See *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act – Report of the Panel* (2000), WTO Doc. WT/DS/160/R, available at <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/160R-00.pdf&Open=True>>.

66. <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_en.htm>.

Trade agreements between Canada, the United States, the European Union, and/or the United Kingdom reflect a trade diplomacy between entities of the North Atlantic region. Other dynamics to monitor are those that would involve countries from the South Atlantic zone, either on their own or as organised entities. Would such agreements take after the CETA, an agreement between industrialised countries of different economic strengths, or after the CPTPP, where the participation of emerging countries can give rise to different expectations? There will continue to be much to examine, given that the European Union has already negotiated an agreement with the Mercosur that includes a chapter on intellectual property which naturally encompasses geographical indications,⁶⁷ but which is still far from being in force. Time will tell what fate awaits such agreements in an economic order whose current globalisation is questioned.

67. <https://trade.cc.europa.eu/doclib/docs/2019/september/tradoc_158329.pdf>.

Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin

*Jane C. Ginsburg, Columbia University School of Law**

It is an honor to participate in celebrating Jørgen Blomqvist's 70th birthday by contributing a chapter to this Festschrift. Given the long service at WIPO that fostered Jørgen's expertise in the leading international copyright and related rights treaties, I thought it appropriate on this occasion to explore one of the most important, but occasionally intractable, issues under the Berne Convention, the concept of Country of Origin. Under article 5(4),

The country of origin shall be considered to be:

- (a) in the case of works first published in a country of the Union, that country; in the case of works published simultaneously in several countries of the Union which grant different terms of protection, the country whose legislation grants the shortest term of protection;
- (b) in the case of works published simultaneously in a country outside the Union and in a country of the Union, the latter country;

* Thanks for excellent research assistance to Mary Kate Patterson and to Lydia Turnage, both Columbia Law School class of 2021, and for suggestions and corrections, to Prof. Sam Ricketson.

(c) in the case of unpublished works or of works first published in a country outside the Union, without simultaneous publication in a country of the Union, the country of the Union of which the author is a national . . .

Article 5(4) makes publication the principal point of attachment for determining the country of origin; article 3(3) defines published works as:

works published with the consent of their authors, whatever may be the means of manufacture of the copies, provided that the availability of such copies has been such as to satisfy the reasonable requirements of the public, having regard to the nature of the work.

But, the definition further specifies:

The performance of a dramatic, dramatico-musical, cinematographic or musical work, the public recitation of a literary work, the communication by wire or the broadcasting of literary or artistic works, the exhibition of a work of art and the construction of a work of architecture shall not constitute publication.

As we will see, this qualification will create significant ambiguity with respect to works communicated over digital networks, but not distributed in tangible copies to the public.

Despite its detail, art. 5(4) leaves out several situations, leaving those who interpret and apply the treaty without guidance in ascertaining the country of origin. I will call those situations the “Conundra of the country of origin,” and will explore two of them here. First, what is the country of origin of an unpublished work whose authors are nationals of different countries? Second, what is the country of origin of a work exclusively made available over digital networks? In both situations, in the absence of treaty specification, the work may have multiple countries of origin. A plurality of countries of origin may be problematic because, under Berne art. 5(3) “Protection in the country of origin is governed by domestic law.” Berne minimum protections do not apply to local works in their countries of origin. As a result, the greater the number of countries of origin, the fewer the number of countries in which the work must receive the minimum Conventional coverage. Even where minimum protections may apply, variations in the country of origin can affect the calculus of copyright term under art. 7(8), the

availability of coverage for works of applied art under art. 2(7), and claims to artists' resale royalties under art. 14ter; in all those cases, the availability of protection turns not on national treatment, but on reciprocity with the country of origin.

1. Works with several co-authors from different Union countries:

The Berne Convention acknowledges that some works will be co-authored, hence its provision for the calculation of the copyright term of joint works based on the death of the last surviving co-author.¹ But the Convention does not address the attribution of a country of origin to joint works whose authors are nationals of different Union states. This omission will not cause difficulties where first publication occurs in a Union country; that country will clearly be the country of origin under article 5(4)(a). But problems will arise where the works remain unpublished or are first published in one of the few remaining non-Union, non-WTO countries² (without simultaneous publication within 30 days in a Union state).

While Berne's failure to provide explicit guidance gives rise to the problems, the Convention's interstices may point toward a variety of solutions. One may suggest four alternative approaches to designating the country of origin for unpublished joint works. First, one might borrow from Berne's approach to works simultaneously published in more than one Union country: where the countries of first publication have differing terms, article 5(4)(a) designates as the country of origin the

1. Berne Conv. art. 7bis.

2. Aruba, Eritrea, Kosovo, Marshall Islands, Palau, and Sint Maarten are neither Berne nor WTO countries. Curaçao, Ethiopia, Iran, Iraq, Somalia, South Sudan, and Timor-Leste are not Berne signatories, and are not yet members of the WTO, but *are* observer countries still in the application process. See, WTO, *Members and Observers*, WTO.org, <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm> (last accessed Jan. 22, 2021); WIPO, *WIPO-Administered Treaties, Contracting Parties, Berne Convention*, WIPOLex.WIPO.int, <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15> (last accessed Jan. 22, 2021)

country with the shorter or shortest period of protection.³ Accordingly, when co-authors' countries of nationality provide for different terms, the country of origin of the unpublished work will be the Union country with the shorter or shortest term of protection. This approach could, however, have deleterious consequences for co-authors whose home countries have longer terms of protection than the country designated as the country of origin precisely because of its shorter (but still Berne-compatible) term. The rationale for choosing the shortest term appears to have been to ensure that the work fell into the public domain at the same time throughout the Berne Union, especially given the considerable disparities in the length of the copyright term in different Union states at the end of the 19th century.⁴ Without such a rule, authors (or, more likely, publishers) might have engaged in country-of-origin-shopping, that is, the simultaneous publication of a work in a country not otherwise connected with the author or the work, in order to obtain the benefits of its longer term. (Although an author could obtain those benefits simply by first publishing in that country, and not simultaneously publishing in a country with a shorter term.) Duration-shopping is less likely to be a concern when the point of attachment is the author's nationality, since it seems farfetched to expect that an author will seek citizenship in another country merely to claim its longer copyright term.

Second, where the countries of the different co-authors have identical terms of protection, alternative 1 will result in as many countries of

3. *Ibid.*

4. The rule of the shorter term has been part of the Berne Convention since the original 1886 text. See WIPO, *Draft Convention, Minutes of the Fifth Meeting of the Conference for the Protection of Authors' Rights, Records of the International Conference for the Protection of Authors' Rights Convened in Berne* (1884), available on page 94 at: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/877/wipo_pub_877.pdf>; *Report of the Committee, Second Conference in Berne*, (1885), available on page 119 at: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/877/wipo_pub_877.pdf> ("By giving preference to the system that made the term of protection depend on the law of the country in which publication had first occurred, the Committee also had to provide for the case in which such publication occurred in a number of countries in the Union at the same time, and it settled it by providing that the term of protection could not exceed that of the country in which the work fell into the public domain soonest.").

origin as there are authors, and therefore will not achieve the goal of avoiding a multiplicity of countries of origin.

Another principle to enable choosing among the possible countries of origin would look to the Union state of which a co-author is a national, and whose domestic law is the most author-favorable. One may justify this bias on the ground that the Berne Convention embraces it; the Preamble declares: “The countries of the Union, being equally animated by the desire to protect, in as effective and uniform a manner as possible, the rights of authors in their literary and artistic works [...]” Selecting the most author-favorable law among the co-authors’ domestic copyright laws could give co-authors an advantage in other cases where a rule of reciprocity under the Convention requires reference to the law of a work’s country of origin, for example with respect to the *droit de suite* under article 14^{ter} or the protection of works of applied art under article 2(7). For the reasons akin to those evoked in connection with alternative 1, reciprocity-shopping does not seem a real concern here: manipulation of the point of attachment in the event that none of the co-authors’ countries of nationality afford reciprocal protection of applied art or of artists’ resale royalties would require adding to the roster a specious co-author of advantageous citizenship. Reciprocity-avoidance moreover concerns a narrow subset of works protected under the Berne Convention: works of applied art and fine art originals for purposes of the *droit de suite*. As for the broader group of Berne works in general, disparities in domestic laws might inspire co-authors to seek a national law that grants a level of protection higher than the Berne minima, and potentially higher than the level afforded by other national laws, but if none of the co-authors are nationals of such a country, it would be necessary to attach a spurious co-author who was a national of such an authors’ paradise. Even well-counselled authors are not likely to follow such a tortuous (not to mention fraudulent) track.

Third, one might designate the country of origin of a multiple-authored unpublished work as the country of nationality (or residence) of a majority of the co-authors. Failing a majority country, or in lieu of

such a point of attachment, the joint authors might agree to designate one co-author's country as the country of origin.⁵

This gap-filling, while perhaps consistent with the overall goals of the Berne Convention, may be supplying a lot of stuffing for the lacuna in the treaty text. A fourth approach to the problem of multiple countries of origin where the domestic legislation of any of these countries denies domestic authors the benefits of Berne minima—as the United States has done with respect to certain formalities,⁶ or scrapes beneath the bottom of a Berne-permissible range, for example, by adopting multiple and wide-ranging copyright exceptions⁷ (recall that under art 5(3) the country of origin need not accord Berne-level protection to its own works)—hews more closely to the Berne text. While in the case of multiple authors, the country of origin may be all the countries of the authors' nationalities, this does not necessarily mean that the *work* will be subject to sub-Berne protection in each of those countries. Rather, under art. 5(1),⁸ which references the protection Union authors enjoy, arguably only the local *author* might be covered by her national law

-
5. The International Law Association Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (adopted in Kyoto by the International Law Association, 2020) [*ILA Kyoto Guidelines*], adopts this approach to designate the state whose laws will determine initial ownership of copyright in a multiple-authored work. Kyoto Guideline 20(2)(a) provides: "Initial ownership in copyright is governed by the law of the State with the closest connection to the creation of the work. This is presumed to be the State in which the person who created the subject-matter was habitually resident at the time of creation. *If the protected subject-matter is created by more than one person, they may choose the law of one of the States of their habitual residence as the law governing initial ownership.* This paragraph applies mutatis mutandis to related rights." (Emphasis supplied.)
 6. See 17 U.S.C. sec. 411(a) (requiring registration of a US work as a prerequisite to initiating an infringement action).
 7. For another US-law example, see 17 U.S.C. sec. 110(5)(B) (imposing an exception to the public performance right with respect to retransmissions of performances of nondramatic musical compositions in restaurants and retail establishments; the WTO Panel's ruling that this exception exceeded the boundaries of TRIPS art. 13 permissible exceptions concerned the application of the exception to non-US works). See WT/DS160/R (June 15, 2000)
 8. Article 5(1) provides: "Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention."

(which might be less protective than Berne minima); non-local authors would still be entitled to Berne minimum protection. Under this reading, if one author's country of origin is not the country of origin for the other authors, Berne Member States may not accord less than Berne-minimum protection to multiple-authored works whose authors are nationals of other countries.⁹ By the same token, if one co-author's national law did not offer the Berne-optional protections of applied art and artists' resale royalties, but the others' did, the others would still enjoy those protections. Thus if one co-author's national law did not provide for artists' resale royalties, but her co-author's national law did, then the first co-author's country of nationality would still be obliged to include the other co-author as a beneficiary of the local *droit de suite*. The first co-author would have no claim in that country, but the second co-author would (and the co-authors could by contract resolve the distribution of the proceeds). This approach, which could avoid prejudicing the other co-authors when one co-author's home country offers less protection than the others, nonetheless carries the complication of requiring courts or other relevant authorities to ascertain the domestic laws of multiple countries, a task whose complexity increases with the number of co-authors.

Of course, in theory, co-authors might seek to avoid all this complexity simply by publishing their work. In the analog world, the Berne country of first distribution of tangible copies will be the country of origin.¹⁰ But for the burgeoning category of digital-only creations, ascertaining the country of first publication provides its own puzzles, as the next Part will show.¹¹

9. See ALAI, *Determination of Country of Origin When a Work is First Publicly Disclosed Over The Internet 5–6* (2012), <<https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/country-of-origin.pdf>>. A disadvantage of this approach is that, in the event of sub-Berne protections in a particular Member State, the plaintiffs in any copyright action will have to be the non-local authors. This may increase the cost of litigation, and, conceivably, deny monetary recovery to the local author.

10. Berne Conv. art. 3(3).

11. In that respect, one might bear in mind that digital media not only may augment an unpublished work's number of collaborators, but also may foster dynamic collaborations: as more creators join the evolving work, the countries of origin will continue to swell.

2. What is the country of origin of a work exclusively made available over digital networks?

The Internet embodies a change from a model of communication of works to a public of passive recipients of a distribution or performance to a model where individuals, and networks, offer interactive enjoyment of works at the initiative of members of that very same public. Public access on demand by streaming or downloading now is immediate, individual and instantaneous. Digital communications both challenge traditional Berne concepts of publication, and bring to the fore the problem of a multiplicity of possible countries of origin.

Under the article 3(3) definition of “published works,” a work will be considered “published” if copies are made available to the public in a manner that satisfies the public’s reasonable requirements, “having regard to the nature of the work.” If one interprets “copies” to include reproductions in RAM (a computer’s temporary memory), then posting a work on a website makes “copies” available to anyone who accesses the website by any means, whether streaming or downloading. In effect, the work would be simultaneously “published” in every country from which the public could access it, thus giving rise to a plethora of countries of origin. If one rejects the RAM copying theory, on the ground that a more permanent embodiment is required,¹² then any website that permits downloading (as opposed to streaming-only), could still effect a publication if the downloading public can store the work to a non-volatile format, such as hard drive, CD, flash drive, memory card, or printout. As a result, merely making works available for more permanent forms of embodiment may reduce the number of putative countries of origin to exclude countries where access is limited to streaming, but still is likely to leave a multiplicity of countries of origin.¹³

12. There is considerable disagreement over whether a RAM copy is a copy within the meaning of the Berne Convention. See generally, Sam Ricketson and Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond* (2d ed. 2006), paras, 11.69–11.71 and works cited therein.

13. Cf. ALAI, *Determination of Country of Origin When a Work is First Publicly Disclosed Over The Internet 3* (2012) suggesting art 3(3) implies a ‘traceable attachment’ to a specific country through publication. But if publication in the sense of art 3(3) focuses on the country of the receiving public, rather than the country from which copies are made available, then even were it possible to ascertain the country in

More fundamentally, drawing a line between dissemination in the form of downloads and making works available via streaming, with only the former constituting publication, introduces arbitrary distinctions that no longer correspond to the contemporary exploitation and enjoyment of works. It hardly makes sense to label a work “published” if the public can download copies of a work for subsequent listening or viewing, but “unpublished” if the public can only listen to or view it online in real time. Happily, the phrase, “the availability of such copies,” need not mean that the members of the public must be able to possess the copies. The “reasonable requirements of the public” may depend on “the nature of the work.” For example, in connection with distribution intermediaries, ‘the availability of such copies’ could mean the reasonable requirements of the public for possession of copies, as with books offered for sale in bookstores, but it could also mean access to the work, as with copies distributed to motion picture theatres or broadcasting entities for public performance or transmission of the work. Distribution of copies to intermediaries, such as cinemas where the public could view the film (but not obtain copies of it), would therefore suffice to “publish” the work. “[H]aving regard to the nature of the work” thus suggests that “reasonable requirements of the public” should be understood as referencing the enjoyment of the work, not necessarily the possession of copies.

This interpretation may, however, strain the concluding carve-out from article 3(3)’s definition of “published work”: “The performance of a dramatic, dramatico-musical, cinematographic or musical work, the public recitation of a literary work, the communication by wire or the broadcasting of literary or artistic works, the exhibition of a work of art and the construction of a work of architecture shall not constitute publication.” Thus, exhibiting a film in a cinema, or broadcasting it on television are not publication. The prior paragraph’s argument essentially contends that what “publishes” a cinematographic work is its predicate distribution in copies to movie theatre operators or broadcasting sta-

which a download first occurred, this country may have no particularly significant relationship to the author or to the development or exploitation of the work. The same problem arises were one to focus on the country from which copies were made available, because the country where the server is located may have little relationship to the creation of the work or any chosen public.

tions. But what if today's or tomorrow's wired or wireless means of communicating works to the public do not require predicate distribution of a tangible copy? The publication status and therefore the country of origin would turn on artificial, technology-based distinctions no more convincing in this context than the attempt to distinguish downloadable from streaming-only communications previously essayed.

Moreover, if the predicate distribution of a copy for the purpose of further communication constitutes publication,¹⁴ then making one source copy available on a website for access by streaming would “publish” the work in every country from which the public could access the work, by whatever means. This reasoning exacerbates the problem of a multiplicity of countries of origin. Currently, one hundred and seventy nine countries are Berne Union members.¹⁵ Most, if not all, will have sufficient computing resources to qualify as places of publication. If, following this argument through, a work initially disclosed over the Internet is simultaneously “published” in 179 countries, does that mean that every one of those countries is the “country of origin” for the purposes of the Berne Convention? The consequences of such a conclusion are bizarre indeed. Recall that article 5(3) explicitly excuses Union members from according Berne-level protection to its members’ *domestic* works of authorship. A Union member meets its Berne obligations if it accords protection consonant with Convention minima to *foreign* Berne-Union works. If, however, with simultaneous universal publication via the Internet, every work of authorship could be considered a *domestic* work in each country of the Berne Union, then, ironically, Berne Convention minimum standards of protection might *never* apply, because there will be no foreign works.¹⁶

14. This formulation corresponds to the U.S. copyright act’s definition of “publication.” 17 USC sec. 101 provides “. . . The offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display, constitutes publication. A public performance or display of a work does not of itself constitute publication.”

15. See <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&code=ALL&treaty_id=15> (accessed January 18, 2021).

16. ALAI argues that recognizing each receiving country of a digital transmission as joint COs would “effectively eviscerate” the Berne Convention: *Determination of Country of Origin When a Work is First Publicly Disclosed Over The Internet* 3–4 (2012).

To avoid this preposterous result, one might apply article 5(4) of the Convention to conclude that, when there are multiple countries of first publication, the “country of origin” is the country whose term of protection is the shortest. This too, however, creates problems. The art. 5(4)(a) rule designating as the country of origin the country with a shorter term of protection will not significantly alleviate the problem if multiple countries share that shorter term, as we have already seen in Part I in connection with multiple-authored unpublished works. And if only one country’s law provided the shortest term, another anomaly would result: the country of origin of all Berne works would be that country, even though, apart from simultaneous publication, that country has no significant relationship to the work. But if, in the case of multiple countries of first publication, the “country of origin” is the country whose term is the shortest, then all Internet-published works will be localized in the country with the shortest term.¹⁷

These anomalies suggest that the notion of Internet publication for purposes of determining the country of origin should be limited to a single Berne Union country: but which one? One might designate as the country of first publication the country from which the author communicated the work to the server, but this characterization has some disadvantages. First, that country may have little relationship to the work, as the author may upload the work from an appropriately equipped computer anywhere in the world (including from countries through which the author is merely traveling). Secondly, if the public accesses the work from a website, the work is not yet available to the public until the work arrives at its place of residence on that website. This in turn suggests that the country of first publication is the one from which the work first becomes available to the public; that is, the country in which it is possible to localize the website through which members of the public (wherever located) access the work.

17. If the country of origin’s domestic law provides a shorter term of protection than life plus fifty years, other Berne countries would nonetheless accord that work the Berne minimum term. But that is a different matter than the one discussed here, in which one would fix the country of origin in the country with the shortest term; to avoid anomalies, it is necessary to conclude that art 5(4)(a) implies the shortest Berne-compatible term. See also Thomas F. Cotter, “Toward A Functional Definition of Publication in Copyright Law”, 92 *Minn. L. Rev.* 1724, 1750 (2008).

This choice, however, is not problem-free, either. If the author operates her own website, it might be localized at the author's habitual residence, but that will not be the case if the server or platform, such as Facebook, hosting the author's website is localized in a different country. Similarly, if the author is making the work available through a third-party site, localization may prove uncertain. Unlike countries of traditional, physical first publication, in which authors or publishers consciously organize the locus of the economic center of the exploitation of their work, the country in which the server that hosts the website is located may be completely indifferent, or even unknown, to the author. Similarly, the location of the effective business establishment of the website operator may be insignificant to an author's selection of that site to disseminate the work. For example, if the conditions of publication are the same whatever the geographic location of the website operator's business establishment, then that country's relationship to the publication would seem purely fortuitous. Moreover, the Web-user who accesses the site may not even be aware of the location of the website operator or its host server.

In these circumstances, it becomes clear that there are significant difficulties in the digital context with making 'publication' a criterion for determining the "country of origin". When there is a plethora of places of publication, perhaps the simplest solution would be to link the country of origin to that of the author's nationality or residence, at least where that country's domestic law conforms to Berne minima. That solution, however, is not consistent with the text of art. 5(4), which applies the authorship point of attachment only in the event of non-publication, or publication exclusively in non-Union States. If, however, one were to revisit the definition of published works in art. 3(3) to exclude making works available online, then the work, albeit amply disseminated, would technically not be "published", and falling back on the authorship points of attachment would be Berne-compatible.

ALAI has proposed such a rethinking of the art 3(3) definition in the context of digital dissemination. In a 2012 Report on *Determination of the Country of Origin When a Work is First Publicly Disclosed over the In-*

ternet,¹⁸ adopting both a textualist and a consequentialist analysis, ALAI concluded:

The Study Group determined that under the 1971 Paris Act articles 5(4) and 3(3), a work made available over the Internet for downloading is not “simultaneously published” all over the world because the copies referred to in art 3(3) are physical copies, not digital copies. We infer this from the words “manufacture of copies” or, in the authoritative French version, “fabrication d’exemplaires,” and the term “availability of *such copies*” (emphasis supplied), which would seem to refer back to the material copies that are made available by the author or authorized intermediary distributor. . . . [T]he conclusion that the copies envisioned in article 3(3) are pre-existing physical copies also follows from the comparison of the first and second phrases of art 3(3): the exclusion from the definition of “published works” of literary or artistic works communicated by wire or broadcasting casts doubt on the characterization of works “made available” to the public over digital networks as “published.” Moreover, in light of the purpose of the Berne Convention to promote the international protection of authors, it would be counterproductive (not to say perverse) to adopt a concept of “publication” that, by multiplying the work’s countries of origin, would have the effect of disqualifying internet-disclosed works from the treaty’s minimum standard of protection. The abandonment during the 1996 Diplomatic Conference of the draft art. 3 of the WCT, which would have equated the making available of copies for public access with published works under Berne art. 3(3), presents a further impediment to extending the Berne text to encompass copies materialized only on receipt. Thus, works made available only on the Internet, even when globally accessible, are not “published” according to the definition in art. 3(3), because the required distribution of pre-existing physical copies to serve the needs of the general public has not taken place.

One may readily share the consequentialist concerns underlying the ALAI recommendation,¹⁹ but how persuasive is the Report’s textualist analysis? Does “manufacture of copies” necessarily restrict the form of the copies to physical ones? Article 3(3)’s open-ended designation of

18. ALAI, *Determination of Country of Origin When a Work is First Publicly Disclosed Over The Internet 2–3* (2012).

19. Accord, S. von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, paras. 7.31-33 (2008).

“whatever may be the means of manufacture of the copies” appears agnostic as to the form. But, the phrase ‘availability of such copies’ that follows may imply specific physical copies.²⁰ A digital copy may be evanescent, replaced by another digital instantiation of the work, but without constancy in the 1s and 0s that compose any particular copy because copies residing in a computer’s temporary memory may in fact be constantly refreshed. As a result, the owner of a digital copy may always have access to *a* copy, but not necessarily the same copy. If one equates “such” copies to particular copies,²¹ then art 3(3) might not deem the purely digital copy “published” (or might not deem some digital copies “published”) and, accordingly under art 5(4), at least some of the countries of receipt of digital copies would not qualify as countries of origin.

An approach that disqualifies digital copies, regardless of whether their recipients subsequently save them to non-volatile formats, has the merit of treating downloading and streaming alike. As previously indicated, it makes little sense to distinguish between these forms of access to works. But that analysis posited treating both forms of communication as publishing the works. That approach in turn presented the problem of proliferation of countries of origin. If one accepts the ALAI position that digital communication (whether for downloading or for streaming), does not publish works, then a work’s country of origin will be the author’s nationality or residence, unless or until the works are disseminated in hardcopy format.

Of course, it may seem counterintuitive (or even Luddite) to contend that works widely disseminated in digital form have not been “published”. But recall that under art. 3(3), publication is not the same thing as public disclosure: as we have seen, art 3(3) clearly excludes “The performance of a dramatic, dramatico-musical, cinematographic

20. Cf. Agreed Statement to WCT art. 6: “As used in these Articles, the expressions ‘copies’ and ‘original and copies,’ being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.”

21. Cf. 17 USC sec 109(a); *Capitol Records v. ReDigi*, 934 F. Supp. 2d 640 (S.D.N.Y. 2013) affd. on other grounds, 910 F.3d 649 (2d Cir. 2018) (owner of a “particular copy” may resell “that copy”; online communication of a work makes new copies, rather than transferring a “particular copy”).

or musical work, the public recitation of a literary work, the communication by wire or the broadcasting of literary or artistic works.” Under art 3(3), then, a work may have been widely disseminated and exploited without having been “published” (assuming one does not treat any predicate act of distribution of copies as effecting publication). It therefore seems textually tenable as well as normatively sensible to revert to authorship points of attachment to determine the country of origin of a work disseminated only in digital form, whether by means of streaming or downloading.

Ultimately, the country of origin concept maps poorly to digital dissemination, and whether or not such dissemination constitutes publication for Berne purposes is an unresolved issue. Resolving the issue of digital publication may ultimately require a radical overhaul of the concept of publication, whether it comes in the form of new statutory solutions in Member States, like a free online registration option, designed specifically for ascertaining the place of publication over the Internet,²² or by decoupling the various consequences of publication from the acts that now constitute publication.²³ The latter solution may require amending the Convention – an unlikely prospect, but perhaps national court or WTO interpretations of the Convention might arrive at a similar result.

Reverting to authorship points of attachment does not, however, solve all the country of origin problems engendered by digital communications. Those points of attachment look to the author’s nationality or residence in a Union country. These are relatively stable criteria and therefore supply a workable point of reference, at least when the work is single-authored. However, the more co-authors a work has, the more it may have potential countries of origin, particularly in the digital environment, which may foster collaborations across many countries. Part I has explored a variety of approaches to identifying the country of origin of unpublished joint-authored works. As we look to these to allevi-

22. See, e.g., Julia Marter, “When and Where Does an Internet Posting Constitute Publication? Interpreting *Moberg v. 33t LLC*”, 21 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 495, 534–35 (2011) (proposing a registration requirement; a mandatory obligation, however, would conflict with the Berne art. 5(2) no-formalities rule).

23. See, e.g., Thomas F. Cotter, “Toward A Functional Definition of Publication in Copyright Law”, 92 *Minn. L. Rev.* 1724, 1788–95 (2008).

ate the problem of a multiplicity of countries of origin in the digital context as well, we see that the conundras of the concept of country of origin in the Berne Convention have brought us full circle.

Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura

Konsulent Martin Gormsen

Da jeg var ung advokatfuldmægtig, udtalte jeg i det ophavsretlige miljø en kritik af lovkvaliteten af 1992-loven om vederlag for privatkopiering. Der blev kigget med foragt på mig. Fulgt af bemærkning om, at loven var konciperet af selveste Jørgen Blomqvist som et privat lovforslag, der blev fremsat af Det Radikale Venstre og Socialdemokratiet uden om regeringen. Jeg erfarede senere, at den paragraf, som jeg kritiserede, var indsat under lovbehandlingen og dermed ikke konciperet af Jørgen Blomqvist. Endnu senere erfarede jeg grundlaget for den andægtighed, som Jørgen Blomqvist blev omtalt med. I den festlige anledning, som denne artikel er skrevet i, har jeg tilladt mig et format, der er noget mindre retsdogmatisk end normen og i nogen grad har karakter af personlige refleksioner.

1. Indledning

Denne artikel handler om reglerne om godtgørelse til rettighedshavere, når en stat har valgt at tillade privatkopiering af fx film, tv-programmer og musik. Den handler også om, hvad der sker, når der går politik i ophavsret.

Som jurist af den danske skole er jeg opdraget med, at det er at foretrække, når grundlæggende samfundsafvejninger foretages af folkevalgte politikere frem for af udpegede dommere. Det er en barnetro, der er indgroet. Dette udgangspunkt er ofte blevet brugt som argument

mod domstolsaktivisme, altså situationer hvor domstolene ikke bare afgør juridiske tvivlsspørgsmål og foretager bevisvurderinger, men i højere grad skaber retsreglerne.

Der hviler strenge krav på lovgiver. Lovgiver skal respektere magtens tredeling. Lovgiver skal drage omsorg for, at lovene lever op til basale retsprincipper. Lovgiver skal respektere EU-retten og Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser. Der hviler endnu strengere krav på den udøvende magt; der skal enhver handling have hjemmel i lov.

Domstolene spiller en afgørende rolle i samfundet. Både når det gælder dagligdagsager, hvor det handler om at løse konkrete tvister og skabe klarhed om retsreglerne, og når det handler om sager, hvor der er mere grundlæggende principper på spil. I sidstnævnte situation er domstolene den samfundsstabiliserende faktor, der kan formå at holde den lovgivende magt og den udøvende magt på retsindighedens faktisk ganske brede landevej.

Vi står i mine øjne over for en tid, hvor stadig flere samfundsspørgsmål bliver politiseret. Der er også en tendens til, at det politiske system over hele Europa og i Danmark i stigende grad prøver grænser af og tiltager sig kompetence. Samtidigt indebærer det enorme udbud af information og fragmenteringen af kommunikationskanaler, at videnskab og fakta mere generelt spiller en mindre rolle i de politiske processer. Det er en samfundsudvikling, der i de kommende år også kommer til at sætte domstolssystemet under pres. Det er derfor, at jeg finder anledning til at fremhæve de principper, som nogle måske vil kalde højtravende; jeg synes bare, at de er vigtige.

Godtgørelse for privatkopiering er et område, hvor domstolene har spillet og givetvis også i de kommende år vil spille en afgørende rolle, fordi det er et retsområde, der er præget af politisk dysfunktionalitet. Hvorfor kommer jeg tilbage til om lidt.

2. Nærmere om godtgørelse for privatkopiering

Privatkopiering af musik, film og tv er en dagligdagsbegivenhed, som de fleste borgere ikke tænker over. Det kan være kopiering af musiknumre til en playliste, optagelse af musik fra radio, download af en podcast og kopiering af tv-programmer eller spillefilm til en harddisk. Det er typisk noget, der kun kræver få klik med en mus eller behændi-

ge tryk med fingrene på en smartphone. Det er givet svært at opgøre værdien af den samlede privatkopiering, men der er ikke tvivl om, at den er enorm. Eksempelvis har DR's medieforskning opgjort, at ca. 5 % af danskernes tv-forbrug foregår via harddiskoptagere, tv-bokse og VHS-maskiner,¹ hvilket skal ses i forhold til det danske tv-marked har en værdi på ca. 15 mia. kr. om året. Den danske musikbranche omsatte til sammenligning 9.678 mio. kr. i 2019.²

En fundamental ret inden for ophavsretten er retten til at tillade eller forbyde fremstilling af eksemplarer. Det er den ophavsretlige beføjelse, der sammen med retten til tilgængeliggørelse for almenheden, sikrer kreative og producenter et økonomisk udkomme af indsats, hvad enten der er tale om selve den kreative indsats eller den økonomiske investering, der er nødvendig for at eksempelvis en film eller et stykke musik kommer ud i verden.

Når privatpersoner foretager eksemplar fremstilling til eget brug, så er det ikke praktisk muligt for den private borger at klarere rettigheder. Derfor er der etableret ordninger, hvor rettighedshaverne godtgøres for de manglende indtægter ved, at de private borgere betaler vederlag, der indbages i prisen for de fysiske medier, som der kopieres på.

Problemet er, at når der indbages en godtgørelse til rettighedshaverne på den måde, så får "afgiften" samme virkning som en skat. De private borgere, der også er vælgere, opfatter slet og ret denne type vederlagsordning som en skat. De private borgere ved af naturlige grunde ikke, at de får en modydelse; det er jo lovligt at kopiere til privat brug.

Det indebærer, at politikerne skal gennemføre noget meget upopulært; nemlig at lægge afgifter på smartphones, tablets og computere. Goder, som vælgerne opfatter som fundamentale, der ikke bør være beskatningsobjekter.

Ganske vist vil vederlagene på grund af deres trods alt beskedne størrelse givetvis ikke have en nævneværdig påvirkning på udsalgsprisen for de fleste former for smartphones, tablets og computere, der ty-

1. Se tweet fra DR's medieforskning af 9. november 2018

2. Thomas Riis m.fl. (2017), Fremtidens Danske Indholdsproduktion: Udvalget om finansiering af dansk indholdsproduktion. Kulturministeriet. <https://kum.dk/fileadm/KUM/Documents/Publikationer/2017/Fremtidens_danske_indholdsproduktion/Rapport_Rapport_Fremtidensdanskeindholdsproduktion.PDF> og Dansk-Musikomsætning_2019.pdf> (dansklive.dk) udarbejdet af Rambøll.

pisk koster mange tusinde kroner. Men “perception is reality”, når det handler om politik.³

3. EU-retten

Store dele af ophavsretten er EU-harmoniseret. Dette er sket i en lang række direktiver, hvor de senest tilkomne, der dog ikke angår privatkopiering, skal implementeres i dansk ret i 2021.

Reglerne om privatkopiering er i EU-retten bygget sådan op, at medlemsstaterne har en fakultativ mulighed for at etablere en undtagelse for privatkopiering. Såfremt en medlemsstat indfører en sådan undtagelse, så er der en pligt til etablering af en vederlagsordning, jf. art. 5, stk. 2, litra b, i direktivet om ophavsretten i informationsområdet.

EU-Domstolen har i en række afgørelser lagt de nærmere rammer for, hvordan sådanne vederlagsordninger skal indrettes. Dette er sket med udgangspunkt i art. 5, stk. 2, litra b, og de præambelbetragtninger, der fulgte direktivet.

EU-domstolspraksis på området har en stor detaljerigdom.⁴ Det kan bl.a. udledes af EU-Domstolens praksis: Medlemsstaterne har pligt til at have en kompensationsordning. Der påhviler medlemsstaterne en resultatforpligtelse i relation til en ordnings indretning og håndhævelse (målepunktet er om det endelige vederlag leverer et tilstrækkeligt resultat). Der skal være vederlag på både løse medier og indbyggede medier.

-
3. At det forholder sig sådan, har ved flere lejligheder også fundet vej til lovbemærkninger. Se eksempelvis de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. L 17 af 8. oktober 2003, Folketingstidende 2003-04, tillæg A, s. 469, hvor det fremgår, at “Kulturministeriet [er] nået til det resultat, at der ikke på nuværende tidspunkt er grundlag for at indføre vederlag på forskellige former for apparatur, der kan anvendes til kopiering. Indførelse af vederlag på apparatur vil i befolkningen blive opfattet som nye afgifter, ligesom vederlag på hardware vil indebære betydelige afgrænsningsvanskeligheder og administrativt besvær for erhvervslivet.” Ved lovændringen i 2006 var essensen i regeringens begrundelse for ikke at indføre vederlag på indbyggede medier, at “det ville stride med regeringens it-politik”. Se nærmere lovforslag nr. L 166 af 1. marts 2006, Folketingstidende 2005-06, tillæg A, s. 5111.
 4. Peter Schønning har i festskrift til Jan Rosén en glimrende oversigtsartikel, der gennemgår den omfattede retspraksis, se <<https://www.jure.se/ns/default.asp?url=visatitel.asp?tuid=21754>>.

Vederlagspligten påhviler også multifunktionelle medier (hvor kopiering ikke er den primære funktion). Den blotte funktionalitet af et medie er tilstrækkelig til, at der udløses vederlagspligt. Udformningen og størrelsen af vederlag skal ske i forhold til den skade, som rettighedshaverne påføres. Der skal være sammenhæng mellem kompensationen og lagringsmedierne, der benyttes til kopiering. Der må ikke ske forskelsbehandling mellem forskellige typer af lagringsmedier. Det er ikke et krav, at mediet eller udstyret selv indeholder lagringskapaciteten (hukommelsen), og der skal også fastsættes vederlag for mediet eller udstyret, hvis det indgår i en kombination af "apparater", som via en "enkeltstående proces" bevirker en fremstilling af privatkopier. Der skal gælde undtagelser for erhvervsmæssig brug (hvor der ikke er tale om privat kopiering). Vederlag skal også betales af sælgere i andre medlemsstater. Undtagelsen om minimal skade gælder kun for medier, hvor nærmest samtlige brugere af mediet undlader at anvende kopieringsfunktionen. Manglende anvendelse af tekniske beskyttelsesforanstaltninger fra en rettighedshavers side medfører ikke bortfald af ret til vederlag. Det er ikke tilladt for medlemsstaterne at have en kompensationsordning, der er finansieret over medlemsstatens generelle budget (finansloven).

Selvom medlemsstaterne fortsat har en bred skønsmargin, og der ikke kun er én mulig vederlagsordning, så er praksis langt hen ad vejen så detaljeret, at EU-Domstolen reelt har etableret en detaljeret udformet europæisk vederlagsordning for privatkopiering. Det er i sig selv tankevækkende, set i betragtning af den relativt vage bestemmelse i art. 5, stk. 2, litra b, og de ikke særligt detaljerede præambelbetragtninger.

Det ligger fjernt fra dansk retstradition med en så udtalt grad af domstolsaktivisme. Helt overordnet er det et vilkår for Danmark, at EU-Domstolen har en retstradition, der adskiller sig fra den danske, der traditionelt set er mere tilbageholdend og forsigtig. At EU-Domstolen netop på dette område har tiltaget sig en retsskabende rolle må dog også ses på baggrund af, at vederlagsordningerne for privatkopiering bredt set har givet anledning til et væld af tvister, og der inden for EU er en betydelig udveksling af film, tv og musik, samtidigt med at der er en betydelig samhandel med såvel løse medier som hardware med indbyggede medier og dermed også en påvirkning af det indre marked.

Det er dele af de principper, der er fastsat af EU-Domstolen, der kan give anledning til diskussion. Det gælder eksempelvis det forhold, at EU-Domstolen i EGEDA-afgørelsen (C-470/14) har fastslået, at det ikke er i overensstemmelse med EU-retten, at staten betaler en samlet godtgørelse over finansloven. EU-Domstolens resultat er forståeligt og forekommer konkret rimeligt, fordi den spanske stat reelt finansierede godtgørelsen til rettighedshaverne med en reduktion i kulturelle støtteordninger. Populært sagt søgte den spanske stat at finansiere godtgørelsen med "hundens egen hale". Der er vel nok også en generel bekymring hos EU-Domstolen for, at statsfinansierede ordninger ikke vil resultere i en reel godtgørelse, der modsvarer værdien af privatkopiering. Det må erindres, at der består en resultatforpligtelse. Det kan imidlertid forekomme noget restriktivt med et forbud, navnlig når kopieringen overvejende finder sted på multifunktionelle indbyggede lagringsmedier som computere og mobiltelefoner, der er hvermandseje, og hvor betalingen alligevel er smurt meget bredt ud. Det er i denne situation svært at forstå, at en statsfinansieret model ikke er acceptabel, hvis der opsættes principper om, at vederlæggelsens samlede størrelse skal hvile på nærmere bestemte objektive principper, at der skal være vandtætte skotter til andre statsfinansierede ordninger, og at der skal gælde et vist forsigtighedsprincip i rettighedshavernes favør. Årsagen hertil er, at EU-Domstolen er kommet frem til, at borgere, der ikke foretager privatkopiering, ikke skal betale vederlaget, og det vil ske, hvis det er en skattefinansieret ordning.

Professor Rognstad har på opdrag fra den norske stat udarbejdet et notat,⁵ hvor der argumenteres for, at statsbetalte ordninger er lovlige efter EU-retten, hvis der opfyldes en række nærmere fastsatte kriterier (bl.a. at erhvervsmæssige brugere har mulighed for at søge vederlag betalt tilbage). Efter min opfattelse er velviljen over for statsfinansierede ordninger strakt til det yderste i notatet. Eksempelvis er der lagt en antagelse til grund om, at næsten alle private borgere i Norge foretager privatkopiering. Det er givetvis forkert; selvom det er en meget stor del af befolkningen, der foretager privatkopiering, er det ikke alle eller næsten alle.

5. <<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/kompensasjon-for-kopiering-til-privatbruk-offentliggjoring-av-ekstern-juridisk-utredning/id2765352/>>.

4. Godtgørelse for privatkopiering i dansk ret

Privatkopieringsordningen kom ind i dansk ret ved 1992-loven. På daværende tidspunkt foregik kopieringen på kassette- og videobånd. Vederlagsordningen nåede et provenu i 1996 på ca. 76 mio. kr. Dette skete trods en betydelig grænsehandel. Årsagen til grænsehandelen var, at basisprisen for løse medier var få kroner pr. stk., og derfor påvirkede vederlagene i væsentlig grad udsalgsprisen for de løse medier. Ovenikøbet var det sådan, at postordresalg fra Tyskland var undtaget betaling i Danmark, fordi der var tale om ikke-erhvervsmæssig import, medens salget efter de tilsvarende tyske regler blev undtaget vederlag i Tyskland, fordi der var tale om eksport.

I første omgang var det netop grænsehandlen, der gjorde, at vederlagsordningen sidst i 1990'erne faldt i politisk unåde. Men allerede fra starten af 00'erne begyndte kopieringen så småt at flytte over til andet end løse medier, og især kopiering på computere og såkaldte mp3-afspillere begyndte at spille en rolle.⁶ Altså hardware, hvor mediet, der kopieres på, er indbygget i selve hardwaren. For indbyggede medier er der ikke noget grænsehandelsproblem, fordi vederlagene ville udgøre en lille andel af udsalgsprisen for hardwaren. Der var imidlertid en manifest politisk ulyst til at inkludere hardware med indbyggede medier i vederlagsordningen, fordi det var politisk hensigtsmæssigt at signalere, at it-hardware burde udbredes mest muligt og hurtigst muligt, og fordi vederlagene ville blive opfattet som en skat.

Dette forhold kom til udtryk i 2003-loven og 2006-loven. Der blev gennemført en drastisk reduktion af enhedsvederlagene på løse medier. Betragtningen var, at salget af løse medier ville stige markant, når privatkopieringsvederlaget pr. medie blev nedsat bl.a. som følge af indvundet grænsehandel. Regeringen ønskede ikke at indføre vederlag på hardware med indbyggede medier. Staten gav samtidig i forbindelse med 2006-loven en garanti for et minimumsprovener i relation til blanke DVD'ere (dvs. for såkaldte billedmedier); der blev ikke givet nogen garanti i relation til lydkopieringsmedier.

6. Af lovbemærkningerne til 2006-lovændringen fremgår, at Kulturministeriet var opmærksom på, at der i 2005 forventedes solgt 750.000 mp3-afspillere til private.

Siden 2006 er der ikke sket nogen ændring af lovgivningen, trods EU-Domstolen har sat klare rammer for medlemsstaternes forpligtelser til, hvordan en vederlagsordning skal indrettes, og trods hardware med indbyggede medier stort set helt har afløst løse medier. Det forekommer indlysende, at det ikke kan gøre en forskel om privatkopieringen finder sted på løse medier eller indbyggede medier. Det er også med stor klarhed udtrykkeligt slået fast af EU-Domstolen, at vederlagspligten omfatter indbyggede medier; det fremgår både af *Padawan*-dommen fra 2010 og af *Båndkopi*-afgørelsen fra 2015. Det kan næppe heller have undgået den danske stats opmærksomhed, at der i Holland verse-rede en parallel sag om samme emne, der blev afgjort af appeldomstolen i 2012 og højesteret i 2014 (se omtalen nedenfor).

At der ikke er sket en grundlæggende ændring af den danske vederlagsordning, så den er bragt i overensstemmelse med EU-retten, skyldes alene politiske beslutninger. Der foreligger ikke mig bekendt oplysninger, der tyder på, at embedsværket har svigtet i sagen. Det er ikke embedsværket, der beslutter at fremsætte et lovforslag. Såfremt en minister ikke ønsker at fremsætte et lovforslag eller ministeren ikke kan finde politisk flertal for et sådant lovforslag, er det legitimt for embedsværket at håndtere den situation. I denne sag er det sket ved, at der gang på gang er vundet tid ved hjælp af alle forhåndenværende midler: at etablere møderækker, foranstalte endeløse undersøgelser, overlade det til de involverede parter selv at forhandle en ordning og nedsætte udvalg.

Den manglende revision af vederlagsordningen i overensstemmelse med gældende EU-ret må, navnlig når der ses på årsagerne hertil, betegnes som et politisk svigt. Hvis det ikke var for EU-retten, så ville det ganske vist være et legitimt politisk valg, men når EU-retten er, som den er, så er manglende vederlag på indbyggede medier et brud med statens forpligtelser i henhold til EU-retten.

Det er uhyre sjældent, at lovgiver gennem længere tid undlader at bringe dansk ret i overensstemmelse med EU-retten. Det er der gode grunde til. Det er helt fundamentalt for staten at handle i overensstemmelse med retlige forpligtelser, fordi det er en grundlæggende del af samfundsopbygningen, at lov skal holdes. Det politiske råderum er i vores samfundsordning stort, men det er begrænset af loven, og uden overholdelse af loven bliver der skabt usikkerhed om borgernes grund-

læggende rettigheder og uforudsigelighed om grundlæggende forhold, der ikke mindst økonomisk meget let vil kunne få vidtrækkende konsekvenser. Hertil kommer, at det for et lille land er vigtigt at overholde internationale forpligtelser, fordi et lille land er dybt afhængig af internationalt samarbejde og ikke har andre magtmidler end dialog og retsindighed. Det hører derfor også til sjældenhederne, at Danmark ikke overholder overnationale retlige forpligtelser.

Der foreligger en del praksis fra EU-Domstolen om, hvad der gælder, hvis en medlemsstat ikke overholder EU-retten. I henhold til EU-Domstolens faste praksis gælder der et princip om, at en medlemsstat er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten. Dette følger af selve EU-traktatens system. Således har EU-Domstolen ved flere lejligheder fastslået, at skadelidte borgere har ret til erstatning, såfremt følgende tre betingelser er opfyldt:

For det første skal den fællesskabsretlige bestemmelse, der er overtrådt, have til formål at tillægge borgere rettigheder. For det andet skal overtrædelsen være tilstrækkelig kvalificeret. For det tredje skal der være en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelse og det tab, borgerne har lidt.⁷

5. Den verserende retssag om manglende overholdelse af de EU-retlige krav til vederlagsordningen

Rettighedshavere inden for film, tv og musik, der har krav på godtgørelse for privatkopiering, har i 2019 sagsøgt staten med krav om erstatning for manglende godtgørelse på indbyggede medier.⁸

I europæisk sammenhæng er sagen ikke enestående. En lignende hollandsk sag i den hollandske højesteret førte til, at den hollandske

7. Disse principper følger af Domstolens dom af 19. november 1991 i de forenede sager C-6/90 og C-9/20, *Francoovich*, og er statueret flere gange siden bl.a. i Domstolens dom af 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur og Factortame*, og Domstolens dom af 8. oktober 1996 i de forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, *Dillenkofer*, jf. også Højesterets domme af 26. september 2007 (*UfR 2007.3124*) og 31. maj 2013 (*UfR 2013.2361*)

8. Se fx *Computerworld* 15. maj 2019 "Copydan stævner den danske stat for manglende afgifter på blandt andet smartphones – forlanger 600 mio. kr. i erstatning".

stat betalte en betydelig erstatning til rettighedshaverne for ikke at have indført vederlag på hardware med indbyggede medier i perioden 2007-2012 (for 2013 og frem var den hollandske ordning revideret, så den omfattede indbyggede lagringsmedier).⁹

Der er flere spørgsmål, som det er interessant at følge, hvis ellers domstolene finder, at de grundlæggende erstatningsbetingelser er opfyldt.

Det gælder spørgsmålet om, hvor lang tid en medlemsstat har til at bringe lovgivningen i overensstemmelse med EU-retten, og dermed fra hvilket tidspunkt erstatningspligten begynder at løbe. Det spørgsmål må nødvendigvis bero på en konkret vurdering. Et forhold i denne forbindelse er, hvilken betydning det har, hvis staten ikke har haft nogen intention om at overholde EU-retten; i den situation kan det forekomme stødende, at erstatningsperioden skal reduceres under hensyn til rimelig reaktionstid, hvis staten slet ikke har haft intention eller evne til reelt at opfylde forpligtelserne efter EU-retten.

Et andet interessant spørgsmål er, hvordan og efter hvilke kriterier domstolene vil udmåle en erstatning til de påvirkede rettighedshavere. Dette er et vanskeligt spørgsmål.

Der er næppe tvivl om, at der tilkommer medlemsstaterne en ret betydelig skønsmargin i forbindelse med indretningen af nationale ordninger. Det er givet sådan, at det eksempelvis er lovligt (og måske endda obligatorisk) at tage hensyn til, hvor "tech savvy" befolkningen er og dermed anvendelsesgraden af indbyggede og løse medier, ligesom der også består et skøn over markedspriser for indhold og produktionsomkostninger for indhold.

Domstolenes udfordring er imidlertid, at hvis erstatningsbetingelserne er opfyldt, så har staten undladt at benytte sin skønsmargin. Dermed bliver det domstolenes opgave på grundlag af de kriterier, der er fastsat af EU-Domstolen, at foretage det skøn, som ellers er overladt til medlemsstaterne. Det er selvfølgelig en stor og kompliceret opgave. Det er her mere nærliggende at tage udgangspunkt i de kriterier og generelle hensyn, som er opstillet af EU-Domstolen end at forsøge at vurdere, hvad medlemsstatens lovgiver måtte antages at være kommet frem til.

9. ECLI:NL:HR:2014:523 den hollandske højesterets afgørelse af 7. marts 2014.

En variant af spørgsmålet om skønsmargin er at hævde et synspunkt om, at statens erstatningspligt, hvis ellers domstolen finder, at erstatningsbetingelserne er opfyldt, skal udmåles svarende til den mistede indtægt ved den ringest mulige ordning, som ville være lovlig i henhold til de rammer, der er fastsat af EU-Domstolen. Uanset at dette synspunkt kan have en umiddelbar logik, så er det efter min opfattelse åbenlyst ikke holdbart. Det vil være utænkeligt, at EU-Domstolen ville tolerere, at nationale domstole kan indføre en statsbetalt minimumsordning af bagvejen ved slet og ret at undlade at overholde EU-retten. Det vil være i strid med EGEDA-afgørelsen. Der kan også hentes støtte i de erstatningsprincipper, der gælder for krænkelse af ophavsrettigheder. Her er de erstatninger, der udmåles efter retspraksis på den sikre side af den markedspris, som der måtte antages at være, hvis brugen var sket på aftalt grundlag. En krænker kan så at sige ikke forhandle pris i retten. På et mere overordnet plan ville det også være problematisk, hvis medlemsstater ikke har et incitament til at respektere loven, her konkret at overholde EU-retten. En sådan retstilstand ville ikke være befordrende for medlemsstaternes generelle respekt for EU-retten. Det må også holdes for øje, at en medlemsstat når som helst vil kunne bringe erstatningspligten til ophør ved at ændre lovgivningen, så EU-retten overholdes.

Udover selve sagen indeholder nogle store og vanskelige spørgsmål, som de danske domstolene skal tage stilling til, så opstår der nogle vanskelige spørgsmål om forholdet mellem den dømmende og lovgivende magt undervejs.

Et opsigtsvækkende forhold er, at den danske stat i december 2020 har indgivet et procesindlæg i en østrigsk sag, der verserer ved EU-Domstolen.¹⁰ Sagen drejer sig om, at en del af privatkopieringen, der er sket på indbyggede medier, er begyndt at flytte til såkaldt cloudkopiering. Kulturministeriets opfattelse har hidtil været, at det er kopiering, der også skal kompenseres, men cloudkopiering hidtil har været så beskeden, at det falder ind under den såkaldte *de minimis*-regel, hvorefter der kan bortses fra privatkopiering, der kun indebærer minimal skade.

10. C-433/20, *Astro-Mechana*.

I det indgivne procesindlæg opfordres EU-Domstolen til at konkludere, at cloudkopiering slet ikke skal kompenseres (*de minimis* eller ej).¹¹

At indgive procesindlæg i sager for EU-Domstolen er en ret for medlemslandene, som regeringen frit kan benytte. Det forekommer imidlertid særegent, at staten vælger at indgive et procesindlæg i en situation, hvor udfaldet af sagen kan have konkret betydning for udfaldet af en helt anden sag, som staten selv er part i, uden dette i øvrigt oplyses i procesindlægget. Forholdet er det enkle, at dersom EU-Domstolen kommer frem til, at der ikke skal betales godtgørelse for cloudkopiering, så bliver den erstatning, som staten muligvis skal betale til rettig-hedshaverne i den danske sag alt andet lige mindre. Det må erindres, at Kulturministeriet ikke har normal praksis for at afgive procesindlæg i verserende sager for EU-Domstolen. Alene i de senere år har der været et stort antal sager på ophavsrettens område, herunder også et stort antal, der ville nødvendiggøre ny lovgivning i Danmark, uden staten har indgivet procesindlæg. Der er kun et andet tilfælde, nemlig den såkaldte Tom Kabinet-sag,¹² hvor staten på opfordring fra en lang række organisationer afgav et procesindlæg.

Et sådant forløb kan give det indtryk, at staten er mere motiveret af at varetage statens interesser som sagsøgt end at varetage landets mere generelle interesser.

Kulturministeriet har gennem flere år bebudet et lovforslag om en ændring af reglerne om privatkopiering. Dette har dog ikke ført til, at der rent faktisk er blevet fremsat noget lovforslag i Folketinget endsige sendt et forslag til høring blandt de involverede interessenter.¹³ I 2. halvdel af 2020 bebudede regeringen, at der vil blive fremsat et lovforslag i 2021 marts II. Kulturministeren har ultimo februar 2021 offentliggjort en politisk aftale med regeringens støttepartier, der indeholder

11. Procesindlægget er kommet til offentlighedens kendskab ved, at den er fremsendt til orientering til Folketingets Kulturudvalg og Europaudvalg – se Kulturudvalget 2020-21 KUU Alm del bilag 69.

12. C-263/18 af 19. december 2019

13. KUU i folketingssalen i 2016 vedtog en beretning om: "Der bør være fundet frem til en ny ordning inden udgangen af folketingsåret 2016-17". <https://www.ft.dk/ripdf/samling/20151/beslutningsforslag/b113/20151_b113_beretning.pdf>. Ganske illustrativt for oppositionen i parlamentet, som altid mener, at upopulære, men nødvendige forslag, er den siddende regerings problem.

en beslutning om en moderniseret ordning, der omfatter indbyggede medier, med et årligt provenu på 93 mio. kr. Lovforslaget, der skal realisere den politiske aftale, forventer Kulturministeriet fremsat i 2. halvår af 2021. Ikrafttræden skal ifølge den politiske aftale ske 1. januar 2022. Den politiske aftale har medført en omberømmelse af hovedforhandlingen i den anlagte retssag.

6. Afslutning

Sagen om den manglende godtgørelse for privatkopiering, der finder sted på indbyggede medier, er, selvom den er alvorlig og omhandler vigtige principper og store værdier, dog i den fredelige ende set i forhold til de konflikter, der kan tænkes at komme om helt grundlæggende forhold i det danske samfund, herunder befolkningsgrupperes liv og levned.

Sagen er imidlertid illustrativ for de sammenstød, der er mellem den dømmende, den lovgivende og den udøvende magt. Det er bemærkelsesværdigt få sager, der hidtil har været af denne karakter, og der er også bemærkelsesværdigt lidt litteratur, som behandler de atypiske situationer, der kan opstå, når regeringen agerer som regering, samtidig med at der verserer konkrete retssager, der handler om statens egne forpligtelser. Udfordringen er selvsagt, at de almindeligt gældende retsregler ikke er gearret til at håndtere sager, hvor staten ikke selv følger loven.

Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union

*Professor Emeritus Frank Gotzen, KU Leuven,
President of ALAI International*

1. The importance of TDM in an age of Artificial Intelligence

Mr. Jørgen Blomqvist, who is now Affiliated Professor in international copyright at the University of Copenhagen, was formerly Director of the Copyright Law Division of WIPO. Therefore it seems very appropriate for a work which honours him, to choose a subject which deals with a topic that is currently very high on the agenda of the international organization he served for so long.

One of these subjects is Text and Data Mining (TDM). The topic is very important in practice for various reasons. Automated analytical tools are necessary in today's society to harness the unlimited amounts of data. It has been said that since 2003, more data are created in two days' time than in all of foregoing history. In this data jungle TDM is used to process large amounts of information in the search for significant relations and combinations, using predefined or evolving machine-

learning algorithms. It enables us to notice patterns that would escape the human eye.¹

These new automated analytical tools are of increasing importance to scientific research in various fields. Possible new applications seem endless: by looking at medical data we can reveal correlations for disease mapping and clinical trials; the analysis of economic data and patent mapping can foster better economic decisions; patterns in elements of climate change or mobility can be better defined; TDM can help to identify and remove fake content.

Moreover, the issue has become critically important for the business world. Data are perceived as the new gold mine. Turning raw data into smart data creates business opportunities. The analysis of customers' general behaviour allows for predictive marketing. Searching trends on social media appears to be crucial before product launch, and individual profiles and preferences can be identified. Analytical tools are used to predict movements in financial markets. TDM can be used to find talent in the media and in sports.

In addition, today's public government increasingly needs a data-driven policy based on evidence, rational analysis, and use of millions of data through information technology. The smart use of Big Data is an instrument of good government and of power. It enables better functioning of social security systems, as well as the building of electronic health platforms. It helps define tax policy and detect fraud. It can sustain policies for the economy, for trade, for justice and police, for crime detection and for climate action.

Moreover, there is a specific area where the data mining is of primary importance. Everyone agrees that Artificial Intelligence (AI) is one of the cornerstones of the new economy. But the development of increasingly intelligent AI computational systems depends on the input of large amounts of data.² For a machine to learn, it first has to be fed

-
1. N. Binctin, 'TDM: un enjeu de l'intelligence artificielle', *RIDA* Oct. 2019, n. 262, pp. 8–10.
 2. B. Frénay, 'Démystifier le machine learning', *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 2018, n. 70, pp. 5-14; Drexl/Hilty *et al.*, 'Technical aspects of Artificial Intelligence', *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* n. 19-13, October 2019, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3465577>.

with a massive amount of data. But the data used for training the AI application may represent creative works that are subject to copyright.

This is why, when a ‘Conversation on Intellectual Property and Artificial Intelligence’ was initiated in September 2019 by the former WIPO Director General Francis Gurry,³ one of the issues identified for discussion was TDM. If the use for machine learning of data consisting of works protected by copyright is considered, in the absence of authorization, to be an infringement of copyright, how would existing exceptions for text and data mining interact with such infringement?⁴

2. The position of the European Union vis-à-vis TDM and AI

If indeed TDM appears to be one of the main issues to be resolved if we want to measure the impact of artificial intelligence in the field of copyright, one may ask what the position of the European Union is in this respect.

One might have expected the question to be tackled in recent documents of the Commission⁵ or the European Parliament⁶ concerning Artificial Intelligence. In fact these texts concentrate mainly on the challenges posed by a possible protection of the output of artificial intelligence and by its civil liability regime. Admittedly, the specific question of a possible exception at the input side of AI systems had already been

3. <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/globalinfra/en/wipo_ip_ai_ge_19/wipo_ip_ai_ge_19_inf2.pdf>.

4. <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf>, Issue 8 (V). See also the summary of 8 January 2021 of the second and third sessions of the conversation, WIPO/IP/AI/3/GE/20/INF/5, n. 56-66, <https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=527540>.

5. ‘White paper on Artificial Intelligence – a European approach to excellence and trust’, Proposals of the Commission of 19 February 2020, COM(2020) 65; ‘Making the most of the EU’s innovative potential – An intellectual property action plan to support the EU’s recovery and resilience’, Communication from the Commission of 25 November 2020, COM(2020) 760.

6. Committee on Legal Affairs Report of on a civil liability regime for artificial intelligence, A9-0178/2020, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_EN.html>.

addressed earlier, although from a wider perspective than artificial intelligence only, namely within the framework of the legislative initiatives for a Digital Single Market.

The issue of Text and Data mining was already on the European Commission's agenda, right from the start of preparatory work for a new legal EU instrument on copyright in a digital context. The Commission's initial proposal from 2016 for a directive on Copyright in the Digital Single Market⁷ included an Article 3 proposing a mandatory exception for reproductions and extractions made by research organizations in order to carry out text and data mining of works or other subject-matter to which they have lawful access for the purposes of scientific research. The proposal had been prepared by an expert legal study⁸ and was accompanied by an impact assessment.⁹

Though important, the subject of TDM slipped rather quietly under the radar during the mainstream debate about the DSM directive, which was mainly marked by turbulent and sometimes passionate discussions around press publishers' rights, value gap, and liability of intermediaries on the Internet. In the end, as the final version of Directive 2019/790¹⁰ came out, it appeared to contain in fact not just one, but two different articles on the subject: Article 3 on TDM for the purposes of scientific research, corresponding more or less to the Commission's initial proposal, and a brand new Article 4 on TDM in general.

-
7. Proposal of 14 September 2016 for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD).
 8. J.-P. Triaille & J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Franquen, 'Study on the legal framework of text and data mining', March 2014, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/074ddf78-01e9-4a1d-9895-65290705e2a5/language-en?lspt_context=gdpr>.
 9. Commission staff working document of 14 September 2016: 'Impact assessment on the modernization of EU copyright rules', SWD(2016) 301 final, <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-301-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>>.
 10. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ 17 May 2019, L130/92.

3. The inescapable need for express exceptions

In the European Union ‘text and data mining’—defined in Article 2(2) of the new directive as ‘any automated analytical technique aimed at analysing text and data in digital form in order to generate information which includes but is not limited to patterns, trends and correlations’—can encounter IP obstacles. Some data, such as text, graphics, images or music, may be protected under the European directives covering copyright. Other data could possibly be covered by the EU directive on the legal protection of databases, because structured data sets can be protected by either copyright or by a *sui generis* right, or even by both. TDM involves acts of reproduction in the sense of copyright law, and acts of extraction in the sense of the *sui generis* right.

Except for some cases of non-commercial scientific research where TDM would be permitted in those countries that transposed the optional exception of Article 5(3)(a) of the InfoSoc Directive into their national legislation, there seemed to be no valid escape route for this use of data in existing EU law. Naturally, one could try to get around the legal obstacle by interpretation. For instance, TDM could be presented as being an exempted technical step in the sense of the mandatory exception provided for in Article 5(1) of the InfoSoc Directive. The main problem is that, for practical reasons, during a mining process numerous copies have to be made that are not temporary, and thus cannot benefit from the exception.¹¹

Another escape route would be to present TDM as a tool to extract information from the data and not to duplicate them.¹² In this case,

11. P. Kamocki, ‘The Argument for Non-Consumptive Use in the EU: How Copyright Could Be Redefined to Allow Text and Data Mining’, in T. Pistorius, *Intellectual Property Perspectives on the Regulation of New Technologies* (ATRIP Series, Edward Elgar Publishing, 2018), p. 243.

12. R. Hilty & H. Richter, ‘Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernization of European Copyright Rules’, Part B, Chapter 1: Text and Data Mining, September 2017, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3036787>: ‘The proposed limitation misleadingly suggests that carrying out text and data mining (TDM) is per se of relevance to copyright. In reality, only reproductions and extractions need to be authorised, whereas automated searching and the like are free [...] Especially in the case that a user has lawful access to contents (the user has acquired the relevant data as such or has acquired access to them on a contractual basis), the automated analysis

however, the problem is that for a system to extract the relevant information it first needs to read the relevant data, which implies forms of previous copying.

And what about the claim that a TDM copy is not intended to appeal to a human consumer?¹³ Can the use of data be seen as a mere tool in a learning process for a machine, not intended to be seen by the public? In Japan, this approach has led to an almost complete liberalization of TDM practices under copyright law.¹⁴ In the US, courts have held that the use of large volumes of copyrighted literary work for machine mining fell within the fair use exception.¹⁵ But in Europe the difficulty lies in the fact that invisible technical copies inside a machine have already been treated as reproductions in principle, exempted only if they can fall under Article 5(1) of the InfoSoc Directive.

Finally, an attempt could be made to state that TDM causes no harm to the exploitation of the original work because there is no com-

of these contents must be permitted, just as reading by the human being does not require any separate consent by the rightholder’.

13. About the doubts as to whether in some situations the use of a work still is ‘normal’ and therefore covered by the author’s exclusive rights, see D. Flisak, ‘Evolution of Copyright – Reality or Illusion?’, in *Experientia docet, Festschrift E. Traple* (Warsaw, Kluwer, 2017) pp. 128–137. More specifically, see the analysis based on ‘the use of the work as a work’ condition for copyright infringement made by R. Ducato & A. Strowel, ‘Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to “Machine Legibility”’ *IIC* 2019, n. 50, pp. 649–684.
14. See the 2009 new version of Article 47 septies of the Japanese copyright law, further amended in 2018 in the new Articles 30 quater, 47 quater and 47 quinquies (<<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8e59c176-ecd2-49c8-a5dd-8e4e9bbdebfc>>). Further to the TDM Exception in Japan see M. Nagatsuka, ‘L’exception de data mining en droit d’auteur japonais’, 3 *Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle* December 2016, n. 3, pp. 68-73; T. Ueno, <https://ipwi.uj.edu.pl/documents/122195199/144296432/Ueno_2019_Cracow_Comment.pdf/adf57b6a-ad86-4bd6-94b0-4bbac61b049c>.
15. See the explanation by Judge Kathleen O’Malley during the second and third sessions of the WIPO conversation on IP and AI, WIPO/IP/AI/3/GE/20/INF/5, 8 January 2021, n. 56, <https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=527540>.

petition at stake.¹⁶ Here the problem is that copyright, seen as a creation right, could cover non-competing products as well.

In the end it seemed unlikely that interpretation of existing copyright provisions alone could solve the problem entirely. The obstacle could better be removed by the introduction of an express new exception. This is why the Articles 3 and 4 of the 2019/790 directive introduced two new mandatory provisions. In doing so the EU tried to prevent further divergence of national approaches to this cross-border issue that in some countries had already been tackled by the introduction of new statutory exceptions for TDM in their national laws.¹⁷

4. The exception of Article 3

In the wake of Article 3 in the original Commission's proposal, Article 3 of the DSM directive introduces, first of all, an exception for the purposes of scientific research. The provision is made mandatory, because Member States 'shall' have to provide for exceptions to reproduction or extraction rights provided for in Articles 5(a) and 7(1) of the Database Directive 96/9, Article 2 of the InfoSoc Directive 2001/29 and Article 15(1) of the DSM Directive 2019/790 on the protection of press publications concerning online uses. According to Article 7(1) of the DSM Directive, any contractual provision contrary to the exception provided for in Article 3 shall be unenforceable.

This exception can only be invoked by research organizations and cultural heritage institutions. According to Article 2(1), a research organization means a university, including its libraries, or a research institute or any other entity the primary goal of which is to conduct scientific research or to carry out educational activities also involving the

16. E. Rosati, 'An EU Text and Data Mining Exception for the Few: Would it Make Sense?', *GRUR Newsletter* 2018, n. 1, p. 37, <https://www.grur.org/fileadmin/daten_bilder/newsletter/2018-01_GRUR_Newsletter.pdf>.

17. See e.g. section 29A of the Copyright, Designs and Patents Act introduced in the UK in 2014; Articles L.122-5-10° and 342-3-5° of the French Code de la Propriété Intellectuelle, introduced in 2016; paragraph 60d of the German Urheberrechtsgesetz, introduced in 2017. See also, outside the EU, the new Art.24d on 'use of works for the purposes of scientific research' introduced by the law of 27 September 2019 into the Swiss law on copyright and neighbouring rights.

conduct of scientific research.¹⁸ This research has to be carried out on a not-for-profit basis or by reinvesting all the profits in its scientific research, or pursuant to a public interest mission recognized by a Member State, in such a way that the access to the results generated by such scientific research cannot be enjoyed on a preferential basis by an undertaking that exercises a decisive influence upon such an organization. Concerning the position in this respect of individual researchers, it is interesting to note that recital 14 includes ‘persons attached thereto’. A cultural heritage institution is also a possible beneficiary of this exception. According to Article 2(3), this means a publicly accessible library or museum, an archive or a film or audio heritage institution.

Recital 11 specifies that, while the only beneficiaries of that exception are the research organizations and cultural heritage institutions, they should nevertheless be able to collaborate with private partners for carrying out text and data mining, including by using their technological tools.

These research organizations and cultural heritage institutions can carry out text and data mining for the purposes of scientific research only if they have lawful access to the works or other subject matter. This means, according to recital 14, access to content that is based on an open access policy, or through contractual arrangements between rightholders and research organizations or cultural heritage institutions, such as subscriptions, or access to content that is freely available online.

Within these limits, these organizations and institutions are allowed to make copies and to store them. These copies shall have to be stored with an appropriate level of security and may be retained for the purposes of scientific research, including for the verification of research results. Recital 17 also states that, the potential harm to rightholders being minimal, no compensation regime is needed.¹⁹

Paragraph 3 of Article 3 goes on to say that rightholders shall be allowed to apply measures to ensure the security and integrity of the net-

18. According to recital 12 this may also include hospitals that carry out research.

19. ‘In view of the nature and scope of the exception, which is limited to entities carrying out scientific research, any potential harm created to rightholders through this exception would be minimal’.

works and databases where the works or other subject matter are hosted. This may be necessary in case of a high number of access requests. Recital 16 gives us some examples of how this might be done, as through IP address validation or user authentication. Captcha tests or limitations of downloading range might thus also come into the picture. Paragraph 4 obliges Member States to encourage rightholders, research organizations and cultural heritage institutions to define commonly agreed best practices concerning secure storage and the preservation of security and integrity of networks and databases.

5. The exception of Article 4

What is new, as compared to the initial Commission's proposal, is another, more general TDM exception contained in Article 4 of the Directive. This text resulted from an amendment introduced by the European Parliament, which was first formulated as an optional exception.²⁰ During the final 'trialogue' discussions between the European institutions this text was reinforced in that it became a mandatory exception, but at the same time also weakened because an opt-out system was built into it.²¹ This text introduces a mandatory exception to the same rights as mentioned in Article 3 of the DSM Directive, except for the fact that the reproduction of computer programs is now also expressly added to the list.

Article 4 introduces a much broader exception than the one contained in Article 3 because it benefits not just research organizations or cultural heritage institutions, but also 'the private sector' and 'public entities' (recital 18). Moreover, it is not limited to purposes of scientific research, but can be used also 'for various purposes, including for government services, complex business decisions and the development of new applications or technologies' (recital 18). Article 4 thus permits TDM for any kind of purpose, irrespective of whether or not it is for

20. Amendment 65 for a new Article 3a, adopted by the European Parliament on 12 September 2018, <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337_EN.html>.

21. <<https://www.slideshare.net/vittorio.pasteris/proposal-for-a-directive-of-the-european-parliament-and-of-the-council-on-copyright-in-the-digital-single-market>>, rows 135 to 139.

commercial gain.²² For this much wider application it shall be permitted to make reproductions and extractions ‘for as long as is necessary for the purposes of text and data mining’.

Does this mean that we are now following the Japanese example, authorizing the broadest possible use of data?²³

Not exactly, because in Europe we still have to stick to certain strict conditions. First, it has to be ascertained that the TDM action concerns lawfully accessible works, ‘including when it has been made available to the public online’ (recital 18). It thus does not seem to apply to secured documents (password, etc.). Secondly, the exception applies only insofar as ‘the use of works and other subject matter has not been expressly reserved by their rightholders in an appropriate manner’. This amounts to an opt-out system.²⁴ In this way publishers in Europe could try to keep commercial TDM in a managed process, subject to licensing.²⁵

In this regard, the main question will be to know which manner of reservation will be considered ‘appropriate’. Recital 18 tells us that, in the case of content that has been made publicly available online, ‘it should only be considered appropriate to reserve those rights by the use of machine-readable means, including metadata and terms and conditions of a website or a service’. But, according to the same recital, in other cases it can be appropriate to reserve the rights by other means, ‘such as contractual agreements or a unilateral declaration’; and ‘rightholders should be able to apply measures to ensure that their reservations in this regard are respected’. This probably means that if authors or editors have published content online, they should express their reservations in a straightforward, machine-readable manner. But it also means that if the publication is made in a more traditional way, as

22. P. Torremans & I. Stamatoudi, ‘The DSM Directive’, in P. Torremans & I. Stamatoudi, *EU Copyright Law: A Commentary* (Cheltenham, 2nd ed., 2021), n. 17.137.

23. See footnote 14 *supra*.

24. N. Binctin, ‘DM: un enjeu de l’intelligence artificielle’ *RIDA* Oct. 2019, n. 262, p. 31.

25. A. Bensamoun & J. Farchy, ‘Rapport final du 27 janvier 2020 de la Mission Intelligence Artificielle et Culture’, *CSPLA*, <https://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/cspla-rapport-complet-ia-culture_janv2020.pdf>, pp. 57–58.

with, for example, a book, the reservation could be done by other means, such as a clear indication on the book cover.²⁶

26. In countries like France or Belgium, this could then be considered as a legal application of the 'right of destination' theory.

Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder

*Advokat Anders Sevel Johnsen, Dansk Journalistforbund**

1. Indledning

1.1. De økonomiske rettigheder

Der er næppe en journalist, for hvem ophavsretten ikke er helt afgørende for dennes indtjeningsmuligheder. Nød de af journalisten frembragte værker ikke ophavsretlig beskyttelse, kunne andre uden videre give journalistens værker, så snart de fik adgang til dem.¹ Dette ville stort set fjerne al værdi knyttet til en journalists værk, bortset fra den værdi som er forbundet med at være først i offentligheden med et givent værk, fx en nyhedsartikel eller -fotografi. Efter fremkomsten af di-

* Dansk Journalistforbund er fagforeningen inden for journalistik, medier og kommunikation. Anders arbejder navnlig med medlemsrådgivning og interessevaretagelse omkring ophavsret, medieret og kollektiv forvaltning af rettighedsmidler. Se nærmere <<https://journalistforbundet.dk/medarbejder/anders-sevel-johnsen>>.

1. Jf. ophavsretslovens § 2. Se nærmere om ophavsmandens såkaldte økonomiske rettigheder i Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), s. 151-199, og Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (2018), s. 127-149.

gitale medier er denne værdi indskrænket betydeligt, da værket kan kopieres og gengives på få sekunder og med få klik. Dermed ville forspringet – og dermed værdien – for den, som først offentliggør værket, være forsvindende lille.²

Med undtagelse af små enkeltmandsmedier, herunder journalistiske blogs, vil journalisten i første omgang ikke selv tilgængeliggøre sine værker for almenheden. Journalisten vil i stedet overdrage dele af sin ophavsret – udnyttelsesrettighederne – til sin arbejdsgiver, hvervgiver eller kunde.³ Journalisten kan betinge denne overgang af udnyttelsesrettigheder af en betaling fra erhververen – enten i form af et fast honorar beregnet per time eller måned eller et vederlag for hvert enkelt værk eller en flerhed af værker.

Dermed har den ophavsretlige beskyttelse af journalistens værker og journalistens adgang til at sælge udnyttelsesrettighederne skabt de indtjeningsmuligheder, som er grundlaget for journalistik som erhverv.

1.2. En eller flere ophavsmænd

For så vidt angår visuelle værker, fx pressefotografier, grafikker og bladetegninger, vil journalisten⁴ typisk frembringe sine værker alene – og dermed have adgang til at råde over udnyttelsesrettighederne uden involvering af andre. Det samme gælder skriftlige værker, om end disse i videre omfang bliver skabt som fællesværker, hvor journalisten derved skal råde over udnyttelsesrettighederne i fællesskab med sine kolleger.⁵ For av-produktioner, fx tv-programmer, er udgangspunktet det modsatte af ved visuelle værker. Her vil det endelige værk så godt som altid

2. Ifølge § 15 forfatterloven – ophavsretslovens forgænger – var der en næsten uhindret adgang til at bringe nyhedsartikler vedrørende økonomiske, politiske eller religiøse artikler, når først artiklerne havde været offentliggjort første gang. Det samme gjaldt kortere nyhedsnotitser uanset emne. Artiklerne kunne dog ikke bringes, hvis der var taget forbehold for kopiering. Se mere om denne retstilstand i Torben Lund, *Journalistens ophavsret* (1955), særtryk udsendt med *Journalisten* og *Journalistbladet*, s. 3-8.

3. Journalistens adgang til at overdrage sine udnyttelsesrettighederne i henhold til ophavsretslovens § 2 følger af lovens § 53, stk. 1.

4. Se denne artikels afgrænsning af journalistbegrebet nedenfor i afsnit 2.2

5. Reglerne for dispositioner over de såkaldte fællesværker med flere ophavsmænd fremgår af ophavsretslovens § 6.

være frembragt af flere journalister i fællesskab. Ved av-produktioner har journalisterne som altovervejende udgangspunkt solgt udnyttelsesrettighederne til deres bidrag til værket til et produktionsselskab,⁶ før de går i gang med arbejdet. Produktionsselskaberne samler herefter udnyttelsesrettighederne fra alle journalisterne, som de sammen med deres producentrettigheder efter §§ 66 og 67 sælger til det medie, som tilgængeliggør produktionen.

1.3. De ideelle rettigheder

På samme måde som ophavsretslovens §§ 2 og 53, stk. 1, udgør det økonomiske fundamentet for journalister, kan de ideelle rettigheder i lovens § 3 anses som grundlaget for journalistens troværdighed og integritet både i forhold til det enkelte værk og generelt – og både i relation til den enkelte journalist og til dele af eller hele journaliststanden.⁷

Journalistens krav på – og tradition for – at blive krediteret sikrer således, at journalisten i højere grad indestår for kvaliteten og rigtigheden af indholdet af værket.⁸ Kreditering sikrer også som en naturlig følge heraf den nødvendige kobling til medieansvarslovens ansvarsregler.⁹ For journalister bør der derfor gælde en næsten ubetinget ret til at blive korrekt krediteret.¹⁰

-
6. De store medievirksomheder som DR og TV 2 agerer også som produktionsselskaber i forhold til visse av-produktioner (interne produktioner), mens andre produktioner købes færdige af produktionsselskaber (eksterne produktioner).
 7. Læs mere om sammenhængen mellem ophavsret og medieansvar i Tove Hygum Jakobsen & Anne Louise Schelin, *Ophavsretten i medierne*, 1997, s. 46-53.
 8. Jf. Ophavsretslovens § 3, stk. 1. Se nærmere om kreditering generelt i *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 199-204, *Immaterielret*, s. 150-151, og Jan Rosén, *Upphovrättens avtal* (3. udgave, 2006), s. 161-174.
 9. Medieansvarslovens § 9 og § 29, jf. § 9 indebærer, at straf- og erstatningsansvaret for indhold i medierne blandt andre kan pålægges forfatteren (ophavsmanden) til det pågældende værk. Dette ansvarssystem forudsætter naturligvis, at vedkommende er krediteret, således at denne kan identificeres. Læs mere om medieansvarslovens særlige ansvarssystem i Søren Sandfeld Jakobsen & Sten Schaumburg-Müller, *Medieretten, del 1* (2020), s. 460-501, Peter Lambert & Iben Gjessing, *Medieansvarsloven med kommentarer* (2017), s. 125-254, og Trine Baumbach, *Medieret*, 2017, s. 404-419.
 10. Se betænkning nr. 1197/1990 om Revision af ophavsretslovgivningen [Ophavsretsudvalgets 8. betænkning], s. 72, Kerstin Ahlberg, *Din upphovsrätt och andras* (2008),

Journalistens ret til *ikke* at få sit værk ændret på en måde, som er krænkende for denne, udgør det lovmæssige redskab til, at journalisten kan sikre, at dennes værker ikke bliver ændret på en måde, som forvrænger indholdet, journalistens budskab eller kvaliteten.¹¹ Journalisten kan derved beskytte sit omdømme både i forhold til kilder og til (for)brugerne af journalistens værker.

Journalistens ret til ikke få sit værk bragt i en krænkende sammenhæng udgør den anden del bolværket mod forfaldet af den enkelte journalists og journaliststandens troværdighed og integritet.¹² Bliver en journalists værk anvendt til reklamemæssige formål eller i forbindelse med politisk agitation, kan (for)brugerne af værket hurtigt miste troen på journalistens eller journaliststandens objektivitet.¹³ Her spiller de økonomiske rettigheder i ophavsretslovens § 2 også en rolle, da journalisten dermed har adgang til at kontrollere, hvor og i hvilken forbindelse dennes værk skal gengives.¹⁴

s. 110-112, og *Medieretten*, s. 460-462.

11. Jf. Ophavsretslovens § 3, stk. 2. Se nærmere generelt om krænkende ændringer i *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 204-209, *Immaterialret*, s. 151-153, og *Din upphovsrätt och andras*, s. 139-155.
12. Jf. Ophavsretslovens § 3, stk. 2. Se nærmere generelt om værker bragt i krænkende sammenhæng i *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 209-213, *Immaterialret*, s. 151-153, *Din upphovsrätt och andras*, s. 113-115, og Søren Sandfeld Jakobsen & Sten Schaumburg-Müller, *Medieretten* (2013), s. 767.
13. Se *UfR 1992.549 Ø*, hvor en fotografs billede var anvendt i en krænkende sammenhæng, og øvrige utrykte domme gengivet i *Ophavsretten i medierne*, s. 50-52.
14. Journalistens beskyttelse af forholdet til sin kilde gennem håndhævelse af sine økonomiske rettigheder var aktuelt i en sag fra 2020. Her måtte to vindere af prisen Årets Pressefoto se deres vinderbilleder anvendt af DR uden deres samtykke – og i en for dem og kilderne krænkende sammenhæng. Fotojournalisterne påtalte anvendelsen over for DR, som straks fjernede billederne. Sagen er omtalt i en artikel på <<https://journalistforbundet.dk/nyhed/vores-tillidsforhold-til-kilderne-er-blevet-brudt>> (senest set 2. februar 2021).

2. Afgrænsning

2.1. Artiklens fokus

Da ophavsretten som gennemgået ovenfor på mange måder er vigtig for journalisten, vil en meget lang række af ophavsretslovens bestemmelser med relevans kunne analyseres indgående specifikt i forhold til journalister.¹⁵

Denne artikel vil af pladmæssige hensyn alene gennemgå de nærmere regler for overgangen af journalistens udnyttelsesrettigheder. Artiklen vil gennemgå det aftalemæssige landskab for journalister og se på, hvordan de forskellige aftaletyper skal fortolkes.

2.2. Afgrænsning af "journalister"

Mange ophavsmænd vil kalde sig journalister, uden at denne artikel nødvendigvis vil fokusere på de ophavsretslige aspekter omkring deres værker.¹⁶

15. Se eksempelvis kapitel 5 i Jøren Ullits Olai Nielsen, *Journalistbegrebet i retlig belysning* (2019). Her analyserer forfatteren ophavsretslovens §§ 22 og 23, stk. 2, hvorefter journalisten har særlige rettigheder til at anvende andres værker. Journalisten muligheder for at påtale krænkelse af sit værk efter ophavsretslovens § 81 eller journalistens position i kollektiv forvaltning af ophavsret i henhold til blandt § 35.

16. En person kan eksempelvis betegnes som journalist, fordi denne har taget en journalistisk uddannelse. En journalistisk uddannet person kan imidlertid skabe ikke-journalistiske værker, fx kommunikation for en politisk organisation. Det fagforeningsmæssige tilknytningsforhold til DJ kan heller ikke anses som en tilstrækkelig betingelse, da også andre faggrupper kan optages i DJ (se eksempler på DJ's hjemmeside <<https://journalistforbundet.dk/specialgrupper>>).

Denne artikel vil afgrænse fokus til de ophavsmænd, som frembringer værker ved brug af en journalistisk metode¹⁷ med et journalistisk formål¹⁸ til et publicistisk medie.¹⁹

Det gælder uanset værkstypen og journalistens funktion. Artiklen omfatter således både egentlige skrivende journalister og bladtegnere, grafikere, pressefotografer og fotojournalisters samt ophavsmænd på journalistiske tv-produktioner, herunder fotografer, tilrettelæggere, klippere mv.²⁰ Alle disse funktioner vil muligvis bedre samlet rummes i begrebet “mediearbejder”, som til gengæld med ordet “medie” fjerner fokus fra det journalistiske, mens ordet “arbejder” dårligt favner freelancere. Den nærmere præcision og definition af de faglige termer som bedst samlende for disse funktioner vil ikke blive analyseret yderligere i denne artikel. Forfatteren af denne artikel anvender begrebet “journalisten” dækkende alle disse funktioner.

-
17. Det forhold, at ophavsmanden har anvendt en journalistisk arbejdsmetode, fx kildekritik og korrekt indhold, er imidlertid ikke i sig selv tilstrækkeligt. Meget kommunikation, herunder kommerciel kommunikation, kan være skabt ved brug af journalistiske arbejdsmetoder, og de ophavsretlige aspekter i relation til disse værker vil ikke blive analyseret i denne artikel. Værket skal således have et journalistisk indhold (se nærmere om *Journalistbegrebet i retlig belysning*, navnlig s. 193-199, hvor forfatteren opstiller tre krav til indholdet, nemlig offentlighedens interesse, overensstemmelse med god presseskik og redaktionel bearbejdning). Læs mere om journalistisk metode i Peter Kramhøft, *Journalistik med omtanke* (2010), navnlig s. 29-45. For en gennemgang af journalistbegrebet i norsk ret, se Ellen Lexerød Hovlid, “Hvem er journalist i norsk rett?”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 133, 1/2020, s. 3-38 (navnlig s. 5-10).
 18. Journalisten skal således have til formål at oplyse sin læser, seer eller lytter uden andre hensyn end det publicistiske (se nærmere i note 18 nedenfor). Dette kriterium indebærer, at værker skabt til reklame i medier, fx de såkaldte advertorials, ikke vil blive belyst – uanset at ophavsmanden har anvendt den journalistiske arbejdsmetode til frembringelsen af værket.
 19. Ved et publicistisk medie forstås et medie, som ikke har andre formål med sit journalistiske indhold end at oplyse sine forbrugere, læsere, lyttere og/eller seere. Det publicistiske medie adskiller sig derved fra den kommercielle kommunikation, som er udformet journalistisk, ved kun at skulle fremme salget af sit eget produkt – og ikke bagvedliggende kommercielle produkter. Som eksempler på dette kan være magasinet Lime, som udgives af Netto, og Jyske Bank TV (se nærmere om publicistiske medier som kriterium i *Journalistbegrebet i retlig belysning*, navnlig s. 191-193).
 20. For en opregning af de forskellige funktioner ved tv-produktion se Peter Schønning, *TV-programmedarbejderes ophavsrettigheder* (1989), s. 24-34.

2.3. Det beskyttede journalistiske stof

Ophavsretsloven stiller ikke høje krav til originalitet.²¹ Det er derfor svært at forestille sig en frembringelse af en journalist, som ikke vil nyde ophavsretlig beskyttelse som et værk.

Skriftlige værker, fx bøger og artikler, vil derfor uden undtagelse anses som værker.²²

I forhold til fotografier bliver spørgsmålet sjældent problematiseret, da billeder, som ikke er værker efter ophavsretslovens § 1, nyder næsten samme beskyttelse som fotografiske billeder efter ophavsretslovens § 70. Billeder frembragt af journalister må dog anses som værker, da journalisten nærmest altid vil have udført en selvstændigt skabende indsats i form af valg af motiv, vinkel, lyssætning, zoom, fokus mv.²³

Journalistiske frembringelser af levende billeder og lyd, fx tv- og radioprogrammer, vil utvivlsomt nyde ophavsretlig beskyttelse. Der kan næppe forekomme tv-programmer, som ikke vil anses som værker. Det samme gælder i vidt omfang tv-programmets enkelte dele, fx indslag.²⁴

21. *Journalistens ophavsret*, s. 4, *Immaterielret*, s. 77-80, og *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 126-143.

22. Se Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterielret* (6. udgave, 2002), s. 54-55, og *Journalistens ophavsret*, s. 3-8. Kortere artikler har siden to domme i starten af 1930'erne med sikkerhed været anset som værker (se *UJR 32.1139 Ø* og *UJR 33.1150 Ø*). Se også C-5/08, *Infopaq*, hvor EU-domstolen fandt, at sætninger helt ned til elleve ord kan anses som værker, hvis originalitetskravet er opfyldt.

23. Se til støtte herfor *Lærebog i Immaterielret*, s. 68-72. Se også *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 141-143, og *Immaterielret*, s. 94-96. Begge med henvisning EU-domstolens dom i sagen C-145/10, *Painer*, som fastslog, at (portræt)fotografier anses som værker, hvis ophavsmanden har kunnet *udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg* (præmis 89) i forhold til *billedudsnittet, vinklen eller stemningen* (præmis 91). Herudover *Ophavsretten i medierne*, s. 26.

24. Til støtte herfor se *TV-programmedarbejderes ophavsrettigheder*, s. 18-23, og *UJR 2020.3122 Ø* (spanske fodboldkampe), hvor landsretten anså optagelserne af fodboldkampe som ophavsretligt beskyttede. Se også Morten Rosenmeiers artikel "Krænkes ophavsretten, hvis man råder over en mindre del af et beskyttet fænomen?" trykt i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2014.220B, navnlig s. 224, om tv-programmer, hvor forfatteren anfører, at "en kort, ubearbejdet optagelse, der rapporterer fra en demonstration" ikke nyder ophavsretlig beskyttelse. Det er dog næppe korrekt, da en tv-fotograf på samme måde som fotograf foretager valg i forhold til valg af motiv, vinkel mv.

Det er til gengæld værd at bemærke, at selve oplysningerne, idéen eller historien bag værket ikke nyder ophavsretlig beskyttelse.²⁵ Det betyder, at journalisten ikke får eneret til en historie, selv om denne er skabt gennem lang tids intensiv research og med inddragelse af adskillige vanskeligt tilgængelige kilder. Når først journalisten har tilgængeliggjort sit værk, kan andre skabe nye selvstændige værker på baggrund af de oplysninger, som journalisten har fremskaffet og offentliggjort.²⁶ De nye værker kan referere oplysningerne fra det første værk og bringe citater herfra inden for rammerne af citatretten.²⁷

Selv om det nye værk ikke 1-til-1 gengiver indhold fra det første værk, kan det dog efter omstændighederne alligevel udgøre en ophavsretskrænkelse. Det kan være tilfældet, hvis det nye værk eftergør vinklingen, kompositionen, strukturen og måske udtalelserne fra det oprindelige værk, evt. i kombination med mange omskrivninger af teksten fra det oprindelige værk.²⁸

25. Se eksempelvis *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 164, *Journalistens ophavsret*, s. 4, *Lærebog i Immaterialret*, s. 131-133, og Lennart Svensäter, *Anstälning och upphovsrätt*, 1991, s. 261. Se dog § 72 om pressemeddelelser, der dog har et meget snævert anvendelsesområde, som er mindsket yderligere med fremkomsten af digitale og sociale medier, hvorefter nyheder fra udlandet kan strømme ind i landet fra et utal af kilder.

26. Se dog § 72 om pressemeddelelser, der dog har et meget snævert anvendelsesområde, som er mindsket yderligere med fremkomsten af digitale og sociale medier, hvorefter nyheder fra udlandet kan strømme ind i landet fra et utal af kilder. Et medie, som bringer en journalists værk, hvor der er knyttet en stor nyhedens interesse til, bør derfor nøje overveje, hvordan denne "breaker" historien. Kort tid efter historien er breaket, vil flere medier kæmpe om historien og den dertil knyttede interesse (og betalingsvillighed) fra (for)brugerne. Hvis et medie systematisk genfortæller andre mediers værker uden selv at bidrage journalistisk til det nye værk, men uden at begå en ophavsretskrænkelse, fx ved genbrug af struktur, kan det efter omstændigheder udgøre en markedsføringsretlig overtrædelse af det første medies rettigheder.

27. Jf. ophavsretslovens § 22. Medlemmerne af interesseorganisationen Danske Medier har vedtaget et sæt retningslinjer for citat, hvor medierne forpligter hinanden til ikke at citere for meget fra andres artikler og bygge historien op på en selvstændig journalistisk indsats. Retningslinjerne fra 2019 kan se på <<https://danskemedier.dk/wp-content/uploads/2019/12/2019-12-05-nye-vejledende-citatregler.pdf>> (senest set 2. februar 2021).

28. Se *Anstälning och upphovsrätt*, s. 262, og *Immaterialret*, s. 162-164.

3. Overgang af udnyttelsesrettighederne til journalistens værker

3.1. Forskellige overdragelsessituationer

Udnyttelsesrettighederne til journalistens værker kan overgå helt eller delvist til et medie eller en underleverandør til et medie, fx et bureau eller en producent.

Disse aftaler kan være indgået kollektivt i form af overenskomster og videreudnyttelsesaftaler mellem på den ene side journalistens faglige organisation – typisk Dansk Journalistforbund (DJ) – og på den anden side en enkeltstående medie- eller produktionsvirksomhed eller en samling af disse, fx Danske Mediers Arbejdsgiverforening eller Producentforeningen. De kollektive aftaler gennemgås nærmere nedenfor under pkt. 3.2. De kollektive aftaler er typisk udtrykkelige, men kan også udgøres af en stiltiende overenskomstforudsætning mellem overenskomstparterne eller en kutyme i enkelte virksomheder eller i branchen.

Overgangen af rettighederne kan også ske i henhold til en udtrykkelig individuel aftale mellem ophavsmanden og en af disse virksomheder – typisk ved fravær af en kollektiv aftale, men også i sjældnere tilfælde som supplement til en kollektiv aftale. De udtrykkelige individuelle aftaler gennemgås nærmere nedenfor under pkt. 3.3.

Herudover kan overgangen ske gennem en individuel, stiltiende aftale. Det vil være tilfældet, hvor journalisten og erhververen som led i en aftale må have forudsat overgangen af rettigheder til et værk, men ikke udtrykkeligt har fastsat det nærmere omfang af udnyttelsesrettighederne – eller nogen vilkår overhovedet. De individuelt stiltiende aftaler gennemgås nærmere nedenfor under pkt. 3.4.

Eksempel 1: En bladtegner har aftalt med en redaktør at levere en bladtegning til en avis om et bestemt emne inden deadline. Parternes aftale indeholder dog ingen bestemmelser omkring ophavsret. Parterne må dog alligevel anses for stiltiende at have aftalt en overgang af udnyttelsesrettigheder i et eller andet omfang – ellers ville bladtegningen være ubrugelig for dagbladet.

Eksempel 2: En videojournalist (VJ) bliver ansat på en lokalavis til at stå for avisens nye online-satsning med tv. Journalistens ansættelsesaftale indeholder intet omkring ophavsret. VJ'en må anses for at overdrage

rettighederne til sine indslag til lokalavisen i et vist omfang – ellers vil ansættelsen af journalisten være nytteløs.

Aftalerne om overgang af udnyttelsesrettighederne til journalistens værker kan være en del af en overenskomst eller ansættelsesaftale for en fast eller tidsbegrænset ansat journalist. Her vil leveringen af journalistens *arbejdskraft* være det centrale. Bestemmelsen om ophavsret er her nødvendig for arbejdsgiveren for at kunne udnytte værkerne skabt i ansættelsesforholdet. Det samme gør sig gældende for en freelancejournalist, der som lønmodtager leverer sin *arbejdskraft* i et nærmere bestemt tidsrum.²⁹ Freelancerens tilknytning til arbejdsgiveren kan være reguleret af en overenskomst eller en individuel aftale alene. Freelanceren kan også levere sin *arbejdskraft* som en selvstændig virksomhed, hvorved denne ikke vil være omfattet af en overenskomst – men alene af den individuelle aftale, som denne som virksomhed indgår med kunden.

Freelancere kan også aftale at levere *et enkelt værk eller flere værker* til en virksomhed. Sådanne aftaler kan også være omfattet af en overenskomst – medmindre freelanceren agerer som selvstændig – eller alene en individuel aftale. Mange freelancejournalisters indkomst består både af indtægter fra salg af deres arbejdskraft og af enkelte værker.

Eksempel 3: En freelancefotograf bliver hyret til at indgå i vagtskemaet på en større dansk tv-station. Fotografen arbejder i en uge på stationen fra kl. 7-15. Redaktøren beslutter, hvor fotografen skal sendes ud og optage billeder. En dag efter arbejdstids ophør tager fotografen stillbilleder fra en demonstration mod klimaforandringer. De bedste billeder sælger fotografen til en mindre dansk lokalavis.

29. Begrebet “fast og tidsbegrænsede ansatte” vil blive anvendt om tidsbegrænsede og tidsbegrænsede ansættelser, hvor antallet af arbejdstimer er nogenlunde fast og mindst svarer til en deltidsansats. Begrebet “freelancer” og “freelancejournalist” vil blive anvendt på alle andre, løsere måder, hvorpå en journalist kan være tilknyttet en medievirksomhed.

3.2. Overenskomster og kollektive videreudnyttelsesaftaler

3.2.1. Det overenskomstmæssige landskab for journalister

Med en enkelt undtagelse³⁰ er DJ – eller en gruppe under DJ – den ene part i alle overenskomster, som vedrører journalisters arbejde i Danmark.³¹

Overenskomsterne omfatter typisk enten fast og tidsbegrænsede ansatte eller freelancere. Enkelte overenskomster indeholder vilkår for begge typer af journalister.³²

Størstedelen af overenskomsterne indeholder bestemmelser omkring ophavsrettens overgang fra journalisten til virksomheden.³³

30. AC-organisationerne har en overenskomst med DR, som omfatter akademikere ansat i DR som programmedarbejdere. Den kan ses på <<https://www.dr.dk/om-dr/job/overenskomster-og-aftaler>> (senest set 2. februar 2021).

31. DJ har i alt omkring 65 overenskomster. Indtil 1980'erne havde DJ kun én overenskomst (med DR). Overenskomsterne kan enten vedrøre alle typer journalistisk arbejde hos aftaleparten eller specifikke faggrupper, fx fotografer eller skrivende journalister. Se alle DJ's overenskomster i DJ's oversigt på <<https://journalistforbundet.dk/oversigt-over-overenskomster>> (senest set 2. februar 2021). DJ's adgang til at indgå kollektive aftaler omkring udnyttelsen af deres medlemmers ophavsrettigheder fremgår af DJ's vedtægter § 12, stk. 9-12. DJ's vedtægter kan findes på <<https://journalistforbundet.dk/vedtaegter>> (senest set 2. februar 2021). Om de faglige organisationers adgang til at indgå aftaler om ophavsret på vegne af deres medlemmer, se Jeppe Brinck-Jensen & Morten Rosenmeier m.fl., *Ansattes immaterielle rettigheder* (2013), s. 51, og Ole Hasselbalch & Morten Rosenmeier, "Ansattes værker i krydsfeltet mellem ophavsret og ansættelsesret", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2013B.298-299.

32. Overenskomster, som indeholder vilkår for begge ansættelsestyper, er indgået for at regulere vilkårene for fastansatte, men indeholder som supplement vilkår for freelancere. De fastansatte journalister har en interesse i at sikre ordentlige og sammenlignelige vilkår for de freelancejournalister, som arbejdsgiveren benytter. På den måde er de solidariske med deres freelancekolleger og kan samtidig modvirke, at arbejdsgiveren får adgang til at købe værker fra freelancere langt billigere end de værker, som frembringes af de fastansatte, med risiko for i sidste ende at overflødigøre flere af de fastansatte.

33. Som eksempel på undtagelser indeholder Fællesoverenskomsten mellem DJ og Danske Mediers Arbejdsgiverforening ingen bestemmelser om ophavsret. Overenskomsten dækker primært en række store og små dagblade. Overenskomsten kan ses på DJ's oversigt over overenskomster – se ovenfor (senest set 2. februar 2021). Det samme gælder overenskomsten for Politiken og Ekstra Bladet mellem samme parter. Overenskomsten kan ses på DJ's oversigt over overenskomster – se

Overgangen af ophavsret kan også blive bindende for parterne, uden den udtrykkeligt fremgår af en kollektiv aftale. Parterne kan anses for at have indgået en form for stiltiende aftale, hvis der på virksomheden er etableret en egentlig kutyme for overgangen af ophavsrettigheder fra journalisterne til virksomheden.³⁴ En stiltiende kollektiv aftale kan også have karakter af en såkaldt overenskomstforudsætning. Her har parterne haft en fælles forståelse for, at begge parter er bundet til en vis bestemmelse om overgang af rettigheder – uden at denne udtrykkeligt er angivet i aftalen.³⁵

De fleste af disse bestemmelser indebærer, at virksomheden opnår en ret til at anvende journalistens værker på flere for branchen typiske måder – men ofte ikke alle – *uden* ret til videreoverdragelse.

Enkelte overenskomster indeholder bestemmelser med et bredere udgangspunkt, hvorefter også tredjepart gennem virksomheden opnår en udnyttelsesret til journalistens værker. Det gælder eksempelvis overenskomsten for fastansatte på DR og overenskomsten for fastansatte på Berlingske:

“DR erhverver i kraft af ansættelsesforholdet alle radio- og fjernsynsrettigheder til det tjenstligt producerede udsendelsesstof og kan således frit benytte dette i egne og andre radio- og fjernsynsorganisationers udsendelser samt i øvrigt overalt, hvor dette måtte have hjemmel i lovenes undtagelsesbestemmelser.”³⁶

ovenfor (senest set 2. februar 2021).

34. I dommen i *UfR 2002.2745 Ø* (Aller) fastslog Landsretten, at Aller Press ikke uden forhandling med DJ kunne ændre en kutyme for videreudnyttelse internt mellem virksomhedens udgivelser. Se nærmere om kutymer i Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 2014, s. 269-271. Her anfører forfatteren, at kutymer typisk binder de enkelte virksomheder, men også i særlige tilfælde kan gælde på organisationsniveau. Se også Ole Hasselbalch, *Den danske arbejdsret* (2009), s. 2199-2202, og Per Jacobsen, *Kollektiv Arbejdsret* (5. udgave, 1994), s. 62-73, om komplettering/fortolkning af overenskomster gennem kutyme
35. Se nærmere om stiltiende overenskomstindgåelse i *Den danske arbejdsret*, s. 2154-2159, og *Den kollektive arbejdsret*, s. 166-168, samt om overenskomstforudsætninger isoleret i *Kollektiv Arbejdsret*, s. 73-74.
36. § 31, stk. 2, i overenskomsten mellem DJ og DR for fast og tidsbegrænsede ansatte journalister (egen fremhævnings). Overenskomsten kan ses på DJ's oversigt over overenskomster – se ovenfor (senest set 2. februar 2021).

“Videreudnyttelsesretten til værker frembragt af medarbejderen som led i ansættelsesforholdet anses for overdraget til virksomheden, således at virksomheden uden yderligere vederlag har ret til at bruge de overdragne værker i virksomheder tilhørende Berlingske Media A/S, samt i Infomedia A/S. Det modtagende medie skal redigere og gengive stoffet efter samme retningslinjer, som gælder for det medie, det oprindeligt er fremstillet til, jf. Aftale om Videreudnyttelse af tjenstligt produceret stof § 9, stk. 2.”³⁷

Overenskomsterne kan også indeholde et snævrere udgangspunkt, således at virksomheden ikke kan anvende journalistens værker på alle måder, uanset at udnyttelsesmåden udgør en stor del af virksomhedens aktiviteter. Det gælder eksempelvis på DR, hvor virksomheden kun erhverver fjernsynsrettighederne – og dermed ikke udnyttelsesrettighederne til on demand-brug – efter overenskomsten.³⁸

Bestemmelser om overgang af udnyttelsesrettigheder i overenskomsterne bliver i mange tilfælde suppleret af en kollektiv videreudnyttelsesaftale.³⁹ Virksomheden får med en sådan aftale adgang til at udnytte journalisternes værker i et *videre* omfang end efter overenskomsten – mod betaling.⁴⁰ Den videre brug kan enten bestå i en øget adgang til selv at udnytte journalistens værker, fx on demand-brug eller

37. § 14, stk. 1, i overenskomsten mellem Dansk Mediers Arbejdsgiverforening og DJ for Berlingske (egen fremhævning). Overenskomsten kan ses på DJ's oversigt over overenskomster – se ovenfor (senest set 2. februar 2021).

38. Se teksten fra overenskomsten med DR ovenfor.

39. Videreudnyttelsesaftalerne kan enten være (1) inkorporeret direkte i overenskomstteksten (se eksempelvis overenskomsten mellem DJ og DR for freelancejournalister. Overenskomsten kan ses på <<https://journalistforbundet.dk/overenskomster-og-kollektive-aftaler-freelancere>> (senest set 2. februar 2021)), (2) indsat som et protokollat i overenskomsten (se eksempelvis overenskomsten mellem DJ og TV 2 for fastansatte (henvisning ovenfor)), eller (3) som en lokalaftale mellem medarbejderforeningen og virksomheden (se eksempelvis videreudnyttelsesaftalen på Berlingske. Videreudnyttelsesaftalen kan ses på DJ's samlede oversigt over videreudnyttelsesaftaler <<https://journalistforbundet.dk/videreudnyttelsesaftaler>> (senest set 2. februar 2021)).

40. Journalisterne kan enten modtage betalingen gennem en (1) individuel royalty for hver gang deres værk videreudnyttes, (2) en individuel, fast rundsumsbetaling, som ikke løbende er afhængig af virksomhedens udnyttelse af dennes værker, eller (3) en generel rundsumsbetaling til alle journalister, der administreres af medarbejderforeningen eller DJ.

bogudgivelse, eller mulighed for at overdrage udnyttelsesrettighederne til andre medier.

Det er en naturlig forudsætning – og i visse tilfælde udtrykkelig – at værket er skabt af journalisten som led i ansættelsesforholdet.⁴¹

3.2.2. Fortolkning af bestemmelserne om overgang af udnyttelsesrettigheder

Ved fortolkning af kollektive aftaler om overgang af udnyttelsesrettigheder skal både de arbejdsretlige og ophavsretlige fortolkningsprincipper iagttages.⁴²

De arbejdsretlige fortolkningsprincipper følger i vidt omfang de aftaleretlige. De kollektive aftaler skal fortolkes i henhold til parternes fælles forståelse, dog således at aftalens ordlyd ofte tillægges mere vægt.⁴³

Det er et almindeligt ophavsretsligt fortolkningsprincip, at aftaler om overgang af udnyttelsesrettigheder skal fortolkes restriktivt til fordel for ophavsmanden. Det følger af specialitetsgrundsætningen i ophavsretslovens § 53, stk. 3.⁴⁴ Dette gælder også kollektive aftaler om overgang af udnyttelsesrettigheder. Det blev fastslået i en kendelse af 23. april 2014 i en faglig voldgift mellem DJ og Foreningen af TV 2-Regioner (sag nr. FV2013.0043):

DJ havde indstævnet Foreningen af TV 2-Regioner med påstand om, at foreningen skulle anerkende, at en række udnyttelsesformer skulle honoreres særskilt i henhold til en bestemmelse om rundsum i parternes videreudnyttelseaftale – og dermed ikke over lønnen. Den største og vigtigste af de omtvistede udnyttelsesformer var on demand-brug på de enkelte TV 2-Regioners hjemmesider. Foreningen af TV 2-Regioner

41. Se en nærmere indføring i vurderingen af om et værk er skabt som led i ansættelsesforholdet nedenfor under pkt. 3.4.2.

42. For en grundig gennemgang af forskellige hensyn ved fortolkningen af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder se Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder* (1987), s. 206-221.

43. Om fortolkning af kollektive aftaler, se *Den kollektive arbejdsret*, s. 251-271, og *Den danske arbejdsret*, s. 2183-2216.

44. Se nærmere om specialitetsgrundsætningen i *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 554-557, *Immaterialret*, s. 615-617, meget udførligt *Overdragelse af ophavsrettigheder*, s. 147-171, og Betænkning nr. 1197/1990, s. 222-226.

havde i sagen gjort gældende, at specialitetsgrundsætningen ikke fandt anvendelse ved fortolkningen af kollektive aftaler, og subsidiært at grundsætningen heller ikke fandt anvendelse, når overdragelsen som i sagen var uomtvistet, og uenigheden derfor kun vedrørte honoreringen herfor.

DJ fik medhold i alle sine påstande, og opmanden udtalte blandt andet som begrundelse:

“På den anførte baggrund og efter en samlet vurdering af de foreliggende fortolkningsbidrag, herunder parternes tidligere aftaler om vederlæggelse for ophavsretligt beskyttede værker, finder opmanden det ikke godtgjort, at parterne ved Protokollat 5 [parternes videreudnyttelsesaftale] har aftalt, at udsendelse over internettet på brugerens begæring kan ske uden vederlæggelse, og således er omfattet af § 4 [bestemmelsen om de udnyttelsesformer, der blev vederlagt via lønnen], jf. herved også *ophavsretslovens § 53, stk. 3, eller principperne heri*”.⁴⁵

Kendelsen må læses på den måde, at alle dele af en kollektiv aftale om overgang af udnyttelsesrettigheder skal fortolkes restriktivt til fordel for ophavsmændene og deres organisation.

En lignende problemstilling blev bedømt i en kendelse af 7. maj 1990 i en faglig voldgift mellem DJ og DR. I kendelsen fastslog de tre opmænd, at bestemmelsen om overgang af udnyttelsesrettigheder *ikke* skulle fortolkes dynamisk i lyset af DR's udvikling som medievirksomhed.

DJ og DR var i 1989 blevet uenige om forståelsen af bestemmelsen om ophavsret (se ovenfor). DR mente, at bestemmelsen indebar en ret for DR til løbende at erhverve de udnyttelsesrettigheder, som var nødvendige til at udfylde deres opgaver inden for den til enhver tid gældende radio- og tv-lov. Opmændene, som bestod af tre højesteretsdommere, frifandt DJ med følgende begrundelse:

“På denne baggrund finder opmændene, at der efter ordlyden og en samlet vurdering af de foreliggende fortolkningsbidrag ikke er grundlag for at antage, at bestemmelsen blot indeholder en henvisning til eller be-

45. Egen fremhævelse og tilføjelse. Parterne har efterfølgende indgået en ny aftale – overenskomst og videreudnyttelsesaftale – omkring overgang af udnyttelsesrettighederne til journalisterne værker.

skrivelse af en deklatorisk regel af det af klageren angivne indhold. Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at bestemmelsen i øvrigt har et så vidtgående indhold, som klageren påstår, og som ville indebære en overgang af ophavsret til klageren til enhver udnyttelse af værket inden for radiolovens rammer, uanset værkets tilblivelsestidspunkt og mulighederne for at forudse den pågældende udnyttelsesform.

Efter det omfattende materiale, der har været forelagt til belysning af overenskomstbestemmelsens rækkevidde, finder opmændene, at kendelsen i kablesagen ikke kan føre til andet resultat.

Som følge af det anførte tages i indklagedes frifindelsepåstand til følge.”

Kendelsen betyder, at forståelsen af bestemmelser om ophavsret i kollektive aftaler ikke kan ændres, ved at mediet udvider sin brug af journalisternes værker. Det gælder sågar i de tilfælde, hvor mediet er lovæssigt forpligtet hertil.⁴⁶ Vil mediet udvide omfanget af erhvervelsen af journalisters rettigheder, må det ske gennem forhandling med den faglige organisation, med hvem mediet har overenskomst. Imødekomelsen af disse behov vil typisk munde ud i (en ændring af) en videreudnyttelseaftale.

Synspunktet hos Foreningen af TV 2-regioner i sag nr. FV2013.0043 var også, at den overdragelse, som er fastsat i overenskomsten, skulle fortolkes i lyset af den deklatoriske, udfyldende regel i ansættelsesforhold, når der ikke gælder en aftale (se neden for under pkt. 3.4). Det ville betyde, at forståelsen af bestemmelserne i de kollektive aftaler skulle strækkes og redefineres løbende, som mediet udvidede sin sædvanlige virksomhed, således at mediet til enhver tid erhvervede de rettigheder, som var nødvendige for denne udvidelse.

De to kendelser må anses for at gøre op med denne formodning. Den deklatoriske og udfyldende regel er netop deklatorisk og udfyldende og dermed helt uanvendelig, når parterne har aftalt vilkårene for overgangen af udnyttelsesrettighederne til journalistens værker. Opmanden i sag nr. FV2013.0043 mellem DJ og Foreningen af TV 2-regioner udtalte således:

46. Se hertil *TV-programmedarbejderes ophavsrettigheder*, s. 83-85, hvor forfatteren er på linje med voldgiftskendelsen.

“Det kan ikke føre til et andet resultat, at f.eks. visning af programmer på Regionernes hjemmeside er *omfattet af Regionernes sædvanlige virksomhed* og i øvrigt er en del af Regionernes public service forpligtelse.”

Kendelserne gjorde også op med en af præmisserne i den såkaldte kabelkendelse.⁴⁷ I præmisserne i kabelkendelsen anførte voldgiftsdommerne følgende:

“Overgang af rettigheder kan ske i kraft af ansættelsesforhold eller ved overdragelse.

For ansatte med forpligtelse til at medvirke til tilvejebringelse af de programmer, som arbejdsgiveren udsender, må ansættelsen efter voldgiftsrettens opfattelse naturligt indebære, at *arbejdsresultatet står til arbejdsgiverens disposition i økonomisk henseende, med mindre andet udtrykkeligt er aftalt* [egen fremhævning]. Dette må også antages at være den almindelige opfattelse både her og i udlandet, og de foreliggende arbejdsaftaler giver ikke grundlag for at tillægge de ansatte en særlig ret til de programmer, hvori de har medvirket.”

Dette kan vel nærmest læses i retning af, at ansatte ophavsmænd – i hvert fald på tv-området – har overdraget *alle* deres økonomiske rettigheder, medmindre parterne udtrykkeligt har aftalt andet. Udgangspunktet skulle således være en total overdragelse, hvor journalisten derefter kun ved udtrykkelige bestemmelser kunne undtage enkelte udnyttelsesformer – en slags *omvendt* specialitetsgrundsætning. Reglen skulle tilsyneladende gælde ved såvel kollektive og individuelle aftaler om fast ansættelse som i tilfælde, hvor parterne intet har aftalt.⁴⁸

En sådan formodningsregel ville dermed gå videre end den deklatoriske regel i ansættelsesforhold, når parterne intet har aftalt om ophavsrettens overgang, hvorefter arbejdsgiveren erhverver retten til at udnytte journalistens værker inden for dennes *sædvanlige virksomhed* på

47. Jf. kendelse af 8. februar 1989 i voldgiftssag angående fordeling af de af fællesorganisationen Copydans forvaltningssektor “Kabel-TV” opkrævede vederlag i henhold til ophavsretslovens §§ 22 a, 45 og 48 samt fotografilovens § 11 a – den såkaldte “Kabelkendelse”.

48. Skulle denne regel kun finde anvendelse, når parterne har indgået en udtrykkelig aftale, ville være meningsløst, da ophavsmanden ved at indgå en udtrykkelig aftale nærmest aldrig vil kunne opnå en bedre retsposition end ved ikke at indgå en aftale.

frembringelsestidspunktet. Den deklaratoriske regel var ellers allerede knæsat – og netop for journalister – inden kabelkendelsen i dommene trykt i *UfR 1978.901/2 H* (Politiken) og *UfR 1982.926 Ø* (Ritzaus Bureau).⁴⁹

Præmisserne i kabelkendelsen blev dog heller ikke fulgt op i ovennævnte voldgiftssager mellem DJ/DR og DJ/Foreningen af TV 2-regioner og blev heller ikke gentaget i dommene i *UfR 1993.180 Ø* (Kanal 2/Larzen & Topsøe-Jensen) og *UfR 1994.349 H* (Kanal 2/Carstensen & Lorentzen), som begge vedrørte ansættelser på tv-området. Præmisserne var allerede på afsigelsestidspunktet et fejlskud, hvilket er bekræftet af den efterfølgende retspraksis. Synspunkterne i præmisserne har heller ikke senere – end ikke i en mildere udgave – set bakket op af andre domme eller gentaget i den juridiske litteratur.

3.2.3. Adgangen til at indgå individuelle aftaler om ophavsret

I løbetiden af en kollektiv aftale er parterne og parternes medlemmer forpligtet til at følge aftalens vilkår. Det gælder også i forhold til vilkår om udnyttelsesrettigheder. Virksomheden må ikke indgå individuelle aftaler med journalister, hvor virksomheden erhverver udnyttelsesrettighederne til journalistens værker i videre omgang. De kollektive aftaler udgør således kun de minimumsvilkår, som virksomheden skal tilbyde.⁵⁰ Virksomheden og journalisten må derfor gerne indgå individuelle aftaler, hvor journalistens bevarer flere udnyttelsesrettigheder end anført i overenskomsten.

Eksempel 4: DJ og en stor medievirksomhed har indgået en overenskomst for freelancere. Ifølge overenskomstens videreudnyttelsesprotokollat erhverver virksomheden retten til at videreoverdrage journalisternes udnyttelsesrettigheder til tredjepart. Freelancejournalisten har dog allerede etableret et bredt salg af sine artikler og ønsker derfor ikke, at virksomheden skal kunne overdrage rettighederne til tredjepart. Freelancejournalisten får derfor forhandlet et vilkår ind i sin kontrakt, hvorefter virksomheden *ikke* kan videreoverdrage udnyttelsesrettighederne til dennes artikler til tredjepart.

49. Omtales nærmere nedenfor i afsnit 3.4.2.

50. Se eksempelvis *Den kollektive arbejdsret*, s. 190-191, og *Kollektiv Arbejdsret*, s. 519-533.

Er en journalist tilknyttet en virksomhed, som ikke er omfattet af en kollektiv aftale indeholdende bestemmelser om overgang af udnyttelsesrettigheder til den pågældende journalists værker, er parterne friere stillet, når de skal aftale de ophavsretlige vilkår. Det er tilfældet, hvis virksomheden slet ikke har indgået en kollektiv aftale, eller hvis virksomheden har indgået en kollektiv aftale, som journalisten er omfattet af, men overenskomsten er uden vilkår om ophavsret.

Den sidstnævnte situation var omdrejningspunktet i en voldgiftssag fra 2017 mellem Lærernes Centralorganisation og Kommunernes Landsforening (FV 2017.0064). Lærernes Centralorganisation mente overordnet, at de kommunale skoler ikke kunne ændre på lærernes vilkår ved individuel forhandling, for så vidt angår ophavsret, uden inddragelse af Lærernes Centralorganisation. Opmanden fandt, at de

“omhandlede overenskomster ses ikke at indeholde bestemmelser, som nærmere regulerer skolernes ledelsesret på en måde, der har en sådan nærmere bestemt og nødvendig sammenhæng med spørgsmålet om ophavsret til læringsforløb, at parterne må have haft en forudsætning om, at en bestemt ophavsretlig retsstilling i forhold til læringsforløb skulle gælde eller ikke måtte ændres uden klagers samtykke.”

De enkelte skoler kunne derfor indgå aftaler med de enkelte lærere omkring udnyttelsesrettighederne til de af lærerne frembragte værker.

Opmandskendelsen fastslår således, at et medie omfattet af en overenskomst uden vilkår om ophavsret som udgangspunkt kan indgå individuelle aftaler med journalisterne uden inddragelse af overenskomstparten.⁵¹ Det vil dog ikke gælde, hvis parterne allerede under tidligere overenskomstforhandlinger har drøftet vilkår for ophavsret, uden parterne er nået til et resultat, og har en fælles forståelse om, at retstillingen skal løses ved overenskomstbordet.⁵² På det journalistiske områ-

51. Ole Hasselbalch er forståeligt meget kritisk over for kendelsen, hvilket kan læses i artiklen “Fredspligten og lønmodtageres lovhjemlede rettigheder” trykt i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2019B.1.

52. Se nærmere om frafaldne overenskomstkrav i *Den kollektive arbejdsret*, s. 261, og om fredspligt og ophavsret i betænkning 1197/1990, s. 74-76, samt om mulighederne for supplerende af overenskomsters indhold med individuelle aftaler om ophavsret i Ole Hasselbalch, *De arbejds- og ansættelsesretlige regler* (bilag 1 til samme betænkning), s. 253.

de er det i dag svært at forestille sig en overenskomst, hvor parterne ikke under en eller flere overenskomstforhandlinger har drøftet spørgsmålet om ophavsret – og dermed let kan have gjort omfanget af journalistens rettigheder til et overenskomstspørgsmål.

3.3. Individuelle udtrykkelige aftaler om ophavsret

3.3.1. De individuelle aftaler med journalisten

De individuelle aftaler, som medievirksomheder indgår med journalister, spænder vidt. I den ene ende af skalaen ses den fuldstændige eksklusive overgang af alle udnyttelsesrettigheder med tilhørende ret til videreoverdragelse. Sådanne aftaler vil dog efter omstændighederne kunne tilsidesættes helt eller delvis i henhold til aftalelovens § 36.⁵³ I den anden ende er aftaler, hvor mediet kun opnår en afgrænset ret til at udnytte værket én gang, fx i en bestemt trykt udgave af et magasin. Hvor en aftale ender henne på skalaen, afhænger af forhandlingsstyrken og viljen hos de to parter.

Det varierer, om det er journalisten eller mediet, som udarbejder aftalen om rettighedsoverdragelsen. Der synes at være en tendens til, at jo mere journalistens tilknytning svarer til en journalist med fast ansættelse, desto mere tilbøjelig er mediet til at udarbejde udkastet til aftalen. Angår aftalen alene levering af en eller flere enkeltstående værker, ses det oftere, at journalisten udarbejder bestemmelsen om overgang af udnyttelsesrettighederne til værket.

Flere større medievirksomheder har ensidigt fastsatte standardaftaler for overgangen af udnyttelsesrettigheder, som de ofte har en ringe tilbøjelighed til at ville ændre. Standardaftaler bliver brugt både i forhold til fastansatte og freelancere.

53. Se eksempelvis *Ansattes immaterielle rettigheder*, s. 51, *Immaterielret*, s. 617-619, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 537-539, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, s. 225-234, og *Upphovrättens avtal*, s. 151. Se også dommen *UfR 2002.1224* (Tango Jalousie) og Betænkning 1197/1990, s. 225.

3.3.2. Fortolkning af bestemmelserne om overgang af udnyttelsesrettigheder

Individuelle aftaler om overgang af udnyttelsesrettigheder fra journalisten til et medie skal fortolkes i lyset af de almindelige fortolkningsregler for aftaler, herunder koncipistreglen, hvor den part, som har udarbejdet aftalen, i et vist omfang bærer risikoen ved fortolkningen af uklare dele aftalen.⁵⁴ Det er navnlig relevant at se på parternes praksis og branchesædvanerne for den pågældende del af journalistbranchen. Der vil således være forskel på, hvordan branchesædvanen spiller ind, afhængigt af om det er en aftale for en fastansat journalist i tv-branchen eller en pressefotograf, som arbejder som freelancer.

Som alle andre aftaler om overdragelse af ophavsret skal aftalerne fortolkes restriktivt til fordel for ophavsmanden. Det følger af specialitetsgrundsætningen i ophavsretslovens § 53, stk. 3.⁵⁵

Det betyder blandt andet, at aftaler om overdragelse af udnyttelsesrettighederne til journalistens værker kun kan anses som eksklusive, hvis det er udtrykkeligt anført – eller parternes praksis eller branchesædvanen utvetydigt tilsiger det. Der er dog ikke områder inden for mediebranchen, hvor en sådan sædvane har manifesteret sig. De enkelte medier har ikke (haft) et behov for at tiltage sig alle udnyttelsesrettigheder, fx brug af værket i foredragssammenhæng eller udnyttelse i andre ikke konkurrerende medier. Journalisten vil derfor typisk fortsat selv kunne udnytte værket på sine egne platforme eller overdrage rettighederne til andre erhververe. Journalisten skal dog iagttage sin loyalitetspligt over for mediet.⁵⁶

Herudover har det formodningen imod sig, at mediet har erhvervet videreudnyttelsesretten til journalistens værker. Det følger af ophavsretslovens § 56, stk. 2, at en sådan mulighed kun kan lade sig gøre

54. Om de aftalerretlige fortolkningsregler se Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen, *Aftaler og Mellemmænd* (6. udgave, 2012), s. 340-407.

55. Se nærmere om specialitetsgrundsætningen i *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 554-557, *Immaterialret*, s. 615-617, og meget udførligt *Overdragelse af ophavsrettigheder*, s. 147-171.

56. Se *Ophavsretsloven med kommentarer* (Kbh. 2016), s. 531, Torben Lund, *Ophavsret* (Kbh. 1961), s. 194, Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (1965), s. 282, og *Immaterialret*, s. 619-620. Se også Ragnar Knoph, *Åndsretten* (1936), s. 144.

uden udtrykkelig aftale, hvis det er sædvanligt eller åbenbart forudsat.⁵⁷

Jan Rosén anfører i *Upphovrättens avtal*,⁵⁸ at rettigheder til videreoverdragelser ofte ses i sammenhæng med erhvervelser af samtlige udnyttelsesrettigheder. Dette gør sig i nogen grad også gældende for danske journalister. Når styrkeforholdet mellem parterne indebærer, at mediet har kunnet erhverve samtlige udnyttelsesrettigheder – evt. uden særskilt betaling – har mediet ofte også haft styrken til at erhverve retten til videreoverdragelse. Det vil dog være forkert uden stærke holdpunkter herfor generelt at fortolke en fuldstændig overdragelse af rettigheder til et medie til også at omfatte retten til videreoverdragelse. En mulighed for videreoverdragelse kan medføre en mangedoblet udnyttelse af journalistens værker – måske uden journalisten får særskilt betaling herfor. Herudover mister journalisten kontrollen med, hvor dennes værk bliver udnyttet. Dette kan have alvorlige konsekvenser for journalistens troværdig og integritet.⁵⁹ Der er således meget langt fra en fuldstændig overgang af udnyttelsesrettighederne til en ret til videreoverdragelse af disse rettigheder.

Selv om mange medier har videreudnyttelsesaftaler navnlig for fastansatte, kan det næppe anses for en så etableret del af branchen, at også aftaler om overgang af udnyttelsesrettigheder uden en udtrykkelig bestemmelse herom indebærer, at mediet kan videreoverdrage udnyttelsesrettighederne. Denne løsning må forekomme rigtigst, allerede fordi retten til videreoverdragelse i aftalerne er underlagt adskillige betingelser, fx betaling af rundsummer til medarbejderne, indsigtret for tillidsrepræsentanter og flere muligheder for at beskytte journalistens ideelle rettigheder efter ophavsretslovens § 3.⁶⁰ Det vil være umuligt at indfortolke disse betingelser i en version tilpasset en individuel aftale til gengæld for retten til videreoverdragelse.

57. Se *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 566-568, og *Immaterialret*, s. 624-625.

58. *Upphovrättens avtal*, s. 183.

59. Se ovenfor under pkt. 1.3.

60. Om vigtigheden af journalistens ideelle rettigheder se ovenfor under pkt. 1.3. Se som eksempel Aftale 3. februar 1998 om videreudnyttelse af tjenstligt produceret redaktionelt stof ("rammeaftalen") mellem DJ og Danske Mediers Arbejdsgiverforening. Rammeaftalen kan se på DJ's oversigt over videreudnyttelsesaftaler.

Den stærke formodning mod retten til videreoverdragelse gælder dog ikke i forhold til nyheds- og billedbureauer samt tv-produktionsselskaber. Disse virksomheder offentliggør typisk aldrig selv de artikler, billeder og tv-programmer, som selskabet køber eller producerer, men overdrager værkerne til et medie, fx et dagblad eller et tv-selskab. Det betyder eksempelvis, at udnyttelsesrettighederne til de værker, som skabes af ansatte og freelancere tilknyttet tv-produktionsselskaber, efter omstændighederne kan videreoverdrages fra produktionsselskabet til tv-selskabet uden en udtrykkelig bestemmelse herom. De rettigheder, som tv-selskabet erhverver, må dog indskrænkes til de mest nødvendige. Det vil følge af såvel specialitetsgrundsætningen som de kollektive aftaler på tv-området, der indebærer en særskilt betaling for tv-selskabers adgang til udnyttelse af journalistens værker i et videre omfang end fjernsynsrettigheder. Skulle de individuelle aftaler gennem udfyldning overtage de kollektive aftalers videre omfang af overdragelser, måtte den modsatrettede forpligtelse til særskilt betaling også overtages. Det forekommer dog umuligt at overføre disse betalingsforpligtelser til de individuelle aftaler gennem udfyldning, hvorfor en sådan udfyldning ikke kan finde sted.

3.4. Individuelle aftaler uden udtrykelige bestemmelser om ophavsret

3.4.1. Forskellige aftaler uden udtrykelige bestemmelser om ophavsret

Mediers aftaler med journalister uden udtrykelige bestemmelser om ophavsret ses i praksis i tre typer af tilfælde.

For det første forekommer det hos fast og tidsbegrænsede ansatte, som har en skriftlig ansættelsesaftale, der dog er tavs om ophavsret. De fast- og tidsbegrænsede ansatte vil (næsten) i alle tilfælde have en skriftlig ansættelsesaftale.⁶¹ Disse aftaler vil typisk indeholde en bestem-

61. Det følger af ansættelsesbevisloven (jf. bekendtgørelse nr. 240 af 17. marts 2010 af lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet), at en arbejdsgiver skal give de fleste lønmodtagere et skriftligt dokument, fx en ansættelseskontrakt, som angiver de væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet. Det er bestemt muligt, at overgang af udnyttelsesrettigheder burde anses som et væsentligt vilkår for journalisten i langt de fleste ansættelsesforhold –

melse om overgang af udnyttelsesrettigheder til journalistens værker. Det skyldes hovedsageligt, at det journalistiske arbejdsmarked traditionelt er velordnet med mange overenskomster med dertilhørende opmærksomhed fra arbejdsgiveren omkring vigtigheden af de ophavsretlige spørgsmål. Aftaler med fast og tidsbegrænsede ansatte journalister uden bestemmelser om overgang af udnyttelsesrettigheder til deres værker vil således nærmest udelukkende forekomme ved ansættelser hos nystartede virksomheder samt i tilfælde, hvor overenskomsten netop er tavs om dette spørgsmål (se nærmere nedenfor under pkt. 3.4.2).

For det andet ses aftaler uden bestemmelser om ophavsret hos mange freelancejournalister, hvor situationen er en anden, og parterne slet ikke indgår en udtrykkelig aftale med hinanden. Mange virksomheder tilknytter freelancere til kortere opgaver, fx i få timer, eller køber rettigheder til et enkelt værk. Disse aftaler bliver ofte indgået telefonisk, over sms, ved et møde eller på en chat-funktion på et socialt medie. Det bevirker, at parterne af og til ikke når at få en egentlig aftale på plads. Virksomheden og journalisten har derfor ofte højst en fælles forståelse om at møde op et bestemt sted og udføre et stykke arbejde. Parterne i længerevarende, fastere freelanceforhold undlader sågar ind i mellem at få indgået en egentlig aftale med hinanden. Det skyldes ofte, at det er startet med, at journalisten kun er løst tilknyttet mediet, men da det er gået godt, har freelanceren fortsat arbejdet – stadig uden nærmere aftale (se nærmere nedenfor under pkt. 3.4.3).

Den tredje type af tilfælde er, når freelancejournalisten og virksomheden indgår en skriftlig aftale med deres arbejdsgiver, hvervgiver eller kunde, men parterne ikke forholder sig til overgangen af udnyttelsesrettigheder. Baggrunden for fraværet af disse bestemmelser om ophavsret er typisk de samme, som når parterne undlader at indgå en aftale overhovedet (se ovenfor). Herudover kan det i enkelte tilfælde skyldes, at medievirksomheden fejlagtigt antager, at de har erhvervet alle udnyttelsesrettigheder (og sågar videreudnyttelsesrettigheder). Får parterne ikke drøftet spørgsmål, opstår muligheden ikke for journalisten til at bringe virksomheden ud af denne vildfarelse (denne type behandles

med en deraf følgende pligt for arbejdsgiveren til at fastsætte vilkårene herfor i journalistens ansættelsesbevis.

under pkt. 3.4.3 sammen med de tilfælde, hvor der slet ikke er indgået en aftale).

3.4.2. Fastansatte

For fastansatte journalister gælder følgende udfyldende, deklatoriske regel, når journalistens ansættelsesforhold ikke er omfattet af en udtrykkelig bestemmelse om overgang af udnyttelsesrettigheder til journalistens værker:

“Udnyttelsesrettighederne til værker *frembragt af journalisten som led i ansættelsesforholdet* overgår til arbejdsgiveren i det omfang, at det er nødvendigt af hensyn til arbejdsgiverens *sædvanlige virksomhed på tidspunktet for værkets frembringelse.*”

Den ledende dom på dette område er *UfR 1978.901/2 H* (Politiken). Her fandt Højesteret, at en journalists ikke havde overladt videreudnyttelsesrettigheder til sin arbejdsgiver – et dagblad. Baggrunden for dette var, at det ikke var en del af dagbladets sædvanlige virksomhed. Journalisten var derfor ikke afskåret fra at påtale et andets dagblads brug af sin artikel.⁶²

Dommen er senere blevet fulgt op på det journalistiske område med både *UfR 1982.926 Ø* (Ritzau), *UfR 1993.180 Ø* (Kanal 2/Larzen & Topsøe-Jensen) og *UfR 1994.349 H* (Kanal 2/Carstensen & Lorentzen).

Om et værk er frembragt af journalisten (eller en anden) og på hvilket tidspunkt, giver sjældent anledning til uenighed.

Der kan imidlertid opstå tvister omkring, hvorvidt et værk er produceret som led i journalistens ansættelsesforhold eller ej.⁶³ Journalistens

62. Reglen for ansatte generelt er vidt omtalt i ophavsretslige litteratur. Se eksempelvis *Ansattes immaterielle rettigheder*, s. 34-55, *Ansattes værker i krydsfeltet mellem ophavsret og ansættelsesret*, s. 294-297, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 545-550, *Lærebog i immaterialret*, s. 89-91, og *Overdragelse af ophavsrettigheder*, s. 170-171. I svensk ret findes en tilsvarende retningsgivende dom i AD 2002.87, som dog omhandlede et militærorkester. For omtale af den tilsvarende regel i svensk ret se Sanna Wolk, *Arbetsvärdens Immaterialrätter* (2. udgave, 2008), s. 120-123, *Upphovsrättens avtal*, s. 293-299, og *Anställning och upphovsrätt*, s. 331-424. Se også lovforslaget i betænkning nr. 1197/1990 på s. 89 foreslået af et flertal af udvalget, som dog ikke blev vedtaget.

63. Det kan af og til også være til diskussion, om journalisten er i et ansættelsesforhold til mediet. Det er antaget, at ansættelsesforholdet skal være en vis varighed. Dette er først og fremmest en arbejdsretlig vurdering, som ikke vil blive omtalt nærmere i

nærmere ansættelsesvilkår og -område kan have afgørende betydning. Har parterne lige frem aftalt, hvilket arbejde som hører til journalistens fritid, er parterne sjældent uenige efterfølgende.

Usikkerheden opstår navnlig omkring de værker, som journalisten frembringer uden for sin fysiske arbejdsplads og uden for normal arbejdstid. Journalister kan af og til have svært ved at slippe en god historie eller et emne, selv om de er kommet hjem.⁶⁴ De fortsætter med at researche, fotografere eller tegne. Har journalisten tilmed flextid og hjemmearbejdsplads, kan tidspunktet for og journalistens fysiske placering ved værket frembringelse – i det omfang det overhovedet kan fastslås – også i langt mindre grad bruges som retningsgivende i vurderingen.

For journalister, som arbejder med et projekt anderledes end deres arbejde, er der også sjældent tvivl om, at rettighederne til værkerne frembragt i den forbindelse ikke overgår til arbejdsgiveren.

Eksempel 5: En skrivende journalist på en lokalavis, hvis primære områder er lokalpolitik og -sport, interesser sig for dyreliv. Journalisten arbejder derfor i sin fritid hen over et år på et større opslagsværk om faunaen i skovene i området. Journalisten både skriver og tager billeder. Det er åbenbart, at udnyttelsesrettigheder til bogen ikke er overgået til dagbladet – uanset at dagbladet jævnligt måtte udgive bøger om emner af interesse for lokalområdet.

Hvor journalisten har fået idéen eller inspirationen til værket, kan næppe tillægges betydning, om end journalisten til gengæld kan udfordre sin loyalitetspligt over for arbejdsgiveren, hvis de gode idéer oftest tages med hjem.⁶⁵ Det er nok ikke muligt at opstille en generel formod-

denne artikel. Se nærmere herom i *Ansattes immaterielle rettigheder*, s. 46-50.

64. Se nærmere om vanskelighederne ved grænsedragningen mellem arbejde og fritid i *Anstälning och upphovsrätt*, s. 389-391, *Ansattes immaterielle rettigheder*, s. 49, *Ansattes værker i krydsfeltet mellem ophavsret og ansættelsesret*, s. 294-295, og *Arbetsstägerens Immaterialrätter*, s. 130.

65. Se Natalie Videbæk Munkholm, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer* (2016), s. 248 ff. med henvisninger, og Jeppe Høyer Jørgensen, *Ansattes konkurrencehandlinger* (2010), s. 61 og 114.

ningsregel, men i bedømmelsen må i stedet afvejes de konkrete relevante forhold.⁶⁶

Den nærmere fastlæggelse af arbejdsgiverens sædvanlige virksomhed er den del af den udfyldende regel, som oftest kan give anledning til tvister. Det gælder både i den statiske situation – hvor virksomheden ikke forandrer sine aktiviteter – og den dynamiske situation – hvor virksomheden iværksætter en ny aktivitet.⁶⁷

I den statiske situation giver det derfor meget sjældent anledning til tvivl, om et medies hovedaktivitet – den primære udnyttelse – er en del af mediets sædvanlige virksomhed. Det skyldes, at journalisternes brug af værker er en meget central og vigtig aktivitet i mediebranchen. Tvivlsspørgsmålene opstår derfor hovedsageligt i praksis i relation til et medies biaktiviteter – deres sekundære udnyttelser. Her kan det give anledning til tvivl, om en bestemt aktivitet er tilstrækkelig fast og intensiv til, at den kan karakteriseres som sædvanlig.

Eksempel 6: En lokal tv-station samler ind i mellem en række nyhedsindslag om et bestemt emne og sender som undervisningsmateriale til kommunens folkeskoler. Det er lidt tilfældigt, hvornår tv-stationen gør det. Det kan ske flere gange på et år, men der kan også gå halve år mellem produktionen af undervisningsmaterialet finder sted.

Eksempel 7: Et sportsmagasin udsender hver år i forbindelse med enten VM og EM i håndbold en bog med beskrivelser og billeder af de danske deltagere samt analyser af holdene. Billederne er altid taget af magasinets fastansatte fotografer. Sportsmagasinet har ikke andre særgivelser.

-
66. De relevante parametre må navnlig anses at være (1) sted – er værket frembragt på journalistens arbejdsplads, (2) tid for værkets frembringelse – er værket frembragt inden for journalistens normale arbejdstid, (3) værkets type – er det en værkttype (fotografi, grafik, artikel mv.), som journalisten almindeligvis frembringer som led i sit arbejde, (4) værkets fagområde – er det et fagområde, som journalisten almindeligvis beskæftiger sig med, (5) parternes praksis – har journalisten eksempelvis gennem længere tid ikke opdelt sine værker efter, om de er skabt i fritiden eller som led i arbejdet, og (6) parternes konkrete adfærd omkring det pågældende værk – har journalisten eksempelvis overladt værket til sin arbejdsgiver uden nærmere angivelse.
67. Om brugen af terminologien med en statisk og dynamisk situation og en gennemgang heraf, se *Overdragelse af ophavsrettigheder*, s. 164-171, og *TV-programmedarbejdedes ophavsrettigheder*, s. 61-64 og 71-93.

Eksempel 8: En online-avis, som dagligt offentliggør nyheder, udgiver hver måned en samling af de mest læste artikler på nettet i en papirudgave. Avisen sender papirudgaven til sine abonnenter.

I de to første eksempler må mediets sekundære udnyttelse af journalisterne værker anses som henholdsvis for løs og for ekstensiv til at kunne anses som sædvanlig, selv om aktiviteter ikke er ualmindelige for mediet. I det sidste eksempel er sekundære aktivitet både fast og på månedlig basis, således aktiviteten må anses som en del af online-avisens sædvanlige virksomhed.

I den dynamiske situation er det en almindelig problemstilling – også for fastansatte ophavsmænd, som ikke er journalister – hvad der sker, når arbejdsgiveren udvider sin virksomhed. Her er det fast antaget i den juridiske litteratur, at virksomheden skal aftale ændringen med journalisten.⁶⁸ Påbegynder virksomheden en udnyttelse uden for sin sædvanlige virksomhed, vil det udgøre en ophavsretskrænkelser. Protesterer journalisterne ikke mod dette, vil udnyttelsen på et tidspunkt blive sædvanlig – og virksomhedens udnyttelse vil herefter ikke udgøre en krænkelse af journalisterne ophavsrettigheder.⁶⁹

Hvis medievirksomheden vil undlade at krænke journalistens ophavsret, må virksomheden indgå en aftale med journalisterne enkeltvis eller samlet som gruppe, hvor sidstnævnte måde oftest er lettest. Videreudnyttelsesaftalen giver derved virksomheden adgang til at udnytte journalisternes værker i et *videre* omfang end ellers – typisk mod betaling.

Når mediet gennem et stykke tid har udnyttet journalisterne værker – lovligt i henhold til videreudnyttelsesaftalen – bliver de nye udnyttelser let de facto en del af mediets sædvanlige virksomhed. Spørgsmålet er herefter, om udviklingen overflødiggør videreudnyttelsesaftalen for

68. Jf. *Ansattes immaterielle rettigheder*, s. 52-55, og *Ansattes værker i krydsfeltet mellem ophavsret og ansættelsesret*, s. 295-296. For en grundig diskussion heraf se *Anstälning och upphovsrätt*, s. 364-378.

69. Det er uafklaret, præcis hvornår en ny påbegyndt udnyttelse kan anses for så veletableret, at journalisterne ikke længere kan stoppe den gennem protester. Med henvisning til en udtalelse i betænkning nr. 1197/1990 anslås det i *Ansattes immaterielle rettigheder*, s. 54, at et halvt år kan være nok. Dette er under forudsætning af, at udnyttelsen foregår åbent, er regelmæssig og kontinuerlig.

medievirksomheden, fordi den nye udnyttelsesform nu er omfattet af mediets sædvanlige virksomhed.

Svaret må være nej. For det første fordi den indgåede aftale bør sætte den udfyldende og deklatoriske regel ud af kraft. Den viger så at sige for en udtrykkelig – typisk – skriftlig aftale. Konsekvensen af dette må være, at så snart parterne indgår en aftale om *videreudnyttelse*, bør de være grundige og også indgå en aftale om selve udnyttelsen, da denne ikke længere er styret af den udfyldende og deklatoriske regel. For det andet fordi grundlæggende er den udfyldende og deklatoriske en stiltiende aftale, som bygger på en restriktiv udlægning af journalistens formodede forventning om, hvad denne skal overdrage af udnyttelsesrettigheder til sine værker i kraft af ansættelsesforholdet. Denne forventning kan ikke øges gennem opsigelse af udtrykkelige aftaler. Opsiger mediet eller journalisten en aftale om (udnyttelse og) videreudnyttelse, vil mediets efterfølgende anvendelse af de af aftalen omfattede udnyttelsesrettigheder efter aftalens udløb udgøre en krænkelse af journalistens ophavsrettigheder.⁷⁰ Herefter må virksomheden genetablere sin ret til at udnytte journalistens værker på samme måde som en nystartet virksomhed – uden skelen til de udnyttelsesformer, som virksomheden har taget i brug i henhold til den udtrykkelige aftale med journalisten.⁷¹

3.4.3. Udfyldning af freelancers individuelle aftaler

Det kan være vanskeligt at fastlægge, hvad et medie og en freelancejournalist har ment omkring overgang af udnyttelsesrettighederne til journalistens værker, når aftalen er helt tavs herom – eller parterne ikke har en skriftlig aftale.

Det er fast antaget, at den udfyldende og deklatoriske regel for fastansatte gennemgået ovenfor under pkt. 3.4.2 ikke finder anvendelse.⁷²

Når en aftale tavs om ophavsret skal udfyldes, er det først og fremmest relevant at se parternes praksis, sædvaner i branchen og formålet

70. Se en beskrivelse af en tilsvarende problemstilling i *TV-programmedarbejderes ophavsrettigheder*, s. 76.

71. Om nystartede virksomheder se *TV-programmedarbejderes ophavsrettigheder*, s. 77-80.

72. Se blandt andet *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 547, *Ansattes immaterielle rettigheder*, s. 46-50, og *Immaterialret*, s. 118.

med aftalen. Har mediet udarbejdet en aftale, men uden bestemmelser om ophavsret, vil koncipistreglen forstærke specialitetsgrundsætningen i vurderingen af omfanget af de overdragede udnyttelsesrettigheder.

Udgangspunktet for det omfang, som skal fastlægges, må være, at værkerne leveret af freelanceren eller freelancerens værker udarbejdet i arbejdstiden bliver værdiløse for mediet, hvis udnyttelsesrettighederne til værkerne ikke overgår på nogen måde. Udfyldningen af aftalen i forhold til ophavsret skal således bibringe en mening med aftalen generelt.⁷³ I mangel af en tilstrækkelig tydelig praksis hos parterne må udgangspunktet være, at mediet kun opnår ret til det mest nødvendige til skabe værdi og mening i aftalen. Det er også bedst i tråd med specialitetsgrundsætningen.⁷⁴ I mange situationer vil det indebære, at mediet alene erhverver rettigheder til én udnyttelsesform – fx fysisk eller digital – til brug én gang inden for mediets sædvanlige geografiske område. Det betyder, at mediet hverken kan genbruge værket eller videreoverdrage rettighederne til tredjepart.⁷⁵

Eksempel 9: En grafiker har opsat en online-artikel for et magasin med lyd og info-grafik samt fotos og levende billeder. Parterne har ikke indgået en aftale omkring rettighederne til grafikerens arbejde. Det kan lægges til grund, at parterne ved at indgå aftalen har forudsat, at magasinet kan anvende online-artiklen. Omfanget af denne anvendelse må anses begrænset til én online-udgivelse, men ikke brug af såvel hele som dele af artiklen og de enkelte grafikker eller brug i andre udgivelser.

Ønsker mediet en mere omfangsrig erhvervelse af journalistens rettigheder, må det ske gennem forhandling med journalisten. Denne forhandling kan også finde sted på et senere tidspunkt, hvor mediet vender tilbage og ønsker at købe supplerende adgang til udnyttelse af værkerne.

73. Se Helle Nissum Kruse, "Ophavsret for journalister", *Justitia*, 1979, nr. 3, s. 63.

74. Omtalt navnlig ovenfor under pkt. 3.3.2.

75. Begrænsning i forhold til videreoverdragelse gælder naturligvis ikke i forhold til virksomheder, som ikke selv anvender værkerne, men videreoverdrager dem til andre, fx tv-produktionsselskaber og nyheds- og billedbureauer.

4. Afrunding og fremtidsudsigter

Der kommer løbende nye kollektive aftaler for journalister omkring overdragelse af udnyttelsesrettigheder. Flere overenskomstparter ser fordele ved at have en klar og udtrykkelig aftale omkring ophavsretten, som for mange medievirksomheder er meget central – nærmest afgørende – i deres forretning. Samtidig falder ingen kollektive aftaler fra, medmindre mediet lukker. Når først en virksomhed har indgået en aftale omkring ophavsret, dropper man ikke senere bestemmelsen uden at erstatte den med en ny.

Det nye EU-direktiv om ophavsret⁷⁶ indeholder blandt andet bestemmelser om rimeligt vederlag til ophavsmanden og dennes adgang til oplysninger om udnyttelse af sine værker samt en mulighed for ophavsmanden til at få en aftale justeret med henblik på at kræve yderligere, passende og rimeligt vederlag.⁷⁷ Direktivet lægger op til, at kollektive aftaler kan være bestemmende eller retningsgivende for disse forpligtelser.⁷⁸

Som følge heraf må det anses for mere attraktivt at indgå kollektive aftaler omkring overdragelse af udnyttelsesrettigheder, når hele direktivet er fuldt implementeret i dansk ret. Det er derfor forventeligt, at antallet af kollektive aftaler om virksomhedens erhvervelse af journalistens udnyttelsesrettigheder øges med en endnu højere takt. Det gælder både for freelancere og fastansatte.

De samme krav må også forventes at mindske antallet af individuelle aftaler indgået uden udtrykkelige bestemmelser om ophavsret. Ved fravær af kollektive aftaler herom vil behovet for at indgå klare og udtrykkelige individuelle aftaler øges.

Der vil betyde, at der fremover vil være meget færre aftaler med journalister, som ikke indeholder bestemmelser om ophavsret.

Det vil skabe et bedre marked for overdragelse af udnyttelsesrettigheder til journalistiske værker, når aktørerne i langt flere tilfælde har en højere grad af sikkerhed for den fælles forståelse for omfanget af overdragelsen.

76. Direktiv 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked.

77. Artikel 18, 19 og 20

78. Se eksempelvis præambel-betragtning 73 og 77.

Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder

Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel

1. Indledning

I de brølende 80'ere læste jeg jura på Aarhus Universitet og fik på kursusfaget Ophavsret i den grad vakt min interesse for dette retsområde. Min sidekammerat var Peter Schønning, og vi læste med stor energi og foretagsomhed blandt andet Jørgen Blomqvists fine afhandling om overdragelse af ophavsrettigheder.¹ Let var det ikke, men spændende. Både Peter og jeg kom ud på den anden side, og begge med æren i behold, så vidt jeg husker.

Overdragelse af ophavsrettigheder var – og er – et kapitel for sig. Både i ophavsretsloven og i overført betydning. Når det drejer sig om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder, er det specialitetsgrundsætningen i ophavsretslovens § 53, stk. 3, der styrer. Eller sådan er det i hvert fald på papiret. Bestemmelsen indebærer, at den slags aftaler i hvert i visse tilfælde skal fortolkes indskrænkende til for-

1. Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder – Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1987).

del for ophavsmanden. Det er en ikke-partsneutral minimumsregel, der tilstræber at sikre ophavsmanden mod brede og uspecificerede og dermed vidtgående og uoverskuelige overdragelser. Det er en god regel, fordi den beskytter ophavsmanden.

Der er imidlertid et gab mellem intentionerne bag reglen og reglens anvendelse i praksis. Domstolene er tilbageholdende med at anvende reglen. Man kan sige, at reglen ikke virker i praksis, hvor der i stedet sker en mere objektiv aftalefortolkning, som fører til et for ophavsmanden ugunstigt resultat, som ikke stemmer overens med § 53, stk. 3, eller i hvert fald intentionerne bag, vil jeg mene. Dette blev allerede og på overbevisende måde anslået af Jørgen Blomqvist og siden fulgt op af Jens Schovsbo, som i sin disputats fra 2001 kaldte specialitetsgrundsaetningen for “impotent”.²

2. “Store rettigheder” vs. “små rettigheder”

På musikforlagsområdet sonderer man mellem små og store rettigheder. En musikforlagsaftale sigter typisk mod at forlaget skal udbrede værkerne med henblik på offentlig fremførelse og mekanisering samt trykning i nodehæfter. Disse kernerettigheder udgør de små rettigheder. Store rettigheder – musikdramatiske rettigheder – dækker derimod over brug af musikværker til musikdramatisk opførelse såsom operaer, balletter, musicals, skuespil, revyer og lignende.

Der er ingen legal definition af store, henholdsvis små rettigheder. Denne sondring er således forankret i hensynet til ophavsmanden uden noget specifikt juridisk grundlag. Begrundelsen er, at der er et større behov for beskyttelse af *droit moral* forbundet med dramatisk sceneoptræden end med den “ordinære” fremførelse og mekanisering. Store rettigheder er i en klasse for sig og administreres normalt personligt af dem, der har skabt musikken, og deres forlag, evt. med hjælp fra Koda-Dramatik.³

2. Jens Schovsbo, *Immaterialretsaftaler Fra kontrakt til status i kontraktsretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001).

3. Se “Retningslinjer for musik på teaterscener” på Kodas hjemmeside <<https://www.koda.dk/>>.

Den herskende mening i den danske juridiske doktrin har hidtil været, at det er tvivlsomt, om selv en generel og fuldstændig overdragelse vil omfatte de store rettigheder, medmindre det udtrykkeligt er specificeret i aftalen. Det er ikke noget, der er behandlet tilbundsående, men i hvert fald i to fremstillinger indtager man dette standpunkt. I fremstillingen *Musikaftaler* skriver Jakob Plesner Mathiasen følgende:

“Hvis forlaget ønsker at erhverve de store rettigheder, bør dette præciseres i aftalen. Der er tale om en særegen rettighedstype, som normalt forvaltes af ophavsmanden selv (ophavsmanden kan overlade denne forvaltning til KODA-Dramatik). Det er tvivlsomt om selv en generel og fuldstændig overdragelse omfatter de store rettigheder. Formodningen er nok imod, hvis store rettigheder ikke udtrykkeligt er nævnt.”⁴

Samme forfatter skriver i *Immaterialretlige aftaleforhold*, at

“[d]e store rettigheder [...] har en så særegen karakter, at det efter al sandsynlighed er nødvendigt at specificere det direkte i musikforlagsaftalen, hvis disse rettigheder skal overdrages til musikforlaget.”⁵

Dette synspunkt, som jo for så vidt stemmer fint overens med intentionerne bag specialitetsgrundsætningen, må meget muligt nu genovervejes i lyset af Østre Landsrets dom af 2. oktober 2020, som er omdrejningspunktet for mit bidrag. Dommen giver tillige anledning og inspiration til en række andre overvejelser. Men nu til sagen.

3. MLTR vs EMI

3.1. Sagens kerne

Sagen stod mellem på den ene side Jascha Richter, Mikkel Lentz, Søren Stig Madsen og Kåre Wanscher, der alle fire var medlemmer af bandet

4. Johan Schlüter, Jesper Bay & Jakob Plesner Mathiasen, *Musikaftaler* (Forlaget Thomson 2006), s. 139.

5. Jakob Plesner Mathiasen i *Immaterialretlige aftaleforhold* (Gjellerup/Gads Forlag 2013), s. 362 ved note 50, hvori der henvises til den i foregående note nævnte fremstilling.

Michael Learns To Rock (MLTR), og på den anden side musikforlaget EMI Music Publishing Denmark A/S (EMI).

Spørgsmålet var, om MLTR havde overdraget udnyttelsen af rettighederne til sine musikkompositioner til musikdramatisk opførelse, altså om de store rettigheder var omfattet af overdragelsen til musikforlaget.

Det fremgår af byrettens dom, at tvisten opstod, fordi Michael Learns To Rock ifølge Jascha Richter overvejede at indgå i et samarbejde om at lave en musical, hvori nogle af hans sange skulle indgå. Man var uenige om, hvorvidt EMI skulle involveres heri, og det førte i sidste ende til retssagen mellem parterne.

Overdragelsen var reguleret i to næsten enslydende musikforlagsaftaler, begge fra 1993. Den ene var mellem MLTR og EMI. Den anden var mellem forsangeren, Jascha Richter, og EMI og omfattede de kompositioner, som ikke var omfattet af forlagsaftalen med MLTR.

I begge kontrakter stod følgende om overdragelse af rettigheder til forlaget:

“I en periode fra d.d. og ubegrænset tid [...] overdrager ophavsmanden de eksklusive rettigheder for hele verden til:

Alle kompositioner, som ophavsmanden alene eller sammen med andre skriver til gruppen Michael Learns To Rock [...].

De overdragne rettigheder medfører *den fulde og uindskrænkede ret til enhver forretningsmæssig udnyttelse* af de pågældende kompositioner, herunder men ikke begrænset til – eneretten til at gengive værket på en hvilken som helst lydbærer mekanisk eller elektronisk, herunder eneretten til kopiering og reproduktion uanset antal af oplag og størrelse og retten til al offentlig fremførelse, herunder f.eks. radio, fjernsyn og film samt alt anden offentliggørelse af værket, herunder ved tryk af noder i ubegrænset antal eksemplarer. Rettighederne omfatter *endvidere enhver bearbejdelse af værket*, herunder men ikke begrænset til eneretten til at oversætte, tilpasse eller arrangere værket, retten til at sub-licensere samtlige rettigheder samt retten til at oppebære samtlige beløb, der hidrører fra enhver udnyttelse af rettighederne under nærværende aftale. *Ændringer, der bevirker, at det originale værk får en anden karakter, f.eks. nye arrangementer, kan kun ske i samråd med ophavsmanden.*” (Min fremhævnings.)

3.2. Parternes påstande og argumentation

MLTR påstod, at EMI skulle "tilpligtes at anerkende, at [musikforlagsaftalerne] mellem [parterne] [...] ikke medfører overdragelse af de såkaldte 'store' rettigheder (rettigheder til dramatiske opførelser af musikværkerne, dvs. som musikdramatiske værker) fra [sagsøgerne] til sagsøgte."

EMI påstod frifindelse, idet man mente, at de store rettigheder var omfattet af aftalen.

MLTR argumenterede for, at aftalerne ikke indebar en overdragelse af de store rettigheder, da de store rettigheder ikke eksplicit var angivet i overdragelsesbestemmelserne, der alene adresserede de små rettigheder. Det var derfor ikke *aftaleparternes hensigt*, da aftalerne blev indgået i 1993, at store rettigheder skulle omfattes af overdragelsen til forlaget. Endvidere fremhævede man, at MLTR *ikke*, da aftalerne blev indgået, *skabte musik øremærket til musicals* og lignende, og at musicalkonceptet på daværende tidspunkt alene involverede musik, der var "født" som musikdramatiske værker. Man gjorde gældende, at ophavsretslovens *specialitetsprincip* om indskrænkende fortolkning skulle finde anvendelse til fordel for rettighedshaverne. Fraværet af en udtrykkelig henvisning til store rettigheder skulle derfor tages til indtægt for, at disse ikke var omfattet af rettighedsoverdragelsen til EMI. Man påberåbte sig tillige *koncipistreglen* om, at uklarheder skulle fortolkes imod EMI. Også synspunktet om, at der i den juridiske *litteratur* var enighed om, at overdragelse af store rettigheder kræver udtrykkelig angivelse i aftalen, blev påberåbt. Endelig blev også aftalelovens § 36 nævnt til støtte for standpunktet om, at de store rettigheder ikke var omfattet af overdragelsen.

EMI argumenterede for det modsatte synspunkt, nemlig at overdragelsesaftalerne omfattede de store rettigheder. Synspunkterne var for det første *aftalens ordlyd*, hvorefter overdragelsen angik samtlige kompositioner og enhver forretningsmæssig udnyttelse heraf, herunder eneretten til al offentlig fremførelse. Ved indgåelsen af aftalerne var til sigtet en fuldstændig overgang af samtlige rettigheder til de omhandlede kompositioner, som også omfattede retten til at anvende kompositionerne i forbindelse med opførelse af musikdramatiske værker. Det havde ikke betydning for fortolkningen, at de store rettigheder ikke

explicit var nævnt, da dette er en sondring, som alene anvendes i Kodas aftaler om forvaltning. Særligt aftalens ord ‘enhver bearbejdelse af værket’ og ‘eneretten til at tilpasse eller arrangere værket’ måtte læses som omfattende en dramatisk opsætning af værket i en musical e.l. Om *specialitetsgrundsætningen* var synspunktet, at dette alene finder anvendelse som fortolkningsbidrag ved uklare rettighedsoverdragelser. Videre at den i sagen omtvistede udnyttelsesform *eksisterede på aftaletidspunktet* og tilmed var særdeles populær i den brede befolkning.

3.3. Forklaringerne

Det fremgår helt utvetydigt fra forklaringerne fra begge sider, at ingen af parterne havde de store rettigheder i tankerne, da aftalerne blev indgået i 1993. Kaare Wanher, der udover at være medlem af MLTR og således part i sagen tillige var advokat for bandets medlemmer, forklarede blandt andet følgende om sin deltagelse i kontraktforhandlingerne:

“Der blev ikke nævnt noget om teatermusik, musicals eller lignende [...]. Bandet tænkte slet ikke i de baner på det tidspunkt, og det var ikke hans opfattelse, at forlaget overhovedet var interesseret i den type rettigheder. Det var ikke en del af forhandlingerne, og det blev derfor heller ikke nævnt, at aftalerne ikke skulle omfatte musikdramatisk opførelse.”

Stephen Horner, som i 1993, da aftalerne blev indgået, var advokat for EMI, og året efter i 1994 blev direktør for selskabet, afgav tillige en forklaring, der heller ikke efterlod nogen tvivl om, at de store rettigheder ikke var en del af forhandlingerne. Det var ham, der konciperede forlagskontrakterne, og han forklarede blandt andet, at EMI udelukkende var interesseret i de afledede indtægter i radio, på livescenen mv., og de mekaniske rettigheder, salg mv., og at man ikke drøftede noget med hensyn til de store rettigheder, som “slet ikke” interesserede forlaget. Store rettigheder var “ikke en del af tankegangen i forhold til det nyopstartede rockband, Michael Learns To Rock.”

Store rettigheder var da heller ikke nævnt i kontrakterne.

Som udenforstående kan det på baggrund af disse forklaringer forekomme en smule ejendommeligt, at parterne ikke lykkedes med at finde en forligsmæssig løsning af konflikten om de store rettigheder, al den stund at ingen af parterne og særligt jo forlagets advokat og siden-

hen direktør på nogen måde lagde skjul på, at man i forbindelse med aftalernes indgåelse på intet tidspunkt havde interesseret sig for de store rettigheder.

3.4. Dommen og dens præmisser

Både Københavns Byret og sidenhen Østre Landsret afgjorde sagen til fordel for EMI, idet man fastslog, at aftalerne indebar en overdragelse af de store rettigheder til EMI.

Byretten fandt, at den brede formulering, der var anvendt i overdragelsesvilkårene, indebar en fuldstændig overdragelse af alle rettigheder til MLTR's kompositioner. Selvom parterne ikke havde overvejet store rettigheder, da de indgik aftalerne, lagde retten til grund, at der på tidspunktet for kontrakternes indgåelse blev fremført musicals med andre danske og udenlandske komponister, som også optrådte eller havde optrådt ved koncerter og udgivet plader. Endvidere lagde man vægt på sætningen i slutningen af bestemmelsen om overdragelse af rettigheder, hvorefter ændringer i de originale værker kun kan ske i samråd med ophavsmanden, idet man mente, at denne, uanset at det ikke var en opførselsform, som parterne konkret tænkte på ved indgåelsen af aftalerne, måtte anses for at vedrøre musikdramatiske opførelser, altså de store rettigheder.

Om § 36 fastslog byretten helt lakonisk, at der efter det oplyste om aftalernes indgåelse og indhold og konsekvenser for parterne ikke var grundlag for at tilsidesætte aftalerne i henhold hertil.

Også landsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at parterne i forbindelse med aftaleforhandlingerne og -indgåelsen ikke drøftede muligheden for at udnytte kompositionerne i forbindelse med musikdramatiske værker, og at parterne på aftaletidspunktet ikke forestillede sig, at en sådan mulighed kunne blive relevant. Landsretten fandt dog, at den omstændighed ikke gav grundlag for at fortolke rettighedsoverdragelsen indskrænkende.

Landsretten lagde – som byretten – tillige vægt på, at opførelse af musikdramatiske værker var et velkendt fænomen på aftaletidspunktet, og at parterne dermed måtte kunne forudse muligheden for, at kompositionerne kunne anvendes i en sådan sammenhæng, og at aftalen udtrykkeligt omfattede retten til at bearbejde kompositionerne, herunder

ved at tilpasse eller arrangere dem. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på, at de ideelle rettigheder til kompositionerne var sikret i kraft af aftalernes bestemmelser om, at ændringer, der bevirker, at kompositionerne får en anden karakter, f.eks. nye arrangementer, kun kan ske i samråd med ophavsmanden.

Endelig fastslog landsretten, at aftalerne må antages at hvile på en samlet afvejning, der er resultatet af parternes overvejelser om forretningsmæssige risici og økonomiske forhold, og at der derfor ikke var grundlag for helt eller delvist at tilsidesætte bestemmelserne i medfør af aftalelovens § 36. Inspirationen fra Højesterets dom om Tango Jalousie, jf. nedenfor, er klar.

Hverken by- eller landsret nævnte et eneste ord i deres respektive præmisser om specialitetsgrundsætningen eller -princippet.

3.5. Kommentar

Afgørelsen viser, at man i begge instanser – ud over aftalernes ordlyd – lagde betydelig og afgørende vægt på det generelle vidensniveau og den almindelige praksis i musikbranchen, både i Danmark og udlandet, på tidspunktet hvor aftalerne blev indgået. Opførelse af musikdramatiske værker var da et velkendt fænomen.

Selvom der var enighed om, at ingen af parterne havde haft de store rettigheder i tankerne, da aftalerne blev indgået, valgte domstolen i sin fortolkning at nedtone disse subjektive – fælles – intentioner. Den subjektive forståelse og de individuelle intentioner, hvorom der var fuld enighed mellem parterne, blev således tilsidesat og “erstattet” af det objektive vidensniveau inden for musikbranchen på den tid. Dette objektive vidensniveau, kombineret med den brede formulering af vilkårene om rettighedsoverdragelse, forekommer således at have været afgørende for resultatet.

Specialitetsgrundsætningen i ophavsretsloven udspringer af bekymringen for – og behovet for at beskytte – ophavsmanden, her kunstneren/musikeren. Da grundsætningen foreskriver en restriktiv fortolkning af stiltiende eller uklare overdragelsesaftaler, synes retten at antage, at overdragelsen mellem MLTR og EMI var så klart formuleret, at grundsætningen ikke kunne anvendes, selvom store rettigheder/musikdrama-

tiske værker ikke var nævnt og utvivlsomt ikke indgik i parternes overvejelser i forbindelse med kontraktsforhandlingerne.

Udover at udfordre den hidtidige herskende mening om, hvad der gælder ved overdragelser af små og store rettigheder, bekræfter afgørelsen den hidtidige retspraksis og cementerer dermed gabet mellem *intentionerne* bag specialitetsgrundsætningen og anvendelsen heraf i praksis.

4. Tidligere retspraksis

Kontraktsfortolkningens objektive karakter på området for overdragelse af ophavsrettigheder er som nævnt ikke som sådan nyt. Der er i årenes løb afsagt domme, hvor forhold som almenhedens viden eller vidensniveauet inden for den pågældende branche har været styrende for domstolenes fortolkning og dermed for, hvilke rettigheder der var erhvervet og kunne disponeres over. Tendensen er, at subjektive forhold som parternes vilje, intentioner mv., der fremstod endog særdeles tydeligt i sagen mellem MLTR og EMI, tones ned til fordel for en sådan objektiv fortolkning.

I *UfR 1974.167 H* (Soya) var det *vidensniveauet i samfundet/almenhedens vidensniveau* (om eksistensen af fjernsyn som medie) der blev afgørende. I en mildest talt tvivlsom afgørelse, *UfR 1997.975 Ø* (Sidney Pollack) førte *vidensniveauet inden for den enkelte branche* til, at en endog meget hårdhændet teknisk klipning og redigering af en biograffilm med henblik på at udarbejde en særlig tv-version af filmen måtte tåles af ophavsmanden, idet man i aftalen mellem denne og DR indfortolkede et samtykke til den skete beskæring.

I *UfR 2002.1224 H* om musikkompositionen Tango Jalousie, der i den grad blev en "bestseller", jf. nedenfor om den kommende "bestseller-klausul", lagde man vægt på *sædvanlige fordelingsnøgler* og foretog en yderst behersket korrektion af en meget gammel forlagsaftale, hvori disse fordelingsnøgler var fraveget, alt med hjemmel i aftalelovens § 36. Det forhold, at aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder indeholder et moment af, at begge parter spiller på en gevinstchance, og at man

derfor skal være tilbageholdende med at korrigere sådanne aftaler, blev tillige introduceret i denne dom.⁶

I en dom fra Østre Landsret fra 2007 var det retten til digital distribution af musik, der var omtvistet. Dette var en ny og på aftaletidspunktet ikke eksisterende distributionsform, som derfor af gode grunde ikke var parterne bekendt, da man indgik aftalen. Retten fastslog, at denne nye udnyttelsesform tilhørte ophavsmanden, og forlaget havde således ikke erhvervet retten hertil.⁷

I 2013 slog Østre Landsret fast, at en overdragelse i start/midt 1970'erne af retten til "at lave plader eller andre kopier af de kunstneriske fremførelser, som pladerne indeholder med enhver metode, der er kendt nu eller bliver det herefter" efter en samlet vurdering tillige omfattede digitalt salg og streaming. Specialitetsgrundsætningen fandtes "på den baggrund" (?) ikke at have betydning for fortolkningen af aftalerne. Da det ikke var godtgjort, at vilkår om honorering var væsentligt ringere end de vilkår, der er *sædvanlige i branchen*, var der ikke grundlag for at tilsidesætte kontraktens bestemmelser om royalty- og engangsbetalinger efter aftalelovens § 36.⁸

Uanset hvad man måtte mene om dette, er det – alt andet lige – vanskeligt foreneligt med den indskrænkende fortolkning til fordel for rettighedshaverne, som specialitetsgrundsætningen og intentionerne bag reglen er udtryk for.

Det er heller ikke nyt, at sagerne bliver afgjort, uden at specialitetsgrundsætningen overhovedet er nævnt i præmisserne, selvom reglen – som i ovennævnte sag – var påberåbt og tillige grundigt procederet af parterne.⁹

6. Højesteret lagde afgørende vægt på, "at Jacob Gade og de involverede musikforlag var på det rene med, at deres indbyrdes aftaler mv. indebar en disponering over en sådan gevinstchance og at aftalekomplekset derfor har omfattet denne." Se også Jens Schovsbos kommentar til dommen i *NIR* 1/2003, s. 78 ff.

7. Østre Landsrets dom af 15. februar 2007 i sag B-3262-05 (Dodo & The Dodos).

8. Østre Landsrets dom af 3. juni 2013 i sag B-3476-10 (NHØP).

9. Supplerende til de ovenfor refererede domme kan nævnes *UfR* 2003.23 H (om oversettelse af Tintin-tegneserierne), hvor konflikten blev afgjort med afsæt i kontraktsrettens almindelige regler, og hvor sagens ophavsretlige aspekter øjensynligt ikke blev tillagt nogen særskilt betydning.

5. Arbejdstageres ophavsret

Afslutningsvis er det værd at nævne, at specialitetsgrundsætningen i hvert fald på et enkelt område forekommer relativt “potent”, nemlig i forbindelse med det i praksis meget vigtige spørgsmål om overgang af rettigheder, der opstår i ansættelsesforhold. Hvis ikke der er indgået en aftale mellem arbejdstager og arbejdsgiver, er reglen for de faste ansættelsesforhold,¹⁰ at *rettighederne ikke går over i videre omfang, end hvad der er nødvendigt for arbejdsgiverens sædvanlig virksomhed*.¹¹ Dette forekommer jo umiddelbart at være i god harmoni med (intentionerne bag) specialitetsgrundsætningen. Når man skal fastslå, hvad der er arbejdsgivernes “sædvanlige virksomhed”, hersker det såkaldte statiske princip, hvorefter sædvanlig virksomhed skal bedømmes på *det tidspunkt, da værket blev skabt*.¹² Hvis arbejdsgiveren således ændrer sin virksomhed og i den forbindelse ønsker at gøre brug af det materiale, der er skabt af den ansatte, skal der indhentes et samtykke. Også denne del forekommer at være i god overensstemmelse med specialitetsgrundsætningen.

Nogen vil nok mene, at dette set-up er ude af trit med virkeligheden, hvor ophavsretten har indflydelse på en stadigt bredere vifte af brancher, og hvor mange af disse – blandt andet på grund af den teknologiske udvikling – rent faktisk *ændrer* forretningsområder og forretningsmodeller, hvorved der opstår et behov for at kunne anvende den ansattes rettigheder på nye måder. Den arbejdsgiverregel, der gælder for edb-programmer, jf. ophavsretslovens § 59, der bestemmer, at alle rettigheder overgår til arbejdsgiveren, er da også flere gange forsøgt udbredt til andre værkstyper, men indtil videre uden succes.¹³ Det er måske godt nok.

10. Konsulenter og freelancere falder således udenfor.

11. *UfR 1978.901 H* (Herning Folkeblad). Se om arbejdstageres ophavsret Morten Rosenmeier, *Immaterielret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 115 ff.

12. *UfR 1982.926 Ø* (Ritzaus Bureau) og *UfR 1993.180 Ø* (Isabel Allende).

13. Således også i forbindelse med den i note 15 omtalte betænkning om revision af ophavsretslovens kapitel 3.

6. En europæisk bestseller-klausul

Specialitetsgrundsætningens begrænsninger – impotens om man vil – gør det om muligt endnu mere interessant med den bestseller-klausul, der nu introduceres i det seneste ophavsretsdirektiv (DSM-direktivet).¹⁴ Allerede i 2006 drøftede man indførelsen af en sådan regel i dansk ret.¹⁵ Forbilledet var nogle dengang nye tyske regler.¹⁶ Trods intense drøftelser førte dette imidlertid ikke til lovændringer i Danmark.

Det sker så øjensynligt nu, hvor EU med DSM-direktivet viser vejen i form af et kapitel 3 om et “rimeligt vederlag til ophavsmænd og udøvende kunstnere i aftaler om udnyttelse”. Kapitlet består blandt andet af en umiddelbart meget detaljeret og gennemgribende *gennemsigtig-*

14. Direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked.

15. Se betænkning nr. 1480/2006 om revision af ophavsretslovens kapitel 3. Det fremgår af kommissoriet, at udvalget særligt – udover blandt andet indførelse af en arbejdsgeberregel enten generelt eller på udvalgte områder – skulle forholde sig til, om ophavsretsloven burde ændres ved “indførelse af regler om beskyttelse af ophavsmænd og udøvende kunstnere mod urimelige kontrakter, herunder et uoverdrageligt krav på et rimeligt vederlag og fastsættelse af et sådant vederlag”. Dette og i øvrigt resten af de spørgsmål, som var indeholdt i kommissoriet, delte vandene og endte med at blive besvaret i to skarpt adskilte dele, således at tilkendegivelserne fra “ophavsmænd” i den mere en 500 siders store betænkning blev markeret med orange, mens tilkendegivelserne fra “producenterne” blev markeret med blå. Det begrænsede betænkningens effekt i forbindelse med den revision af lovens kapitel 3, der vel var målet. De ændringer, der fulgte, var da også beherskede. Til gengæld har vi den dag i dag et digert værk, hvor synspunkterne om de væsentligste kapitel 3-regler er trukket skarpt op.

16. Den tyske ophavsretslov § 32 a indebærer et krav på vederlag i tilfælde af at det aftalte honorar står i et betragteligt/påfaldende misforhold til indtægterne ved udnyttelsen af værket, og dette uanset om værkets succes var uventet for parterne. Afgørende er alene det objektive spørgsmål, om ophavsmandens vederlag henset til værkets realiserede værdi er for lavt. Se om reglen, dens tilblivelse og udbredelse blandt andet Gunnar Karnell i *NIR* 2002/6, s. 552 ff., Maria Bruun Laursen i *NIR* 2004/4, s. 341 ff., og Annette Kur i *Festskrift til Mogens Koktvedgaard* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013), s. 307.

hedsforpligtelse i artikel 19,¹⁷ en *aftalejusteringsordning* (“bestseller-klausulen”) i artikel 20 og en *tilbagekaldelsesret* i artikel 22.

Om aftalejusteringsordningen/bestseller-klausulen står der i direktivets artikel 20, stk. 1, følgende:

Medlemsstaterne sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere eller deres repræsentanter i tilfælde, hvor der ikke findes nogen gældende kollektiv overenskomst, der fastsætter en ordning, der er sammenlignelig med den, der er fastsat i denne artikel, har ret til at kræve yderligere, passende og rimeligt vederlag fra den part, med hvem de har indgået en aftale angående udnyttelsen af deres rettigheder, eller fra de efterfølgende rettighedshavere eller licensmodtagere i forhold til en sådan part, hvis det oprindeligt aftalte vederlag viser sig at være uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med alle de efterfølgende relevante indtægter som følge af udnyttelsen af værkerne eller opførelserne.

Mens både direktivets artikel 15 om nye rettigheder for dagblade og andre medier og artikel 17 om øget ansvar for tech-giganternes onlineplatforme og betaling for brug af andres indhold har været genstand for intens debat, har direktivets kapitel 3 ikke haft pressens bevågenhed. Det er ikke desto mindre et vigtigt kapitel med regler på europæisk plan, der favoriserer forfattere og kunstnere, og hvor forlag og producenter pålægges en række umiddelbart ret omfattende opgaver og forpligtelser. Målet med reglerne er at korrigere for den ubalance, som man mener, der er mellem skabere på den ene side og forlag og producenter på den anden. En måde at opnå en sådan balance er at indføre en tilpasningsmekanisme i form af denne bestseller-klausul.

Bestseller-klausulen og gennemsigtighedsforpligtelsen går hånd i hånd. Tanken er, at gennemsigtighedsforpligtelsen vil sikre forfattere og kunstnere den fornødne information om, hvordan deres værker udnyttes, og hvor store indtægter der genereres. De vil derefter være i

17. Gennemsigtighedsforpligtelsen i artikel 19 forekommer umiddelbart endog yderst detaljeret og pålægger medlemsstaterne at sikre blandt andet, at ophavsmænd og udøvende kunstnere “regelmæssigt, mindst en gang om året og under hensyntagen til de særlige karakteristika, der er knyttet til hver enkelt sektor, får opdaterede, relevante og omfattende oplysninger om udnyttelsen af deres værker og fremførelser fra de parter, som de har udstedt licens eller overdraget deres rettigheder til, eller efterfølgende rettighedshavere eller licensmodtagere, navnlig med hensyn til udnyttelsesmåden, alle genererede indtægter og skyldige vederlag.”

stand til at afgøre, om de vil søge yderligere vederlag i henhold til deres bestseller-rettigheder.¹⁸

Artikel 20 giver forfattere og kunstnere ret til at kræve et yderligere, passende og rimeligt vederlag ud over det, der oprindeligt var aftalt i kontrakten mellem f.eks. en forfatter og en udgiver. Denne ret kan håndhæves over for den oprindelige kontraktspart eller mod tredjeparter, til hvem der efterfølgende er givet rettigheder til at udnytte forfatterens værker. Mekanismen skal anvendes, hvor det oprindeligt aftalte vederlag viser sig at være uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med alle efterfølgende relevante indtægter. Den dækker enhver betaling, inklusive faste beløb og forholdsmæssige/relative betalinger.

Det centrale er, hvornår det oprindeligt aftalte vederlag er *uforholdsmæssigt lavt*. I artikel 20 nævnes vederlag, der er uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med “alle de efterfølgende relevante indtægter som følge af udnyttelsen af værkerne eller opførelserne”. Et vanskeligt spørgsmål, der imidlertid må besvares, er, hvad der nærmere skal forstås ved “relevante” og “udnyttelsen” i denne sammenhæng. Til dette fremgår det af direktivets betragtning 78, at “[a]lle de indtægter, der er relevante for sagen, herunder eventuelle indtægter fra salg af merchandise, bør tages i betragtning ved vurderingen af, om vederlaget er uforholdsmæssigt lavt.” Der er ikke i øvrigt meget at hente i direktivet for en nærmere forståelse af disse helt centrale begreber.¹⁹ Det vil bero på en konkret vurdering, og om afgørelserne skal træffes af Ophavsretslicensnævnet, domstolene eller af en helt tredje kompetent myndighed, vides endnu ikke.

Enhver sådan regel om en efterfølgende tilpasning af aftaler fører til en usikkerhed i kontraktsforholdet. Tilpasning tager afsæt i at der på brugersiden (forlag og producenter) er en økonomisk magtstilling, som potentielt kan misbruges til at gennemtvinge ubalancerede aftaler. Aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder er karakteriseret ved at være længerevarende, således at de skal fungere også i en uvis fjern fremtid, hvor nye udnyttelsesformer opstår med stor hast inden for stort set alle

18. Ifølge DSM-direktivets artikel 23 kan hverken aftalejusteringsordningen eller gennemsigtigheds-forpligtelsen fraviges ved aftale.

19. Se også kritisk om artikel 20 Aurelija Lukoseviciene, “The contractual protection of authors in Copyright in the Digital Single Market Directive – does the reality live up to the expectations?”, *NIR* 2019W16.

ophavsretligt regulerede brancher. Aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder danner tillige grundlag for produktion af endog meget kostbare produktioner, og det vil være dræbende for forlag, medier og entertainmentbranchen, og jo dermed i sidste ende for ophavsmændene, hvis ikke der sikres en fornuftig balance i praktiseringen af en sådan regel. Artikel 20 og direktivets kapitel 3 har i skrivende stund ikke været genstand for høring. Det bliver spændende at følge implementeringsprocessen. Som det fremgår af den todelte tidsplan for implementeringen af ophavsretsdirektiver på Kulturministeriets hjemmeside,²⁰ vil implementeringen af denne del af direktivet ske “igennem et lovforslag i 2. halvår 2021”. Jeg forestiller mig, at Jørgen Blomqvist har nogle gode og relevante betragtninger også vedrørende disse nye regler.

20. Ophavsretsdirektiverne er udover DSM-direktivet det såkaldte SatCab II-direktiv (direktiv 2019/789 af 17. april 2019).

Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko

*Professor (mso), LL.M., ph.d. Torsten Bjørn Larsen,
Juridisk Institut, Syddansk Universitet.*

1. Indledning

Der er på det seneste blevet afsagt to domme, som tager stilling til, om tøj og sko (herefter beklædning) kan beskyttes ophavsretligt. Den ene dom blev afsagt den 12. september 2019 af EU-Domstolen (herefter Domstolen) i sag C-683/17, *Cofemel*, der angik påstået ophavsretlig beskyttelse af jeans, sweatshirts og T-shirts (herefter *Cofemel*), mens den anden dom – som følge af en tredjeinstansbevilling¹ – blev afsagt den 10. juni 2020 af Højesteret i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH A/S*, der angik påstået ophavsretlig beskyttelse af en gummistøvle (herefter *IJH*), efter at sagen forinden havde verseret i både Sø- og Handelsretten² og landsretten.³ Begge domme skaber ikke alene en afklaring i form af klare svar, men skaber også tvivl i form af nye spørgsmål. I afsnit 2 foretages en analyse, hvorefter der drages en konklusion i afsnit 3.

1. Procesbevillingsnævnets appeltilladelse i sag 2018-22-0542.

2. Sø- og Handelsrettens afgørelse af 24. november 2016 i sag V-25-15.

3. Vestre Landsrets afgørelse af 10. oktober 2018 i sag V.L.B-1753-16.

2. Analyse

De to domme er interessante på en række måder, herunder *at* det ophavsretlige originalitetskrav er det samme for beklædning som for andre værkstyper (afsnit 2.1), *at* det ophavsretlige originalitetskrav synes svært at opfylde for beklædning (afsnit 2.2), og *at* udstrækningen af den ophavsretlige beskyttelse er uafhængig af originalitetsgraden (afsnit 2.3). De tre områder gennemgås særskilt nedenfor.

2.1. Det ophavsretlige originalitetskrav er det samme for beklædning som for andre værkstyper

Domstolen fastslår i *Cofemel*, at beklædning kan være udtryk for et værk i ophavsretlig forstand. Det følger af formuleringen “[det skal lægges til grund, at modeller [beklædning] kan kvalificeres som ‘værker’ som omhandlet i [infosoc-direktivet],⁴ såfremt de opfylder de to krav, der er nævnt i nærværende doms præmis 29”.⁵ Det ene krav er, at beklædningen skal være udtryk for et kunstnerisk værk (dvs. at genstanden kan identificeres tilstrækkeligt præcist og objektivt)⁶ og det andet er, at beklædningen skal være udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse⁷ (dvs. at genstanden skal afspejle ophavsmandens personlighed og dennes frie og kreative valg).⁸ Der gælder in-

4. Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2001/29 af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet.

5. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 48.

6. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 32; sag C-310/17, *Levola*, præmis 40; og nærmere afsnit 2.2.

7. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 30; sag 469/17, *Funke Medien*, præmis 19; sag C-310/17, *Levola*, præmis 36; sag C-355/12, *Nintendo*, præmis 21; sag C-604/10, *Football Dataco*, præmis 37; sag C-406/10, *SAS Institute*, præmis 45 og 65; sag C-145/10, *Painer*, præmis 87; sag C-393/09, *BSA*, præmis 45; sag C-403/08, *Football Association Premier League*, præmis 97; sag C-5/08, *Infopaq*, præmis 34-37; Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag A-19-16; og Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-1498/2016.

8. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 30; sag C-161/17, *Renckhoff*, præmis 14; sag C-145/10, *Painer*, præmis 89; sag C-5/08, *Infopaq*, præmis 45; sag C-403/08, *Football Association Premier League*, præmis 98; Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede

gen andre betingelser jf. formuleringen “nødvendigt og tilstrækkeligt”.⁹ Højesteret anfører tilsvarende i *IJH*, at “tøjmodeller efter omstændighederne kan og skal kvalificeres som værker af brugskunst, der nyder ophavsretlig beskyttelse”¹⁰ og refererer eksplicit til ovennævnte to betingelser.¹¹ Herefter fastslås det, at “det, der efter dommen i *Cofemel*-sagen gælder for bedømmelsen af ophavsret til tøjmodeller, må antages at gælde tilsvarende for så vidt angår fodtøj, herunder gummistøvler”.¹² Det skærpede originalitetskrav, som Højesteret tiltrådte i *Nørgaard på Strøget* med ordene “[der] stilles [...] ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet”¹³ er dermed ikke længere gældende ret. Originalitetskravet er nu ens for alle værkstyper, herunder også for beklædning – hvad enten der er tale om tøj eller sko – hvilket ikke er overraskende, da det var anbefalet af generaladvokaten¹⁴ og forudsagt i den juridiske litteratur¹⁵ ligesom det nu også, og med referencer til *Cofe-*

rettigheder, betragtning 16; og Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.84-3.88 med referencer.

9. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 30, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24 af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af EDB-programmer, artikel 1(3), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116 af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder, artikel 6 og betragtning 16. Der er således ikke krav om – og må ikke stilles krav om – at værket er nyt, at værket har æstetisk værdi (og nærmere afsnit 2.2) at værket har kvalitetsmæssig værdi, at værket har økonomisk værdi, at værket har et bestemt formål, at værket har et bestemt omfang (og nærmere om undtagelserne hertil Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.23, 3.47 og 3.58), at værket er lovligt, at værket er skabt bevidst, at skabelsesprocessen er tilendebragt, eller at værket de facto anvendes.
10. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH* A/S, s. 21.
11. *Ibid.*, s. 20.
12. *Ibid.*, s. 21.
13. *UfR* 2012.129 H.
14. Forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Szpunar i sag C-683/17, *Cofemel*, betragtning 67.
15. Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.83 og 3.94; Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 92; og Morten Rosenmeier & Jens Schovsbo, “Brugskunstbeskyttelsen mod meget nærgående efterligninger. Er Højesterets praksis på kanten med EU-retten?”, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015B.181.

mel, er fastslået i engelsk ret,¹⁶ hollandsk ret¹⁷ og italiensk ret¹⁸ og uden referencer til *Cofemel*, i norsk ret¹⁹ og svensk ret.²⁰

2.2. Det ophavsretlige originalitetskrav synes svært at opfylde for beklædning

Beklædning synes svært ved at opfylde det ophavsretlige originalitetskrav, uanset at standarden er den samme som for andre typer værker jf. afsnit 2.1.

Det er der nogle grunde til:

Den ene grund, som er saglig og kan inddrages i originalitetsvurderingen, er, at beklædningen kan være bestemt af tekniske hensyn, der ikke giver plads til kreativ frihed.²¹ Det skal forstås således, at værker, der dikteres af dets tekniske funktion, ikke kan nyde ophavsretlig beskyttelse,²² mens omvendt værker, der ikke dikteres af dets tekniske

-
16. High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, Intellectual Property Enterprise Court, [2020] EWHC 148 (IPEC), *Response Clothing Company v The Edinburgh Woollen Mill Limited*, præmis 57 ff.
 17. Gerechtshof Den Haag, [2020], 200.233.658/01 en 200.233.660/01, *Vitra Collections A.G. v Kwantum Nederland B.V.*, præmis 29ff.
 18. Repubblica Italiana. In Nome Del Popolo Italiano. La Corte Suprema Di Cassazione. Prima Sezione Civile, 780/2020, *Wycon S.p.A v Kiko S.p.A.*
 19. Den norske Høyesteretts afgørelse af 15. november 2017, HR-2017-2165-A (sak nr. 2017/542), *Il Tempo Gigante*.
 20. Den svenske Patent- och marknadsöverdomstolen (Svea Hovrätt) afgørelse af 22. marts 2019 i sag PMT 5885-18, *Daniel Wellington*.
 21. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 31 og 49.
 22. Sag C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd.*, præmis 33, som kommenteret af Ulrika Wenersten i *NIR* i "Funktionell brugskonst i EU-domstolen" med referencer, sag C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH*, præmis 24, sag C-393/09, *BSA*, præmis 48-50, og sag C-406/10, *SAS Institute*, præmis 67. Som eksempler fra dansk praksis kan nævnes en stabelbar plastikkasse, hvor Østre Landsret fandt, at der "er tale om et produkt, der er kendetegnet ved en høj grad af funktionalitet, og hvis formmæssige fremtræden i betydelig grad er dikteret af den anvendte produktionsmåde og ønsket om, at boksene skal kunne stables, [hvorfor] boksen [ikke] er beskyttet som et værk efter ophavsretslovens § 1" (Østre Landsrets afgørelse i sag B-1259-17); et fiskeagn – dvs. et blink – hvor Sø- og Handelsretten afviste beskyttelse, da "deres formgivning som udgangspunkt alene må antages at være bestemt af funktionen som fiskeredskab" (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-11-04); Tripp Trapp-stolen, hvor Højesteret fandt, at "beskyttelsen efter ophavsretslovens § 1 kan [...] kun

funktion – uanset, at værket måtte indeholde noget teknik – kan nyde ophavsretlig beskyttelse.²³ Begrundelsen, der er velkendt og bygger på den klassiske sondring mellem ophavsret og patentret,²⁴ er da også inddraget i dansk ret for ikke at beskytte beklædning jf. bl.a. ordlyden “de omhandlede regnjakkemodeller er funktionsbestemte produkter [...], der i vidt omfang varetager funktioner i relation til regnjakkeprodukternes brug [og kan ikke] anses at opfylde kravene til ophavsretlig beskyttelse jf. ophavsretslovens § 1”.²⁵ Som øvrige tænkte eksempler på beklædningsgenstande, hvor ophavsretlig beskyttelse næppe er mulig som følge af teknisk diktat, kan nævnes et korset, hvis formål er at fremhæve den kvindelige figur, eller et par graviditetstrusser, hvis formål er at holde maven på plads. Højesteret refererer eksplicit til denne grund i *IJH*, jf. formuleringen “funktionsmæssige formål [...]”,²⁶ hvorved dog bemærkes, at den ikke konkret blev inddraget som årsag til den manglende ophavsretlige beskyttelse af gummistøvlerne, hvilket man nu godt – i et vist omfang – kunne have forventet i lyset af gum-

-
- angå de former, der ikke er en nødvendig følge af den konstruktive idé” (*UJR* 2001.747 H) og et plancheophængningssystem, hvor Sø- og Handelsretten fandt, at de “æstetiske kvaliteter må betragtes som et resultat af det konstruktionsmæssige princip, [hvorfor] systemet [ikke] kan nyde beskyttelse efter ophavsretsloven” (Sø- og Handelsrettens afgørelse af 16. juni 1986 omtalt i *NIR* 2/1990, s. 259 ff.). For yderligere referencer se Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.80.
23. Sag C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd.*, præmis 26 og 38, som kommenteret af Ulrika Wennersten i *NIR* i “Funktionell brugskonst i EU-domstolen” med referencer. Som eksempler fra dansk praksis kan nævnes Juno-sengen, hvor Sø- og Handelsretten fandt, at “selvom flere produktdetaljer tjener funktionsmæssige formål [nyder Juno-sengen] beskyttelse efter ophavsretslovens § 1” (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-92-15) og Crocs Cayman-skoen, hvortil Fogedretten i Århus tildelte ophavsretlig beskyttelse uanset skoens skridsikre sål, hvis formål er at sikre bedst mulig kontakt til underlaget (Fogedretten i Århus’ utrykte afgørelse i sag FS 20-9027/2007). For yderligere referencer se Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.80.
 24. Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 2.08.
 25. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-9667/2017, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag A-4-17, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-24-15 og *UJR* 1979.844 SH.
 26. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH* A/S, side 20 og 21.

mimaterialet (hvis formål er at beskytte fødderne mod vand)²⁷ og snørebåndet (hvis formål er at justere bredden på støvlen).

Den anden grund, som ikke er saglig og ikke kan inddrages i originalitetsvurderingen, er æstetik.²⁸ Det følger af *Cofemel*, jf. formuleringen “den omstændighed, at modeller, såsom de i hovedsagen omhandlede tøjmodeller, frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel, [kan] ikke [...] begrundes, at disse modeller kvalificeres som ‘værker’”.²⁹ Højesteret anfører tilsvarende i *IJH*, at det “ikke [er] tilstrækkeligt til at blive kvalificeret som et værk, at de pågældende tøjmodeller [...] frembringer en særegen og karakteristisk effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel”.³⁰ Det er ikke nyt, *da* det er en ophavsretlig grundsætning,³¹ *da* det tidligere er bemærket af Højesteret, jf. formuleringen “findes Nørsgaard uanset T-shirtens æstetik [...] ikke at have godtgjort, at betingelserne for ophavsretlig beskyttelse er opfyldt [...]”,³² og af Sø- og Handelsretten, jf. formuleringen “det forhold, at [regnjakken] fremstår som et æstetisk [...] kvalitetsprodukt, kan heller ikke føre til andet resultat”,³³ *da* det nu også – og med reference til *Cofemel* – er inddraget i udenlandsk ret jf. formuleringen “the CJEU ruled that national law could not impose a requirement of aesthetic [...] value”,³⁴ og *da* det til sammenligning også følger af designretten.³⁵ Baggrunden for, at det ikke er muligt at lade æstetik indgå i originalitetsvurderingen – om end det i begrænset omfang er sket i tid-

27. Se praksis nævnt *supra* note 25.

28. *Supra* note 9.

29. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 55.

30. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH* A/S, s. 21.

31. Se f.eks. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24 af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer, betragtning 8.

32. *UFR* 2012.129 H.

33. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-9667/2017.

34. High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, Intellectual Property Enterprise Court, [2020] EWHC 148 (IPEC), *Response Clothing Company v The Edinburgh Woollen Mill Limited*, præmis 58.

35. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 98/71 af 13. oktober 1998 om retlig beskyttelse af mønstre, betragtning 14, Rådets forordning nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design, betragtning 10, sag C-395/16, *Doceram*, præmis 23, og afsnit 2.4.

ligere dansk praksis³⁶ – er, at det er en subjektiv værdi.³⁷ Det følger nemlig af Domstolens praksis, at “genstande, som *i det væsentligste* identificeres subjektivt”,³⁸ ikke opfylder det grundlæggende krav om objektivitet,³⁹ som efter Domstolens opfattelse bl.a. er hjemlet i TRIPS,⁴⁰ og hvis formål bl.a. er at varetage hensynet til retssikkerheden.⁴¹ Det må modsætningsvist betyde, at kun de værkstyper, der *i det væsentligste* kan identificeres objektivt kan beskyttes. I *Levola* nævnes litterære værker,⁴² billedværker,⁴³ kinematografiske værker⁴⁴ og musikalske værker som eksempler på sådanne objektivt identificerbare værker, der dermed kan beskyttes (forudsat at originalitetskravets anden del tillige er opfyldt),⁴⁵ mens smage nævnes som et værk, der ikke kan beskyttes, eftersom

-
36. Æstetik spillede en rolle i U1968.576H, hvor en dissenterende dommer fandt, at “reolerne nyder beskyttelse efter ophavsretslovens §§ 1 og 2 [...]. Beskyttelsen som brugskunst findes i det foreliggende tilfælde særligt at bero på den ved udformningen og sammenstillingen af enkeltheder opnåede helhedsvirkning [...]. Det tillægges også betydning, at disse reoler er resultatet af flerårigt bevidst arbejde på at nå frem til den mest æstetiske udformning af en biblioteksreol.”
37. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 53.
38. Sag C-310/17, *Levola*, præmis 42, og sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 34 (min kursivering). Andre sproglige versioner taler om “essentially” (engelsk oversættelse), “im Wesentlichen” (tysk oversættelse) og “i huvudsak” og “främst” (svensk oversættelse).
39. Sag C-310/17, *Levola*, præmis 40, og sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 32.
40. Sag C-406/10, *SAS Institute*, præmis 33, og sag C-310/17, *Levola*, præmis 39. Heraf fremgår, at objektivitetskravet bl.a. kan udledes af TRIPS artikel 9, stk. 2, hvorefter idéer, procedurer, driftsmetoder og matematiske begreber som sådanne, udelukkes fra ophavsretlig beskyttelse. Det er nok tvivlsomt, om dette kan udledes af TRIPS artikel 9, stk. 2. Det skyldes, at denne bestemmelse har karakter af en undtagelse til ophavsretten snarere end en positiv ophavsretlig stiftelsesbetingelse. Omvendt kan det dog også gøres gældende, at objektivitetskravet er en omskrivning af to gængse ophavsretsprincipper nemlig princippet om, at værker kun kan beskyttes, hvis der foreligger et manifest jf. *infra* note 50 og princippet om, at man ikke beskytter ideer. Udlægges teksten på den måde, afspejler objektivitetskravet TRIPS artikel 9 stk. 2. Spørgsmålet kan diskuteres. Det ligger uden for denne artikels formål nærmere at adressere dette.
41. Sag C-310/17, *Levola*, præmis 41, og sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 33.
42. Som eksempler kan nævnes sag C-5/08, *Infopaq I*, sag C-393/09, *BSA*, og sag C-406/10, *SAS*.
43. Som eksempel kan nævnes sag C-145/10, *Painer*.
44. Som eksempel kan nævnes sag C-277/10, *Luksan*.
45. *Supra* noterne 8-9.

smage “i det væsentlige [er] baseret på sanse- og smagsoplevelser, der er subjektive og forskellige, idet de bl.a. afhænger af faktorer, der er forbundet med den person, der [indtager] det pågældende produkt, herunder dennes alder, kostpræferencer og forbrugsvaner, samt miljøet eller den kontekst, hvorunder produktet smages”.⁴⁶ Tilsvarende gælder dufte.⁴⁷ Så er der brugskunst, hvor praksis fra Domstolen er begrænset. I *Brompton Bicycle* tog Domstolen – som følge af den præjudicielle forelæggelse – ikke stilling til, om en cykel opfyldte kravet om i det væsentligste at kunne identificeres objektivt,⁴⁸ mens Domstolen i *Cofemel* blot siger, at æstetik ikke kan indgå i originalitetsvurderingen,⁴⁹ men ikke om beklædning i det væsentligste kan identificeres objektivt. Det må dog utvivlsomt antages, at beklædning kan identificeres objektivt, da objektivitetskravet svarer til det almindelige manifestationskrav,⁵⁰ om end det må medgives, at *Cofemel* er bemærkelsesværdig uklar i denne forbindelse.⁵¹

Den tredje grund – som ikke er saglig og ikke kan inddrages i originalitetsvurderingen – er konkurrenceretlige hensyn. En sådan begrundelse blev, som anført i afsnit 2.1, brugt i *Nørsgaard på Strøget*, hvor Højesteret tiltrådte, at der “under hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles [...] ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet [...] for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler, som begrebsmæssigt er skabt til at være markedsmæssigt flygtige”, hvilket førte til, at en rundhalset, ensfarvet T-shirt blev nægtet ophavsretlig beskyttelse.⁵² Sagen er siden blevet fulgt op flere gange, hvor bl.a. et par

46. Sag C-310/17, *Levola*, præmis 42-44.

47. Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.82.

48. Sag C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd*, præmis 22, 25 og 28.

49. *Supra* note 29.

50. Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretsdispositioner* (Juristforbundets Forlag 1965), s. 96 ff., og Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001), s. 59 ff.

51. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 53-54.

52. *UfR 2012.129 H*.

bukser,⁵³ en regnjakke,⁵⁴ kjoler,⁵⁵ sweatre⁵⁶ og gummistøvler⁵⁷ ligeledes, og med samme (implicite) begrundelse, er blevet nægtet ophavsretlig beskyttelse. Højesteret henviser ikke til *Nørgaard på Strøget* i *IJH*,⁵⁸ hvilket skyldes *Cofemel*. Konkurrenceretten kan dermed ikke længere bruges som begrundelse for at nægte ophavsretlig beskyttelse af beklædning.

Og hvad fører ovennævnte så til? For at besvare det spørgsmål er det hensigtsmæssigt at sondre mellem to situationer:

Hvis beklædningsgenstanden består af en ny sammenstilling af kendte elementer, hvilket ofte er tilfældet for beklædning, er det ikke givet, at originalitetskravet kan opfyldes. Noget taler for – andet imod. For beskyttelse taler (1) Domstolens principielle formulering i *Infopaq*, hvorefter det er “i kraft af valget, placeringen og kombinationen af [elementer], at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en intellektuel frembringelse”.⁵⁹ Det princip afspejles i praksis for bl.a. sprogværker (hvorefter en ny sammenstilling af kendte ord opfylder originalitetskravet),⁶⁰ billedkunst (hvorefter en ny sammenstilling af kendte figurer, linjer og farver opfylder originalitetskravet),⁶¹ musikkompositioner (hvorefter en ny sammenstilling af kendte toner opfylder originalitetskravet),⁶² software (hvorefter en ny sammenstilling af 1-taller og 0’er opfylder originalitetskravet)⁶³ og sågar for andre typer brugskunst fordelt på bl.a.

53. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-68-08.

54. Sø- og Handelsrettens afgørelser i sag A-4-17.

55. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-58-17.

56. Retten i Horsens afgørelse i sag BS 150-384/2013.

57. Vestre Landsrets afgørelse i sag B-1753-16 og Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-24-15.

58. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, IJH A/S, s. 20.

59. Sag C-5/08, *Infopaq*, præmis 45.

60. Som eksempler kan nævnes “Hvem ringer klokkerne for” (*UfR 1951.725 H*) og “Nabo til Nordpolen” (*UfR 1966.676 Ø*).

61. Som eksempler kan nævnes tegninger (*UfR 2019.1294 Ø*), udsmykninger (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-92-14) og skulpturer (*UfR 1938.338 V*).

62. Som eksempler kan nævnes salmer (*UfR 2008.77 Ø*), viser (*UfR 2014.1739 H*) og to ord på tre enslydende toner af et sekunds varighed (*UfR 2014.3428 SH*).

63. Som eksempler kan nævnes MediBOX (*UfR 2010.706 H*) og Danske Commodities (*UfR 2014.76 V*).

boligudstyr,⁶⁴ køkken- og badudstyr⁶⁵ og legetøj⁶⁶ (hvorefter en ny sammenstilling af kendte former, dimensioner og materialer opfylder originalitetskravet) og er endda senest bekræftet i sagen om Anne Blacks hængepotter, hvor Østre Landsret – og med eksplicit reference til *Cofemel* – fastslår, at “den måde, hvorpå [...] designelementer[ne] er sammenføjet, i sammenhæng med den lille godstykkelse og de tynde, afrundede kanter giver de fremviste hængepotter et sådant eget let og særligt genkendeligt udtryk, som ikke tidligere er set, at hængepotten

-
64. Som eksempler på boligudstyr kan nævnes en plantekasse (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-50242/2018), en lang række danske møbelklassikere (*UfR 2018.1808 SH* og *UfR 2014.2497 SH*), Tripp-Trapp-stolen (*UfR 2015.992 H*, *UfR 2015.979 H*, *UfR 2011.2736 H*, *UfR 2001.747 H*, *FED 1997.1362 SH* og utrykt afgørelse fra Vestre Landsret af 19. januar 1994), Tivoli-stolen (*UfR 2014.2876 H*), STICK-stolen (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-44-14), Myre-stolen (*UfR 2002.1715/2 H* kommenteret af Morten Rosenmeier i *NIR 4/2003*, s. 394 ff.), Wegener-stolen (*UfR 1960.483 H*), hvilestol (*UfR 1963.782 H*), Ribbon-stolen (*UfR 1986.39 H*), Montana-reolen (*UfR 2014.3539 H* og *UfR 1992.34 SH*), ULTRA-hylden (*UfR 1964.53 H*), Super-Elipse-bordet (*UfR 1992.909 SH*), tebord af spanskkrør med lommer til aviser (*UfR 1948.883/2 V*), Juno-sengen (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-92-15), udendørsmøbler (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag A-3-16), Empty-, Skan- og Suite-lamperne (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-14-17), Munkegård-lampen (*UfR 2010.1705 H*), PH-lamperne (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-60-17, *UfR 2006.2463 V*, *UfR 1991.847 H* og *UfR 1931.376 Ø*), Albertslund-lampen (*UfR 2003.1219 H* kommenteret af Morten Rosenmeier i *NIR 5/2005*, s. 533 ff.), Le Klint-lampen (*UfR 1965.447 H*), Mag Lite-lommelygten (*UfR 2000.212 SH*), lysestager (*UfR 1979.248/2 Ø*, *UfR 1975.1014 Ø*) vaser, herunder Kählers Omaggio-vase (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-2-16), juledekora-tionsprodukter (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-46785/2018), pejse (*UfR 1980.319 SH*), herunder pejse til ophængning (*UfR 1972.992 H*).
65. Som eksempler på køkken- og badudstyr kan nævnes køkkenelementer (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-4-14), skåle (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-68-16), keramisk service (*UfR 2019.1109 H*), spisebestik (*UfR 1961.1027 H*), opvaskestativ (*UfR 1967.482 H*), kaffemølle (*UfR 1969.851 H*), drikkeglas (*UfR 1982.987 SH*), bistrokaffekande (*UfR 1989.1016/2 H*), Alfi-kaffekande (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-113-05), stander til karklud og opvaskebørste (*UfR 1998.941 SH*), EVA-TRIO grydeserie (*UfR 1999.158 SH*), opvaskebørster, hundeskåle og skohorn (*UfR 2009.1789 H*), Global-knive (*UfR 2011.3451 H*), armaturer, herunder Vola (*UfR 2014.954 H* og *UfR 2004.2464 SH*) og Vipps sæbedispenser (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-3-16).
66. Som eksempler på legetøj kan nævnes LEGO's minifigur (Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-96-11), en dukke kaldet “Lykketrold fra Gjøøl” (*UfR 1962.756/1 SH* og Oslo byrets afgørelse af 22. maj 1967 omtalt i *NIR 3/1968*, s. 232 ff.), en papbil

må anses for at være udtryk for Anne Blacks egen intellektuelle frembringelse”.⁶⁷ For beskyttelse taler desuden (2) Domstolens formulering i *Cofemel* om, at beklædning “kan kvalificeres som værker”,⁶⁸ som bekræftes af Højesteret i *IJH*, om at beklædning “kan og skal kvalificeres som værker”,⁶⁹ og formuleringen “beskyttelsen af design og den ophavsretlige beskyttelse i henhold til EU-retten kan tildeles kumulativt [...]”⁷⁰ som ligeledes henvist til af Højesteret til i *IJH*.⁷¹ Beklædning omfattes derfor principielt af det ophavsretlige anvendelsesområde.⁷² For beskyttelse taler desuden (3) Domstolens formulering i *Cofemel* om, at udstrækningen af beskyttelsen er den samme for alle typer værker,⁷³ hvilket der ikke var grund til at bemærke, hvis beklædning ikke kunne opnå ophavsretlig beskyttelse. For beskyttelse taler desuden i mindre omfang (4) praksis inden *Cofemel* fra udlandet, hvor beklædning i en række tilfælde er indrømmet ophavsretlig beskyttelse⁷⁴ og praksis efter *Cofemel* fra udlandet, hvor stof – og med reference til *Cofemel* – ansås beskyttet med ordene “if no sufficiently similar design existed before it was created, it must have been the expression of the author’s free and creative choices”.⁷⁵ Imod beskyttelse taler derimod (A) Højesterets for-

(*UfR 1985.1087 SH*), et tusindben (udtalelse fra Svensk Forms opinionsnämnd af 9. september 1987 omtalt i *NIR 3/1988*, s. 470 ff.) og my little pony (udtalelse Svensk Forms opinionsnämnd af 3. december 1987 omtalt i *NIR 3/1988*, s. 475 ff.), hvorved dog bemærkes, at de danske domstole ikke lægger meget vægt på udtalelser fra Svensk Forms opinionsnämnd (Østre Landsrets afgørelse i sag B-1259-17).

67. Østre Landsrets afgørelse i sag BS-48928/2019.

68. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 48 (min kursivering).

69. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH A/S*, s. 21 (min kursivering).

70. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 52.

71. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH A/S*, s. 20.

72. Sml. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 98/71 af 13. oktober 1998 om retlig beskyttelse af mønstre artikel 17.

73. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 35.

74. Som eksempler kan nævnes en jakke af mærket Fjällräven (den svenske højesterets afgørelse i sag T-397-07), en jakke af mærket Kriss (den svenske Hovrätten för Västra Sveriges afgørelse af 1. november 1996 omtalt i *NIR 2/1998*, s. 344 ff.), en tunika (den svenske højesterets afgørelse af 28. marts 1995 omtalt i *NIR 2/1995*, s. 311 ff.) og en jakke af mærket Scotch & Soda (retten i Haags afgørelse i sag C/09/510096/HA ZA 16-500).

75. High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, Intellectual Property Enterprise Court, [2020] EWHC 148 (IPEC), Response Clothing

mulering i *IJH*, hvorefter der “ikke [er] grundlag for at fastslå, at den nævnte designmæssige nyskabelse [...] som lå i at kombinere elementer fra traditionelle langskaftede læderstøvler med en støvle i naturgummi [...] opfylder det krav om originalitet, der er en betingelse for, at RUB 1-gummistøvlen kan kvalificeres som et værk af brugskunst”,⁷⁶ hvilket i realiteten er en redaktionel omskrivning af begrundelsen om det kendte formforråd for at nægte ophavsretlig beskyttelse af beklædning som anvendt i *Nørgaard på Strøget*⁷⁷ og siden gentaget af byretten,⁷⁸ Sø- og Handelsretten⁷⁹ og landsretten.⁸⁰ Imod beskyttelse taler ligeledes (B) praksis, hvorefter det er underordnet, om den nye sammenstilling af kendte elementer har givet sig udslag i et simpelt design eller ej. I alle tilfælde er beklædningen blevet nægtet ophavsretlig beskyttelse. Som eksempler på simple designs kan nævnes en T-shirt, der af retten blev beskrevet som et produkt af “uhyre enkelthed”,⁸¹ en sweater, der af retten blev beskrevet som et produkt med “enkelte mønsterelementer”,⁸² en gummistøvle, der af retten blev beskrevet som et produkt af “enkelthed”,⁸³ og en regnjakke, der af retten blev beskrevet som et “enkelt [...] produkt”.⁸⁴ Som eksempler på ikke simple designs kan nævnes en gummisko, der af retten blev beskrevet som et produkt med “høj [...] snude med lodrette ribber [...] ydersål med trædepuder i det særlige mønster [...] og som forsynet med små stjerneformede punkter, og i en lodret jernbanestribe bag på hælen”,⁸⁵ en gummistøvle, der af retten blev beskrevet som et produkt, der “fremstår skulpturelt”,⁸⁶ og en kjole,

Company v The Edinburgh Woollen Mill Limited, præmis 59.

76. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH A/S*, s. 21.

77. *UJR 2012.129 H*.

78. Retten i Horsens' afgørelse i sag BS 150-384/2013.

79. Sø- og Handelsrettens afgørelser i sagerne V-24-15, V-25-15, A-4-17, V-58-17 og BS-9667/2017.

80. Vestre Landsrets afgørelse i sag V.L.B 1753-16.

81. *UJR 2012.129 H*.

82. Retten i Horsens' afgørelse i sag BS 150-384/2013.

83. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-24-15.

84. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-9667/2017.

85. *UJR 2012.2693 H*.

86. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-25-15 som bekræftet af landsretten i sag V.L.B 1753-16.

der af retten blev beskrevet som et produkt med “høj [...] blondekrave, blondepartierne på skuldre, bryst og ryg, M-udskæringen, brugen af en blonde med små frynser, blonder nederst på skørtet og brugen af elastik i taljen”.⁸⁷ Imod beskyttelse taler endelig (C) generaladvokatens forslag til afgørelse, hvori han bemærker, at “specifik sammensætning af former, farver, ord og tal”, ikke dækkes af den ophavsretlige beskyttelse,⁸⁸ hvortil dog bemærkes, at Domstolen ikke eksplicit refererer her til i *Cofemel*.

Hvis beklædningsgenstanden består af et nyt element, hvilket sjældent er tilfældet for beklædning – men som eksempler kan dog nævnes Lady Gagas kødkjole og den dertilhørende kotelet på hovedet eller Adidas’ sko fremstillet af genbrugsplast – er det (vel) heller ikke givet, at originalitetskravet kan opfyldes. Også her taler noget for – andet imod. For beskyttelse taler de netop anførte grunde (1) og (2), der finder tilsvarende anvendelse. Imod beskyttelse taler – hvorved bemærkes, at Lady Gagas kødkjole blev skabt af modeskaberen Franc Fernandez og Adidas’ sko udviklet af deres R&D-afdeling – Domstolens formulering i *Cofemel* om, at det ikke er tilstrækkeligt til at blive kvalificeret som værk, at beklædningen er “frugten af fremstillingskoncepter og -processer, der anerkendes som innovative inden for modeverdenen”,⁸⁹ hvilket ligeledes bekræftes af Højesteret i *IJH*.⁹⁰

Baseret på ovenstående er det som om – og uanset, at testen er den samme som for andre værkstyper jf. afsnit 2.1 – at beklædning indtager en negativ særstatus i dansk ophavsret.⁹¹ Det gælder, hvad enten beklædningsgenstanden består af en ny sammenstilling af kendte elementer eller af et nyt element. Det er med andre ord lidt ligesom i varemær-

87. Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-58-17.

88. Forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Szpunar i sag C-683/17, *Cofemel*, betragtning 60.

89. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 23.

90. Højesterets afgørelse i sag BS-7741/2019-HJR, *IJH* A/S, s. 20 f.

91. Se for et modsat standpunkt Jens Schovsbo, “Copyright and design law: What is left after all and *Cofemel*? – or: Design law in a ‘double whammy’”, *NIR* 2/2020, s. 293, hvorefter “most likely the threshold will be set at a low level [for, inter alia, every-day fashion items]”.

keretten, hvor de utraditionelle varemærker skal adskille sig betydeligt fra normen i branchen for at kunne beskyttes.⁹²

Praksis fra danske domstole kan illustreres som i skemaet nedenfor, hvorved bemærkes, at det i *UfR 1979.844 SH* var ubestridt, at skoen nød ophavsretlig beskyttelse, at FS 20-9027/2007 er en fogedretsafgørelse med lav eller slet ingen præjudikatsværdi efter *Cofemel* og Højesterets afgørelse i *IjH*, og at ophavsretlig beskyttelse ikke er gjort gældende i de to beklædningsager, der er afgjort efter *IjH*, nemlig Sø- og Handelsrettens afgørelser i BS-55374/2019 og BS-8811/2020.

Sag/År/Instans/Produkt	Karakteristik	Ophavsretligt beskyttet	Begrundelse
UfR 1941.454 Ø (1/1941) Østre Landsret <i>Strikkeopskrift til sweater</i>	N/A	–	“Strikkeanvisningen maa [...] betegnes som et Skrift, der er beskyttet efter Reglerne i Lov om Forfatterret og Kunstnerret. Sagsøgte [maa] ikke [...] fremstille Strikkeanvisninger efter den i sagen omhandlede Strikkeanvisning. Paastanden om, at Sagsøgte skal være uberegtiget til at fremstille strikkede Beklædningsgenstande efter ‘Gaveboden’s Arbejdsanvisninger vil ikke kunne tages til Følge, da den savner Hjemmel i Lov om Forfatterret og Kunstnerret”

92. Sag C-136/02 P, *Mag*, præmis 31 (3D former); sag C-104/01, *Libertel*, præmis 65 (farver); sag T-547/08, *X Technology*, præmis 25 og 28 (positioner); og sag C-421/13, *Apple*, præmis 20 (butiksindelektioner). Omtalte praksis finder efter alt at dømme tilsvarende anvendelse på de øvrige typer utraditionelle varemærker jf. sag C-265/09 P, *Borco*, præmis 33.

Sag/År/Instans/Produkt	Karakteristik	Ophavsretligt beskyttet	Begrundelse
UfR 1979.844 SH (5/1979) Sø- og Handelsretten <i>Jacoform sko</i>	“[Skoen er] fremstille[t] som sko med kendt mokkasinlignende fremtræden”	✓	N/A
V-68-06 (1/2008) Sø- og Handelsretten <i>Staffbukser</i>	“[Bukser med] pyntesøm og [...] knapper uden funktionel betydning”	–	N/A
FS 20-9027/2007 (3/2010) Fogedretten i Århus <i>Crocs sko</i>	“Skoen [har] ved sin form og materiale [...] en sådan originalitet [...]”	✓	“Skoen [har] ved sin form og materiale [...] en sådan originalitet, at det må anses for sandsynliggjort, at den er beskyttet efter ophavsretsloven”
UfR 2012.129 H (10/2011) Højesteret <i>Nørgaard på Strøget T-shirt</i>	“Uhyre enkelthed”	–	“T-shirts som beklædningsgenstande, stramtsiddende og med rund hals, var kendte i forvejen [og] samtlige [...] ganske få design- og formelementer [var] hver for sig [...] velkendte på fremkomsttidspunktet”
UfR 2012.2693 H (5/2012) Højesteret <i>Grounder-Hi gummisko</i>	“høj [...] snude med lodrette ribber [...] ydersål med trædepuder i det særlige mønster [...] og som forsynet med små stjerneformede punkter, og i en lodret jernbanestribes bage på hælen”	–	“Grounder-Hi [er] et redesign og således en form for genbrug af en P.F Flyers-sko fra 1949 med rødder tilbage til 1930’erne. [Grounder-Hi] findes herefter [ikke] beskyttet efter [...] ophavsretsloven”

Sag/År/Instans/Produkt	Karakteristik	Ophavsretligt beskyttet	Begrundelse
BS 150-384/2013 (7/2014) Retten i Horsens <i>Sarah Lunds sweater</i>	“Trøjernes motiv [adskiller] sig fra andre stjernemotiver ved at være asymmetrisk, når motivet spejles over diagonalen, ligesom sammensætningen af stjernebortens enkelte mønsterelementer skønnes at være unik”	–	“[Trøjerne] hviler på kendte og alment benyttede strikkemetoder [...]. Under disse omstændigheder [...] findes [...] betingelserne for ophavsretlig beskyttelse efter ophavsretslovens § 1 [ikke] opfyldt”
V-24-15 (11/2016) Sø- og Handelsretten <i>RUB 2 gummi-støvle</i>	“Enkelthed”	–	“Oplysningerne om de enkeltstående designelementer, som støvlen er sammensat af, og som i vidt omfang var kendte på frembringelsestidspunktet [...] giver ikke retten et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at fastslå, at RUB 2 [...] nyder ophavsretlig beskyttelse”
V-25-15 (11/2016) Sø- og Handelsretten <i>RUB 1 gummi-støvle</i>	“Produktet fremstår skulpturelt, robust og samtidig elegant [...]”	–	“[Da gummistøvlen] i væsentlig grad er sammensat af allerede kendte designelementer [...] finder retten, at der [...] ikke er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at støvlen er ophavsretligt beskyttet som brugskunst, jf. ophavsretslovens § 1, stk. 1”

Sag/År/Instans/Produkt	Karakteristik	Ophavsretligt beskyttet	Begrundelse
A-4-17 (3/2017) Sø- og Handelsretten <i>Rains regnjakke</i>	“Regnjakkerne [er] i form og udtryk forholdsvis enkle frembringelser”	–	“Retten lægger efter bevisførelsen [...] til grund, at den selvstændige frembringelsesproces for Rains' regnjakker i alt væsentligt bestod i at sammenstille enkeltstående designelementer, som var en del af det almene formforråd på frembringelsestidspunktet. Retten finder ikke, at Rains har sandsynliggjort, at dette arbejde er udtryk for en sådan selvstændig skabende designindsats, at de to regnjakker [...] nyder ophavsretlig beskyttelse”
V.L.B 1753-16 (10/2018) Vestre Landsret <i>RUB 1 gummi-støve</i>	“Produktet fremstår skulpturelt, robust og samtidig elegant [...]”	–	“Af de grunde, som Sø- og Handelsretten har anført, finder landsretten heller ikke efter bevisførelsen for landsretten grundlag for at fastslå, at RUB 1 er ophavsretligt beskyttet”
V-58-17 (10/2018) Sø- og Handelsretten <i>Ravn & Ravn blondekjole</i>	“Høje blondekrave, blondepartierne på skuldre, bryst og ryg, M-udskæringen, brugen af en blonde med små frynser, blonder nederst på skørtet og brugen af elastik i taljen”	–	“Efter bevisførelsen lægger retten til grund, at de designelementer, som indgår i Ravn & Ravns designs [...] alle er elementer, som hver især har indgået i tidligere designs [...] men at de [...] er sammenstillet på en anden måde end tidligere. Det lægges endvidere til grund, at der på det tidspunkt, da [kjolerne] kom frem, var en generel romantisk trend med brug af blonder i modetøj. På baggrund heraf finder retten ikke, at [kjolerne] er udtryk for en sådan selvstændig designindsats, at [de] nyder ophavsretlig beskyttelse, jf. ophavsretslovens § 1”

Sag/År/Instans/Produkt	Karakteristik	Ophavsretligt beskyttet	Begrundelse
BS-9667/2017 (5/2020) Sø- og Handelsretten <i>Rains regnjakke</i>	“Enkelt [...] produkt”	–	“[Da regnjakken] er sammensat af en række designelementer, der på frembringelsestidspunktet var kendte i forvejen, og som alle havde grundlag i det almene formforråd [...] finder retten [...] efter en samlet vurdering, at der ikke foreligger tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at produktet [...] kan anses at opfylde kravene til ophavsretlig beskyttelse, jf. ophavsretslovens § 1”
BS-7741/2019 (6/2020) Højesteret <i>RUB 1 gummi-støvle</i>	N/A	–	“[Den] designmæssige nyskabelse for RUB 1 [...] lå i at kombinere elementer fra traditionelle langskaftede læderstøvler med en støvle i naturgummi [...]. På baggrund af EU-Domstolens dom i Cofemel-sagen finder Højesteret ikke grundlag for at fastslå, at den nævnte designmæssige nyskabelse opfylder det krav om originalitet, der er en betingelse for, at RUB 1-gummistøvlen kan kvalificeres som et værk af brugskunst”
BS-55374/2019 (8/2020) Sø- og Handelsretten <i>Cykelhandsker, huer mv.</i>	Ophavsretlig beskyttelse ikke gjort gældende		
BS-8811/2020 (11/2020) Sø- og Handelsretten <i>Vinterbadekåbe</i>	Ophavsretlig beskyttelse ikke gjort gældende		

2.3. Udstrækningen af den ophavsretlige beskyttelse er uafhængig af originalitetsgraden

Domstolen fastslår i *Cofemel*, at beklædning – i det omfang den opfylder originalitetskravet, hvilket synes svært jf. afsnit 2.2 – beskyttes som alle andre typer værker. Det følger af formuleringen “det bemærkes, at omfanget af denne beskyttelse ikke afhænger af graden af den kreative frihed, som ophavsmanden har haft, og at beskyttelsen derfor ikke er svagere end den beskyttelse, som tildeles andre værker”.⁹³ Dette er overraskende, hvilket også tidligere er gjort gældende i den juridiske litteratur.⁹⁴ Det gælder uanset henvisningen til sag C-145/10, *Painer*, præmis 97-99, hvor Domstolen – også dennes tredje afdeling – fastslog det samme, jf. formuleringen “når det drejer sig om et portrætfotografi [med en ofte lav grad af originalitet], kan beskyttelsen i henhold til [infosoc-direktivet]⁹⁵ ikke være ringere end for andre værker, herunder fotografiske værker”. Baggrunden for, at det er overraskende, skal findes i to forhold. Det ene er, at det er en fundamental IP-retlig grundsætning i dansk ret, at originalitetskravet har betydning for krænkelsevurderingen i den forstand, at beskyttelsen afhænger af graden af originalitet.⁹⁶ Hermed menes, at værker med stor originalitet (f.eks. Pablo Picassos maleri *Guernica*, Poul Henningsens lampe *Koglen* eller Kitchen Aid’s *Artisan*-køkkenmaskine) gives bredere beskyttelse, mens værker med lille originalitet (f.eks. et maleri fra ILVA, Mette Blomsterbergs bage-

93. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 35.

94. Morten Rosenmeier & Jens Schovsbo, “Brugskunstbeskyttelsen mod meget nærgående efterligninger. Er Højesterets praksis på kanten med EU-retten?”, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015.B181.

95. Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2001/29 af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

96. Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.83; Ragnar Knoph, *Åndsretten* (Oslo Nationaltrykkeriet 1936), s. 106 ff.; Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretsdispositioner* (Juristforbundets Forlag 1965), s. 135 ff.; Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009), s. 486 ff.; Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 164 ff.; og Palle Bo Madsen, *Markedsret Del 3* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017), s. 88.

artikler eller Anne Larsens gryder) gives smallere beskyttelse.⁹⁷ Det andet er, at en sådan grundsætning er fast antaget på andre IP-retlige områder end det ophavsretlige, herunder på det patentretlige område⁹⁸ og endda fast praksis fra Domstolen på det varemærkeretlige område⁹⁹ og er tillige – på sidstnævnte område – slået fast gentagne gange af danske domstole.¹⁰⁰ I det lys og henset til *at* formålet med IP-retten – hvadenten der er tale om et værk i ophavsretlig forstand, en opfindelse i patentretlig forstand eller et kendetegn i varemærkeretlig forstand – er det samme, eftersom IP-retten grundlæggende bygger på et kollektivt¹⁰¹ og

97. Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.126 med referencer til retspraksis.

98. Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang* (Cappelen Akademisk Forlag 2001), s. 743 ff. med referencer.

99. Sag C-251/95, *Sabel BV*, præmis 24; sag C-39/97, *Canon*, præmis 18; sag C-425/98, *Marca Mode CV*, præmis 41; og Torsten Bjørn Larsen, *Kendetegnsretlige retsgrundsætninger, Dansk Immaterialret Bind I – Enerettighederne* (Gads Forlag 2019), s. 463 ff.

100. Som eksempler kan nævnes varemærket “Dansk Handicap Idræts Forbund”, hvor Højesteret fandt, at navnet “er af rent beskrivende karakter [...]”. Den beskyttelse, navnet nyder, må på denne baggrund afgrænses snævert” (*UfR 1995.211 H*), varemærkerne “Nykredit” og “Nyfinans”, hvor Højesteret fandt, at “ingen af de af parterne i denne sag i deres navne/mærker anvendte ord – ‘ny’, ‘kredit’ og ‘finans’ – har et særpræg, der kan medføre beskyttelse for ordene, anvendt alene. Sammensætningen af ordene ‘ny’ og ‘kredit’ til ‘Nykredit’ og af ordene ‘ny’ og ‘finans’ til ‘Nyfinans’ bevirker imidlertid, at parternes navne får et sådant særpræg, at de hver for sig nyder en vis beskyttelse” (*UfR 1989.216 H*), varemærket “Dyrekassen Danmark”, der af SØ- og Handelsretten fandtes at være et mærke “med svagt særpræg og begrænset beskyttelse” (SØ- og Handelsrettens afgørelse i sag V-76-17), varemærket “Natur-Energi”, hvor SØ- og Handelsretten fandt, at dette “på grund af dets beskrivende karakter og omfanget af indarbejdelsen alene nyde[r] beskyttelse i et vist omfang” (SØ- og Handelsrettens afgørelse i sag V-26-16), varemærket “Dansk Dagligvaresalg”, hvor SØ- og Handelsretten fandt, at “sammenstillingen i sagsøgerens navn af de to ord ‘Dansk’ og ‘Dagligvare’ medfører, at det samlede navn, hvori tillige ordet ‘salg’ indgår, har fået et sådant særpræg, at det er egnet til at nyde en vis beskyttelse” (*UfR 1986.742 SH*), varemærket “Morsø Sparekasse”, hvor SØ- og Handelsretten fandt, at “uanset at navnets bestanddele hver især er af beskrivende karakter, nyder Morsø Sparekasse som følge af den langvarige indarbejdelse en vis – om end snæver – varemærke [...] beskyttelse” (SØ- og Handelsrettens afgørelse i sag V-0057-02) og varemærket “bb”, hvor SØ- og Handelsretten fandt, at “varemærket bb kan, som følge af den begrænsede karakteriseringsevne, der ligger i sammenstillingen af to bogstaver, kun beskyttes mod mærker, der er identiske eller så godt som identiske” (SØ- og Handelsrettens afgørelse i sag V-0139-00).

et individuelt¹⁰² hensyn, og desuden *at* værker efter ophavsretten og kendetegn efter varemærkeretten begge skal kunne identificeres tilstrækkeligt præcist og objektivt for at opnå beskyttelse,¹⁰³ hvorved bemærkes, at det bagvedliggende hensyn ligeledes er det samme,¹⁰⁴ er det overraskende, at Domstolen sonderer mellem ophavsrettigheder på den ene side og varemærkerettigheder på den anden. Højesteret behandlede af åbenlyse grunde ikke dette spørgsmål i *IJH*,¹⁰⁵ da sagens genstand – gummistøvlerne – ikke fandtes at opfylde originalitetskravet og dermed ikke nød ophavsretlig beskyttelse. Spørgsmålet er imidlertid så centralt, at det – som også tidligere er gjort gældende i den juridiske

-
101. Det kollektive hensyn, som også kaldes incitamentshensynet, er at øge innovationen i samfundet og følger af TRIPS, artikel 7, hvoraf fremgår, at “the protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation [...]”; Kommissionens meddelelse af 28. marts 2014 om anvendelse af TEUF artikel 101 på teknologioverførselsaftaler pkt. 7, hvoraf fremgår, at “intellektuelle ejendomsrettigheder [...] tilskynde[r] virksomhederne til at investere i udvikling af nye eller forbedrede produkter og produktionsmetoder”; Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 2.06; Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009), s. 95 ff., og Thomas Riis, *Enerettigheder og vederlagsrettigheder* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005), s. 28.
102. Det individuelle hensyn, som også kaldes berigelseshensynet, er at berige rettighedshaveren og følger af FN’s Menneskeretserklæring af 10. december 1948, hvorefter “enhver har ret til beskyttelse af de moralske og materielle interesser, der hidrører fra en hvilken som helst videnskabelig, litterær eller kunstnerisk frembringelse, som vedkommende har skabt”; Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 2.07; Henrik Udsen, *Informationsretlige grundsætninger* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009), s. 104 ff.; Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 44 ff., og Thomas Riis, *Ophavsret og retsøkonomi* (GadJura 1996), s. 38 ff.
103. På det ophavsretlige område følger det af sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 32, og på det varemærkeretlige område følger det af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker artikel 3(1)(b) som implementeret i bekendtgørelse af varemærkeloven nr. 88 af 29. januar 2019 § 2, nr. 2 jf. § 13, stk. 1, nr. 1.
104. På det ophavsretlige område følger det af sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 33, og på det varemærkeretlige område følger det af sag T-307/17, *Adidas*, præmis 30.
105. Morten Rosenmeier & Jens Schovsbo, ‘Brugskunstbeskyttelsen mod meget nærgående efterligninger – Er Højesterets praksis på kant med EU-retten?’, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015B181.

litteratur¹⁰⁶ – bør forelægges Domstolen, om end der er en risiko for, at det afvises i henhold til den EU-retlige *acte clair*-doktrin, da Domstolens tredje afdeling har fastslået det samme to gange.¹⁰⁷ Det er særlig vigtigt, da Højesteret har udviklet en praksis, hvorefter den ophavsretlige beskyttelse af brugskunst som “funktionsbestemt[e] genstand[e] skabt i et funktionalistisk formsprog [...] er begrænset til meget nærgående efterligninger”,¹⁰⁸ hvorved bemærkes, at baggrunden for denne praksis er, at der “må tages hensyn til andre virksomheders mulighed for at anvende samme fordelelementer”.¹⁰⁹ Hermed sigtes i realiteten til et friholdelsesbehov, der dermed inddrages i krænkelsevurderingen til støtte for at begrænse brugskunstværkets beskyttelsesomfang. Det er også i det lys – hvorved bemærkes, at friholdelsesbehovet ikke må inddrages i en krænkelsevurdering til støtte for at begrænse et varemærkes beskyttelsesomfang¹¹⁰ – at Domstolen må på banen.

3. Konklusion

Formålet med nærværende artikel har været at undersøge, (1) om det ophavsretlige originalitetskrav er det samme for beklædning som for andre værkstyper, (2) om det ophavsretlige originalitetskrav kan opfyl-

106. *Ibid.*

107. Sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 35, og sag C-145/10, *Painer*, præmis 97-99. Omvendt kan det dog også gøres gældende, at forelæggelse nu ikke længere er nødvendig, da Domstolen har fastslået det samme to gange jf. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020).

108. *UfR 2015.992 H, UfR 2015.979 H, UfR 2014.3539 H, UfR 2014.954 H, UfR 2012.3189 H, UfR 2012.1185 H, UfR 2011.3451 H, UfR 2011.2736 H, UfR 2003.1219 H, UfR 2002.1715/2 H, UfR 2001.747 H*, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-46785/2018, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-14-17, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag BS-1498/2016, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-68-16, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag A-14-15, Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-4-14 og Sø- og Handelsrettens afgørelse i sag V-96-11 og for yderligere referencer Torsten Bjørn Larsen & Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (Karnov Group 2019), pkt. 3.126.

109. *UfR 2012.1185 H*.

110. Sag C-102/07, *Adidas*, præmis 47.

des for beklædning, og (3) om udstrækningen af beskyttelsen af beklædning afhænger af den ophavsretlige originalitetsgrad.

I relation til (1) er originalitetskravet ens for alle værkstyper, herunder også for beklædning, uanset om der er tale om tøj eller sko. Det skærpede originalitetskrav, som Højesteret tiltrådte i Nørgaard på Strøget er dermed ikke længere gældende ret.

I relation til (2) synes beklædning – uanset om denne består af en ny sammenstilling af kendte elementer eller af et nyt element – svært ved at opfylde originalitetskravet, uanset at standarden er den samme som for andre typer værker. Det skyldes, *at* der skal lægges vægt på teknik, *at* der ikke kan lægges vægt på æstetik, og *at* der ikke kan lægges vægt på konkurrenceretlige hensyn.

I relation til (3) er udstrækningen af beskyttelsen for beklædning uafhængig af originalitetsgraden, hvilket strider *mod* en (måske nu tidligere) IP-retlig grundsætning i dansk ret, *mod* varemærkeretlig praksis fra Domstolen og *mod* praksis fra Højesteret.

På oven nævnte baggrund synes beklædning at indtage rollen som det sorte får i dansk ophavsret. Beklædningsindustrien deler dermed skæbne med to store andre industrier i Danmark – nemlig parfumeindustrien og fødevarerindustrien – da dufte og smage heller ikke ophavsretsbeskyttes.

A Phonogram, to be or not to be?

*Professor Dr. Silke von Lewinski,
Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, Munich*

This title alludes to the excellent ALAI Congress that took place in 2017 in Copenhagen under the title ‘Copyright, to be or not to be’, of which Jørgen Blomqvist was the *spiritus rector* (who, at the end of the Congress, gave me the unique opportunity to perform music for the participants under acoustically perfect conditions in a studio of the Danish Radio (DR), for which I will always be most grateful to him). Jørgen Blomqvist is one of the few colleagues and friends with whom I have had the pleasure to meet and debate continuously from the beginning of my career, starting with his support on Danish law in connection with my Ph.D thesis and including many possibilities to meet as speakers or otherwise at conferences such as those in Hanoi, Bangkok or Manila and at several WIPO Diplomatic Conferences, including in 1996, when we—Jørgen as the head of WIPO’s Copyright Division and me as a delegate for the European Communities—had the chance to live through three weeks of intense and unforgettable efforts to make the adoption of the WCT and WPPT happen. Today, we are faced with manifold ways to interpret these treaties, as we will see in this contribution.

1. Introduction

A phonogram, to be or not to be—this is the question, and has been a question in international, European and national law for a long time, especially when a phonogram is used while being integrated into an audiovisual work. In the context of the remuneration right for secondary uses of phonograms in favour of performing artists and phonogram producers under EU law, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has recently answered this question in the case C-147/19, *Atresmedia*,¹ which will be analysed in this article.

In countries where the remuneration right for secondary uses has been implemented and is well administered in practice, this right constitutes one of the main sources of income for performers and phonogram producers. Indeed, the extent of use of commercial phonograms for radio broadcasts as well as for playing music in public places such as restaurants, bars, supermarkets etc. is enormous. Claude Masouyé in his Guide to the Rome Convention even wrote on the relevant Article 12 Rome Convention: ‘This is undoubtedly the most important provision in the Convention—its focal point [...]’.² It is therefore not astonishing that right owners have aimed at achieving protection on the basis of this right not only for the use of phonograms as such, but also for the use of phonograms in combination with images and in particular with moving images, such as when a phonogram is entirely or partially integrated into an audiovisual work.

2. The case ‘Atresmedia’

This is exactly what the Spanish collective management organizations of phonogram producers and performing artists, the Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) and Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) tried to achieve, in their claim against the broadcasting organization Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA. The Spanish provision comes

1. Case C-147/19, *Atresmedia*, ECLI:EU:C:2020:935.

2. Claude Masouyé, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO Publication no. 617(E) (WIPO 1981), no. 12.1.

very close to the underlying international and European provisions by stating that 'users of a phonogram published for commercial purposes or of a reproduction of that phonogram that is used for any form of communication to the public shall have an obligation to pay a single equitable remuneration to the performers and phonogram producers [...]';³ completed by Article 114 of the Royal Legislative Decree 1/1996, which defines a 'phonogram' as any 'exclusively aural fixation of the performance of a work or of other sounds' and thereby follows the definition of Article 3(b) of the Rome Convention.

On this legal basis, AGEDI and AIE claimed that remuneration should also be paid by Atresmedia where particular phonograms had been 'synchronized' or incorporated into audiovisual works and, in this form, had been communicated through Atresmedia's television channels between 1 June 2003 and 31 December 2009. According to the First Instance Court, the Commercial Court of Madrid, the incorporation of a phonogram into an audiovisual work under a paid license would result in a new work and let the remuneration right 'expire', so that no remuneration had to be paid. To the contrary, the Second Instance Court, the Provincial Court of Madrid, found that the sounds fixed in the phonogram would still remain the same even after incorporation into the audiovisual work and were a reproduction of the phonogram, so that the remuneration had to be paid. It was then the Supreme Court of Spain which had to decide whether the performers and phonogram producers enjoyed the remuneration right under Articles 108(4) and 116(2) of the Spanish Royal Legislative Decree 1/1996 for the communication to the public of audiovisual works (with the incorporated phonograms) on television.

Since the cited articles serve the implementation of Article 8(2) of the EU Rental Directive—both in its original version of 1992⁴ and the codified version of 2006⁵ (which did not change the wording of Article

3. Art. 108(4) of the Royal Legislative Decree 1/1996; see also Article 116(2) thereof confirming this right under the section for phonogram producers.

4. Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.

5. Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.

8(2))—the Supreme Court needed to know whether, under the Directive, it is also obligatory to provide this remuneration when the phonogram is incorporated into an audiovisual work that is then broadcast or communicated to the public. Accordingly, it submitted to the Court of Justice the following questions for preliminary ruling:

1. Does the concept of the ‘reproduction of a phonogram published for commercial purposes’ referred to in Article 8(2) of Directives 92/100 and 2006/115 include the reproduction of a phonogram published for commercial purposes in an audiovisual recording containing the fixation of an audiovisual work?
2. In the event that the answer to the previous question is in the affirmative, is a television broadcasting organisation which, for any type of communication to the public, uses an audiovisual recording containing the fixation of a cinematographic or audiovisual work in which a phonogram published for commercial purposes has been reproduced, under an obligation to pay the single equitable remuneration provided for in Article 8(2) of the aforementioned directives?

3. The Judgement of the CJEU

The Court recognizes that these questions relate to the same key question, namely, whether the remuneration under Article 8(2) of the EU Rental Directive must be paid by a user who makes a communication to the public of an audiovisual recording of an audiovisual work into which a phonogram or reproduction thereof has been incorporated. In other words, the question is whether a phonogram is still to be considered a phonogram once it is entirely or partly integrated into an audiovisual work or, as the Court puts it vice versa, whether an audiovisual recording of an audiovisual work containing the phonogram must be classified as a ‘phonogram’ or a reproduction thereof. The Court then confirms that—unless the contrary is spelt out in the text—the terms used in EU law must be given an autonomous and uniform interpretation. In the absence of a definition of ‘phonogram’ in the EU Rental Directive, the Court correctly resorts to the Explanatory Memorandum, according to which the terms used in the Directive had

previously been used in the relevant international treaties, in particular the Rome Convention of 1961, in the light of which the Directive should thus be interpreted.

While Article 3(b) of the Rome Convention defines a phonogram as an ‘exclusively aural fixation’, Article 2(b) WPPT, which entered into force in the EU in March 2010 and from then has been an integral part of the EU legal order, provides for a different definition, in particular in respect of the delimitation to audiovisual recordings: the definition covers a ‘fixation of the sounds of a performance [...] *other than in the form of a fixation incorporated in a cinematographic or other audiovisual work*’ (emphasis added by the author). The CJEU concludes from this wording that the fixation of sounds (such as a phonogram) incorporated into an audiovisual work cannot be covered by the term ‘phonogram’ under the WPPT. It also considers that this result is not affected by the Agreed Statement concerning Article 2(b) WPPT, according to which the definition in Article 2(b) WPPT ‘does not suggest that rights in the phonogram are in any way affected through their incorporation in a cinematographic or other audiovisual work.’ The Court interprets this Agreed Statement in the sense that a phonogram that is incorporated into an audiovisual work loses its status as a ‘phonogram’ only as long as it is a part of such work, but that the rights in the phonogram continue to exist where it is used independently from the audiovisual work. This interpretation has also been expressed in literature, such as in the WIPO Guide quoted by the Court.⁶ Therefore, on the basis of the facts of the case before it, the Court holds that a phonogram, as incorporated into an audiovisual fixation of an audiovisual work, cannot be regarded as a phonogram, unless used independently from the audiovisual work.⁷ The Court then also examines whether the solution would be different for the use of a ‘reproduction of a phonogram’ and clarifies correctly that one has to distinguish between the act of reproduction and the result thereof (which is usually called a ‘copy’ or, for example, ‘exemplaire’ (French) or ‘Vervielfältigungsstück’ (German)). The Court then holds that, given that a phonogram incorporated into an audiovisual fixation of an audiovisual work cannot be classified as a

6. Case C-147/19, *Atresmedia*, ECLI:EU:C:2020:935, no. 45.

7. *Ibid.*, no. 47.

‘phonogram’, the same must apply to a copy of such phonogram, since the same reasoning as set out for the phonogram itself also applies to a copy thereof.⁸

4. Comments

Article 8(2) of the EU Rental Directive obliges Member States to ensure a right to equitable remuneration for performers and phonogram producers when a ‘phonogram’ is used for broadcasting or communication to the public. The question that arose in the case *Atresmedia* concerned the use of an audiovisual fixation of an audiovisual work, into which a pre-existing phonogram had been incorporated.

When the EU Rental Right Directive was adopted in 1992, related rights protection was not yet as advanced as it is today; some of the then-twelve Member States did not even have any protection for related rights. Article 8 of the EU Rental Right Directive was not even contained in the initial proposal of the Commission, but only later introduced as a result of proposals by the European Parliament and the Council Working Group, following the model of Article 12 of the Rome Convention.⁹ In this situation, the drafters of the Directive’s proposal largely relied on the Rome Convention of 1961, including its definitions, given that a number of EEC Member States were already parties to the Rome Convention and had to comply with it anyway; they only slightly modified the provisions as compared to the Rome Convention with a view to secure better protection. It was understood that the terms used, such as ‘phonogram’, should be interpreted as defined by the Rome Convention.

Article 3(b) of the Rome Convention defines a ‘phonogram’ as ‘any exclusively aural fixation’ of sounds, and thus excludes any fixation of images or of images and sounds.¹⁰ When the Rome Convention was ad-

8. *Ibid.*, no. 51.

9. Silke von Lewinski, ‘Art. 8 Rental and Lending Rights Directive’, in Michel M. Walter & Silke von Lewinski (eds), *European Copyright Law* (2nd edition, OUP 2010), nos. 6.8.1 and 6.8.2.

10. Claude Masouyé, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO Publication no. 617(E) (WIPO 1981), Rome Convention no. 3.7; Wilhelm Nordemann, Kai Vinck, Paul Hertin & Gerald Meyer, *International Copyright* (Wiley-

opted, most cases could be clearly classified as either a phonogram or an audiovisual fixation; the cases in which a pre-existing phonogram was later used for an audiovisual production or where a film soundtrack was later separately exploited as such seemed to be exceptional cases for which national legislation could establish specific solutions.¹¹

Indeed, difficulties of interpretation could arise where a phonogram was associated with moving images.¹² For example, one could interpret the ‘exclusively aural’ fixation as only referring to the moment of fixation, so that a phonogram which was later used as part of an audiovisual fixation would still be an ‘exclusively aural’ fixation, since in the moment of the fixation, only sounds were recorded. In the view of others, however, the purpose of the recording as determined by the producer was decisive.¹³ One may also take into account, in particular when regarding the right of Article 12 Rome Convention, the context with Article 19 Rome Convention, which aims at excluding the minimum protection of performers once they have consented to the incorporation of their performance into a visual or an audiovisual fixation. At the time of adoption of the Rome Convention, it was even argued that the remuneration right for secondary uses under Article 12 Rome Convention was a delicate balance as a result of a compromise and that any enhancement of protection would ‘modify profoundly the shape and purpose of the Convention [...]’.¹⁴ When the WPPT was drafted, the definition of a phonogram as ‘exclusively aural fixation’ was not followed, in part because that definition had not been completely clear as regards phonograms associated in different ways with audiovisual fixa-

VCH 1990), Art. 3 RT no. 11, in particular at the end, referring to the situation where a phonogram is used subsequently as part of an audiovisual program.

11. J. Adrian L. Sterling, *On World Copyright Law* (5th edition, Sweet & Maxwell 2018), no. 20.46.
12. *Ibid.*
13. For different interpretations, see, e.g., Claude Masouyé, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO Publication no. 617(E) (WIPO 1981), Rome Convention no. 3.7; Wilhelm Nordemann, Kai Vinck, Paul Hertin & Gerald Meyer, *International Copyright* (Wiley-VCH 1990), Art. 3 RT no. 11, who distinguish according to the purpose of production determined by the phonogram producer.
14. Claude Masouyé, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO Publication no. 617(E) (WIPO 1981), Rome Convention no. 12.4.

tions. Delegations at the 1996 Diplomatic Conference wanted more clearly to exclude from the term ‘phonogram’ in particular soundtracks that were incorporated into an audiovisual work, while they were part of the audiovisual work; consequently, a soundtrack separately exploited would be a phonogram.¹⁵ The Draft Treaty for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms¹⁶ had expressed this aim by the words ‘an audiovisual fixation, a representation of sounds and images or the sound part of either is not a phonogram’ (Art. 2(b) of the Draft Treaty). Also the earlier version proposed by the WIPO Secretariat in its Memorandum for the First Session of the Committee of Experts in 1992 had tried to achieve the same aim by proposing that an audiovisual fixation or the sound part thereof was not a phonogram.¹⁷

At the WIPO Diplomatic Conference 1996, the aspect of the definition where it relates to soundtracks of films was strongly debated in informal consultations. One of the main issues was to make sure that a soundtrack of an audiovisual work, when exploited separately, is a ‘phonogram’.¹⁸ As a result of many drafting exercises, Article 2(b) WPPT as adopted excludes from the definition of a ‘phonogram’ any fixation of sounds (or of representations thereof) that are ‘in the form of a fixation incorporated in a cinematographic or other audiovisual work’. At the same time, according to the Agreed Statement concerning Article 2(b), ‘it is understood that the definition of phonogram provided in Article 2(b) does not suggest that rights in the phonogram are in any way affected through their incorporation into a cinematographic or other audiovisual work’.

This definition and the Agreed Statement serving the interpretation of the wording of Article 2(b) WPPT may be less clear than it was intended to be. In fact, different ways of interpretation have been ex-

15. Silke von Lewinski, in Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (2nd edition, OUP 2015), no. 8.2.40.

16. WIPO Doc. CRNR/DC/5.

17. See also Silke von Lewinski, in Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (2nd edition, OUP 2015), no. 8.2.3 with further references.

18. *Ibid.*, no. 8.2.12.

pressed in the literature.¹⁹ Moreover, discussions at the WIPO Diplomatic Conference 2000 on the protection of audiovisual performances showed that Contracting Parties of the WPPT followed different interpretations of the term ‘phonogram’ under the WPPT, when debating the definition of ‘audiovisual fixation’ under the then-planned treaty and the delineation between phonograms and audiovisual fixations.²⁰ The delegation of the European Communities at that time even seemed to admit a divergence of interpretations by Contracting Parties of the WPPT: ‘There were sound recordings that were accompanied by visual elements. That fact made such sound recordings an audiovisual fixation or made them phonograms, *depending on how Contracting Parties would deal with these phenomena*. The same went for the treatment of music videos. An important objective was that the new instrument would not prejudice the freedom of Contracting Parties to choose the appropriate category as they saw fit for those various phenomena’.²¹ The importance of this flexibility becomes evident in view of the different treatment in particular of performances under both treaties. Also the fact that the

-
19. For different ways of interpretation, see Silke von Lewinski, in Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (2nd edition, OUP 2015), nos. 8.2.41 *et seq.*; see also, in favour of considering that when used as part of an audiovisual work a pre-existing phonogram remains a phonogram: Erik Wiemer, ‘Sendevergütung für erschienene Tonträger in nicht sendereigenen Filmproduktionen (integrierte Tonträger)’, UFITA 2015, p. 709, 726 *et seq.*, with further references for the same opinion in footnote 51 and opposite opinions in footnote 52.
20. See in particular Japan, claiming that the WPPT applied to aural fixations on phonograms that are later incorporated into audiovisual fixations, Summary Minutes (Main Committee I), WIPO doc IAVP/DC/37 of 6 March 2002, para. 96, and the opposite view of Australia, which corresponds to that of the CJEU—see in particular: ‘However, if the audiovisual work incorporating the phonogram was used in a broadcast, the phonogram incorporated in it was not being broadcast for the purposes of Article 15’ (Art. 15 referred to the remuneration right for secondary uses under the WPPT), *ibid.* para. 319.
21. Emphasis by the author. See Summary Minutes (Main Committee I), WIPO doc IAVP/DC/37 of 6 March 2002, para. 97 and, for other views on the delimitation between phonograms and the WPPT and audiovisual fixations under the then-planned Treaty on Audiovisual Performances, see Silke von Lewinski, ‘The Beijing Treaty on Audiovisual Performances’, in Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (2nd edition, OUP 2015), no. 9.2.9 with further references.

President of Main Committee I referred to the possibility of Contracting Parties to introduce ‘notions on the level of national legislation that might not be in correspondence with the treaties without being in conflict with them’²² reflects the impression that a certain leeway of interpretation was acknowledged by Contracting Parties. It is evident that Contracting Parties of the WPPT wanted to keep that flexibility of interpretation when they agreed, in an Agreed Statement regarding the definition of audiovisual fixation in the later Beijing Treaty on Audiovisual Performances (2012), that this definition would not prejudice the definition of a phonogram in Article 2(b) of the WPPT and its Agreed Statement.²³ Accordingly, Contracting Parties to the WPPT have kept the possibility of interpreting the terms ‘phonogram’ and ‘audiovisual fixation’ and their mutual delineation as they consider appropriate.

It seems thus that the Court of Justice, when interpreting the term ‘phonogram’ used in Article 8(2) of the EU Rental Directive in accordance with the Rome Convention and, for uses from March 14, 2010, also with the WPPT, had a certain margin of interpretation. It used this margin of interpretation, in line with part of the literature, without going beyond it. It focused on the wording, which excludes from phonograms any fixations of sounds ‘in the form of a fixation incorporated in a cinematographic or other audiovisual work’. The conclusion of the Court is, based on this wording, intelligible. The Agreed Statement—according to which this definition does not suggest that rights in the phonogram are in any way affected through their incorporation into an audiovisual work—can again be, and has indeed been, interpreted in different ways. In particular, it may mean that such incorporation does not affect rights in the pre-existing phonogram when it is exploited in its original form (without being incorporated into an audiovisual work), including when it is later exploited separately from the audi-

22. Summary Minutes (Main Committee I), WIPO doc IAVP/DC/37 of 6 March 2002, para. 98.

23. See Silke von Lewinski, ‘The Beijing Treaty on Audiovisual Performances’, in Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (2nd edition, OUP 2015), no. 9.2.10 and, on the fact that the Agreed Statement concerning Article 2(c) of the Beijing Treaty was meant to refer to Article 2(b) rather than 2(c) of the WPPT, *ibid.*, no. 9.2.12.

ovisual work;²⁴ it may also mean that upon such incorporation of a phonogram, contractual agreements must take into account the rights in a phonogram under the WPPT.²⁵ Accordingly, while the outcome of the case is most regrettable for performers and phonogram producers, one cannot accuse the Court of having committed a clear error.

The CJEU also referred to this possibility of contractual agreements just mentioned when discussing the possibly negative consequences of this judgement for performers and phonogram producers in view of the aims of the EU Rental Directive to guarantee the possibility of receiving appropriate income and recouping investments.²⁶ It is true that in fact, right owners may take into account all possible uses, such as for broadcasting and communication to the public, when negotiating and agreeing on contractual remuneration for licensing the so-called synchronization right (incorporation of the phonogram into the audiovisual work) to the film producer, even if they do not, according to the *Atresmedia* judgement, have a respective right for broadcasting and communication to the public. Still, apart from successful recordings this may not always work well for producers and performers. Moreover, performers, who usually license the synchronization right to phonogram producers,²⁷ may not always have sufficiently strong bargaining power to negotiate an equitable share in the revenues of the phonogram producer from the synchronization right. Contracts may thus not always be a satisfactory solution.

24. *Ibid.*, no. 8.2.44, and the statement of Australia, Summary Minutes (Main Committee I), WIPO doc IAVP/DC/37 of 6 March 2002, para. 319.

25. Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet – The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation* (OUP 2002) no. PP.2.08. On the possible ways of interpretation of Article 2(b) WPPT and the Agreed Statement, see also Silke von Lewinski, in Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP* (2nd edition, OUP 2015), nos. 8.2.41 *et seq.*

26. Recital 7 of Council Directive 92/100/EEC and recital 5 of Directive 2006/115/EC; see Case C-147/19, *Atresmedia*, ECLI:EU:C:2020:935, no. 54.

27. For Germany, see, e.g., Claudia Rossbach, in Ulrich Loewenheim (ed.), *Handbuch des Urheberrechts* (3rd edition, C.H.Beck 2021), § 75 no.17.

5. Consequences and outlook

It is now clear for EU Member States that Article 8(2) of the EU Rental Directive does not compel them to provide, for performers and phonogram producers, a remuneration right for secondary uses of audiovisual fixations of audiovisual works that incorporate phonograms, their reproductions, or parts thereof. Accordingly, national laws do not need to provide such remuneration right when pre-existing phonograms are used for broadcasting or communication to the public as a part of an audiovisual work. Thus, there is no obligation to interpret the Spanish provision, which is limited to uses of ‘phonograms’, as covering phonograms when being used as part of an audiovisual work. This result is certainly not satisfactory for phonogram producers and in particular performers, given the high economic importance of such uses.

At the same time, there is hope. First, on the basis of an *e-contrario* argument, and as the Court as well as the Advocate General have stated themselves,²⁸ where a phonogram is used as part of an audiovisual fixation that is not a work, the exclusion of Article 2 (b) WPPT does not apply and the remuneration for secondary uses has to be paid. For example, where music from a phonogram is broadcast in combination with moving images, or even only still pictures, of a webcam or other fixed camera, the remuneration right for secondary uses under the WPPT and Article 8(2) EU Rental Directive applies.

Secondly, just like the underlying provisions of the WPPT, Article 8(2) EU Rental Directive is a minimum standard beyond which Member States may go in their national laws: Member States may provide for ‘more far-reaching protection’.²⁹ This means not only that they may provide for stronger rights (for example, in form of exclusive rights), but also that they may provide for any other form of better protection, e.g., by covering further objects of the use, such as phonograms integ-

28. Opinion of AG, Case C-147/19, *Atresmedia*, ECLI:EU:C:2020:597, recital 50 and Case C-147/19, *Atresmedia*, ECLI:EU:C:2020:935, recital 40.

29. See Recital 20 of the Rental Directive: ‘Whereas Member States may provide for more far-reaching protection for owners of rights related to copyright than that required by Article 8 of this Directive’ (version of 1992; see also the slightly modified version of the codified version of the directive (Directive 2006/115/EC), which replaces the phrase ‘may provide’ by the phrase ‘should be able to provide’).

rated into audiovisual works.³⁰ A number of Member States have indeed made use of this possibility, in particular by applying the remuneration right for secondary uses to the use of video- or audio-recordings/audiovisual fixations as well.³¹ Whether or not audiovisual fixations in such national provisions may be considered to cover the use of pre-existing phonograms incorporated into audiovisual works³² may be subject to controversy; in any case, Member States may specifically provide that producers of phonograms and performers of performances fixed thereon may claim a remuneration right for secondary uses of ‘integrated phonograms’, i.e. phonograms that are parts of fixations of audiovisual works. They may do so even for other forms of combinations of phonograms with images.

The Court has not judged about this possibility of extending protection, but only had to judge whether the Directive *obliges* Member States to also provide the remuneration right for phonograms that are part of an audiovisual fixation of an audiovisual work. In this sense, the Advocate General stated that ‘[...] Article 8(2) *does not require* the Member States [...]’ to provide a remuneration right in the case before it.³³ This is also reflected in the sentence of the judgement of the Court, at least in a number of languages.³⁴ *E contrario*, this means that Article 8(2) *al-*

-
30. Silke von Lewinski, ‘Art. 8 Rental and Lending Rights Directive’, in Michel M. Walter & Silke von Lewinski, *European Copyright Law* (2nd edition, OUP 2010), e.g., nos. 6.8.15, 6.8.25.
31. See an overview regarding the situation of performers’ rights in 2018: AEPO-Artis, ‘Performers’ Rights in International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement’, <http://www.aepo-artis.org/usr/files/di/fi/8/AEPO-ARTIS-Study-Performers%E2%80%99-Rights-in-International-and-European-Legisla_2020316942.pdf>, p. 30 *et seq.*, including Table 1.3.
32. Rolf Dünwald & Tilo Gerlach, *Schutz des ausübenden Künstlers – Kommentar zu §§ 73 bis 83 UrhG* (Kohlhammer 2008), § 78 no. 32, concluded from the Agreed statement concerning Art. 2b) WPPT that such phonograms are to be considered as phonograms rather than audiovisual fixations. See for the same view Erik Wiemer, ‘Sendevergütung für erschienene Tonträger in nicht sendereigenen Filmproduktionen (integrierte Tonträger)’, *UfITA* 2015, p. 709, 726 *et seq.*
33. Emphasis by the author. Opinion of AG, Case C-147/19, *Atresmedia*, ECLI:EU:C:2020:597, Recitals 58, and 79 at the end.
34. Case C-147/19, *Atresmedia*, ECLI:EU:C:2020:935, recital 57, in the meaning of ‘users do not need/are not obliged to pay’, e.g.: ‘no tienen que pagar’; ‘non deve essere versata’; ‘não deve ser paga’; die Vergütung ist ‘vom Nutzer nicht zu zahlen’;

lowes Member States to do so. Nowadays, when phonograms or parts thereof are ever more often integrated into audiovisual works and play an important role for movies, music videos or other audiovisual works, it seems unjustified to protect performers and phonogram producers only when the phonogram is used as such for broadcasting and communication to the public, but not when it is used while being integrated into the audiovisual work; it is still their same performances and recordings that are being used. It would thus seem only fair to provide such protection, and it is highly recommended that national legislators do so – and due to the minimum character of the provision, they may even do so on their own, without the need for harmonization.³⁵

Finally, another option is for the European Union to harmonize this aspect, be it in a separate legal instrument, or together with possible ‘repair measures’ that may be considered necessary as regards certain aspects of the recent CJEU case *RAAP*³⁶—if the EU together with its Member States decide to ratify the Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BTAP)—in context with any harmonization necessary for such ratification.³⁷ In this latter context, the EU should also clarify its position regarding the applicable delineation between performances covered by the WPPT or the BTAP³⁸—in particular so as to avoid negative consequences for performers that might arise through the application of certain rules under the BTAP versus those of the WPPT.

‘niet dient te betalen’; ‘inte är skyldig att betala’; though somewhat misleading in English (‘must not be paid’), French (‘ne doit pas être versée’).

35. One should even consider that, where national courts have interpreted national law to the effect of such extension of protection beyond the minimum requirements of the EU Rental Directive, case law (rather than legislation) should also suffice and be valid.
36. Case 265/19, *RAAP*, ECLI:EU:C:2020:677.
37. While harmonized EU law already covers most of what is required by the BTAP, choices would need to be made, for example as regards questions or reciprocity, or also the AV-performers’ rights of broadcasting and communication to the public established as an exclusive right of performers (Article 11(1) BTAP), although Contracting Parties may also make a notification to the effect that they will replace such exclusive right by a remuneration right.
38. For the fact that these treaties leave a margin of interpretation in respect of this delineation, see above under 4.

Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder

*Ordförande Jukka Liedes, Upphovsrättsliga Föreningen i Finland**

1. Inledning

Den fotografiska bilden är, inom det nordiska upphovsrättsliga systemet, det skyddsobjekt som har fått gå genom de största – även omvälvande – förändringarna i hela systemet.

De nordiska gemensamma övervägandena ledde till att de separata särskilda lagarna om skyddet av fotografiska bilder upphävdes historiskt samtidigt under åren 1993–1995. Skyddet av fotografiska bilder integrerades i Danmark, Norge, Sverige och Finland i sin helhet i upphovsrättslagarna.¹ Till de fotografiska bilder som är fotografiska verk beviljades upphovsrätt. Skyddet av andra bilder, "enkla" eller "vanliga" fotografier flyttades med sina särbestämmelser in i serien av bestämmel-

* F.d. direktör, Kultur- och undervisningsministeriet i Finland, ansvarighet av bl.a. kulturpolitiken, kulturarvet, kulturinstitutioner, allmänna bibliotek och bibliotekspolitik, audiovisuella institutioner, samt upphovsrätten och upphovsrättspolitik.

1. I Island har fotografiska verk fått upphovsrättsligt skydd från 1943. Island slojade sina särskilda bestämmelser om skyddet för fotografiska bilder redan 1972. De reviderade och nya bestämmelserna till den finska upphovsrättslagen (446/1995); upphävandet av den särskilda lagen om skyddet av fotografiska bilder (447/1995).

ser om närstående rättigheter. En tudelning av bilder till upphovsrättsligt skyddade fotografiska verk – och å andra sidan andra skyddade fotografiska bilder – uppstod härmed.

Skyddstidsdirektivet² förstärkte – eller gjorde nästan oundvikligt – detta händelseförlopp, som annars hade fått sin impuls eller inspiration i de interna nordiska reflexionerna, i vart land för sig, samt i de gemensamma överläggningarna.

Ett kvartssekel har förflutit sedan dessa lagändringar. Tiden är inne för att börja en första utvärdering av läget med skyddet av fotografiska bilder. Denna skrivelse är ett anspråkslöst försök till utvärdering av ett par aspekter av dessa skyddsformer, med början i några av de mest uppenbara dragen.

Det finns rikligt med skrivelser och litteratur om skyddet för fotografiska bilder från alla nordiska länder och även från länder utanför Norden. Denna text är ändå skriven med fri hand, liksom ett surrogat av ett yttrande i en muntlig debatt. Jørgen Blomqvist var också en aktör i denna debatt och beredning, så var även skribenten.³

Impulsen till denna text var ett par finska specialfall, opinioner av det finska upphovsrättsrådet som har stannat kvar hos skribenten och börjat besvara tankarna.

I Finland brukar man allmänt ganska sparsamt domstolar i upphovsrättsliga fall, särskilt högre instanser. I stället vänder man ganska frekvent till upphovsrättsrådet som har till uppgift att bistå undervisnings- och kulturministeriet i behandlingen av ärenden som gäller upphovsrätt och att lämna utlåtanden om tillämpningen av upphovsrättslagen.⁴

-
2. Rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter. Direktivet kodifierades senare (2006/116/EG), och ändrades vidare 2011 (2011/77/EU).
 3. Se t.ex. "Billedret", 6. delbetænkning fra utvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. Betænkning Nr 1063, København 1986.
 4. Statsrådet (regeringen) slår fast rådets medlemmar för tre år i taget. Vem som helst kan be om utlåtande av upphovsrättsrådet, t.ex. privatpersoner, företag, samman slutningar, polisen, förvaltningsmyndigheter och domstolar. Utlåtande kan begäras oavsett om personligt intresse föreligger. Utlåtandena har karaktären av rekommendationer. De binder varken den som begärt utlåtandet eller motparten juridiskt. Fr.o.m. mitten av 1980-talet, sakkunnigutlåtandena har omfattat alla de viktigaste tolkningsfrågorna inom upphovsrätten. Rådet har via sin praxis vunnit en

Uppmärksamhet i det följande fokuserar enbart på att par nyckelfrågor angående skyddet av fotografiska bilder ur den nordiska synvinkeln. Den främsta och första frågan är kriterierna för skyddet av fotografiska verk. Frågan om den så kallade verkshöjden är en svår fråga – enligt många skribenter har kraven för det upphovsrättsliga skyddet av de fotografiska bilderna blivit i praktiken för höga, kanske särskilt i Finland. Den andra frågan, vilken vi återkommer till, är frågan om skyddet av de “enkla” eller “vanliga” fotografiska bilderna är för omfångsrikt.

De traditionella, grundläggande kriterierna allmänt för upphovsrätten i Norden, är ju självständigheten och originaliteten (den personliga skapande insatsen) i resultatet av det skapande arbetet.

Kriterierna för det upphovsrättsliga skyddet har harmoniserats i tre direktiv av Europeiska unionen (dåvarande gemenskapen), i direktivet om skyddet för datorprogram, databasdirektivet och direktivet om skyddstiden för upphovsrätten och de närstående rättigheterna.⁵ Unionens domstol har sedermera i sina avgöranden utvidgat tillämpligheten av dessa direktivs kriterier till andra typer av verk. Domstolen har också uttalat att skyddskriterier för alla typer av verk skulle vara desamma. Senare återkommer man till vissa detaljer angående de upphovsrättsliga skyddskriterierna i EU-domstolens beslut.

2. Vägen till nuläget

Konstruktionen av skyddet för fotografiska bilder i särlagar fick sin grundligaste prövning under beredningen av de nya enhetliga upphovsrättslagarna under åren 1960–1961 i fyra kontinental-nordiska länder. Denna 1950-talets prövning återspeglas bäst i det svenska betänkandet SOU 1956:25⁶ som under lång tid blev den viktigaste upphovsrättsliga lagstiftningsmässiga skattkistan i Norden. Auktoritetskommit-

auktoritativ ställning. Parter och andra som begär ett utlåtande har vanligtvis nöjt sig med utlåtanden. Upphovsrättsrådet har under åren undersökt drygt 25 fall som rör sig om skyddet av fotografier.

5. Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version), europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser, och skyddstidsdirektivet, hänvisats till ovan i fotnoten 2.

téns betänkande var kanske det mest framsynta tänkbara omfattande dokument vars många avsnitt fortfarande är giltiga eller valida.

Kommittén (1956) konstaterade först att skyddet för fotografier ofta i utländsk rätt behandlas i särskild ordning. Detta var fallet i övriga nordiska länder samt exempelvis i Italien. Däremot enligt en annan, inom fransk och engelsk rätt företrädd åsikt tillhörde fotografen de bildande konsterna, och fotografierna faller därför under det allmänna konstverksskyddet. I dessa länder sattes skyddskraven för fotografier enligt kommittén i praktiken mycket lågt. Kommittén hänvisade också till den speciella ordningen i Tyskland där i redan dåvarande upphovsrättslagen fotografier uttryckligen jämställdes med konstverk. Brysseltexten av Bernkonventionen (1948) hade lett till förändringar i den österrikiska lagen. Fotografiska verk ("Lichtbildwerke") fick upphovsrättsligt skydd och övriga fotografier fortsatte att vara skyddade enligt de tidigare särskilda bestämmelserna.⁷

Kommittén började sin lägesbedömning med en hänvisning till "den betydande utvecklingen, som under senare årtionden ägt rum inom fotografin". Det "torde numera vara en övervägande mening att det fotografiska förfarandet kan utgöra medel att åstadkomma konstnärliga resultat". "Ur teoretisk synpunkt vore det utan tvivel riktigast att bereda skydd åt de fotografier, vilka framstå såsom i rättslig mening konstnärliga alster, på det sättet att de allmänna bestämmelserna om upphovsmannarätt erhöles tillämpning på dessa; de skulle behandlas som 'fotografiska verk'."

Därefter påminde kommittén om att man vid sidan av de konstnärliga fotografierna har andra grupper av fotografier, "som likaledes påkalla skydd, ehuru delvis under andra förutsättningar". Till sådana bilder hör exempelvis pressfoto och annat reportagefoto, reklam- och annat kommersiellt foto, passfoto och annan enklare porträttfotografering. "Det gäller här ett fotografiskt arbete som, även om det är skickligt och kunnigt, icke fyller och ej heller gör anspråk på att uppfylla konstnärliga krav".⁸

6. SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av auktorrättskommittén.

7. SOU 1956:25, s. 169-171.

8. Flera citat i den föregående texten, SOU 1925:25, s. 171.

Att lägga dessa typer av enklare fotografier under upphovsrätten kunde inte enligt kommitténs mening komma i fråga, "detta skulle spränga ramen för det uphovsmannarättsliga begreppet 'verk'." Det var, enligt kommittén, teoretiskt riktigast att ge upphovsrätt åt de konstnärliga fotografierna, med vissa modifikationer, och att skydda övriga fotografier i enlighet med olika stadgar, "allt efter fotografiets art i det särskilda fallet". Den främsta olägenheten med en sådan uppdelning av rättskyddet på olika samlingar av regler skulle enligt kommittén bestå framför allt i de gränsdragningsproblem som skulle uppkomma.

Efter en ganska utförlig behandling av olika skyddskonstruktioners aspekter kom kommittén till vissa avgörande vändningar i sina tankar. I en enhetlig fotografilagstiftning kan man genomföra regler av en sådan beskaffenhet, att de tillgodoser även det skyddsbehov som kan anses föreligga för den mer kvalificerade gruppen fotografier. En sådan lösning medför visserligen att reglerna för den stora massan mindre kvalificerade fotografier går längre än vad kan anses strängt behövligt, "men någon påtaglig olägenhet torde icke behöva följa därmed".⁹

Dessa överväganden i Sverige, och samma eller motsvarande bedömningar i Danmark, Norge och Finland, ledde till att den konstruktion som man hade ärvt från mellankrigstiden medan en särskild – nu reviderad lag – bibehölls i lagstiftningen från åren 1960–1961. Lagstiftarna följde dessa bedömningar.

Nästa stora prövning av konstruktionen för skydd av fotografiska bilder följde först drygt trettio år senare.

Åren 1986–1987 började en ny nordisk revisionsrunda av upphovsrättslagstiftningen. Nationella kommittéer tillsattes för beredningen. Ordförandena och sekreterarna i kommittéerna formade en nordisk arbetsgrupp och arbetets tidtabell och valet av ämnen för revisionen blev koordinerade. Alla kommittéer aktiverades och övervägde även behovet av att revidera skyddet för fotografiska bilder.¹⁰

9. Texten ovan följer och citerar SOU 1956:25, s. 172-173.

10. Danmark, "Billedret", 6. delbetänkning fra utvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. Betänkning Nr 1063, København 1986. Finland, Kommittébetänkande 1987:7. Upphovsrättskommitténs III delbetänkande. De utövande konstnärernas och fonogramproducenternas samt radio- och televisionsföretagens rättigheter; rätten till fotografi; upphovsrätten i arbets- och tjänsteförhållanden. Norge,

I Finland framskred revideringen av skyddet för fotografiska bilder i två steg. Kommittén undersökte olika alternativ, från en full integrering av skyddet i upphovsrättslagen till ett närmande av fotografilagarnas innehåll till upphovsrätten. Den finska kommittén genomgick samma omfattande process som Auktorrättskommittén i Sverige för mera än trettio år tidigare.

Kommittén konstaterade, att det teoretiskt mest riktiga skulle vara att ge fotografier som uppnår verkshöjd ett sådant skydd som stadgas i upphovsrättslagen. "För ett upphovsrättsligt skydd talar det faktum, att fotografering är en metod för skapande arbete lika väl som vilken som helst annan teknik. Fotografiet är alltid på sätt eller annat en bearbetad återgivning av verkligheten. För att ge uttryck för den individuella skapande insatsen i den bearbetning som sker genom fotograferingen finns många olika medel, faktorer och valmöjligheter. Sådana är bland annat valet av tidpunkt och motiv, beskärningen, belysningen, djupskärpan och nyttjandet av färgtoner. Många olika slag av teknik står till buds mellan vilka det gäller att välja, alltifrån valet av film till annat underlag för upptagningen."

"En överföring av skyddet av fotografier till upphovsrättslagen har motiverats även med det att endast en ytters ringa bråkdel av fotografierna i realiteten har något skyddsbehov. Dessa är just de bilder som kunde anses som verk, samt av övriga bilder en ringa del." "Den absolut övervägande andelen av de i världen framställda övriga fotografierna är sådana i olika tekniska processer, vid bevakning samt i amatörernas egen och annan motsvarande verksamhet tillkomna bilder, beträffande vilka ett skyddsbehov ytterst sällan aktualiseras."

Den finska kommittén (1987:7) hänvisar sedan till Auktorrättskommitténs värdering om andra skyddsvärda fotografier som tidnings- och reportagebilder och reklambilder och andra kommersiella bilder samt passfoton och andra enklare porträtt. Auktorrättskommittén hade funnit att det inte kunde komma i fråga att ge dessa upphovsrättsligt skydd. Detta hade lett till tanken om en separat fotografilag. Därefter

NOU 1987:16. Fotografiretten. Delinnstilling IV fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolution 31. januar 1977. Sverige, SOU 1990:30. Översyn av upphovsrättslagstiftningen, fotografirättens integration, 2 kap. av upphovsrättslagen, särskilda frågor om konstverk. Slutbetänkande av upphovsrättsutredningen 1990.

kom den finska kommittén till en ny kritisk bedömning. "Den svenska kommitténs motivering, som över tid vann ett brett godkännande, är inte mer träffande. I alla de nämnda kategorierna av bilder ingår även sådana bilder, vilka allmänt erkänns vara resultat av ett skapande arbete. I många fall är dessa bilder även konstnärliga."

Med hänvisning till lagstiftningens tydlighet och det faktum att man med en gemensam reglering för alla fotografier undviker de gränsdragningsproblem som i praktiken skulle uppstå, kom kommittén ändå fram till förslaget att behålla den separata fotografilagen. Ett ytterligare skäl för denna konklusion var också det faktum att det vid beviljandet av en upphovsrätt för fotografier som uppnår verkshöjd skulle uppstå nya tolkningsproblem. "Man kan inte i lagen så noggrant definiera när ett fotografi är att betrakta som ett verk [...]".¹¹

Inom några få år inriktades lagstiftningsprocessen ändå linjen att hela skyddet av fotografier skulle integreras i upphovsrättslagen och de separata lagarna upphävas. Flertalet av de danska och norska kommittéerna samt den svenska kommittén hade redan föreslagit detta, eller förändringar i denna riktning.

Innan detta steg väntade de nordiska länderna tills konklusionen i förhandlingarna kring skyddstidsdirektivet (93/98/EEG) var tillräckligt färdigställda. Den slutliga impulsen till integreringen gav sedan förhandlingsresultatet gällande detta direktiv. Enligt artikel 6 ska fotografier som är originella på ett sådant sätt att de är upphovsmannens egen intellektuella skapelse skyddas av upphovsrätten ("enligt artikel 1"). Enligt en explicit bestämmelse ska inga andra bedömningsgrunder tillämpas för rätten till skydd. Samma sak har uttryckts litet noggrannare i beaktandesatsen 16:

"Skyddet av fotografier i medlemsstaterna regleras av olika förordningar. Ett fotografiskt verk skall enligt Bernkonventionen anses som originellt om det rör sig om upphovsmannens egna intellektuella skapelse och avspeglar hans personlighet, utan hänsyn tagen till andra bedömningsgrunder såsom värde eller syfte. Skyddet av andra typer av fotografier bör överlätas till nationell lagstiftning."

11. Citatet ovan, kommittébetänkande 1987:7, 99-104.

Fotografiska verk blev i Finland innefattade i förteckningen i lagens 1 § – förteckningen över möjliga verkstyper – genom att ersätta lagens ordalydelse “alster [...] av bildkonst” med uttrycket “fotografiskt verk eller något annat bildkonstverk”. Ordalydelsen av motsvarande bestämmelse i den svenska lagen blev “fotografiskt verk eller något annat bildkonstalster”. Slutresultatet var naturligtvis detsamma: fotografiska verk assimilerades med bildkonstverk. Däremot lades i både den danska och norska lagen skyddet av fotografiska verk till förteckningen som en självständig kategori “fotografisk værk” eller “fotografiske verk”. Detta kan betyda en möjlig betydelsefull skillnad i lagarna till vilken man återkommer senare.

I den finska regeringspropositionen av år 1994 (implementeringen av bland annat skyddstidsdirektivet)¹² konstaterade man först, liksom en truism, att “för att ett fotografi skall åtnjuta skydd i egenskap av ett verk, måste den uppnå verkshöjd”. Med detta avses att fotografiet ska vara det originella resultatet av upphovsmannens/-kvinnans skapande arbete. Meningen är att när verkshöjden bedöms ska samma principer följas som vid bedömningen av andra kategorier av verk.

I propositionen konstaterades: “Fotografiska verk baserar sig på visuella uttryck liksom alster av bildkonst. Fotografiska verk skiljer sig från andra verk genom den teknik som används, fotografering. Avsikten är att lagen i detta hänseende inte ändras”. Som ett fotografiskt verk anses även verk som uttrycks på sätt som är jämförbara med fotografering.

Skyddet av andra fotografiska bilder än fotografiska verk flyttades in i upphovsrättslagen så att man i skyddet för fotografier endast gjorde de nödvändiga förändringar som överföringen till upphovsrättslagen krävde.

I propositionen karakteriserades förhållandet mellan fotografiska verk och övriga fotografier. “Enorma mängder fotografier tas dagligen både av professionella och amatörer. En del av bilderna uppnår inte verkshöjden. Problemen med gränsdragningar mellan fotografiska verk och andra fotografier minskas av att det under den tid som skyddstiden löper enligt 49 a § i skyddet inte finns några andra väsentliga skillnader än att den tidigare nämnda spridningsrätten saknas för andra bilder än

12. Citat i denna presentation, 1994 rd-RP 287.

för fotografiska verk. Frågan om att skilja mellan fotografiska verk och övriga fotografier blir relativt sällan aktuell eftersom behovet av att framställa och visa exemplar av fotografier koncentrerar sig på fotografier som är yngre än 50 år. Att skilja mellan äldre fotografiska verk än skyddstiden enligt 49 a § och friblivna övriga fotografier avviker inte från den gränsdragning enligt gällande lag som uppkommer på grund av att det internationella skyddet för fotografier som åtnjuter skydd enligt gällande fotografilag begränsas till sådana fotografier som enligt Bernkonventionen är fotografiska verk.” Finland omfattade senare (2005) i denna skyddsform även, i stället för visningsrätten, rätten angående tillgängliggörande till allmänheten. Denna skillnad jämfört med andra nordiska lagar försvann alltså.

Resultatet av denna andra tämligen djupa revidering av konstruktionen av skyddet för fotografiska bilder blev en väl harmonierande nordisk lagstiftning. En enhetlig nordisk lagstiftning har sina fördelar till exempel i det europeiska samarbetet. Den ger en viss styrka åt den nordiska modellen. Nu har man i en och samma lag två skyddsformer för mycket närstående kategorier av skyddsobjekt. Detta betyder att man har omfattat också de gränsdragningsproblem som var väl identifierade redan på 1950-talet och tidigare.

Denna ändring ledde i Norden till en ökad tydlighet angående det internationella skyddet för fotografiska verk. Däremot finns det inget system för det internationella skyddet av övriga fotografiska bilder. En tydlig aspekt blev tillämpligheten av det nordiska skyddet på övriga fotografier. De nordiska länderna valde själva fotografens nationalitet som ett avgörande kriterium för tillämpligheten av de nationella lagarna. Detta ledde till att de nordiska länderna ska ge skydd även åt sådana enkla fotografier som är framställda av medborgare av andra länder som hör till det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).¹³

I Finland var motivskrivningen för denna stora reform tämligen sparsam. I propositionen förklarade man inga detaljer när det till exempel gäller kriterierna för hur en fotografisk bild uppnår verkshöjd. Kommittén (1987:7) hade i ett tidigare sammanhang gjort ett första försök till en lista över möjliga kriterier. Bedömningen av kriterierna läm-

13. Det sagda är en följd av Phil Collins-fallet (Collins and others, judgment of the court 20 October 1993, in Joined Cases C-92/92 and C-326/92).

nades i praktiken åt enstaka fall. Detsamma gäller syn och synsätt angående tidnings- och reportagefotografier samt vissa andra kategorier av bilder, i vilka den finska kommittén hade kommit till andra tankar än Auktoritetskommittén. Synen på pressfoto och annat reportagefoto m.m. hade alltså ändrats. Men på vilket sätt? Många bilder i dessa kategorier ansågs nu "allmänt" vara resultat av ett skapande arbete.

3. Utvärdering av nuläget – två exempel från Finland

De ovan beskrivna förändringarna i mitten av 1990-talet ledde till en ny dikotomi eller problematik.

Tidigare hade alla fotografiska bilder ett smalare och lägre skydd än upphovsrätten – detta var överflödigt för de flesta enkla bilder – men oskäligt lågt för de fotografiska verken. Härmed fanns det inga gränsdragningsproblem mellan bildkategorierna. Detta var ett ganska enkelt och logiskt system.

Fr.o.m. den beskrivna förändringen hade man en ny situation. Alla fotografiska bilder är fortfarande skyddade, men med den enormt ökade digitala fotograferingen är skyddet för enkla bilder ännu mer överflödigt. Upphovsrättsligt skyddade fotografiska verk åtnjuter nu (i alla fall i princip) det som dessa bilder förtjänar, en full upphovsrätt. Skyddet för både fotografiska verk och enkla bilder har praktiskt taget samma omfattning, med det viktigaste undantaget, skyddstiden. Det finns få gränsdragningsproblem innan 50 år har förflutit sedan bildens framställningsår. Gränsdragningsproblem uppstår i två fall: när det blir aktuellt att bedöma om bilden skall få internationellt skydd, och när skyddet för enkla bilder löper ut; endast upphovsrätten fortsätter att gälla.

Gränsdragningsproblemet och problemen förknippade med bedömningen av verkshöjden belyses i det följande av två utlåtanden från upphovsrättsrådet.

3.1. Paavo Nurmi tänder olympiska elden

I fallet UR 2003:6 föreställer den fotografiska bilden som var föremål för ansökan ett tillfälle under de olympiska spelen 1952 i Helsingfors då Paavo Nurmi¹⁴ tände den olympiska elden. Sökanden var veterligen den enda fotograf som lyckades att fånga detta tillfälle på film.¹⁵ Sökanden bad om upphovsrättsrådets utlåtande ifall bilden kunde anses att vara ett upphovsrättsligt verk enligt upphovsrättslagens 1 §.¹⁶ Rådet beskrev fallet:

“Enligt sökanden är fotografiet självständigt och originellt. Fotografiet är ett originellt verk av upphovsmannens skapande arbete, och tagandet av bilden i fråga har inte varit en mekanisk prestation. Fotografen har bland annat valt fotograferingsobjektet och beskärningen. Tagningen av bilden har förutsatt placering på ett bra ställe i förhållande både till den som tänder elden och till ljuset, och rättidig exponering. Fotografiets uttrycksform är, granskad som en helhet, sådan att ingen annan fotograf självständigt engagerad i sysslan hade kommit fram till ett helt identiskt resultat. Bildens originalitet visar för sin del också det att ingen annan fotograf på stället (det fanns naturligtvis flera) enligt sökanden lyckades att fotografera tillfället ifråga, således är fotografiet av situationen som tagits av sökanden unikt.”

-
14. Paavo Nurmi var en finsk idrottsman, en legendarisk löpare och nationalhjälte, som tog del i olympiaderna 1920, 1924 och 1928 och vann vid dessa nio guldmedaljer och tre silvermedaljer. Han gjorde under löparkarriären 20 personliga världsrekord.
 15. Fotografen var finsk pressfotograf Rashid Nasretidin.
 16. I fallet var också fråga om bruket av fotografiet utan tillstånd på ett bearbetat sätt som ansökanden ansåg kränkande. Denna fråga är ändå utan betydelse för denna granskning.



Källa: Wikipedia.

Rådet bad om svaromål i saken från två kommersiella aktörer, ett kommersiellt bildarkiv och ett förlag som gav ut bland annat 40 tidskrifter. Särskilt bildarkivet (Lehtikuva Oy) gav ett tämligen utförligt svaromål som byggde upp argument mot det upphovsrättsliga skyddet. Bildarkivet skrev. bl.a.:

“Den i ansökan avsedda bilden är ett fotografi av ett historiskt betydande tillfälle. Den är ändå inte originell och självständig eftersom den vederligen är det enda fotografiet av det tillfälle då Paavo Nurmi tänder den olympiska elden. Om andra fotografer hade ägnat sig åt att ta motsvarande fotografier, hade bilderna antagligen varit likadana eller åtminstone mycket likartade med denna bild: samma belysning, samma bakgrunder osv. Situationen och bildens motiv har varit givna, sökanden har inte kunnat påverka på dem.”

Bildarkivet fortsatte:

“Bilden är ett fotografi av en dagshändelse, en nyhetsbild av en given situation, inget verk som ger uttryck av konstnärlighet och fotografens egen insats. Sökanden har inte själv planerat bildens motiv och har såle-

des inte kunnat påverka på bildens innehåll. Sökanden har inte kunnat påverka tidpunkten för tändningen av elden. Följaktligen har han inte heller kunnat påverka ljuset eller skuggorna som finns i bilden, de är tvärtom givna. Sökanden har inte heller kunnat påverka på riktningen från vilken Nurmi tänder elden, inte heller åt vilken riktning vinden vänder lågorna. Sökanden har inte kunnat påverka Nurmis kläder och inte heller bildens bakgrund. Bildvinkeln vid tändningen av elden är inte originell eller personlig. Bildens form och beskärning är sådan att de inte ger uttryck för sökandens personlighet.”

Upphovsrättsrådet uttalar sig om vissa allmänna aspekter om skyddet av fotografier och upphovsrätten för fotografiska verk. Rättigheterna skyddar fotografiet som sådant men inte fotografiets motiv, idé eller ämne. Vem som helst får därför ta ett fotografi av samma motiv och till exempel från samma bildvinkel och i samma belysning som en annan fotograf.

I sina konklusioner konstaterar rådet:

“[...] för att vara ett skyddat verk enligt upphovsrättslagens 1 §, ska verket uppnå den s.k. verkshöjden. Detta betyder att fotografiet ska vara resultat av upphovsmannens intellektuella skapande. När man bedömer om verket uppnår verkshöjd granskas fotografiets uttrycksform och visuella uttryck i sin helhet. Man har ansett att verkshöjden när det gäller fotografiska bilder ställer sig på en tämligen hög nivå.”

Rådets “domslut” lyder:

“Upphovsrättsrådet anser att fotografiet, som föreställer Paavo Nurmi som tänder olympiska elden, oberoende av sin historiska betydelse är ett sedvanligt fotografi som berättar om en aktuell händelse. Fotografiet ger inte särskilt uttryck för den originella och personliga insatsen av personen som har tagit fotografiet, och det kan således inte anses vara ett fotografiskt verk enligt upphovsrättslagens 1 §. Fotografiet i fråga förblir således utanför den upphovsrätt som avses i upphovsrättslagens 1 §.”

Om allt är i ordning när det gäller skyddet av fotografiska bilder analyseras kort efter att det andra fallet från det finska upphovsrättsrådet har presenterats.

3.2. Notkrisen – president Kekkonen med sällskap

Även i detta fall, UR 2013:3, har sökanden har ansökt om ett utlåtande från upphovsrättsrådet angående ett fotografis verkshöjd. Bilden var tagen av Kalle Kultala¹⁷ och den föreställde Finlands president Urho Kekkonen i sällskap av utrikesministern Ahti Karjalainen, Finlands ambassadör i USA Rafael Seppälä, samt Max Jacobson från utrikesministeriet. De tysta herrarna studerar på bilden en not från Sovjetunionen, på ön Maui på Hawaii med lei-blomsterkransar behängda runt halsen.¹⁸

Den här gången hade sökanden ett intresse av att undvika att fotografiet skulle anses vara ett upphovsrättsligt verk. Enligt sökandens uppfattning var det fråga om ett fotografi och inte om ett fotografiskt verk, därför att fotografen knappast haft möjlighet att placera de av notkrisen tystnade statsmännen eller heller på annat sätt kunnat påverka på bildens innehåll. Resultatet skulle ha varit väsentligen detsamma, om bilden hade tagits av någon annan pressfotograf. Enligt sökanden är det frågan om en bild med samma egenskaper som den bild vilken upphovsrättsrådet behandlade i sitt utlåtande UR 2003:6 (Paavo Nurmi).

Ansökanden konstaterade att notkrisen ägde rum för femtio år sedan. Enligt ansökanden löper fotografiets skyddstid ut 1.1.2012, om det är inte fråga om ett fotografiskt verk. I annat fall skulle skyddstiden enligt ansökanden löpa ut 1.1.2061. Om det är fråga om en bild som ligger under verkshöjd, kan bilden brukas till exempel som illustration i artikeln om notkrisen på Wikipedia.

17. Kalle Kultala var en av de mest framstående pressfotografer i Finland.

18. Vid tidpunkten var Kekkonen på ett statsbesök i USA. Notkrisen var en kris i relationerna mellan Finland och Sovjetunionen som inträffade senhösten 1961. Sovjetregeringen sände 30.10.1961 Finland en diplomatisk not, där man hänvisade till det militära hotet från det upprustade Västtyskland och dess allierade, och föreslog militära konsultationer utgående från 1948 års vänskaps- och biståndspakt. Detta utspel väckte allmän förstämning i Finland och en känsla av oro, som i viss mån avspeglade sig också utomlands.



Källa: Lehtikuva – STT (Finska Notisbyrån Ab).

I detta fall är hela utlåtandets motivskrivning mycket utförlig. Rådet hade bett om svaromål eller utlåtanden från STT-Lehtikuva-bildarkivet, Finlands Fotografiska Museum och från Fotoorganisationers centralförbund Finnfoto rf. Utlåtandet från den sistnämnda organisationen var en fullständig analys – nästan en lärobok – om möjliga skyddskriterier för fotografiska verk, tillämpade på det aktuella fallet.

Rådet hänvisade i sitt utlåtande också till EU-domstolens fall, bland annat Infopaq C-5/8 och Painer C-145/10,¹⁹ och konstaterade att upphovsmannen enligt unionens domstol kan göra fria val på många olika sätt och i många skeden av förverkligandet av bilden. I beredningsskedet kan upphovsmannen välja iscensättningen, den fotograferade personens ställning samt belysningen. I samband med tagandet av ett personporträtt kan fotografen välja beskärningen, bildvinkeln och den önskade stämningen. I samband med framställningen av råkopian kan

19. Painer-fallet C-145/10 bekräftar att verkskriterierna i datorprogramsdirektivet kan tillämpas till också andra verkstyper än datorprogram. Detta är inte väsentligt för denna presentation men annars nyttigt. Domstolen ger också en kort förteckning av möjliga kriterier för upphovsrättsligt skydd av fotografier. Det är de nationella domstolars sak att bestämma om ett verk uppfyller dessa krav.

upphovsmannen bland olika framkallningsmetoder välja den som han/hon vill använda, eller använda ett datorprogram.

I behandlingsdelen i sin text noterar rådet att det ur upphovsrättslagen eller dess förarbeten inte framkommer några klara grunder för på vilken nivå verkströskeln (verkshöjden) för fotografier skulle fastställas. Enligt regeringspropositionen 287/1994 tillämpar man på de fotografiska verken samma bestämmelser som på bildkonstverk. Definieringen av verkshöjden har lämnats åt rättspraxis. I rättslitteraturen har några skribenter konstaterat att verkshöjden för de fotografiska verken är densamma som för bildkonstverk.²⁰ Andra har ansett att det i praktiken är grundat att ställa verkshöjden för fotografier tämligen högt, och att som verk bara anse fotografier vara som tydligt ger uttryck för sina upphovsmäns kreativitet och som är självständiga och originella.²¹

Rådet fortsätter sin motivskrivning med en lista över möjliga kriterier för att uppnå verkshöjd:

“För att bedöma om verket uppnår verkshöjd ska man ta hänsyn till å ena sidan det resultat som uppenbarar sig som ett fotografi, och å andra sidan de val av fotografen gjort som har påverkat resultatet. När man bedömer ett fotografis verkshöjd ska man granska fotografiet som en helhet som består av sina element. Fotografen kan göra val som påverkar resultatet innan tagandet av fotografiet, bland annat genom att förstå fotografitillfällets specialdrag, i att sammanställa motivet för fotograferingen, i att välja beskäringen av bilden, kontrasten, skärpedjupet, bildvinkeln, belysningen eller tilläggsbelysningen av motivet. Fotografen kan även behandla bilden efter att ha tagit den.”

Före sina konklusioner, sitt “domslut”, gör rådet först klart att ett fotografi kan uppnå verkshöjd och få skydd som ett verk om fotografiet ger uttryck för sin fotografis originella val. “Som ett av bedömningskriterierna kan brukas ett antagande, att ingen annan skulle ha kommit till ett likadant resultat efter att ha fått uppdrag att fotografera samma motiv. Ett fotografi ska på detta sätt vara det självständiga och originella

20. Rådet hänvisar till bl.a. Rainer Oesch, “Det reformerade upphovsrättsliga skyddet av fotografier”, *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd* 4/1996, s. 396; och Per Jonas Nordell, “Rätten till det visuella”, 1997, s. 103–116.

21. Rådet hänvisar till Harenko mm. “Tekijänoikeus – kommentaari ja käsikirja”, 2006, s. 429.

resultat av sin fotografers intellektuella skapande arbete. Verkhöjden uppnås inte om resultatet av fotografen enbart grundas i fotografens yrkesskicklighet och skickliga tillämpning av fotografringsläror.”

Rådet hade granskat en skannad version i hög kvalitet av bilden. Rådets konklusion lydde:

“Upphovsrättsrådet anser att fotografiet ger intrycket av en dramatisk stämning som fotografen har byggt upp med kreativa val, till exempel i användningen av ljuset, exponeringen, skärpedjupet samt i sammansättningen av bilden och beskärningen. Efter sin helhetsbedömning anser upphovsrättsrådet att fotografiet är ett upphovsrättsligt verk, som avses i upphovsrättslagens 1 §. Upphovsrättsrådet anser att uppnåendet av verkshöjd ändå är ett gränsfall [...]”.

Således har man två motsatta positioner om likadana fall. Hur jämförbara är fallen?

3.3. Är allt på sin plats i skyddet för fotografiska bilder?

Denna fråga är den centrala frågan i denna lilla skrivelse. Frågan är om gränsdragningsproblemen mellan upphovsrättsligt skyddade fotografiska verk och övriga fotografier, och svårigheterna i bedömningen av verkshöjden hos fotografier som visar en högre eller lägre nivå av självständighet, originalitet och skapande insats av fotografen. De två beskrivna fallen som har ställts till rådet belyser problemets eller problemlagens natur.

Det finska upphovsrättsrådet konstaterade i det första fallet – som ett faktum – att verkshöjden har ansetts att ställas tämligen högt i fråga om fotografier. I det andra fallet uttalar rådet sig inte om verkshöjden men diskuterar ämnet, och hänvisar till förarbeten och till litteraturen.

Är det självklart att Notkrisen-bilden ska anses vara ett verk? Finnfotos strålande utlåtande har kunnat påverka rådets bedömning i Notkris-fallet. Rådets olika hänvisningar till verkshöjden i dessa två fall kan också ha ett betydelsebärande värde som det eventuellt kan tas hänsyn till vid tolkningen av Notkris-beslutet. Metodiskt olika hänvisningar till verkshöjd kan stärka en förmodan att EU-rätten (särskilt i Painer-fallet) kan ha påverkat rådets bedömning, och lett till en sänkning av verkströskeln för det fotografiska verket. Om så var fallet så var

detta rådets första steg i denna riktning. Det finns anledning att vänta på rådets lösningar i ytterligare fall.

Rådet uttryckte när det gäller sitt beslut om Notkrisen en viss tvekan i sin förklaring att det var ett gränsfall att bilden uppnådde verks-höjd. Rådet förklarade inte själv varför var saken ett gränsfall.

Är det självklart att Paavo Nurmi-bilden inte ska anses vara ett foto-grafiskt verk? Ingen motsvarande bedömning har gjorts om Paavo Nurmi-bilden, jämfört till Notkris-bilden. En noggrann bedömning och analys av både rådet och referensgrupperna om Nurmi-bilden kunde ha lett eller kunde leda till en annan värdering av bildens position i ljuset av upphovsrätten.

Är Paavo Nurmi-fallet ett justitiemord? Detta är naturligtvis ett grovt uttryck efter det just sagda: det bör ytterligare beaktas att rådets utlåtanden naturligtvis inte är bindande – men vanligtvis tas rådets konklusioner som ett faktum och de följs oftast i praktiken, om inte alltid. Det finns inget hinder för att någon part skulle be om en ny be-dömning av rådet om denna bild på nya grunder. En fotografisk bild behöver – för att vara ett upphovsrättsligt verk – inte vara konstnärlig, inte heller behövs det att fotografen anordnar eller manipulerar foto-graferingsobjektet.

Nurmi -bilden föreställer också en dramatisk, magisk och förtrollan-de stund. Nurmi var en levande legend och han löpte den sista etappen för att tända olympiska elden. Elden hade just förts till platsen av 3 000 löpare genom hela Europa. Det finns ett filmfragment i vilket foto-grafen springer till sin fotograferingsplats (i bilden finns också ett par andra som söker sig till sina utvalda platser). Det är tydligt att fotogra-fen hade planerat platsen noggrant, när åskådarna väntade på Nurmi's ankomst. Han ställde sig på en väl planerad plats, som tog hänsyn till den väg som Nurmi löpte på platsen och ljusförhållanden. Det fanns inte nödvändigtvis något som helst slumpmässigt i hans professionella mått och steg; det främsta medlet för skapandet i detta fall var tiden.

Nurmi-bilden är monumental och det finns mycket mindre eller fär-re element att uppnå uttryckskraft för bilden än i Notkrisen-bilden. I många fall – också i det kreativa arbetet – "less is more". I Notkris-bil-den finns det fler element i kompositionen av bilden. Dessa betyder också, i tillägg till särskilt valet av beskärningen och användningen av

ljuset, att det fanns kraftiga medel för att bringa fram ett kreativt uttryck.

I Nurmi-bildfallet betonar särskilt bildarkivet (Lehtikuva) att fotografen inte hade arrangerat motivet, inte heller haft möjligheten att påverka det mesta i själva sammanställningen av bilden. I detta hänseende var bägge fotograferna i liknande situationer. Fotografen av Notkrisen-bilden kunde inte ha föreslagit något som helst för de personer, statsmän, som var fotograferingsobjektet.

Det är inte nödvändigt att en fotograf arrangerar, organiserar eller bearbetar fotograferingsobjektet i det fotografiska verket.

Det finska upphovsrättsrådet upprepar i flera av sina utlåtanden att ett kriterium i bedömningen av verkshöjden är att ingen annan person skulle ha kommit till ett likadant resultat, detta gällde även i Notkrisfallet. Detta kriterium väcker misstanke. Det är nästan strängare än den i upphovsrättens historia framförda tanken om det statistiskt unika ("Statische Einmaligkeit") som aldrig har blivit en gällande princip och nästan sjunkit i glömska. Skapande som liknar tidigare skapande kan förekomma. Detta har bekräftats i uttalandet också i regeringspropositionen som refererats ovan.

I den beskrivna konstruktionen av skyddet för fotografiska bilder – både när det gäller fotografiska verk och övriga fotografier – finns moment av rättsosäkerhet på den grund att kriterierna för det upphovsrättsliga skyddet – kravet på originalitet – är svåra att tolka och tillämpa.

Den andra sidan av myntet är att området gällande skydd av övriga fotografier än fotografiska verk numera enormt mycket bredare än man tidigare och för årtionden sedan någonsin kunde föreställa sig.

4. Hur kunde skyddet utvecklas?

Sedan den andra stora prövningen av konstruktionen av skyddet för fotografiska bilder i Norden har ett kvartssekel förflutit. På grund av denna tid kunde man tänka sig att några slutledningar kunde dras. Dessa tankar är helt grundade på erfarenheter i Finland – men det kan finnas likheter till dessa också i de andra nordiska länderna.

Man kunde tänka sig att åtminstone i Finland ändra lagen så att skyddet av fotografiska verk skulle separeras från skyddet av bildkons-

talster, såsom i Danmark och Norge. Detta skulle göra det möjligt att skriva tillräckligt omfattande grunder gällande bedömningen av verkshöjden hos fotografiska verk i en detaljmotivering av ändringen. Värdet av uttalanden i en regeringsproposition har i praktiken ett högt värde för tillämpningen. Denna ändring kunde även ta hänsyn till det faktum att en fotografisk bild inte nödvändigtvis behöver vara konstnärlig för att kunna anses vara ett fotografiskt verk. Detta är sant till exempel i fråga om pressbilder och andra dokumenterande bilder.

Verkshöjden kunde definieras något lägre än hittills, i varje fall för tillämpningen av den finska lagen. I några andra nordiska länder torde det redan i vissa fall i praktiken gälla till exempel en tumregel, en presumption, att fotografier som har tagits av professionella fotografer anses vara fotografiska verk. Denna förmodan torde gälla kriterierna för det upphovsrättsliga skyddet, ljussättningen, kompositionen, och andra kreativa insatser i bilden.

Den andra stora frågan är att enorma mängder fotografier numera ingår i skyddet av övriga fotografier, som inte kan anses vara verk. Exempel på dessa är röntgenbilder, satellitbilder, övervakningsbilder och dylika. Även bilder som uppstår i olika tekniska och ofta automatiska processer är skyddade, inklusive väldiga mängder av andra bilder där inget behov av rättsligt skydd (nära upphovsrätten) kan uppstå.

Det finns inga goda rättspolitiska skäl för ett så omfattande skydd. När fotograferingen med automatiska fotograferingssystem och fotoapparater i mobiltelefoner har blivit enorma fenomen kan man fråga: vilket är mera problematiskt – ett helt överflödigt skydd – eller bortskaffandet av ett skydd, som nu finns, men för vilket man praktiskt taget inte har något behov.

Kan det av detta uppstå fall som är problematiska i ljuset av grundlagen? Avlägsnandet av de obehövliga delarna eller områden av skyddet betyder slopande av förvärvade rättigheter, och det kan också finnas avtalspraxis utvecklad på dessa. En förmildrande aspekt kunde i argumenteringen vara att denna skyddsform redan i grund och botten har saknat hållbara rättsliga och rättspolitiska grunder.

Dessa problem kunde eventuellt förminska genom att i lagstiftningens utsluta ur upphovsrättslagens skydd de bilder som uppstår i olika automatiska eller i autonoma processer, och i olika installerade system m.m.

Detta kunde kompletteras med att även föreskriva att också den som framställer ett fotografi som inte är ett fotografiskt verk ska vara en riktig person.

Ovan beskrivna lagstiftningsmässiga steg skulle, för det första, förstärka det upphovsrättsliga skyddet av fotografiska verk, och göra det mer konsekvent. För det andra skulle de från skyddsområdet avlägsna stora delar av skyddet för de "vanliga" eller "enkla" bilderna som är i dag helt omotiverade.

Det långvariga nordiska samarbetet på upphovsrättens område mellan regeringarna och de professionella kretsarna har inte brutits. Ovan beskrivna frågor kunde bli goda föremål för samnordiska diskussioner.

Anne Black-sagen

Professor, ph.d. Bent Ole Gram Mortensen, Syddansk Universitet

Jørgen Blomqvist er svær at overse, også i hans faglige kapacitet. Gennem et langt arbejdsliv i ophavsrettens tjeneste – indenlands som udenlands – har Jørgen ved flid og duelighed formået at gøre en betydelig forskel. Det har været en stor glæde at kunne møde Jørgen i såvel fornøjelig som i faglig sammenhæng.

Et af de områder, som Jørgen i egenskab af konsulent for Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt arbejde (UBVA) har været inde over, er beskyttelsen af brugskunst,¹ eller kunsthåndværk om man vil. Og det var netop i min egenskab af medlem af UBVA, at jeg første gang mødte Jørgen for efterhånden en del år siden.

En af de brugskunstsager, som UBVA har været inde over – den såkaldte Anne Black-sag – er emnet for dette bidrag. Anne Black er kunsthåndværker og keramiker. Og slige aktiviteter medfører ophavsrettigheder og dermed mulighed for krænkelse af samme.

Endvidere kan der let blive tale om krænkelse af den såkaldte efterlignelsesbeskyttelse i markedsføringsloven (produktefterligninger).

Anne Black-sagen behandles ift. såvel det ophavsretlige som det markedsføringsretlige nedenfor. Opgørelse af vederlag og erstatning behandles dog ikke.

1. Brugskunst anvendes som begreb i bl.a. ophavsretsloven. Begrebet omfatter også kunsthåndværk.

1. Anne Black-sagen

Den 11. juni 2020 afsagde Østre Landsret dom i en sag mellem Salling Group A/S og Anne Black ApS. Begge parter havde biintervenienter. For Salling Group A/S var det Dansk Erhverv og for Anne Black ApS Akademikerne, ved UBVA og Forbundet af Arkitekter og Designere (FAOD).

Sagen omhandlede keramisk brugskunst og en mulig efterlignelse heraf.

1.1. Sagens indhold

Virksomheden Anne Black ApS er stiftet af bl.a. Anne Black og producerer håndlavet keramisk design under "brandet" Anne Black. De forskellige produkter markedsføres i kollektioner med engelsksprogede betegnelser.

Blandt de keramiske designs findes bl.a. en hængepotte fra Grow-kollektionen, en vase fra Bloom-kollektionen og en lågkrukke fra Contain-kollektionen. De nævnte designs blev formodentlig skabt i 2013 og 2014. De var ikke skabt som en samlet serie.

I foråret 2016 kunne man i Nettos tilbudsavis se tilbud på netop hængepotter, vaser og lågkrukker i keramik. Disse blev solgt som spotvarer² fra marts til maj 2016. Prisen var 39 kr. pr. stk., ca. 15 % af prisen på Anne Black-produkterne. Nettos moderselskab (Salling Group A/S)³ havde erhvervet disse produkter fra den danske virksomhed Ronald A/S. Anne Black ApS rettede ultimo marts 2016 henvendelse til Salling Group, der videresendte henvendelsen til Ronald A/S. Herfra blev en krænkelse af Anne Black ApS' rettigheder afvist.

I 2017 blev Ronald A/S genstand for en reportage på TV 2, hvor ni forskellige mulige kopisager, herunder Anne Blacks keramik, blev problematiseret.⁴ Lektor i designstudier Stina Teilmann-Lock blev i den forbindelse citeret for følgende: "Der har altid været kopisager, men det

2. Spotvarebetegnelsen kommer fra det engelske udtryk *spot* og betegner normalt en vare, der sælges lejlighedsvis og ikke indgår i det faste sortiment.

3. Salling Group A/S hed før 1. juni 2018 Dansk Supermarked A/S, hvilket navn også fremgår af nogle af retssagens dokumenter. I det følgende anvendes konsekvent betegnelsen Salling Group, uanset om det var før navneskiftet.

er noget nyt, at det bliver gjort til en forretningsmodel at kopiere”. Dette blev afvist af Ronald A/S’ administrerende direktør Kenneth Plummer.

Anne Black ApS sælger sine produkter via udvalgte butikker som Illums Bolighus, Bahne og egen interiørbutik på Frederiksberg. Produkterne markedsføres dermed med en vis eksklusivitet og i et ganske andet prisleje en detail end det, Netto krævede for de omtvistede produkter.

1.2. Det retlige forspil

Bevissikring blev gennemført primo maj 2016.⁵ En begæring om foreløbigt forbud blev dog aldrig gennemført, da Salling Group A/S og Ronald A/S hhv. ultimo maj og august 2016 erklærede at være ophørt med salg af de tre produkter.

I august 2016 blev der anlagt sag ved Sø- og Handelsretten mod Ronald A/S og Salling Group A/S med krav om betaling af 3 mio. kr., ophør af salg samt destruktion af resterende varelager.

Syn & skøn blev udmeldt, men der skulle dog gå frem til juni 2018, før skønserklæringen forelå.

Sø- og Handelsretten afsagde dom i sagen den 4. juni 2019.⁶ Den faldt ud til sagsøgers fordel, dog kun med et samlet erstatnings- og vederlagsbeløb på 1,5 mio. kr. Sø- og Handelsretten begrundede erstatningens størrelse bl.a. med henvisning til, at andre faktorer, som f.eks. flere konkurrerende produkter på markedet og ændringen i trends inden for keramiske produkter, også kunne have haft indvirkning på omsætningsnedgangen.

Sagen blev herefter af Ronald A/S og Salling Group A/S indbragt for Østre Landsret, der som ovenfor anført afsagde dom i juni 2020,⁷ hvor det samlede erstatnings- og vederlagsbeløb blev yderligere nedsat

4. Se <<https://livsstil.tv2.dk/2017-06-13-firma-involveret-i-kopisag-for-niende-gang-her-er-hele-listen>> (besøgt den 3. februar 2021).

5. Se retsplejelovens kapitel 57a om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v.

6. Sag nr. BS-1498/2016/SH. Sø- og handelsrettsdommen kan findes på <https://domstol.fe1.tangora.com/media/-300011/files/Dom_BS-1498-2016.pdf> (besøgt den 8. februar 2021).

til 300.000 kr. Hertil kommer sagsomkostninger med 289.024,35 kr., som allerede fastsat af Sø- og Handelsretten.

2. Er kopiering ulovlig?

Som udgangspunkt er kopiering af andres frembringelser ikke ulovlig. Ulovligt er det kun i det omfang, det i kraft af lov eller en særlig retsgrundsætning er gjort ulovligt. Det er til gengæld så også sket i form af eneretslovene, herunder ophavsretsloven og i form af efterlignelsesbeskyttelsen i markedsføringsloven.

Lovgivning vedrørende ophavsmænd og produkt efterligninger er ikke noget nyt på vore breddegrader. I Danske Lovs 6-18-4 anføres: “Sælger nogen forfalskede Vare, som hand enten selv haver forfalsket, eller viste, at de vare forfalskede, have sin Boeslod til Kongen forbrut, og dobbelt saa meget til den Kiøbendis, som hand gav for Varene. End siger hand, at hand ej viste, at de vare forfalskede, vise sin Kiøbmand.” I Norden findes tilbage til 1274 i norske Magnus Lagabøters Landslov i Tredje Bog, kapitel 11, stk. 2 bestemmelsen: “Og hver skjoldmaker skal paa de skjold som han gjør, ha et merke som er vedtat paa bymøtet, for at man kan vite, hvem der har gjort det, om der findes fusk i det.”

Når vi har disse enerettigheder, er formålet primært at beskytte ophavsmandens interesser. Enerettigheder har primært et økonomisk sigte, i alt fald i forhold til værker af økonomisk værdi. Uden eneret (der kan udnyttes og overdrages) formindskes incitamentet til frembringelse af yderligere værker. Andre ikke-økonomiske aspekter kan dog også begrunde ophavsretten.⁸

Får en brugskunstner krænket sine ophavsrettigheder, risikerer man ikke blot et tab gennem fortrængning af eget salg men også via en forringelse af værdien af eget “brand”.

I skønsmandens svar på spørgsmål IA i Anne Black-sagen adresseres netop dette spørgsmål:

“Det antages, at Nettos dækningsgrad ifht til tilbudsaviser ligeledes er meget høj. Dvs. det er meget sandsynligt, at en del af de forbrugere der

7. Landsretsdommen kan findes her: <<https://www.domstol.dk/media/kbui514w/dom-sambehandling.pdf>> (besøgt den 8. februar 2021).

8. Morten Rosenmeier, *Ophavsret for begyndere* (4. udgave, 2018), s. 29.

modtog Nettos tilbudsavis kendte til Blacks produkter, og at en del af disse forbrugere repræsenterede potentielle købere af Blacks omtalte produkter. Når sidstnævnte forbrugere ser omtalte produkter (der er forvekslebare med Blacks) blive markedsført til ca. 15 % af Blacks pris, så vil en del af disse forbrugere givetvis antage, at Black priser er urimelige høje og/eller kvaliteten ikke på højde med Blacks prissætning. Værdien af Black omtalte produkter samt brand bliver derfor udvandet, da Blacks produkter ikke længere udtrykker høj kvalitet og værdi. Dvs. potentielle forbrugere associerer ikke længere produkterne med en unik kunstnerisk produktion og smag/stil. Er sandsynligt effekt er derfor, at disse mere sofistikerede og købekraftige kunder ikke længere køber Blacks (eller Nettos) omtalte produkter. Forbrugere betaler ekstra for brands netop fordi brands repræsenterer unikke associationer, så som symbolsk mening, etisk holdning, corporate social ansvarlighed samt god smag og kvalitetsorientering hos forbrugeren. Et så kraftigt udsalg kunne givetvis også skabe den opfattelse at Blacks brand er under afvikling og i færd med en ‘harvest and exit strategy’. forringer målgruppens interesse. Det vil sige, at et fremtidigt salg til sidstnævnte kundegruppe dermed er tabt.”⁹

Et er at have ret, et andet er at få det. Retspraksis viser, at erstatningsniveau i den slags kopisager er lavt, og at beviskrav for tabets størrelse er vanskelige at løfte. Det er også behandlet i litteraturen. Palle Bo Madsen udtrykker det således, at de udmålte erstatninger ofte er “blevet oplevet som utilstrækkelige, og navnlig vil det virke stødende, hvis krænkeren i kommercielle forhold slipper så billigt, at han selv efter at have betalt for sin brøde ender med reelt at have tjent på den.”¹⁰

Nedenfor gennemgås i lyset af *Anne Black*-sagen netop ophavsretslovgivningen og markedsføringsloven.

3. Den ophavsretlige problemstilling

Begrebet ophavsret kommer fra det tyske Urheberrecht.¹¹ Som det redegøres for nedenfor, er ophavsretten også relevant i forhold til brugskunst, herunder keramik.

9. Citatet er medtaget uredigeret fra Sø- og Handelsrettens gengivelse af svaret.

10. Palle Bo Madsen, *Markedsret*. Del 3 (7. udgave, 2020), s. 398.

11. Se Morten Rosenmeier, *Ophavsret for begyndere* (4. udgave, 2018), s 13.

Det primære lovgrundlag findes i ophavsretsloven.¹² Denne lov skal læses dels på baggrund af den EU-harmonisering, der har fundet sted, dels på den folkeretlige baggrund manifesteret ved bl.a. Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker fra 1886 og Traktaten om ophavsret inden for Verdensorganisationen for Intellectuel Ejendomsret (WIPO Copyright Treaty), som vedtaget den 20. december 1996 i Genève (også kaldet WCT-traktaten).¹³

3.1. Ophavsretslovens relevante regler

Ophavsretsloven § 1, stk. 1, indeholder den overordnede regel, hvorefter den, “som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller *brugskunst*, eller det er kommet til udtryk på anden måde.” (min fremhævelse). Det giver sjældent anledning til tvivl om, hvad brugskunst egentlig er, selv om det ikke er defineret nærmere i loven. Det omfatter dog praktiske brugsgenstande med et kunstnerisk tilsnit.¹⁴

Lovens § 2 uddyber i stk. 1 beskyttelsen ved at beskrive ophavsretten som en i udgangspunktet *eneret* til eksemplar fremstilling og tilgængeliggørelse for almenheden. I stk. 3, nr. 1, anføres som eksempel herpå at eksempler af værket udbydes til salg mv. til almenheden. I udtrykket almenheden ligger en modsætning til privatsfæren.

12. Senest lovebekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret.

13. WCT-traktaten er bl.a. behandlet af Jørgen Blomqvist i NIR 1997 334 ff. En dansk-sproget udgave af traktaten findes i EFT L 89/9 af 11. april 2000. WCT-traktaten blev godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16. marts 2000 (EFT L 89/6).

14. Se nærmere i Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis & Jan Trzaskowski, *Markedsføringsretten*, (3. udgave, 2017), s. 501, hvor der bl.a. henvises til “Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker” fra 1951, s. 94 f. Den fulde titel var “Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948”, en betænkning udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner.

Der opereres med et fremrykket fuldbyrdelsesmoment, således at en krænkelse kan ske allerede ved, at en vare blev udbudt til salg.

Se hertil sag C-5/11, *Donner*, præmis 30, hvorefter der allerede ved reklamering mv. var foretaget en "spredning til almenheden".

Umiddelbart synes der således ikke at være meget tvivl om, at keramisk kunsthåndværk nyder ophavsretlig beskyttelse. Anne Black-sagen behandlede dog de to betingelser, der indfortolkes i den ophavsretlige beskyttelse: Kravet om et litterært eller kunstnerisk *værk* samt *originalitetskravet* (værkshøjden).¹⁵

Begrebet værk har EU-Domstolen bl.a. taget stilling til i sagen C-683/17, *Cofemel*. I *Cofemel*-dommen anføres, at artikel 2, litra a), i info-soc-direktivet¹⁶ forpligter medlemsstaterne "til at indføre en eneret for ophavsmænd til at tillade eller forbyde reproduktion for så vidt angår deres *værker*"¹⁷ (min fremhævelse). *Cofemel*-dommen understreger to kumulative elementer til begrebet værk. For det første at der "foreligger en original genstand i den forstand, at denne er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse". I originalitetskravet ligger et krav om afspejling af ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg.¹⁸ Modsætningen hertil er "tekniske hensyn, regler eller andre begrænsninger, der ikke giver plads til kreativ frihed".

For det andet præciseres, at begrebet værk indebærer, "at der foreligger en genstand, som kan identificeres tilstrækkeligt præcist og objektivt".¹⁹

15. Se nærmere herom i Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (2001), s. 89 ff., samt Morten Rosenmeier, *Ophavsret for begyndere* (4. udgave, 2018), s. 32 ff.

16. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet. Se nærmere om direktivet i Dan Stausholm Nielsen, *InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser* (2017).

17. Præmis 27.

18. Sag C-145/10, *Painer*, præmis 88, 89 og 94, og sag C-161/17, *Renckhoff*, præmis 14.

19. C-310/17, *Levola Hengelo*, præmis 40. Se også Palle Bo Madsen, *Markedsret. Del 3* (7. udgave, 2020), s. 61.

3.2. Landsrettens dom

Landsretten indleder sin begrundelse med en henvisning til skønsmandens svar på spørgsmål IE og IG og dennes forklaring for Sø- og Handelsretten. Heraf fremgår i landsrettens gengivelse, at de tre produkter – hængepotten, vasen og lågkrukken – fremstår som en “del af et unikt særpræget og samlet univers”.²⁰ Af de to nævnte svar fra skønsmanden kan udledes, at de tre produkter ikke enkeltvis har et særpræg, men at det er i foreningen, at disse opnår noget unikt. Begrebet samlet optræder ikke i de to svar, som landsretten henviser til. Det gør begrebet til gengæld i svaret på spørgsmål IJ, hvoraf begreberne samlet og univers synes at skulle forstås som synonymmer. Skønsmanden er dog forinden i Sø- og Handelsretsdommen citeret for udtrykket “samlet univers”.

Landsretten bemærker dog også, at produkterne har “så forskellige karakteristika, at de ikke kan anskues som et fælles produkt ved vurderingen af, om de er beskyttet efter ophavsretsloven og markedsføringsloven.” Landsretten lægger i den forbindelse også vægt på, at de tre produkter hverken er skabt samtidig eller som en serie. Landsretten gennemgår efterfølgende hver af de tre produkter for sig i forhold til ophavslovens kriterier.

I denne gennemgang fandt landsretten, at kun hængepotten nød beskyttelse efter ophavsretsloven. Godt nok anvendes der ifølge landsretten kendte designelementer (naturfarvede lædersnore, knuder til trepunkts-ophænget, minimalistisk design, glasur på ler, uregelmæssige drejeriller og cylinderform), valget af sammensætning af designelementer i sammenhæng med en lille godstykkelse og de tynde, afrundede kanter giver et “særligt genkendeligt udtryk, som ikke tidligere er set”. Således anså landsretten hængepotten for at være udtryk for Anne Blacks egen intellektuelle frembringelse.

Vasen og lågkrukken adskilte sig derimod ikke på en sådan måde fra, hvad der tidligere er set, at disse kunne anses for at være udtryk for Anne Blacks egen intellektuelle frembringelse, og dermed omfattet af ophavsretslovens § 1, stk. 1.

20. I Sø- og Handelsrettens dom findes der fine fotos af såvel Anne Blacks originale produkter som produkterne solgt i Netto. Se <https://domstol.fe1.tangora.com/media/-300011/files/Dom_BS-1498-2016.pdf> (besøgt den 8. februar 2021).

Sø- og Handelsretten fandt modsætningsvis, at alle tre produkter nød beskyttelse efter ophavsretsloven. Potten vurderede Sø- og Handelsretten nogenlunde som landsretten, idet den dog også lagde vægt på, at det ikke under sagen var bevist, at der på frembringelsestidspunktet var andre hængepotter med samme fremtoning.

Sø- og Handelsrettens opfattelse af, at der er tale om et værk i ophavsretslovens forstand finder støtte i skønsmand Anne Qvists svar på spørgsmål 4. Samme skønsmand fandt for så vidt angår hængepotte og lågkrukke, at Anne Black ApS' design adskilte sig fra de designs, som fandtes på markedet ved fremkomsten af Anne Black ApS' design. Det gjaldt dog ikke vasen. Her fulgte Sø- og Handelsretten ikke pågældende skønsmand.

Herefter udestår spørgsmålet, om der er sket en krænkelse. I Sø- og Handelsretten blev der lagt vægt på, at originalprodukterne og kopi-produkterne i det væsentlige havde samme designmæssige udtryk. Forskellen fandtes kun i detaljen, som næppe ville blive bemærket i en købsituation. Der var tale om "meget nærgående efterligninger". Sø- og Handelsretten lagde endvidere vægt på, at Ronald A/S kendte til Anne Black ApS, og at risikoen for en krænkelse af Anne Blacks rettigheder måtte have stået Ronald A/S klart. Tilsvarende lagde Sø- og Handelsretten til grund, at Salling Group A/S kendte Anne Blacks produkter, og at markedsføringen mindede om Anne Blacks.

Sø- og Handelsretten fandt det ikke nødvendigt at tage stilling til en eventuel krænkelse efter markedsføringsloven, hvilket hang sammen med, at alle tre omtvistede produkter blev anset for omfattet af ophavsretsloven.

Landsretten er her enige med Sø- og Handelsretten. Men da kun hængepotten er beskyttet efter ophavsretten ifølge landsretten, statueres, at der for hængepottens vedkommende er sket "en krænkelse af Anne Black ApS' rettigheder efter ophavsretslovens § 1, stk. 1, og for så vidt angår både hængepotte, vase og lågkrukke en krænkelse efter markedsføringslovens § 3, stk. 1. Landsretten går ikke nærmere ind kriterierne i markedsføringsloven. Det synes åbenbart tilstrækkeligt at konstatere, at det i al væsentlighed var samme designmæssige udtryk, og at de omtvistede produkter ikke kan være udformet uden kendskab til produkterne fra Anne Black ApS.

I sagen var det ikke nødvendigt at tage stilling til, hvornår gerningsindholdet var fuldbyrdet. Det var ubestridt, at de omtvistede produkter rent faktisk var solgt i Netto-butikkerne. Men som følge af det fremrykkede fuldbyrdesmoment, som omtalt ovenfor, skete krænkelsen allerede ved annonceringen af de pågældende produkter.

Gengivelsen i Nettos tilbudsavis indebar i sig selv en eksemplar fremstilling og dermed en ophavsretskrænkelse.

Landsretten tog også stilling til det forbud, som Sø- og Handelsretten havde nedlagt. Sø- og Handelsretten havde nedlagt forbud mod salg og markedsføring af de tre produkter “i alle størrelser og farvevarianter”. Dette ønskede Anne Black ApS for landsretten opretholdt. Landsretten konkluderede dog, at Ronald A/S og Salling Group A/S kun havde solgt og markedsført de tre produkter i de omtvistede størrelser og farvevarianter og ikke agtede at sælge og markedsføre andre størrelser og farvevarianter. Som følge heraf havde Anne Black ApS ikke en sådan aktuel interesse i et forbud, der udstrakte sig til “alle størrelser og farvevarianter”. Landsretten begrænsede derfor forbuddet til de allerede solgte og markedsførte størrelser og farvevarianter.

4. Markedsføringsloven

De ophavsretlige regler suppleres af markedsføringslovens²¹ regler om produktefterligninger. Der foreligger dermed en kumulativ beskyttelse. Forhold, der ikke udgør en overtrædelse af f.eks. ophavsretsloven, kan falde ind under markedsføringsloven. Disse regler bygger på general-klausulen i markedsføringslovens § 3:²²

Erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser, jf. dog stk. 3.²³

21. Senest lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring.

22. Efterlignelsesbeskyttelsen har ikke egen specialbestemmelse i modsætning til kendetegnsbeskyttelsen (markedsføringslovens § 22).

23. Henvísningen til stk. 3 vedrører den situation, hvor forbrugernes økonomiske interesser påvirkes. Det er ikke den situation, der er relevant ift. dette bidrag.

4.1. Særpræg

Beskyttelse efter markedsføringsloven fordrer et vist særpræg,²⁴ men kravene er ikke helt så skrappe som i ophavsretsloven. I særprægskravet ligger, at der skal være en fremtoning, der adskiller produktet fra andre produkter.

Se f.eks. dommen optrykt i *UfR 2003.694 SH* om en efterligning af en møbelknop, der ikke blev anset som brugskunst beskyttet af ophavsretsloven. Møbelknoppen havde dog et tilstrækkeligt særpræg til, at en slavisk efterligning var en krænkelse af generalklausulen i markedsføringsloven.

Om det er tilfældet i *Anne Black*-sagen, er Landsretten ikke helt eksplicit omkring. Men der er ikke i markedsføringsloven et designmæssigt nyhedskrav knyttet til efterlignelsesbeskyttelsen. Som sådan er det ikke et problem, at landsretten ikke fandt, at vasen og lågkrukken adskilte sig fra, hvad der tidligere var produceret. Det står dog ikke ganske klart, om landsretten i det hele taget tog stilling, om der for vasen og lågkrukken var et tilstrækkeligt særpræg.

4.2. Forvekslelighed

Et element af forvekslelighed må indfortolkes i generalklausulens beskyttelse. Er der ikke risiko for at forveksle produkterne, er der som udgangspunkt ikke nogen beskyttelsesværdig interesse.²⁵

Eksempler på retspraksis herom findes i *UfR 2001.747 H* vedrørende efterligning af en Tripp Trapp-barnestol, hvor Højesteret lagde vægt på, at original og efterligning var forvekslelige for ikke-fagfolk. Det samme gjorde sig gældende i *UfR 1999.1859 SH* om en efterligning af Montana-reolsystemet.

24. Se om særprægskravet i Caroline Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (4. udgave, 2020), s. 388 f., og Bent Ole Gram Mortensen & Michael Steinicke, *Dansk markedsret* (5. udgave, 2018), s. 309 f.

25. Se Bent Ole Gram Mortensen & Michael Steinicke, *Dansk markedsret* (5. udgave, 2018), s. 310 f.

Forvekslingskravet skal her ikke forstås som et krav om en vildfarelse hos en gennemsnitsforbruger. Forudsætningen er, at der eksisterer en kommerciel substituerbarhed.²⁶

Landsretten omtaler ikke eksplicit forveksleligheden men dog den nærgående efterligning og det samme designmæssige udtryk. Det gøres der dog i Sø- og Handelsrettens dom, som landsretten i denne forbindelse henviser til. Her anføres, at forskellene kun vedrører “detaljer, som man kun bemærker, når man ser produkterne ved siden af hinanden, hvilket ikke er tilfældet i en købsituation, og disse detaljer er uden betydning for det samlede helhedsindtryk.”

4.3. Illoyal tilegnelse

Markedsføringslovens generalklausul kan dog også finde anvendelse ved en illoyal tilegnelse af andres design, selv om forvekslingskravet ikke er opfyldt. Der er et element af snylteri og utilbørlig markedsfortrængning heri. Har produkterne samme fremtoning, uden nogen saglig begrundelse, understøtter det, at der er sket en krænkelse efter markedsføringsloven.²⁷ Det er formodentlig med tanke herpå, at landsretten i sin dom betegner de omtvistede produkter som “nærgående efterligninger”, og at det er “helt usandsynligt”, at disse skulle være udformet uden kendskab til Anne Black-produkterne.

5. Sagsomkostninger

Førelse af retssager er ikke for sjov. Det koster både tid og penge. Det er langt fra nok at mene at have ret. Man skal også have råd til at føre en retssag. Derfor tilkendes den vindende part et beløb til dækning af sagsomkostninger, hvilket er reguleret af den generelle regel i retsplejelovens § 316. Herefter erstattes de *fornødne* udgifter til *sagens forsvarlige udførelse*. Hovedreglen er, at disse udgifter erstattes fuldt ud. Udgifter til (advokat)bistand erstattes dog kun med et *passende beløb*.

26. Caroline Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (4. udgave, 2020), s. 389.

27. Bent Ole Gram Mortensen & Michael Steinicke, *Dansk markedsret* (5. udgave, 2018), s. 311 ff., Caroline Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (4. udgave, 2020), s. 389 f.

Foruden retsplejeloven reguleres spørgsmålet på det immaterielle retsområde af rettighedshåndhævelsesdirektivet,²⁸ i overensstemmelse med hvilken retsplejelovens § 316 efter en EU-konform fortolkning må fortolkes.

5.1. Rettighedshåndhævelsesdirektivet

Rettighedshåndhævelsesdirektivets artikel 14 pålægger medlemsstaterne at sikre, “at rimelige og forholdsmæssigt afpassede sagsomkostninger og andre udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, som generel regel bæres af den part, der har tabt sagen, medmindre billighedshensyn taler imod dette.”

EU-Domstolen har i sagen C-57/15, *United Video Properties Inc*, fortolket artikel 14. Således finder EU-Domstolen, at “sagsomkostninger” også omfatter advokatsalær (præmis 22). Omkostningerne skal dog også være rimelige,²⁹ så medlemsstaterne kan f.eks. anvende faste satser for at forhindre “unødigt høj godtgørelse af usædvanligt høje salærer” (præmis 25).

Derimod vil “faste satser, der er væsentligt mindre end de gennemsnitssatser, der faktisk betales for advokatbistand i denne medlemsstat” ikke være i overensstemmelse med direktivet (præmis 26), da det vil være i modstrid med formålet i rettighedshåndhævelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, hvorefter foranstaltningerne og retsmidlerne fastsat i henhold til direktivet skal have afskrækkende virkning (præmis 27). Dette skal ses i lyset af, at hovedformålet med rettighedshåndhævelsesdirektivet er at sikre et højt beskyttelsesniveau for den intellektuelle ejendomsret i det indre marked (direktivets betragtning 10), jf. i øvrigt artikel 17, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvorefter intellektuel ejendomsret er beskyttet.

28. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29 april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

29. Se også rettighedshåndhævelsesdirektivets artikel 3, stk. 1, hvorefter de af medlemsstaterne fastsatte procedurer bl.a. ikke må være unødigt udgiftskrævende.

5.2. Sagsomkostningerne i Anne Black-sagen

For landsretten gjorde Anne Black ApS gældende, at Sø- og Handelsrettens tilkendelse af sagsomkostninger var i strid med artikel 14 i rettighedshåndhævelsesdirektivet. Det anføres, at de tilkendte sagsomkostninger til advokatsalær kun var på 175.000 kr., mens det reelle advokatsalær (inklusive landsretsbehandlingen, dog foruden hovedforhandlingen) var på 825.000 kr. baseret på 330 advokattimer til en time-takst på 2.500 kr. Ligeledes blev der ikke tilkendt omkostninger til salær til den af Anne Black ApS' antagne sagkyndige.

Problemstillingen ift. rettighedshåndhævelsesdirektivet har tidligere været behandlet af Østre Landsret i *UfR 2019.3930 Ø*. I denne sag fandt landsretten, at retsplejelovens § 316 som fortolket i lyset af retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 ikke indebar, at der var krav på tilkendelse af sagsomkostninger svarende til samtlige faktiske afholdte omkostninger. Der var "krav på dækning af udgifter til advokatbistand, som dels afspejler de satser, der opkræves for advokatbistand på området for intellektuel ejendomsret, dels en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, der reelt er afholdt." En præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen blev afvist med henvisning til, at EU-Domstolens dom i *United Video Properties Inc.*-sagen gav landsretten de fornødne retningslinjer for at anvende retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 på sagskompleksets fakta.

I forarbejderne til gennemførelseslovene til retshåndhævelsesdirektivet er det lagt til grund, at retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 kan opfyldes gennem retsplejelovens almindelige regler om sagsomkostninger.³⁰

I Anne Black-sagen henviste landsretten netop til "retsplejelovens § 316, som fortolket i lyset af retshåndhævelsesdirektivets [rettighedshåndhævelsesdirektivets] artikel 14 og EU-Domstolens afgørelse i sag C-57/15, *United Video Properties Inc.*" Herudover anføres bl.a. "at der *alene skal fastsættes delvise sagsomkostninger*" (min fremhævelse). Må dette forstås således, at landsretten finder det i strid med retsplejelovens § 316 at dække de faktisk afholdte sagsomkostninger? Det synes uvist.

30. Se også Retsplejerådets betænkning 1436/2004, s. 270 ff., og *UfR 2009.762 H*, der ligger før rettighedshåndhævelsesdirektivet.

Konkret fandt landsretten, at en betydelig del af forberedelsen og bevisførelsen under hovedforhandlingen for landsretten angik spørgsmålet om vederlag og erstatning, som Anne Black ApS i det væsentlige tabte. Herefter ophævede landsretten sagens omkostninger for landsretten og fastholdt i øvrigt den omkostningsfastsættelse, der var sket for Sø- og Handelsretten.

En nøjere gennemgang af dansk praksis vedrørende sagsomkostninger i immaterialretssager og dennes EU-konformitet samt en nærmere analyse af de tilkendte sagsomkostninger i Anne Black-sagen falder ikke inden for rammerne af dette bidrag.

6. Afsluttende bemærkninger

Dette indlæg er skrevet, før Højesteret har taget stilling til erstatningens størrelse i *Anne Black*-sagen. Der er i sagen givet Anne Black ApS tredjeinstansbevilling, dog alene vedrørende spørgsmålet om tildeling af erstatning og rimeligt vederlag. Ud fra princippet om, at tie mens retten voterer, er der derfor ikke blevet kommenteret herpå i den konkrete sag.

Anne Black-sagen er på mange måder en klassisk sag, hvor en i økonomisk henseende mindre designer bliver udsat for mere eller mindre nærgående efterligninger – lovlige som ulovlige – af en større markedsaktør.

Generelt må bevisproblemer ift. tabets størrelse i den slags sager siges at være en udfordring. Og det er ikke kun det tabte salg i forbindelse med de efterlignede produkter, der er problemet. En kunsthåndværkers “brand” lider let overlast ved salg af ellers eksklusive produkter i supermarkeder og lignende til en brøkdel af originalvarernes pris.

I Sø- og Handelsrettens dom udtrykkes det således: “Tallene indikerer, at selve det forhold, at de krænkende produkter blev solgt i en discountkæde som Netto og blev markedsført på en måde, som skabte associationer til Anne Blacks designunivers, har skadet ikke bare salget af de berørte produkter, men Anne Blacks brand som sådan. Dette støttes af skønsmand Torsten Ringbergs svar på spørgsmål IA og IC og af Anne Black og Jesper Moseholm Jørgensens forklaringer om, at forhandlerne mistede tilliden til brandet. Det må således lægges til grund, at Nettos salg af de krænkende produkter har skabt en meget betydelig

markedsforstyrrelse for Anne Black ApS.”³¹ Markedsforstyrrelser og erstatning herfor er ikke noget nyt i juraen. Og skader på omdømmet knyttet til “brandet” kendes også inden for andre immaterialretsdiscipliner, herunder på varemærkeområdet. I sagen C-337/95, *Dior/Evora*, præmis 43-47, anerkendes det, at reklamering kan skade et varemærkets omdømme, og at evt. kan berettigede varemærkeindehaveren til at modsætte sig pågældende reklamering.

En krænket part kan let opleve det paradoks, at erstatning og tilkendte sagsomkostninger end ikke dækker omkostningerne ved at have indbragt sagen for domstolene, hvilket netop var tilfældet i *Anne Black*-sagen. Og det selv om domstolene afsiger dom om, at en krænkelse har fundet sted.

Hertil kommer det lange tidsforløb. Fire år tog det fra sagsanlæg til dom i anden instans i *Anne Black*-sagen. Og så mangler vi endda Højesterets afgørelse for så vidt angår erstatningens og vederlagets størrelse. Det kan det være svært for ophavsrettighedshavere med begrænsede midler at forsvare deres rettigheder under de vilkår. Hvor mange, der opgiver af økonomiske årsager, må henstå i det uvisse.

En sejr i retssystemet vedrørende det materielle bliver for kunsthåndværkeren i denne slags sager let en pyrrhussejr.

31. Sø- og Handelsrettens dom, s. 103.

18

Danser la vie

Victor Nabhan



TO JØRGEN
MULTI FACETED PERSONALITY
COPYRIGHT EXPERT
ACADEMIC
WRITER
HUMORIST
DIPLOMAT
ROCKER
AND ESPECIALLY
A FRIEND

EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder

Juridisk konsulent Dan Stausholm Nielsen, UBVA

1. Indledning

Rettighederne efter ophavsretsloven er (med enkelte begrænsninger) formuerettigheder, der som udgangspunkt er frit overdragelige.¹ Således fremgår det af ophavsretslovens § 53, stk. 1, at ophavsmanden med de begrænsninger, der følger af §§ 3 og 38, helt eller delvis kan overdrage sine rettigheder efter ophavsretsloven. Også naborettighederne efter lovens kapitel 5 kan overdrages.² Som det fremgår af § 53, stk. 1,

-
1. Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder – Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning* (1987), s. 69.
 2. Se for så vidt angår udøvende kunstnere og fremstillere af fotografiske billeder hhv. ophavsretslovens §§ 65, stk. 6, og 70, stk. 3, der begge henviser til §§ 53 ff. Om overdrageligheden af andre naborettigheder se Peter Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), s. 638 (om fremstillere af lydoptagelser), s. 666 (om radio-/fjernsynsforetagender) og s. 685 (om fremstillere af kataloger, databaser mv.). Se også betænkning nr. 1197 fra 1990 om Revision af ophavsretslovgivningen, s. 42, og Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder – Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning* (1987), s. 70 f. Overdragelighed følger også af direktiv 2006/115

kan rettighederne både overdrages helt men også delvist, hvilket hænger sammen med, at ophavsretsloven indeholder en række kvalitativt forskellige råderettigheder (såsom eksemplarfremsættelsesretten og fremførelsesretten), som kan underopdeles, og som videre kan opdeles kvantitativt, tidsmæssigt og geografisk, ligesom erhververen kan erhverve flere eller færre delrettigheder såsom retten til at (videre)overdrage de erhvervede råderettigheder til andre eller til at påtale krænkelse.³

Reglerne om overdragelse af ophavs- og naborettigheder har stor betydning, fordi mange af rettighederne særligt har værdi for indehaveren ved at være overdragelige.⁴ Siden Blomqvists afhandling fra 1986 om overdragelse af ophavsrettigheder er der sket ikke uvæsentlige ændringer på området, bl.a. i form af at visse spørgsmål er blevet EU-harmoniseret. Denne EU-regulering har medført visse mere eller mindre specifikke regler, om end ikke en egentlig generel, horisontal EU-harmonisering af reglerne på området.⁵ EU-reguleringen bliver dog løbende mere omfattende, og den bliver dermed også i stigende grad

(herefter leje-/lånedirektivet) artikel 3, stk. 3 (om udlejning-/udlånsrettigheder), og 9, stk. 4 (om spredningsretten for visse frembringelser), direktiv 2001/29 (herefter infoc-direktivet) præambelbetragtning 30 (om rettighederne omhandlet i direktivet) og direktiv 96/9 (herefter Databasedirektivet) artikel 7, stk. 3 (om sui generisretten til databaser). Ifølge Silke von Lewinski, "Provisions on individual and collective management", i Michael M. Walter & Silke von Lewinski (eds), *European Copyright Law – A commentary* (2010), s. 1498, pkt. 16.0.90-16.0.91, har reglen i leje-/lånedirektivets artikel 3, stk. 3 (tidl. artikel 2, stk. 4), dog ingen "[...] proper normative contents.", ligesom betragtning 30 i infoc-direktivet "[...] did not intend to regulate anything at the European level." Uoverdragelighed følger af direktiv 2001/84 (herefter følgeretsdirektivet) artikel 1, stk. 1.

3. Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder – Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning* (1987), s. 71 ff., 74 ff. og 82 ff.
4. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, 2021), s. 645.
5. Om harmoniseringens karakter af primært specifikke regler og ikke horisontal harmonisering se (dog fra tiden før DSM-direktivet) Silke von Lewinski, "Provisions on individual and collective management", i Michael M. Walter & Silke von Lewinski (red.), *European Copyright Law – A commentary* (2010), s. 1505 f., pkt. 16.0.111, og i samme retning Agnès Lucas-Schloetter, "Is there a concept of European copyright law? History, evolution, policies and politics and the *acquis communautaire*", i Irini Stamatoudi & Paul Torremans (red.), *EU Copyright Law – A commentary* (2014), s. 14 f., afsnit 1.18.

nødvendig at tage i betragtning, når diverse spørgsmål om overdragelser opstår.

Derudover tyder nyere praksis fra EU-Domstolen på, at visse spørgsmål vedrørende rettighedsoverdragelse, som ikke umiddelbart henhører under særlige bestemmelser om rettighedsoverdragelser i direktiverne, alligevel er omfattet af EU-harmoniseringen. Også herved vil det i større grad være blevet nødvendigt at tage EU-retten i betragtning, når spørgsmål om overdragelser opstår.

I det følgende vil der i afsnit 2 først blive givet et kort overblik over EU-reguleringen, hvorefter der i afsnit 3 er en gennemgang af den nævnte praksis fra EU-Domstolen.

2. EU-regulering

Der er som anført ovenfor ikke sket en egentlig generel, horisontal EU-harmonisering af reglerne om overdragelse af ophavs- og ophavsretsbeslægtede rettigheder. Derimod har harmoniseringen hovedsageligt alene ført til visse mere eller mindre specifikke særregler, og den er således også ret fragmenteret.

Disse særregler, som navnlig angår særlige værksarter, udnyttelsesformer eller rettigheder, omfatter regler som eksempelvis en formodning for overdragelse af visse rettigheder i forbindelse med filmproduktion,⁶ (mulighed for at fastsætte regler om) automatisk overdragelse af visse rettigheder i forbindelse med filmproduktion,⁷ berettigelse for en arbejdsgiver til at udøve rettigheder knyttet til et EDB-program udviklet af arbejdstager medmindre andet fastsættes ved aftale,⁸ at visse særlige rettigheder er ufravigelige,⁹ visse særlige direktivbestemmelers præceptivitet,¹⁰ udøvende kunstners mulighed for at op-

6. Leje-/lånedirektivets artikel 3, stk. 4-5.

7. Leje-/lånedirektivets artikel 3, stk. 6.

8. Direktiv 2009/24 (herefter programdirektivet) artikel 2, stk. 3.

9. Leje-/lånedirektivets artikel 5, stk. 2, og følgeretsdirektivet artikel 1, stk. 1.

10. Programdirektivets artikel 8, 2. afsnit, databasedirektivets artikel 15, direktiv 2017/1564 om visse tilladte former for anvendelse af visse værker og andre frembringelser, der er beskyttet af ophavsret og beslægtede rettigheder, til gavn for personer, der er blinde eller synshæmmede eller på anden måde har et læsehåndicap, og om ændring af direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af op-

hæve visse kontrakter,¹¹ visse bestemmelser i relation til en rettighedshavers bemyndigelse af en kollektiv forvaltningsorganisation til at forvalte vedkommendes rettigheder,¹² visse bestemmelser om kollektive forvaltningsorganisationers licensering af rettigheder,¹³ ikke-eksklusiviteten af visse specielle overdragelser¹⁴ og om aftaler vedr. grænseoverskridende portabilitet af onlinetjenester.¹⁵ Reglerne fremgår af en længere række forskellige direktiver, og der er med tiden løbende kommet flere til, i takt med at der er blevet vedtaget nye direktiver.¹⁶

For få år siden blev DSM-direktivet vedtaget,¹⁷ hvor der er fastsat nogle bredere regler for ophavsmænd og udøvende kunstnere om passende og forholdsmæssigt vederlag ved overdragelser, ret til oplysninger om udnyttelsen af deres værker eller fremførelser fra de parter, de har udstedt licens eller overdraget deres rettigheder til, mulighed for at justere vederlaget i en aftale, og en tilbagekaldelsesret/mulighed for at ophæve kontraktens eksklusive karakter, hvor værket mv. ikke udnyttes, ligesom direktivet fastslår visse af disse reglers præceptivitet.¹⁸ Direktivet indeholder også regler om “kollektive licenser”, som er særligt relevante for aftalelicensordningerne,¹⁹ og mere specifikke regler om

havsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet artikel 3, stk. 5, og DSM-direktivets artikel 7.

11. Direktiv 2011/77 om ændring af direktiv 2006/116/EF om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder, artikel 1, nr. 2, litra c).
12. Direktiv 2014/26 (herefter CRM-direktivet) artikel 5.
13. CRM-direktivets artikel 16.
14. CRM-direktivets artikel 29, stk. 1.
15. Forordning 2017/1128 om grænseoverskridende portabilitet af onlineindholdstjenester i det indre marked artikel 7.
16. Se for en omtale af en række af reglerne Silke von Lewinski, “Provisions on individual and collective management”, i Michael M. Walter & Silke von Lewinski (red.), *European Copyright Law – A commentary* (2010), s. 1494 ff.
17. Direktiv 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. Direktivet er i skrivende stund (februar 2021) endnu ikke implementeret i Danmark. Implementeringsfristen er ifølge direktivets artikel 29, stk. 1, den 7. juni 2021.
18. DSM-direktivets artikel 18-23.
19. DSM-direktivets artikel 12. Se om udviklingen frem til direktivets artikel 12 Jesper Diernisse Langsted, “Områder, der ikke er reguleret af EU-retten”, *NTR* 2020, s. 139-144, s. 140 ff., afsnit 3. I visse tidligere direktiver er anført i præambelbetragtningerne, at det pågældende direktiv ikke berørte ordninger i medlemsstaterne så-

kollektive forvaltningsorganisationers adgang til at indgå licensaftaler med kulturarvsinstitutioner om værker eller andre frembringelser, der ikke længere forhandles,²⁰ bistand til parter, der oplever vanskeligheder i forbindelse med erhvervelse af visse licensrettigheder,²¹ passende vederlag til ophavsmænd, hvis værker indgår i en pressepublikation,²² ret for en udgiver til en del af en rimelig kompensation for anvendelse iht. undtagelser af et værk, som udgiveren har fået overdraget en rettighed eller en licensrettighed til,²³ visse licensaftaler indgået af udbydere af onlineindholdsdelingstjenester med rettighedshavere²⁴ og visse obligatoriske oplysninger i udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters vilkår og betingelser.²⁵ DSM-direktivet har herved bidraget med nogle vigtige bestemmelser om centrale forhold, ligesom det har ført til endnu flere bestemmelser af mere specifik karakter.

3. Praksis fra EU-Domstolen

Inden for de senere år har EU-Domstolen afsagt to domme, som er interessante for spørgsmålet om overdragelse af ophavs- og naborettigheder:

EU-Domstolens dom af 16. november 2016 i sag C-301/15, *Soulier og Doke*, ECLI:EU:C:2016:878, var en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, som angik en fransk ordning med hjemmel i lov, som havde til formål at gøre udgåede bøger tilgængelige igen ved at tilrettelægge deres kommercielle udnyttelse i digital form. Ifølge den franske ord-

som aftalelicenser, jf. således infosoc-direktivets præambelbetragtning 18 (og 30), direktivet om forældreløse værkers præambelbetragtning 24 og CRM-direktivets præambelbetragtning 12. En EU-retlig regel, som indebærer en form for aftalelicens, følger af artikel 4 i direktiv 2019/789 om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af tv- og radioselskabernes online-transmissioner samt retransmissioner af tv- og radioprogrammer, og om ændring af Rådets direktiv 93/83/EØF.

20. DSM-direktivets artikel 8, stk. 1.
21. DSM-direktivets artikel 13.
22. DSM-direktivets artikel 15, stk. 5.
23. DSM-direktivets artikel 16.
24. DSM-direktivets artikel 17, stk. 2.
25. DSM-direktivets artikel 17, stk. 9, 4. afsnit.

ning udøvedes retten til at tillade reproduktioner eller tilgængeliggørelse af en udgået bog i digital form af et godkendt rettighedsforvaltningsselskab, når bogen havde været registreret i en database i over seks måneder. Forfatteren eller dennes forlægger kunne modsætte sig, at et sådant rettighedsforvaltningsselskab udøvede tilladelsesretten, hvilket skulle ske skriftligt til et nærmere angivet organ senest seks måneder, efter at den pågældende bog var optaget i databasen. Hvis forfatteren eller forlæggeren ikke modsatte sig selskabets udøvelse af tilladelsesretten inden for fristen, ville selskabet tilbyde relevante aktører tilladelse til reproduktion og tilgængeliggørelse af bogen i digital form. Ophavsmanden og forlægger kunne dog på et hvilket som helst tidspunkt tilbagekalde retten til at tillade reproduktion og tilgængeliggørelse af bogen i digital form.²⁶

I sagen havde Marc Soulier og Sara Døke, der er ophavsmænd til litterære værker, stævnet den franske premierminister og kultur- og kommunikationsminister, idet forfatterne bl.a. gjorde gældende, at den franske ordning udgjorde en undtagelse, der ikke var omfattet af de undtagelser, der er udtømmende oplyst i infosoc-direktivets artikel 5.

Efter at have konstateret, at den franske ordning ikke var omfattet af nogen af undtagelserne i infosoc-direktivets artikel 5,²⁷ var spørgsmålet for EU-Domstolen, om infosoc-direktivets artikel 2, litra a), om reproduktionsretten, og artikel 3, stk. 1, om ret til overføring til almenheden, var til hinder for national lovgivning som den franske.²⁸

EU-Domstolen bemærkede, at beskyttelsen efter de nævnte bestemmelser i infosoc-direktivet ikke blot omfatter *nydelsen* af de pågældende rettigheder men også *udøvelsen* heraf.²⁹ Videre, at de omhandlede rettigheder er af præventiv karakter, således at enhver reproduktion eller overføring til almenheden af tredjemand kræver rettighedshaverens forudgående tilladelse, og at enhver anvendelse³⁰ af et værk foretaget af

26. Se om den franske ordning sag C-301/15, *Soulier og Døke*, ECLI:EU:C:2016:878, præmis 14-15.

27. *Ibid.*, præmis 26-27.

28. *Ibid.*, præmis 28.

29. *Ibid.*, præmis 31-32.

30. Her må det af EU-Domstolen anførte naturligvis forstås som anvendelser af værket, som er omfattet af en eneret, såsom reproduktion, overføring til almenheden, spredning til almenheden mv., idet en anvendelse af et værk, der ikke er omfattet af

tredjemand uden et sådant samtykke skal betragtes som en krænkelse af ophavsretten, med forbehold for de undtagelser, der er fastsat i info-soc-direktivets artikel 5.³¹ Herefter anførte EU-Domstolen, at:

“35 Artikel 2, litra a), og artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 præciserer imidlertid ikke den måde, hvorpå ophavsmandens forudgående samtykke skal udtrykkes, og derfor kan disse bestemmelser ikke fortolkes således, at de foreskriver, at et sådan samtykke nødvendigvis skal udtrykkes eksplicit. Det bemærkes, at de nævnte bestemmelser tværtimod også giver mulighed for, at samtykket udtrykkes implicit.

36 I en sag, hvor Domstolen blev anmodet om at tage stilling til begrebet ‘nyt publikum’, fandt den, at i en situation, hvor en ophavsmand forudgående havde givet tilladelse eksplicit og uden forbehold til udgivelsen af hans artikler på en presseredaktørs hjemmeside uden anvendelsen af tekniske foranstaltninger til at begrænse adgangen til disse værker fra andre hjemmesider, kunne denne ophavsmand i det væsentlig anses for at have givet tilladelse til overføring af de nævnte værker til alle internetbrugere (jf. i denne retning dom af 13.2.2014, Svensson m.fl., C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 25-28 og 31).

37 Formålet med en høj beskyttelse af ophavsmænd, hvortil niende betragtning til direktiv 2001/29 henviser, indebærer imidlertid, at de betingelser, under hvilke et implicit samtykke kan antages at foreligge, skal fastsættes nøje for at undgå, at selve princippet om ophavsmandens forudgående samtykke tilsidesættes.

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

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

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

en sådan beskyttelse, såsom at læse en bog højt for sit barn (ikke-offentlig fremførelse), naturligvis ikke vil være en krænkelse.

31. Sag C-301/15, *Soulier og Doke*, ECLI:EU:C:2016:878, præmis 33-34.

Det af EU-Domstolen anførte i præmis 37-40 kan forekomme selvfølgeligt, når der er tale om implicitte samtykker; nemlig at rettighedshaveren må have en eller anden form for kendskab til den påtænkte anvendelse af værket, for at rettighedshaveren kan have samtykket. I modsat fald er samtykket, som anført af Domstolen, jo rent hypotetisk. Interessant at bemærke er imidlertid, at EU-Domstolen – efter i præmis 35-36 at have fastslået, at direktivet ikke er til hinder for implicitte samtykker – selv indlod sig på en fastlæggelse af betingelserne for, at der kan antages at foreligge et sådant. EU-Domstolen anførte således i præmis 37, at betingelserne skal *fastsættes nøje*, og i de følgende præmisser påtog EU-Domstolen sig så vidt ses denne opgave med at fastsætte (i hvert fald visse af) betingelserne.

Alternativet havde vel været, at EU-Domstolen havde udtalt, at fraværet af en krænkelse i denne situation, hvor der ikke var en relevant undtagelse i direktivet, måtte afhænge af, om der efter national ret kunne antages at foreligge et implicit samtykke. Men det gjorde EU-Domstolen altså ikke.

I forhold til den konkrete franske ordning anførte EU-Domstolen, at:

“41 Hvad angår en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede skal det bemærkes, at den overlader udøvelsen af retten til at tillade digital udnyttelse af udgåede bøger til et godkendt selskab, samtidig med at den giver ophavsmændene til disse bøger mulighed for at modsætte sig en sådan udøvelse inden for en frist på seks måneder fra registreringen i en database, der er oprettet til dette formål.

42 Gennemførelsen af en ret til at modsætte sig, der er indført med en sådan lovgivning, for samtlige rettighedsindehavere til de pågældende bøger og navnlig ophavsmændene, bevirker således, at anvendelsen af disse værker forbydes, mens den manglende modsættelse fra en ophavsmands side inden for den fastsatte frist kan fortolkes i henhold til artikel 2, litra a), og artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 som udtryk for et implicit samtykke til den nævnte anvendelse.

43 Det fremgår imidlertid ikke af forelæggelsesafgørelsen, om den nævnte lovgivning indeholder en ordning, der sikrer effektiv og individualiseret information af ophavsmændene. Det kan derfor ikke udelukkes, at visse af de pågældende ophavsmænd reelt ikke engang har kendskab til den planlagte anvendelse af deres værker, og dermed, at de ikke er i stand til at tage stilling til dette i den ene eller i den anden retning.

Under disse omstændigheder kan den blotte omstændighed, at ophavs-mændene ikke har modsat sig dette, ikke betragtes som udtryk for deres implicite samtykke til denne anvendelse.

44 Dette gælder så meget desto mere, når en sådan lovgivning vedrører bøger, der tidligere har været genstand for udgivelse og kommerciel distribuering, men ikke aktuelt er det. Denne særlige sammenhæng er til hinder for, at det med rimelighed kan antages, at alle ophavs-mændene til disse 'glemte' bøger, såfremt de ikke har gjort indsigelse, imidlertid støtter, at deres værker 'genoplives' med henblik på deres kommercielle anvendelse i digital form.”

Derefter bemærkede EU-Domstolen, at forfølgelsen af et formål som digital udnyttelse af udgåede bøger i den kulturelle interesse for forbrugerne og samfundet som helhed ikke kunne begrunde en undtagelse, der ikke er fastsat af EU-lovgiver,³² ligesom Domstolen havde nogle bemærkninger om den franske ordnings betingelser for, at forfatterne kunne anses for at have benyttet sig af muligheden for at bringe udnyttelsen af deres værker i digital form til ophør.³³

Dommen er interessant, fordi den giver grundlag for den antagelse, at betingelserne for, at der er givet (i hvert fald implicit) samtykke til en bestemt anvendelse af et værk, er omfattet af EU-harmoniseringen og skal undergives fortolkning af EU-Domstolen. Videre, fordi den synes at give anledning til tvivl om, hvorvidt medlemsstaterne har kompetence til at afgøre, hvad der er “[...] effektive oplysninger om den planlagte anvendelse af [ophavs-mændenes] værker [...]” (præmis 39-40) eller “[...] effektiv og individualiseret information af ophavs-mændene [...]” (præmis 43), eller om også dette henhører under EU-Domstolens fortolkning. Desuden giver den anledning til spørgsmålet, om også betingelserne for eksplicite samtykker efter EU-Domstolens opfattelse (i en eller anden grad) skal fastlægges af EU-Domstolen selv.

Flere af direktiverne på det ophavsretlige område, herunder infosoc-direktivet, som sagen angik, indeholder regler om, at direktiverne ikke berører aftalelovgivningen, hvilket kunne tale imod, at reglerne om samtykke til værksudnyttelser i mere væsentlig grad er omfattet af

32. *Ibid.*, præmis 45.

33. *Ibid.*, præmis 46-51.

harmoniseringen.³⁴ På den anden side angiver en række af direktiverne, herunder infosoc-direktivet, at den pågældende rettighedshaver har “[...] eneret til at tillade eller forbyde [...]”,³⁵ “[...] eneret til at tillade [...]”³⁶ og “[...] eneret til at foretage eller tillade [...]”³⁷ de pågældende beskyttede handlinger såsom reproduktion eller overføring til almenheden. Eftersom EU-Domstolen gentagne gange har udtalt, at begreber i direktiverne er selvstændige EU-retlige begreber, som normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele EU,³⁸ kunne det forekomme nærliggende, at EU-Domstolen også vil have denne opfattelse for så vidt angår direktivernes begreber at “tillade” (og “forbyde”) de eneretsbeskyttede handlinger.

-
34. Infosoc-direktivets artikel 9, databasedirektivets artikel 13, programdirektivets artikel 8, 1. pkt., og Direktivet om forældreløse værker artikel 7. Se herom også Silke von Lewinski, “Provisions on individual and collective management”, i Michael M. Walter & Silke von Lewinski (red.), *European Copyright Law – A commentary* (2010), s. 1502 f., pkt. 16.0.101.
35. Infosoc-direktivets artikel 2-4 og leje-/lånedirektivets artikel 7, stk. 1 og 2, og artikel 8, stk. 1 og 3. Leje-/lånedirektivets artikel 3, stk. 1, har følgende tilsvarende formulering: “Eneretten til at tillade eller forbyde udlejning og udlån tilkommer [...]” Sml. dog anderledes leje-/lånedirektivets artikel 9, stk. 1, hvor det hedder, at “Medlemsstaterne giver de følgende eneret til at gøre genstandene angivet i litra a) til d), herunder eksemplarer deraf, tilgængelige for almenheden ved salg eller på anden måde [...]”.
36. Satellit og kabeldirektivets artikel 2.
37. Databasedirektivets artikel 5. Se også programdirektivets artikel 4, stk. 1, som lyder “[...] skal den eneret, som tilkommer rettighedshaveren som defineret i artikel 2, omfatte ret til at foretage eller tillade [...]”. Sml. dog Databasedirektivets artikel 7, stk. 1, om sui generis-retten, hvor der fastslås en “[...] ret til at forbyde udtræk og/eller genanvendelse af hele basens indhold eller en væsentlig del deraf [...]”.
38. Se Dan Stausholm Nielsen, *InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser* (2017), s. 51 ff., bl.a. med note 49, hvor der er henvisninger til praksis fra EU-Domstolen (en gratis onlineversion af bogen kan findes på <www.ubva.dk> under “Publikationer”), og Morten Rosenmeier m.fl., “Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for ‘dansk ophavsret’?”, *NIR* 2018, s. 291-357, s. 297 ff., afsnit 2.1. Som et eksempel fra nyere praksis kan nævnes EU-Domstolens dom af 18. november 2020 i sag C-147/19, *Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación*, ECLI:EU:C:2020:935, præmis 31-33 og 48, om begreberne “fonogram” og “reproduktion af et sådant fonogram” som omhandlet i artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100 (tidl. leje-/lånedirektiv) og artikel 8, stk. 2, i nuværende leje-/lånedirektiv.

EU-Domstolens dom af 14. november 2019 i sag C-484/18, *Spedidam m.fl.*, ECLI:EU:C:2019:970, var en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, som angik en fransk ordning med hjemmel i lov, hvor et fransk offentligretligt organ, INA, havde fået til opgave at bevare og fremme den nationale audiovisuelle arv, idet den skulle sikre bevaring af de nationale programselskabers audiovisuelle arkiver og kunne udnytte uddrag fra disse programselskabers arkiver. Den franske ordning skulle ifølge en fransk domstol fortolkes således, at ordningen, til fordel for INA, indførte en simpel formodning for forudgående samtykke fra den udøvende kunstner til kommerciel udnyttelse af optagelsen af den pågældende kunstners fremførelser, som fandtes i INA's arkiver.³⁹

I sagen havde retssuccessorerne efter en musiker, der døde i 1985, stævnet INA, idet de konstaterede, at INA markedsførte videogrammer og fonogrammer, der gengav den afdøde musikers fremførelser, uden at retssuccessorerne havde meddelt deres tilladelse til dette. Videogrammerne og fonogrammerne var blevet produceret og derefter transmitteret af de nationale produktionsselskaber.

Det relevante spørgsmål, som EU-Domstolen skulle tage stilling til, var på den baggrund foreneligheden med infosoc-direktivet af en national ordning, der – i forbindelse med udnyttelsen af audiovisuelle arkiver, som foretages af et organ, der er udpeget til dette formål – indfører en afkræftelig formodning for, at den udøvende kunstner giver tilladelse til optagelsen og udnyttelsen af sin fremførelse, når denne udøvende kunstner deltager i optagelsen af et audiovisuelt værk med henblik på dette værks radiotransmission.⁴⁰

Ligesom i *Soulier og Doke* bemærkede EU-Domstolen, at beskyttelsen efter de relevante bestemmelser i infosoc-direktivet ikke blot omfatter *nydelsen* af de pågældende rettigheder men også *udøvelsen* heraf, at rettighederne er af præventiv karakter, og at enhver anvendelse af sådanne beskyttede frembringelser foretaget af tredjemand uden et sådant samtykke derfor skal betragtes som en krænkelse af rettighedshaverens rettigheder, med forbehold for de undtagelser, der er fastsat i infosoc-direktivets artikel 5.⁴¹

39. Sag C-484/18, *Spedidam m.fl.*, ECLI:EU:C:2019:970, præmis 33.

40. *Ibid.*, præmis 34.

41. *Ibid.*, præmis 37-39.

Derefter bemærkede EU-Domstolen under henvisning til *Soulier og Doke*, at bestemmelserne i infosoc-direktivet ikke angiver den måde, samtykket skal gives på, og at bestemmelserne derfor ikke kan fortolkes således, at et samtykke skal være skriftligt eller udtrykkeligt. Derimod kan et samtykke gives implicit, og de betingelser, under hvilke et implicit samtykke kan antages at foreligge, skal fastsættes nøje.⁴²

Herefter bemærkede EU-Domstolen, at:

“41 I den foreliggende sag, således som det er anført i denne doms præmis 31-33, indfører den ændrede artikel 49 for så vidt angår den udøvende kunstner, der deltager i produktionen af et audiovisuelt værk, en afkræftelig formodning til fordel for INA for denne udøvende kunstners tilladelse til optagelsen og udnyttelsen af sin fremførelse, hvilket gør det muligt at fravige det krav, der er fastsat i artikel L. 212-3 i lov om intellektuelle ejendomsrettigheder, om at være i besiddelse af en skriftlig tilladelse fra nævnte udøvende kunstner for sådanne anvendelser.

42 I denne forbindelse skal det først bemærkes, at en udøvende kunstner, der selv deltager i produktionen af et audiovisuelt værk med henblik på de nationale programselskabers radiotransmission heraf, og som derfor er til stede på stedet for optagelsen af et sådant værk med dette formål, dels har kendskab til den påtænkte anvendelse af sin fremførelse (jf. analogt dom af 16.11.2016, *Soulier og Doke*, C-301/15, EU:C:2016:878, præmis 43), dels udfører sin fremførelse med henblik på en sådan anvendelse, hvorfor det i mangel på beviser for det modsatte kan lægges til grund, at den udøvende kunstner som følge af denne deltagelse har givet tilladelse til optagelsen af nævnte fremførelse og udnyttelsen heraf.

43 Dernæst bemærkes, at for så vidt som det forekommer at være tilfældet, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning gør det muligt for den udøvende kunstner eller dennes retssuccessorer at godtgøre, at denne ikke har givet samtykke til senere udnyttelser af sin fremførelse, har den i denne doms præmis 34 nævnte formodning en afkræftelig karakter. Idet denne lovgivning således begrænser sig til at fravige kravet, der er fastsat i artikel L. 212-3 i lov om intellektuelle ejendomsrettigheder, men som ikke er fastsat i EU-retten, om en skriftlig tilladelse fra den udøvende kunstner, vedrører nævnte lovgivning kun tilrettelæggelsen af bevisreglerne for, om der foreligger en sådan tilladelse.”⁴³

42. *Ibid.*, præmis 40.

43. *Ibid.*, præmis 41-43.

Endelig bemærkede EU-Domstolen, at en sådan formodning gjorde det muligt at bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere, og at en sådan formodning under alle omstændigheder ikke kunne påvirke de udøvende kunstners ret til at modtage passende vederlag for optagelserne af deres fremførelser.⁴⁴ På den baggrund var en ordning som den franske ikke i strid med direktivet.⁴⁵

Præmis 42 synes at skulle forstås således, at det forhold, at den udøvende kunstner både er bekendt med den påtænkte anvendelse af sin fremførelse og udfører denne med henblik herpå som led i produktionen, gør, at der er grundlag for – i mangel af beviser for det modsatte – at anse vedkommende for at have givet et implicit samtykke til optagelsen af fremførelsen og efterfølgende udnyttelse heraf. I den forbindelse må præmis 42-43 nok forstås således, at den franske formodningsregel ikke havde været forenelig med direktivet, hvis der ikke, som anført i præmis 42, havde været grundlag for at lægge til grund, at der var givet et implicit samtykke, idet der i så fald ikke var grundlag for en sådan formodning om overdragelse.

Dommen er interessant, for det første fordi den gentager principperne fra *Soulier og Doke*. For det andet, fordi den handlede om udøvende kunstnere og ikke ophavsrettighedsindehavere som i *Soulier og Doke*, og for det tredje, fordi den kan læses således, at EU-Domstolen igen indlod sig på en fortolkning af reglerne om samtykke (tilladelse) til at udnytte beskyttet materiale, nemlig om en udøvende kunstner i den pågældende situation kunne anses for at have givet et implicit samtykke eller ej (præmis 42).

De to domme fra EU-Domstolen synes således at give grundlag for den antagelse, at EU-Domstolen – i hvert fald i en eller anden grad – anser reglerne om samtykke/tilladelse til udnyttelse af beskyttet materiale for at være omfattet af EU-harmoniseringen og således undergivet fortolkning ved EU-Domstolen.⁴⁶ Rækkevidden af dommene er dog ikke klare, og det vil derfor være interessant at følge, om EU-Domsto-

44. *Ibid.*, præmis 44-45.

45. *Ibid.*, præmis 46.

46. Dog naturligvis næppe for så vidt angår *ikke-harmoniserede* rettigheder.

len forelægges præjudicielle spørgsmål af lignende karakter i fremtiden.

4. Afrunding

EU-retten udøver, som det er fremgået ovenfor, i stigende grad indflydelse på området for overdragelser af ophavs- og naborettigheder, herunder (så vidt ses) også igennem EU-Domstolens fortolkning af direktiverne.

Selvom der fortsat ikke er sket en egentlig generel, horisontal harmonisering af reglerne om overdragelser af ophavs- og naborettigheder, er der således god grund til at interessere sig for EU-rettens rolle, når der opstår spørgsmål om rettighedsoverdragelser af den nævnte karakter. Visse spørgsmål er uklare, og her vil EU-Domstolens praksis i fremtiden forhåbentligvis hjælpe med en afklaring.

Ophavsret og ytringsfrihed

*Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen
& partner Jakob Plesner, begge Ples&Lindholm**

1. Indledning¹

Ophavsretsloven giver ophavsmanden en *eneret* til de værker – f.eks. film, musik og bøger – som vedkommende skaber. Det indebærer, at ophavsmanden som udgangspunkt har monopol på at dele hele eller dele af værket, dvs. at “at enhver reproduktion eller overføring til almenheden af et værk af tredjemand kræver ophavsmandens forudgående samtykke”.²

Da vi lever i et videnssamfund er der imidlertid i visse situationer en samfundsmæssig interesse i at dele information, herunder materiale som andre har skabt. Det indebærer, at der kan opstå en konflikt mel-

* Tak til Helene May Kristensen for hjælp med informationssøgning, korrekturlæsning m.v.

1. Om samme emne se bl.a. Mathiasen, J. P; Nielsen, L. L., *Lærebog i Entertainmentret* (2019), Andersen, P. B, *Ophavsret og ytringsfrihed* (2018), Linkis, J., *Dansk ophavsrets fleksibilitet – En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser* (2017), Rosenmeier, M; m.fl., “Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for ‘dansk ophavsret’?” (2018), Schønning, P., *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), Udsen, H., *De Informationsretlige Grundsætninger* (2019).
2. Se f.eks. C-301/15, *Soulier og Doke*, betragtning 33.

lem hensynet til ophavsmandens eneret til værket og tredjemands interesse i at dele værket. Sat på spidsen drejer det sig om ophavsmandens eneret over for tredjemands ytringsfrihed.

Ophavsretslovens kapitel 2 indeholder allerede en række undtagelser til ophavsmandens eneret. Det drejer sig om alt lige fra brug af mindre dele af værket i citater til brug i film, nyhedsreportager osv. Fælles for undtagelserne er, at de i større eller mindre grad netop tager hensyn til ytringsfriheden, da de giver brugeren mulighed for at anvende og dele beskyttede værker.

Spørgsmålet er imidlertid, om der – udover de undtagelser som fremgår direkte af ophavsretsloven – gælder en generel undtagelse for tilladt brug med hjemmel i EMRK's artikel 10, stk. 1, om ytringsfrihed.

Derudover er det også relevant at undersøge i hvor stor udstrækning ytringsfriheden inddrages som hensyn ved fortolkningen af de undtagelsesbestemmelser, som fremgår af selve ophavsretsloven.

I artiklen analyserer vi spørgsmålene med udgangspunkt i retspraksis fra de danske domstole, EU-Domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

2. Dansk lovgivning og retspraksis om ophavsret og ytringsfrihed

Det har – i hvert fald tidligere – generelt været antaget, at der kan være andre undtagelser til ophavsmandens eneret end dem, som fremgår direkte af ophavsretsloven. I forarbejderne til ophavsretsloven fra 1961 fremhæves det eksempelvis, at der gælder en undtagelse for parodi-brug, selvom en sådan ikke fremgår direkte af ophavsretsloven.³ Dette begrundes med, at der har været fast *tradition* for, at dette er tilladt.

Højesteret har også anerkendt, at der gælder en generel ulovbestemt *bagatelgrænse* ("de minimis"-princippet) for, hvornår brug af andres værker kræver tilladelse. I Højesterets dom af 18. december 2018 optrykt i *UfR 2019.1109 H* (keramik) fremhævede Højesteret således, at

3. FT 1959-1960, tillæg A almindelige bemærkninger spalte 2693. Bemærkningen vedrører de ideelle rettigheder, men det antages, at bemærkningen også gælder for de økonomiske rettigheder, jf. Schønning, P., *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), s. 212.

“brug af et ophavsretligt beskyttet værk selv i en kommerciel, markedsføringsmæssig sammenhæng kan være af så underordnet betydning, at der uanset at rettighedshaveren ikke har givet tilladelse til brugen ikke vil være tale om en ophavsretskrænkelse.”

Højesteret understreger samtidig, at undtagelsen skal fortolkes restriktivt.

De danske domstole har i flere sager taget stilling til, om ytringsfriheden i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK's) artikel 10, stk. 1, kan påberåbes til støtte for at foretage en ophavsretlig handling, som ellers ville kræve tilladelse. Det drejer sig både om tilfælde, hvor kunstnere har ønsket at bruge andres værker i deres egne værker og tilfælde, hvor det ophavsretligt beskyttede materiale har været ønsket spredt som led i den offentlige debat eller af pressen. I det følgende gennemgås de to områder hver for sig.

2.1. Kunstnerisk ytringsfrihed

I relation til den kunstneriske ytringsfrihed er den toneangivende dom Østre Landsrets dom optrykt i *UfR 2009.875 Ø* (Den Lille Havfrue i Bjørn Nørgaard-kollage). I sagen havde kunstneren, Bjørn Nørgaard, anvendt to mindre fotografier af Edvard Eriksens skulptur Den Lille Havfrue i en kollage uden tilladelse fra rettighedshaverne. Landsretten lagde vægt på, at der var en fast *tradition* for, at kunstnere i kollager anvender andres ophavsretsbeskyttede værker, selvom der ikke er givet samtykke hertil fra ophavsmændene.

Landsretten vurderede, at der i disse situationer skal foretages en konkret afvejning af hensynet til en effektiv beskyttelse af rettighedshavernes ophavsret over for hensynet til kunstnerens kunstneriske ytringsfrihed. Fotografierne havde ikke en dominerende plads i kollagen, ligesom brugen af fotografierne ikke var egnet til at berige kunstneren på bekostning af rettighedshaverne. Endelig havde anvendelsen af fotografierne en særlig baggrund, da kollagen var udarbejdet i anledning af H.C. Andersen-året og vedrørte H.C. Andersens eventyr om Den Lille Havfrue. Kunstneren ønskede at gå dybere ind i fortællingen og pege på forskellige tolkninger – bl.a. illustreret ved brug af fotografierne af Edvard Eriksens figur. Kunstneren havde tidligere lavet sin egen

version af Den Lille Havfrue (en genmodificeret havfrue), og der indgik også fotografier af denne skulptur i kollagen.

På baggrund af disse særlige omstændigheder kom landsretten frem til, at kunstnerens ytringsfrihed vejede tungere end rettighedshavernes ophavsret, hvorfor brugen var lovlig, idet der herefter var tale om en fri benyttelse, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 2. Domstolen synes således at lade ytringsfriheden få betydning for rækkevidden af ophavsmandens eneret.

Landsrettens afgørelse er meget konkret begrundet og allerede få år efter fik landsretten lejlighed til at afklare grænserne yderligere i en ny sag om brug af et fotografi i en kollage. I Østre Landsrets dom optrykt i *UfR 2013.1704 Ø* (Hornsleths kollage) havde kunstneren, Hornsleth, ligeledes gjort brug af et mindre fotografi i et kunstværk. Fotografiet var et portrætfoto af en kvindelig journalist, hvor Hornsleth havde klippet hovedet ud og indsat det i en stærkt pornografisk kollage. Hornsleth og journalisten havde haft en konflikt på baggrund af artikler, som journalisten havde skrevet, hvilket var baggrunden for brugen i kollagen, som var en form for hævn fra kunstnerens side.⁴

Landsretten foretog igen en afvejning af ophavsretten over for den kunstneriske ytringsfrihed. I modsætning til sagen om Den Lille Havfrue havde fotografiet en helt central placering i kollagen, som var stærkt pornografisk og krænkende. Landsretten fandt på denne baggrund, at der var tale om en ophavsretlig krænkelse og afviste, at hensynet til kunstnerisk ytringsfrihed kunne føre til et andet resultat. Landsretten fandt på den måde, at hensynet til ytringsfriheden varierer, dvs. at det f.eks. er svagere, når ytringen er krænkende.

På baggrund af de to domme må det konkluderes, at hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed efter dansk retspraksis kan medføre en begrænsning af den ophavsretlige beskyttelse. Sagerne er imidlertid meget konkret begrundede. De primære faktorer, som vil tale for en lovlig brug, vil være, om der er tale om en mindre brug af det beskyttede værk, om der er tradition for en sådan brug på det konkrete kunstområde, om brugen er nødvendig som led i en kunstnerisk fortælling, samt om brugen er krænkende.

4. Sagen var anlagt af fotografen (og ikke journalisten), da det var fotografen, som havde ophavsrettighederne til fotografiet.

Det må antages, at spillerummet for den kunstneriske ytringsfrihed må vurderes separat på hvert enkelt kunstområde. Muligheden for at påberåbe sig kunstnerisk ytringsfrihed ved brug i kollager er således ikke den samme, som ved brug i musikværker m.v. Østre Landsret henviser således i *UfR 2009.875 Ø* (Den Lille Havfrue i Bjørn Nørgaard-kollage) direkte til, at der gælder en særlig tradition på kollage-området.

Meget tyder endvidere på, at en begrænsning af den ophavsretlige beskyttelse – enten i form af en snævrere eneret eller i form af en undtagelse – vil skulle have udtrykkelig hjemmel i EU-retten. Der henvises til afsnit 4 herfor. En løs hensynsafvejning uden skelen til de EU-retlige regler vil således næppe kunne opretholdes. Som det fremgår af afsnit 4, er det således tvivlsomt, om ovenstående praksis er gyldig efter EU-retten.

2.2. Pressens ytringsfrihed og ytringer som led i den offentlige debat

I pressen og den offentlige debat er der et udtalt behov for at kunne dele informationer. Pressens ytringsfrihed tager udgangspunkt i EMRK's artikel 10, stk. 1, om ytringsfrihed, som er nærmere gennemgået i afsnit 3.

Ytringsfriheden blev påberåbt af pressen i en utrykt byretsdom fra 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog). I sagen havde Politiken udgivet en hel bog af den danske EU-kommissær, Ritt Bjerregaard, som et tillæg til avisen. Ritt Bjerregaard havde imidlertid ikke selv offentliggjort bogmanuskriptet eller givet tilladelse til, at Politiken udgav bogen. Hensynet til ophavsretten vejede her tungere end ytringsfriheden. Der var tale om en grov krænkelse, idet bogen ikke tidligere var udgivet, ligesom Politiken valgte at udgive hele bogen uden tilladelse. Det var ikke *nødvendigt* for Politiken at udgive hele bogen for at kunne formidle de relevante budskaber. Byretten idømte på den baggrund Politikens ansvarshavende redaktør 20 dages hæfte.

Ytringsfriheden og EMRK's artikel 10, stk. 1, blev ligeledes påberåbt i Østre Landsrets dom af 11. maj 1999 optrykt i *UfR 1999.1462 Ø* (En familie og dens Dronning). Sagen drejede sig om en bog om kongehuset, som vakte stor opsigt. Bogen indeholdt bl.a. et afsnit om kronprinsen, som udtalte sig om selvmordstanker. Billed-Bladet valgte at bruge ca.

3 % af bogens samlede tekst i en artikel, hvor ca. 90 % af indholdet var citat fra bogen. Landsretten fandt, at en så omfattende brug ikke var et lovligt citat efter ophavsretslovens § 22. Derudover var brugen heller ikke lovlig efter EMRK's artikel 10, stk. 1. Billed-Bladet kunne således have opnået samme formål med artiklen ved et langt mindre citat (eller ved anden omtale af bogens budskaber). På samme vis som i sagen om Kommissærens dagbog var det således ikke *nødvendigt* for Billed-Bladet at bruge så omfattende mængder af det ophavsretligt beskyttede materiale for at komme ud med det budskab, som bladet ønskede. Billed-Bladet blev derfor dømt til at betale et rimeligt vederlag til rettigheds-haverne på 50.000 kr.

I Vestre Landsrets dom af 5. juli 2013 optrykt i *UfR 2013.3002 V* (TV 2 Østjylland) havde TV 2 Østjylland vist et fotografi af en far og søn, der døde i et forlis på Kattegat uden at indhente tilladelse fra fotografen. TV-stationen viste fotografiet i forbindelse med en tv-optagelse i hjemmet hos de efterladte, hvor der blev filmet meget indgående på fotografiet. De øvrige danske medier, som havde anvendt billedet, havde betalt for dette.

Landsretten afviste, at TV 2 Østjylland kunne bruge billedet uden tilladelse med henvisning til ytringsfriheden og EMRK's artikel 10, stk. 1. Det var således ikke *nødvendigt* for tv-stationen at vise fotografiet for at formidle nyheden, som drejede sig om de efterladtes reaktion og myndighedernes fejl i forbindelse med redningen.

Østre Landsrets dom af 22. juni 2018 optrykt i *UfR 2019.1294 Ø* (karikaturtegning) drejede sig om brug af en kunstners karikaturtegning bragt i satiremagasinet Spot. Magasinet var inspireret af franske Charlie Hebdo. Der var tale om en karikaturtegning af Katrine Winkel Holm, som var formand for Trykkefrihedsselskabet. Tegningen var en del af debatten om ytringsfrihed og Muhammed-tegningerne.

Tegningen blev efterfølgende – på fremtrædende vis – brugt af Trykkefrihedsselskabet som illustration til et indlæg af Katrine Winkel Holm på selskabets hjemmeside. Indlægget indeholdt ingen henvisninger eller kommentarer til selve tegningen, og indlægget kunne derfor læses og forstås uden brug af tegningen. Det var med andre ord ikke *nødvendigt* at bringe tegningen, for at indlægget kunne forstås.

Landsretten fandt, at der var tale om en krænkelse af tegnerens ophavsrettigheder og afviste, at der under disse omstændigheder var tale om et indgreb i ytringsfriheden.⁵

I Københavns Byrets dom af 23. november 2020 (Den Lille Havfrue som Zombie)⁶ havde Berlingske bragt billeder af Den Lille Havfrue. Den ene tegning forestillede Den Lille Havfrue med et zombielignende ansigt med røde øjne, hvor hun holdt et flosset Dannebrog, med pigtråd i baggrunden og et banner med teksten "Ondskaben i Danmark". Tegningen var en teaser for en artikel i avisen som omhandlede, at Danmark havde Nordens ondeste debatkultur. Artiklen var ledsaget af et foto af Rasmus Paludan.

Derudover havde Berlingske bragt et fotografi af Den Lille Havfrue iført mundbind i forbindelse med en artikel med overskriften: "Bange for coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti".

Berlingske gjorde bl.a. gældende, at brugen var tilladt i medfør af EMRK's artikel 10, stk. 1, da brugen skete i forbindelse med Berlingskes behandling af emner af åbenbar offentlig interesse. Byretten afviste, at ytringsfriheden kunne bruges som hjemmel for brugen af Den Lille Havfrue, idet der ikke var en sammenhæng mellem Den Lille Havfrue og de ytringer, som fremgik af artiklerne. Det var med andre ord ikke *nødvendigt* at afbilde Den Lille Havfrue for at fortælle historien i artiklerne. Brugen var på denne baggrund i strid med rettighedshavernes rettigheder.⁷

På baggrund af dommene må det antages, at rammerne for pressen (eller andre som led i den offentlige debat) til at bruge ophavsrettigheder under henvisning til ytringsfriheden, ifølge dansk retspraksis, er forholdsvist begrænsede.⁸ I ingen af sagerne har pressen fået medhold i

5. Domstolen afviste, at ophavsretslovens § 23 fandt anvendelse i sagen, da tegningen ikke var gengivet i tilslutning til indlægget, ligesom gengivelsen ikke havde været nødvendig (§ 23, stk. 1). Gengivelsen af tegningen var heller ikke omfattet af § 23, stk. 2 eller 3, allerede fordi tegningen var frembragt med henblik på gengivelse i et tidsskrift, og fordi gengivelsen ikke var af underordnet betydning.

6. Sag BS-50268/2019-KBH.

7. Det bemærkes, at Berlingske ikke havde påberåbt sig parodi-princippet.

8. Se også Københavns Byrets dom af 11. december 2014 (Det tredje Testamente) om et forlags kopiering og tilgængeliggørelse af bogen "Det tredje Testamente". I denne sag vejede ophavsretten endnu engang tungere end ytringsfriheden.

deres påstande. Alle sager har dog drejet sig om en ganske omfattende brug af de pågældende ophavsrettigheder. Her har domstolene foretaget en proportionalitetsvurdering, hvor det afgørende er, om det har været *nødvendigt* at bruge ophavsrettighederne for at formidle budskabet.

Rammerne for, hvornår brugen anses for nødvendig, må anses for at være ganske snævre. Her vil det også spille ind, hvor intensiv brugen af ophavsrettighederne i givet fald er. Med andre ord kan undtagelsen for ytringsfrihed i forhold til pressen alene anses for at finde anvendelse, hvis der er tale om begrænset brug af ophavsretligt beskyttet materiale, og hvor denne samtidig er nødvendig for at kunne formidle selve nyheden. En sådan indskrænkning i ophavsmandens eneret vil desuden formentlig skulle have hjemmel i EU-retten for at være gyldig, jf. afsnit 4.

3. Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

EMRK's artikel 10, stk. 1, fastslår, at enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret kan dog – efter stk. 2 – underkastes restriktioner m.v., som er foreskrevet ved lov og som bl.a. er nødvendige af hensyn til beskyttelse af andres rettigheder. For at et indgreb er lovligt skal tre (kumulative) betingelser således være opfyldt:

1. Det skal være foreskrevet ved lov
2. Indgrebet skal forfølge et af de legitime formål, som er nævnt i stk. 2 (f.eks. beskyttelse af andres rettigheder)
3. Indgrebet skal være nødvendigt

EMRK anerkender med andre ord, at der kan ske begrænsninger af ytringsfriheden, hvis dette sker for at beskytte andres rettigheder – f.eks. ophavsrettigheder. I disse sager skal der ske en afvejning af ytringsfriheden over for beskyttelsen af rettighedshaverne.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har ved flere lejligheder taget stilling til denne afvejning:

3.1. Ashby Donald v. Frankrig, (Ashby Donald), 10. januar 2013⁹

Sagen drejede sig om tre modefotografer, som havde taget fotografier af (ophavsretligt beskyttet) tøj ved en række modeshows. Fotograferne distribuerede efterfølgende fotografierne på internettet – uden tilladelse fra modehusene – med det formål at sælge fotografierne. En fransk domstol kom frem til, at distributionen var en krænkelse af modehusenes ophavsrettigheder.

Fotograferne indbragte sagen for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, da de mente, at tilgængeliggørelsen af fotografierne var lovlig under henvisning til deres ytringsfrihed, jf. EMRK's artikel 10, stk. 1.

Domstolen afvejede fotografernes ytringsfrihed efter stk. 1 over for nødvendigheden af beskyttelsen af modehusenes ophavsrettigheder, jf. stk. 2. Domstolen lagde til grund, at indskrænkningen af ytringsfriheden var foreskrevet ved lov og forfulgte et lovligt hensyn (beskyttelse af andres ophavsrettigheder). Det primære spørgsmål var derfor, om indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. stk. 2.

Domstolen lagde vægt på, at formålet med fotograferingen og tilrådighedsstillelsen var kommerciel, idet det drejede sig om, at fotograferne ville sælge fotografierne. Der var således ikke tale om, at fotograferne varetog pressens funktion som public watchdog ved at videreformidle nyheder m.v., som havde offentlighedens interesse. Indgrebet var på denne baggrund proportionalt og nødvendigt.

Domstolen kom derfor frem til, at indgrebet mod fotograferne var lovligt, jf. EMRK's artikel 10, stk. 2.

3.2. Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi v. Sverige (Pirate Bay), 19. februar 2013¹⁰

Sagen vedrørte den svenske fildelingstjeneste, Pirate Bay, som gav tjenerens brugere mulighed for at dele og downloade ophavsretligt beskyttet materiale (f.eks. musik, film og spil).

9. *Ashby Donald and Others v. France* 36769/08.

10. *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* 40397/12.

Ejerne af tjenesten var blevet dømt for at foretage ophavsretskrænkelser i Sverige, men mente, at dommen var i strid med deres ytringsfrihed, jf. EMRK's artikel 10, stk. 1.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslog indledningsvist, at distributionen af materiale via fildelingstjenesten var omfattet af ytringsfriheden efter stk. 1, og at dommen mod ejerne derfor som udgangspunkt var et indgreb i deres ytringsfrihed. Domstolen foretog herefter en vurdering af, om indgrebet var lovligt efter EMRK's artikel 10, stk. 2.

Indgrebet var hjemlet i svensk lovgivning og forfulgte de lovlige hensyn, som var foreskrevet i EMRK's artikel 10, stk. 2 (beskyttelse af andres rettigheder og forebyggelse af kriminalitet).

Domstolen foretog herefter en vurdering af, om indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund. Ligesom i *Ashby Donald*-dommen var der tale om kommercielle ytringer og ikke ytringer som led i den offentlige debat. Derudover havde ejerne ikke taget skridt til at fjerne det krænkende materiale, på trods af at de var blevet opfordret hertil.

På denne baggrund fandt domstolen, at indgrebet var proportionalt og nødvendigt.

3.3. Sammenfatning af EMD's praksis

For at der kan foretages indgreb i ytringsfriheden skal tre betingelser som nævnt være opfyldt efter EMRK's artikel 10, stk. 2: Indgrebet skal være foreskrevet ved *lov*, forfølge et *legitimt formål* og være *nødvendigt*. I relation til ophavsrettigheder vil de to første betingelser stort set altid være opfyldt, da ophavsrettigheder er beskyttet via ophavsretsloven og netop beskytter rettighedshavernes rettigheder. Det afgørende i sagerne vil være om indgrebet er nødvendigt.

Ved vurderingen af, om indgrebet er nødvendigt, skal der foretages en proportionalitetsvurdering, hvor staterne skal afveje hensynet til at beskytte rettighedshaverne over for hensynet til ytringsfriheden. Ved denne vurdering er det tydeligt fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, at staterne har en bred skønsmargin. Der skal derfor en del til for, at domstolen vil tilsidesætte staternes vurdering.

De sager som domstolen har fået forelagt har drejet sig om kommercielle ytringer, hvor informationen er blevet delt med profit for øje.

Her er hensynet til ytringsfriheden snævrere end, når det drejer sig om ytringer, der sker i den offentlige debat, eller hvis det drejer sig om pressens ytringer som *public watchdog*.

4. EU-retten

4.1. Introduktion

Det er efterhånden ved at være en trivialitet at fremhæve, at ophavsretten er harmoniseret i EU.¹¹ Der eksisterer p.t. 12 direktiver og 2 forordninger, der udelukkende – eller næsten udelukkende – beskæftiger sig med ophavsret og nærtstående rettigheder. Hertil kommer, at mere horisontale retsakter som f.eks. retshåndhævelses- og e-handelsdirektivet indeholder regler, som har væsentlig betydning for håndhævelsen af ovennævnte rettigheder.

Det ligger uden for denne artikels formål at give en detaljeret beskrivelse af niveauet af harmonisering og de efterhånden få områder, hvor der ikke er sket harmonisering. Til brug for denne artikel kan blot konstateres, at ophavsretten i al væsentlighed er harmoniseret, og at medlemsstaterne, som udgangspunkt, ikke uden (ganske udtrykkelig) hjemmel i EU-lovgivningen kan lave nationale særordninger uden at komme i konflikt med EU-retten. Dette gælder også ift. særregler, som på den ene eller anden måde har at gøre med ytrings- eller informationsfrihed.

Dette betyder imidlertid ikke, at ytrings- og informationsfrihed ikke spiller en central rolle for ophavsretten. Tværtimod fylder afvejningen mellem disse hensyn og hensynet til beskyttelse af ophavsretten mere og mere i sager for EU-Domstolen, hvor domstolen i højere og højere grad inddrager retten til ytrings- og informationsfrihed. I dette afsnit vil vi se på de regler og afgørelser, som spiller den største rolle for denne hensynsafvejning.

11. For grundig gennemgang af graden af harmonisering kan navnlig henvises til Rosenmeier, M. m.fl., “Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for ‘dansk ophavsret’?” (2018).

4.2. EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder

Når man skal beskrive det juridiske forhold mellem ophavsret og ytringsfrihed, kommer man ikke uden om EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder, der indeholder en række centrale rettigheder.

Af artikel 11, der har overskriften "ytrings- og Informationsfrihed", følger:

1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser.
2. Mediefrihed og mediernes pluralisme respekteres.

Ejendomsretten reguleres i artikel 17, hvoraf følger, at:

1. Enhver har ret til at besidde lovligt erhvervet ejendom, at anvende den, at træffe dispositioner hermed og at lade den gå i arv. Ingen må berøves sin ejendom, medmindre det skønnes nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet. Anvendelsen af ejendommen kan reguleres ved lov, i det omfang det er nødvendigt af hensyn til almenvellet.
2. Intellectuel ejendomsret er beskyttet.

Begge artikler er formuleret så bredt, at man ofte vil stå i en situation, hvor det er umuligt ikke at krænke mindst en af artiklerne (hvis der anlægges en meget streng ordlydsfortolkning). En balance mellem de to er derfor nødvendig.

Charteret indeholder dog selv regler, der kan hjælpe med at forstå, hvor meget og hvordan man kan begrænse de grundlæggende rettigheder. Charterets afsnit VII indeholder således regler for fortolkning og anvendelse af charteret.

Af disse regler følger bl.a., at

"enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af al-

men interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder”.

Dette kan godt lyde en smule programerklæringsagtigt, men er noget, som lovgiver m.v. skal tage seriøst. Overskridelse af rammerne kan f.eks. betyde, at et direktiv erklæres ugyldigt.¹² Dette gælder også på ophavsrettens område.

4.3. Enerettigheder og indskrænkninger i infosoc-direktivet

Ophavsretsreguleringen i EU er, som nævnt ovenfor, spredt ud over en lang række direktiver og forordninger m.v.

Man kan således ikke finde alle enerettighederne samlet ét sted, men må gå på opdagelse i mange retsakter, før man har et overblik over den samlede beskyttelse. For at gøre dette værre, så er der nogle gange tale om fuld harmonisering af enerettighederne, mens der andre gange er tale om en minimumsbeskyttelse. Endelig er der fortsat enkelte områder, hvor eneretten ikke er harmoniseret. I dette afsnit vil vi navnlig fokusere på infosoc-direktivet.¹³

Man skal ikke længere ned end tredje betragtning i infosoc-direktivet, før man for første gang støder på den hensynsafvejning, som lovgiver har forsøgt at opnå med direktivet:

“Den foreslåede harmonisering medvirker til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse.”

En lignende henvisning kan også finde i betragtning 31, som relaterer sig til de undtagelser,¹⁴ som også behandles i direktivet.

12. Eksempelvis fandt EU-Domstolen i de forenede sager C-293/12 og C-594/12, *Digital Rights*, at det såkaldte “Data Retention Directive” var ugyldigt, da “EU-lovgiver ved vedtagelsen af direktiv 2006/24 har overskredet de grænser, som overholdelsen af proportionalitetsprincippet kræver, henset til chartrets artikel 7, 8 og 52, stk. 1.”

13. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

14. I infosoc-direktivet anvendes terminologien “Indskrænkninger og undtagelser”. I denne artikel anvendes alene “undtagelser” af hensyn til læsevenligheden.

EU-lovgiver har således tiltænkt en rimelig balance mellem de forskellige grundlæggende hensyn, herunder ophavsretten og ytringsfriheden, dog således at udgangspunktet for harmoniseringen er, at rettighedshaverne skal have et "højt beskyttelsesniveau".¹⁵

Selve artikelteksten indeholder ikke direkte henvisninger til ytrings- eller informationsfriheden. Eneretten følger af artikel 2 (eksemplar-fremstilling), artikel 3 (overføring til almenheden) og artikel 4 (spredning).

Indskrænkningerne og undtagelserne er oplistet i direktivets artikel 5, stk. 2 og 3. De betragtninger, som vedrører undtagelserne, beskæftiger sig ikke i nævneværdig grad med forholdet til ytringsfriheden. Det er således op til medlemsstaterne (ved gennemførelsen af direktivet) og de nationale domstole (ved fortolkning heraf) at finde den rette balance mellem de forskellige hensyn. Dette princip er også udtrykkeligt fastslået af EU-Domstolen.

I C-275/06, *Promusicae* – der dog ikke vedrørte ytringsfrihed – fastslog domstolen,

“at medlemsstaterne under gennemførelsen af de ovennævnte direktiver påser, at de lægger en fortolkning af disse direktiver til grund, som gør det muligt at sikre den rette afvejning af de forskellige grundlæggende rettigheder, der er beskyttet af Fællesskabets retsorden.”

Dommen siger dog ikke noget om, hvornår og hvordan denne afvejning skal ske. Man kan spørge om medlemslandene samlet set skal sørge for en rimelig balance, eller om afvejningen skal ske på et mere konkret plan, f.eks. ved fastlæggelsen af rækkevidden af de enkelte enerettigheder og undtagelser. Retspraksis viser imidlertid tydeligt, at det sidste er tilfældet.

4.4. Enerettigheder

Hensynet til ytringsfrihed har flere gange været inddraget i sager om, hvorvidt en given handling falder ind under en af enerettighederne og dermed kræver tilladelse.

15. Infosoc-direktivet, betragtning 9.

I C-160/15, *GS Media*, skulle domstolen tage stilling til, hvorvidt linking til et værk, som var lagt på internettet uden rettighedshavernes samtykke, var en “overføring til almenheden”. Domstolen startede – i overensstemmelse med tidligere praksis – med at fastslå, at dette begrebs betydning og rækkevidde skal fastlægges under hensyntagen til de mål, der forfølges med infosoc-direktivet og den sammenhæng, som den fortolkende bestemmelse indgår i.¹⁶ Domstolen fremhævede navnlig infosoc-direktivets betragtning 3, 9 og 31.

Domstolen valgte på den baggrund at foretage en hensynsafvejning, og konstaterede, at internettet er

“særligt vigtigt for ytrings- og informationsfriheden, som er sikret i charteret artikel 11, og at hyperlinks medvirker til, at internettet er velfungerende og til udveksling af meninger og information på dette netværk, der er karakteriseret ved adgang til uanede mængder af information.”¹⁷

Bl.a. på baggrund heraf – og som følge af, at borgere har svært ved at gennemskue om det, man linker til, er lagt op med eller uden rettighedshavernes samtykke – valgte domstolen at indføre en formodningsregel, således at det afgørende er

“om disse links er anbragt uden vinding for øje af en person, som ikke vidste, eller som ikke med rimelighed kunne vide, at disse værker ulovligt var blevet offentliggjort på denne anden internetside, eller om anbringelsen af disse links derimod er sket med vinding for øje, i hvilken situation en sådan viden må formodes at foreligge.”¹⁸

Hensynet til ytringsfriheden var således en vigtig faktor i at modificere eneretten til “overføring til almenheden”. Det er interessant, at domstolen ikke alene medtog hensynet til den part, som i den pågældende sag havde foretaget linking (GS Media), men også inddrog betydningen for bl.a. borgerne, som ikke var part i sagen.

Betydningen af ytringsfriheden er efterfølgende blevet testet i flere sager.

16. C-160/15, *GS Media*, betragtning 29.

17. *Ibid.*, betragtning 45.

18. *Ibid.*, betragtning 55.

I C-161/17, *Renckhoff*, fandt EU-Domstolen, at hverken retten til ytringsfriheden eller retten til uddannelse kunne begrunde, at en skoleelev kunne stille et fotografi til rådighed på en åben skoleportal uden samtykke fra ophavsmanden. Det var uden betydning, at fotografiet lovligt var stillet til rådighed uden adgangsbegrænsninger på en anden hjemmeside.¹⁹ Domstolen fandt således, at de hensyn, som bevirker en begrænsning af rettighedshavernes eneret ift. linking (jf. C-160/15, *GS Media*) ikke gjorde sig gældende i denne sag, hvor der var sket primær upload til internet.

Om forholdet mellem beskyttelse af ophavsretten og retten til uddannelse noterede domstolen, at EU-lovgiver i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra a, har valgt at give medlemsstaterne mulighed for at indføre en undtagelse om brug af værker m.v. i uddannelsesøjemed.²⁰ Domstolen synes her at indikere, at hvis der er en undtagelse, som er relevant ift. at balancere de forskellige grundlæggende hensyn, så bør omfanget af eneretten ikke også begrænses med henvisning til, at der skal ske en afvejning ift. andre hensyn. En bruger af et værk kan således ikke både få en begrænset eneret og en bred undtagelse.

I C-476/17, *Pelham*, skulle domstolen tage stilling til, om anvendelse af en meget kort lydprøve fra et beskyttet fonogram i forbindelse med sampling var en "reproduktion" i medfør af artikel 2, litra c, i infosoc-direktivet. Domstolen konkluderede, at udtagning af en sådan lydprøve var en "delvis reproduktion",²¹ men at dette ikke er tilfældet, når prøven anvendes "i et nyt værk i en form, som er ændret og uigenkendelig for øret". Domstolen fandt, at denne begrænsning måtte være nødvendig for at finde den "rimelige balance", som er nævnt i infosoc-direktivets betragtning 3 og 31. Domstolen fremhævede navnlig retten til kunst og ytringsfrihed som vægtige modhensyn. Domstolen tog ikke stilling til, hvordan denne konklusion forholder sig ift. delvis eksemplarfremstilling af værker.

Ovennævnte sager viser, at der ved fortolkning af enerettens rækkevidde skal foretages en hensynsafvejning overfor andre grundlæggende hensyn, herunder ytringsfriheden, og at hensynet til ytringsfriheden

19. C-161/17, *Renckhoff*, betragtninger 41, 42 og 47.

20. Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra a.

21. C-476/17, *Pelham*, betragtning 29.

kan føre til, at eneretten begrænses. Dommene viser dog også, at hensynet til ytringsfriheden ikke kan begrunde en væsentlig indskrænkning af enerettens indhold. Rettighedshaverne skal således sikres et "højt beskyttelsesniveau", som det hedder i infosoc-direktivets betragtning 9.

4.5. Forholdet mellem enerettigheder og undtagelser

Hensynet til ytringsfriheden er også relevant ift. fortolkning og anvendelse af undtagelserne til eneretten.

Undtagelserne til eneretten skal som udgangspunkt fortolkes indskrænkende²² og på en måde, som sikrer formålene med infosoc-direktivet, som navnlig er at sikre det indre markeds funktion og at sikre rettighedshaverne et højt beskyttelsesniveau. Ytringsfriheden kan dog virke som en modvægt til disse fortolkningsprincipper.

Den 29. juli 2019 afsagde EU-Domstolen på samme dag tre afgørelser, der alle vedrører afvejningen mellem hensynet til ytringsfriheden og beskyttelsen af ophavsretten:

- I C-469/17, *Funke Medien*, skulle domstolen tage stilling til, hvorvidt en avis kunne offentliggøre fortrolige militærrapporter. Avisen havde fået afslag på at få aktindsigt i rapporterne, men havde i stedet fundet rapporterne af anden (og ukendt) vej og offentliggjort dem på deres hjemmeside. Den Tyske Forbundsrepublik mente, at denne offentliggørelse var i strid med ophavsretten.
- C-476/17, *Pelham*, handlede – som nævnt ovenfor – om, hvorvidt det er lovligt at anvende en lydprøve fra et fonogram i forbindelse med skabelse af et nyt værk ved hjælp af sampling.
- C-516/17, *Spiegel Online*, handlede om, hvorvidt en nyhedsportal kunne offentliggøre tekster, der var skrevet af en tysk politiker, men hvis indhold politikerens nu tog afstand fra. Teksterne var tidligere blevet offentliggjort i en tekstsamling, men politikerens

22. Dette følger bl.a. af den såkaldte tretrins-test, som fremgår af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5. Heraf fremgår at undtagelser kun kan anvendes i specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket m.v. og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. Tretrins-testen genfindes i internationale konventioner, herunder Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2.

havde tilkendegivet, at denne tekst var blevet forvansket af redaktøren. Offentliggørelsen på nyhedsportalen skete for at vise, at dette ikke var tilfældet, og at politikerens derfor havde løjet over for offentligheden.

I disse afgørelser klargjorde EU-Domstolen en række centrale spørgsmål.²³

For det første fastslog domstolen, at hensynet til ytringsfriheden ikke kan begrunde en selvstændig undtagelse ud over dem, der er udtømmende oplyst i infosoc-direktivets artikel 5.²⁴ Dette er navnlig begrundet i, at direktivet allerede indeholder en balancering af de grundlæggende rettigheder, og at det ville være til skade for harmoniseringen af rettigheder, hvis medlemslandene kunne lave særlige nationale undtagelser. Der er tale om en meget vigtig præcisering fra domstolen, da det f.eks. indebærer, at EMRK's artikel 10 ikke kan påberåbes som selvstændigt hjemmelsgrundlag for en undtagelse til eneretten. Det samme vil være tilfældet for andre undtagelser, som ikke er hjemlet i infosoc-direktivets artikel 5.

Denne konklusion, som byggede på tidligere afgørelser fra domstolen, betyder formentlig, at medlemsstaterne næppe kan opretholde undtagelser eller særregler, der begrænser de enerettigheder, som er harmoniseret gennem infosoc-direktivets, og som ikke kan rummes inden for de undtagelser, som er fastlagt heri. Den retstilstand, som er fastlagt ved flere danske domme (se afsnit 2), hvor der blot foretages en "løs" hensynsafvejning, vil derfor ikke uden videre kunne opretholdes.²⁵ Domstolen må i stedet tage udgangspunkt i de rammer, som er fastlagt i direktivet.

23. Se også C-479/04, *Laserdisken*, om konsumtion og C-145/10, *Painer*, om citatreglen.

24. C-469/17, *Funke Medien*, betragtning 64, C-476/17, *Pelham*, betragtning 65, og C-516/17, *Spiegel Online*, betragtning 49.

25. *UfR 2009.875 Ø* (Den Lille Havfrue i Bjørn Nørgaard-kollage) er formelt begrundet i ophavsretslovens § 4, stk. 2, om "fri benyttelse". Brugen af princippet om fri benyttelse på denne måde vil formentlig ikke være i overensstemmelse med infosoc-direktivets, jf. f.eks. C-476/17, *Pelham*, betragtning 56, 58 og 63-65. *Pelham*-sagen vedrørte bl.a. en tilsvarende tysk bestemmelse om "fri benyttelse".

For det andet fastslog domstolen, at hensynet til ytringsfriheden har særlig betydning for visse af de gældende undtagelser i infosoc-direktivets artikel 5. Domstolen fremhævede ift. undtagelserne i artikel 5, stk. 3, litra c (presse mv.) og artikel 5, stk. 3, litra d (citater), at

“de specifikt tager sigte på at tillægge ytringsfriheden for brugerne af beskyttede værker og pressefriheden – som er af særlig betydning, når den beskyttes i medfør af de grundlæggende rettigheder – særlig vægt i forhold til ophavsmandens interesse i at kunne gøre indsigelse mod brug af dennes værk, samtidig med at ophavsmandens ret til at få sit navn anført sikres.”²⁶

Hensynet til ytringsfriheden er således en begrundelse for en række af de undtagelser som fremgår af infosoc-direktivet. Domstolen har i C-201/13, *Deckmyn*, f.eks. også kædet artikel 5, stk. 3, litra k, sammen med hensynet til ytringsfriheden.²⁷ Modsat fastslog domstolen i C-145/10, *Painer*, at artikel 5, stk. 3, litra e (offentlig sikkerhed) alene har “til formål at sikre beskyttelsen af den offentlige sikkerhed og ikke afvejningen mellem beskyttelsen af ophavsret og pressefrihed”. I C-201/13, *Deckmyn*, fastslog domstolen også, at der skal tages højde for, om rettighedshaveren har en legitim interesse i, at vedkommendes værk ikke forbindes med den pågældende ytring, f.eks. fordi den er diskriminerende.²⁸ Sidstnævnte dom synes at pege samme vej som f.eks. den danske Hornsleth-dom, der er gennemgået i afsnit 2, der også synes at gå i retning af, at “styrken” af hensynet til ytringsfriheden kan variere fra sag til sag.

For det tredje kom domstolen med guidelines til de nationale domstole om, hvordan enerettigheder og undtagelser skal fortolkes i lyset af de grundlæggende rettigheder i charteret. Domstolen blev spurgt, om en national domstol kan fravige udgangspunktet om, at undtagelserne til eneretten skal fortolkes indskrænkende til fordel for en fortolkning heraf, som fuldt ud tager hensyn til behovet for at respektere ytrings- og informationsfriheden, som er sikret ved chartrets artikel 11. Hertil

26. C-469/17, *Funke Medien*, betragtning 60, og C-516/17, *Spiegel Online*, betragtning 59.

27. C-201/13, *Deckmyn*, betragtning 25.

28. *Ibid.*, betragtning 29-31.

svarede domstolen, at den nationale ret ved afvejningen mellem enerettigheder og undtagelser

“skal lægge en fortolkning af disse bestemmelser til grund, som samtidig med, at den respekterer deres ordlyd og bevarer deres effektive virkning, er i fuld overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved chartret.”²⁹

Domstolene kan således ikke vælge en fortolkning, som kun varetager ét af de implicerede hensyn, men er nødt til at foretage en reel afvejning, hvor alle relevante omstændigheder inddrages.

Ovennævnte viser, at ytringsfriheden også spiller en rolle, når undtagelserne til ophavsretten skal fortolkes. Ytringsfriheden giver imidlertid ikke *carte blanche* til at bruge løs af værker og beskyttede frembringelser. For det første giver EU-retten ikke mulighed for, at der på nationalt plan kan laves undtagelser, som ikke er hjemlet i EU-retten, med henvisning til ytringsfriheden. For det andet er hensynet til ytringsfriheden ikke nødvendigvis relevant ift. alle undtagelserne. For det tredje varierer styrken af hensynet til ytringsfriheden fra sag til sag. Eksempelvis vil navnlig pressens mulighed for at formidle nyheder og privatpersonernes mulighed for at deltage i den offentlige debat være hensyn, som vil kunne tale for en bredere anvendelse af undtagelserne.

5. Sammenfatning af retspraksis

Som det fremgår af afsnit 2 har det i Danmark fra både lovgivers og domstolenes side været antaget, at der kan være undtagelser til den ophavsretlige eneret, selvom de ikke er anført i ophavsretsloven. Det kan skyldes, at undtagelserne er hjemlede via sædvaner eller anden lovgivning (som f.eks. EMRK's artikel 10, stk. 1).

Den opfattelse kan imidlertid ikke længere opretholdes fuldt ud efter EU-Domstolens domme i sagerne C-469/17, *Funke Medien*, C-476/17, *Pelham*, og C-516/17, *Spiegel Online*. Her fastslås det klart, at de eneste undtagelser, som kan finde anvendelse, er dem som fremgår direkte af EU-retten.

29. C-476/17, *Pelham*, betragtning 76.

Betydningen af disse domme for dansk ret vil variere for de enkelte ulovbestemte m.v. undtagelser. Det er således ganske tvivlsomt, om den generelle og selvstændige bagatelgrænse, som Højesteret fremhævede i *UfR 2019.1109 H* (keramik) kan opretholdes.³⁰ Bagatelgrænsen har nemlig kun ganske begrænset hjemmel i infosoc-direktivet.³¹ Omvendt forhindrer EU-dommene ikke, at Danmark opretholder en parodi-undtagelse, som er udviklet via fast sædvane i dansk ret, idet infosoc-direktivet giver mulighed for at indføre en parodi-undtagelse.

I relation til ytringsfriheden indebærer EU-Domstolens praksis, at ytringsfriheden i EMRK's artikel 10, stk. 1, ikke kan udgøre en selvstændig undtagelse til eneretten. Til gengæld anerkender EU-Domstolen, at ytringsfriheden kan indgå som et element i afvejningen af udstrækningen af eneretten og af de undtagelser, som fremgår af infosoc-direktivet/EU-retten (og ophavsretsloven). I mange af undtagelserne vil ytringsfriheden endda udgøre et centralt element i interesseafvejningen.

I relation til dansk retspraksis om ytringsfrihed indebærer EU-Domstolens praksis, at domstolene ikke længere vil skulle tage stilling til EMRK's artikel 10, stk. 1, som selvstændigt hjemmelsgrundlag. Bestemmelsen kan derimod indgå som fortolkningsbidrag og hensyn i interesseafvejningen. Det er en vigtig præcisering, idet EMRK's artikel 10, stk. 1, tidligere har været påberåbt som selvstændigt hjemmelsgrundlag i en række domme, hvor domstolene dog har afvist, at ytringsfriheden vejede tungere end ophavsretten. Se nærmere afsnit 4.

I relation til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har EU-Domstolen forsøgt at skabe harmoni mellem de to domstoles praksis. I C-469/17, *Funke Medien*, betragtning 74, henvises der således til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i *Ashby Donald*-sagen. Af betragtningen fremgår, at der – i tråd med *Ashby Donald*-sagen – i interesseafvejningen skal tages hensyn til, om brugen af det ophavsretlige beskyttede materiale sker i forbindelse med den politiske debat eller om et emne af almen interesse. Tanken fra EU-Domstolens side må

30. Det bemærkes, at Højesterets dom er afsagt før EU-Domstolens domme i sagerne C-469/17, *Funke Medien*, C-476/17, *Pelham*, og C-516/17, *Spiegel Online*.

31. Læs mere herom hos Rosenmeier, M; m.fl., "Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for 'dansk ophavsret'?" (2018). Ligeledes kan en vis bagatelgrænse udledes af f.eks. direktivets artikel 5, stk. 3, litra i og o.

være, at hensynene fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis kan inddrages i fortolkningen af de gældende undtagelser efter infosoc-direktivet. Omvendt kan EMRK's artikel 10, stk. 1, ikke anvendes som en selvstændig undtagelse.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis harmonerer indtil videre med ovenstående fortolkning fra EU-Domstolens side, men det må endnu anses for uafklaret, om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil acceptere at være bundet af EU-Domstolens fortolkning (og omvendt). Det kan således ikke udelukkes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil anse EMRK's artikel 10, stk. 1, for at kunne udgøre en selvstændig undtagelse til den ophavsretlige eneret.

6. Konklusion og perspektivering

Ovennævnte gennemgang bekræfter den banale påstand, at hensynet til ytringsfriheden har betydning for omfanget af den ophavsretlige beskyttelse, og at der – både ift. eneretten og undtagelserne – skal foretages en konkret afvejning mellem de forskellige hensyn på baggrund af alle de relevante omstændigheder.

Denne afvejning skal dog umiddelbart foretages i lyset af to principper. For det første synes praksis at indikere, at udgangspunktet for vurderingen er, at rettighedshaverne skal sikres “et højt beskyttelsesniveau”, dvs. at det kun er i tilfælde, hvor det er “nødvendigt” for f.eks. den offentlige debat, at værker og frembringelser kan anvendes uden samtykke fra rettighedshaverne. For det andet medfører hensynet til en harmoniseret retstilstand (inden for EU), at medlemsstaterne ikke kan lave nationale krumspring for at varetage det ene eller andet hensyn på en måde, som går ud over, hvad der er tilladt efter EU-retten. Det vil således ikke være muligt for de danske domstole at indføre en selvstændig ytringsfrihedsundtagelse til den ophavsretlige eneret, som ikke har hjemmel i EU-retten.

Som det ofte er tilfældet med domme – og i høj grad er tilfældet med praksis fra EU-Domstolen – medfører besvarelse af spørgsmål fra domstolen ofte, at der kan stilles en masse nye spørgsmål. Eksempelvis er betydningen af de aftaler, som indgås mellem rettighedshaverne og brugerne om anvendelse af værker eller frembringelser, fortsat uafkla-

ret. Et velfungerende aftalesystem kan sagtens give brugerne langt bredere adgang til at bruge kreativt indhold i ytringer, end selv brede undtagelser kan, og er ofte mere egnet til at sikre rettighedshaverne en rimelig betaling end f.eks. en kompensationsordning. Domstolene har dog på nuværende tidspunkt kun i begrænset omfang taget stilling til, hvordan sådanne aftaler har betydning for den hensynsafvejning som lovgiver og domstole m.v. skal foretage for at sikre den rigtige balance.

Universitetspersonals upphovsrätt och öppen publicering – finsk synpunkt

Professor Rainer Oesch, University of Helsinki

1. Utveckling och tendenser om öppen publicering inom den finska universitetsvärlden

Principen om öppen publicering av forskningsresultat och läromaterial producerad av universitetens och andra jämförbara forskningsanstaltarnas personal har fått fotfäste i den offentliga diskussionen under den senaste tiden. Frågan gäller ju också övergångsproblematiken av upphovsrättigheter i arbetsförhållande inom ovannämnda institutioner. I Finland har diskussionen om detta fenomen ur upphovsrättsligt perspektiv inte tyvärr skett i sådant omfång och djup som t.ex. i Sverige och Danmark.¹ Då Jörgen Blomqvist, såsom objekt för festskriften, på

1. Se t.ex. i Sverige: Gunnar Karnell, *Läromedelsrätt* (Lund 1972) och S:a, 'Arbetstagares upphovsrätt. Några utgångspunkter för bestämning av rättens övergång på arbetsgivare', *NIR* 1969 s. 54-67. Sanna Wolk, *Arbetstagares immaterialrätter* (Andra Upplagan, Norstedts 2008), s. 210-. S:a, 'Läraryrket i omvandling', *NIR* 5/2003, ss. 415-426. Och i Danmark: Morten Rosenmeier, 'Ophavsretten til undervisningsmateriale. Nogle danske erfaringer', *NIR* s. 693-705. Finland: En av de få

ett mångsidigt sätt har behandlat “Overdragelse”-problematiken och i synnerhet tolkningen av detta fenomen, är detta ett bra ämne i detta sammanhang.²

Tendensen och idén om öppen publicering (*open publishing*) och öppen tillgång (*open access*) härstammar egentligen från datorprogramindustrin, där man redan för några decennier sedan började använda sk. öppen källkod (*free open software*) i USA.³ Free Software-rörelsen strävade till att tillfredsställa programindustrins och dess utvecklings behov. Därigenom utbreddes sig rörelsen till det akademiska området, och speciellt till den akademiska publiceringen av forskningsresultat (artiklar, monografier, böcker, läromaterial).

Öppen publicering som aktivitet och rörelse har sedermera tagit former av nationella och delvis internationella deklARATIONER och rekommendationer.⁴ Sist och slutligen har tendenserna också nått EUs regleringsnivåer samt praktiken.⁵ Man drömde om ett digitalt bibliotek och

som tagit ställning i övergångsfrågor av immaterialrättigheter i akademisk och högskolemiljö i Finland är Niklas Bruun, t.ex. Bruun, ‘Högskoleforskning och immaterialrätt’ i *MIR* 4/2000 ss. Se också hans inlägg i Akatiimi 1/2020 s. 50-51 om “Till öppen vetenskap och forskning – men hur?” (på finska). Det finns också en avhandling från år 2006, nämligen Pirjo Kontkanen, *Tekijänoikeudet yliopistotutkimuksessa ja opetuksessa* (Helsinki 2006), där man analyserat problematiken ur arbetsgivarens synpunkt och påstås att mycket har förändrats efter de nya antagna universitetslagarna p.g.a. att universitet fått nya vidare uppgifter och att den akademiska friheten totalt förändrats. Hon behandlar närmast hur undantag kan tillämpas i denna omgivning.

2. Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder. Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning* (København 1987).
3. Lawrence Rosen, *Open Source Licensing. Software Freedom and Intellectual Property Law* (Prentice Hall 2005). Välimäki, Mikko, *The Rise of Open Source Licensing. Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry* (Helsinki 2005). S:a; *Oikeudet tietokoneohjelmistoihin ja niiden lisensointi. Ohjelmistoliiketoiminnan juridinen perusta* (Helsinki 2006). ss. 189-191, där han bl.a. konstaterar, att öppna källkodens licenser inte är mot upphovsrättens syfte (s. 191).
4. T.ex. Berlindeklarationen redan från år 2003 om öppen tillgång: Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities (22.10.2003).
5. Se t.ex. <<https://open-research-europe.ec.europa.eu/>>. Se också: kommissionen understöder och befrämjar öppen access till vetenskapliga peer-reviewed artiklar i akademiska publikationer och börjat förutsätta detta i EU-finansierade forskningsprogram. https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/strategy/goals-research-and-innovation-policy/open-science/open-access_en.

en tämligen fri tillgång till beskyddat material och data.⁶ I praktiken har de organisationer som starkt finansierar forskning, t.ex. Finlands Akademi, börjat förutsätta att open access skall gälla “de resultat som produceras och utnyttjas inom forskning (särskilt publikationer, data och material och metoder) samt att deras metadata snabbt skall göras tillgängliga för fortsatt bruk.”⁷ Det är värt att noteras att publikationer i vid bemärkelse nämns här. Olika universitet i landet har börjat införa verktyg, både tekniska och normerande, om anställdas publikationer på universitetens egna underlag.

Öppen publicering har väckt intresse bland experter. T.ex. i Finland en arbetsgrupp bestående närmast av informatiker och andra sakkunniga på informatikens område tagit fram några resolutioner och rekommendationer år 2020 (se närmare nedan).⁸ Dessa har berört förutom vetenskap och forskning i allmänhet också speciellt forskningspublikationer och läromaterial.

Det finns flera godtagbara allmänna skäl för att förespråka utvecklingen mot större öppenhet i fråga om vetenskap och dess resultat: t.ex. vetenskapens kvalitet och effektivitet, fri och snabb rörelse av forskningsidéer samt kontrollbarhet av information som sådan. Men ändå uppstår det lätt en konflikt mellan upphovsrättens grundprinciper och fri öppen publiceringsverksamhet vad gäller speciellt böcker, artiklar, föreläsningar och annat undervisningsmaterial. Både öppen publicering och upphovsrätten inriktar sig till allmänheten i realiteten.

Konflikten kan förekomma både på en abstrakt och konkret nivå. På den sistnämnda nivån har de principer som kan anses gälla för upphovsrättigheters övergång i anställningsförhållande en avgörande betydelse. Med andra ord kan man i detta sammanhang inte undgå över-

6. Se härom t.ex. Liedes, Jukka, A Look at Digital Libraries, Open Access and Access to Scientific Information. Anförande i kongress om European Copyright Law. German EU Presidency Conference, 14–15 June 2007.

7. <<https://www.aka.fi/sv/forskningsfinansiering/sok-finansiering/sa-har-ansoker-du/anvisningar-ao/oppnen-vetenskap/>>.

8. Öppen tillgång till forskningspublikationer. Forskarsamfundets nationella policy och åtgärdsprogram. 2020-(1). <<https://avointiede.fi/sites/default/files/2020-03/oppentillgang2019.pdf>> samt Deklaration till öppen vetenskap och forskning 2020-2025. <https://avointiede.fi/sites/default/files/2020-02/deklaration2020_0.pdf>.

gångsproblematiken inom akademiska anställningsförhållanden: tillhör rätten de anställda eller arbetsgivarna? Tyvärr har man inte behandlat denna fråga i Finland i det omfång som skulle ha behövts.

De nyligen antagna rekommendationerna av den ovannämnda gruppen av informatikexperter uppmuntrar forskare ofta att publicera så öppet som möjligt. Tekniskt ger man anvisningar om t.ex. publicering genom Creative Commons-licenser. I praktiken har detta lett i några fall till att den kreativa och producerande forskaren själv fått bära kostnaderna för öppen publicering, t.o.m. många tusen euro. Alltså upphovsmannen själv måste betala för att han gör sig av med sina rättigheter, åtminstone de ekonomiska. Detta har väckt irritation bland forskarsamfundet, vilket är förståeligt. Bland de vackra tankarna om ett gemensamt digitalt bibliotek t.ex. på en europeisk nivå har man antagligen inte tillräckligt noga analyserat olika konsekvenser med tanke på de olika slag av akademiskt material som publiceras. För naturvetenskapliga internationella artiklar ter sig situationen helt annorlunda än t.ex. för läroböcker på ett nationellt språk inom humanistiska områden. Läroböcker och andra monografier skrivs ofta dygnet runt, under arbetstid och utanför. Enligt en stark långvarig tradition inom det akademiska området tillhör upphovsrättigheterna lärarna, professorerna, lektorerna och den övriga universitetspersonalen själva. Övergång måste grundas på särskilt avtal eller annan rättslig grund. Många förespråkar lärarundantaget eftersom de ofta producerar inom arbetstiden och inspirerade av sina arbetsuppgifter. Man kan också bestrida undantagselementet på den grunden att man egentligen som utgångspunkt följer den upphovsrättsliga grundlinjen: skaparen har rättigheterna inom den fria forskningen. Naturligtvis bör man alltid kunna analysera de akademiska anställdas position närmare på det sätt man redan gjort i dansk och svensk litteratur (t.ex. Rosenmeier, Wolk): t.ex. vilka andliga produkter är resultat av fri forskning, uppdragsforskning eller administrativa uppgifter och vilka behov samt konsekvenser följer av detta. Bland materialet kan man ju finna olika varianter: inte bara artiklar och böcker, samlingar av olika slag, men också läromaterial, föreläsningsserier med bildmaterial, adb-program mm.

I detta korta inlägg försöker jag belysa de frågor som blir aktuella i detta hänseende, inledningsvis kort om öppen publicering och sedan vilken betydelse övergångsproblematiken av upphovsrättigheter har.

2. Begreppet öppen publicering

Vad betyder egentligen fri öppenhet enligt *open publishing*? Ordagrant betyder den mera än *open access*, d.v.s. tillgång till det beskyddade materialet, men t.ex. enligt *Berlindeklarationen 2003* omfattar open access en ganska fullständig lista av upphovsrättsliga utnyttjandeformer av originala vetenskapliga forskningsresultat såsom digitala representationer av bildmaterial och vetenskapliga multimedia. Samtidigt vill man uppmuntra forskarna att använda open access-paradigmen i deras publiceringsverksamhet.

Nuförtiden tycks att både rekommendationerna och de bindande normativa elementen börjat erkänna upphovsrättens existens åtminstone så, att upphovsrättssystemets ramar borde tas i beaktande i open publishing. Den första frenesin har blivit svagare. Man har utvecklat licensieringsformer av olika slag för att gynna öppen publicering, t.ex. Creative Commons-licenser.

Traditionellt har man inom upphovsrätten hanterat friare förfogandeformer och det allmänna intresset med hjälp av inskränkningar i själva lagen. De sociala skälen har tagits i beaktande under en lång tid, egentligen så länge upphovsrätten har existerat. Upphovsrätten har aldrig existerat utan gränser i sak, tid mm. I fråga om open access och open publishing har strävandena att balansera upphovsrätten kommit från utanför upphovsrätten. Regleringstekniken har inte varit helt korrekt. Men om beaktande av juridiska ramar ökas kan det kanske bli anorlunda. Men först måste också övergångsproblemen lösas.

3. Upphovsrättens gränser: enstaka uppgifter och data står utanför skyddet

Som redan konstaterats riktar sig upphovsrätten mot allmänheten d.v.s. publiken: det är upphovsmannens sak, om han gör sitt tillgängligt för publiken och enligt vilka villkor detta kan ske (FiUpphL 2 §).

Oaktat denna ensamrättsprincip är det materiella omfånget av skyddet också mycket begränsat: publiken kan alltid ta del av den information som är manifesterad i verk av olika slag eller i objekt som är skyddade av närstående rättigheter. Informationen, uppgifterna som sådana har aldrig skyddats av upphovsrätten. T.o.m. databasskyddet borde tol-

kas så, att det bara är ramarna av databasen som är skyddade, inte informationsinnehållet som sådant, fastän en del anser att sui generis-databasrätten indirekt också kan leda till att informationsinnehållet skyddas. Detta anser jag vara en orätt tolkning – fastän kanske inte helt omotiverad. Databasskyddet omfattar ju bara väsentliga delar av databasen och deras användning i offentlighet (framställning av exemplar samt tillgängliggörande för publiken). I den finska regeringspropositionen angående implementering av databasskyddet stod det förresten, att skyddet inte omfattar enskilda uppgifter. Så kallad "raw data" står alltid utanför skyddet. Detta konstaterande är i harmoni av upphovsrättens allmänna syfte, att befärma andlig produktion. I propositionen 170/79 konstaterades nämligen bl.a.:

“Enligt både det ovan anförda och den definition som finns i direktivet är s.k. "rådata" allmänt inte föremål för det särskilda skyddet enligt direktivet. Till exempel data som har samlats med hjälp av fjärranalyssatelliter eller meteorologiska observationssystem, genetisk information som har förvandlats till en datafil eller sådan bild- och ljudinformation som produceras av en digital kamera och mikrofon är inte skyddade som sådana. De består inte av "självständiga element" utan representerar ting som finns i naturen i ett givet förhållande till varandra. Det kan också ifrågasättas om sådana datafiler kan anses vara "samlingar" enligt direktivets definition. Skyddet sträcker sig överhuvudtaget inte till sådana delar av databasen som inte kvalitativt och/eller kvantitativt sett är väsentliga. Dyliga delar av databasen får kopieras och användas oberoende av direktivets bestämmelser.” (Reg Prop 170/79 s. 12).

Som en delkonklusion kan man säga, att de finska upphovsrättsliga skyddsformerna är på abstrakt nivå helt i harmoni med den grundlagskyddade yttrandefriheten, särskilt informationsfrihet (freedom of information). I princip finns det redan nu på en abstrakt normativ nivå öppen tillgång (open access) både till verksinnehållet och innehållet i databaser.⁹ I princip kunde man fråga, att räcker inte detta arrangemang till informationsbehov och öppenhet?

9. En annan sak är, om man har ett tekniskt skydd, som påverkar samtidigt med det egentliga upphovsrättsliga skyddet.

4. Förhållandet mellan olika normativa nivåer

I detta skede det är värt att notera att upphovsrättens grundprinciper har naglats till internationella mellanstatliga konventioner och nationella lagar, att upphovsrätten inte har slutat att existera samt att dess basis ligger väl i bindande juridiska regler. Dessa normer går alltid före (icke-bindande) deklARATIONER och rekommendationer. Med andra ord äger, i fråga om konfliktsituationer i konkreta fall, den nationella och konventionsbaserade upphovsrätten företräde framom rekommendationer och deklARATIONER om öppen tillgång och öppen publicering. Men den praktiska aktiviteten bl.a. hos informatiker och bibliotek samt akademiska institutioner tycks ha pressat upphovsrätten nästan in i skamvrån. Men t.ex. ersättnings- och ansvarsreglerna, som finns i den upphovsrättsliga lagstiftningen, gäller ännu.

5. Upphovsrättens position i diskussionen

I den första entusiasmen eller t.o.m. extasen kring open access och open publishing – rörelserna förbisåg man upphovsrätten ganska lätt. Men nu tycks tyngdpunkten ha ändrats. Både de finska frivilliga initiativen, om vilka berättats ovan, samt utkastet till lag om fri open data, som mera tar hänsyn till fysiskt forskningsmaterial, beaktar man upphovsrättens existens även om närmare anvisningar hur detta borde ske saknas. Så de upphovsrättsliga ramarna har noterats fastän ingalunda på ett detaljerat sätt. Tillämpningen av detta har lämnats åt praktiken. Det har funnits också en tendens bland universitet och forskningsinstitutioner att introducera arbetsvillkor enligt amerikansk modell, enligt vilka universitetspersonalens immaterialrättigheter skulle övergå till arbetsgivaren i det omfång som bestäms av arbetsuppgifterna. Men någon klar och enhetlig linje bland olika institutioner har ändå icke uppstått. Det bör också nämnas att vi angående universitetsuppfindingar, som inte är jämförbara med upphovsrättigheterna, har en särskild lag, enligt vilken universitetet har en lagstadgad roll i kommersialisering av uppfindingar.¹⁰ Denna lag berörs inte här närmare eftersom denna lag

10. Lag om rätt till uppfindingar vid högskolor (369/2006).

berör ett helt annat fenomen än upphovsrättslagen (t.ex. utvecklings- och kommersialiseringsintressen).

I rekommendationerna angående öppen publicering ger man olika alternativ för licensiering (t.ex. sk. Creative Commons-licenser). Mellan dessa är det inte så lätt att välja: en forskare står i en svår situation. I nationella rekommendationer har många väsentliga upphovsrättsliga frågor antingen inte identifierats eller avsiktligt förbigåtts. Jag nämner bara ansvarsfrågan, som kan bli aktuell ur flera synpunkter om ett universitet eller en institution tar hand om publicering på sin egen plattform eller tvingar personalen lägga sitt material på en bestämd plattform. Är det inte då så att ett universitet eller liknande institution kan bli ansvarig som tillgängliggörare av skyddat material? Och är det inte så att denna institution kan också bli ansvarig för innehållet i materialet, som kanske kränker integritet (privacy) eller motsvarande mera till innehållet (och inte till formen) bundet material? Dessa frågor, som måste lösas, har ju blivit aktuella i sociala medier. Med andra ord kan ett universitet eller en institution (forskningsinstitution eller finansiär), som tvingar genom ett skriftligt avtal eller t.o.m. genom en ensidig administrativ order en forskare eller lärare på universitet att publicera parallellt (*parallel publishing*) sina produkter i ett dataarkiv, där alla artiklar och böcker skapade av dess personal deponeras för att vara till förfogande för allmänheten, bli ansvarig i enlighet med DSM-direktivet och den därpå följande implementeringslagstiftningen.¹¹

Öppen publicering väcker inte bara upphovsrättsliga ansvarsfrågor men ännu djupare och allvarigare frågor gällande grundrättigheter, som en forskares eller lärares rätt att använda sin yttrandefrihet. Har han inte rätt att publicera, när, var och på vilket sätt längre? Är det inte han eller hon som kan bestämma i vilket medium han eller hon publicerar? Jag vill bara ställa dessa frågor därför, att förhållandet mellan open publishing och grundrättigheterna inte ännu har behandlats grundligt.¹² Det har inte funnits någon proposition till lag om open pu-

11. Direktiv (EU) 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden mm. Se artikel 17. Skyddat innehåll som används av onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll.

12. I Finland gjorde Marja-Leena Mansala på uppdrag av Undervisnings- och kulturministeriet en utredning över ändringsbehov för att främja parallellpublicering. Utredning 207:15. Den har inte lett till åtgärder.

blishing tillsvidare (början av 2021) i Finland. Man har visserligen på uppdrag av undervisnings- och kulturministeriet gjort ett expertutredning (Mansala), enligt vilken vetenskapliga publikationer som finansierats med offentliga medel skulle vara offentligt tillgängliga. Utredningen förbisåg t.ex. grundrättigheterna totalt, fastän upphovsrätten i grundlagstolkningarna åtnjuter t.ex. det grundlagsstadgade egendoms-skyddet (property right) och fungerar parallellt med yttrandefriheten.

Också vetenskapens frihet har betydelse i detta sammanhang. Vad som föreslogs var egentligen en "kejsare i pseudoklädsel": en bestämmelse till upphovsrättslagen enligt vilken rättsinnehavaren till en forskningspublikation alltid har rätt till icke-kommersiell parallellpublicering. Är det inte så, att alla rättigheterna i första början tillhör upphovsmannen, inte till någon annan? Förslaget var kontroversiellt p.g.a. att bestämmelsen samtidigt skulle starkt begränsa rättsinnehavarens rätt. Realistiskt sätt går läroboks marknad i ett litet land på ett nationellt språk som finska antagligen helt till spillo med detta föreslagna arrangemang. Det samma gäller vetenskapliga artiklar och läromaterial. Man borde ha analyserat olika slags av material mera nyanserat och gjort en skillnad mellan nationella och internationella publikationer. Därutöver har vetenskapens art en betydelse om man vill skapa nya normer om öppen publicering: marknaden är helt annorlunda i fråga om humanistisk vetenskap och samhällsvetenskap jämfört med medicin och andra naturvetenskap. Också betydelsen av arbetstagarupphovsrättsliga principer borde ha fästs uppmärksamhet vid.

I Finland sker normalt grundlagskontrollen proaktivt i riksdagen inom grundlagsutskottet, om propositionen anses vara av sådan art att värderingen anses behövas. Men värderingen har inte skett tillräckligt hos oss inom juridisk vetenskap heller. Läget kan dock förändras när propositionen om att implementera EU-direktivet om öppna data och vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn (EU) 2019/1024 behandlas år 2021. Fastän regeringspropositionen behandlar främst forskningsmaterial, inte direkt skriftliga forskningsresultat i form av artiklar eller böcker, har propositionen och dess behandling och dess mottagande principiell betydelse. Man konstaterar i propositionsutkastet att direktivet inte tillämpas på handlingar till vilka t.ex. tredje man innehar immateriella rättigheter (s. 8 i utkastet).

6. Tigande av universitetsanställdas upphovsrättigheter i diskussionen och reglering

6.1. Huvudregel och undantag

I Finland har man inte någon särskild lagstiftning om övergång av upphovsrättigheter i allmänhet – och inte heller speciellt från lärar- eller forskningspersonal – på universitet till arbetsgivare.¹³ Man försökte nog i 1980-talets kommittéarbeten skapa normer till lagen, men p.g.a. tämligen extrema oenigheter mellan intressegrupperna misslyckades detta.¹⁴ Därutöver existerar inte något kollektivt arrangemang på universitetsfältet (t.ex. kollektivt avtal om övergång av upphovsrättigheter i anställningsförhållande). Enligt länge existerande sedvana tillhör rättigheterna den ursprungliga skaparen eller skapare, som stått bakom ett skyddat resultat. Med andra ord äger professorerna, lektörerna och annan personal på universitet sina egna rättigheter. Datorprogram och databaser är särskilt behandlade i lagen: vanligtvis övergår rättigheterna till dessa till arbetsgivaren, utom i de fall då de är skapade eller framställda under självständig undervisning och forskning (FiUpphL 40 b §). I sistnämnda fall tillhör de fortfarande läraren eller forskaren.¹⁵

13. Det finns två undantag angående, nämligen datorprogram och databaser som skapas i ett arbetsavtals- eller tjänsteförhållande (42 b §).

14. På den tid ansåg enligt utredningen t.ex. Helsingfors universitet och Finlands akademi, att forskares, lärares, och framställares upphovsrättigheter till deras undervisningsmaterial kvarstår hos upphovsmannen, vilket arrangemang är tillfredställande. Upphovsrättskommitténs III delbetänkande. 1987:7. s. 141.

15. Den finska lagens tillsviðare enda stället, som berör arbetsförhållande och övergång lyder så här:

40 b § (11.1.1991/34)

Datorprogram och databaser som skapas i ett arbetsavtals- eller tjänsteförhållande (22.5.2015/607) Om ett datorprogram eller ett verk i direkt anknýtning till det har skapats vid utförande av arbetsuppgifter som följer av ett arbetsförhållande, övergår upphovsrätten till datorprogrammet och verket på arbetsgivaren. Det samma gäller på motsvarande sätt även datorprogram eller verk i direkt anknýtning till dem som har skapats i ett tjänsteförhållande.

Vad som stadgas i 1 mom. tillämpas inte på datorprogram eller verk i direkt anknýtning till dem skapade av en upphovsman som utför självständigt arbete inom undervisning eller forskning vid en högskola, med undantag för militära undervisningsanstalter. (7.5.1993/418) Vad som i 1 och 2 mom. bestäms om datorprogram

Praxis på olika universitet och forskningsanstalter är varierande. Den Finska Akademin är ett undantag p.g.a. att denna institution har en nyckelroll, om inte ett pressande maktmedel, i att tvinga till öppen publicering. Ur principiell synpunkt finns det mycket att diskutera här.

Olika intressegrupper har nog försökt följa utvecklingen angående t.ex. licensieringspraxis, men uppgiften har varit utmanande p.g.a. utvecklingens hastighet. T.ex. den internationella upphovsrättsorganisationen ALAI har analyserat Creative Commons-licenserna närmare, systemets fördelar och nackdelar. De vägande nackdelarna för upphovsrättsinnehavarens synpunkt är att ingen ersättning, eller rätt att återta sin licens, är möjliga. Också definitionen non-commercial (icke kommersiell) är i praktiken mycket diskutabel. I de nya licensieringsformererna är det ofta så, att man inte gör någon skillnad mellan reproduktion och därpå följande olika former av tillgängliggörande för publiken.¹⁶ Det väsentliga i Creative Commons-systemet är att, uphovsmannen ger efter en del av sin exklusiva rätt. Han kan inte mera, efter att anslutit till Creative Commons, ge exklusiva rättigheter till ett förlag. Förlaget och universitetet konkurrerar med varandra på samma marknad. Och det inte svårt att gissa, vem som vinner i ett litet land och t.ex. på dess lärobokmarknad.

7. Framtidsutsikter

Liksom ovan konstaterats betecknas ofta universitetspersonals position angående deras upphovsrättigheter som undantag. Detta har hänt ganska allmänt (t.ex. i Norden och Tyskland), varvid man vanligen menar att professorerna mm. är undantagna de normala övergångsprinciperna angående upphovsrättigheterna speciellt i anställningsförhållanden.¹⁷ P.g.a. att en allmän övergångsregel saknas i flera lagar, liksom i

tillämpas på motsvarande sätt på databaser som skapats vid utförande av arbetsuppgifter som följer av ett arbetsförhållande eller ett tjänsteförhållande. (3.4.1998/250).

16. ALAI Memorandum on Creative Commons Licenses. January 2006.

17. Se t.ex. Sanna Wolk i NIR, ss. 423-426. Lärarundantaget i omvandling. I Tyskland fanns ett förslag, enligt vilket man borde avskaffa undantaget, men undantaget kolliderade mot grundrättigheterna, vilket var förståeligt ur vetenskapsfrihetens och yttrandefrihetens perspektiv. Saken gick till grundlagsdomstolen. Se. tex.

Finland, skulle jag inte benämna detta som undantag. Utan man följer ju grundregeln i upphovsrättslagen. Personalen själv har inte enligt mitt tycke haft tillräckliga krafter att bekämpa tendenserna och strömningarna. Men den avgörande sista kampen är inte ännu fullbordad åtminstone i Finland. I denna kamp spelar förutom övergångsprinciperna i anställningsförhållande också ansvarsprinciperna en roll. Akademisk personals fackorganisationer har varit medvetna om olika förslag till ny avtalspraxis och kommer troligtvis också att vara aktiva i framtiden, vilket skulle glädja den svagare parten i denna kamp. Det återstår att se om man får någonting till stånd i de kollektiva avtalsförhållandena.

Om man inte anser läget så oroväckande, får man hoppas att rekommendationerna slipas vidare och att det finns mera reella valmöjligheter för akademiska upphovsmän, samt att rekommendationerna fungerar på ett förebyggande sätt med hänsyn till intrång av olika slag. Man kan inte tala bara om upphovsrättsintrång men också om integritets- och andra direkt till innehållet hänförande kränkningar.

En lösningsmodell som är baserad på de reella förfogandena, som sker i form av deponering av materialet till underlag på olika institutioner samt därpå följande utnyttjanden, är den upphovsrättsliga avtalslicensen, som vi i Norden har omfattande erfarenhet av. På det viset kunde man få kollektivt nöje och nytta utan förfång för dem som står bakom skapande arbete av artiklar, monografier, läromedel och andra skyddsvärda resultat. Med andra ord kunde kollektiv förvaltning vara nyckelordet till samhällsnytta på detta område också. Incitamentet att t.ex. skapa akademiska läroböcker på eget språk borde inte försvagas utan förstärkas. Detta skulle vara till fördel av alla intressegrupper (upphovsmän, deras förlag, universitet och andra forskningsanstalter).

<<https://rights.info/artikel/verfassungsgericht-prueft-open-access-pflicht/28820>> och <<https://www.forschung-und-lehre.de/recht/hochschulgesetz-verstoess-gegen-freiheit-der-wissenschaft-2201/>>.

Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner

*Direktør Anders Rasch & afdelingschef Martin Kyst,
begge Copydan Tekst & Node*

1. Indledning

I gamle dage var alting bedre: vejret, maden og vinen, ja selv ophavsretslovgivningen. Og hvert land havde frihed til at indrette sig, som det ville, og som det fandt mest hensigtsmæssigt. Dette gjaldt også på ophavsrettens område, hvor man kunne agere inden for de noget brede rammer, som internationale konventioner og traktater havde opsat.

I Danmark iværksattes i midten af 1970'erne et større revisionsarbejde af den daværende ophavsretslov fra 1961. Der blev nedsat et ophavsretsudvalg, og Jørgen Blomqvist bestred i årene 1976 til 1990 hvervet som sekretær for udvalget, under kyndig ledelse af professor, dr.jur. Mogens Koktvedgaard.¹ Udvalget afgav i alt 7 delbetænkninger samt

1. I perioden 1992-2013 arbejdede Jørgen som Director i Copyright Law Division i WIPO. Igennem årene har undtagelser og indskrænkninger i den ophavsretlige eneret i relation til undervisning været på dagsordenen i WIPO – både direkte og indirekte. I de senere år har det været et fremtrædende emne på SCCR-møderne, uden at der dog er kommet konkrete resultater ud af drøftelserne.

en slutbetænkning i 1990. Den gældende ophavsretslov bygger i vid udstrækning på Ophavsretsudvalgets arbejde.

Først da Ophavsretsudvalget havde afsluttet sit arbejde, tog EU's harmoniseringsaktivitet til. I 1991 blev det såkaldte edb-programdirektiv vedtaget, og herefter var scenen sat for EU's fortsatte regulering af medlemsstaternes ophavsretslvgivninger. Det seneste skud på stammen er det meget omfattende direktiv om ophavsret i det digitale indre marked, populært kaldet DSM-direktivet.² Direktivet indfører blandt andet en obligatorisk undtagelse om brug af værker i undervisningen. I det følgende vil vi forsøge at belyse de nye regler, som har betydning for undervisningskopieringen.

2. Brug af værker i undervisningen (gældende ret)

Et af de områder inden for ophavsretten, som altid har tiltrukket sig stor opmærksomhed, er udnyttelsen af værker i undervisningen. Undervisning og uddannelse er en bærende søjle i det danske samfund, eftersom viden og et højt uddannelsesniveau er med til at sikre, at Danmark er konkurrencedygtig over for udlandet. Det er derfor vigtigt at finde en balance mellem på den ene side ophavsmændenes interesser i at blive honoreret og på den anden side uddannelsesinstitutionernes mulighed for så fleksibelt som muligt at kunne bruge ophavsretligt beskyttet materiale i undervisningen.

I den danske ophavsretslov har man siden 1985 benyttet sig af aftalelicenssystemet for at opnå den rette balance.³ Aftalelicens er som retskonstruktion indarbejdet i den ophavsretlige infrastruktur i Danmark og i resten af Norden. Aftalelicensen indebærer, at en bruger, fx en uddannelsesinstitution, kan indgå aftale med en repræsentativ rettighedsorganisation og i kraft af denne aftale opnå mulighed for at benytte hele verdensrepertoiret af værker inden for rammerne af den pågældende aftale. Fordelene er til at tage at føle på: Én aftale med én organisation sikrer en fleksibel måde at kunne kopiere og udnytte fx bøger, artikler, sangtekster på.

2. Direktiv 2019/790 af 17. april 2019.

3. Om de forudgående overvejelser, se Ophavsretsudvalgets delbetænkning nr. 912 (1981), s. 73 ff.

Den centrale bestemmelse i ophavsretsloven er § 13. Efter bestemmelsens stk. 1 kan der til brug i undervisningsvirksomhed fremstilles eksemplarer af udgivne værker, såfremt betingelserne om aftalelicens efter § 50 er opfyldt. Copydan Tekst & Node (tidligere Copydan Undervisningskopier) har i flere årtier indgået aftaler på undervisningsområdet. I dag fremstår det som et vidtforgrenet netværk af aftaler, som i praksis sikrer, at der til brug i undervisningen kan kopieres uddrag af litterære værker. Der findes aftaler på alle niveauer: grundskoler, gymnasier og andre ungdomsuddannelser, lange og mellemlange videregående uddannelser, kursusudbydereftaler m.v.

Kaster man et blik på Copydan Tekst & Nodes aftaler, er der visse karakteristika. Aftalerne giver brugerne (uddannelsesinstitutionerne) mulighed for at kopiere litterære værker til brug i undervisningen.⁴ Kopieringen omfatter ikke alene fotokopiering og udprintning, men også digital kopiering i form af indscanning, copy-paste fra en digital bog eller artikel samt deling (on demand) på skolens lukkede password-beskyttede intranet, forbeholdt de enkelte klasser og hold. Det følger dog samtidig af aftalerne, at der gælder visse begrænsninger. På grundskoleområdet må der således maksimalt kopieres 20 % af et værk, dog højst 20 sider pr. elev pr. undervisningsår, mens der på fx universiteter og andre videregående uddannelser må kopieres 20 %, dog højst 50 sider pr. studerende pr. halvår.⁵ Desuden er det et gennemgående vilkår, at Copydan Tekst & Nodes aftaler altid skal respektere dispositionsbegrænsende aftaler på det digitale område, fx i form af direkte aftaler indgået med et forlag eller en udgiver af en digital artikeltjeneste. Dette understreger aftalelicensen som en sekundær udnyttelsesmekanisme.

Man kan stille spørgsmålet, hvorfor der er indsat sådanne begrænsninger i aftalerne. Eksempelvis følger det ikke direkte af ophavsretslovens § 13, stk. 1, at man kun må klare uddrag af litterære værker inden for aftalelicensens rammer. Forklaringen skal findes flere steder. Først og fremmest bør man se på rationalet bag aftalelicensordningen:

-
4. Ved undervisning forstås ifølge lovbemærkningerne til 1995-loven: enhver form for offentlig eller privat kundskabsformidling, der finder sted i organiseret form. Som eksempler nævnes højskoler, folkeskoler, gymnasier og universiteter, videreuddannelse på arbejdspladser, korrespondanceundervisning m.v.
 5. Man kan læse mere om aftalerne på de forskellige områder på <<https://tekstnode.dk/>>.

Aftalelicensen på undervisningsområdet er sat i verden for at sikre klareringen af såkaldt sekundær brug af værker, i modsætning til primær brug. Hovedreglen er fortsat, at den primære udnyttelse i form af bogudgivelse i fysisk eller digital form og salg af disse er forbeholdt ophavsmanden og udgiveren, og grundtanken er, at man helst skal købe originaludgivelsen. Aftalelicensen har derimod som hovedsigte at supplere købet af originaleksemplaret og at skabe forsyningssikkerhed. Set i det lys giver det god mening, at en aftale om kopiering begrænses til uddrag af en vis størrelse. At aftalerne udformes på denne måde, stemmer også bedst overens med den såkaldte tretrin-test, som størstedelen af ophavsretslovens undtagelser er undergivet.⁶ Testen indebærer, at undtagelser fra og indskrænkninger i eneretten kun kan finde sted i særlige tilfælde, under forudsætning af at en udnyttelse ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser. Ganske vist skal man være opmærksom på, at aftalelicens som sådan ikke betragtes som en undtagelse fra eneretten, men derimod som en måde at forvalte rettigheder på.⁷ Ikke desto mindre vil det være naturligt at lade tretrin-testens principper afspejle sig i den konkrete udmøntning af aftalelicensen.⁸ For aftalelicens er der i øvrigt i almindelighed indbygget en sikkerhedsventil, i form af at den enkelte rettighedshaver kan nedlægge forbud (“opt out”) mod brugen af dennes værker på aftalelicensvilkår, jf. fx ophavsretslovens § 50, stk. 2. Dette gælder dog ikke på undervisningsområdet, hvor der har været en tradition for, at der ikke er en opt-out mulighed, når man på området har mulighed for at indføre en tvangslicens.⁹

Aftalelicenssystemet er indarbejdet i markedet, og vi står nu over for den udfordring, at vi skal tilpasse den danske ophavsretslov til de nye EU-forpligtelser, der er indeholdt i DSM-direktivet.

På undervisningsområdet findes der i direktivet en ny obligatorisk undtagelse i art. 5, som vedrører digital brug af værker i forbindelse

6. Se fx Bernerkonventionens art. 9, stk. 2, og inden for EU-retten infosoc-direktivets art. 5, stk. 5.

7. Jf. infosoc-direktivets betragtning nr. 18, og DSM-direktivets art. 12. Om tretrin-testen, se Schønning & Blomqvist, *International ophavsret* (2011), s. 327 ff.

8. Se lidt i denne retning, DSM-direktivets betragtning nr. 47.

9. Jf. Bernerkonventionens art. 10, stk. 2, og infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a.

med anskueliggørelse i undervisningen. Nedenfor har vi gjort os nogle overvejelser om, hvordan den nye direktivbestemmelse kan indpasses i ophavsretslovens systematik. I den forbindelse er det værd at bemærke, at undervisningsbegrebet i art. 5 må anses for noget snævrere end den forståelse, som aftalelicensen i ophavsretslovens § 13 bygger på.

3. EU-retten

Uddannelse og undervisning er på mange måder et nationalt anliggende. Det er i vidt omfang de enkelte nationalstater, der fastsætter egne regler for tilrettelæggelsen af undervisningen.

I EU har der på ophavsretsområdet dog med baggrund i international lovgivning været fastsat regler om brug af materiale i undervisningen. I det såkaldte infosoc-direktiv (2001/29/EF) findes der en fakultativ regel i art. 5, stk. 3, litra a), der giver medlemsstaterne mulighed for at indføre en undtagelse fra eller indskrænkning i retten til reproduktion, overføring til almenheden, herunder on demand-tilrådighedsstillelse for almenheden, hvis der udelukkende er tale om anvendelse til anskueliggørelse i forbindelse med undervisningen. Lignende bestemmelser findes i art. 6, stk. 2, litra b), og art. 9, litra b), i Databasedirektivet (96/9/EF). I Danmark har man ikke udnyttet muligheden for at indføre en sådan generel undtagelse.¹⁰ Dette hænger i høj grad sammen med, at man i ophavsretslovens § 13 har en aftalelicensbestemmelse, som omfatter en sådan brug og dermed dækker det behov, undervisningsinstitutionerne har i undervisningen i forhold til denne anskueliggørelse. Tilsvarende bestemmelser findes i ophavsretslovgivningen i de øvrige nordiske lande. De licensaftaler, som udbydes, omfatter i øvrigt meget mere end, hvad der svarer til anskueliggørelse i undervisningen, herunder masseudnyttelse i form af kopiering til hele klasser og kompendiefremstilling både i analog og digital form. Licenserne udbydes af kollektive forvaltningsorganisationer. Hovedparten af det materiale, der bruges i uddannelsesinstitutionerne, er tekstmateriale, og

10. For den offentlige fremførelse gælder der dog en undtagelse jf. ophavsretslovens § 21, stk. 1, nr. 2, 2. led. Bestemmelsen har hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a, og Bernerkonventionens art. 10, stk. 2. Om bestemmelsen se nærmere Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), s. 356.

der findes en lang række organisationer verden over, som på samme måde som de nordiske organisationer tilbyder licensaftaler til uddannelsesinstitutionerne. Disse organisationer er i vidt omfang samlet i den internationale fællesorganisation: International Federation of Reproduction Rights Organisations (IFRRO, <www.ifrro.org>). Tilsvarende findes der på billede-, av- og musikområdet organisationer, der licenserer brug af denne type værker på undervisningsområdet i forskellig form.

I takt med den teknologiske udvikling, herunder først muligheden for digital kopiering og derefter fremkomsten af internettet, som vi kender det i dag, har brugen af ophavsretligt beskyttede værker i undervisningen ændret karakter. Analog kopiering, kompendieproduktion m.v., er ikke længere så dominerende – selv om det dog stadig finder sted. Digital kopiering og digital kompendieproduktion, on-line-læringsmiljøer m.v. har gradvist afløst den mere traditionelle brug af værker på undervisningsområdet. Online-undervisning er også blevet mere populært og almindeligt. Dette er i høj grad blevet forstærket af den sundhedskrise, verden befinder sig i nu med covid-19-virussens indtog.

EU-institutionerne har også haft fokus på dette. Det var EU-institutionernes opfattelse, at EU-ophavsretsreglerne trængte til en opdatering.

I forbindelse med EU's ønske om at opdatere ophavsretten, herunder undtagelsen på undervisningsområdet, har der været udarbejdet utallige rapporter, afholdt såkaldte "stakeholder dialoger", udsendt flere meddelelser, været behandlinger i EU-institutionerne m.v. Det vil være alt for omfattende og også uden for denne artikels formål at redegøre for dette. Vi har derfor valgt at tage udgangspunkt i "det endelige produkt", som er DSM-direktivet, idet der i skrivende stund endnu ikke foreligger noget udkast til en dansk implementeringslov (implementeringen er blevet forsinket pga. covid-19). I det omfang, det er relevant, vil vi inddrage andre kilder herunder blandt andet EU-Kommissionens Impact Assessment.¹¹

Hvad var det EU-Kommissionen ønskede at løse og hvordan?

11. Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules SWD (2026) 3021.

Ifølge EU-Kommissionen er problemet for så vidt angår undervisning følgende:

- Undervisere og studerende står over for juridisk usikkerhed i forhold til brug af ophavsretligt beskyttet materiale, når det gælder digital anvendelse af værkerne, særligt når undervisningen foregår online og som fjernundervisning.
- Dette er ikke mindst tilfældet, når der er tale om anvendelse på tværs af landegrænserne, idet der er et særligt juridisk problem i forhold til aftalelicensens manglende grænseoverskridende effekt

EU-Kommissionens løsningsforslag endte med at blive en undtagelse fra den ophavsretlige eneret på undervisningsområdet – dog suppleret af muligheden for forrang for licensaftaler. Et såkaldt “license override”.

3.1. DSM direktivets art. 5

Undtagelsesbestemmelsen vedrørende digital anvendelse af værker og andre frembringelser i undervisningen findes i DSM-direktivets art. 5. samt direktivets betragtninger 19-24.

Det fremgår af art. 5, stk. 1, at medlemsstaterne skal indføre en undtagelse fra eneretten med henblik på at tillade den digitale anvendelse af værker og andre frembringelser, når denne udelukkende finder sted med henblik på anskueliggørelse ved undervisning, og i det omfang det er berettiget i forhold til det ikke-kommercielle formål, på betingelse af at en sådan anvendelse sker under en uddannelsesinstitutions ansvar, i dens lokaler eller andetsteds eller via et sikkert elektronisk miljø, som kun er tilgængeligt for uddannelsesinstitutionens elever eller studerende og undervisningspersonale.¹² Der skal være kildeangivelse, medmindre det er umuligt.

12. For en definition af undervisning og undervisningsinstitutioner, se Walter og von Lewinski, *European Copyright Law* (2010), s. 1043, med note 372, hvor der henvises til infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a, og Bernerkonventionens art. 10, stk. 2, og protokollerne fra Stockholmkonferencen i 1967.

Først og fremmest kan det konstateres, at medlemsstaterne er forpligtet til at indføre en undtagelse – i modsætning til infococ-direktivets art. 5, stk. 3, litra a), som er fakultativ. Der er altså ingen vej uden om for Danmark (og de øvrige EU- og EØS-lande). En undtagelse skal der til.

3.2. Hvad omfatter undtagelsen?

Undtagelsen omfatter den digitale anvendelse af værker og andre frembringelser, når denne finder sted i forbindelse med anskueliggørelse ved undervisning. Selv om hovedformålet med den obligatoriske undtagelse er at forholde sig til det fællesskabsretlig relevante – nemlig de grænseoverskridende undervisningsaktiviteter – omfatter bestemmelsen også undervisning, som foregår digitalt i uddannelsesinstitutionens lokaler eller andetsteds. Den omfatter også online-undervisning og fjernundervisning i landet. Den analoge eksemplarfremsættelse af værker, der finder sted på uddannelsesinstitutionerne i medlemslandene, er derimod ikke omfattet. Et godt eksempel på noget sådant er kompendiefremsættelse på universiteter, fotokopiering og prints. Her kommer art. 5 ikke i spil.

For at løse problemstillingen med anvendelse på tværs af grænser indføres i art. 5, stk. 3, en såkaldt “legal fiction”, hvorefter anvendelse af værker og andre frembringelser skal anses for kun at finde sted i den medlemsstat, hvor uddannelsesinstitutionen er etableret.

Et oplagt eksempel på en situation, hvor art. 5, stk. 1, jf. stk. 3, er relevant, er, hvor en studerende på et universitet i land A, som er indskrevet på et universitet i landet, men bor i land B og modtager undervisning online via universitetet i land A’s elektroniske sikrede netværk.

3.3. Indholdet af undtagelsen

For at definere indholdet af undtagelsen eller undtagelsens omfang må man søge vejledning i begrebet “anskueliggørelse ved undervisning” (“illustration for teaching”). Det fremgår heraf, at der med begrebet sigtes mod anvendelser, der udelukkende tjener til anskueliggørelse i forbindelse med undervisningen i form af at understøtte, berige eller supplere undervisningen. Det fremgår også, at udgangspunktet er, at

der kun kan anvendes dele eller uddrag af værker, og at det ikke skal træde i stedet for indkøb af materialer primært beregnet på uddannelsesmarkedet. I forbindelse med gennemførslen af direktivet lader man det være op til medlemsstaterne *på en afbalanceret måde* frit at kunne præcisere den andel, der kan anvendes.¹³ “Illustration for teaching” kan forstås som at give undervisere ret til at bruge et værk til at give eksempler og til at forklare eller støtte underviseres undervisning. Omfanget af begrebet kan variere fra værk til værk og kan være et uddrag af en novelle, et helt digt eller et billede.

3.4. Art. 5, stk. 2

I en lang række EU-lande, herunder Danmark, har man velfungerende kollektive forvaltningssystemer, hvor en forvaltningsorganisation på vegne af rettighedshaverne indgår licensaftaler med uddannelsesinstitutioner om brug af ophavsretligt beskyttede værker. I langt de fleste tilfælde er de muligheder, som sådanne licenser giver uddannelsesinstitutionerne, meget mere vidtgående end, hvad der følger af begrebet “illustration for teaching”. Som det fremgår af betragtning 23 i DSM-direktivet, er disse aftaler som oftest blevet til under hensyntagen til uddannelsesinstitutionernes behov.

Derfor følger det af art. 5, stk. 2, at medlemsstaterne kan fastsætte, at undtagelsen i art. 5, stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis der er passende licensaftaler til rådighed for uddannelsesinstitutionerne. Danmark var et af de mange lande, som lagde afgørende vægt på, at den praksis, man hidtil havde haft om aftalefrihed, skulle kunne fortsættes. Muligheden for aftaler i stedet for en undtagelse, det såkaldte “license override”, kendes fra UK og Irland, hvor man har haft gode erfaringer med dette, og EU er muligvis blevet inspireret af disse ordninger. Selv om art. 5 er opbygget således, at der er en forpligtelse til at indføre en undtagelse, som herefter måtte tåle et “license override”, og selv om systematikken i art. 5 er, at undtagelsen kommer før licensmuligheden, er det vores klare opfattelse, at der ved implementeringen af art. 5 i lande som Danmark, hvor der er velfungerende licensaftaler med brugsmuligheder, der ligger klart ud over mulighederne inden for undtagelsen,

13. DSM-direktivet, betragtning 21.

godt kan ændres i rækkefølgen, således at hovedreglen er licensaftaler – og undtagelsen er en undtagelse fra hovedreglen. Det giver god mening, idet man på den måde sikrer opretholdelsen af et velfungerende system til gavn for alle.

3.5. Art. 5, stk.2, jf. stk. 3

Også for så vidt angår licensaftalerne er der et juridisk problem, når det gælder grænseoverskridende undervisning fx i form af online-kurser og fjernundervisning.

3.5.1. Gældende ret

De repræsenterede rettighedshavere er de rettighedshavere, som enten direkte eller via en organisation er medlem af forvaltningsorganisationen og dermed underlagt de beslutninger, der tages af de besluttende organer, fx bestyrelsen om aftaleindgåelse. De repræsenterede rettighedshaveres materiale vil, under forudsætning af at de underliggende repræsentationsaftaler er på plads, og rettighedshaverne har givet mandat hertil, være dækket i forhold til licensering over grænserne, såfremt aftalerne med kunderne giver mulighed herfor. Det sidste vil meget ofte være tilfældet, idet aftalerne med uddannelsesinstitutionerne i udgangspunktet giver mulighed for online-undervisning til de studerende, der er indskrevet på uddannelsen. Begrænsningen i licensen ligger i, at undervisningen skal foregå i sikre lukkede netværk. En begrænsning, som i øvrigt genfindes i DSM-direktivets art. 5, stk. 1(a), og art. 5, stk. 3.

Udenlandske rettighedshavere vil i vidt omfang være at betragte som repræsenterede rettighedshavere, idet de er omfattet af de gensidighedsaftaler, der indgås mellem forvaltningsorganisationer rundt omkring i verden. På tekstområdet er de fleste som nævnt medlem af IFRRO. IFRRO har udarbejdet modelaftaler, som organisationerne oftest betjener sig af.

De ikke-repræsenterede rettighedshavere er de rettighedshavere, som ikke er medlemmer af forvaltningsorganisationen – hverken direkte eller via en organisation. På grund af ophavsrettens territoriale afgrænsning er udgangspunktet i aftalelicenssystemet, at de Ikke-repræsenterede rettighedshaveres materiale ikke kan anses for omfattet af li-

censen, i tilfælde hvor modtagelsen finder sted i et andet land. De ikke-repræsenterede rettighedshavere har ikke givet et direkte samtykke til licenseringen, men er i stedet omfattet via den udvidelse, der sker af aftalen, jf. aftalelicenssystemet.¹⁴ Da denne udvidelse i det gældende system er begrænset til territoriet (i dette tilfælde Danmark), opstår der, som påpeget af EU-Kommissionen, et juridisk problem.¹⁵

3.5.2. DSM-direktivet

DSM-direktivet gør op med denne problemstilling. På grund af den "legal fiction", som findes i DSM art. 5, stk. 2, jf. art. 5, stk. 3, anses udnyttelsen for at finde sted i den medlemsstat, hvor uddannelsesinstitutionen er etableret. Art. 5 regulerer både undtagelser og licenser. Selv om mange repræsentanter for rettighedshaverne i starten af processen i direktivforhandlingerne foretrak en model, der tog udgangspunkt i en gensidig anerkendelse af de forskellige nationale systemer, må man nok erkende, at der er tale om en både praktisk og juridisk smart løsning. Så længe anvendelsen foregår i et sikkert elektronisk miljø, er systemet, at den skal anses for at finde sted "på territoriet", og dermed undgår man problemstillingen om ophavsrettens territoriale afgrænsning.

Spørgsmålet er så, om den "legal fiction", der findes i art. 5, stk. 3, i tilfælde, hvor der er tale om en licensaftale, som får "license override"-virkning, gælder hele licensen eller kun den del af licensen, som svarer til, hvad der kan rummes inden for begrebet "illustration for teaching"? Forarbejderne til direktivet giver intet sikkert svar på dette. Man kunne umiddelbart mene, at den tvangsmæssige udvidelse af licensen til også at gælde ikke-repræsenterede rettighedshavere vil være temmelig indgribende, når licensen, som typisk er en del mere omfattende end undtagelsen, nu får virkning i hele EU. På den anden side giver en ordlydsfortolkning af bestemmelsen i art. 5, stk. 2, jf. stk. 3, ingen støtte for dette synspunkt. I praksis giver det da heller ingen mening, hvis kun dele af licensen har grænseoverskridende effekt. Det vil i øvrigt også være praktisk umuligt at definere omfanget. Der er derfor udelukkende

14. I Danmark ophavsretslovens § 13, se ovenfor under pkt. 2.

15. Om denne problemstilling og de forskellige løsningsmodeller se Schønning i *NIR* 2017, s. 613 f.

tale om en teoretisk diskussion, og konklusionen må være, at hele licensaftalen har grænseoverskridende effekt.

Medlemsstater, der vælger at indføre en undtagelse, kan fastsætte bestemmelser om en rimelig kompensation.¹⁶ Dette kan fx ske i form af en tvangslicens.

4. Lidt om gennemførelse i national ret

Stor spænding knytter sig til gennemførelse af art. 5 i den danske ophavsretslov. Hvordan tackles forholdet mellem en undtagelse og licensordninger? Under forhandlingerne om DSM-direktivet var der et bredt flertal i Folketinget, som havde givet udtryk for, at aftalelicensløsninger og andre licensordninger skulle være den altovervejende hovedregel. Det var med dette mandat i tasken, at den danske regering færdigforhandlede direktivet.

Når direktivet nu skal transformeres til dansk ret, må det være rimeligt at antage, at denne rettesnor fortsat skal være gældende.

Der er i sagens natur mange måde, hvorpå man kan implementere disse komplicerede regler. Vores bud på det er følgende:

Først og fremmest bør det fremgå af ophavsretsloven, at aftaler og licenser er den primære måde, hvorpå man kan dække uddannelsesinstitutionernes behov. Der er en mangeårig tradition for aftaledækning af dette område. I praksis betyder det, at aftaler med Copydan Tekst & Node og evt. andre rettighedshaverorganisationer er den altovervejende hovedregel, så længe der er tale om brugbare og rimelige licenser. Den konkrete udmøntning kan ske ved en lettere revision af undervisningsaftalelicensen i ophavsretslovens § 13. I samme moment kan der tages højde for spørgsmålet om grænseoverskridende anvendelse, idet man med støtte i direktivets art. 5, stk. 2, kan indføre en såkaldt "legal fiction", der fastslår, at anvendelsen af værker i undervisningsvirksomhed i sikrede, elektroniske netværk, anses at finde sted i Danmark, hvis undervisningsinstitutionen er hjemmehørende i Danmark. Dette forudsætter i sagens natur, at den eller de studerende, som gør brug af denne mulighed, er indskrevet på den pågældende undervisningsinstitution.

16. Se DSM-direktivet art. 5, stk. 4, jf. stk. 1.

For at være tro mod direktivet er det imidlertid nødvendigt at indføre en undtagelse i form af en tvangslicens, der alene finder anvendelse i de situationer, hvor der ikke måtte findes passende licenser for så vidt angår digital brug af værker til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning, jf. navnlig § 13 og § 50, stk. 2. Med udtrykket “passende licenser” forstås licenser, som er lettilgængelige for uddannelsesinstitutionerne, og som med rimelighed kan siges at dække de behov for anskueliggørelse i forbindelse med undervisning, som er fastsat i direktivets art. 5. En sådan undtagelsesbestemmelse/tvangslicens kunne fx indsættes i ophavsretsloven som en ny § 21a.

I praksis er det vanskeligt at forestille sig, hvilke udnyttelser der ville være omfattet af undtagelsen i § 21 a, og ikke af Copydan Tekst & Nodes og andre rettighedshaveres aftaler med institutionerne. Som beskrevet ovenfor giver Copydan Tekst & Nodes aftaler som udgangspunkt adgang til en bredere og mere vidtgående brug end den, som følger af direktivets undtagelse.

I lighed med aftalelicensen i lovens § 13 bør det udtrykkeligt fastslås i § 21a, at der kan ske fjernundervisning på tværs af landegrænser, hvis det sker ved hjælp af et sikret elektronisk netværk. Med andre ord anses udnyttelsen for at finde sted i Danmark, hvis undervisningsinstitutionen er hjemmehørende i Danmark.

Med disse konkrete sigtelinjer er det vores håb, at udnyttelsen af ophavsretligt beskyttet materiale i undervisningssektoren kan fortsætte i mange år fremover på en tidssvarende facon, til glæde for såvel uddannelsesinstitutioner som rettighedshavere.

5. Sammenfatning

Denne EU-regulering er måske ikke så skidt endda. DSM-direktivet er på mange måder medvirkende til, at der etableres en “level playing field” i EU. Bestemmelserne om digital udnyttelse af værker til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning – også på tværs af grænserne – signalerer vigtigheden af den ophavsretlige beskyttelse samtidig med, at den skal følge med samfundsudviklingen. Inden for direktivets rammer gives der medlemsstaterne en vis frihed til at indrette sig på den måde, som passer bedst med medlemsstatens juridiske traditioner og praktiske infrastruktur.

Treaty Interpretation and Treaty Making

*Professor Emeritus Sam Ricketson,
Melbourne Law School, Victoria, Australia*

1. Introduction

In his distinguished career as a senior official of the World Intellectual Property Organization (WIPO), and prior to this as a representative of the Danish Government, Jørgen Blomqvist was intimately involved with the negotiation and drafting of treaties in the area of copyright and related rights. In this chapter, I would like to focus on an issue that must have faced him daily in his professional work. This is the role of agreements made by parties in connexion with the conclusion of a treaty that are to be considered, along with the context, in the interpretation of its provisions. It is an area in which significant changes in practice by WIPO have occurred in the past several decades in relation to the Berne Convention and its related treaties. For ease of reference in the discussion which follows, they might be described as ‘ancillary agreements’ in contrast to the actual treaty with they are concerned.

The chapter begins with a brief discussion of the rules of customary international law embodied in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), and the way in which these have been applied to identify and apply to ancillary agreements in subsequent revisions of

the Berne Convention by way of reference to statements in revision conference reports and other diplomatic records. While some of these applications have been fruitful in resolving points of difficulty or filling gaps that might otherwise have appeared, they have also led to further uncertainty for national policy makers and legislators seeking to implement their international obligations under Berne. In later treaty negotiations, therefore, WIPO has sought to formalise this aspect of treaty making through the formulation of agreed statements concerning particular treaty provisions. This practice appears to be unique to WIPO, and, while superficially helpful in that it clearly identifies and records the ancillary agreement in question, it raises important questions as to their ultimate utility and as to whether such matters might not better be included within the text of the treaty itself. This, in turn, raises questions as to the level of detail that can reasonably be expected in treaties—a process in which WIPO continues to engage, in relation not only to copyright and related rights, but also to many other topics relating to intellectual property: should treaties simply be framework documents with broad overarching statements of principles or should—or can—they be formulated at the level of detail one might reasonably expect in national legislation? At a deeper philosophical level, a battle for the soul of the international treaty process is in play here.

2. The starting point—the Vienna Convention on the Law of Treaties

The starting point for our discussion is the VCLT, articles 31 and 32 of which contain a number of ‘rules’ about the interpretation of treaties. For present purposes, we can assume that these embody or codify the rules of customary international law¹ and that they are applicable to the

1. See further I Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, Manchester, 2nd ed 1984) (‘Sinclair’), 153: (‘There is no doubt that Articles 31 to 33 of the Convention constitute a general expression of the principles of customary international law relating to treaty interpretation.’) Relevantly, the VCLT provisions apply only after the date of its coming into force (27 January 1980) and then, obviously, only among those countries that are contracting parties to that treaty (116 as at 25 November 2020, almost all of which are also parties to Berne (an exception being Myanmar): see <<https://treaties.un.org/Pages/>

various treaties on copyright and related rights that are now administered by WIPO: the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (the ‘Berne Convention’), the WIPO Copyright Treaty 1996 (‘WCT’), the WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 (‘WPPT’), the Beijing Treaty on Audio-visual Performances 2012 (‘Beijing Treaty’) and the Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled 2013 (‘Marrakesh VIP Treaty’).

Relevantly, for the purpose of the following discussion, Article 31 provides for the ‘general rule of interpretation’ to be applied as follows:

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en> (viewed 1 January 2021). The Berne Convention is clearly a pre-VCLT treaty, and while the other treaties (including the TRIPS Agreement) considered here post-date the VCLT, there are parties to these treaties, such as the USA, that are not VCLT parties. Nonetheless, it seems clearly accepted that articles 31 and 32, at the very least, embody or reflect the previous rules of customary international law on interpretation of treaty terms. Thus, in the case of the USA, see 1 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States 145 (1986)/Restatement of the Law (Fourth)*, The Foreign Relations Law of the United States, 2018, Part III, §306 (Interpretation of Treaties), where the following comment appears:

‘Comment: a. Interpretation of treaties under international and domestic law. The international law principles of treaty interpretation are principally set forth in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331. *Although the United States has not ratified the Vienna Convention on the Law of Treaties, these articles are now generally accepted as reflecting customary international law, including by the United States.* See Reporters’ Note 1. As a result, the articles set forth principles that one would expect any interpreter to apply in construing obligations under a treaty.’

More generally, on the attitude of US courts to matters of treaty interpretation, see Criddle, Evan J., ‘The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation’ (2004). Faculty Publications. 1524. <<https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1524>>, (2004) 44 *Virginia Journal of International Law* 431.

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.²

In the following discussion, I propose to focus only on article 31(2)(a), which provides, for the purpose of identifying the ‘ordinary meaning’ of treaty terms ‘in their context’, that the latter comprises ‘any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty’. This is in addition to the more obvious and objectively ascertainable elements of the treaty, namely its text, preamble and annexes. In one sense, the ‘rule’ in article 31(2)(a) is somewhat unsettling, in that it suggests that the answer to interpreting the terms of a treaty is not to be found solely in the written text that the parties have adopted, but that this includes any ancillary agreement that they have made at the same time. Viewed in another way, this may be a source of comfort, as a recognition that it is not always possible to include everything in the treaty itself—matters of technical detail, for example, or clarification of the meaning of particular terms used—and that ancillary agreements or understandings between the parties can help oil the wheels of the interpretative process.

On a first reading, the language of article 31(2)(a) is quite open-ended, applying to ‘any agreement relating to the treaty’. Such agreements may take various guises, the emphasis being on ‘evidence of the fact of agreement on meaning rather than a formal agreement itself’.³ In some instances, this may be a Protocol of Signature, which deals

2. <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf>.

3. R Gardiner, ‘The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation’, in DB Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, Oxford), 475, 483.

with interpretation of particular articles of the treaty,⁴ or it may take the form of a separate protocol to the treaty⁵ or a series of less formal recorded ‘understandings’ or side letters between the parties (more usual in bilateral agreements).⁶ Some of these agreements may, in fact, be more appropriately characterized as part of the treaty itself and therefore not strictly within the scope of article 31(2)(a). But it is clear that article 31(2)(a) has a more wide-ranging operation than the foregoing examples might suggest.

3. Ancillary agreements and the Berne Convention

In this regard, the Berne Convention historically furnishes a number of significant instances where evidence of agreement between the parties on particular matters not mentioned in the formal text adopted by the parties is to be found in the General Reports presented in the final plenary sessions of the relevant revision conference. The way in which these agreements are presented has differed from reporter to reporter⁷ and, for most part, the reports are explanatory in character, providing background as to the arguments and debates that have led to the adoption of particular treaty terms. At various points, however, they have recorded agreements on significant issues not expressly mentioned in the treaty terms under consideration that go further than simple back-

-
4. UN Treaty Collection Treaty Reference Guide, ‘Definition of key terms used in the UN Treaty Collection at <https://www.unescap.org/sites/default/files/pub_2489_annex_II-3.pdf> (viewed 1 January 2021).
 5. An example, well known to patent lawyers, is the Protocol on the Interpretation of Article 69 of the Convention on the Grant of European Patents, although as R Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, Oxford, 2011) (‘Gardiner’), 212-213 points out, this is actually part of the Convention itself by way of incorporation and not strictly within the scope of article 31(2)(a).
 6. See further A Aust, *Modern Treaty Practice* (Cambridge University Press, Cambridge, 3rd ed, 2013) (‘Aust’), 211; Gardiner, 213–214.
 7. One can readily discern differences between the more precise presentations of Louis Renault, a highly experienced international lawyer, in his reports to the Paris Conference 1896 and Berlin Conference 1908, the more cautious tone of E Piola Caselli’s report at Rome 1928, the occasional grandiloquence (and personal biases) of Marcel Plaisant at Brussels 1948 and the more pragmatic approach of Svante Bergstrom at Stockholm 1967. Some of these differences will become apparent in the discussion that follows.

ground or explanation. An early example is in the report of Louis Renault at the Paris Revision Conference 1896, where an obligation to indicate the source of newspaper articles which might be freely published in the absence of prohibition was inserted into article 7 of the Berne Act 1896.⁸ The meaning of ‘source’ was not mentioned, however, and was clarified by Renault in his report as follows:

At the request of the Italian Delegation, it has been understood that the notice of the source shall include not only an indication of the newspaper or periodical in which the article had appeared but also the author’s name if the article is signed.⁹

The reference to its being ‘understood’ suffices to indicate the agreement of the parties to this interpretation. Other instances of ‘understandings’ as to the meaning and scope of particular terms and expressions are to be found scattered throughout other Conference reports and can be very useful in filling out the context of treaty terms for the purposes of interpretation. Perhaps the most notable example (although one now more a matter of historical interest) is to be found in the report of the 1971 Paris Conference, which saw the adoption of the Appendix (on developing countries) to the Paris Act: this provides an interpretative guide to almost every provision of the Appendix,¹⁰ to which may be added the even more detailed report on the corresponding changes that were made at the same time, in back-to-back sessions and in almost precisely similar language, to the UCC.¹¹ In general, these ‘agreements’ on the meaning and/or scope of particular terms are minor and uncontroversial—just filling in the ‘gaps’ and providing use-

8. Added in Article 1, IV, of the Paris Additional Act 1896.

9. *Actes de la Conférence de Paris de 1896* (International Office, Berne 1897) (*‘Actes 1896’*), p. 171.

10. WIPO, *Records of the Diplomatic Conference for the Revision of the Berne Convention (Paris, July 5 to 24, 1971)* (WIPO, Geneva 1974) (Records 1971), 165 ff.

11. In particular, the General Report of A Kaminstein, the US Register of Copyright: *Conference for Revision of the Universal Copyright Conference, UNESCO House, Paris 5-24 July 1971* (UNESCO, Paris 1971), 57 ff. (also available in *UNESCO Copyright Bulletin*, Vol 4, 3–33; as to this, the General Report for the Berne Revision at Paris commented: ‘Arguments for and against and understandings on such provisions were, in many cases, not repeated in the present Conference. These facts explain the relative brevity of the following passages of this Report’: *Actes 1971*, 169, par. 24.

ful clarifications—and it can be said that, had they been included in the Appendix, this would have made that document even more complicated and detailed than it presently is.

More significant glosses to the treaty text that have gone beyond the examples given above—amounting to what are, in effect, new treaty terms—are also to be found in Conference Reports, notably in those of Brussels (1948) and Stockholm (1967). Most notable here is the ‘minor reservations’ doctrine that was enunciated, as follows, by Marcel Plaisant in his report to the Brussels Revision Conference in 1948:

Your *rapporteur général* has been entrusted with making an express mention of the possibility available to national legislation to make what are commonly called minor reservations. The Delegates of Norway, Sweden, Denmark and Finland, the Delegate of Switzerland and the Delegate of Hungary, have all mentioned these limited exemptions allowed for religious ceremonies, military bands and the needs of child and adult education. These exceptional measures apply to articles 11^{bis}, 11^{ter}, 13 and 14. You will understand that these references are just lightly pencilled in here, in order to avoid damaging the principle of the right.¹²

This received confirmation in the 1967 Stockholm Report of Bergstrom, so as to deflect any arguments that this statement was no longer valid: ‘It seems clear that it was not the intention of the Committee to prevent States from maintaining in their national legislation provisions contained in the declaration in the General Report of the Brussels Conference.’¹³ But if the minor reservations doctrine and its scope have not proved contentious in the context of Berne, it will be recalled that it came to the forefront in the WTO ‘Business and homestyle exemptions’ proceeding in 2000,¹⁴ where it is arguable that the Panel’s alignment of the doctrine with the requirements of the three-step test took the doc-

12. *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948* (International Office, Berne (1951) *ibid.*, 100. This translation has been taken from that prepared by WIPO in their centennial volume of 1986: *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986* (1986), 181. [The original French text of the last sentence reads as follows: ‘Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d’une touche légère sans infirmer le principe du droit’.]

13. *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967*, Vol 2 (WIPO, Geneva 1971) (‘Bergstrom Report’), 1166, par 210.

14. DS160: *United States: Section 110(5) of the US Copyright Act*, 15 June 2000.

trine beyond the *de minimis* limitation that had possibly been all that was intended by the Brussels and Stockholm Revision Conferences (that is a topic for a separate discussion on another day and will not be pursued further here¹⁵). This sudden recognition of the importance of the minor reservations doctrine and discussion of its scope highlights the difficulties involved in seeking to interpret the language of a conference report in the same way as if it were a treaty provision in its own right: it may be assumed that the expression ‘lightly pencilled in’ would not have found its way into the text of the Brussels Act of the Berne Convention! On the other hand, everything else in Plaisant’s remarks and those in the broader discussions in the Conference indicate that the implied exceptions referred to here were indeed ‘minor’ and of *de minimis* importance only.¹⁶ It becomes cumbersome, however, if this search for the agreement between all the parties on this matter involves a careful parsing of the Conference documents to ascertain (a) what the scope of the proposed implied exceptions was, and (b) the agreement of the delegates that this was their understanding of their scope.

Equally significant, although it too does not seem to have been the subject of contention following its adoption, is the second set of implied exceptions contained in the Stockholm Report of Bergstrom with respect to translation rights (confirmation of the minor reservations doctrine being the first). The issue confronting delegates here was the extent to which, if at all, the exceptions on rights that were allowed under articles such as articles 2^{bis}(2), 9(2), 10(1) and (2), 10^{bis}(1) and (2), 11^{bis} and 13 extended to the making of translations for the purposes specified in those articles—a matter of some significance to many Berne members who desired access to works from other Berne members in languages other than their own. After considering possible amendments to the text of the Convention itself to acknowledge the permissibility of such uses, the Conference opted instead to include the following statement in its General Report. This is worth setting out in full, as

15. See further S Ricketson & J Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond* (Oxford University Press, Oxford, 2nd ed 2006) (‘Ricketson & Ginsburg’), 833, 13.82, 13.113–13.114.

16. See further Ricketson & Ginsburg, 13.80–81, and the Conference documents referred to therein.

it reflects both agreement and disagreement between delegates on certain matters:

205. As regards the right of translation in cases where a work may, under the provisions of the Convention, be lawfully used without the consent of the author, a lively discussion took place in the Committee and gave rise to certain statements on the general principles of interpretation. While it was generally agreed that Articles 2^{bis}(2), 9(2), 10(1) and (2), and 10^{bis}(1) and (2), virtually imply the possibility of using the work not only in the original form but also in translation, subject to the same conditions, in particular that the use is in conformity with fair practice and that here too, as in the case of all uses of the work, the rights granted to the author under Article 6^{bis} (moral rights) are reserved, different opinions were expressed regarding the lawful uses provided for in Articles 11^{bis} and 13. Some delegations considered that those Articles also applied to translated works, provided the above conditions were fulfilled. Other delegations, including those of Belgium, France and Italy, considered that the wording of those Articles in the Stockholm text did not permit of the interpretation that the possibility of using a work without the consent of the author also included, in those cases, the possibility of translating it. In this connection, the said delegations pointed out, on the level of general principles, that a commentary on the discussion could not result in an amendment or extension of the provisions of the Convention (see also paragraph 210 below concerning the so-called 'minor reservations' to Articles 11, 11^{bis}, 11^{ter}, 13 and 14).¹⁷

The dichotomy here is sharply drawn: in the first group of cases (Articles 2^{bis}(2), 9(2), 10(1) and (2), and 10^{bis}(1) and (2)), the possibility of making exceptions for translations, subject to the conditions specified in those articles, is 'virtually' implied. In the second group of cases (Articles 11^{bis} and 13), this possibility is denied, as there is disagreement between Berne members on this (the fact that both articles allowed the imposition of compulsory licences and the payment of equitable remuneration was obviously relevant here). Indeed, as the final sentence of paragraph 205 states, a 'commentary on the discussion could not result in an amendment or extension of the provisions of the Convention'. But this raises a question as to the meaning of the preceding sentences where the possibility of making exceptions with respect to translations

17. *Ibid.*, 1165 (report). For the substantially similar French draft, see *ibid.*, 926.

is ‘virtually’ implied: how is such an implication of a series of parallel or shadow licences with respect to translations to be explained? Several possibilities present themselves: (i) the agreement in the second sentence can be seen simply as providing confirmation that the words of a given provision have a particular meaning, according to the usual principles of interpretation (what may be called a ‘confirmatory function’); (ii) they provide a legitimate supplementary aid to interpretation under article 32, VCLT, insofar as they point to the context, object and purpose of the Convention where an interpretation arrived at under (i) results in ambiguity or obscurity, or leads to a manifestly absurd or unreasonable result (this could be called the ‘explanatory function’ which can be resolved by reference to supplementary aids to interpretation); or (iii) more radically, notwithstanding the stricture in the final sentence of paragraph 205 against amendments or extensions of the provisions of the Convention, they can in fact be regarded as doing just that, at least in relation to the provisions referred to in the preceding sentences on which there was agreement that translations were allowable.

There are arguments that can be deployed in support of each of these possibilities, although they may fall short of providing a full explanation. Thus, if it is argued that translations are a species of reproduction (itself a question of prior construction of the Convention¹⁸), the application of the exceptions in articles 9(2) and 10(1) follows as a matter of course, as the user is only reproducing the work in a different way. In this regard, the statement in the second sentence of paragraph 205 therefore simply operates to confirm this interpretation. This argument, however, can only partially apply to articles 2^{bis}(2), 10(2), and 10^{bis}(1) and (2), as these provisions also apply to the acts of broadcasting and cable diffusion. If there is a gap, then, in relation to these last-mentioned rights—or, indeed, if it is not accepted that translations can be treated as reproductions—the second possibility, that paragraph 205 can be deployed as a supplementary aid to interpretation pursuant to VCLT, article 32, becomes attractive. Thus, if it can be said that the exclusion of translations from the exceptions provided in these articles

18. The arguments both ways are explored in S Ricketson & J Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond* (Oxford University Press, Oxford, 2nd ed 2006) (‘Ricketson & Ginsburg’), 11.34–11.37.

will lead to a manifestly absurd or unreasonable result, it will be legitimate to have regard to the report as an indication of the understanding of the parties to the Convention, and hence of its overall context, object and purpose. It can be said that such recourse is obviously called for here, as an interpretation excluding translations would render the provisions of the Convention ineffective in many countries of the Union where translation of foreign-sourced works is clearly necessary if full advantage is to be taken of the exceptions allowed for in these provisions (whether in respect of reproduction, broadcasting, or cable diffusion). Accordingly, the unanimous view of the Stockholm delegates recorded here in the report goes to show that this result was not intended—the opposite was ‘virtually implied’—leading to the conclusion that these exceptions are equally applicable in respect of the making of translations. In this regard, it is unnecessary to state that these exceptions apply subject to the same conditions that operate in the case of uses of the original version of a work, but this no doubt operates a useful reminder to Berne members in formulating their exceptions. So far as the compulsory licences allowed under articles 11^{bis} and 13 are concerned, the divided views of delegates provide no basis for reliance on article 32, meaning that there is no scope for these provisions to be applied to broadcasts or recordings of translations of work (unless it is argued that translations are also reproductions, meaning that article 13 could then be applied).

If the above arguments leave some matters unresolved, the third possibility raised above may be more compelling—and honest—in relation to what was actually happening here: that the delegates at Stockholm were engaging in a separate and distinct act of treaty formulation, in that they were clearly adding or extending the operation of the provisions of the Convention beyond the plain meaning of those provisions as they appear in the text of the Convention. Their agreement in relation to articles 2^{bis}(2), 10(2) and 10^{bis}(1) and (2) is clearly reflected in the opening sentences of paragraph 205; equally, their disagreement in relation to articles 11^{bis} and 13 is recorded in unambiguous terms. Furthermore, the stricture in the last sentence against amending or extending the provisions of the Convention can be set aside, as this was only the view of those delegations that objected to the implication of translation licences with respect to articles 11^{bis} and 13. The agreement with re-

spect to the first group of articles, however, meets the requirements of article 31(2)(a) as an ‘agreement made between all the parties’ and ‘relating to the treaty’, namely that these articles of Berne apply equally in the case of translations. This would also obviate the need to inquire whether this is because they are also reproductions (at least, in some instances) or because this statement can be regarded as a supplementary aid to interpretation.

The possibilities and uncertainties arising from the above discussion give rise to the obvious observation that the Stockholm Conference, in view of the clear agreement of delegates on the first set of exceptions, would have been wiser to adopt a specific provision or provisions of the Convention dealing with a parallel set of exceptions for translations. Exceptions in this area are of some practical importance, particularly in our ever-expanding global society, and delegating such matters to agreed statements in a conference report almost seems to have been an avoidance of responsibility on the part of the Stockholm delegates. With a little more time and care, short and precise additions to each of the relevant exceptions in the Stockholm text could have been drafted and adopted, and the matter of translation uses could have been put beyond doubt.¹⁹ As it is, we are left with difficult questions of how to analyse the terms of the Conference report and how to explain their basis.

Similar challenges arise in relation to Marcel Plaisant’s minor reservations doctrine, where the suggested qualification that these are ‘lightly pencilled in’ so as not to ‘damage the principle of the right’ is a criterion that calls for its own interpretative exercise (see above). In this regard, it should be noted that the option of dealing with existing and future exceptions to the proposed reproduction right in the Stockholm Act by way of a similar kind of agreed statement in the conference report was not adopted: in that instance, the option of treaty language in the form of the much-debated three-step test in article 9(2) was adopted.²⁰ Senftleben suggests that the reason for this may have been that,

19. Ricketson & Ginsburg, 840 at 13.87 provides a set of suggested, short amendments to articles 2^{bis}, 9, 10 and 10^{bis} that would have addressed these gaps.

20. See further M Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (Kluwer Law International, The Hague 2004), 45-49.

notwithstanding the similarities between the minor reservations doctrine and the three-step test, implied exceptions in relation to public performing rights formed a more homogenous group than did existing national exceptions to reproduction rights that would need to be covered by the proposed three-step test.²¹

4. Other sources of ancillary agreements

Lest it be thought that ancillary agreements for the purpose of article 31(2)(a), VCLT, focus only on conference reports, it must be remembered that there are no constraints on the way in which such agreements may be manifested.²² Strictly speaking, agreements of this kind are not part of the 'preparatory work' of the treaty, which may only be used as supplementary means of interpretation pursuant to article 32, VCLT, but form part of the context of the treaty for the primary task of interpretation under article 31(1). The only issue, therefore, is finding and proving them, and showing that they were adopted in connexion with the conclusion of the treaty. Presumably, it will be necessary for such an agreement to have been put forward positively, rather than speculatively or in an exploratory way. Statements in conference reports aside, such 'agreements' have particular significance in the case of the Stockholm Act, as a number of uncontested statements were made by the chairman of Main Committee I of the Stockholm Conference (the distinguished German scholar, Professor Eugen Ulmer) and therefore need to be taken into account in the interpretation of certain articles, such as article 9(2) (which is concerned with permissible exceptions to the exclusive reproduction right).²³ Likewise, in the case of the WCT, the basis for what is sometimes referred to as the 'umbrella solu-

21. *Ibid.*, 48.

22. K Yasseen, 'L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités' (1976-III) 151 *Recueil des Cours*, para 20, p 39 and cited with approval by the WTO Panel on *United States: Section 110(5) of the US Copyright Act*, 15 June 2000, p 18, n 56.

23. Such statements, of course, need to be distinguished from interpretative or explanatory statements that are put forward by members of such committees in the course of deliberations. Such statements, at best, will fall to be considered as part of the preparatory works of the treaty under art 32.

tion’ of the new communication to the public right enshrined in article 8 is also to be found in uncontested statements made by the US delegate during the 1996 Diplomatic Conference as to how US law would meet the requirements of that article.²⁴ The existence of the umbrella solution—an elegant interpretative device that allows national legislators to meet their obligations under article 8 through the provision of several exclusive rights rather than one formulated in the terms of article 8 itself—must depend on this kind of analysis, rather than finding support in the actual text of the WCT.

The foregoing discussion suggests that the exercise of treaty interpretation, at least in the case of the Berne Convention, can be a somewhat unwieldy task, requiring the interpreter who is seeking to ascertain the ‘context’ of particular treaty provisions to engage in a painstaking

24. *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions* (Geneva 1996, WIPO Publication 348e, Geneva, 1999) (‘Records 1996’), Vol II, 675-6, para 301 (summary minutes of Main Committee I, statement by Mr Kushan, US delegate):

‘301. Mr. KUSHAN (United States of America) expressed support for Article 10 of Draft Treaty No. 1 and Articles 11 and 18 of Draft Treaty No. 2, concerning the rights of communication to the public and making available to the public, which were key to the ability of owners of rights to protect themselves in the digital environment. He stressed the understanding—which had never been questioned during the preparatory work and would certainly not be questioned by any Delegation participating in the Diplomatic Conference—that those rights might be implemented in national legislation through application of any particular exclusive right, also other than the right of communication to the public or the right of making available to the public, or combination of exclusive rights, as long as the acts described in those Articles were covered by such rights.’

See further United States Copyright Office, ‘The making available right in the United States: a report of the register of copyrights’, Feb 2016, pp. 1–15. See further J Reinbothe & S Von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT and the BTAP*, ¶ 7.8.24, at 135. (2015); M Ficsor, ‘The Spring 1997 Horace S. Manges Lecture—Copyright for the Digital Era: The WIPO “Internet” Treaties’, 21 *Colum-VLA J L & Arts* 197, 211 (1997) (‘[W]hen this provision was discussed in Main Committee I, it was stated—and no delegation opposed the statement—that Contracting Parties are free to implement the obligation . . . through the combination of different rights as long as the acts of such “making available” are fully covered by an exclusive right (with appropriate exceptions).’) (Dr Ficsor, as the secretary of the 1996 diplomatic conference, is most associated with the expression ‘umbrella solution’).

ing trawl through conference reports and other reports produced during the conference proceedings, as well as the summary minutes of committee and plenary sessions, to ensure that there are no ‘agreed statements’ lurking in the undergrowth. This obviously introduces an element of uncertainty into the whole interpretative process, although hopefully the final outcome will be one of greater clarity.

5. Codifying ancillary agreements—WIPO’s agreed statements

It may be that this kind of interpretative uncertainty has led WIPO in the last three decades to formalize these ancillary agreements in the shape of distinct ‘agreed statements’ with respect to specific articles of the treaty in question. This was a device adopted par excellence in relation to the WCT and WPPT (though, oddly enough, not for the umbrella solution), and subsequently in relation to the Beijing and Marrakesh VIP Treaties.²⁵ The adoption of this practice (which does not appear to be done in other international organizations) makes the task of the treaty interpreter more focussed, as there were no general reports of the traditional kind provided at the WCT and WPPT diplomatic conferences, nor at those of Beijing and Marrakesh (although copious summary minutes of sessions and preparatory documents are available on the WIPO website). The result is a series of ancillary agreements relating to specific articles that generally serve to clarify the scope of particular obligations, for instance that distribution and rental rights extend only to tangible copies,²⁶ or that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does in itself amount to the making of a communication.²⁷ In some instances, however, they appear to leave matters no clearer, for example in relation to what is ‘appropri-

25. This practice appears to have been adopted generally by WIPO from the early 1990s, not just in relation to copyright and related rights treaties, and it obviously overcomes some of the problems of ‘proof’ of the agreement that may otherwise arise. The practice appears to be peculiar to WIPO as an international organization.

26. Agreed statement concerning articles 6 and 7, WCT.

27. Agreed statement concerning article 8, WCT.

ate in the digital environment' in relation to exceptions and limitations;²⁸ in others, they may seem unnecessarily repetitive, for example the declaration in relation to article 10(2), WCT, that nothing here is to be understood as reducing or expanding the scope of applicability of limitations and exceptions permitted in the Berne Convention²⁹ (unnecessary, it is suggested, in view of the non-derogation provision in article 1(2), WCT). The provisions of the WPPT, the Marrakesh VIP Treaty and the Beijing Treaty are likewise accompanied by agreed statements that (mostly) helpfully indicate the limits or scope of the provisions to which they are attached, for example in relation to the meaning of 'works in audio form such as audio books' and the expression 'entities recognized by the government' in the case of Marrakesh,³⁰ while others appear to be repetitive of matters that should be clearly understood from the provisions of the treaty itself.³¹

At the end of the day, one is left questioning the need or utility of the device of agreed statements, given that they are, after all, 'agreed' by the treaty parties (this point is discussed further below). On the other hand, they are still only part of the context of the treaty term under consideration, and not part of the treaty itself.³² The late Anthony Aust, a highly experienced UK treaty specialist, has commented that such statements nonetheless play a useful role or provide cover for states agreeing to matters which they would otherwise be reluctant to acknowledge directly:

Such agreements and instruments should not be seen only as an aid to interpretation, but as a valuable tool of the treaty maker. There is often no reason why, at least as a matter of law, the content of the agreement or instrument could not have been put into the treaty. One reason for employing such devices is therefore political. One or more parties may insist on a particular point, but others, while accepting that it has to be

28. First paragraph, agreed statement concerning article 8, WCT.

29. Second paragraph, agreed statement concerning article 8, WCT.

30. Agreed statements concerning articles 2(a) and (c), Marrakesh VIP Treaty.

31. See, for example, agreed statements concerning article 5(4) and 5(4)(b).

32. VCLT, article 31(1) and (2)(a). See further S Frankel, 'WIPO and Treaty Interpretation', in S Ricketson, *Research Handbook on the World Intellectual Property Organization: The First Fifty Years and Beyond* (Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2020), 342, 354–5.

made, may find it politically awkward to have it in the treaty itself, but could agree to it being made in a separate document which is expressed to be made by certain negotiating states or by the chairman of the conference. [...] But sometimes they are used simply for convenience. An agreed minute or exchange of letters regarding the detailed application of terms used in a treaty may be neater than overloading the treaty with lengthy definitions.³³

Here speaks the voice of long experience of diplomatic negotiations. But, in the cold hard light of day—and at a time far removed from the various WIPO diplomatic conferences at which these statements were adopted—one wonders whether there is anything in any of them that was (a) so controversial that agreement had to be expressed ‘under the counter’ as opposed to being on top in full display, and (b) whether the inclusion of these statements as further sub-paragraphs of the articles to which they relate would have added unduly to the length or complexity of those articles (in this regard, the provisions of Marrakesh are notably detailed and precise, not unlike those of the Paris Appendix). These are matters which only someone intimately involved in their formulation and negotiation (such as Jørgen) could authoritatively answer. There are always explanations for such decisions, but the result is to encumber the provisions of these treaties with various ‘understandings’ that could otherwise have taken their place as part of the treaty provision in question. On the other hand, one definite benefit for the later treaty interpreter is that it is now far easier to identify the ancillary agreement than in the past—it is labelled as such and appears at the bottom of the relevant page or at the end of the treaty—while the language of these statements generally has a greater precision than is to be found in past statements in Conference reports and other records (consider the issues raised above with respect to the Plaisant and Bergstrom reports).

6. Agreement ‘between all the parties’

One final comment remains to be made about the making of ‘agreed statements’. Article 31(2)(a), VCLT, requires that these must be

33. Aust, 211.

‘between all the parties’ to the treaty in question—it will not suffice if there is only agreement between two or a few of them, or if there is simply a unilateral statement of intent by one party as to how it will apply a particular provision of the treaty and there is no indication that this is accepted by the other parties (the statement by the US delegate at the 1996 Internet Treaty Conference seems to be a clear instance where this was not the case, as there was no opposition from any party as to the approach articulated by him). From a practical perspective, the adoption of a written agreed statement with respect to a specific article is therefore a way around the problems that otherwise arise in showing agreement with, or at least acquiescence in, what is stated. This crystallised practice also offers an advantage in the multilateral context, where there may be scores of countries negotiating at the particular diplomatic conference. The formal adoption of the agreed statements at plenary sessions, along with the actual treaty provisions themselves, ensures that the requirement of ‘agreement between all the parties’, as provided by article 31(2)(a), VCLT, is more readily satisfied. Overall, then, it is a more satisfactory way of proceeding, although the criticism made above remains, namely that it would be even better if these agreed statements were inserted into the treaty text itself.

One small problem with agreed statements should be noted before concluding this part of our discussion, and is this: not all agreed statements at the 1996 Diplomatic Conference were, in fact, adopted by *all* parties, as shown by the split voting on the agreed statement with respect to article 1(4), WCT. The particular division between delegates concerned the matter of electronic storage of works, and this had led to spirited debate in Main Committee I.³⁴ It was finally adopted by that committee by a large majority, but with a small though significant minority against, and a sizeable number of abstentions.³⁵ A proposal by the WIPO Director General (Dr Bogsch) to vote on the statement, together with all the other proposed statements, was rejected in the plenary session.³⁶ This duly adopted all the agreed statements, other than

34. Records 1996, Vol II, 784–796, 797–798.

35. *Ibid.*, 798 (49 in favour, 13 against, 29 abstentions).

36. *Ibid.*, 627.

the one with respect to article 1(4), by consensus.³⁷ A separate vote on the statement with respect to article 1(4) was then passed, with a slightly larger majority of votes, a reduced minority against, and a similar number of abstentions.³⁸ One delegate (from the Philippines) made the point that this lack of consensus on the statement removed it from consideration as part of the context within article 31(2)(a), VCLT, although he had no objection to its being a 'statement of the Conference'.³⁹ Reading the records nearly 25 years on, it appears that the WIPO Director General was pushing his luck in seeking to include the article 1(4) statement together with everything else (which were adopted by consensus), and it was clear that there was opposition, albeit limited, to proceeding in this way. The result is that the agreed statement with respect to article 1(4) cannot be regarded as part of the context for the purposes of article 1(4), WCT, although no indication that the agreed statement should be qualified in this way appears on the WIPO website or in official documents, even today.⁴⁰ Indeed, Dr Ficsor, one of the key participants at the 1996 Conference, asserts that the requirements of article 31(2)(a) of the VCLT were actually satisfied here, in that, under its Rules of Procedure, the Diplomatic Conference was entitled to proceed by way of majority voting. Thus, he states:

'Between all the parties' does not necessarily mean consensus. Under Article 9(2) of the Vienna Convention, a treaty may be adopted by a two-third majority of the votes, and it was this majority which was also prescribed in Rule 34(2)(iii) of the Rules of Procedure of the 1996 Geneva Diplomatic Conference. It would be an absurd interpretation of the Vienna Convention to allege that a provision of the treaty may be adopted by such a majority but an agreed statement related to it would require consensus. [...] It is not required that the parties adopt it by consensus; it should simply be adopted according to the majority prescribed by the Rules of Procedure of the Diplomatic Conference (fixed in harmony with the Vienna Convention).⁴¹

37. *Ibid.*, 627.

38. *Ibid.*, 628 (51 in favour, 5 against, 30 abstentions).

39. *Ibid.*

40. See at <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>> (viewed 27 December 2020).

41. WIPO Guide, CT-143.

While one may readily sympathize with the result urged by Dr Ficsor, it must be doubted whether there is a basis for it under the VCLT. The majority (two-thirds) referred to in article 9(2), VCLT, relates to the adoption of the ‘text of a treaty at an international conference’; by definition, an agreement falling within article 31(2)(a) is not part of the ‘text of a treaty’, or else its treatment in article 31(2)(a) would be otiose. Further, article 31(2)(a) is explicit in its requirement that the agreement is to be made ‘between all the parties’, and this requirement, for the purposes of later treaty interpretation, cannot be altered by Conference Rules of Procedure that allow for majority voting. At this remove of time, however, this discussion may have lost its significance, in that the position outlined in the agreed statement to article 1(4) may now have become established through subsequent State practice, as envisaged in article 31(3)(b), VCLT.⁴²

7. Concluding comments

In this chapter, I have sought to tease out some of the challenges that arise in relation to ancillary agreements for the purposes of treaty interpretation. As we have seen, particular difficulties may arise where this involves statements contained in revision conference reports and other conference documents: interpreting their scope and application may become as complicated a task of interpretation as construing the treaty itself. Accordingly, the recent practice of WIPO of formulating agreed statements concerning specific treaty provisions is a welcome development, at least from the perspective of simplifying and identifying the search for ancillary agreements. On the other hand, it has been suggested that, in so far as there must be agreement between all the parties on the subject in question for the agreement to be taken into account as part of the context of the treaty, such statements might as usefully have been included as one of the provisions of the treaty itself.

This leads to consideration of a final and more fundamental question posed at the outset of this chapter, described somewhat grandly there as the ‘battle for the soul of the international treaty making pro-

42. Frankel, 355, also suggests that it might be better analyzed as falling within the scope of article 31(2)(b), VCLT.

cess'. What is it that we—or more precisely, contracting parties—wish to achieve in their treaty making efforts: broad brush framework agreements that do not go beyond general statements of principle, or detailed operational documents? The Berne Convention sans Appendix, and the WCT, WPPT and Beijing Treaty are clear examples of the former; the Paris Appendix and the Marrakesh VIP Treaty examples of the latter. In each agreement, as we have noted, it must be queried whether any of the ancillary agreements discussed above would not have been better incorporated as a further treaty provision, or not at all (in many instances, on the basis of repetition). This would have the satisfying outcome that it is the treaty, and nothing but the treaty, to which regard must be had for the purposes of interpretation of the international obligations undertaken by each contracting party.

But if this points to the ultimate lack of utility in the adoption of ancillary agreements (at least, in the case of treaties on copyright and related rights), it also points to the difficulties involved in formulating treaties of the operational kind referred to above. The Marrakesh VIP Treaty, the latest example, is a carefully calibrated agreement directed at a very specific problem: the challenges facing readers with a disability, particularly in developing countries. It is for this reason that there is no practical difference between the content of its provisions and the understandings recorded in its individual agreed statements. More importantly, of course, it has to sit within the broader framework of the Berne Convention, the WCT, WPPT and TRIPS Agreement, with the further requirement that it now makes the adoption of exceptions in this area mandatory for contracting parties, including in their domestic laws, and seeks to prescribe the ways in which this may be done. Such operational approaches also appear implicit in some of the proposals that are presently under discussion in the Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) of WIPO with respect to such matters as educational uses and uses by libraries and archives. Leaving aside for another place the desirability of making these initiatives mandatory for WIPO members (a matter on which the present author and Jane Ginsburg have commented critically elsewhere⁴³), any proposed

43. S Ricketson & J Ginsburg, 'The Berne Convention: Historical and Institutional Aspects', in D Gervais (ed.), *International Intellectual Property: A Handbook of Con-*

treaty will need still to sit within the broader Berne *et al.* framework, which raises the question of whether this is a worthwhile expenditure of delegates' time and resources. If Berne compliance remains the ultimate touchstone, is more detailed treaty language filling in the gaps a useful endeavour in the circumstances: would it not be more productive to devote this time and energy to the development of 'soft law' or model law proposals that provide guidance rather than instructions to member states as to how to implement their obligations while falling within this broader framework?

These are all questions for a separate discussion on another day. The purpose of the present chapter, however, has been a more limited one: to examine the deployment of ancillary agreements in the copyright and related treaties administered by WIPO. At the end of the day, a very real doubt must arise as to what such agreements have added to the overall treaty-making processes of WIPO.

temporary Research (Edward Elgar, UK, February 2015), pp 3, 33–36.

Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten

Professor, dr.jur. Thomas Riis, CIIR, Københavns Universitet

1. Indledning

Der er skrevet og sagt meget om det ophavsretlige værksbegreb både af praktisk og filosofisk karakter. Faktisk så meget, at jeg ikke her tør forsøge en blot tilnærmelsesvis udtømmende opremsning af bidragene bare i den skandinaviske doktrin.

Jørgen Blomqvist har i den bog om international ophavsret, han har udgivet sammen med Peter Schønning,¹ beskrevet det generelle opsamlingsbegreb, der efter Bernerkonventionen (1886) dækker alle værks typer som “litterære og kunstneriske værker”.² Det vil altså sige, at ophavsretligt beskyttede værker skal være enten “litterære” eller “kunstneriske”. Han henviser herved til konventionens art. 1, der fastslår, at konventionen vedrører beskyttelse af litterære og kunstneriske værker, samt art. 2, stk. 1, hvorefter

“The expression ‘literary and artistic works’ shall include every production in the literary, scientific and artistic domain [...]”

1. Peter Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011).

2. *Ibid.*, s. 261

Det er tilsvarende anført i den almindelige ophavsretlige litteratur, at der er to betingelser, der skal være opfyldt, for at et værk er ophavsretligt beskyttet. Dels skal produktet efter sin art kunne karakteriseres som litterært eller kunstnerisk, dels skal det have originalitet.³

Dette værksbegreb er nu – som så mange andre dele af ophavsretten – blevet udfordret af EU-Domstolen (EUD).

2. EU-Domstolens harmonisering af værksbegrebet

EUD's omformning af værksbegrebet begyndte med *Infopaq*-dommen fra 2009.⁴ Sagen handlede bl.a. om, hvorvidt virksomheden Infopaq, der driver virksomhed med overvågning og analyse af medier i trykt form, foretog en ophavsretlig relevant handling i form af eksemplar-fremstilling, jf. infosoc-direktivets⁵ art. 2, ved at kopiere 11 ord fra en nyhedstekst. EUD fastslog indledningsvis, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, der, således som direktivets art. 2 ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele fællesskabet.⁶ At eksemplar-fremstilling efter art. 2 skal anses som et særegent EU-retligt begreb, er der ikke noget overraskende i. Det overraskende ligger i, at EUD tillige fastslår, at da reproduktionen relaterer sig til et værk, så må også værksbegrebet og originalitetskravet være harmoniseret af direktivet, da direktivet “opstiller en harmoniseret retlig ramme for ophavsret”.⁷ Dette på trods af, at direktivets ordlyd ikke stiller krav til begreberne “værk” eller “originalitet”, men blot det, at ordet “værk” nævnes i visse af direktivets bestemmelser, er for EUD tilstrækkeligt til at anse det for EU-harmoniseret.⁸ Denne “harmoniserede retlige ramme” baserer Domstolen på præambelens 20. betragtning, der fastslår, at InfoSoc-

3. F.eks. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021), s. 67, 70 og 83.

4. Sag C-5/08, *Infopaq*.

5. Direktiv 2001/29/EF.

6. Præmis 27.

7. Præmis 36.

8. Jf. sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 28.

direktivet bygger på de principper og bestemmelser, der allerede er fastsat i de gældende direktiver på området, herunder navnlig Edb-programdirektivet,⁹ Databasedirektivet¹⁰ og Beskyttelsestidsdirektivet,¹¹ der harmoniserer originalitetskravet for henholdsvis edb-programmer, databaser og fotografier. Endvidere er det anført i den pågældende betragtning, at direktivet videreudvikler disse principper og bestemmelser og anvender dem på informationssamfundsområdet.

Domstolen har således slået fast, at det er op til Domstolen selv at fortolke værksbegrebet.¹² Overraskelsen skal yderligere ses i lyset af, at Kommissionen, der jo er part i EU-lovgivningsprocessen, i sit arbejdsprogram for ophavsretten fra 2004¹³ – altså flere år efter infosoc-direktivets vedtagelse – ikke fandt behov for at vedtage en gennemgående harmonisering af originalitetskravet i tillæg til den allerede gennemførte delvise harmonisering af originalitetskravet i Edb-programdirektivet, Databasedirektivet og Beskyttelsestidsdirektivet. I efterfølgende retspraksis har EUD yderligere fået belyst og præciseret værksbegrebet og originalitetskravet, som Domstolen har indfortolket det i infosoc-direktivet.¹⁴

EUD's ekspansive og aktivistiske fortolkningsstil i denne sammenhæng er ikke gået upåagtet hen og er blevet grundigt kommenteret og kritiseret i den juridiske litteratur.¹⁵

9. Direktiv 2009/24/EF, art. 1, stk. 3.

10. Direktiv 96/9/EF, art. 3, stk. 1.

11. Direktiv 2006/116/EF, art. 6.

12. Christian Handig, "Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): is the term 'work' of the CDPA 1988 in line with the European Directives?", 32(2) *European Intellectual Property Review* 2010, s. 53-57.

13. European Commission, "Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights", 19 July 2004, SEC(2004) 995, s. 14.

14. Navnlig de forenede sager C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, sag C-393/09, *BSA*, sag C-406/10, *SAS*, sag C-168/09, *Flos*, sag C-604/10, *Football Dataco*, sag C-145/10, *Painer*, sag C-335/12, *Nintendo*, sag C-161/17, *Renckhoff*, sag C-310/17, *Levola Hengelo*, sag C-833/18, *Brompton*, sag C-469/17, *Funke Medien*, og sag C-683/17, *Cofemel*. Se nærmere Eleonora Rosati, *Originality in EU Copyright, Full Harmonization through Case Law* (Edward Elgar 2013).

15. F.eks. Thomas Riis & Sebastian Felix Schwemer, "Judicial activism 2.0 – 10 years of case law that shaped EU digital copyright law" (under udgivelse).

3. Er smagen af en ost et “litterært” eller et “kunstnerisk” værk?

I sag C-310/17, *Levola Hengelo*, blev EUD af en nederlandsk domstol bl.a. forelagt følgende præjudicielle spørgsmål:

- a. Er EU-retten til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel – som ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse – beskyttes ophavsretligt? Særligt spørges:
- b. Er det til hinder for en ophavsretlig beskyttelse, at udtrykket “litterære og kunstneriske værker” som omhandlet i Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1, ganske vist omfatter “enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen”, men at de i bestemmelsen nævnte eksempler kun vedrører frembringelser, der kan opfattes med øjet og/eller hørelsen?

Den letteste løsning havde nok været at besvare spørgsmålet med en konstatering af, at en smag ikke kan anses for et litterært eller kunstnerisk værk, og dermed er sådanne fænomener udelukket fra ophavsretsbeskyttelse. Et sådant svar ville være i overensstemmelse med lægmandsforståelse af udtrykkene “litterært” og “kunstnerisk”, og begrundelsen ville endvidere kunne bruges til at sikre, at ophavsrettens saglige område ikke udvider sig ukontrollerbart til mere eller mindre obskure områder. Man kunne også overveje, om det i det hele taget giver mening at snakke om smag som et værk. Er smag ikke snarere en ustabil repræsentation af noget andet i dette tilfælde en substans/materie? Og hvis noget skulle ophavsretsbeskyttes, så burde det være denne substans/materie.

Hvorom alting er, valgte EUD imidlertid ikke den direkte vej ved simpelthen at konstatere, at smagen af et levnedsmiddel per definition ikke er et værk. Domstolen fastslår, at to betingelser skal være opfyldt, for at en “genstand” kan anses for et værk.¹⁶ For det første skal den pågældende genstand være original.¹⁷ For det andet er kvalificeringen som “værk” forbeholdt de elementer, der er udtryk for en sådan intellektuel

16. Præmis 35.

17. Præmis 36.

frembringelse.¹⁸ Sidstnævnte betingelse er formuleret uheldigt i den danske sprogversion af dommen, og meningen kommer tydeligere frem i den engelske version: "Secondly, only something which is the expression of the author's own intellectual creation may be classified as a 'work' within the meaning of Directive 2001/29". Meningen er således, at "værket" kun omfatter den konkrete udformning og ikke bagvedliggende idéer, metoder, information m.v., hvilket jo er en almindelig ophavsretlig læresætning og dermed ukontroversiel. Det er derimod Domstolens efterfølgende betragtninger, der nok i realiteten må anses for realindholdet i den anden betingelse for ophavsretlig beskyttelse. Herefter indebærer begrebet "værk" i infosoc-direktivets forstand, "nødvendigvis et udtryk for genstanden for den ophavsretlige beskyttelse, der tilstrækkeligt præcist og objektivt gør denne identificerbar, selv om dette udtryk ikke nødvendigvis er permanent".¹⁹ I Domstolens logik er værkets konkrete udformning bundet op på, at værket kan identificeres præcist og objektivt.²⁰ At der skulle være en sådan sammenhæng mellem konkret udformning og præcis og objektiv identifikation, havde været svært at regne ud inden dommen i *Levola Hengelo*-sagen.

Årsagen til dette krav om, at værket skal kunne identificeres præcist og objektivt er ifølge EUD, at de myndigheder, der skal overvåge beskyttelsen af ophavsrettens iboende enerettigheder, klart og præcist skal kunne kende de således beskyttede genstande. Det gælder også for borgerne, herunder erhvervsdrivende, som klart og præcist skal kunne identificere de beskyttede genstande i forhold til tredjemand, herunder konkurrenterne. Endvidere vil kravet om en objektiv identifikation fjerne ethvert element af subjektivitet, som skader retssikkerheden.²¹

Svaret på det spørgsmål, som udgør overskriften til dette afsnit er således: Det spiller ikke nogen rolle, om duften af en ost er et litterært eller kunstnerisk værk eller noget helt tredje. Det, der spiller en rolle, er, om genstanden, det vil i denne sag sige smagen, kan identificeres præcist og objektivt. EUD fandt, at dette ikke var tilfældet, fordi identi-

18. Præmis 37.

19. Præmis 38-40. Tilsvarende i sag C-683/17, *Cofemel*, præmis 39.

20. Caterina Sganga, "The notion of 'work' in EU copyright law after *Levola Hengelo*: one answer given, three question marks ahead", 41(7) *European Intellectual Property Review* (2019) 415-424, s. 421.

21. Præmis 41.

ficeringen af smagen af et levnedsmiddel i det væsentlige er baseret på sans- og smagsoplevelser, der er subjektive og forskellige, idet de bl.a. afhænger af faktorer, der er forbundet med den person, der smager det pågældende produkt, herunder dennes alder, kostpræferencer og forbrugsvaner, samt miljøet eller den kontekst, hvorunder produktet smages.²² EUD udelukker således ikke, at smagen af et levnedsmiddel under de rette omstændigheder kan beskyttes ophavsretligt, navnlig hvis der udvikles en teknologi, der er i stand til på en tilstrækkelig præcis og objektiv måde at identificere en smag, jf. Domstolens bemærkning om, en præcis og objektiv identificering af smagen af et levnedsmiddel, som gør det muligt at sondre mellem denne og smagen af andre produkter af samme art, ikke er tilgængelig med de tekniske midler, der foreligger på det aktuelle stade af den videnskabelige udvikling.²³

I amerikansk patentret plejer man at beskrive omfanget af frembringelser, der kan beskyttes efter patentretten, med slagordet “Anything under the Sun that is made by man”.²⁴ Med inspiration herfra fristes man efter *Levola Hengelo*-dommen til at beskrive udstrækningen af ophavsrettens saglige område som “Alt under solen, som er lavet af mennesker, hvis det ellers er originalt og kan beskrives præcist og objektivt”.²⁵

22. Præmis 42.

23. Præmis 43, jf. Caterina Sganga, “The notion of ‘work’ in EU copyright law after *Levola Hengelo*: one answer given, three question marks ahead”, 41(7) *European Intellectual Property Review* (2019) 415-424, s. 420.

24. Udsagnet stammer fra en rapport fra 1952 udarbejdet for den amerikanske kongres og blev vist nok først udbredt, da det blev citeret i Supreme Court-afgørelsen *Diamond v. Chakrabarty* fra 1980.

25. Tilsvarende hos Caterina Sganga, “The notion of ‘work’ in EU copyright law after *Levola Hengelo*: one answer given, three question marks ahead”, 41(7) *European Intellectual Property Review* (2019) 415-424, s. 422: “[...] contributing to the uncertainty and improper opening up of the subject-matter of copyright to an indefinite, broad range of objects, which should only be original and capable of being perceived and described objectively and precisely.”

4. Sammenhængen mellem ophavsretten og varemærkeretten

EUD introducerer således i *Levola Hengelo*-sagen et krav om præcis og objektiv identifikation som en del af værksbegrebet. Det er åbenbart, at EUD herved har fundet inspiration i sin egen praksis inden for varemærkeretten. Sag C-273/00, *Sieckmann*, handlede om en ansøgning om varemærkebeskyttelse af en duft, der i ansøgningen var beskrevet som "balsamisk-frugtlig med et let anstrøg af kanel".²⁶ Domstolen fastslog, at varemærkedirektivet skal fortolkes således, at et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke, såfremt tegnet kan gengives grafisk, særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, og gengivelsen er klar og præcis, kan stå alene, er let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv.²⁷ Rationalet bag dette krav om præcis og objektiv gengivelse i varemærkeretten er det samme, som Domstolen anført i *Levola Hengelo*-sagen, nemlig at de relevante myndigheder klart og præcist skal kende udformningen af de tegn, som udgør et varemærke, så de kan opfylde deres forpligtelser angående den foreløbige undersøgelse af registreringsansøgninger samt vedrørende offentliggørelse og førelse af et præcist og formålstjenligt register. Derudover skal de erhvervsdrivende klart og præcist kunne gøre sig bekendt med aktuelle og potentielle konkurrenters registrering af varemærker og disses ansøgninger herom, så de kan få relevante oplysninger om tredjemands rettigheder.²⁸ Sidenhen er varemærkedirektivets krav om "grafisk gengivelse" blevet erstattet af den nu gældende bestemmelse i varemærkedirektivets art. 3, litra b, om, at varemærket skal være egnet til at blive gengivet i registret på en måde, der gør det muligt for de kompetente myndigheder og offentligheden at fastslå den klare og præcise genstand for den beskyttelse, som dets indehaver indrømmes. Denne bestemmelse tjener således samme formål som kravet om præcis og objektiv identifikation, som EUD indfortolkede i begrebet "grafisk gengivelse" i det tidligere varemærkedirektiv.

26. Idéen om at skele til varemærkeretten har Domstolen nok fået fra Generaladvokaten, der i sit forslag til afgørelse, i modsætning til Domstolen, udtrykkeligt henviser til *Sieckmann*-dommen, jf. pkt. 56.

27. Præmis 55.

28. Præmisserne 50-51.

Det er ikke første gang, at EUD forsøger en delvis forening eller fusion af ophavsretten og varemærkeretten. Dette skete også i *Blomqvist*-sagen.²⁹ Den sagsøgte i denne sag, Martin Blomqvist, havde købt et varemærkeforfalsket og piratkopieret Rolex armbåndsur fra en kinesisk webshop. (Her bør jeg nævne, at Jørgen Blomqvist, der hyldes med dette festskrift, tidligere har indskærpet over for sine kolleger på Københavns Universitet, at han intet kendskab har til Martin Blomqvist). Uret blev tilbageholdt efter reglerne i EU-Toldforordningen. Toldmyndighedernes indgriben over for piratkopierede og varemærkeforfalskede varer efter Toldforordningen³⁰ forudsætter, at varerne mistænkes for at krænke en intellektuel ejendomsrettighed.³¹ Ved køb af uret med henblik på selv at bruge det privat krænker Martin Blomqvist hverken ophavsrettigheder eller varemærkerettigheder, men den kinesiske sælgers salg af uret til Martin Blomqvist krænker derimod begge typer af rettigheder, hvilket er tilstrækkeligt til, at toldmyndighederne kan gribe ind efter forordningen. I domskonklusionen fastslår EUD følgende:

“[Toldforordningen ...] skal fortolkes således, at indehaveren af en intellektuel ejendomsrettighed til en vare, der via en internetbutik i et tredjeland er solgt til en person, som har bopæl på en medlemsstats område, på det tidspunkt, hvor denne vare kommer ind på denne medlemsstats område, er omfattet af den beskyttelse, der er sikret denne indehaver ved den nævnte forordning, alene af den grund, at den nævnte vare er blevet købt.”³²

Denne ikke særligt klare domskonklusion, der bl.a. antyder, at forordningen skulle give en selvstændig materiel beskyttelse af produkter, hvilket ikke er tilfældet, dækker over, at selve salget af et varemærkeforfalsket og piratkopieret produkt krænker både ophavsretten og varemærkeretten til produktet. Herved fremstår den ophavsretlige og den varemærkeretlige krænkelsevurdering som identiske, hvilket ikke er tilfældet. Når salg af et sådant produkt indebærer en varemærkekræn-

29. Sag C-98/13, *Blomqvist*.

30. Forordning (EU) nr. 608/2013.

31. Forordning (EU) nr. 608/2013 art. 17, stk. 1.

32. Se nærmere om Toldforordningen hos Clement Salung Petersen, Peter Møgelvang-Hansen & Thomas Riis, *Judicielle forbud/påbud og immaterialretsproces* (Karnov Group 2015), s. 381-455.

kelse, må man forstå EUD således, at den finder, at salg af bare et enkelt varemærkeforfalsket produkt til en forbruger i EU udgør en erhvervsmæssig handling, som dermed er omfattet af varemærkebeskyttelsen. Når salg af produktet tillige indebærer en ophavsretskrænkelse, er grunden en helt anden, og man må forstå EUD således, at den finder, at salget af et enkelt piratkopieret produkt indebærer en krænkelse af ophavsmandens ret til spredning af værkseksemplarer til almenheden, således som denne ret er udviklet i den kontroversielle dom sag C-5/11, *Donner*, dog med den modifikation at EUD i *Blomqvist*-dommen slækker på de betingelser for en udvidet spredningsret, som den fastsatte i *Donner*-sagen.³³ Krænkelsesvurderingerne er således vidt forskellige og beror på forskellige forhold, men præsenteres af Domstolen, som om de var ens.

Dette forsøg på at fusionere ophavsretten og varemærkeretten er ikke uden betænkeligheder. Der er tale om to adskilte regelsæt med forskellige formål og forskellige retlige principper og kriterier, og med dommen i *Blomqvist*-sagen fristes man til at tro, at den ophavsretlige krænkelsesvurdering skal foretages under hensyn til den varemærkeretlige krænkelsesvurdering og *vice versa*. I *Levola Hengelo*-sagen er integrationen af den varemærkeretlige tankegang i domsbegrundelsen endnu mere bekymrende, fordi den danner grundlag for den opfattelse, at EUD herved har introduceret et fikseringskrav i EU-ophavsretten, se herom nedenfor i afs. 6.

5. Objektiv ctr. subjektiv identifikation

Betingelsen om, at den beskyttede genstand skal kunne identificeres præcist og objektivt indebærer bl.a., at "det i processen med identifikation af den beskyttede genstand er nødvendigt at fjerne ethvert element af subjektivitet".³⁴ Ifølge EUD er muligheden for at foretage en præcis og objektiv identifikation ikke til stede i forhold til smagen af et levnedsmiddel til forskel fra f.eks. et litterært værk, et billedværk, et kinematografisk eller et musikalsk værk, der udgør et præcist og ob-

33. Se *ibid.*, s. 421-426 samt Thomas Riis, "Ophavsrettens fleksibilitet", *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd* 2013, s. 139-151.

34. Sag C-310/17, *Levola Hengelo*, præmis 41.

jektivt udtryk.³⁵ Denne betragtning knytter an til de for øjeblikket manglende teknologiske muligheder for at fastslå en bestemt smag. At dette er et problem i forbindelse med eventuel ophavsretlig beskyttelse af en smag, er let at forstå. Men sondringen mellem objektiv og subjektiv identifikation er ikke uproblematisk, hvilket tydeliggøres i den senere dom C-683/17, *Cofemel*. Problemet er navnlig, at begreberne objektiv og subjektiv er vanskelige at konceptualisere, at der er en flydende grænse mellem det objektive og det subjektive, og at der nok altid har været og vil være et subjektivt element i værksbegrebet.³⁶

Synspunktet trækker tråde tilbage til diskussionen om den objektive og subjektive idélære, se navnlig Koktvedgaard,³⁷ der konstaterer det for så vidt ret simple, at “det kunstneriske værk opleves forskelligt af forskellige iagttagere.”³⁸ Spørgsmålet er nok derfor snarere, hvilken grad af subjektivitet man vil/bør acceptere i værksbegrebet.

Cofemel-dommen handler om, hvorvidt forskellige jeans-, sweat-shirts- og T-shirts-modeller er værker i ophavsretlig forstand. EUD gentager de to betingelser i værksbegrebet, den formulerede i *Levola Hengelo*-dommen,³⁹ og tilføjer herefter, at en identifikation, der i det væsentlige er baseret på de indtryk, som i sig selv er subjektive, som den person, der oplever den omhandlede genstand får, ikke opfylder kravet om præcision og objektivitet.⁴⁰ EUD skulle tage stilling til, om en bestemmelse i portugisisk ret, hvorefter der ydes ophavsretlig beskyttelse til de brugskunstværker, industrielle mønstre eller designværker, som ud over deres funktionsmæssige formål frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel, idet deres originalitet udgør det grundlæggende kriterium for ydelsen af beskyttelse på det ophavsretlige område, var i overensstemmelse med det efter info-

35. Præmis 42.

36. Caterina Sganga, “The notion of ‘work’ in EU copyright law after *Levola Hengelo*: one answer given, three question marks ahead”, 41(7) *European Intellectual Property Review* (2019) 415-424, s. 420.

37. Mogens Koktvedgaard, *Immaterielretspositioner* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1965), s. 93 ff, samt endvidere Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001), s. 37 ff.

38. *Ibid.*, s. 97.

39. Præmis 29.

40. Præmis 34.

soc-direktivet EU-harmoniserede værksbegreb. At originalitet er det grundlæggende kriterium, er selvfølgelig uproblematisk, så sagen handlede navnlig om, hvorvidt man i national ret måtte lægge vægt på, at genstanden “frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel”, hvilket EUD omformulerede til et krav om “æstetisk originalitet”.⁴¹ Domstolen fandt, at dette var uforeneligt med værksbegrebet i EU-ophavsretten.

Det er navnlig begrebet “æstetisk”, som Domstolen har et problem med, fordi den æstetiske virkning, som en model/et mønster vil kunne frembringe, ifølge Domstolen er et resultat af den i sig selv subjektive opfattelse af skønhed, der opleves af enhver person, som ledes til at se på denne model/dette mønster. Følgelig gør denne virkning af subjektiv karakter det ikke i sig selv muligt at fastslå, at der foreligger en genstand, som kan identificeres med tilstrækkelig præcision og objektivitet.⁴² Hertil følger EUD, at:

“[...] den omstændighed, at en model skaber en æstetisk virkning, ikke i sig selv gør det muligt at fastslå, om denne model udgør en intellektuel frembringelse, der afspejler ophavsmandens valgfrihed og personlighed, og dermed opfylder kravet om originalitet [...]”.⁴³

Æstetik er læren om det skønne, og i den forstand har Domstolen ret i, at det æstetiske beror på en subjektiv oplevelse af det sanselige. Men en af ophavsrettens grundpiller er netop det æstetiske. Koktvedgaard skrev således, at “Ophavsretten befatter sig med retsbeskyttelsen af æstetiske emner [...]”.⁴⁴ Den fuldstændige udelukkelse af alt æstetisk fra det ophavsretlige værksbegreb og originalitetskravet skaber i hvert fald to problemer.

For det første er det en umulighed. Mennesker kan ikke sans objektivt, og en sanselig oplevelse vil derfor altid have et subjektivt/æstetisk element. Ophavsretskrænkelser forudsætter, at krænkeren har taget noget af det originale fra det oprindelige værk, og i den ophavsretlige

41. Præmis 49.

42. Præmis 53.

43. Præmis 54.

44. Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1965), s. 95.

krænkelser lærer plejer man tillige at sige, at krænkelsen forudsætter, at sammenligningen af de to frembringelser resulterer i en identitetsoplevelse.⁴⁵ Hvordan skal man kunne opleve de to frembringelser i sammenligningen fuldstændig rensset for æstetiske indtryk? Hvis man skal forsøge at forene Domstolens udtalelse i *Cofemel*-sagen med virkeligheden, må det føre til en retningslinje om, at når mennesker skal vurdere, om en frembringelse er et ophavsretligt beskyttet værk, skal de så vidt muligt skubbe den subjektive oplevelse samt præferencer og værdier i baggrunden og bestræbe sig på mekanisk konstatering.

Det andet problem er, hvad der er tilbage, når det æstetiske er udelukket? Det har Domstolen svaret på. Det, der er tilbage, er "originalitet", hvilket betyder "afspejling af ophavsmandens valgfrihed og personlighed", jf. citatet ovenfor. Fra anden retspraksis ved vi dog også, at EUD lægge vægt på kreativitet.⁴⁶ Vi kan herefter fastsætte omfanget af frembringelser, der kan beskyttes ophavsretligt til: alt under solen, som er lavet af mennesker, og som afspejler ophavsmanden valgfrihed, kreativitet og personlighed, og som kan identificeres præcist og objektivt.

På dette grundlag kan man stille spørgsmålet om, hvad der skulle være til hinder for at anerkende ophavsretlig beskyttelse af en patenterbar opfindelse. Det er evident, at en opfindelse afspejler opfinderens valgfrihed. "Kreativ" betyder nyskabende eller idérig, og prædikatet passer derfor lige så godt på opfinderen som på billedkunstneren og forfatteren. Afspejling af opfinderens personlighed i opfindelsen er allerede anerkendt i patentretten, da opfinderretten tilkommer den fysiske person, der har gjort opfindelsen, og da opfinderen som fysisk person skal navngives i patentansøgningen. Derudover kan man sige, at en patenterbar opfindelse er noget helt usædvanligt i den forstand, at den skal være ny og have opfindeshøjde. Når noget er så usædvanligt, er det vanskeligt at hævde, at det ikke skulle afspejle opfinderens personlighed. Ikke mindst når man sammenligner med "personlighedskravet" i gældende ophavsret. En ministeriel vejledning om forurening fra nedgravede olietanke vil utvivlsomt opfylde kravene til ophavsretsbeskyt-

45. Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1965), s. 118 ff., og Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021), s. 153.

46. F.eks. C-833/18, *Brompton Bicycle*, præmisserne 23-25.

telse, men man skal nok lede med lup for at se, hvorledes den forfatternede embedsmands personlighed afspejles i teksten. Det er således svært at finde en begrundelse for, at en patenterbar opfindelse ikke skulle kunne beskyttes ophavsretligt. Hvis det havde været tilladt at inddrage det æstetiske i vurderingen, havde det ikke været særlig svært.

Ganske vist giver et fænomen, der er bestemt af tekniske hensyn, regler eller andre begrænsninger, ifølge Domstolen ikke plads til kreativ frihed og kan derfor ikke anses for at have den nødvendige originalitet.⁴⁷ Om Domstolen hermed mener, at den kreativitet, der fører til en teknisk løsning er af en anden art end den, der fører til et "litterært eller kunstnerisk værk", er uklart. Men i givet fald skal den for ophavsretsbeskyttelse nødvendige "kreativitet" afgrænses som residualen, når kreativitet i frembringelsen af tekniske løsninger er trukket fra. Dette bidrager ikke til en klarere begrebsdannelse og kompliceres yderligere af, at "teknik" ikke er et entydigt begreb, jf. nedenfor.

Domstolens udelukkelse af det æstetiske er knyttet til originalitetskravet, da det forelagte spørgsmål netop gik på, om man i portugisisk ophavsret i tillæg til kravet om originalitet måtte have et element vedrørende æstetisk oplevelse. Man kan derfor overveje om, det ifølge EUD ville være i overensstemmelse med infosoc-direktivet at lægge vægt på æstetik i forbindelse med afgrænsningen af værksbegrebet. Det er der dog ikke noget, der tyder på, fordi den eneste anden betingelse, der skal være opfyldt ud over originalitet, for at en frembringelse kan anses for et ophavsretligt værk, er kravet om præcis og objektiv identifikation, og det ville være meningsløst at lægge vægt på æstetik i vurderingen heraf.

Over for det her forfægtede synspunkt om, at "æstetik" bør genindføres i det ophavsretlige værksbegreb, kan anføres, at dele af ophavsretten beskytter frembringelser, som vi normalt ikke vil anse som knyttet til oplevelser af det skønne – dvs. som æstetiske. Det gælder f.eks. edb-programmer og blueprints. Hertil kan det siges, at hvis begrebet "æstetik" var et element i det ophavsretlige værksbegreb, så ville det være et juridisk begreb, hvis indhold blev fastlagt af domstolene, og ikke nødvendigvis som det opfattes af lægmand, på samme måde som "teknisk karakter" er et juridisk begreb inden for patentretten. Inden

47. Sag C-833/18, *Brompton*, præmis 24.

for EU er patentrettens saglige område fastlagt til alle frembringelser, der er af teknisk karakter. “Teknisk karakter” er ikke noget objektivt konstaterbart. Man kan ikke gå ud i virkeligheden og uden videre pege på, hvilke fænomener der er tekniske, og hvilke der er ikke-tekniske – det er alene en juridisk vurdering, hvilket praksis og den hertil hørende debat om, i hvilket omfang edb-programmer eller computer-implementerede opfindelser kan patenteres,⁴⁸ er et udmærket eksempel på. Det patentretlige begreb “teknisk karakter” svarer heller ikke til lægmandsforståelse af begrebet. I daglig tale støder man således på ord som studieteknik, præsentationsteknik og afslapningsteknik, og uanset hvad disse ord mere præcist måtte betegne, burde det være klart, at det ikke kan patentbeskyttes. På denne baggrund er det i hvert fald ikke mere problematisk at genindføre det juridiske begreb “æstetik” til afgrænsning af ophavsrettens saglige område på samme måde, som “teknisk karakter” afgrænser patentrettens saglige område. “Teknisk karakter” er ikke udtrykkeligt nævnt i de patentretlige regler, men indfortolkes i opfindelsesbegrebet og formålet er at forhindre, at alt under solen kan patenteres. “Teknisk karakter” tjener en vigtig funktion på det patentretlige område, og man kan på den baggrund mene, at “æstetisk karakter” burde gøre det samme på ophavsrettens område.

6. Fikseringskrav i EU-ophavsretten

I *Levola Hengelo*-dommen nævner EUD ikke *Sieckmann*-dommen, men det er klart, at Domstolen hentede sit tankegods fra denne sag, hvilket generaladvokaten også erkendte i sit forslag til afgørelse. *Sieckmann*-dommen beroede på kravet om grafisk gengivelse i den dagældende varemærkeret, der nu som nævnt er erstattet af den nugældende bestemmelse om, at varemærket skal være egnet til at blive gengivet i registret på en måde, der gør det muligt for de kompetente myndigheder og offentligheden at fastslå den klare og præcise genstand for varemærkebeskyttelsen. Hvis denne varemærkefigur slår fuldt ud igennem i det harmoniserede ophavsretlige værksbegreb, således at et “værk” skal være egnet til at blive gengivet på en måde, der gør det muligt for de kompetente myndigheder og offentligheden at fastslå den klare og præ-

48. Jf. patentlovens § 1, stk. 2, nr. 3.

cise genstand for den beskyttelse, er det svært at forstå *Levola Hengelo*-dommen anderledes end, at Domstolen herved har indført et fikseringskrav i EU-ophavsretten.⁴⁹

Det ophavsretlige fikseringskrav skal forstås, således at værket skal foreligge i en ekstern fysisk form, som kan opleves med sanserne.⁵⁰

Bernerkonventionen tillader, at de tilsluttede stater stiller som betingelse for, at et værk er ophavsretligt beskyttet, at det er fikseret, men det er ikke noget krav.⁵¹ Dette har betydet, at retsstillingen på dette punkt kan variere fra land til land. Der gælder ikke et fikseringskrav i dansk ret i den forstand, at værket skal foreligge i fysisk form,⁵² hvilket endvidere er det normale i kontinentaleuropæisk ophavsret.⁵³ I amerikansk⁵⁴ og engelsk⁵⁵ ret gælder der derimod et fikseringskrav. Selvom

-
49. Jf. Caterina Sganga, "The notion of 'work' in EU copyright law after *Levola Hengelo*: one answer given, three question marks ahead", 41(7) *European Intellectual Property Review* (2019) 415-424, s. 421: "Owing to the very vague definition of 'expression' provided by the court, the judicial development of the notion of protected works might end up creating a harmonised, de facto fixation requirement, at odd with the continental tradition of authors' rights and with a number of provisions of EU copyright law."
50. Antoine Latreille, "From idea to fixation: a view of protected works", i Estelle Derclaye (red.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (Edward Elgar 2009), s. 139.
51. Bernerkonventionens art. 2, stk. 2: "It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form". Se Sam Ricketson & Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (2. udg., Oxford University Press 2006), para. 8.03, s. 402.
52. F.eks. Blomqvist i Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011), s. 263.
53. Antoine Latreille, "From idea to fixation: a view of protected works", i Estelle Derclaye (red.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (Edward Elgar 2009), s. 133 og 139, og Justine Pila & Paul Torremans, *European Intellectual Property Law* (2. udg., Oxford University Press 2019), s. 219.
54. USC Title 17, § 102 (a): "Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device [...]."
55. Copyright, Designs and Patents Act (1988), sect. 3(2): "Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise [...]."

der ikke findes et fikseringskrav i dansk ophavsret, vil en fiksering af værket være nyttigt for ophavsmanden med henblik på at bevise værkets eksistens og indhold. Det manglende fikseringskrav betyder bl.a., at en tale, der ikke er skrevet ned på forhånd og ikke bliver optaget, mens den holdes, alligevel vil være ophavsretligt beskyttet, hvis den ellers er original, jf. ophavsretslovens § 1 “[...] i skrift eller tale [...]”.

Om “præcis og objektiv identifikation” skal forstås på samme måde som præcis og objektiv gengivelse i varemærkeretten, svarer Domstolen ikke på og bidrager hermed til større frem for mindre uklarhed om det EU-harmoniserede værksbegreb. Grundlæggende handler det om, hvor strengt dette krav skal forstås, og det får vi altså ikke noget at vide om. Men frygten for, at EUD nu har indført et fikseringskrav, understøttes af, at det af EUD anførte rationale bag introduktionen af det nye krav, nemlig at myndigheder og borgere klart og præcist skal kunne kende de således beskyttede genstande. Hvordan skal myndigheder og borgere kunne kende til ophavsretlige beskyttede værker, hvis de ikke er observerbare, hvilket man skulle mene må forudsætte en fiksering af værkerne.

På den anden side er der den praktiske forskel på varemærkeretten og ophavsretten, at varemærkeretten opererer med registre, som man kan konsultere for dermed at få en idé om, hvilke tegn der er varemærkebeskyttet. Registre af denne art findes ikke i ophavsretten og vil heller ikke blive indført i fremtiden, da det vil stride med Bernerkonventionens art. 5, stk. 2, der forbyder, at ophavsretsbeskyttelsen gøres betinget af formaliteter.

I dansk ret har man traditionelt sagt, at værket er beskyttet, når der er skabt en eller anden form for manifest af værket. Det vil sige noget ydre, der muliggør, at værket kan opleves af andre. Værket skal så sige ud af hovedet på ophavsmanden, men der er altså ikke noget krav om lagring, optagelse eller anden fiksering af værket.⁵⁶ I dansk ret har der hidtil således ikke været grundlag til at afvise ophavsretlig beskyttelse af musiske improvisationer og spontane taler. Efter *Lenova Hengelo*-dommen må vi nu spørge, om myndigheder og borgere klart og

56. Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1965), s. 96 ff., og Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001), s. 59 ff.

præcist kan kende ophavsretligt beskyttede musiske improvisationer og spontane taler. Hvis ikke, er der en risiko for, at manifestkravet i dansk ophavsret skal modificeres, men om det skal modificeres så meget, at der gælder et egentligt fikseringskrav, henstår i det uvisse.

7. Afslutning

Det er endnu en gang lykket EUD navnlig med *Lenova Hengelo-* og *Cofemel*-dommene at skabe flere problemer, end den har løst. Dette skaber en forventning om en fortsat stor produktion af EU-domme på det ophavsretlige område. Det betyder, at der også i fremtiden er brug for ophavsretseksperter – ikke mindst de erfarne. Så når Jørgen er færdig med at skrive om ophavsrettens internationale konventioner, er der masser af nye opgaver til en fortsat lang karriere i det ophavsretlige.

The RAAP Decision of the CJEU —What Happened to Reciprocity?

Professor, dr.juris Ole-Andreas Rognstad, University of Oslo

1. The topic—the original idea, and how it ended up

In Norway, there has recently been a discussion about whether performers and phonogram producers from the United States (US) are, or should be, entitled to individual remuneration for the communication to the public or public performance of sound recordings. The background for the discussion is partly that Norway has a dual system of connecting factors for the protection of sound recordings,¹ and partly

-
1. The first set of connecting factors follows from the Norwegian Copyright Act of 15 June 2018 Section 114. The provision states that the remuneration right for performers and phonogram producers (Section 21) applies to ‘efforts’ made by a Norwegian national or a person who is resident in the realm, or a company which has a Norwegian board of directors and whose registered office is in the realm. The provision must be read in context with Regulation 2001/1563 Section 6(1) (NCR), which extends the protection efforts made by EEA nationals or companies. The second set follows from NCR Section 6–12, cf. NCA Section 116, and provides that the remuneration right shall apply to all recordings that are produced by nationals or companies in the Rome Convention on the (mutual) condition that this country grants

that the US has not acceded to the Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. The fact that the US has made important reservations to the remuneration right under WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), to which we will return, is at this stage not relevant in Norway, since Norway for various reasons has not yet acceded to that convention, but it is part of the picture.

In December 2019, the Norwegian Ministry of Culture presented a bill proposing amendments to the Norwegian Copyright Act, implying that only performers participating on sound recordings produced by phonogram producers resident in a Rome Convention country would have an individual remuneration right.² The proposal had some interesting international copyright implications concerning inter alia the Rome Convention and the WPPT, so when in May 2020 I was honoured with an invitation to contribute to the book celebrating the ‘grand (not so) old man’ of international copyright in Scandinavia, Jørgen Blomqvist, I thought this would be an appropriate topic to address.

Then in July 2020, when the Advocate General Tanchev delivered his remarkable opinion in case C-265/19 (RAAP),³ proposing that EU Member States have no discretion to prescribe criteria for determining which performers qualify as entitled to the remuneration right pursuant to Article 8(2) of the Rental/Lending Directive (RLD),⁴ the topic became even more interesting. One question that could be raised in light of this opinion was whether the same would apply to the EFTA states’

performers or phonogram producers rights pursuant to the provisions in Article 12 of the Rome Convention.

2. See proposal of 9 December 2019, available at <<https://www.regjeringen.no/contentassets/8ab9b07a35514e6fbba69253b79dc8a6/horningsnotat-091219-final---oppdatert.pdf>> (accessed 29 January 2021).
3. Advocate General Opinion of 2 July 2020 in case C-265/19, *Recorded Artists Actors Performers Ltd. (RAAP) v. Phonographic Performance Ireland Ltd. (PPI) et al.*, ECLI:EU:C:2020:512 (hereinafter *AG in RAAP*).
4. Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, OJ [2006] L 376/28.

and consequently to Norway's, obligations under the Agreement on the European Economic Area (EEA agreement).

After the delivery of the CJEU ruling in the same case in September 2020,⁵ however, it is possible to question the future of the whole system of material and formal reciprocity that the international conventions in the copyright field are based on, at least in the EU context. The main attention of this article is therefore drawn to this fact. The implication of the CJEU decision for the EEA agreement and the final fate of the Norwegian proposal regarding the geographical scope of the remuneration right are also interesting questions, however, which will be addressed in the final part of this contribution before the concluding chapter.

2. The RAAP case—facts and major findings

The *RAAP* case came up before the Court against the background of a dispute in Ireland concerning the collection and distribution of the remuneration for the communication and performance of recorded music to the public. The Irish Copyright and Related Rights Act employed different connecting factors for phonogram producers and performers, in that US producers would be entitled to remuneration for sound recordings, whereas only performers who are EEA nationals or residents, and whose performances originate in a sound recording carried out in the EEA, are eligible to receive a share of remuneration.⁶ The performers organization RAAP claimed that the eligibility criteria conflicted with the remuneration right in Article 8(2) RLD. The provision reads:

'Member States shall provide a right in order to ensure that a single equitable remuneration is paid by the user, if a phonogram published for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used for broadcasting by wireless means or for any communication to the public,

5. Judgment of 8 September 2020 in Case C-265/19, *Recorded Artists Actors Performers Ltd. (RAAP) v. Phonographic Performance Ireland Ltd. (PPI) et al.*, ECLI:EU:C:2020:677 (hereinafter *RAAP decision*).

6. See the Irish Copyright and Related Rights Act (CRRA) of 2000 Sections 38, 184, 208, 287, 288 and 289, cf. *RAAP decision* paras. 26–31 and 38.

and to ensure that this remuneration is shared between the relevant performers and phonogram producers.’

The questions raised by the Irish High Court to the CJEU was: (i) whether Article 8(2) must be interpreted in light of the national treatment requirement under Article 4 WPPT; (ii) whether a Member State has discretion to prescribe which performers qualify as ‘relevant performers’; (iii) what discretion a Member State enjoys in responding to a reservation made by another Contracting Party to the WPPT against the remuneration right (permitted by Article 15(3) WPPT); (iv) whether it is permissible to confine the remuneration right for certain recordings to the phonogram producer to the detriment of the performer of the performances fixed in the recording.⁷

Addressing the relationship between Article 8(2) RLD and the principle of national treatment laid down in Article 4 WPPT, the CJEU started by emphasizing that the concept of ‘relevant performers’, like the concepts of ‘equitable remuneration’ and ‘public’, makes no reference to national law and has to be interpreted autonomously in the EU.⁸ At the same time, the Court cited Recitals 5 and 7 RLD, which make it clear that the harmonized rules of the Directive have to be interpreted in compliance with the international conventions in the copyright field. This included the WPPT, to which the European Union and all its Member States are contracting parties.⁹ Against the background of the primacy which international agreements concluded by the EU have over other categories of secondary legislation,¹⁰ the CJEU emphasized that Article 8(2) RLD must be interpreted, as far as possible, in a manner consistent with the WPPT, which forms an integral part of the EU legal order.¹¹ The Court thus referred to the remuneration provision in Article 15(1), the obligation of national treatment in Article 4(2) and the eligibility criteria attached to the criteria of the Rome Conven-

7. See *RAAP decision* para. 44.

8. See *RAAP decision* paras. 46–49.

9. See *RAAP decision* paras. 50–53.

10. Referring to Article 216(2) TFEU and Case C-366/10, *Air Transport Association of America and Others*, C-366/10, EU:C:2011:864, para. 50.

11. *RAAP decision*, para. 62.

tion (RC) in (WPPT) Article 3(2).¹² Under Article 4 RC, ‘any performer who is a national of a contracting State to that convention must enjoy the national treatment accorded by the other contracting States to their own nationals where, inter alia, the performance is incorporated in a phonogram which is protected under Article 5 of that convention’. It followed ‘that the right to a single equitable remuneration—conferred in Article 8(2) of Directive 2006/115, which ensures the application of Article 15(1) of the WPPT in EU law—[could not] be limited by the national legislature solely to nationals of the EEA Member States’.¹³

Close attention—but at this stage mentioned without comment—should be drawn to the Court’s subsequent observation that whereas Article 15(3) allows for reservations to the right of equitable remuneration upon notification by the Contracting Party, the EU, its Member States and a large number of third States that are parties to the WPPT have not yet given such reservations. Consequently, says the Court, these parties are bound by the obligation to remunerate performers and producers (Article 15(1)) and to grant national treatment (Article 4(1)). Accordingly, Article 8(2) could not—in order to comply with the WPPT—be implemented by Member States in such a way as to exclude from the right to equitable remuneration all performers who have nationals of States outside the EEA.¹⁴ The Court’s answer to the two first questions was therefore that Article 8(2), in light of Article 4(1) and 15(1) WPPT, precludes Member States from limiting the equitable remuneration to performers who are nationals of an EEA State.¹⁵

The third question to be answered was whether Member States could limit the application of Article 8(2) RLD against nationals of third States that have notified reservations to the remuneration right under Article 15(3) WPPT. The importance of the question is due to the reservation notified by the United States on 14 September 1999 declaring that the US will apply Article 15(1) WPPT ‘only in respect of certain acts of broadcasting and communication to the public by digital means

12. *RAAP decision*, paras. 63–65.

13. *RAAP decision*, para. 68.

14. *RAAP decision*, paras. 69–71.

15. *RAAP decision*, paras. 75 and 97 (conclusion) pt. 1.

[...] and for other retransmissions and digital phonorecord deliveries, as provided under the United States law'.¹⁶

The question in the case was whether this 'could reduce the scope of Ireland's obligations and thus constitute a factor which should be taken into account when examining the compatibility with EU law of the situation'. Here, the CJEU referred to Article 4(2), which provides that the obligation to national treatment does not apply to the extent that a Contracting Party has made a reservation pursuant to WPPT Article 15(3), and international law principles of reciprocity codified in Article 21(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.¹⁷ The Court commented that the refusal of third States to grant performers and phonogram producers of EU Member States a right to remuneration would imply that these performers and producers would not be treated equally with third-State producers and performers who would receive income whenever their recorded music is played in the European Union. The Court emphasized on the one hand that the need to safeguard fair conditions of involvement in the recorded music business constitutes an objective in the public interest capable of justifying a limitation of the right related to copyright provided for in Article 8(2) of Directive.¹⁸ On the other hand, however, it noted that the right to a single equitable remuneration is protected as intellectual property under Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. As such, any limitation of the right requires clear and precise definition of the scope of the limitation. This requirement is not fulfilled by the mere existence of a reservation duly notified in accordance with Article 15(3) of the WPPT, since such a reservation allegedly 'does not enable nationals of the third State in question to ascertain in precisely what way their right to a single equitable remuneration would, consequently, be limited in the European Union'.¹⁹

Against this background, the CJEU stated that since Article 8(2) RLD is a harmonized rule, it is up to the European Union, and not the

16. WPPT notification no. 8, see <https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wppt/treaty_wppt_8.html> (accessed 29 January 2021).

17. *RAAP decision*, para. 79.

18. *RAAP decision*, paras. 82–84.

19. *RAAP decision*, paras. 85–87.

Member States, to determine whether the grant of a remuneration right should be limited in respect of nationals of third States, and, if so, to define that limitation clearly and precisely. The Court noted that neither that provision nor any other provision of EU law contains a limitation of that kind. The Court added that the European Union has the exclusive external competence to negotiate new reciprocal commitments with regard to the remuneration right. As a consequence of these deliberations, the CJEU concluded that reservations made according to Article 15(3) WPPT do not limit the scope of Article 8(2) RLD, although that provision may be limited in the future. Article 8(2) RLD therefore precludes a Member State from limiting the remuneration right in respect of performers and producers who are nationals of a third State that has made such a reservation.²⁰

Finally, answering the fourth question, the CJEU asserted that Article 8(2) also precludes a Member State from providing that the equitable remuneration be granted only to the producer of the phonogram and not to the performer contributing to it.²¹ This followed from the wording of the provision granting the remuneration right to the producer and the performer, as well as the objective of Article 8(2) RLD ‘in ensuring further creative and artistic work of authors and performers, by providing for harmonised legal protection which guarantees the possibility for them of securing an adequate income and recouping their investments’.²²

3. Critical analysis of the CJEU reasoning—ignoring the limits to formal reciprocity and misreading fundamental rights

Certain aspects of the RAAP decision are neither surprising nor particularly controversial. It is understandable and expected that the CJEU would opt for a harmonized approach to the geographical and personal scope of the remuneration right in Article 8(2). To be sure, the lack of

20. *RAAP decision*, paras. 88–91 and 97 (conclusion), pt. 2.

21. *RAAP decision*, paras. 96 and 97 (conclusion), pt. 3.

22. *RAAP decision*, paras 93–95.

express regulation could also be interpreted as leaving the question to the Member States within the framework of WPPT to which EU has acceded. Nevertheless, the call for harmonisation is in line with the general approach of the CJEU in the copyright field. There are, however, different ways of achieving harmonization in compliance with the WPPT. The CJEU goes a few steps further, and the legal basis for this shall be discussed in the following.

Given that the CJEU itself is party to the WPPT, the Court was certainly correct—in accordance with the opinion of the Advocate General—to state that Article 8(2) RLD must be interpreted in light of the obligation to national treatment in WPPT Article 4, irrespective of the fact that national treatment is not explicitly referenced in the provision.²³ Thus, limiting the remuneration right to performers of EEA nationality, as Ireland did, is obviously in breach of WPPT Article 4, since not all third-State parties to the WPPT have given notification of a reservation against WPPT Article 15(1). In its interpretation of WPPT Article 4, the CJEU went further than to require compliance with the obligation to national treatment according to this provision. When assessing the scope of this obligation the Court noted—as pointed out above—that neither the EU nor its Member States (nor a large number of third States) have given notification under Article 15(3). The fact that neither the EU nor its Member States have given such notification is, however, irrelevant to the scope of their obligation to national treatment. According to Article 4(2) WPPT, the obligation to national treatment does not apply to the extent that *another Contracting Party* makes use of the reservations permitted by Article 15(3) of this Treaty.²⁴ A con-

23. *RAAP decision*, para. 69, cf. para. 68; *AG in RAAP*, para. 83.

24. See Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (Oxford: Oxford University Press 2002), 605–616, against the background and the content of the national treatment provision of Article 4 WPPT. The author points out that WPPT (and TRIPs) differ from the Rome Convention in respect of the national treatment issue in that they do not provide for national treatment in ‘a strict sense’, and make it ‘permissible to deny national treatment under Article 4 in respect of exclusive rights other than those “specifically granted in the Treaty” and rights to equitable remuneration other than the one provided for in Article 15 (also taking into account the exception in respect of the latter in paragraph (2) of [Article 4]’.

For a different view of the national treatment obligation in the Rome Convention, see Silke von Lewinski, *International Co-*

tracting party's notification affects this party's *own obligation* to introduce or maintain a remuneration right. The obligation to *national treatment* of its own remuneration right is, however, only affected by *another party's* notification. The CJEU ignores this important distinction. To be sure, later in the decision the CJEU recognizes that 'the European Union and its Member States are not required to grant, without limitation, the right to a single equitable remuneration laid down in Article 15(1) of the WPPT to nationals of a third State which, by means of a reservation notified in accordance with Article 15(3) of that international agreement, excludes or limits the grant of such a right on its territory'.²⁵ This observation is, however, linked to general principles of (material) reciprocity in international relations rather than the scope of the obligation to national treatment (formal reciprocity) in WPPT.²⁶ In any case, it is somewhat puzzling that the Court on the one hand draws on the *EU and the Member States'* lack of notifying a reservation when assessing the scope of their national treatment obligation, while on the other hand discussing the impact of *third-State parties'* reservations under a different question. The point is that third-State parties' reservations have a direct impact on the scope of national treatment under Article WPPT Article 4, whereas the parties' *own* lack of reservations are irrelevant in this respect save for the obligation to grant a remuneration right to performers and producers from states that have *not* notified a reservation. The CJEU's reasoning appears obviously flawed in this respect.

It is also possible to question the conclusions that the Court drew with respect to the *impact* of the lack of obligation to national treatment *vis a vis* parties that have notified a reservation pursuant to WPPT

pyright Law and Policy (Oxford: Oxford University Press 2008), 201–202.

25. See *RAAP decision*, para. 79, with reference inter alia to the principle of reciprocity codified in Article 21(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties
26. See the foregoing footnote. Compare von Lewinski, *supra* footnote 24, 447, who characterizes the exception to national treatment in Article 4(2) WPPT in the following way: 'To the extent that a Contracting Party makes a reservation permitted under Article 15(3) of the WPPT, the other Contracting Parties may apply material reciprocity instead of national treatment'. However, the CJEU apparently ignores the fact that the principle of material reciprocity here appears as an exception to formal reciprocity (national treatment).

Article 15(3), again because the consequences remain rather unclear. One objection is that the relevance of the Court's reference to the remuneration right as a fundamental right is highly circular. According to the CJEU's own case law, Article 17 protects *existing* property positions as assets. Thus, the Court has held that the property protection 'does not apply to mere commercial interests or opportunities but applies to rights with an asset value creating an established legal position under the legal system'.²⁷ As demonstrated above, performers and producers from states that have notified a reservation to the remuneration right are *not* guaranteed protection under WPPT Article 15(1), since the obligation to national treatment does not apply to the extent that another Contracting Party has made use of reservations pursuant to Article 15(3). In this situation, the question is *whether* performers and producers from such countries *have* a remuneration right under Article 8(2) RLD and consequently also *whether* they have an asset value creating an established legal position in EU law.²⁸ The need to safeguard fair conditions for producers and performers in WPPT states, which is reflected in the *limitation* of the obligation to national treatment in Article 4(2) WPPT, is an important factor of interpretation in this respect. Article 17(2) of the EU Charter is logically not a relevant factor, since the whole question is *whether* there *exists* a protected asset under EU law in the situation at hand.²⁹ The same consequently goes for the case law im-

27. Case C-283/11, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2013:28, para. 34.

28. Compare Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property* (Cambridge: Cambridge University Press 2013), 154–155.

29. To be sure, it is possible to argue that in particular performing artists are protected by human rights pursuant to the Universal Declaration of Human Rights Article 27(2) stating that '[e]veryone has the right to the protection of moral and material interests resulting from any scientific, literary and artistic production of which he is the author'. This kind of human rights protection should, however, be distinguished from protection of (intellectual) property. See, for example, the General Comment no. 17 to the equally formulated Article 15(1)(c) of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, stating that '[h]uman rights are fundamental, inalienable and universal entitlements [... and] inherent to the human persona as such, whereas intellectual property rights are first and foremost means by which States seek to provide incentives for inventiveness and creativity, encourage the dissemination of creative and innovative productions, [...]'. See further, for example, Peter K. Yu, 'Reconceptualizing Intellectual Property Interests

plying that ‘the legal basis which permits the interference with [the fundamental rights] with that right must itself define, clearly and precisely, the scope of the limitation on its exercise’.³⁰ In other words, the Court’s creation of a ‘balancing’ exercise between an objective of public interests (fair conditions) and protecting fundamental rights, and talk about ‘interference’ of the latter, rests on prejudicial grounds, because an answer to the question raised cannot possibly serve as a justification of that answer. This is the second flaw of the CJEU reasoning, in my opinion.

Moreover, even if one accepts the premise that the ‘limits’ to the remuneration right should be defined ‘clearly and precisely’, the subsequent argument of the CJEU, namely that a reservation duly notified in accordance with Article 15(3) WPPT does not fulfil that requirement, is debatable. Again, the CJEU fails to link the notification to the national treatment obligation under Article 4(2). As the CJEU itself rightly emphasizes—noting that the WPPT forms an integral part of the EU legal order and with reference to the primacy that international treaties have over other secondary legislation (here: directives) pursuant to Article 216(2) TFEU—Article 8(2) RLD must be interpreted, as far as possible, in a manner consistent with the WPPT.³¹ A consistent interpretation implies that the limits to the latter follow not only from the provision itself but also from the *lex superior* WPPT. As repeatedly pointed out above, Article 4(2) of this Treaty explicitly provides that the obligation to national treatment does not apply to the extent that another Contracting Party makes use of the reservations permitted by Article 15(3). In this situation it is difficult to see that ‘such a reservation does not enable nationals of the third State in question to ascertain in precisely what way their right to a single equitable remuneration would, consequently, be limited in the European Union’.³² The limita-

in Human Rights Framework’, 40 *U.C. Davis Law Review*, 1039–1149, in particular 1085 *et seq.* See also Jonathan Griffiths, ‘Universalism, Pluralism or Isolationism? The Relationship between Authors’ Rights and Creators’ Human Rights’, in Tatiana Eleni Synodinou, *Pluralism or Universalism in International Copyright Law* (Aalphen an den Rijn: Wolters Kluwer 2019), 619–639.

30. *RAAP decision* para. 86 with references.

31. *RAAP decision* para. 62.

32. *RAAP decision* para. 87.

tion follows explicitly from the wording of the international Treaty, and the only thing the nationals of third States will have to do is to check whether ‘their’ state has made such a reservation, the information of which is made publicly available by the WIPO. Since the EU, as a party to the WPPT, is not *obliged* by this limitation—only that its obligation is limited in this respect—the only qualification to be made, is that the scope of Article 8(2) does not reach beyond the *obligation* under WPPT. The relevance of this qualification shall be discussed in the following. At this stage, it shall only be noted that even the Court’s reference to the lack of clarity that allegedly follows from the reservation under Article 15(3) is unconvincing, since it fails to link the reservation to the limits of the national treatment obligation.

This leads to the unclear consequences that follow from the CJEU decision. The Court’s conclusion that it is for the EU legislature to determine whether the remuneration right under Article 8(2) RLD should be limited in respect of nationals of third States in a clear and precise way, and that neither this provision nor any other provision of EU law ‘contains a limitation of that kind’,³³ is highly ambiguous. In the context of the previous arguments and observations of the decision, it is difficult to deduce with absolute certainty whether this means that Article 8(2) RLD applies to all phonogram recordings and every producer and performer that participates in such recordings *or* to all producers and performers that are subject to national treatment under WPPT Article 4(1). The conclusion to the third question—that

‘Article 15(3) of the WPPT and Article 8(2) of Directive 2006/115 must, as EU law currently stands, be interpreted as meaning that reservations notified by third States under Article 15(3) of the WPPT that have the effect of limiting on their territories the right to a single equitable remuneration laid down in Article 15(1) of the WPPT do not lead in the European Union to limitations of the right provided for in Article 8(2) of Directive 2006/115, in respect of nationals of those third States.’³⁴

—is not particularly helpful either. On the one hand, the logic seems to be that it is up to the EU legislature to adopt express rules on the territ-

33. *RAAP decision* para. 88.

34. *RAAP decision* paras. 91 and 97 (conclusion), pt. 2.

orial limitation of the remuneration right. On the other hand, the general reference to the WPPT and the specific discussion about the impact of Article 15(3) could imply that Article 8(2) RLD applies to ‘nationals’ of WPPT as long as the scope is not further limited by the EU legislature. If so, ‘nationals’ in this context means, according to the CJEU and Article 3(2) WPPT, at least any performer and producer who are nationals of a WPPT state and who participate on a phonogram made by a national of a WPTT state.³⁵ Nevertheless, it is far from obvious from the ruling that this is the correct interpretation. On the contrary, the phrasing ‘neither [Article 8(2)] nor any other provision contains a limitation [in respect of the nationals of third States]’³⁶ suggests that there is no limitation, and that the provision applies to any recording and grants right to any performer and producer. The Advocate General’s opinion may also point in this direction, although it is concentrated on the question of the EU’s exclusive competence in the field rather than the interpretation of the provision.³⁷ The argument that the EU, as party to the WPPT, is *not obliged* to apply the limitation to national treatment may be an argument in favour of this interpretation and implying that the EU legislature will have to impose express limitations to Article 8(2), within the framework of the WPPT, if such limitations shall apply.

The consequences of this logic may, however, be quite dramatic and have repercussions far beyond Article 8(2) RLD. It should not be forgotten that only a few provisions in EU copyright law contain express limitations to the territorial scope of protection. These provisions are mentioned in the Advocate General’s opinion as an argument in favour of not reading corresponding limitations into Article 8 RLD. One is the

35. See *RAAP decision* para. 64–67, with reference to the connecting factors laid down in the Rome Convention Articles 4 and 5. It is to be noted, however, that a common reading of these provisions is that a phonogram is protected irrespective of the nationality of the performers, provided that one of the connecting factors is fulfilled: see for example J.A.L. Sterling, *Sterling on World Copyright Law* (Fourth Edition, London 2015), pp. 865–866; and von Lewinsky, *supra* footnote 24, 192. See also Peter Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret* (Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets forlag 2011), 109–111.

36. *RAAP decision* para. 88.

37. See *AG in RAAP* paras. 142 *et seq.*

Resale Right Directive (Dir. 2001/84/EC) Article 7,³⁸ which implements the principle of material reciprocity laid down in the Berne Convention on the protection of literary and artistic works. According to Article 7, authors from third countries shall be entitled to the resale remuneration right (*droit de suite*) laid down in the directive ‘only if legislation in the country of which the author or his/her successor in title is a national permits resale right protection in that country for authors from the Member States and their successor in title’. Similarly, as Article 11(3) of the Database Directive (Dir. 1996/9)³⁹ allows for international agreements extending the database right *sui generis* to third state nationals, Recital 56 reflects the principle of material reciprocity when asserting that such extension should only happen ‘if such third countries offer comparable protection to databases produced by nationals of a Member State’. Finally the Advocate General mentions that the Orphan Works Directive (Dir. 2012/24) applies only to works and phonograms from Member States, unless there is reason to assume that right holders will not oppose the use of the subject matter (Article 1(2) and Recital 12).⁴⁰ All these provisions concern quite special cases, however, none of them situations where principles of formal reciprocity (national treatment) apply according to international conventions. The Advocate General’s suggestion that these pieces of legislation show that the Union legislature regulates third country issues expressly, if that is at all intended, is any case a big leap.⁴¹

Thus, most EU rights provisions on copyright and related rights do not regulate the third country dimension despite the fact that the rights are covered by international conventions that prescribe national treatment to right holders from other convention states. Should the silence

38. Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, OJ [2001] L 272, 32–36. See *AG in RAAP* para. 143.

39. Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJ [1996] L 77, 20–28. See *AG in RAAP* para. 145.

40. Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, OJ [2012] L 299, 5–12. See *AG in RAAP* para. 146.

41. *AG in RAAP* para. 142 with reference to the pleadings of the EU Commission.

of these provisions always mean that the rights apply to any right holder, irrespective of the obligations of the EU or their Member States to grant protection and national treatment to nationals of the convention states, the principle of formal reciprocity becomes rather redundant in the EU context. The protection will in this situation be granted to *any* right holder fulfilling the material conditions for protection, irrespective of the reciprocal obligation of the contracting parties to provide for national treatment, and also irrespective of the limitations to national treatment. To be sure, the latter can be implemented by express limitation, but such amendments to adopted Directives are not too likely to happen, at least not in the short run. The result will therefore be that national treatment, and limitations to this principle, lose their function as an incentive to enter into mutual commitment obligations on an international level. If the EU (and its Member States) grants protection to any potential right holder (if not otherwise expressly stated in the directives on copyright and related rights), what point is there to entering into commitments at all? Moreover, as the CJEU itself points out, not complying with the limitations to national treatment set out in the treaties easily conflicts with fair trade conditions.⁴²

From this point of view, the better approach would be that the rights apply to the extent that the EU or its Member States are obliged by national treatment in the international conventions, unless otherwise explicitly stated in the provisions. Following the CJEU's explicit statement in the RAAP case, this interpretation is ruled out by the rejection of the relevance of third-State reservations under Article 15(3) WPPT for the interpretation of Article 8(2) RLD. The second best alternative would be to apply the remuneration right to 'nationals' of the WPTT (including the US). However, the most likely interpretation of the decision, judging from its wording and reasoning and against the background of the Advocate General's opinion is that it applies to any performer and producer. That is highly problematic, not least because of the general repercussions of this outcome.

42. *RAAP decision* para. 85.

4. The impact of the RAAP decision on the EEA agreement—an exception to the principle of homogeneity?

As mentioned in the introduction, prior to the CJEU decision in the RAAP case, the Norwegian legislature had proposed a bill implying that US producers and performers participating on recordings made by US phonogram producers should not be entitled to individual remuneration.⁴³ The bill was followed with interest in Norway, not least because the implication would be that such recordings were subject to a fee benefiting the Performing Artist Fund, due to a special Norwegian regulation mandating that ‘non-protected recordings’ be subject to such a fee.⁴⁴ Not surprisingly, the International Federation of the Phonogram Producers (IFPI) opposed the bill, since at the current stage of Norwegian law any phonogram on which performers from an EEA country participate is subject to remuneration, including phonograms made by US producers.⁴⁵ In the hearings for the bill, IFPI Norway claimed that the bill would conflict with Article 8(2) RLD, referring *inter alia* to the RAAP case that was pending at the time of the statement.⁴⁶ As a party to the EEA Agreement Norway is bound by the RLD, which is included in the EEA Agreement (Annex XVII);⁴⁷ and if Article 8(2) is to be interpreted in accordance with the decision of the CJEU in RAAP, the proposed bill would definitely conflict with Norway’s obligations under the EEA. In that case, it should obviously not be adopted. Whether Article 8(2) RLD *should* be interpreted in the same manner under the EEA Agreement, so that the EFTA states also have the obligation to grant protection to all performers unless the EU legislature decides otherwise, is, however, far from clear. In my opinion, there are obvious counter-arguments.

43. See *supra* footnote 2.

44. Act of 14 December 1956 on taxes to the benefit of performing artists for public performance of their performances.

45. See *supra* footnote 1.

46. Consultation statement of 7 February 2020.

47. See decision of the EEA Joint Committee No 56/2007 of 8 June 2007 amending Annex XVII (Intellectual property) to the EEA Agreement, OJ [2007] L 266, 17–18.

The point of departure under the EEA Agreement is that the EU legislation that is included in the EEA Agreement shall be interpreted in accordance with EU law. That follows from the key principle of the Agreement—the principle of homogeneity.⁴⁸ The principle is *inter alia* reflected in Article 1 of the Agreement, which states that ‘[t]he aim of this Agreement of association is to promote a continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Contracting Parties with equal conditions of competition, and the respect of the same rules, with a view to creating a homogeneous European Economic Area’. Similarly, Recital 4 refers to ‘the objective of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area, based on common rules and equal conditions of competition and provides for the adequate means of enforcement including at the judicial level, and achieved on the basis of equality and reciprocity and of an overall balance of benefits, rights and obligations for the Contracting Parties’.⁴⁹ Consequently, the EFTA Court has gone far in interpreting the EEA le-

48. On this principle, see, for example, Sven Norberg *et al.*, *EEA Law. A Commentary on the EEA Agreement* (Stockholm: Fritzes 1993), 175–208 (written before the entry into force of the agreement) and Pål Wennerås, ‘Article 6 [Homogeneity]’, in Finn Arnesen *et al.*, *Agreement on the European Economic Area* (Baden Baden: Nomos 2018), 209–248. See also Carl Baudenbacher, *The EFTA Court: Structure and Tasks*, in Carl Baudebacher (ed.), *The Handbook of EEA Law* (Heidelberg: Springer 2015), 139–178, 145–149, and Carl Baudenbacher, ‘The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union’, *ibid.*, 179–194.

49. Mention should also be made of the EEA Agreement Article 6, which provides that ‘the provisions of this Agreement, in so far as they are identical in substance to corresponding rules of the Treaty establishing the European Economic Community and the Treaty establishing the European Coal and Steel Community and to acts adopted in application of these two Treaties, shall, in their implementation and application, be interpreted in conformity with the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the date of signature of this Agreement.’ Although this formal obligation is limited to ‘case law prior to the signature date (2 May 1992), Article 3(2) of the Agreement between the EFTA states on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice expressly states that the Surveillance Authority (ESA) and the EFTA Court shall pay due account to the principles laid down by the relevant rulings by the Court of Justice of the European Communities given after the date of signature of the EEA Agreement and which concern the interpretation of that Agreement or of such rules of the Treaty establishing the European Economic Community and the Treaty establishing the European Coal and Steel Community in so far as they are identical in substance to the provisions of the EEA Agreement.’

gislation in accordance with the case law of the CJEU, symptomatically also by ‘overruling’ its own *Maglite* decision. In that case, the EFTA Court had suggested an EEA specific interpretation of the exhaustion rule of the Trade Mark Directive regarding parallel imports from third countries.⁵⁰ After the CJEU had confirmed that the Directive provided for a mandatory rule of EEA exhaustion in the EU context,⁵¹ the EFTA Court in its *L’Oreal* case deviated from its previous position in *Maglite* and followed the EU solution.⁵² Although there might be various reasons for this deviation,⁵³ it illustrates the power of the homogeneity principle under the EEA Agreement.

Although being among the critics of the *Maglite* decision, as in my opinion there were not convincing grounds for having diverging exhaustion rules in the EU and the EEA,⁵⁴ I recognize that the RAAP case may illustrate the limits of the homogeneity principle. To be sure, following the decision of the CJEU will safeguard the goal of equal conditions of competition in the EEA in the sense that US (and other) producers and performers will be entitled to receive remuneration for the communication to the public of phonograms. On the other hand, the EEA Agreement as such does not grant the EU or any other supranational body external Treaty competence on behalf of the EFTA States. This is to some extent reflected in the last recital of the Preamble to the EEA Agreement, which states that the ‘Agreement does not restrict the decision-making autonomy or the treaty-making power of the Contracting Parties, subject to the provisions of this Agreement and the limitations set by public international law’. As a matter of fact, the EFTA

50. See Case E-2/97, *Mag Instruments v. California Trading Company Norway, Ulsteen*.

51. Case C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:1998:374.

52. Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L’Oreal Norge As and L’Oreal SA v. Per Aarskog AS et al.*

53. See, however, Baudenbacher, *supra* footnote 47, 191, who remarks that the EFTA Court ‘could have distinguished the case both on the facts and on the law’.

54. See Ole-Andreas Rognstad, ‘The conflict between internal market and third country policy considerations in the EEA. *Maglite* vs. *Silhouette*’, in Peter Christian Müller Graff and Erling Selvig (eds), *EEA-EU Relations* (Oslo/Berlin: Berlin Verlag/Tano Aschehoug 1999), 131–143, 138–142, and Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplar. Om konsumpsjon av rettigheter I eksemplar av vernede åndsverk* (Oslo: Cappelen Akademisk 1999), 613–626.

states are not bound by the European Union entering into international agreements in the copyright field. Hence, for example, the CJEU's statement in RAAP that 'the European Union has the exclusive external competence referred to in Article 3(2) [TFEU] for the purpose of negotiating with third States new reciprocal commitments, within the framework of WPPT or outside it',⁵⁵ does not apply to the EFTA States. The EEA Agreement does not entail a corresponding provision on external competence.

One could argue that the lack of external competence is irrelevant because Article 8(2) RLD is incorporated into the EEA Agreement without any reservations and the scope of this provision is a substantial issue that is not affected by external relations. If looking at the realities of this argument, one should, however, recall that the EFTA states, as a consequence of having to follow the CJEU's interpretation of Article 8(2), will be unable to exercise *their* 'competence [...] for the purposes of negotiating with third States new reciprocal commitments, within the framework of the WPPT or outside it'.⁵⁶ In other words, this competence will, *de facto*, be 'transferred' to the European Union, since the EFTA states, as a result of their obligations under RLD Article 8(2), will be unable to enter into deviating agreements with third States. Hence, this interpretation of Article 8(2) will undeniably affect the treaty-making power of the Contracting Parties. To be sure, Article 8(2) may be considered as 'a provision' of the EEA Agreement, but since this provision, even in the EEA context, is silent on its geographical and personal scope, it should not necessarily be interpreted as depriving the EFTA states of their treaty-making power.

Here, there is—in my opinion—an important distinction between the substantial provisions of international treaties and questions about mutual recognition of rights under the treaties. Norway's relationship to the 1996 WIPO conventions (WCT and WPPT) can be used as an example. To date Norway has, as a non-member of the European Union, not yet acceded to these conventions. Indirectly, however, it is obliged by many of the convention standards, because the European Union is party to the conventions and has implemented their substantial provi-

55. *RAAP decision* para. 89.

56. See *supra* footnote 53.

sions in various directives. Norway, as a party to the EEA, has implemented these directives. At the same time, the principle of non-discrimination laid down in Article 4 EEA (corresponding to Article 12 TFEU) implies that the rights must be given to nationals of the EEA states.⁵⁷ These are all express obligations that follow from the EEA Agreement, and the fact that the standards of the WPPT have influenced the substantial obligations under the Directive, does not affect Norway's treaty-making power beyond what follows from the EEA Agreement itself. Extending the WPPT-initiated rights to nationals of third States, however, makes the picture look different. This would render Norway's choice to abstain from entering into the Treaty rather meaningless. Should it nevertheless make such a decision, its obligation to national treatment is automatically extended beyond the limits of (Article 4(2)) WPPT. As a result, an interpretation of Article 8(2), which obliges the EFTA states to follow the CJEU ruling in RAAP, undeniably affect their treaty-making power.

Protocol 12 of the EEA Agreement may suggest that the competence of the EU to negotiate mutual recognition agreements limiting the EFTA states corresponding competence will need express regulation, following up on the statement in the recitals. According to the only provision of this protocol, 'mutual recognition agreements with third countries concerning conformity assessment for products where the use of a mark is provided for in EC legislation will be negotiated on the initiative of the Community'. Similarly, it can be held that if the EFTA states' competence to enter into mutual obligations with third States concerning national treatment of performers and phonogram producers shall be limited, there is a need for a special agreement between EU and the EFTA states.

A counterargument could, however, be that the adoption of the RLD into the EEA Agreement without reservations implies that the EEA states have accepted the limitation of their treaty-making competence due to the principle of homogeneity. The case law of the EFTA

57. In accordance with the CJEU decisions in Case C-92/92, *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:1993:847, and Case C-360/00, *Land Hessen v G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*.

Court shows a strong tendency to follow this principle.⁵⁸ One possible exception is the Maglite case mentioned above, or rather certain statements of that case, some of which could be of relevance for the question discussed here. The EFTA Court in Maglite argued in favour of an interpretation of the Trade Mark Directive allowing the EFTA states to maintain rules on international exhaustion of trade mark rights. Doing that, the EFTA Court, inter alia, emphasized that the EEA Agreement did ‘not entail a common commercial policy towards third countries’ and that the EFTA states had ‘not transferred their respective treaty-making powers to any kind of supranational powers [... but] remained free to conclude treaties and agreements with third countries in relation to foreign trade’. The Court added that ‘requiring Article 7(1) to be interpreted in the EEA context as obliging the EFTA Member States to apply the principle of Community-wide exhaustion would impose restraints on the EFTA States in their third-country trade relations. Such a result would not be in keeping with the aim of the EEA Agreement, which is to create a fundamentally improved free trade area but no customs union with a uniform foreign trade policy’.⁵⁹ In the context of the exhaustion issue these arguments were not entirely convincing, since the basis for preventing parallel imports from third States was neither the customs union nor the common commercial policy, but internal market considerations.⁶⁰ It is also disputable whether mandatory rules of EEA exhaustion would affect the EFTA States’ freedom to enter into agreements with third States.⁶¹ In any case, a situation like the one that

58. See, in addition to the L’Oreal decision cited *supra* footnote 50, in particular case E-28/15, *Yankuba Jabbi v. Staten v/ Utlendingsnemnda*, and case E-4/19, *Campbell v. the Norwegian Government*, where the EFTA Court followed the CJEU case law on EU citizenship despite the fact that the citizenship rules are not part of the EEA Agreement.

59. *Maglite* decision (*supra* footnote 49), para. 27.

60. See Rognstad, ‘The conflict between internal market and third country policy considerations’, *supra* footnote 52, 138–140. See also Ole-Andreas Rognstad, ‘Intellectual Property Law’, in Baudenbacher, *The Handbook of EEA Law*, *supra* footnote 47, 709–710.

61. See Rognstad, *Spredning av verkseksemplar*, *supra* footnote 52, 614–620. See also the EFTA Court’s remark in the L’Oreal decision (*supra* footnote 50) para. 32, that ‘the Government of the Kingdom of Norway and the Government of Iceland asserted during the oral hearing that it is unusual for their agreements with third countries

will appear if the RAAP decision is applied homogeneously in the EEA context would not occur. The fact that the EFTA Court overruled its Maglite decision in *L’Oreal* with reference to the principle of homogeneity, after the CJEU had ruled on mandatory EEA exhaustion in the EU context, is therefore no argument in itself for interpreting RLD Article 8(2) homogeneously with the RAAP case in the EEA context. In the latter situation, the treaty-making competence of the EFTA states will be severely affected, and in this respect a ‘real Maglite situation’ is likely to occur.

Hence, it is possible to argue that Article 8(2) in the EEA context should be interpreted as allowing the EFTA states to apply the remuneration right to performers and producers in accordance with their international obligations. Whether the EFTA Court will accept this interpretation is an open question, but the Maglite decision, with its emphasis on the EFTA states’ treaty-making power may support the argument. If the interpretation is not accepted, an alternative could be to amend Article 8(2) in the EEA context by a decision of the EEA Joint Committee, which is the legislative power under the EEA Agreement.⁶² In principle, there is nothing to prevent the Committee from making such a decision, although it is—as far as known—without precedents. However, the decisions of the Committee are dependent on agreement between the European Union, represented by representatives of the Commission, on the one hand and the EFTA States speaking with one voice, on the other.⁶³

5. Conclusions: Consequences of the RAAP decision—EU and EEA perspectives

As has followed from the foregoing discussion, it is clear from the decision of the Grand Chamber judgment in the RAAP case that EU Member States do not have autonomy in granting remuneration rights

to include clauses concerning exhaustion of intellectual property rights’. On the contrary, it is highly usual to include clauses concerning national treatment and material reciprocity in international agreements on copyright and related rights.

62. See EEA Agreement Articles 92 and 97.

63. EEA Agreement Article 93.

to performers and producers from third States, within the framework of their international obligations. A plausible reading of the judgment is furthermore that the remuneration right shall apply to *all* performers and phonogram producers irrespective of their nationality until the EU legislature has decided otherwise. Although this reading is not crystal-clear, it follows logically from the arguments of the Court, following the positions of the EU Commission and the Advocate General. The reading implies quite dramatic consequences, however, not least considering that the same reasoning is applicable to all copyrights and related rights under the EU *acquis* that are not subject to express regulation of treatment of third-State nationals. At least that will be the case for rights that are regulated by the WCT and the WPPT and consequently fall under the exclusive competence of the EU. The solution overrides mutual obligations, including limitations, to national treatment in the international conventions, and is from that point of view surprising. An obvious alternative would have been to limit the scope of Article 8(2) in accordance with the *obligation* to national treatment under Article 4(2), and leave it to the EU legislature to *extend* the scope of the provision beyond this. Although this solution to a large extent would have excluded US producers and performers from the protection, it would better fit with the international conventions that are an integrated part of European Union law.⁶⁴ As pointed out in section 3, the CJEU's arguments for abandoning this solution are, in my opinion, far from being convincing from a legal point of view.

Turning to the EEA Agreement, the RAAP decision challenges the Agreement's fundamental principle of legal homogeneity and leaves doubts as to whether Article 8(2) *can* be interpreted in the same manner in an EEA context as in the EU. A homogeneous interpretation of the provision inevitably challenges the premise that the EEA Agreement shall not restrict the treaty-making power of the contracting

64. As emphasized by Jørgen Blomqvist, addressing the question whether it is compatible with human rights to deny any copyright protection based on nationality, 'it does not seem reasonable either to [... impose] obligations on states to grant protection for works, and so on, originating from countries that have chosen to remain outside the international system of protection instrument', see Jørgen Blomqvist, *Primer on international copyright and related rights* (Cheltenham UK/Northampton MA: Edward Elgar 2014), 17.

parties, against the background that EU's exclusive external competence does not extend to the EFTA states. Hence, it is possible to argue that the EFTA states party to the EEA Agreement—i.e. Norway, Iceland and Liechtenstein—shall not be obliged by the Agreement to apply the remuneration right beyond the limits of their international obligations. Whether the EFTA Court will accept this interpretation shall be left without speculation here. The Norwegian legislature will nevertheless have to decide whether it shall challenge the principle of homogeneity and proceed with the bill that to a large extent would exclude US performers and producers from individual remuneration and instead benefit the collective Norwegian fund for performing artists.

The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration— Details of the RAAP case

Professor Emeritus, Dr. Jan Rosén, Stockholm University

1. Introduction

Considering those main legal interests of Jørgen Blomqvist, such as international copyright law and the application and interpretation of treaties in the realm of authors' rights and related rights, his writings are helpful not least when analysing the recent findings of the CJEU and its somewhat relaxed approaches to such international treaties.¹ There are indeed a number of intrinsic legal effects and consequences resulting from certain CJEU judgements—such as C-265/19, EU:C:2020:677, Recorded Artists, the RAAP—for EU Member States as well as individuals in such states to recognize.² The aforementioned

1. See e.g. Blomqvist & Schønning, *International Ophavsret* (2nd ed., 2011).

2. See Case C-265/19, EU:C:2020:677, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the High Court (Ireland), made by decision of 11 January 2019, received at the Court on 29 March 2019, in the proceedings *Recorded Artists Actors Performers Ltd. v. Phonographic Performance (Ireland) Ltd, Minister for Jobs, Enterprise and Innovation, Ireland, and Attorney General*; (the RAAP case).

judgement concerns the right of performers to one single equitable remuneration, according to Article 8(2) of Directive on Rental and Lending, 2006/115, shared with the record producers, and its applicability to nationals of so-called *third states*, here with a focus primarily on citizens of the USA. As will be dealt with below, drawing on the guidance of Professor Blomqvist, *limitations* of that right to equitable remuneration may not, according to the CJEU, be allowed on the basis of *reciprocity*, neither among Member States nor as a result of reciprocity agreements between Member States and so-called third states.

In the RAAP case the CJEU found, in short, that such limitations were not relevant or effective if interpreted as precluding a Member State from excluding—when it transposes into its legislation the words ‘relevant performers’ which are contained in Article 8(2) of the Directive 2006/115, and designates the performers entitled to a part of the single equitable remuneration referred to therein—performers who are nationals of States outside the European Economic Area (EEA), with the sole exception of those who are domiciled or resident in the EEA and those whose contribution to the phonogram was made in the EEA.

As most, if not all, Member States have in fact pursued such an interpretation, and national organizations and individuals have acted accordingly, this judgement raises issues on e.g. the responsibility of Member States and/or national organizations, collecting societies, for not offering remuneration to individuals of third states if reciprocity is not allowed.

2. Details of the RAAP case and the questions raised by the Irish High Court to the CJEU

As was just indicated, this request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 8 of Directive 2006/115/EC³ read in the light, in particular, of the WIPO Performances and Phonograms Treaty,

3. See Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (OJ 2006 L 376, p. 28). This directive codified and dissolved Directive 92/100/EC. The wording of Article 8(2) of Directive 2006/115 is identical to that of Article 8(2) of Directive 92/100.

WPPT,⁴ but also, as the Rome Convention is concerned, RomeC.⁵ The request had been made in proceedings between, on the one hand, Recorded Artists Actors Performers Ltd ('RAAP') and, on the other, Phonographic Performance (Ireland) Ltd ('PPI'), the Minister for Jobs, Enterprise and Innovation (Ireland), Ireland and the Attorney General of Ireland concerning the right of nationals of third States to a single equitable remuneration when they have contributed to a phonogram which is used in Ireland.

The plaintiff in the national case, Recorded Artists Actors Performers Ltd, RAAP, is a collecting society for performers. The first defendant, PPI, is likewise a collective management organization, in this case for phonogram producers. In view of what was at stake in the main proceedings, the Minister for Jobs, Enterprise and Innovation and the Attorney General were involved in the proceedings as the second, third and fourth defendants.

RAAP and PPI had entered into an agreement which stipulates that fees payable in Ireland for the playing in public—in bars and other publicly accessible places—or the broadcasting of recorded music must, after being paid by the users to PPI, be shared with the performers and, for that purpose, be paid on in part by PPI to RAAP. They were in disagreement, however, in relation to the operation of that agreement as regards fees paid to PPI in cases where the music played was performed by a person who is neither a national nor a resident of an EEA Member State (in practice, or at least for the most part, meaning nationals of the USA). The High Court of Ireland decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

-
4. See World Intellectual Property Organization (WIPO) Performances and Phonograms Treaty, WPPT, adopted in Geneva on 20 December 1996 and approved on behalf of the European Community by Council Decision 2000/278/EC of 16 March 2000 (OJ 2000 L 89, p. 6; 'the WPPT'). The European Union and its Member States are thus parties to the WPPT. This international agreement entered into force for the European Union and certain Member States, including Ireland, on 14 March 2010. For the remaining Member States, it entered into force on an earlier date.
 5. See International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, The Rome Convention (RomeC), finalized on 26 October 1961 in Rome.

‘(1) Is the obligation on a national court to interpret [...] Directive 2006/115 [...] in the light of the purpose and objective of the Rome Convention and/or the WPPT confined to concepts which are expressly referenced in the directive, or does it, alternatively, extend to concepts which are only to be found in the two international agreements? In particular, to what extent must Article 8 of the directive be interpreted in light of the requirement for “national treatment” under Article 4 of the WPPT?’

(2) Does a Member State have discretion to prescribe criteria for determining which performers qualify as “relevant performers” under Article 8 of the directive? In particular, can a Member State restrict the right to share in equitable remuneration to circumstances where either (i) the performance takes place in [an EEA] country, or (ii) the performers are domiciles or residents of an EEA country?’

(3) What discretion does a Member State enjoy in responding to a reservation entered by another Contracting Party under Article 15(3) of the WPPT? In particular, is the Member State required to mirror precisely the terms of the reservation entered by the other Contracting Party? Is a Contracting Party required not to apply the 30-day rule in Article 5 of the Rome Convention to the extent that it may result in a producer from the reserving party receiving remuneration under Article 15(1) but not the performers of the same recording receiving remuneration? Alternatively, is the responding party entitled to provide rights to the nationals of the reserving party on a more generous basis than the reserving party has done, i.e. can the responding party provide rights which are not reciprocated by the reserving party?’

(4) Is it permissible in any circumstances to confine the right to equitable remuneration to the producers of a sound recording, i.e. to deny the right to the performers whose performances have been fixed in that sound recording?’

3. WPPT and RomeC

The EU as well as its Member States have signed the 1996 WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT. Article 15(1) WPPT indicates that performers and phonogram producers shall enjoy the right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phono-

grams published for commercial purposes for broadcasting or for any communication to the public.⁶ That obligation had already been transposed into EU law by Article 8(2) of Directive 2006/115, which replaced without amendment Article 8(2) of Directive 92/100. When the WPPT entered into force for the European Union, that is to say, on 14 March 2010, that obligation had thus already been transposed into EU law. In Swedish copyright law such a right to remuneration appears in article 47 of the Swedish Copyright Act, SweCA, and its application is laid-outout in article 26 of the International Copyright Regulation, as annexed to the SwCA.⁷ In total, about 100 states are parties to the WPPT.

Under Article 15(3) of the WPPT, any party to that international agreement may, by giving notification of a reservation to the Director General of WIPO, declare that it does not recognise the right to a single equitable remuneration laid down in Article 15(1) of that agreement; or that, while recognizing that right, it will limit the application thereof within its territory. As Article 4(2) of the WPPT states, the obligation provided for in Article 15(1) does not apply, to the extent that such reservations have been notified. However, as is apparent from WIPO's register of notifications, the European Union, its Member States, and a large number of third States which are contracting parties to the WPPT have not given notification of a reservation under Article 15(3) of the WPPT and are, consequently, mutually bound by Article 4(1) and Article 15(1) thereof.

As for the 'design' of the reservation as such, pro forma, it may not need to slavishly follow from such a deposition, as Article 21 WPPT clearly advises that such reservations according to Article 15(3) WPPT are permissible.⁸ However, the CJEU has drawn lengthy conclusions

6. Article 15(1) WPPT reads in full text: 'Performers and producers of phonograms shall enjoy the right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phonograms published for commercial purposes for broadcasting or for any communication to the public.'

7. SFS (1994:193), revised by SFS (2009:1420).

8. It may be observed that Article 16(1) of the WPPT provides that contracting parties may, in their national legislation, provide for the same kinds of limitations or exceptions, with regard to the protection of performers and producers of phonograms as they provide for, in their national legislation, in connection with the pro-

from the formal format of such an obligation: see below under paragraph 4. Sweden, at least, has already delivered such a reservation by its adherence to the RomeC, which convention in this respect contains the same rules as those which have been absorbed by Article 15(3) WPPT. In short, in appropriate cases Sweden shall under certain conditions apply *reciprocity* insofar as this remuneration right is concerned.⁹

The starting point remains, though, that signatory states shall, according to Article 4(1) WPPT, apply the principle of *national treatment* to nationals of other signatory states, i.e. to apply the same rules to such foreign nationals as they apply to their own nationals. Hence, the signatory states have committed themselves, basically, to apply that principle, according to the definition laid down in Article 3(2) WPPT, insofar as the right to equitable remuneration is concerned. Still, the possibility according to Article 4(2) WPPT prevails, letting signatory states make such ‘reservations’ as allow them to employ so called *material reciprocity*. For EU Member States this gains direct support from their access, ratification and application of the WPPT, not least Article 15(1) WPPT, according to which the EU Council must not allow ‘additional protection’ to third countries.¹⁰

Member States of the EU have, as hinted *supra*, used the possibility of making such reservations in different ways, not always by legislative measures, though in Sweden that possibility is clearly realized by Article 26 of the International Copyright Regulation, SweICR, demonstrating how Article 15 WPPT shall be applied.

The USA has, as a signatory to the WPPT, totally applied the possibility of making explicit reservations as to the remuneration right, namely but for ‘certain acts of transmission and communication to the public by digital means’—thus with a restrictive effect on virtually all radio or television broadcasts and any communication to the public, all with a reference to express US legislation.¹¹

tection of copyright in literary and artistic works.

9. See prop. 2004/05:110, pp. 364 *et seq.*

10. See the principle statement of the Council, doc. 11517/07, 12 July 2007: ‘When ratifying, implementing and applying the WIPO Performances and Phonograms Treaty, additional protection will not be granted unilaterally to third countries.’

11. Aside from the USA, e.g. Australia, Canada, New Zealand and the People’s Republic of China have made such express reservations.

Article 26 § SweICR describes how to handle the issue of national treatment according to Swedish law, as that legal phenomenon appears in Article 4 WPPT.¹² According to the Article 26 first paragraph point 1 SweICR, a producer of a sound recording as well as the performing artists have a right to a remuneration (expressed also in the SweCA Article 47) either if the recording was done in a country other than Sweden, if that country is a signatory to the WPPT, or if the producer is a citizen of or has his habitual residence in or is a legal person from a signatory country. It should be observed that Article 4(2) WPPT states, for the application of this remuneration right, that reciprocity may be applied irrespective of what kind of connection may be applicable in the individual case.¹³ That element was not changed, *nota bene*, when the WPPT was implemented via Directive 2006/115—rather, potential protection was offered to all recordings according to either the definition of the recording criterion or the nationality criterion, i.e. they were reflected by the regulation in Articles 13 and 26 of the SweICR.¹⁴

However, according to Article 26, 5th paragraph SweICR, the right to remuneration is valid merely to the extent and for the time that the other country offers a remuneration for use of a recording connected to Sweden. And this may all be based on *reciprocity*. As already noted, Swedish law directly reflects Article 4(2) and Article 15 WPPT. Indeed, it follows from Article 4(2) WPPT that the obligation to apply national treatment is not valid to the extent that another state has used the opportunity to make reservations according to Article 15(3) WPPT.¹⁵

The rules on who would be a beneficiary of protection under the WPPT are also to be found in Article 26 SweICR. As the USA as a contracting party to the WPPT has almost totally done away with national treatment via its aforementioned reservations, the resulting effect for recordings with a connection to the USA—which has no reciprocity

12. The last paragraph of Article 26 SweIUC reads (in my translation): The right to remuneration according to the first and second paragraph is only valid to the extent and for a time under which the other country offers a right to remuneration for use of recordings related to Sweden. Cf. Förordning (2008:851).

13. See prop. 2004/005:110, p. 370.

14. Cf. Olsson/Rosén, *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar* (4th ed., 2016), pp. 625 *et seq.* and p. 637. See prop. 2004/05:110, p. 368.

15. Cf. prop. 2004/05:110, pp. 358 *et seq.*

agreement with Sweden—is that citizens of the USA are not allowed to have a share of remunerations collected in Sweden (except for ‘certain acts of transmission and communication to the public by digital means’).

To this picture should be added that the remuneration right according to the WPPT is in itself built on the RomeC, also, in the main, as the criteria for being a beneficiary are concerned.¹⁶ Both conventions factually overlap each other.¹⁷ The EU is as such not a party to the RomeC, but all EU Member States are, with the sole exception of the Republic of Malta.

We may also note that those rules on the remuneration right for performers and record producers had already appeared in the year 1960 in Article 47 of the by-then-effective SweCA, and were as such fully based on the RomeC, at that time available in a draft version (to be finally signed on 26 October 1961).¹⁸ This is still shown in Articles 11 and 26 of the SweICR, the latter article eventually to be amended to match the WIPO treaties of 1996.

Article 12 RomeC thus states that an equitable remuneration be afforded to performers and phonogram producers.¹⁹ According to Articles 3 and 12 RomeC those rights are governed by certain criteria for the recordings in question, built on *recording*, *nationality* or *publication/communication to the public*. The first two criteria were eventually to be found in the WPPT as well. As previously pointed out, Sweden has made reservations according to Article 16,1(a)(iv) RomeC and must therefore apply reciprocity as far as the remuneration right is concerned, thereby following the recording criterion—this in line with the declaration of Sweden in connection to Article 17 RomeC.²⁰

16. See, in particular, Articles 12, 15 and 16 of the RomeC.

17. Cf. prop. 2004/05:110, p. 366.

18. See SOU 1956:25, p. 384 *et seq.*, and prop. 1960:17, pp. 253 *et seq.*

19. Article 12 RomeC reads: ‘If a phonogram producer for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used directly for broadcasting or for any communication to the public, a single equitable remuneration shall be paid by the user to the performers, or to the producers of the phonograms, or to both. Domestic law, in the absence of agreement between these parties, lay down the conditions as to the sharing of this remuneration.’

20. Cf. prop. 2004/05:110, p. 365.

There still exist two valid differences between the RomeC and the WPPT, apart from the fact that the WPPT doesn't concern radio or tv broadcasters, as far as the remuneration right is concerned. According to the former, there isn't a remuneration right for on-demand services, which are now covered by the exclusive rights of the rightsowners according to the WPPT. Another difference is to be found in the rules on reciprocity. The RomeC states that the right to equitable remuneration may be allotted merely to one of the two potential owners (or category of owners) of the remuneration right, something that shall not be considered as such a difference as to trigger any kind of reciprocity exercise.²¹ A corresponding stipulation is not to be found in the WPPT, hence neither is it embraced by Article 26 SweICR. When the last-mentioned provision was revised in order to implement the WPPT, the purpose was that the application of the reciprocity criterion would be based on Articles 4(2) and 15(3) WPPT, as indicated *supra*.²²

Article 16 RomeC obviously offers the possibility for signatory states to make those reservations to that remuneration right following from Article 12, wholly or in part, i.e. with the application of *material reciprocity*, meaning that no contracting state must give more than it receives. Without that opportunity to apply material reciprocity, a state which accepts Article 12 in toto would be at a disadvantage compared with one which does not apply it at all, or limits its application.²³ Article 16(a)(iv) RomeC thus offers a reduction of the material reciprocity: it cannot be applied to groups or categories of rightsowners. A contracting state offering protection to performers as well as phonogram producers can't refuse such a right to a citizen of a contracting state that merely protects one group or the other. A state merely offering a remuneration right to producers cannot refuse protection to citizens from a state merely protecting performers, and vice versa.²⁴

In sum, the WPPT as well as the RomeC surely offer the possibility of application of material reciprocity in this context, though not in a

21. See Olsson/Rosén, *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar* (fjärde upplagan, 2016), pp. 636 *et seq.*

22. See prop. 2004/05:110, p. 368.

23. Cf. WIPO Guide to the Rome Convention and the Phonograms Convention, WIPO 1981, p. 61.

24. See WIPO Guide to the Rome Convention, p. 63.

totally identical way. This means that the contracting states may apply different levels of protection for different categories of rightsowners and may apply them tit-for-tat relative to another contracting state.²⁵

It may still be unclear, or possibly a matter for intriguing interpretation, whether the reciprocity criterion is fulfilled between states offering different levels of protection to either group (producers and performers) indicated in Article 16 RomeC, a situation not at all treated in the WPPT.²⁶ The basic purpose of Article 3 WPPT was, however, to absorb the notion of those criteria for applicability to be found in the RomeC, managed of course on the basis of those specific circumstances of relevance to the WPPT.²⁷

4. A right to remuneration according to Directive 2006/115

As said above, Article 8(2) Directive 2006/115 offers a certain right to remuneration directly built on Article 15(1) WPPT.²⁸ Indeed, Article 8(2) Directive 2006/115 in fact implements Article 15(1) WPPT, a point that has also been clearly made by the Legal Service of the EU Council in connection with the EU accession to and ratification of WPPT.²⁹ The Council itself has also stated with respect to the EU accession to and ratification and implementation of the WPPT that ‘additional protection will not be granted unilaterally to third countries’.³⁰

In line with this is Article 1(2) SweICR, which states that the SweCA shall be applied to those who are citizens of, or legal persons in, an EU

25. Cf. Blomqvist & Schønning, *International Ophavsret* (2nd ed., 2011), p. 112.

26. Cf. Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996* (UK 2002), pp. 385.

27. Cf. prop. 2004/05:110, p. 367.

28. Article 8(2) of Directive 2006/115 reads: ‘Member States shall provide a right in order to ensure that a single equitable remuneration is paid by the user, if a phonogram published for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used for broadcasting by wireless means or for any communication to the public, and to ensure that this remuneration is shared between the relevant performers and phonogram producers. Member States may, in the absence of agreement between the performers and phonogram producers, lay down the conditions as to the sharing of this remuneration between them.’

29. See the statement of the Council Legal Service in doc. 7266/03.

30. See note 10 *supra*.

Member State or the EEA grouping. Such persons shall always be treated as Swedish citizens or Swedish entities. The matter of international application of the RomeC and the WPPT is therefore of relevance only insofar as persons, legal or physical, are connected to a RomC or WPPT country but lack connection to a state within the EEA.³¹ The implementation of Directive 2006/115 has caused no changes in these respects.

Hereby, as said by the Legal Service of the EU Council, the right to equal remuneration is harmonised within the EU by Article 8(2) Directive 2006/115, whereby the Member States do not have a mandate to make reservations between states of the EEA grouping on the basis of Article 15(3) WPPT. In the light of Article 4(2) WPPT, the Council Legal Service thus found it unnecessary to have an explicit statement in the Directive 2006/115 about material reciprocity.

However, another statement of the Council Legal Service quite logically points out with respect to material reciprocity that on the basis of ‘the present state of the law’, the EU in no way enjoys exclusive competence to cause material reciprocity with respect to the remuneration right within the territory of a Member State and another contracting state (the latter not being an EU Member State).³²

We may conclude that Directive 2006/115 surely harmonises within the EU the remuneration right dealt with in Article 8(2), but as contracting states to the WPPT, the Member States should still be able to apply material reciprocity based on Article 4(2) WPPT, namely relative to citizens of contracting states to the WPPT other than those that are EU Member States or members of the EEA. The implementation of Directive 92/100/EEC, with respect to Rental & Lending, had already resulted in a harmonised remuneration precisely in line with Article 12 RomeC. Naturally, it did not offer Member States the possibility to

31. Cf. prop. 2004/05:110 p. 365.

32. See the Council Legal Service, doc. 5433/05: ‘At the present state of law, the Community does not enjoy exclusive competence to decide on the rights to be accorded within the Member States’ territory to performers and producers of phonograms who are nationals of other parties to WPPT in order to implement the obligations of national treatment—with the caveat of material reciprocity, if appropriate—provided for in WPPT and in particular Article 4.’

make reservations *within the EU* based on Article 16(1) RomeC, but it certainly did relative to other contracting states outside the EEA area.³³

Presumably, all EU Member States have looked upon these questions in just about the same way as Sweden has, as shown in Article 26 of the SweICR. When that article was revised upon the implementation of the WPPT, the rules on reciprocity were kept concerning the remuneration right.³⁴ And there was no concern shown in the implementation process about the (given) fact that Directive 2006/115 is valid only among Member States and EEA states, as such fully harmonised, which as a matter of principle directly follows from the basic statement in Article 1 SweICRL.³⁵

5. The CJEU's findings in C-265/19, RAAP

5.1. The conclusions of the CJEU, in a nutshell, as concerns the main issue

The CJEU decided that Article 15(3) WPPT and Article 8(2) of Directive 2006/115 must be interpreted as meaning that reservations notified by *third States* under Article 15(3) WPPT that have the effect of limiting within their territories the right to a single equitable remuneration do not lead in the European Union to limitations of the right provided for in Article 8(2) of Directive 2006/115, in respect of nationals of those third States. But such limitations may be introduced by the EU legislature, provided that they comply with the requirements of Article 52(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Article 8(2) of Directive 2006/115 therefore precludes a Member State from limiting the right to a single equitable remuneration in respect of performers and phonogram producers who are nationals of those third States.

33. See Walter/von Lewinski, *European Copyright Law. A Commentary* (Oxford 2010), pp. 322 *et seq.* The same legal position should remain by the implementation of WPPT via Directive 2006/115.

34. See SFS 2008:851.

35. Cf. prop. 2004/05:110, p. 366.

Hence, Article 8(2) Directive 2006/115 should be understood as offering, from the day it came into force, 14 March 2010, a right to equitable remuneration to all citizens of a contractor state of the WPPT, and thus also to citizens of the USA. The US reservation, based on Article 15(3) WPPT, should not have a direct effect in the EU, though that would seem to follow from Article 4(2) WPPT.

5.2. A closer look at the findings of the CJEU

We may notice that the statements of the CJEU, as mentioned in 5.1, are in direct conflict with the understandings hitherto of the EU Member States as well as the Council Legal Service, i.e. with respect to how Article 8(2) Directive 2006/115 should be applied for the sake of correct implementation of the corresponding norms of the WPPT.

Further, we may note the observation of the CJEU at paragraph 61, that Article 8(2) Directive 2006/115 lays down no condition under which the performer or phonogram producer should be a national of an EEA Member State or domiciled or resident in such a State, nor a condition under which the place where the creative or artistic work is carried out should fall within the territory of an EEA Member State. In spite of this the CJEU continues stating, at paragraph 62, that international agreements concluded by the European Union in principle oblige the European Union and its Member States to grant the right to a single equitable remuneration both to performers and phonogram producers who are nationals of Member States of the European Union and to those who are nationals of other contracting parties to the WPPT. This would follow from the *main principle* of national treatment according to Article 4(1) WPPT.

The CJEU accepts as a matter of principle the validity of the *possibility* of making reservations according to Article 15(3) WPPT, but nullifies it simply by stating (see paragraphs 69-70) that none of the Member States of the EU have in fact made any such reservations.³⁶ Thereby, they should be bound by the main principle.

36. There are no such reservation notified in the WIPO registers, as the CJEU laconically states in paragraph 70.

But one may question this statement by the CJEU on the grounds that several Member States, such as Sweden, have in fact already made such reservations on the basis of Article 5(3) or Article 17 of the RomeC. The statement is all the more questionable as the CJEU says at paragraph 72 that it follows from Article 1 of the WPPT that none of the WPPT provisions can exempt the Member States from their obligations under the Rome Convention! Still, the CJEU concludes, the fact remains that, by its nature, ‘such a reservation solely enables the commitments entered into by a Member State under that convention to be restricted, and does not create any obligation for that Member State’. It follows, the CJEU continues, that it cannot in any event be regarded as an *obligation* of that State that is liable to be impeded by the interpretation of Article 8(2) of Directive 2006/115.

This somewhat remarkable conclusion of the CJEU purports that Article 8(2) Directive 2006/115 must be interpreted merely on the basis of Articles 4(1) and 15(1) WPPT, and this in spite of the fact that Directive 2006/115 has nothing at all to say about the possibility of Member States to make reservations, in practice to apply a certain material reciprocity certainly allowed by Articles 4(2) and 15(3) WPPT. It would seem more correct to claim that at least not Article 8(2) Directive 2006/115 has established such an implementation of WPPT as the CJEU seems to state. Even more surprising is this conclusion of the CJEU’s, against the backdrop of the CJEU’s emphasis that in the national case related to this judgement, the Irish courts must interpret the said article of the Directive so as to uphold the norms of the WPPT.³⁷

Further, the CJEU very strictly points out, in paragraph 84, that the need to safeguard fair conditions of involvement in the recorded music business constitutes an objective *in the public interest*, capable of ‘justifying a limitation’ of a right related to copyright provided for in Article 8(2) of Directive 2006/115, in respect of nationals of a third State which does not grant that right or grants it only partially, as for example in the case of the USA.

The CJEU obviously finds it problematic that third States do make reservations distancing themselves from Article 4(1) as well as Article 15(1) WPPT and thereby also from the national treatment principle that

37. See RAAP paragraph 74.

is the main norm of the WPPT. This would imply a threat to performers' and phonogram producers' receiving fair remuneration, i.e. their right to claim equal terms with performers and phonogram producers of third states that have given notification of a reservation on accordance with Article 15(3) of the WPPT. Or, further still, it might create a situation in which the latter performers and producers receive income whenever their recorded music is played in the European Union whereas that third State distances itself, by the reservation notified under Article 15(3) of the WPPT, not only from Article 15(1) thereof but also from Article 4(1), which lays down the obligation of equal treatment regarding the right to equitable remuneration for the use of phonograms published for commercial purposes.³⁸ The CJEU hereby expresses the opinion that a reservation (limitation) may in fact be fully motivated, in spite of its categorical ban, in paragraph 68, for any Member State to limit by national legislature the remuneration right to be valid solely to nationals of EEA Member States.

The CJEU notably states that those reservations in question reduce to the same extent, for the European Union and its Member States, the obligation provided for in Article 15(1) of the WPPT, vis-à-vis the third State which has entered the reservation. That consequence is thus laid down in Article 4(2) of the WPPT, which must be interpreted in the light of the relevant rules of *international law* that are applicable in the relations between the contracting parties. Those rules include the principle of reciprocity codified in Article 21(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Under that principle, the CJEU contends, a reservation entered by a contracting party with regard to the other contracting parties modifies the provision of the international agreement to which it relates for the reserving State in its relations with those other parties and modifies that provision to the same extent for those other parties in their relations with the reserving State.³⁹

To conclude, there exists in fact a possibility for the EU and its Member States to express a limitation of the right to remuneration based on international law! However, the CJEU somewhat reduces this possibility since such a limitation, according to Article 52.1 of the

38. Cf. RAAP paragraph 83.

39. Cf. RAAP paragraph 79.

Charter, must be provided for by law, clearly and precisely defining the full scope of that right as well as limitations to it.⁴⁰ The mere existence of a reservation, correctly made in accordance with Article 15(3) WPPT, *does not fulfil this demand*, because such a reservation does not enable nationals of the third State in question to ascertain in precisely what way their right to a single equitable remuneration would, consequently, be limited in the European Union. For that purpose, a clear rule of *EU law itself* is necessary, the CJEU states in paragraph 86. Hence, it is merely for the EU legislature alone and not the national legislatures to determine whether the grant in the European Union of that right related to copyright should be limited in respect of the nationals of third States and, if so, to define that limitation clearly and precisely. As ‘EU law currently stands’, neither that provision nor any other provision of EU law contains a limitation of that kind.

To this result should thus be added that the European Union has the exclusive external competence referred to in Article 3(2) TFEU for the purpose of negotiating new reciprocal commitments with third States, within the framework of the WPPT or outside it, relating to the right to a single equitable remuneration for producers of phonograms published for commercial purposes and performers contributing to those phonograms. In short, the CJEU stresses that the Union, if not its Member States, *may* (not to say *should*) produce such a limitation to Article 8(2) Directive 2006/115 expressed as a clear rule of EU law itself.⁴¹

In the light of all the foregoing, the short answer of the CJEU to the first and second questions referred by the High Court of Ireland is that Article 8(2) of Directive 2006/115 must, in the light of Article 4(1) and Article 15(1) of the WPPT, be interpreted as precluding a Member State from excluding, when it transposes into its legislation the words ‘relevant performers’ which are contained in Article 8(2) of the directive and designate the performers entitled to a part of the single equitable remuneration referred to therein, performers who are nationals of States out-

40. The CJEU hereby refers to its decision in C-419/14, *WebMindLicenses*, EU:C:2015:832, paragraph 81, and its Opinion 1/15 (EU-Canada PNR Agreement), EU:C:2017:592, paragraph 139, just as C-311/18, *Facebook Ireland and Schrems*, EU:C:2020:559, paragraphs 175 and 176.

41. Cf. paragraphs 87–89.

side the EEA, with the sole exception of those who are domiciled or resident in the EEA and those whose contribution to the phonogram was made in the EEA.

Finally, as an answer to the fourth referred question about the sharing of the remuneration between performers and phonogram producers, the CJEU laconically notes that this remuneration has the fundamental characteristic of being 'shared' between the phonogram producer and the performer, and hence it must give rise to an apportionment between them. As established in paragraph 56 of the judgment, Article 8(2) of Directive 2006/115 leaves each Member State the possibility of laying down the conditions as to that sharing. However, that provision does not permit a Member State to entirely rule out sharing remuneration in respect of certain categories of performers, thus conferring enjoyment of the entire remuneration generated by the use of those phonograms or of reproductions thereof upon the producers of the phonograms to which those performers have contributed. Those rules of Swedish law treating such matters are thus fully in line with the statements of the CJEU in this respect.

6. Concluding remarks

It follows from the decision of the CJEU in the RAAP case, at least as a strict matter of principle, that citizens of the EU Member States must pay for the use within the EEA area of commercial recordings originating from the USA. Citizens of the USA must not, on the other hand, offer that remuneration to rightsowners from the EEA area, if collected in the US for the same purposes, with the exception of certain acts of transmission and communication to the public by digital means in line with those reservations made by the USA based on Article 15(1) WPPT.

The Member States of the EU must implement the norms of Directive 2006/115. This has been done, e.g. in Sweden, but as for the right to a single equitable remuneration for citizens of third states based on the use of recordings within the EEA area, Member States of the EU have quite generally applied such *material reciprocity* expressly offered by the WPPT and the RomeC merely where third countries are concerned. We may thus assume that the Member States have acted in good faith through the implementation of the WPPT via Directive 2006/115, by

applying *national treatment* among the Member States and those states affected by the EEA treaty, but not closing the door to material reciprocity among third countries, although nothing in this particular aspect was mentioned in the directive.

An EU Directive does not have direct effect in a Member State, at least not according to legal standards in Sweden, provided that the directive in question has been implemented in due time and in a correct way. Private persons or entities, such as performing artists or collecting societies, cannot refer directly to Directive 2006/115 before a court in Sweden for a private law claim based on the Directive, nor to Articles 4 and 15 WPPT, as those legal instruments also lack direct effect, as stated by the CJEU in the RAAP case.⁴²

Still, the legal effect of a directive not implemented correctly may imply that a person who has suffered losses because of rights denied may, as a matter of principle, claim damages from the Member State in question.⁴³ This would normally demand from the directive in question that it has been expressed in a clear and unconditioned way as concerns the specific issue in the individual case; otherwise it wouldn't have a direct effect relative to the State.⁴⁴ The outcome of such an exercise must be deemed very uncertain at the present time, as concerns the matter of interest in this text. The restrictive interpretation (merely national treatment is accepted) of Article 8(2) Directive 2006/115, implementing the right to remuneration expressed in WPPT, which offers the possibility of national treatment as well as material reciprocity, is obviously not something that clearly and unconditionally follows from a reading of the said article.

For the moment, as a result of the RAAP judgment, any EU Member State is at risk of being held economically liable for damages inflicted on citizens of all WPPT (third-country) states, and this from the point when the WPPT became effective in the EU, i.e. as of 14 March 2010. The judgment must be considered valid *ex tunc*, that is from the

42. See paragraph 71; cf. CJEU's reasoning in C-135/10, *SCF*, EU:C:2012:140, paragraph 48.

43. Cf. Bernitz *et al.*, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (fjortonde upplagan, 2017), pp. 24 *et seq.*

44. See, for the legal position in Swedish Law, Bernitz/Kjellgren, *Europarättens grunder* (2001), pp. 87 *et seq.*

date just mentioned, and not merely from the day of the CJEU's decision itself (8 September 2020).

As said *supra*, the EU itself may of course, unlike a separate Member State, use the possibility of factually inserting material reciprocity within the frames of Article 8(2) Directive 2006/115 via legislative measures. The CJEU seems to advocate such a solution! An open question would then be, in my estimation, whether such legislative measures would have a retroactive effect. If not, it may be assumed to still be possible for rightsovers to claim damages from the individual State for loss of remunerations collected during the decade between the point at which the WPPT became effective in the EU and the point at which potential amendment to Article 8(2) Directive 2006/115 came into force (or, possibly, the date of the RAAP judgment).

However, a more plausible result of the RAAP judgement as concerns the time having elapsed since 14 March 2010 may emanate from the following. It may well be that the RAAP judgement must be understood as a virtual change of law as of the day of the decision, 8 September 2020, thus at the same time as the CJEU has declared that the EU as such is the legal subject, not the individual Member State, for the demand in question.⁴⁵ It would then follow that a remuneration could not be demanded from a Member State that has introduced and applied express national law according to clear cut obligations or 'possibilities' of the WPPT. Rather, such remuneration should be demanded from the Union as such.

45. See our conclusions *supra* in section 5.

Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?

*Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet**

Festskriftets genstand og jeg er rørende enige om de fleste ting. En af de få ting, vi ikke er enige om, er den såkaldte Painer-doms betydning for den ophavsretlige beskyttelses bredde. Efter min mening gør dommen det tvivlsomt, om danske domstole fortsat kan give visse værker en snæver beskyttelse, som kun omfatter nærgående efterligninger. Festskriftets genstand, derimod, anfører energisk, at domstolene stadig har den mulighed. Jeg har derfor truet med at ville kortlægge spørgsmålet i detaljer ved en fremtidig egnet lejlighed. Nu er tiden inde. Det viser sig heldigvis, at festskriftets genstand og jeg begge to har ret.

* Ved siden af universitetsarbejdet udfører jeg praktisk ophavsretsarbejde. Bl.a. er jeg ligesom festskriftets genstand tilknyttet Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA), der varetager akademikerstandens interesser i ophavsretsspørgsmål. Arbejdet omfatter rådgivning i konkrete ophavsretssager, herunder i sager vedr. de emner, artiklen her drejer sig om. Se nærmere mit CV på <www.jura.ku.dk/mortenrosenmeier>. Artiklen viderebearbejder tanker, som jeg luftede i mere kort form i *NIR* 2005, s. 503 ff. Visse af de følgende litteraturhenvisninger angår ikke de allerseneste udgaver, enten som følge af corona-relaterede årsager, eller fordi de relevante litteraturudtalelser ikke er gentaget i de senere udgaver.

1. Immaterialrettigheders bredde

Når man har en immaterialret, f.eks. en ophavsret, kan man ikke alene skride ind over for andres brug af noget, der er identisk med det beskyttede fænomen. Man kan i vidt omfang også skride ind over for andres brug af fænomener, der *minder om det beskyttede fænomen uden at være magen til det*. Sådan er det inden for alle de immaterialretlige discipliner. Ellers ville det være alt for nemt at omgå beskyttelsen.

I *ophavsretten*, f.eks., fremgår det af ophavsretslovens § 2, stk. 1, at man beskytter værket i både “oprindelig og ændret skikkelse”. § 4, stk. 1, tilføjer, at den, der bearbejder et værk, kun kan råde over bearbejdelsen med tilladelse fra ophavsmanden til originalværket. Hvis nogen for eksempel skriver en roman, kræver det derfor tilladelse at oversætte den. På samme måde kan et ophavsretligt beskyttet design krænkes af et andet design, der ikke er magen til det. Se f.eks. *UfR 2001.747 H* (Tripp Trapp-barnestol). Man har lignende principper inden for de andre immaterialretsdiscipliner. I patentretten følger det f.eks. af den såkaldte “ækvivalenslære”, at en opfindelse kan krænkes af en anden opfindelse, der falder uden for patentkravene, hvis opfindelse nr. 1 og 2 er teknisk ækvivalente. Et patent på en opfindelse, der bruger remtræk, kan derfor krænkes af en opfindelse, der bruger tandhjul. I designretten fremgår det af designlovens § 9, stk. 2, at design kan krænkes af andre design, der ikke er magen til, hvis de giver den informerede bruger samme helhedsindtryk. Og i varemærkeretten kan rettighedshaveren skride ind over for kendetegn, der kan forveksles med vedkommendes. Se varemærkelovens § 4, stk. 2, og f.eks. *UfR 1992.647 SH*, hvor PIKASOL var krænket af PUFASOL.

Spørgsmålet er så, hvor meget tingene skal ligne hinanden, før der sker krænkelse. Efter en ret udbredt terminologi anses det spørgsmål for at angå beskyttelsens “bredde”, forstået som den grad af lighed, der er nødvendig, før et immaterialretligt beskyttet fænomen krænkes af et andet, der ikke er magen til det. Et immaterialretligt beskyttet fænomen, f.eks. et værk eller en opfindelse, har efter denne terminologi en “bred” beskyttelse, hvis det kan krænkes af fænomener, der ikke ligner dem særlig meget. Derimod er beskyttelsen “snæver”, hvis krænkelse kræver en høj grad af lighed.

En “bredde”-terminologi af den nævnte slags bruges bl.a. i Udsen, *De informationsretlige grundsætninger* (Kbh. 2009), s. 486 ff. Se tilsvarende Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 152. Det sker også, at man i immaterialretslitteratur taler om “beskyttelsessfære” eller “beskyttelsesomfang” o.l. i stedet for om bredde, men der er normalt tale om synonymmer. Se f.eks. Trolle i *TfR* 1962, s. 149 f., og Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Kbh. 1965), s. 258, hvor forf. udtaler af *UfR* 1961.1027 H (Langelinie-bestik), at brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligning, og anser det for at dreje sig om den ophavsretlige beskyttelses omfang. I svensk ret taler man om “skyddsområde”, “skyddsomfång” og lignende. Se bl.a. Högsta domstolens dom i *NIR* 1966, s. 69 ff. om et spejl, der kun kunne beskyttes mod nærgående efterligning, da “skyddsområdet är snävt begränsat”. I patentretten er en “omfangs”-terminologi udtrykkeligt lovfæstet i patentlovens § 39. Det hedder her, at “Patentbeskyttelsens omfang bestemmes af patentkravene”. I tysk ret taler man på linje hermed om beskyttede fænomeners “Schutzumfang”. Se f.eks. kommentaren til den tyske designlovs § 38 i Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser, *Designgesetz* (München 2019). Se også BGH GRUR 1988 369, 370 – *Messergriff*, hvor et knivskæfte måtte nøjes med et “engen Schutzumfang, der nur identische oder fast identische Modelle erfaßt”.

2. Beskyttelsessfærens afhængighed af den grad, beskyttelsesbetingelserne er opfyldt i

Spørgsmålet er så, hvor bred eller snæver den immaterialretlige beskyttelse er i forskellige tilfælde. Det har man forskellige principper om. Det er bl.a. et traditionelt princip, at beskyttelsens bredde afhænger af den grad, beskyttelsesbetingelserne er opfyldt i. Det vil sige, at i jo *højere grad* et beskyttet fænomen opfylder beskyttelsesbetingelserne, jo *brede* er dets beskyttelse, og jo *mindre* behøver et andet fænomen ligne det for at krænke det. Og omvendt, jo *mindre* et beskyttet fænomen opfylder beskyttelsesbetingelserne, jo *snævrere* er dets beskyttelse, og jo *mere* skal et andet fænomen så ligne det for at krænke.

I ophavsretten plejer man f.eks. at sige, at jo mere originalt værket er, jo bredere er beskyttelsen.¹ I patentretten siger man på samme måde

1. Jf. f.eks. Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (Kbh. 2016), s. 161. Yderligere dokumentation senere i artiklen her.

traditionelt, at beskyttelsens bredde afhænger af graden af opfindelseshøjde.² Noget lignende antages at gælde inden for brugsmodelretten.³ Og designretten.⁴ Det samme gælder i varemærkeretten, hvor det er fast antaget, at jo mere særpræget et varemærke er, jo mindre mærkelighed er nødvendig, før der antages at være risiko for forveksling. Og omvendt, jo mindre særpræget det er, jo mere skal det påstået krænkende mærke ligne det, før der er retsstridig forvekslingsrisiko.⁵ Også når det kommer til produktefterligningsbeskyttelsen efter markedsføringslo-

-
2. Se f.eks. Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang* (Oslo 2001), s. 743 ff., Domeij, *Läkemedelspatent* (Stockholm 1998), s. 382, jf. desuden Nyberg, *Patentrettsliga bedömningsgrunder, särskilt om fackmannen* (Stockholm 1999), s. 310. Princippet har ifølge Rybergs studier af Højesterets voteringsprotokoller påvirket retten i *UfR 1941.484 H*, *UfR 1964.498 H* og *UfR 1979.533 H*. Se Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 199, 202 og 203 f. Fra svensk ret se Stockholms tingsrätt T-2367 (19. marts 2002), her citeret efter Domeij i Schovsbo/Bryde Andersen/Heide Jørgensen (red.), *Festskrift til Mogens Koktvedgaard* (Kbh. 2003), s. 161 (“Uppfinningen enligt Patentet utgörs av en enkel konstruktionslösning. Tingsrättens bedömning utgår därför ifrån att patentet har ett snävt skyddsomfång”). I tysk ret har man traditionelt sammenfattet retstilstanden ved hjælp af et slagord “Große Erfindung, großer Schutzbereich; kleine Erfindung, kleiner Schutzbereich”. Se f.eks. Möhring m.fl., *Patentrechtskommentar I* (München 1971), s. 294, jf. også s. 155. I amerikansk udledes den her nævnte retstilstand bl.a. af et klassisk præjudikat *Westinghouse v. Boyden Power Brake Co.*, 170 U.S. 537 (1898). Det her sagte udtrykkes tit sådan, så “pioneropfindelser” har en særlig bred beskyttelse. Se bl.a. den nævnte amerikanske dom.
 3. Jf. FT 1991-92, tillæg A, sp. 2528 (“Drejer brugsmodelregistreringen sig om ganske enkle produkter med en beskeden opfindelseshøjde, vil den ligesom ved patentering af små opfindelser have et relativt snævert beskyttelsesområde”). Fra praksis se Sø- og Handelsrettens afgørelse V-118-11 af 7. januar 2014 (“Da stridsbrugsmodellen kun har beskeden frembringelseshøjde, nyder den følgelig kun snæver beskyttelse”). Se også samme domstols dom af 26. juni 2014, T-17-10 og T-8-11.
 4. Se f.eks. Schovsbo/Holm Svendsen, *Designret* (Kbh. 2013), s. 162, hvor forf. drøfter den mulighed at give “pionerdesign” en bredere beskyttelse end mere ordinære design. Fra praksis under designrettens forgænger mønsterlovgivningen se Frostating lagmannsrett 15. december 1999, LF-1999-647, citeret i Stuevold Lassen/Stenvik, *Designrett* (Oslo 2006), s. 107 (“Beskyttelsens omfang må vurderes konkret bl.a. under hensyntagen til mønsterets særpræg. En væsentlig nyhet må gis et bredere verneområde enn et mønster som skiller seg mindre fra det som er kjent fra før. Desto mindre særpræg, desto snevrere vil beskyttelsesområdet være [...]”). Fra tysk ret se BGH GRUR 1988 369, 370 – *Messergriiff*. Et knivskæfte måtte her klare sig med snæver beskyttelse, fordi “Der Umstand, daß sich das Klagemodell nur geringfügig von dem vorbekannten Formenschatz abhebt, führt [...] zu einem entsprechend engen Schutzzumfang, der nur identische oder fast identische Modelle erfaßt”. Det er

vens § 3, antages det, at beskyttelsens bredde afhænger af, hvor særpræget det efterlignede produkt er.⁶

3. Beskyttelsessfærens afhængighed af det beskyttede fænomens art

Der findes også principper, der går ud på, at beskyttelsens bredde kan afhænge af andre ting, end i hvor høj grad beskyttelsesbetingelserne er opfyldt. Bl.a. har man somme tider antaget, at beskyttelsens bredde afhænger af de beskyttede fænomeners *art*, dvs. at visse typer af immaterialretligt beskyttede fænomener pr. definition har snæver beskyttelse, ikke fordi beskyttelsesbetingelserne er opfyldt i den ene eller den anden grad, men simpelthen fordi de pågældende fænomener er af en bestemt slags.

I ophavsretten, f.eks., antages det, at todimensionale tekniske tegninger, beskyttet af ophavsretslovens § 1, stk. 2, ikke har beskyttelse mod, at man så at sige realiserer dem, herunder ved at bygge de maski-

muligt, at den her nævnte regel har hjemmel i designlovens § 9, stk. 2, 2. pkt., og bestemmelsens pendanter i designdirektivets art. 9, stk. 2, og designforordningens art. 10, stk. 2, hvor det dunkelt udtales, at man ved krænkelsevurderingen skal tages hensyn til "den grad af frihed, designeren havde ved udviklingen af designet".

5. Fra EU-Domstolens praksis se f.eks. C-251/95 af 11. november 1997, *Sabel*, præmis 24. Se også C-39/97 af 29. september 1998, *Canon*, præmis 18, og C-342/97 af 22. juni 1999, *Lloyd*, præmis 20. Herudover er det en varemærkelig regel, at velkendte mærker er beskyttet mod snyltende brug mv., uanset om der er varelighed eller forvekslingsrisiko, jf. for så vidt angår dansk ret nu varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 3. Også denne såkaldte "Kodak"-regel afspejler, at beskyttelsens bredde afhænger af særprægsgraden. Hvis et mærke er velkendt, er det nemlig pr. definition indarbejdet, og en høj grad af indarbejdelse påvirker særpræget i positiv retning. Nogle afgørelser udmåler beskyttelsens omfang med henvisning til såvel særprægsgraden som graden af velkendthed. Se f.eks. *UfR 79.497 H*. "Solram" var her forveksleligt med "Osram", bl.a. fordi "Den omstændighed, at et varemærke er stærkt indarbejdet og velkendt, findes at måtte medføre en øget beskyttelse [...]".
6. Se f.eks. *UfR 2004.737 H* om nogle bukser, hvorom retten sagde, at de var "en modevare med et meget ringe særpræg i forhold til en række andre lignende bukser [...]. En sådan vare kan efter markedsføringslovens § 1 være beskyttet mod slaviske efterligninger og hvad der må sidestilles hermed, men ikke mod selv forholdsvis nærgående efterligninger". Se i øvrigt Borch/Bøggild, *Markedsføringsloven*, kommentar 4.2.5 og 4.2.6.3 til § 1.

ner m.v., som de skal forestille.⁷ Hvis man antog andet, ville ophavsretten indirekte komme til at beskytte tekniske fænomener, der hører hjemme i patent- og brugsmodelretten. Man udtrykker princippet sådan, så den slags tegninger ikke har ophavsretlig "indirekte produktbeskyttelse". Når det handler om andre slags værker, er reglen derimod den, at dimensionsændringer ikke fritager for krænkelse. Den manglende indirekte produktbeskyttelse af tekniske tegninger afspejler dermed, at tekniske tegninger altid har en snævrere beskyttelse end andre slags værker. Det gælder, uanset hvor originale tegningerne er. Det er nærliggende at tro, at der heller ikke kan gives indirekte produktbeskyttelse til praktiske sprogværker såsom madopskrifter eller detaljerede sproglige anvisninger på, hvordan man skal bygge en maskine mm.⁸ Også deres beskyttelse er pr. definition "snæver". Man har også gjort gældende, at man kun kan give snæver beskyttelse til andre former for værker, herunder monokrome malerier,⁹ computerprogrammer¹⁰ mm.

En ganske særligt markant manifestation af den ovennævnte tendens findes i dansk ophavsret, hvor en række højesteretsdomme har udtalt, at *brugskunst* pr. definition kun beskyttes mod "meget nærgående efterligninger".¹¹ Der er ganske vist visse af rettens brugskunstdomme,

7. Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 162.

8. Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 161. Koktvedgaard antog, at man heller ikke kunne give indirekte produktbeskyttelse af strikkeopskrifter, jf. senest Koktvedgaard/Schovsbo, *Immaterialret* (Kbh. 2005), s. 158. Forf. udledte resultatet af *UfR 1941.454 Ø*, hvor sagsøgerens påstand om, at sagsøgte skulle forbydes at fremstille beklædningsgenstande efter sagsøgerens strikkeopskrifter, fandtes at savne hjemmel i loven. Modargumentation i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, anførte værk med yderligere henvisninger.

9. Jf. Schricke m.fl. (red.), *Urheberrecht* (München 2010), 150 til § 2.

10. Jf. Se Koktvedgaard/Schovsbo, *Lærebog i immaterialret* (Kbh. 2005), s. 77. Forf. mente her, at "brugsprogrammer" beregnet til regnskabsførelse, processtyring mv., skulle have en ret snæver beskyttelse på grund af konkurrenters interesser i adgangen til at fremstille konkurrerende programmer. Derimod ville forf. give en bredere beskyttelse til computerspil o.l. At computerstyresystemer (som Windows o.l.) bør have en snæver beskyttelse, antoges i Goldstein, *Copyright* (Gaithersburg & New York 2000), bd. II. s. 130 ff., jf. s. 126 ff.

11. Se *UfR 2001.747 H* (Tripp Trapp-barnestol I), *UfR 2002.1715 H* (Myren), *UfR 2003.1219 H* (Albertslund-lampe), *UfR 2011.2736 H* (Tripp Trapp-barnestol II), *UfR 2011.3451 H* (Globalknive), *UfR 2012.1185 H* (Hermès-tasker), *UfR 2012.3189 H* (LK FUGA-elkontaktserie), *UfR 2014.954 H* (Vola-armaturer), *UfR 2014.3539 H* (Mon-

der måske kan tolkes sådan, at også brugskunsts beskyttelsesomfang afhænger af originalitetsgraden, sådan så det kun er brugskunstværker med mindre originalitet, det her sagte gælder for.¹² Men der er også en række domme, der umisforståeligt tyder på, alle former for brugskunst pr. definition altid kun beskyttes mod nærgående efterligninger, uanset hvor originale de er.¹³ I sin seneste praksis har Højesteret trukket i land som følge af EU-Domstolens *Painer*-dom, jf. nærmere nedenfor afsnit 6, men før det var linjen tydelig nok. Også inden for andre immaterialrettsdiscipliner har man somme tider antaget, at beskyttelsessfæren afhænger af de beskyttede fænomeners art. I patentretten, f.eks., har man gjort gældende, at patenterede kemiske stoffer ikke bør kunne få nogen ækvivalensbeskyttelse.¹⁴ Tendensen kendes også i varemærkeretten, hvor man bl.a. har været inde på, om ikke varemærker vedr. receptplig-

tana-reolsystem), *UJR 2015.979 H* (Tripp Trapp-barnestol III) og *UJR 2015.992 H* (Tripp Trapp-barnestol IV).

12. Jf. især *UJR 2001.747 H*. Retten udtalte her, at sagsøgerens barnestol havde et “banebrydende formmæssigt design”, og at sagsøgtes stol derfor var “en så nærgående efterligning”, at der var tale om krænkelse. Sml. også *UJR 2003.1219 H*, hvor det indgik det i rettens argumentation for kun at beskytte mod nærgående efterligning, at brugen af visse af de elementer, parternes værker havde til fælles, var “velkendt” og “ikke [...] usædvanlig”. At brugskunstværkers beskyttelsesområde afhænger af originalitetsgraden, mener man også i udenlandsk ret. Jf. f.eks. fra svensk højesteretspraksis *NIR 1966*, s. 69 ff. om et spejl, om hvilket retten mente, at “Självständigheten i upphovsmannens konstnärligt skapande verksamhet kan icke anses större än att skyddsområdet är snävt begränsat”.
13. Jf. klartest *UJR 2002.1715 H* (Myren). Højesteret nåede her frem til, at Arne Jacobsens verdensberømte designikon “Myren” kun var beskyttet mod meget nærgående efterligning, selvom det – som det også fremgik af en skønserklæring – var givet, at dens originalitet var fuldstændig exceptionelt stor. Se også *UJR 2012.1185 H*. Højesteret fandt her, at nogle eksklusive “Hermès”-tasker, som var meget originale ifølge skønsmandene, ikke var krænkede af nogle billige kopier. Retten begrundede det med, at brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligning, og at kopierne ikke var så nærgående efterligninger, at der kunne dømmes for krænkelse. Derimod beskæftigede retten sig slet ikke med, om taskernes originalitet var stor eller lille. Også i den danske ophavsretslitteratur er der støtte for det synspunkt, at alle slags brugskunst altid har snæver beskyttelse. Se således formentlig Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (Kbh. 2016), s. 135 f., og Weincke, *Ophavsret* (Kbh. 1976), s. 42 f. Andre forfattere, derimod, argumenterer for, at brugskunsts beskyttelsesomfang bør afhænge af originaliteten, jf. f.eks. Borchert, *Produktefterligninger* (Kbh. 2003), s. 99 og 108 ff. En række opfattelser gennemgås i Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (Kbh. 2001), s. 246 ff.

tige lægemidler bør være genstand for en mere restriktiv forvekslingsbedømmelse end andre varemærker som følge af patientsikkerhedsmæssige overvejelser.¹⁵ I forbindelse med den kendetegnsretsbeskyttelse, der kan udledes af markedsføringslovens § 22 (tidligere § 18), har man tilsvarende antaget, at man kan anlægge en særligt mild forvekslingsvurdering i forbindelse med kendetegn vedr. ikke-erhvervsdrivende foreninger, især hvor den økonomiske interesse, der er knyttet til kendetegnet, er beskeden.¹⁶ Også det er udtryk for, at beskyttelsens bredde styres af mærkernes art.

4. Beskyttelsessfærens afhængighed af andre ting

Man har også antaget, at immaterialretligt beskyttede fænomeners beskyttelsessfære kan afhænge af diverse andre ting. Herunder:

-
14. Se hertil Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang* (Oslo 2001), s. 698, Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 220, 311, 371 f., 391 og 399, og Domeij, *Läkemedelspatent* (Stockholm 1998), s. 495 ff. Se om krænkelsevurderingen i forbindelse med kemiske og bioteknologiske patenter også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 351 ff.
 15. Se Patentankenævnets afgørelse af 16. december 2002 (AN 2001 00076). Afgørelsen indebar et brud på tidligere praksis, hvor man havde det modsatte udgangspunkt, at der skulle *mere til* at statuere forvekslelighed på lægemiddelområdet, jf. bl.a. *UJR 1974.175 H*, hvor BARALGIN ikke var krænket af ABALGIN, bl.a. fordi der var tale om “mærker for en speciel varegruppe, der kun kan købes og benyttes efter lægerecept”, eller *UJR 1965.123 H*, hvor TRENIMON ikke var krænket af DRENISON, og hvor Højesteret lagde “vægt på den særlige beskaffenhed af det for varemærkerne fælles vareområde og dermed af kundekredsen”. 2002-afgørelsens princip om, at forvekslingsbedømmelsen i forbindelse med lægemidler skal være direkte strengere end på andre områder, er siden modificeret, sådan så der skal anlægges en helhedsbedømmelse, hvor hensynet til patientsikkerheden kan indgå sammen med andre faktorer. Se Patentankenævnets afgørelse af 10. december 2009, AN 2008 00034. Og se også EU-Domstolens dom C-412/05 P af 26. april 2007, *Alcon*. Læs mere i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 562.

1. størrelsen af de arbejdsmæssige eller økonomiske investeringer, der ligger bag et immaterialretligt beskyttet fænomen¹⁷
2. det beskyttede fænomens værdi¹⁸
3. subjektive forhold hos den påståede krænker¹⁹
4. ytringsfrihedshensyn²⁰

Med mere.

16. Jf. Borchert/Bøggild, *Markedsføringsloven* (Kbh. 2013), kommentar 3 til § 18.

17. Jf. Riis, *Ophavsret og retsøkonomi* (Kbh. 1996), s. 92 f. Det antages her på baggrund af retsøkonomiske analyser, at man kan lægge vægt på arbejdsindsats ved udmålingen af værkers beskyttelsesomfang. Se også Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 327 (“[d]e bag patentsystemet liggende reale hensyn taler for, at der bør tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse med væsentlige udviklingsomkostninger, således at patenthaveren må antages at have et relativt stort behov for beskyttelse af sin investering i den bag opfindelsen liggende forskning og udvikling”). Se også s. 357. Fra varemærkeområdet se bl.a. *UfR 1998.1029 SH* (“Sagsøgerens varemærke BMW må anses som overordentligt velkendt og forbundet med en betydelig goodwill, som det har kostet mange år og meget betydelige investeringer at opbygge. Sådanne mærker må gives en udvidet beskyttelse [...]”). Se også EU-Domstolens dom i sag C-375/97 af 14. september 1999, *General Motors Corporation*, præmis 27. På linje med ovenstående konkluderes det i Udsen, *De informationsretlige grundsætninger* (Kbh. 2009), s. 488, jf. s. 486 ff., at der gælder en almindelig informationsretlig grundsætning om, at jo større indsats der ligger til grund for en beskyttet information, jo bredere beskyttelse tildeles den. Forf. tilføjer, at indsatsen enten kan have karakter af tid eller penge eller af en intellektuel indsats.

18. Se Schramm, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes* (Berlin/Köln 1954), s. 159. Forf. forklarer her at man ved udmåling af immaterialrettigheders bredde kan tage hensyn til sagsøgerens produkts “objektive Bedeutung [...], Verkehrswert, die Bereicherung der Wirtschaft und ähnliche Überlegungen”. I patentretten antages som sagt ovenfor note 2, at “pioneropfindelser” har en særligt bred beskyttelse. Meningen er normalt at udtrykke, at beskyttelsens bredde afhænger af opfindeshøjden. Men der er også juridisk støtte for den forståelse, at en pioneropfindelse er en opfindelse, der er ganske særligt samfundsmæssig værdifuld, og at værdien ikke behøver ligge i opfindeshøjden. Se f.eks. Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 198 f. Forfatteren definerer her pioneropfindelser som “værdifulde, banebrydende eller epokegørende opfindelser” og anser pioner karakteren for at skulle vurderes efter opfindelsernes “tekniske og/eller (samfunds)økonomiske” betydning, jf. også s. 133 og 356. I samme retning Schovsbo, *Immaterialretsaftaler* (Kbh. 2001), s. 360. Forf. forklarer her, at der ved ækvivalensskønnet sker en “vurdering af opfindelsens konkrete betyd-

5. Særligt om ophavsretten

Den læresætning, der har haft størst succes, er dog den, der er nævnt ovenfor afsnit 2, dvs. at immaterialretligt beskyttede fænomeners bredde afhænger af, i hvor høj grad beskyttelsesbetingelserne er opfyldt. Den har ikke mindst siddet godt fast inden for ophavsretten. Her plejer man at antage, at jo mere originalt værket er, jo bredere er beskyttelsen.

Det er svært at foretage nogen sikker retshistorisk konstatering af, hvornår princippet første gang så dagens lys inden for ophavsretten.

ning i lyset af den generelle teknologiske og øvrige samfundsmæssige udvikling [...]” og en “løbende tilpasning baseret på patentets [...] samfundsmæssige værdi”. Sml. *Smith v. Snow*, 294 U.S. 1 (1935) (“the character of the patent and its commercial and practical success are such as to entitle the inventor to broad claims and to a liberal construction of those which he has made”). I retsøkonomiske analyser af patentretten er det i øvrigt også gjort gældende, at beskyttelsens bredde bør afhænge af *sagsøgt*s patents værdi, herunder i en berømt artikel af Merges/Nelson, *Columbia Law Review* 1990, s. 839 ff. Se også Domeij, *Läkemedelspatent* (Stockholm, 1998), s. 517 ff., jf. s. 484 ff., og Rosenmeier i Schovsbo (red.), *Immaterialrettens afbalancering* (Kbh. 2003), s. 125 ff.

19. At det spillede en rolle for beskyttelsens bredde, om den påståede krænker havde handlet i omgåelsehensigt o.l., var en udbredt antagelse i ældre ophavsret. Se bl.a. fra amerikansk ret *Emerson v. Davies*, 8 F. Cas. 615 (C.C.D. Mass. 1845). Retten forklarede her, at “the true test of piracy or not is to ascertain whether the defendant has, in fact, used the plan, arrangements, and illustrations of the plaintiff, as the model of his own book, with colorable alterations and variations only to disguise the use thereof [...]”. I hvert fald i tysk ophavsret stikker lignende ræsonnementer frem i domme og litteraturudtalelser, der tillægger det betydning ved krænkelsevurderinger, om sagsøgte har forsøgt at spare sig arbejde o.l. Se bl.a. BGH GRUR 1958 500, 502 – “Mecki”-Igel. Med henvisning til Voigtländer/Elster/Kleine, *Urheberrecht* (Berlin 1952), s. 99, forklarer retten her, at den ophavsretlige beskyttelse må have en vis bredde for at ansøre sagsøgte til selv at gøre en indsats snarere end at spare sig selv for arbejde ved at efterligne sagsøgerens værk. Fra patentretten se Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 356. Det hedder her, at “Den påståede krænkers subjektive forhold, herunder forgæves forsøg på at få udstedt en licens [...] og forsøg på at opfinde ‘rundt om’ patentet er noget, der kan være medvirkende til, at en omtvistet genstand anses for omfattet af et patent”. I kendetegnsretten lægger man utvivlsomt vægt på subjektive forhold ved vurderingen af, om der sker krænkelser af den kendstegnsbeskyttelse, der kan udledes af markedsføringslovens § 22. Se nærmere Borchert/Bøggild, *Markedsføringsloven* (Kbh. 2013), kommentar 7.2 til § 18. Det hedder her, at man efter retspraksis lægger vægt på “ond tro/snyltningshensigt/illoyal adfærd”. I den egentlige varemærkeret følger en form for subjektivt krav den del af den varemærkelige “Kodak-regel”, der siger, at velkendte mærker kan krænkes trods manglende varelighed og for-

Jeg tror måske, at princippet er opfundet i England, i dommen *Kenrick & Co. v. Lawrence & Co.* (1890) 25 Q.B.D. 99. I hvert fald er dommen det tidligste klare eksempel, jeg har kunnet finde.

Sagen angik, om en tegning af en hånd, der satte kryds i en stemmeseddel, beregnet til at hjælpe analfabeter ved stemmeafgivningen, var krænkede af en anden, lignende tegning. Retten fandt det betænkeligt at dømme for krænkelse i sagen. Blandt andet henviste den til, at det ville være demokratisk uheldigt at give sagsøgeren et monopol på tegninger, der lærte det britiske imperiums stemmeberettigede analfabeter, hvor de skulle sætte deres kryds. Som dommeren udtrykte det:

“If that period should shortly arrive, which to many politicians appears to be a kind of constitutional millennium, when all the remaining ignorance, male and female, of the three kingdoms shall be swept into the electoral fold, the amount of political power which may become vested in the plaintiffs or their assignees will be greater than it is possible to estimate, and the destinies of the country may be placed in the hands of the fortunate owner of the talisman. A prospect is open which may be described in well-known language as a ‘potentiality of wealth beyond the dreams of avarice,’ and legislation might even be necessary to prevent so potent an engine of political power from becoming vested in an infant or a madman, an official receiver, or a trustee in bankruptcy, or from being bought or sold at auction, or remaining permanently the heritage of any one political party. The importance of the question raised in this particular instance cannot, therefore, be put too high, and justifies the elaborateness and seriousness with which the case was opened by Mr. Aston, and which, until I came to reflect upon the constitutional aspect of the case, I confess I thought a little exaggerated.”

vekslingsrisiko, hvis sagsøgttes mærkebrug indebærer en “utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé”, jf. hertil f.eks. C-487/07 af 18. juni 2009, *L’Oréal*.

20. Jf. fra dansk ret *UfR 2009.875 Ø*, hvor ytringsfrihedshensyn fik retten til at anse Bjørn Nørgaards gengivelse af statuen “Den lille havfrue” i en kollage for lovlig “fri benyttelse”, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 2. At ytringsfrihedshensyn kan gøre brug af beskyttet stof i andre værker til lovlig fri benyttelse, synes også antaget af byretten i *UfR 2013.1704 Ø* (Hornsleth). Den kreative måde at bruge § 4, stk. 2, på er nu problematisk i forhold til EU-retten pga. C-476/17 af 29. juli 2019, *Pelham*. Se Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 158.

Men problemer er jo til for at blive løst. Retten antog derfor, at tegning nr. 1 var ophavsretligt beskyttet, men at sagsøgte skulle frifindes for krænkelse, fordi enkle og mekanisk prægede tegninger efter rettens opfattelse kun kunne beskyttes mod fuldstændig slavisk efterligning. His lordship anførte nærmere:

“[...] I think that I am upon very safe ground in saying that the mere choice of subject can rarely, if ever, confer upon the author of the drawing an exclusive right to represent the subject, and certainly where the subject chosen is merely the representation to the eye of a simple operation which must be performed by every person who records a vote there cannot possibly be an exclusive right to represent in a picture that operation. It may well be that something special in the way of artistic treatment even of this simple operation, if it existed, might be the subject of copyright; but nothing of the kind has been suggested or exists in the present case, and if it does exist without being discovered it has not been imitated, for there is nothing which by any flight of imagination can be called artistic about either the plaintiffs' or the defendants' representation of a hand making the mark of a cross. It may be also that even the coarsest, or the most commonplace, or the most mechanical representation of the commonest object is so far protected on registration that an exact reproduction of it, such as photography for instance would produce, would be an infringement of copyright. But in such a case it must surely be nothing short of an exact literal reproduction of the drawing registered that can constitute the infringement, for there seems to me to be in such a case nothing else that is not the common property of all the world. It is possible that in this case the proprietors of the drawing registered may have a right to be protected from a reproduction of their picture of a hand drawing a cross in which every line, dot, measurement, and blank space shall be rendered exactly as in the original, or in which the variations from such minute agreement shall be microscopic. But I cannot see how they can possibly make a higher claim, or say that because they have registered a drawing of a hand pencilling a cross within a square that no other person in the United Kingdom is at liberty to draw a hand pencilling a cross within a square for perhaps the next half century.”

Det er svært at sige med sikkerhed, hvilken betydning dommen har haft for retsudviklingen uden for England. Hvorom alting er, blev princippet om, at beskyttelsessfæren afhænger af originaliteten, i løbet af

1900-tallet en fast bestanddel af krænkelserlæren i såvel kontinental-europæisk som angloamerikansk ophavsret.²¹

6. Painer-dommen og Cofemel-dommen

Men i 2011 afsagde EU-Domstolen en vigtig dom, C-145/10, *Painer*. Umiddelbart synes den at afskaffe det ophavsretlige princip om, at be-

-
21. Om princippet anvendelighed i forbindelse med *sprogværker* se f.eks. Knoph, *Åndsretten*, s. 106 f. (“Hvis det eldre arbeide [...] er originalt og særpreget, må det kreves temmelig stor forskjell i behandlingen, hvis ikke nr. 2 skal dømmes som en uiiillatt bearbeidelse av nr. 1. Isåfall har fantasien nemlig så stort spillerum ved behandlingen av stoffet, at det ikke er ubillig å kreve at man holder sig på god avstand fra den første ophavsmanns individuelle opfatning av det. Er det derimot en adressekalender, kokebok eller oversettelse som påstås ‘plagierte’, trengs det ikke så markert en forskjell mellom de to arbeider. Dels er det første åndsverks egenverdi forholdsvis beskjeden, og dels gir temaet så liten plass for skapende originalitet, at man ikke kan kreve svært stor forskjell i den individuelle utforming, hvis ikke hele emnet skal forbeholdes den første ophavsmann som monopol”). Se også BGH GRUR 1982 37/39 – *WK-Dokumentation* (samleværk med dokumentation om tyske krigsfanger under 2. verdenskrig krænket af et andet værk, bl.a. med henvisning til, at krænkelservurderingen afhang af værk nr. 1’s “Gestaltungshöhe”), BGH GRUR 1981 352/355 – *Staatsexamensarbeit* (biologisk specialeafhandling ikke krænket af en artikel, fordi den kendsgerning, at værkerne vedrørte samme emne og derfor måtte ligge tæt op ad hinanden mht. struktur mv., gav værk 1 et snævert beskyttelsesomfang i forhold til værk 2). I amerikansk ret, hvor krænkelser efter traditionen kræver “substantial similarity”, udtrykker man somme tider princippet sådan, at krænkelser af værker med lille originalitet forudsætter “supersubstantial similarity”. Se bl.a. *TransWestern Pub. Co. LP v. Multimedia Marketing Assocs, Inc.*, 133 F.3d 773, 776 (10th Cir. 1998) (telefonbøger), jf. også *Wilson v. Brennan*, 666 F. Supp. 2d 1242, 1258 (D.N.M. 2009) (udtalt, at krænkelser af faktabaserede kompilationer kræver supersubstantial similarity, og at “the copyright protection in a factual compilation is thin” mv.). Fra fransk ret se f.eks. Bertrand, *Le droit d’auteur* (Paris, 1999), s. 590 f. Beskyttelsen af computerprogram-brugsanvisninger siges her at være “celle des œuvres scientifiques, c’est-à-dire qu’elle sera quasiment limitée à la reproduction servile de ces manuels et ne pourra couvrir les éléments dictés par l’objet même du logiciel et inséparable de sa fonction”. Om *computerprogrammer* se bl.a. *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435, 1439 (9th Cir. 1995) (“When the range of protectible and unauthorized expression is narrow, the appropriate standard for illicit copying is virtual identity”). Om *billedkunst* se f.eks. den svenske Högsta domstolens dom i *NIR* 1994 s. 143 ff., hvor et jordbær-stofmønster, der var skabt af naturalistiske elementer og var uden unikt indhold, fik et relativt

skyttelsens omfang afhænger af, hvor originalt værket er, eller af noget som helst andet for den sags skyld.

Sagen drejede sig om et “fantombillede” af den bortførte Natascha Kampusch, lavet på baggrund af et portrætfotografi af hende som lille, og som skulle vise, hvordan hun måtte se ud som voksen. Den østrigske Oberster Gerichtshof konkluderede, at fantombilledet ikke krænkede portrætbilledet. I den sammenhæng henviste retten til, at der ved portrætbilleder som det, sagen vedrørte, kun var få kunstneriske valgmuligheder, og at beskyttelsen derfor var snæver.

Sagen blev forelagt for EU-Domstolen. Den blev spurgt, om “fotografiske værker og/eller fotografier, herunder navnlig portrætfotografier, nyder en ‘svagere’ eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse før bearbejdning, da de i betragtning af den ‘realistiske optagelse’ har for få udformningsmuligheder?”.

EU-Domstolen svarede i præmis 90 ff., at man også ved portrætfotografier har mulighed for at træffe frie og kreative valg, bl.a. med hensyn til belysning, den portrætteredes holdning, billedudsnit, kameravinkel, stemning mm. Og så udtalte retten:

“93: Når det drejer sig om et portrætfotografi, er ophavsmandens råderum med hensyn til at udtrykke sine kreative evner derfor ikke nødvendigvis begrænsede eller ikke-eksisterende.

94: På denne baggrund skal et portrætfotografi anses for at være ophavsretligt beskyttet [...], forudsat at ophavsmandens intellektuelle frembringelse afspejler hans personlighed og er udtryk for hans frie og

begrænset beskyttelsesomfang, der kun omfattede direkte kopiering samt mønstre med påfaldende lighed med det. Se også OLG Hamburg, GRUR RR 2003 33/36 – *Maschinenmensch*. Bl.a. pga. princippet om beskyttelsessfærens afhængighed af originalitetsgraden var robotten fra filmen “Metropolis”, skabt ved instruktørens tilføjelse af elektricitets-ringe rundt om en robotskulptur, ikke udtryk for fri benyttelse af sidstnævnte, se nærmere dommens pkt. 4. Om *brugskunst* se ovenfor note 12 og note 13 i.f. Om *arkitektur* se bl.a. *Trek Leasing, Inc. v. United States*, 66 Fed. Cl. 8, 19 (2005), hvor krænkelssvurderingen af en mindre original postkontors-bygning ikke skulle ske ud fra en sædvanlig “ordinary observer test”, men derimod en skrap “more discerning observer test”, der krævede supersubstantial similarity. Om *musik* se bl.a. BGH GRUR 1988 810/811 – *Fantasy*. Her fandt den tyske højesteret det ikke kritisabelt, at underinstansen “der Melodie der Kl. nur eine relativ geringe schöpferische Eigentümlichkeit zugesprochen und daher den Schutzbereich eng gezogen hat”.

kreative valg i forbindelse med fremstillingen, hvilket det tilkommer den nationale domstol at efterprøve i hvert enkelt tilfælde.

95: Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt en sådan beskyttelse er ringere end beskyttelsen af andre, navnlig fotografiske værker, bemærkes indledningsvis, at ophavsmanden til et beskyttet værk i henhold til artikel 2, litra a), i [infosoc-direktivet] har eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent restproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis.

96: I denne henseende har Domstolen fastslået, at beskyttelsen efter denne bestemmelse skal have en vid udstrækning (jf. *Infopaq*-dommen, præmis 43).

97: Det bemærkes endvidere, at intet hverken i [infosoc-direktivet] eller i andre relevante direktiver tyder på, at omfanget af en sådan beskyttelse er afhængig af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker.

98: Når det drejer sig om et portrætfotografi, kan beskyttelsen [...] ikke være ringere end for andre værker, herunder fotografiske værker.

99: På denne baggrund skal [spørgsmålet] besvares med, at [...] et portrætfotografi [...] kan være ophavsretligt beskyttet, forudsat at ophavsmandens intellektuelle frembringelse afspejler hans personlighed og er udtryk for hans frie og kreative valg i forbindelse med fremstillingen af fotografiet, hvilket det tilkommer den nationale domstol at efterprøve i hvert enkelt tilfælde. Såfremt det konstateres, at det omhandlede portrætfotografi fremstår som et værk, er dets beskyttelse ikke ringere end den beskyttelse, som andre, herunder fotografiske værker, nyder.”

EU-Domstolen har siden gentaget budskabet i C-683/17, *Cofemel*. Retten forklarede her, at værker beskyttes, hvis de opfylder originalitetskravet. Desuden skal de opfylde et krav om “objektiv konstaterbarhed”, opfundet af Domstolen i C-310/17, *Levola Hengolo*, som forklaring på, hvorfor man ikke kan give ophavsret til smage. Og herudover udtalte retten:

35: Når en genstand besidder de egenskaber [...], og dermed udgør et værk, omfattes den i denne egenskab af en ophavsretlig beskyttelse i overensstemmelse med [infosoc-direktivet], idet det bemærkes, at omfanget af denne beskyttelse ikke afhænger af graden af den kreative frihed, som ophavsmanden har haft, og at beskyttelsen derfor ikke er svagere end den beskyttelse, som tildeles andre værker, der er omfattet af nævnte

direktiv (jf. i denne retning dom af 1.12.2011, Painer, C-145/10 [...] præmis 97-99).

Umiddelbart synes budskabet at være: Når det er konstateret at et værk opfylder originalitetskravet, er det beskyttet mod krænkelse. Denne beskyttelse skal have en vid udtrækning, herunder en passende bredde. Beskyttelsens bredde afhænger ikke af, hvor originalt værket er. Sådan er det i forbindelse med alle værker. Punktum.

Så umiddelbart skulle man mene, at er slut med at lade den ophavsretlige beskyttelse afhænge af originalitetsgraden. Herudover er det nærliggende at tro, at dommene også sætter punktum for den danske praksis om, at brugskunst kun beskyttes mod “meget nærgående efterligninger”, nu hvor det fremgår af *Painer*-dommens præmis 96, at den ophavsretlige beskyttelse skal have en vid udstrækning. Det er i hvert fald en nærliggende konklusion, og det er derfor i det mindste tvivlsomt, om den hidtidige danske retstilstand er forenelig med EU-retten. Det er det budskab, mine medforfattere og jeg har formidlet i *Immaterielret* (3., 4. og 5. udgave fra henholdsvis 2013, 2015 og 2018), og i en artikel af Schovsbo og mig i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015B, s. 181 ff. Som vi skriver her, blinker den EU-retlige advarselslampe ikke mindst i forhold til den danske højesteretspraksis om, at brugskunst pr. definition altid beskyttes mod meget nærgående efterligninger. På baggrund af *Painer*-dommen og omtalen af den i *Immaterielret* (3. udg.) har Højesteret foretaget en elegant brandslukningsøvelse i *UfR 2015.979 H* og *UfR 2015.992 H*. Retten fremsatte her udtalelser, som man tilsyneladende må forstå på den måde, at rettens hidtidige udtalelser om brugskunsts snævre beskyttelse heldigvis bare betyder, at krænkelsesvurderingen ikke angår de ubeskyttede indslag i værkerne, hvilket de aldrig gør, jf. nedenfor 7.3. Det hedder i hvert fald i dommene, at brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligning, og at det “herefter” er afgørende, om værk 2 har overtaget noget originalt fra værk 1. Om det er nok til at slukke den EU-retlige advarselslampe, er dog tvivlsomt. Hvis lampen skal slukkes effektivt, må løsningen være, enten at det forelægges for EU-Domstolen, om Danmark gerne må nøjes med at beskytte brugskunst mod meget nærgående efterligning, eller at Højesteret undlader at forsyne fremtidige brugskunstdomme med udtalelser i den retning. Der har ikke siden været danske højesteretsdomme om, hvorvidt et be-

skyttet brugskunstværk var krænket af et andet. I den seneste højesteretsdom om brugskunst, *UfR 2020.2817 H*, nåede retten derimod frem til, at den Ilse Jacobsen-gummistøvle, som sagen drejede sig om, ikke opfyldte originalitetskravet. Samtidig citerede retten dog lange passager fra *Cofemel*-dommen, så Højesteret er givetvis meget lydhør over for EU-Domstolens signaler på området. Mit bud er, at Højesteret nu går væk fra at udtale, at brugskunst kun beskyttes mod meget nærgående efterligning, og går over til andre terminologier.

Festskriftets udmærkede genstand har ikke desto mindre ofte haft den dristighed at anføre, at danske og andre europæiske domstole stadig gerne må lade beskyttelsens bredde afhænge af originalitetsgraden, herunder på fotografiområdet, og at han føler sig overbevist om, at fotografier med stor originalitet stadig har en bredere beskyttelse end simple skolefotografier. Denne opfattelse er bl.a. ekspliciteret på møder i Dansk Selskab for Ophavsret og under gæsteforelæsninger rettet mod mine immaterialrets-studerende. Jeg har i den forbindelse haft lejlighed til at minde de sidstnævnte om den vigtige forskel på festskriftets genstands og min opfattelse, at min opfattelse er pensum.

Hårdt presset må jeg dog indrømme, at sagen måske ikke er så enkel. Det vi har skrevet i *Immaterialret* og *UfR*-artiklen er derfor ikke, at den danske retstilstand er uforenelig med EU-retten. Hvad vi skriver er, at det er tvivlsomt, om den er forenelig med EU-retten. Det mener jeg også det er. Men der er en tvivl. Det må erkendes. Fordi:

7. Terminologiske forhold

7.1. Bredde-terminologien er vakkende

Immaterialrettigheders bredde kan ifølge traditionen afhænge af diverse faktorer, herunder hvor originalt værket er, værksarten og andet. I ophavsretten antager man især traditionelt, at beskyttelsens bredde afhænger af, hvor originalt værket er. Desuden har den danske Højesteret haft et fast princip om, at brugskunst altid kun beskyttes mod nærgående efterligning.

Men i virkeligheden dækker den slags principper over flere forskellige bagvedliggende erkendelser og antagelser. Udtalelser om, at værkers

beskyttelsesomfang afhænger af noget, sådan så f.eks. værker med lille originalitet kun beskyttes mod nærgående efterligning o.l., kan i realiteten sigte til *flere forskellige ting*. Terminologien, der umiddelbart virker klar og præcis, er faktisk vakkende og unøjagtig:

Hvis et værk skal krænkes af et andet værk, der ikke er magen til det første, skal en række basale betingelser være opfyldt. De går ud på:

1. Værkerne skal ligne hinanden.
2. Ligheden skal skyldes efterligning.
3. Det, som værk nr. 1 og 2 har til fælles, skal i sig selv være beskyttelsesværdigt, herunder originalt. Derimod er det ikke en krænkelse, hvis man f.eks. efterligner en ikke-original sætning fra et litterært værk eller 3 banale akkorder fra et musikværk.
4. Det, som værk nr. 1 og 2 har til fælles, skal være konkretiseret og ikke bare en abstrakt, ubeskyttet idé.
5. Det originale, beskyttelsesværdige, konkrete stof, som værk nr. 2 har overtaget fra værk nr. 1, skal gå igen i værk 1 på en genkendelig måde.²²

Koktvedgaard beskrev det under 1 nævnte krav sådan, så det afgørende er, om værkssammenligningen resulterer i en *identitetsoplevelse*.²³ Man sammenligner det beskyttede værk med det værk, der påstås at krænke det. Hvis sammenligningen resulterer i en identitetsoplevelse i den forstand, at man synes, at værkerne er "det samme", kan der være tale om en krænkelse. Hvis derimod ikke der indtræder nogen identitetsoplevelse, kan der ikke.

De krav, der er nævnt under 3 og 4 afspejler en helt basal immaterialretlig grundsætning om, at den immaterialretlige beskyttelse af et fænomen ikke omfatter de dele af det, der ikke i sig selv opfylder beskyttelsesbetingelserne. I overensstemmelse med det angår ophavsretlige krænkelsesvurderinger kun de dele af værk nr. 1, der i sig selv har beskyttelse.²⁴ Det er derimod ingen ophavsretskrænkelser at overtage ube-

22. De ovennævnte betingelser gennemgås i detaljer i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 152 ff.

23. Jf. Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Kbh. 1965), s. 118 ff.

24. Se sag C-5/08, *Infopaq I*, præmis 38 f., og 47 f., de forenede sager C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, præmis 159, og sag C-355/12, *Nintendo*, præmis 22. Læs

skyttede aspekter fra et værk, og det spiller derfor ingen rolle ved krænkelsesvurderingen, om der måtte være lighed mellem værkernes ubeskyttede ideer, deres tekniske aspekter eller deres rent ikke-originale værksdele. I en sag, der drejer sig om, hvorvidt en beskyttet designstol er krænkede af en anden stol, betyder det f.eks. ikke noget, at stol nr. 2 evt. bygger på samme "isme" som stol nr. 1, eller at den bruger samme slags skruer og møtrikker.

Heraf følger en meget vigtig ting. Det er, at den sammenligning, der skal ske i ophavsretlige krænkelsessager, i realiteten ikke angår "værkerne". Den angår i realiteten *værk 2 på den ene side og værk 1's selvstændigt beskyttede indslag på den anden side*. Man kan også udtrykke det sådan, at man, inden krænkelsesvurderingen sker, skal bortfiltrere de ubeskyttede aspekter i værkerne og basere identitetsvurderingen på de aspekter, der bliver tilbage.

Sml. fra amerikansk ret *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992). Retten konkluderer her, krænkelsesvurderingen af computerprogrammer skal ske i henhold til en "abstraction-filtration-comparison-test", hvor man indledningsvis filtrerer det beskyttede programs ubeskyttede aspekter væk og først derefter foretager krænkelsesvurderingen. Dette ræsonnement er fulgt i en række senere amerikanske domme. I min artikel i *NIR* 2005, s. 503 ff., foreslås i inspiration af amerikansk ret, at ophavsretlige krænkelsesvurderinger generelt skal baseres på et "filtreringsprincip": Først bortfiltreres de ubeskyttede elementer fra værk 1, derefter sker værkssammenligningen. Denne metafor er måske mindre nærliggende i tilfælde, hvor et værks originalitet ligger i den måde, en række i sig selv ubeskyttede elementer er udvalgt og sammenstillet på. Men grundlæggende ligger det fast: Krænkelsesvurderingen tager udgangspunkt i de beskyttede elementer. Ikke de ubeskyttede.

mere om princippet hos *Rosenmeier* i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2014B, s. 220 ff., samme forf. i Rønsholt/Rytter (red.), *Ret, information og samfund: Festskrift til Peter Blume* (Kbh. 2010), s. 575 ff., og *samme forf.*, *Værkslæren i ophavsretten* (Kbh. 2001), s. 75 ff. I *Schønning*, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2013B, s. 341 ff., gøres det gældende, at det her nævnte princip ikke gælder for filmværker og billedkunst, jf. tilsvarende *Ophavsretsloven med kommentarer* (Kbh. 2016), kommentar 1.3.1 til § 1. Efter min mening gælder princippet for alle former for værker uden undtagelse. Udførlig argumentation hos *Rosenmeier* i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2014B, s. 220 ff.

7.2. Identitetsoplevelsens styrke afhænger af originaliteten

Udtalelser om, at værkers beskyttelsesomfang afhænger af originaliteten, og at beskyttelsen bliver bredere eller snævrere, jo mere eller mindre originalitet værket har, kan som sagt sigte til flere forskellige ting.

I en række tilfælde er meningen at udtrykke, at *den identitetsoplevelse, krænkelsevurderingen vil resultere i, skal have en bestemt styrke, før der kan dømmes for krænkelse*. At nogle værker kun har "snæver" beskyttelse, betyder så, at krænkelse kræver en *stærk identitetsoplevelse*, når man sammenligner værk 2 på den ene side med de beskyttede, originale aspekter i værk 1 på den anden side. At nogle værker har en "bred" beskyttelse, betyder ud fra denne forståelse derimod, at der kan ske krænkelse, selvom den identitetsoplevelse, sammenligningen resulterer i, er mere moderat.

Som jeg opfatter det, er det f.eks. den forståelse af begreberne, der ligger bag den tidligere nævnte *Kenrick & Co. v. Lawrence & Co.* (1890) 25 Q.B.D. 99. Spørgsmålet var her, om en tegning af en hånd, der satte et kryds i en firkant, beregnet på at hjælpe analfabeter ved stemmeafgivningen, var krænket af en anden lignende tegning. Retten fandt, at det var betænkeligt at dømme for krænkelse i sagen, bl.a. pga. de uheldige demokratiske konsekvenser, det kunne medføre at give enkeltindivider monopol på tegninger af den art. I stedet for at anse tegningen for ikke-original eller frifinde med henvisning til, at ideer ikke er beskyttede, afgjorde retten derefter, at tegninger som den var beskyttede, men kun mod "exact literal reproduction". Meningen var at indføre noget, der minder om en ulovbestemt undtagelse til ophavsretten, en afbalanceringsmekanisme, så man kunne undgå at statuere krænkelse, fordi det var betænkeligt. Et friholdelses-ræsonnement ligger også bag, når Knoph forklarer i *Åndsretten*, s. 106 f., citeret ovenfor note 21, at adressekalendere, kogeboøger og oversættelser kun har snæver beskyttelse, bl.a. fordi der er "så liten plass for skapende originalitet, at man ikke kan kreve svært stor forskjell i den individuelle utformning, hvis ikke hele emnet skal forbeholdes den første ophavsmann som monopol". Tanken er, at hvis værket kun har lille originalitet, er mere omfattende beskyttelse betænkelig. Derfor løser man problemet ved at skrue på beskyttelsens omfang.

Se tilsvarende vel Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Kbh. 1965), s. 135, hvor forf. forklarer, at store, meget detailrige kunstværker med klart og utvetydigt individuelt præg har en bredere beskyttelsesradius end enkle frembringelser, og at det navnlig skyldes, at “samfundet ikke vil tolerere, at enkelte hævder særrettigheder over mere almindelige formelementer”. Se også Koktvedgaard/Schovsbo, *Lærebog i immaterialret* (Kbh. 2005), s. 64 f. Forf. forklarer her, at “Inden for den klassiske ‘rene’ kunst volder en vidtfavnende ophavsretlig beskyttelse kun sjældent kvaler. Variationsmulighederne er uendeligt mange, og anerkendelse af en ophavsret bremser således ikke nogen i deres kunstneriske udfoldelser. [...] Det kan derimod give anledning til tvivl, hvor imødekommende man bør være i relation til den mere anvendte kunst [...] hvor væsentlige hensyn taler imod en for omfattende beskyttelse. [...] Den bedste løsning er [...] at være rimeligt generøs, hvad angår den mere principielle subsumption under Ophavsloven – man nægter ikke involverede fænomener ophavsretlig anerkendelse – mod til gengæld at indskrænke retsværnet, således at det tenderer mod kun at give værn mod meget nærgående efterligninger”. Fra amerikansk ret se f.eks. *Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc.*, 736 F.2d 485 (C.A.Cal., 1984) pkt. [2]. Det forklares her, at “Some ideas can be expressed in myriad ways, while others allow only a narrow range of expression. Fictional works generally fall into the first category. [...] Therefore a new work incorporating that idea need not be a verbatim copy or close paraphrase of an earlier work to infringe [...]. Factual works are different. Subsequent authors wishing to express the ideas contained in a factual work often can choose from only a narrow range of expression. [...] Therefore, similarity of expression may have to amount to verbatim reproduction or very close paraphrasing before a factual work will be deemed infringed”.

7.3. Bredde-terminologi som sigtende til, at ikke-originale værksdele ikke beskyttes

Udtalelser om, at beskyttelsen bliver bredere, jo mere originalitet værket har, kan imidlertid *også* være en omskrivning af, at det ikke er krænkende at overtage dele af værket, som ikke i sig selv opfylder originalitetskravet, og at krænkelse forudsætter, at værk nr. 2 har overtaget noget originalt fra værk nr. 1. Terminologien afspejler så et ræsonnement om, at krænkelsesvurderingen kun angår værkets originale, selvstændigt beskyttede aspekter, og at værker med lille originalitet har en snæver beskyttelse i den forstand, at de har ganske særligt mange

værksdele, der ikke i sig selv er originale. At beskyttelsen bliver “bredere”, jo mere originalitet der er, betyder efter denne forståelse, at jo mere originalt værket er, jo flere originale aspekter kan danne grundlag for krænkelsevurderingen. At den bliver “snævrere”, jo mindre originalitet der er, sigter derimod til, at jo mindre originalt værket er, jo færre originale aspekter kan danne grundlag for krænkelsevurderingen.

Denne forståelse af begreberne skinner bl.a. igennem i en række udtalelser fra Svensk Forms Opinionsnämnd (tidligere Svenska Slöjdföreningens Opinionsnämnd).²⁵ Se bl.a. USFB 1964-75 s. 75 (“Det bör [...] betonas, att den personliga prägeln hos Mathssons formskapelse framförallt hänför sig till detaljernas utformning och den konstnärliga samordningen, medan däremot materialval och konstruktion endast i mycket ringa grad rymmer en personlig egenart. Det ligger därför i sakens natur att skyddsområdet måste anses snävt begränsat, så att skydd kan påkallas endast gentemot efterbildningar som kommer originalet mycket nära”), USFB 63 s. 65 (“skyddsområdet för en sådan formskapelse måste bli­va snävt avgränsat, så att skydd kan påkallas endast gentemot efterbildningar, som komma originalet mycket nära. Championhäm­ta­ren företer [...] trots en påfallande allmän överens­stämmelse med polvahämtaren åtskil­liga avvikelser i fråga om proportioneringen. [...] Uttalade olikheter föreliggande beträffande lock och handtag. Den konstnärliga egenart, som utmärker polvahämtaren, har genom dessa icke obetydliga skillnader till

25. Nævnet er et rent privat organ, og dets udtalelser i princippet uforpligtende, men pga. den grundighed, der kendetegner nævnets sagsbehandling, og ekspertisen hos dets medlemmer, sætter nævnet et punktum for en lang række sager, der ville have taget år i det almindelige domstolssystem. Læs om nævnet hos Levin, *Formskydd* (Stockholm 1984), s. 305, samme forf., *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987* (Stockholm 1987), s. 315 f., Bengtsson, *NIR* 2005, s. 515 ff., Adamsson i Karnell m.fl. (red.), *Liber amicorum Jan Rosén* (Visby 2016), s. 19 ff., og Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (Kbh. 2001), s. 236 ff. Nævnets udtalelser fra 1954 til 1991 er offentliggjort i nogle publikationer “Upphovsrättsligt skydd för brukskonst” vedr. årene 1954-63, 1964-75 og 1976-91, i det følgende forkortet “USFB”. Siden da er der, så vidt jeg ved, ikke sket nogen systematisk offentliggørelse af nævnets udtalelser, og det er en skam. Det alternativ til domstolsbehandling, som opinionsnævnet tilbyder, sparer svenskerne for meget tid og mange penge. En række danske rettighedshaverorganisationer arbejder derfor på at stifte et dansk designnævn ad modum Svensk Forms Opinionsnämnd. Se bl.a. <<https://www.ubva.dk/>>, årsberetningerne for 2018 og 2019. En række organisationer, inkl. Akademikerne v. UBVA, har en lumsk plan om at lokke festskriftets genstand til at sidde i nævnet. Det forventes at gå i luften i slutningen af 2021.

övervägande del gått förlorad. Med hensyn härtill kan enligt nämndens mening championhämtaren icke anses utgöra en olovlig efterbildning [...]”), USFB 1954-63 s. 74 (“skyddsområdet för en sådan formskapelse måste bli snävt avgränsat, så att skydd kan påkallas endast gentemot efterbildningar, som stå originalet synnerligen nära. [...] Utan tvivel kan det befaras, att Skoghs och Anderssons bord förväxlas av den köpande allmänheten [...] Emellertid har den konstnärliga egenart, som utmärker Skoghs bord [...] till väsentlig del gått förlorad. Med hänsyn härtill kunna enligt nämndens mening Anderssons bord [...] icke anses utgöra olovliga efterbildningar [...]”), se också USFB 1954-63, s. 35. Fra norsk ret se måske Høyesterets dom af 27. juni 2012, HR-2012-01325-A, (sak nr. 2011/2020), præmis 86: “Det synes å være en samstemt oppfatning, i hvert fall i Danmark, Sverige og Norge, at graden av nyskapning har betydning for hvor vidtgående vernet er mot etterligninger. Hvor originalt og særpreget et åndsverk er, vil være bestemmende for vernets omfang. *Vernet rekker så langt den individuelt skapende innsats når*” (min kursivering).

I nogle tilfælde sigter udtalelser om, at beskyttelsens bredde afhænger af originaliteten, til, at værker, hvis originalitet ligger i deres udvælgelse og strukturering af ubeskyttede enkeltelementer, ikke krænkes, hvis man overtager de enkelte elementer, men bliver fra den originale udvælgelse eller sammenstilling. Ræsonnementet er, at værker, hvis originalitet kun ligger i udvælgelsen og sammenstillingen, har “snæver” beskyttelse i den forstand, at det ikke er en krænkelse at overtage værkets andre aspekter, herunder “indholdet”, og at værk nr. 2 kun krænker værk nr. 1, hvis værk nr. 2 overtager værk nr. 1’s originale sammenstilling. Koktvedgaard udtaler f.eks. i Koktvedgaard/Schovsbo, *Lærebog i immaterialret* (Kbh. 2005), s. 155, at brugskunsts enkle stilelementer kun har et relativt snævert beskyttelsesområde, og henviser til *UfR 61.1027 H*. I denne sag lå et spisebestiks originalitet i den måde, et ikke-originalt rillemotiv på skafterne og bestikkets form i øvrigt var sammensat på, og sagsøgte frifandtes, fordi han højst havde efterlignet det ikke-originale rillemotiv. Sml. fra varemærkeretten *UfR 1995.211 H* (“Indstævntes navn Dansk Handicap Idræts-Forbund består af fire ord, som både enkeltvis og i sammenstillingen er af rent beskrivende karakter. Hver for sig kan ordene ikke være genstand for eneret. Den beskyttelse, navnet nyder, må på denne baggrund afgrænses snævert”).

Udtalelser om, at beskyttelsesomfanget afhænger af, hvor originalt værket er, kan på samme måde sigte til, at man ved krænkelsesvurderingen skal bortse fra rent tekniske aspekter i værkerne. Ræsonnementet er, at

man skal bortse fra de tekniske aspekter, når man foretager krænkelser-vurderingen, og at mere teknisk betonedede værker har *snævrer beskyttelse i den forstand, at de indeholder ganske særligt mange tekniske aspekter, der skal bortses fra*. At beskyttelsen bliver “snævrere”, jo mindre originalitet der er, betyder efter denne forståelse, at jo mere teknisk værket er, jo flere tekniske aspekter er man nødt til at bortse fra ved krænkelser-vurderingen, der jo kun angår de ikke-tekniske dele af værkerne.

Se f.eks. den ovenfor note 21 citerede udtalelse i Bertrand, *Le droit d'auteur*, s. 590 f, hvor det hedder, at beskyttelsen af computerprogrambrugs-anvisninger er “quasiment limitée à la reproduction servile de ces manuels et ne pourra couvrir les éléments dictés par l'objet même du logiciel et inséparable de sa fonction”. Sml. fra dansk ret *UfR 2001.747 H* (“Beskyttelsen efter ophavsretslovens § 1 kan [...] kun angå de former, der ikke er en nødvendig følge af den konstruktive idé. Da stolen [...] er skabt i et funktionalistisk formsprog, bør den ophavsretlige beskyttelse herefter begrænses til meget nærgående efterligninger”).

7.4. Bredde-terminologi som sigtende til psykologiske antagelser

Endelig kan udtalelser om, at værkers beskyttelsesomfang afhænger af originaliteten, og at beskyttelsen bliver bredere/snævrere, jo mere eller mindre originalitet værket har, afspejle en teori om, at mængden af originalitet har en *rent psykologisk* betydning for, hvordan krænkelser-vurderingen vil falde ud. Ræsonnementet er nærmere, at hvis et værk er meget originalt, vil dommeren af psykologiske grunde være ekstra tilbøjelig til at mene, at andre, lignende værker krænker det.

Synspunktet er fast indarbejdet i tysk ophavsret. Det ophavsretlige princip om beskyttelsens afhængighed af originalitetsgraden menes her at skyldes, at jo mere originalt værk nr. 1 er, jo mindre vil dets overtagne elementer forekomme at “blegne” i værk nr. 2, når man foretager krænkelser-vurderingen. Se bl.a. Schricker m.fl., *Urheberrecht* (München 2010), kommentar 10 til § 24, og Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts* (München 2003), s. 70, v. note 32. At det er sådan, er udtalt i en lang række afgørelser fra den tyske højesteret. Se bl.a. BGH GRUR 1991 531/532 – Brown Girl I (“Je auffallender die Eigenart des als Vorlage benutzten Werkes ist, um so weniger werden dessen übernommene Eigenheiten in dem danach geschaffenen Werk verblassen. Umgekehrt können

aber auch keine zu hohen Anforderungen an eine freie Benutzung gestellt werden, wenn das als Vorlage benutzte Werk nur einen geringen eigenschöpferischen Gehalt besitzt. Ein Werk geringerer Eigenart geht eher in dem nachgeschaffenen Werk auf als ein Werk besonderer Eigenprägung”), se også f.eks. BGH GRUR 1991 533/534 – Brown Girl II, BGH GRUR 1981 267/269 – Dirlada, jf. i øvrigt oversigten i Schrickler m.fl., *Urheberrecht*, anf. sted. At en høj grad af originalitet i *sagsøgtets værk* har betydning, fordi værk nr. 1's overtagne træk vil have tendens til at blegne, jo mere originalt *værk nr. 2* er, menes også. Se bl.a. Schrickler m.fl. anf. værk, kommentar 11 til § 24, Loewenheim, anf. værk anf. sted. Fra designretten se Stuevold Lassen/Stenvik, *Designrett* (Oslo 2006), s. 106. Forf. forklarer her, at nyskabende design får et særligt bredt beskyttelsesområde, fordi det “neppe [er] til å komme utenom at virkelig nyskabende designelementer ofte vil ha større betydning for helhetsinntrykket enn mer ordinære elementer. Dermed vil også helhetsinntrykket kunne bli temmelig likt om slike nyskabende elementer gjenfinnes i annen design, selv om det også er synlige ulikheter i andre deler av designen”. Fra varemærkeretten se Stuevold Lassen/Stenvik, *Kjennetegnsrett* (Oslo 2011), s. 325. Princippet om beskyttelsessfærens afhængighed af særprægsgraden begrundes her med, at man “gennemgående [må] regne med at publikum langt lettere vil tro at to like merker med sterkt særpræg viser til samme produsent eller leverandør, enn at to like merker med svakt særpræg gjør det”. Se også Wallberg, *Varemærkeloven med kommentarer* (Kbh. 2008), s. 104. Forf. forklarer her, at et stærkt særpræget mærke står stærkere i forvekslingsbedømmelsen end et mindre særpræget, og at “Dette beror ganske enkelt på, at man umiddelbart genkender det særprægede mærke, og at “efterligninger” uden videre opleves som retsstridige”. Spørgsmålet, om det varemærkeretlige princip om beskyttelsessfærens afhængighed af særprægsgraden har “normativ karakter” eller fastslår “ett empirisk saksforhållande” i forskellige retssystemer, drøftes på linje hermed i Wessman, *Varumærkeskonflikter* (Stockholm 2002), jf. s. 40 ff. og 62 ff. Om psykologiske ræsonnementer af den nævnte art afspejler nogen reel psykologisk realitet, kan i øvrigt utvivlsomt diskuteres, i hvert fald når det handler om varemærkeret. For her er sagen nok i virkeligheden, at stærkt særprægede kendetegn typisk er *sværere* at forveksle med andre end svagere kendetegn, fordi det stærke særpræg gør det lettere for publikum at forstå, hvordan tingene hænger sammen. Det er f.eks. de færreste, der vil kunne forveksle Coca-Cola med andre mærker, fordi Coca-Cola står så stærkt i deres bevidsthed, at de ikke er nemme at narre. Mindre særprægede mærker, derimod, står mindre stærkt i folks hukommelse. Der henvises om spørgsmålet til

Wessman, anf. værk, s. 34 f. og 42 m. henv. og Stuevold Lassen/Stenvik, *Kjennetegnsrett*, s. 424 f. Se også byrettens dom i RG 1986, s. 1010 ff., og Burrell/Gangjee, *IIC* 2010, s. 557.

8. Konklusion

Udtalelser om, at værkers beskyttelsesomfang afhænger af deres originalitet, at mere originale værker har bredere beskyttelse end mindre originale værker, og at de sidstnævnte kun beskyttes mod nærgående efterligning, er altså, som det vil fremgå, tvetydige. De kan sigte til flere forskellige forhold:

- a. De kan gå på *identitetsoplevelsens styrke*, dvs. betyde, at jo mere originalitet værket har, jo mindre intens og stærk behøver identitetsoplevelsen være, før der kan dømmes for krænkelse.
- b. De kan være en omskrivning af, at krænkelsesvurderingen ikke vedrører ubeskyttede aspekter, og at *værker med lille originalitet har ganske særligt mange ikke-originale aspekter*, der skal bortses fra ved krænkelsesvurderingen.
- c. De kan udtrykke en teori om, at mængden af originalitet i et værk *rent psykologisk* har betydning for, om dommeren vil anse et påstået krænkende værk for at indebære en krænkelse.

I de tilfælde, der er nævnt under a, er meningen at udtrykke en retsregel om, at beskyttelsessfæren i visse tilfælde skal være bred, mens den i andre tilfælde skal være snæver. Reglens retsfaktum (= værket har stor eller lille originalitet) udløser en retsfølge, dvs. at krænkelse kræver en identitetsoplevelse af en bestemt styrke.

I de tilfælde, der er nævnt under b, er meningen ikke på samme måde at opstille en selvstændig retsregel. Meningen er at give en omskrivning af det almindelige princip om, at krænkelsesvurderingen ikke angår de ubeskyttede elementer.

I de tilfælde, der er nævnt under c, er meningen heller ikke at opstille en retsregel. Meningen er at udtrykke en psykologisk teori om, at mængden af originalitet i et beskyttet værk påvirker krænkelsesvurderinger.

At give visse værker en snæver beskyttelse på den måde, der er nævnt under a, er efter min vurdering vanskeligt foreneligt med *Painer*-dommen og *Cofemel*-dommen.

At give visse værker en snæver beskyttelse på den måde, der er nævnt under b, er derimod ikke i strid med EU-retten. Det er derimod i overensstemmelse med de domme fra EU-Domstolen, der er nævnt ovenfor note 24, og som siger, at værksdele kun er beskyttet, hvis de i sig selv opfylder originalitetskravet.

At sige, at visse værker har snæver beskyttelse som følge af psykologiske forhold hos dommeren, jf. ovenfor c, er heller ikke i strid med EU-retten. Der er slet ikke tale om et juridisk princip, men mere om et forsøg på beskrivelse af et faktisk, psykologisk forhold. Det må EU-retten være ligeglad med.

Spørgsmålet, om EU-retten gør det muligt for danske domstole at lade beskyttelsens bredde afhænge af originalitetsgraden eller andet, sådan så visse værker for en bredere beskyttelse end andre, er afhængigt af, hvad man lægger i spørgsmålet. Hvis man udgår fra den forståelse, der fremgår ovenfor a, er svaret negativt. Hvis man udgår fra den forståelse, der fremgår ovenfor b og c, er svaret positivt.

Jeg har altid været tilbøjelig til at forstå udtalelser om værkers beskyttelsesomfang på den måde, der er nævnt under a.

Festskriftets genstand, derimod, anlægger, så vidt jeg forstår, normalt den forståelse, der er nævnt under b.

Det er mig derfor en glæde at konkludere, at vi begge har ret.

Jeg har tidligere taget hul på emnet her i en artikel i *NIR* 2005, s. 503 ff., dog med en mindre detaljeringsgrad end ovenfor. Som følge af festskriftets genstands og mine diskussioner har jeg nu ændret det relevante afsnit i 6. udgave af *Immaterielret* (2021), s. 159 ff. og 166 f., sådan så det nu fremgår, at der er tale om tvivlsomme spørgsmål, hvis besvarelse afhænger af, om man anlægger den ene eller den anden begrebsforståelse.

Men jeg mener stadig, at det er tvivlsomt, om den traditionelle danske retstilstand er forenelig med EU-retten.

Mine faglige diskussioner med festskriftets fortrinlige genstand er en af de store glæder i mit liv. Jeg glæder mig til mange flere af slagsen.

Den førnævnte genstand ønskes et meget stort tillykke.

Æres den som æres bør – EU-harmonisering af ophavsretten

*Professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo,
CIIR, Københavns Universitet*

1. Indledning

At formålet med et festskrift er at ære dets genstand, kan der ikke være tvivl om. Jeg tror heller ikke, at Jørgen Blomqvist, som dette skrives til og med tanke på, er i tvivl om, at selv om ophavsretten favner bredt og er båret af mange også rent kommercielle hensyn, så udgør “ophavsmanden”¹ – forfatterne, billed- og andre kunstnere, fotograferne, tekstforfatterne, komponisterne, musikerne, skuespillerne, sangerne, dansere osv. – ophavsrettens primære ærefulde genstand.

-
1. Jørgen Blomqvist brugte i sin licentiatafhandling, *Overdragelse af ophavsrettigheder* (1987) udtrykket “autor” som betegnelse for ophavsrettens subjekt, se især s. 35. Udtrykket er dog ikke slået an, så jeg vil i det følgende bruge det fortsat almindeligt brugte ord “ophavsmand” som samlebetegnelse for de individuelle skabende og udøvende kunstnere, som nyder beskyttelse efter ophavsretslovens kap. 1 og 5. Jeg bemærker, at “ophavsmand” som en *terminus technicus* skal opfattes køns- og aldersmæssigt neutralt. Jørgen Blomqvists afhandling er i øvrigt frit tilgængelig på “Projekt jurabog” på <<https://jura.ku.dk/jurabog/>>.

Ophavsmanden beskyttes ikke “for sin egen skyld” men ud fra en følelse af ret og rimelighed og en forventning om, at eneretten indebærer almene, samfundsmæssige fordele: “De grupper i samfundet, som afsætter hele deres arbejdstid eller væsentlige dele deraf til litterær eller kunstnerisk skaben, udgør ryggraden i det kulturelle liv”, skrev Jørgen Blomqvist i 1987, og man kan også kun være enig med ham i, at “samfundet er forpligtet til at sikre, at også disse medborgere kan leve et rimeligt liv i materiel henseende.”²

Jørgen undersøgte i sin licentiatafhandling fra 1987, “Overdragelse af ophavsrettigheder”, hvordan de ideelle (personlighedsretlige) og de sociale (samfundsmæssige) hensyn kom til udtryk i reglerne om overdragelse af ophavsrettigheder. Han anbefalede bl.a., at man burde ændre ophavsretsloven³ og indføre et princip om formålsbestemt fortolkning i stedet for den “specialitetsgrundsætning”, som nu findes i ophavsretslovens § 53, stk. 3, men som kun er formuleret med henblik på uklare aftaler, og dermed ikke favner hele beskyttelsesbehovet.⁴

Jeg vil i det følgende fortsætte ned ad den samme sti, som Jørgen og se på, hvordan samfundet gennem ophavsretslovens regler og principper om aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder (“ophavsretsftaler”), har søgt og kan søge at beskytte ophavsmænd mod urimelige aftaler. Anledning til, at jeg begiver mig afsted, er dels, at dette er emner, som jeg ved optager Jørgen, og som jeg selv har beskæftiget mig med tidligere (til dels inspireret af Jørgens tanker), dels at der ikke er tvivl om, at mange kunstnere ikke lever noget “rimeligt liv i materiel henseende”, og at dette bl.a. skyldes en urimeligt ringe aflønning og dårlige aftaler.⁵ Endelig sker der i disse år en spændende udvikling inden for

2. *Ibid.*, s. 35.

3. Den gang LBK nr. 52 af 27. januar 1987. Gældende er nu LBK nr. 1144 af 23. oktober 2014 med senere ændringer.

4. Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, især s. 237 ff.

5. Se henvisningerne især i note 3 og 4 i Benabou, Valérie Laure; Bently, Lionel A. F.; Derclaye, Estelle; Dreier, Thomas; Dusollier, Severine; Geiger, Christophe; Griffiths, Jonathan; Hilty, Reto; Hugenholtz, P. Bernt; Janssens, Marie-Christine; Kretschmer, Martin; Metzger, Axel; Peukert, Alexander; Riis, Thomas; Rognstad, Ole Andreas; Senftleben, Martin; Strowel, Alain M.; Synodinou, Tatiana & Xalabarder, Raquel, “Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market” (20. juni 2020), *University of*

ophavsftaleretten, som gør, at emnet er kommet på dagsordenen igen. EU-lovgiver har således fået øjnene op for, at det ikke er nok at styrke beskyttelsen af individuelle, skabende ophavsmænd på papiret, og har viet et helt kapitel i DSM-direktivet til regler om “Rimeligt vederlag til ophavsmænd og udøvende kunstnere i aftaler om udnyttelse”.⁶ Hvis man vil være sikker på, at æren og indtægten havner, hvor den er tiltænkt, må man brede det lovgivningsmæssige perspektiv ud og inddrage aftaleretten. Kun derigennem kan man sikre sig, at *ophavsretten virker*, og at ophavsmænd fuldt ud kan “[...] udnytte de rettigheder, der er harmoniseret i henhold til EU-retten”.⁷ Dermed er der taget fat på det, som er blevet kaldt ophavsrettens “egentlige value gap”.⁸ Den skæve fordeling af den ophavsretlige belønning gennem urimelige aftaler.

Jeg vil i det følgende først argumentere for, hvorfor det set ud fra en ophavsretlig og samfundsmæssig betragtning er vigtigt, at lovgiver ikke blot tildeler rettigheder, men også interesserer sig for, om de virker efter hensigten, og om ophavsmandens “belønning” rent faktisk kommer ophavsmanden (og ikke f.eks. et forlag eller en platform) til gode. Jeg vil derefter vise, hvordan de nye EU-regler fremstår som en naturlig kulmination på en udvikling, der også har omfattet retshåndhævelse, som har fået næring i national ret og som overordnet set følger sig til og forstærker en generel udviklingen af kontraktretten i retning af en øget specialisering med fokus på parternes status. Efter en kort analyse af

Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 102, tilgængelig på SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3695935>> og <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3695935>> (“ECS Comment”).

6. 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), EUT L 130 af 17. maj 2019, s. 92-125 (DSM-direktivet).
7. DSM-direktivet, punkt 72.
8. João Pedro Quintais, “The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look” (2020) *European Intellectual Property Review* 42(1), s. 28-41, og Ananay Aguilar, “The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers – Part 1, Articles 18 and 19”, tilgængelig på <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/15/the-new-copyright-directive-fair-remuneration-in-exploitation-contracts-of-authors-and-performers-part-1-articles-18-and-19/>>.

gældende ret, vil jeg afslutningsvis reflektere over, hvordan man bør implementere de nye regler i dansk ret.

2. Ophavsftaleretten

2.1. Eneret og aftale

Ophavsrettens primære bidrag til samfundets “kulturelle liv” er den *eneret*,⁹ som tildeles den fysiske person, der har frembragt et *originalt værk* og dermed ydet en personligt, skabende indsats, som afspejler den pågældendes frie, individuelle valg.¹⁰

For ophavsmænd, er ophavsrettens “belønning” ret beset blot en mulighed for gevinst. Om denne mulighed realiseres eller ej, beror ud over værkets kvalitet, markedets smag osv. i høj grad på den aftale, som ophavsmanden har indgået om udnyttelse af værket. Afhængigt af denne aftale, kan ophavsmandens belønning blive større eller mindre eller helt udeblive.

Sådan har vilkårene altid været: Ophavsftaleretten – med forlagsaftalen som sit centrale, klassiske og fortsat vigtige typeeksempel – er baseret på, at der består et symbiotisk forhold mellem ophavsmand og erhverver (forlag). Forfatteren eller komponisten kan skabe værker, og forlaget kan omsætte dem til salgbare produkter, promovere og sælge dem. Hvis ophavsretten ikke kan hjælpe til at få værker videre end ophavsmandens skrivebordsskuffe, fungerer den ikke. Ophavsretten er først en succes, når det kulturelle fællesskab bliver beriget med værker, som *kommer ud*, eller som Jørgens og min gamle læremester, Mogens Kocktvedgaard, flot formulerer det: “I modsætning til ejendomsretten til de fysiske ting, der i et vist omfang kan nydes uafhængigt af andre – man kan dyrke sin have og drikke sin vin – kan immaterialrettighederne kun udøves i samvirke med samfundets øvrige medlemmer. Bogen,

9. I det følgende bortses fra diverse vigtige offentlige eller private støtteordninger, biblioteksafgiftssystemet m.v.

10. Se om originalitetskravet f.eks. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, 2021), s. 67 ff.

der ikke bliver læst [eller udgivet], er også i retlig henseende et interesseløst fænomen.”¹¹

Det giver også sig selv, at ligesom ophavsretten er baseret på en antagelse om, at ophavsmanden behøver belønning, så skal også forlaget have mulighed for en rimelig gevinst. Der skal være plads til både grynge og karruseller, og uden en sællert i ny og næ er der ikke råd til at satse på nye talenter eller overskud til smalle udgivelser. Ophavsmanden og forlagene m.v. er afhængige af hinanden på samme måde som dyrene i junglen: uden græs ingen antiloper og uden antiloper ingen tigre. Tigre lever af græs, kan man sige.

Men erfaringen viser også, at jungleloven kan være hård og ubarmhjertig, og at den strukturelle ulighed mellem ophavsmand og erhverver indebærer en inden for visse brancher enorm risiko for, at erhververen misbruger sin styrke og erfaring til at påtvinge sin aftalepart en urimelig aftale.

Sådan er det i mange af livets forhold. Den store og stærke kan trykke den lille og svage. Prøv at leje et værelse i København eller tage et kviklån. Bekymringen for sådant misbrug kommer til udtryk i bl.a. aftalelovens § 36¹² og koncipistreglen og ligger til grund for hele det forbrugerbeskyttelsesregime, som er skyllet over lovgivningen siden 1970'erne.

Set ud fra en ophavsretlig betragtning kan den almindelige beskyttelse af den “svage aftalepart” være god og fornuftig. Den almindelige regulering overser dog den centrale pointe, at ophavsmanden er tiltænkt en særlig mission af lovgiver. Ophavsmanden har som nævnt ikke har fået sin eneret “for sin egen skyld”. Retten er tildelt ud fra en forventning om, at der kommer samfundsmæssig nytte ud af eneretten: Med eneretten sikres ophavsmanden en mulighed for at opkræve en

11. Mogens Kockvedgaard, *Lærebog i immaterialret* (7. udgave, 2005 v. Jens Schovsbo), s. 24 f. Citatet genfindes i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret*, s. 31. Tilføjelsen i skarp parentes er min.

12. § 36 lyder: “Stk. 1. En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler. Stk. 2. Ved afgørelsen efter stk. 1 tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder”. Reglen stammer fra 1975 og findes nu i LBK nr. 193 af 2. marts 2016 med senere ændringer.

overpris for sine værker, og denne overpris kan i et samfund, som bekender sig til markedsøkonomi, kun retfærdiggøres, hvis de samfundsmæssige gevinster mere end opvejer det tab, som overprisen er udtryk for.

Hvis altså ophavsmanden ender med at sætte sin eneret over styr i aftalen, således at erhververen løber med hele den økonomiske værdi af eneretten, kan man ikke være sikker på, at ophavsretten virker, dvs. på at den samfundsmæssige gevinst, som det er meningen, at ophavsmanden og ikke erhververen skal høste, bliver opnået. Dermed vil ophavsmanden ikke blot blive berøvet sin mulighed for at skabe nye værker. Selve *ophavsrettens legitimitet* er truet, for hvordan skulle man kunne forsvare at påføre samfundet omkostninger i form af en overpris for værker, hvis ikke der var en udsigt til, at denne ville blive omsat i nye værker, som afspejler ophavsmandens personligt skabende indsats; hvis mellemmanden høster, hvad ophavsmanden har sået?

2.2. “Fra kontrakt til status”

Ophavsrets aftalen genstand er den eneret, som lovgiver har tillagt ophavsmanden som belønning for dennes skabende indsats. Med eneretten kommer muligheden for at begå sig på markedet og benytte sig af aftalefriheden. Eneret er lig med kontrol, og kontrol gør det muligt for ophavsmanden at vælge, hvordan, hvornår, af hvem og på hvilke vilkår retten skal udnyttes. I hvert fald i princippet.

Ved at have den lovhjemlede eneret som sin genstand, er ophavsrets aftalen en særlig aftale, som kombinerer hensynet til parterne og deres autonomi med hensynet til samfundsnyttens. Jeg har andetsteds formuleret dette på den måde, at ophavsrets aftalen er præget af ophavsmandens *status* som netop “ophavsmand” og beskrevet dette som et eksempel på en generel *statusorientering* af kontraktretten.¹³

Med statusorienteringen følger en opfattelse af, at fokus ved vurderingen af aftalers gyldighed og fortolkning skal rettes mod de bagvedliggende omstændigheder, som ligger til grund for partens status.

13. Jens Schovsbo, *Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten* (2001). Denne er ligeledes tilgængelig på “Projekt jurabog” på <<https://jura.ku.dk/jurabog/>>.

Dette betyder i praksis, at aftaleparternes subjektive forhold – viljen m.v. – træder i baggrunden. For ophavsretsftalen bør retsordenen altså søge at fremme en aftalepraksis, som støtter op om formålet med at tildele ophavsmanden eneretten. Det er med andre ord de *samfundsmæssige hensyn*, som er knyttet til det ophavsretlige system, snarere end *parternes subjektive forhold*, som bør være styrende, når man fortolker ophavsretsftaler eller bedømmer deres gyldighed.¹⁴

Dette er og har sådan set været anerkendt i ophavsretten længe. Som eksempler kan nævnes, at efter dansk (nordisk) ret er de ideelle rettigheder kun begrænset overdragelige, jf. ophavsretslovens § 3, stk. 3, og med denne begrænsning af aftalefriheden beskyttes ophavsmanden mod at “komme til” at overdrage sine rettigheder med hensyn til retten til navneangivelse og krænkende ændringer m.v. Ophavsretsloven har også længe haft særlige regler i kapitel 3 om “Ophavsrettens overgang til andre”, jf. herom nedenfor.

Andre lande er gået længere i deres lovgivning end i Danmark. I Tyskland ændrede man i 2002 sin ophavsretslov med henblik på at styrke ophavsmandens kontraktmæssige position. Baggrunden var bl.a. en opfattelse af, at det var nødvendigt med lovgivningstiltag til støtte for ophavsmænd for at matche den “styrkeforøgelse”, som havde fundet sted på erhververside bl.a. gennem koncentrationer inden for forlagsbranche.¹⁵ I Norge indsattes for nylig en særlig regel i ophavsretsloven, som sikrer ophavsmanden (som i Norge kaldes “opphaveren”) en umistelig ret til rimeligt vederlag. Reglen er begrundet i, at tærsklen i praksis efter den norske pendant til aftalelovens § 36 for at foretage ændringer i aftalen for at stille ophavsmanden bedre blev anset for at være for høj og dermed ikke at dække ophavsmandens særlige beskyttelsesbehov.¹⁶ Tanken er altså at følge takterne op fra specialitetsgrundsætning-

14. *Ibid.* f.eks., s. 305 f.

15. Se for en detaljeret redegørelse bilag 18 til betænkning 1408 “Aftaler om indrømmelse af udnyttelsesrettigheder til ophavsretligt beskyttede værker og udøvende kunstners præstationer – en redegørelse for nye regler i tysk ret” v/Maria Bruun Laursen og f.eks. Annette Kur, “The new German Legislation on Author’s Contracts – Fairness at Last?”, i Mads Bryde Andersen, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.), *Festskrift til Mogens Koktoedgaard* (2003), s. 307-323. Se om baggrunden for udviklingen i Tyskland, Schovsbo, *Immaterialretsftaler*, s. 290 ff.

gen og udbygge retsbeskyttelsen af ophavsmanden i kraft af dennes status som netop *ophavsmand* og ikke blot svag aftalepart.

2.3. EU og den internationale udvikling

Udviklingen af ophavsretten i bl.a. Danmark har længe været drevet af EU, og der foreligger et større antal direktiver og en stor mængde domme, som alle har bidraget til at harmonisere ophavsretten på, hvad der gerne siges at være et “højt niveau”.¹⁷ Det har også længe været en præmis for beskyttelsen, at ophavsretten sætter ophavsmanden i stand til at bidrage til den kulturelle fødekæde: “Hvis ophavsmænd og kunstnere skal kunne fortsætte deres kreative og kunstneriske arbejde, er det nødvendigt, at de modtager et passende vederlag for anvendelsen af deres værker”.¹⁸ Indtil DSM-direktivet, som vil blive omtalt i det følgende, har der dog ikke været taget initiativ til at føre dette synspunkt igenem i relation til indholdet af de individuelle aftaler.¹⁹

-
16. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsretten* (2. udgave, Oslo 2019), s. 457 ff. Ifølge Rognstad svarer norsk praksis på dette punkt godt til den danske. Også udviklingen i Tyskland og i Nederlandene (som også blev afstedkommet af den tyske udvikling) fremhæves i de norske forarbejder, *ibid.* Den norske regel, som findes i § 69, lyder i sin helhed. “– Når en opphaver utenfor forbrukerforhold helt eller delvis overdrar rett til å råde over et åndsverk, har opphaveren krav på rimelig vederlag fra erververen. – Ved vurderingen av hva som utgjør et rimelig vederlag, skal det blant annet legges vekt på hvilke rettigheter som overdras, hva som er vanlig på området og de konkrete forhold som gjør seg gjeldende, herunder partenes forhandlingsstyrke og formålet med den avtalte bruk. Om overdragelsen gjelder bruk i ervervsvirksomhet, skal det også legges vekt på den sannsynlige verdi av overdragelsen. Vurderingen skal baseres på forholdene på avtaletidspunktet. – Om overdragelsen gjelder rett til å gjøre et verk tilgjengelig for allmennheten ved utleie av film eller lydopptak, kan det i tillegg til momentene i andre ledd også legges vekt på utviklingen etter avtaletidspunktet. – Bestemmelsene i denne paragrafen kan ikke fravikes til skade for opphaveren.”
 17. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, EFT L 167 af 22. juni 2001, s. 10-19, punkt 4. Synspunktet er gentaget af EU-Domstolen mange gange.
 18. *Ibid.*, punkt 10.
 19. Se dog nedenfor om reglerne om uoverdrageligt vederlag bl.a. i ophavsretslovens § 58 a, som er baseret på Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodifi-

Denne tilbageholdenhed afspejler det traditionelle udgangspunkt i den internationale ophavsret, hvorefter harmoniseringen retter sig mod de materielle regler om eneret (hvad skal beskyttes, mod hvem og hvor længe). Konventionerne og direktiverne derimod overlod det længe i det store og hele til nationalstaterne at gennemføre beskyttelsen. Fordele herved er navnlig, at man sikrer, at de nationale systemer kan indpasse nye regler i deres egne systemer og på den måde opretholde indre sammenhæng og konsistens. Risikoen ved denne model er, at man risikerer, at den beskyttelse, som ser fin og flot og velafbalanceret ud på papiret, evaporerer i mødet med virkeligheden i nationalstaterne, således at formålet med beskyttelsen udebliver. Det er på denne baggrund, at TRIPS fra 1995 ikke blot indeholder forpligtelser med hensyn til den materielle immaterialret men også med hensyn til håndhævelse (proces) og kompensation.²⁰ Dette ledte i EU til Retshåndhævelsesdirektivet,²¹ som fra 2004 har ført til, at både proces- og erstatningsretten i dag indeholder specialregler for håndhævelsen af immaterialrettigheder, så det giver mening at skrive bøger om *immaterialretsprocessen*.²² Også den internationale privatret indeholder specialregler om immaterialrettigheder.²³ Med DSM-direktivet er startskuddet gået til udviklingen af ophavsrets aftalen, som en specialdisciplin inden for ophavs- og måske ligefrem kontraktretten.

ceret udgave) OJ L 376, 27. december 2006, s. 28-35. Se om kollektiv forvaltning Lov nr. 321 af 5. april 2016 om kollektiv forvaltning af ophavsret, der gennemfører dele af 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, EU-Tidende 2014, nr. L 84, s. 72. Dette direktiv søger primært at beskytte den individuelle ophavsmand i dennes status som medlem af en forvaltningsorganisation og pålægger organisationen forpligtelser med hensyn til transparens og god forvaltningsskik.

20. TRIPS findes på <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf>, se især del III og IV.
21. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29 april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, OJ L 157, 30. april 2004, s. 45-86.
22. Peter Møgelvang-Hansen, Clement Salung Petersen & Thomas Riis, *Judicielle forbud/påbud og immaterialretsproces* (2015).
23. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret*, s. 690 ff., med henvisning bl.a. til Bruxelles I-forordningen.

De nævnte regler kan ses som udtryk for, at en parts *status* som “rettighedshaver” i stigende grad har betydning ved fastlæggelsen af de retsmidler, som står til parternes rådighed og ved bedømmelsen af retsfølgerne af at krænke en retsposition. De afspejler også et synspunkt om, at man ved lovgivning om immaterialrettigheder og ved tildelingen af rettigheder (og pligter) skal anlægge et bredere perspektiv end den blotte lovtekst: Det afgørende er, om *retten virker*.²⁴ For den eneret, som ikke bakkes op ved domstolene eller slår igennem i aftalepraksis, har ophavsretten ikke virket.

3. Dansk ret

3.1. Reglerne og kapitel 3-betænkningen (2006)

Udgangspunktet i dansk ophavsret er, at de økonomiske rettigheder efter ophavsretslovens § 2 er frit overdragelige, hvorimod de ideelle rettigheder (og følgeretten) kun kan overdrages i begrænset omfang, se § 3, stk. 3 (og § 38). Udgangspunktet for fortolkning og gyldighed er den “almindelige” kontraktret, som denne er udviklet i aftaleloven og af domstole og i teorien.

Særregler om ophavsretsaftaler findes derudover i ophavsretslovens kapitel 3 om “Ophavsrettens overgang til andre”. “Almindelige bestemmelser” findes i § 53, der navnlig indeholder specialitetsgrundsætningen i stk. 3:

“Har ophavsmanden overdraget en ret til at udnytte værket på en bestemt måde eller ved bestemte midler, giver overdragelsen ikke erhververen ret til at udnytte værket på andre måder eller ved andre midler.”

Som vist af Jørgen i licentiatafhandlingen afspejler denne regel et bagvedliggende specialitetsprincip, som indebærer, at man også fsva. generelle overdragelser skal fortolke ophavsretsaftaler indskrænkende og til

24. Jeg fokuserer her på rettighedshaversiden, men synspunktet om, at retten skal “virke”, gælder naturligvis ligefuldt i forhold til de *brugerrettigheder*, som udspringer af ophavsrettens indskrænkninger. Også dette slog DSM-direktivet fast, se art. 17(7) om adgangen til citater, kritik, anmeldelser og med henblik på karikatur, parodi eller pastiche, som er “obligatoriske” (jf. punkt 70), dvs. ufravigelige ved aftale.

gunst for ophavsmanden, og at man normalt ser med skepsis på brede rettighedsoverdragelser. Ophavsrets aftaler skal med andre ord fortolkes indskrænkende og til gunst for ophavsmanden: Hvis det ikke fremgår klart af aftalen, om retten er overgået til erhverver, forbliver den hos ophavsmanden.²⁵ Det er netop ved sit fokus på aftalepartens status som ophavsmand, at denne regel adskiller sig fra de almindelige kontraktretlige principper såsom koncipistreglen. Derudover kan man med Jørgen sige, at princippet for fortolkningen af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder er det modsatte af princippet ved fortolkningen af enerettens udstrækning.²⁶ Denne fortolker man normalt udvidende, så nye udnyttelsesformer falder inden for eneretten. Som følge af disse dobbelte men modsatgående bevægelser indebærer specialitetsgrund sætningen og -princippet således, at ophavsmandens andel af den stadig voksende kage forøges.²⁷ Princippet afspejler herved, at udgangspunktet for aftaler om udnyttelse af ophavsrettigheder, er den eneret, som er tildelt ophavsmanden som belønning for dennes originale værk.

Derudover fastslår (den siden 2008 delvist præceptive) § 54, at der påhviler erhververen en pligt til at udnytte de overdragne rettigheder, og at ophavsmanden kan bringe aftalen til ophør med 6 måneders varsel i det omfang, udnyttelsen ikke er iværksat inden 3 år efter det tidspunkt, hvor aftalen er opfyldt fra ophavsmandens side. De øvrige regler i kapitel 3 omfatter bl.a. ændringer og videreoverdragelse (§ 56), afregning og kontrol (§ 57) og særlige bestemmelser om aftaler om indspilning af film (§ 58), uoverdrageligt vederlagskrav ved udlejning af billed- og lydoptagelser (§ 58 a), om edb-programmer frembragt i ansættelsesforhold (§ 59) og om bestilte portrætbilleder (§ 60).

Reglerne i kapitel 3 stammer i deres nuværende udformning i hovedsagen fra lovændringen i 2008, hvor lovgiver forholdt sig til "Be-

25. F.eks. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret*, s. 649, og tilsvarende i norsk ret, se Rognstad, *Opphavsretten*, s. 451.

26. Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, s. 237.

27. Dermed er ikke sagt, at ophavsmanden kan udnytte sine nyvundne rettigheder. Dennes råderet er således begrænset af det almindelige loyalitetsprincip, som bl.a. betyder, at ophavsmanden vil kunne være afskåret fra at udnytte f.eks. en ny digital udnyttelsesform, som konkurrerer med den på aftaletidspunktet kendte analoge form. Ophavsmanden og erhverver kan på den måde blokere for hinanden, medmindre aftalen indeholder en forkøbsret el.lign.

tænkning 1480/2006 om revision af ophavsretslovens kapitel 3”.²⁸ I Betænkningen gav “Samrådet for Ophavsret” (blandt vis repræsentanter i udvalget jeg den gang var²⁹) bl.a. udtryk for, at de hidtidige beskyttelsesregler i praksis fik trukket deres tænder ud gennem aftaler, hvor de oftest deklaratoriske regler blev fraveget, og at Højesteret ved *Tango Jalousie* (se lige nedenfor) havde trukket de fleste af de resterende ophavsretlige tænder ud. Samrådet foreslog på denne baggrund – og inspireret af udviklingen i Tyskland – at reglerne om aftaler i kapitel 3 blev “opgunnet” bl.a. med bestemmelser, som præciserer, at udnyttelsen af et værk normalt forudsætter, at der til ophavsmanden ydes et rimeligt vederlag, som står i forhold til værkets værdi, som giver ophavsmanden en mulighed for at kræve en skriftlig aftale og med en bestseller-regel og en særlig regel om ugyldighed.³⁰

Samrådets forslag førte ikke til noget videre. Som det vil blive vist nedenfor, svarer flere af punkterne dog til de regler, som med DSM-direktivet nu skal gennemføres i dansk ret.

3.2. Retspraksis: Tango Jalousie

Det hører med til billedet af retsområdet, at retspraksis er meget sparsom. Den centrale dom er *UfR 2002.1224 H* (Tango Jalousie). Sagen angik fordelingen af vederlaget fra musikværket Tango Jalousie. Dette var blevet komponeret af Jacob Gade i 1925. Værket var blevet en fabelagtig succes og indtjente meget store summer, som fordeltes mellem komponisten (og efter dennes død i 1963 hans arving (en fond)) og et musikforlag. I 1993 anlagde fonden sag mod forlaget med påstand om, at aftalen skulle tilsidesættes helt eller delvist.

Sagen er emblematiske for ophavsretsftaler: Aftaleforholdet er (særlig) langvarigt (+ 70 år), i aftalens løbetid har teknologien udviklet

28. Tilgængelig bl.a. på <https://www.elov.dk/media/betaenkninger/Revision_af_ophavsretslovens_kapitel_3.pdf>.

29. “Samrådet for Ophavsret” er et uformelt samarbejde mellem alle organisationer, der repræsenterer ophavsmænd og udøvende kunstnere. Det omfatter bl.a. Udvalget til Beskyttelse for Videnskabeligt Arbejde (UBVA), som jeg var formand for i perioden 2003 til 2005, se Betænkning 1480, s. 15, og om Samrådet <<http://www.samraadetforophavsret.dk/>>.

30. Betænkning 1480, s. 57 ff.

sig voldsomt (fra partiturmusik til CD'er og andre digitale produkter), ophavsretten har ændret sig dramatisk (ikke mindst med udvidelsen af beskyttelsesperioden i 1995 fra 50 til 70 år efter ophavsmandens død), og værket økonomiske værdi lå helt hindres parternes vildeste forventninger på aftaletidspunktet (værket blev "bestsellers best-seller").³¹ Det er dermed også vanskeligt at forestille sig en sag, hvor ophavsrettens beskyttelsesregler ville være mere velegnede til at vise deres værd: Hvis ikke nu, hvornår så?

Højesteret endte som bekendt med i hovedsagen at fastholde aftalen. Til det centrale spørgsmål om bestseller-problematikken forklarede Højesteret, at

"en aftale mellem en ophavsmand og et musikforlag om overdragelse af rettigheder til en komposition i ophavsrettens løbetid indebærer efter sin karakter en disposition over et værk, som kan vise sig at udløse en gevinst, som ikke kan påregnes på tidspunktet for aftalens indgåelse. Højesteret lægger til grund, at Jacob Gade og de involverede musikforlag var på det rene med, at deres indbyrdes aftaler m.v. indebærer en disponering over en sådan gevinstchance, og at aftalekomplekset derfor har omfattet denne. Det forhold, at denne abstrakte gevinstchance er realiseret for så vidt angår Tango Jalousie, kan herefter ikke i sig selv bevirke de aftalte ophavsretsoverdragelsers ugyldighed – hverken ud fra et forudsætningspunkt eller i medfør af aftalelovens § 36."³²

For så vidt angår aftalens øvrige dele, tilsidesatte Højesteret den del af aftalen, som indebærer en særkompensation til forlaget som følge af en aftalekrænkelser begået i 1925. Denne del af aftalen fandtes således at indebære en sådan "fravigelser af sædvanlige fordelingsnøgler eller af nøgler, som er aftalt mellem de relevante organisationer", at den kunne tilsidesættes i medfør af aftalelovens § 36, da fravigelserne ikke var rimeligt begrundede og kendelige for parterne i det enkelte tilfælde. Disse betragtninger kunne dog ikke føre til, at de "ekstra 20 år", som kom

31. Se den utrolige historie her <<https://www.tangojalousie.dk/index.php?id=2&page=main>>. Manuskriptet blev erhvervet af Det Kongelige Bibliotek i 1993 med støtte fra Augustinus Fonden, se <<http://www5.kb.dk/da/nb/samling/ma/fokus/tango.html>>.

32. Argumentationen baseret på "realiseringen af den abstrakte gevinstchance" blev gentaget i den følgende *UfR 2003.23 H* (Tintin).

til i 1995 ved udvidelsen af beskyttelsestiden, kunne anses for at skulle tilfalde ophavsmandens arvinger alene, da dette efter det oplyste om kontraktgrundlaget ikke kunne antages at falde uden for, hvad der tilsigtedes med overdragelsen af rettighederne. Hertil føjede Højesteret, at udvidelsen “i hvert fald [skal] komme ophavsmanden eller dennes arvinger til gode”, samt at forlagets adkomst til de ekstra 20 år forudsætter “en forlagsmæssig indsats”.

Set ud fra en ophavsretlig betragtning er dommen (og den følgende *UfR 2003.23 H*) en skuffelse.³³ Skuffelsen skyldes især, at Højesteret slet ikke nævner de ophavsretlige regler om fortolkning eller specialitetsprincippet eller på anden måde udtrykkeligt markerer, at aftalens genstand har betydning ved vurderingen af aftalens gyldighed og overdragelsens omfang. Jacob Gade (hans arvinger) bliver behandlet som enhver anden forretningsmand. Hverken værre eller bedre.

Højesteret tangerer de ophavsretlige hensyn i bemærkningen om, at forlængelsen “i hvert fald [skal] komme ophavsmanden eller dennes arvinger til gode” samt ved fremhævelsen af, at forlagets fortsatte udnyttelsesret forudsætter, at forlaget yder en modsvarende, normal indsats (f.eks. med hensyn at promovere værket). Under henvisning hertil samt til, at det også er “i overensstemmelse med ophavsretsorganisationernes udgangspunkt”, findes de ekstra 20 år at tilfalde forlaget. På denne måde er *Tango Jalousie* ikke blottet for ophavsretlige hensyn. De kommer også til udtryk gennem henvisningen til “baggrundsretten”, som repræsenteret ved de “sædvanlige fordelingsnøgler eller af nøgler, som er aftalt mellem de relevante organisationer”. Hermed sidder de ophavsretlige hensyn vel med ved bordet, men dette sker på en højest indirekte måde. Denne form for logik svarer ganske godt til det, som er tilsigtet med aftalelovens § 36. Med “urimelige aftaler” tænkes især på aftaler, som er “usædvanlige”. Dermed er dommen udtryk for, hvordan det retlige oplæg i aftalelovens § 36 ikke rigtig fanger den tanke, som ligger til grund for specialitetsgrundsætningen og for det synspunkt, som forfægtes her om, at domstolene ved vurderingen af aftaler, som involverer ophavsmænd, skal lægge vægt på deres status som ophavs-

33. Dette har jeg altid ment, se mine kommentarer til *Tango Jalousi*- og *Tintin*-dommene i *NIR 2003*, hhv. s. 78 ff. og 289 f. Se i samme retning Rognstad, *Opphavsretten*, s. 456, også med oplysning om, at samme bedrøvelige tilstande findes i Norge.

mænd. Læren fra Højesterets § 36-bedømmelse er, at ophavsmænd³⁴ skal behandles “som alle andre” og ikke “som sig selv”, og som de ophavsmænd, de er.

Ophavsloven indeholdt indtil 1975 en særlig regel i § 29 om ugyldighed for aftaler som førte til “åbenbart urimelige resultater” eller stred “mod god skik på ophavsrettens” område. Reglen blev ophævet, samtidig med, at aftalelovens § 36 trådte i kraft, da lovgiver fandt, at beskyttelsesbehovet dermed var blevet tilgodeset. *Tango Jalousie*-dommen viser, at denne antagelse ikke er uproblematisk. Måske tiden er kommet til at genindføre en ophavsretlig ugyldighedsregel? Herom mere nedenfor.

4. DSM-direktivet

DSM-direktivet er og har været særdeles kontroversielt og indeholder en række højt profilerede regler bl.a. om pressepublikationer, platformes ansvar, tekst og data mining m.v. Der verserer lovforslag om implementering af dele af direktivet.³⁵ Lovforslag om de resterende dele forventes fremsat til efteråret 2021. Dette omfatter ikke mindst de set fra en aftalemæssige betragtning særdeles interessante regler i kapitel 3 om “Rimeligt vederlag til ophavsmænd og udøvende kunstnere i aftaler om udnyttelse”. Der skal altså ske noget med ophavsretsaftalerne i Danmark meget snart.

Direktivets kapitel 3 indebærer konkret regler om et princip om passende og forholdsmæssig aflønning (art. 18), gennemsigtighedsforpligtelse (art. 19), aftalejusteringsordning (“bestsellerregel”) (art. 20), alternativ tvistbilæggelsesprocedure (art. 21) og tilbagekaldelsesret (art. 22).³⁶

34. I hvert fald sådanne professionelle aktører som Jacob Gade og sagsøger i *Tintin*-dommen.

35. Se <<https://hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/64707>>.

36. Reglerne, som ikke var en del af det oprindelige direktivforslag, kom til sent i processen og som led i bevægelse for at yde ophavsmænd og udøvende kunstnere kontraktretlig støtte især i forholdet til udbydere af onlineindholdsdelingstjenester såsom Spotify og Netflix. Æren (om man vil) for at have formuleret og promoveret reglerne tilskrives gerne “the Fair Internet for Performers Campaign”, se <<https://fair-internet.eu/>> (hvorefter koalitionen repræsenterer “over 500,000 musicians,

Som det korte rids af reglerne angiver, er der tale om en både omfattende og også ret kompliceret pakke af regler, som dels indebærer nye rettigheder for ophavsmænd og udøvende kunstnere og dels stiller krav med hensyn til transparens og proces. Denne kombination af materielle rettigheder og procedure må hilses velkommen og understreger synspunktet om, at man ikke bør stille sig tilfreds med at have fine og flotte regler på papiret. Det er virkningen, som er afgørende, og denne afhænger i høj grad af reglerne om proces og om aftaleregulering.

4.1. Implementeringen i dansk ret

Der er tale om komplicerede regler, og jeg vil ikke i dette bidrag forsøge at komme med forslag til den detaljerede implementering i dansk ret. Jeg vil imidlertid på baggrund af ovenstående, hvor det er forsøgt påvist, at regler, som beskytter ophavsmænd i deres kontraktmæssige forhold til forlag m.v., bør opfattes som et vigtigt og naturligt skridt i en moderne ophavs- og aftaleret, angive nogle sigtelinjer, som lovgiver bør lægge sig på sinde.

4.2. Generelle principper

Hvis man ser på DSM-direktivet, er det klart, at formålet med aftalereglerne er at rette op på følgerne af den strukturelle ulighed med hensyn til styrke (erfaring, kendskab til markedet osv.), som består mellem den typiske ophavsmand og den typiske erhverver af dennes ophavsrettigheder: “Ophavsmænd og udøvende kunstnere står ofte i en svagere forhandlingsposition, når de udsteder en licens eller overfører deres rettigheder” (punkt 72). Heraf følger et behov for beskyttelse for, at ophavsmænd fuldt ud kan udnytte de rettigheder, der er harmoniseret i henhold til EU-retten. Det er for at rette op på denne skævhed, at vederlaget “bør være passende og stå i et rimeligt forhold til den faktiske eller potentielle økonomiske værdi af de rettigheder, som er omfattet af licensen eller overførslen” (punkt 73). Det er også ønsket om at beskytte, som gør, at ophavsmænd og udøvende kunstnere “har brug for oplysninger til at vurdere den økonomiske værdi af [...] rettigheder”

singers, actors, dancers and other performing artists [...]).

(punkt 74) for at rette op på den eksisterende manglen på gennemsigtighed (punkt 75).

Den danske lovgiver bør tage dette udgangspunkt til sig og seriøst, og det vil sige, at det bør markeres klart og utvetydigt, at formålet med implementeringen er at højne beskyttelsen af ophavsmand og udøvende kunstnere ved at rette op på den typiske styrkeulighed i aftaleforhold. Der skal lægges lodder i ophavsmandens vægtskål for at genoprette den eksisterende uligevægt. Målet bør med andre ord være at sikre, hvad Raquel Xalabarder kalder ikke blot “fair vederlæggelse” af ophavsmand, men “*effektiv, fair vederlæggelse*”.³⁷

Det er med disse udgangspunkter på plads, at lovgiver bør vende sig mod indholdet af forpligtelserne i DSM-direktivet.

4.3. Råderummet i DSM-direktivet

Det fremgår af EU-traktatens art. 288³⁸, at et direktiv er bindende for medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen. Det skøn, som hermed er overladt medlemslandene, skal dog udøves inden for de rammer, som direktivet selv opstiller, og med skyldig hensyntagen til de almindelige principper i EU-retten om bl.a. *effet utile* og proportionalitet. Heraf følger, at den frihed, som er overladt til landene med hensyn at vælge form og måde på implementeringen, ofte er ganske begrænset.³⁹

Det fremgår umiddelbart af artiklerne, at der er tale om *totalharmoniseringsbestemmelser*. Udtrykkene “medlemslandene sikrer/fastsetter” overlader ikke et frirum til f.eks. at vælge ikke at gennemføre forpligtelserne.⁴⁰ Dertil kommer, at de centrale begreber i bestemmelser

37. Raquel Xalabarder, “The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive Statutory residual remuneration rights for its effective national implementation”, *InDret* 4.2020, s. 1-51.

38. Konsolideret udgave af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, EUT C 326 af 26. oktober 2012, s. 47-390.

39. F.eks. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterielret*, s. 58 ff.

40. Det trækker næppe i “modsat retning”, at art. 18, stk. 2, henviser til, at medlemslandene “frit [kan] anvende forskellige ordninger, og de skal tage hensyn til princippet om aftalefrihed og en rimelig balance mellem rettigheder og interesser”.

– “passende og forholdsmæssigt vederlag”, “opdaterede, relevante og omfattende oplysninger” og “uforholdsmæssigt lavt” m.v. – udgør “selvstændige EU-retlige begreber”. De skal derfor fortolkes ensartet på Unionens område og er dermed også “totalharmoniserede”.⁴¹ EU-Domstolen har således kompetence til at vurdere, hvori et “passende vederlag” m.v. består. Artiklerne fastlægger på denne måde undergrænsen – “gulvet” – for den beskyttelse, som ophavsmænd og udøvende kunstnere skal nyde. Der er derimod ikke umiddelbart noget i reglen, som taler imod, at medlemslandene vælger at gå videre og give ophavsmænd og udøvende kunstnere en “stærkere” beskyttelse end den, som følger af direktivet, jf. herom i det følgende.

4.4. Konkrete overvejelser og tiltag

4.4.1. Præceptivitet og anvendelse i forhold til allerede indgåede aftaler

Et af de punkter, som medlemslandene bør overveje, er, om de rettighe-der, som er hjemlet ved art. 18 til 22, skal kunne fraviges ved aftale. Art. 23, stk. 1, fastslår i den forbindelse, at “medlemsstaterne sikrer, at alle aftalebestemmelser, der forhindrer overholdelse af bestemmelserne i art. 19, 20 og 21, ikke kan håndhæves over for ophavsmænd og udøven- de kunstnere.” Disse bestemmelser *skal* således være præceptive dvs. ikke kunne fraviges ved aftale.

Dette efterlader spørgsmålet, om art. 18 om passende og forholdsmæssigt vederlag og art. 22 om tilbagekaldelsesret også bør gøres præceptive.

Med hensyn til art. 18 forekommer det ret oplagt, at behovet for beskyttelse mod misbrug af erhververs styrkeposition gælder *a fortiori* i de tilfælde, hvor erhverver bruger sin styrke til at aftale sig “uden om” en beskyttelsesregel i den nationale ophavsretslov. Dermed taler hensynet til beskyttelsens effektivitet for, at indholdet af art. 18 sikres gennem en

Den frihed, som her indrømmes, angår kun måden, hvorpå forpligtelsen gennemføres, og ikke forpligtelsen i sig selv. Om stk. 2 således tilfører fleksibilitet ud over det, som allerede følger af art. 288, forekommer at være meget tvivlsomt.

41. F.eks. sag C-467/08, *Padawan SL v Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, ECLI:EU:C:2010:620, para. 32.

regel om ufravigelighed (præceptivitet).⁴² Selv hvis dette ikke kan anses for at være en forpligtelse efter direktivet, er dette givet ikke til hinder for, at medlemslandene vælger at “gå videre” på dette punkt og at styrke beskyttelsen af ophavsmanden ved at gøre forpligtelsen i art. 18 ufravigelig.

Fsva. art. 22 svarer denne enstemmigt ganske godt til ophavsretslovens § 54. Denne er i hovedsagen præceptiv, jf. § 54, stk. 2. En sådan retsstilling vil givet kunne opretholdes også efter implementeringen af direktivet.

De kommende regler i ophavsretsloven om aftaler må antages at gælde for alle aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder, *uanset tidspunktet for disses indgåelse*. Kravet på et passende og rimeligt vederlag, bestsellerreglen osv. omfatter dermed også aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder, som var indgået, da lovændringen trådte i kraft. Dette må antages at følge af almindelige kontraktretlige principper, jf. herved *Tango Jalousie*-dommen, hvor Højesteret ikke bedømte aftalen efter ophavsretsloven, som den var gældende i 1920'erne.⁴³ Retten lagde i stedet til grund, at overdragelsen omfattede de rettigheder og pligter, som fulgte af gældende ophavsretslov. På denne baggrund fandtes overdragelsen at omfatte også den forlængelse af beskyttelsestidens længde, som fandt sted i 1995. På tilsvarende måde fandt også aftalelovens § 36 anvendelse, selv om denne først blev indført i 1975. I tilfælde, hvor aftalen retter sig mod en overdragelse af “ophavsretten”, skal dette opfattes som en henvisning til “retten som den er og forefindes”.⁴⁴ Da ophavsretten er meget langvarig, og da de fleste aftaler om udnyt-

42. Art. 18, stk. 2, er ikke til hinder for præceptive regler. Som det vil blive vist nedenfor, hviler reguleringen netop på, at aftalefriheden for at blive reel forudsætter beskyttelsesregulering. ECS, som også anbefaler præceptivitet, fremhæver med rette, at lovgivningen også bør være indrettet på at undgå omgåelse af præceptive regler gennem kreativ brug af lovvalgsregler, se *ECS Comment*, s. 12 f. Også den norske regel er, som det fremgår af citatet ovenfor, er beskyttelsespræceptiv, se om begrundelsen herfor Rognstad, *Ophavsretten*, s. 461.

43. Det er i den forbindelse nok muligt, at væsentlige lovændringer vil kunne forrykke aftalegrundlaget på en sådan måde, at den ene af parterne ud fra forudsætnings-synspunkter vil kunne frigøre sig fra aftalen. Disse synspunkter skal ikke forfølges yderligere her.

44. Fsva. rettens udstrækning betegner specialitetsgrundsætningen og -princippet netop en indskrænkning heri, jf. ovenfor.

telse af ophavsrettigheder også løber over lang tid, vil dette betyde, at parternes rettigheder og pligter ændrer sig over tiden.⁴⁵ For at undgå misforståelser kunne dette evt. præciseres i forarbejderne.

4.4.2. Særligt om artikel 18

Ved implementeringen af den centrale art. 18 om ret til *passende og forholdsmæssigt vederlag* bør man først gøre sig klart, at regler om umistelige (dvs. præceptive, jf. ovenfor) vederlagskrav for ophavsmænd og udøvende kunstnere allerede findes flere steder i ophavsretsloven, jf. § 58 a (udlejning af billed- og lydoptagelser), § 66 b (supplerende vederlag ved overdragelse af rettigheder til lydoptagelser) og § 68 (brug af lydoptagelser i radio og fjernsyn m.v.). Princippet er således ikke nyt og bør ikke opfattes som i sig selv kontroversielt.

Vanskeligheden med art. 18 består dernæst i at fastlægge, hvornår et vederlag er “passende og forholdsmæssigt”.

Reglen stiller krav om, at vederlaget skal være *både* passende og forholdsmæssigt. De to led, som er kumulative (“og”), bør ikke slås sammen. En “forholdsmæssig” afregning vil altså være i strid med reglen, hvis den ikke også er “passende”. Dette kunne konkret betyde, at en forholdsmæssig afregning, som er overført fra en aftale baseret på papirudnyttelse til det digitale område, ville kunne anses for uforholdsmæssige. Tilfælde, hvor aftaleprincipper, som er udviklet til brug for den analoge verden søges overført til den digitale, vil i det hele taget nok være hovedanvendelsesområdet for den aftalerevision, som art. 18 lægger op til. “Plejer” bør anses for at være død i mange aftalemæssige sammenhænge.

Om indholdet af det passende vederlag fremgår følgende af punkt 73:

45. Se i samme retning *ECS Comment*, s. 10 f., som konkluderer dette efter en analyse af reglernes formål og ordlyd. Det påpeges også, at en sådan læsning ikke er uforenlig med, at det af Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler, OJ L 95, 21. april 1993, s. 29-34, art. 10, stk. 1, fremgår, at det direktiv kun finder anvendelse på aftaler, der indgås efter direktivets ikrafttræden, da der i dette tilfælde er tale om kortvarige aftaler. Se hertil da også, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/882 af 17. april 2019 om tilgængelighedskrav for produkter og tjenester, OJ L 151, 7. juni 2019, s. 70-115, art. 2, stk. 1, finder anvendelse på visse produkter, som bringes i omsætning efter direktivets ikrafttræden, uanset aftaletidspunktet.

“Vederlag til ophavsmænd og udøvende kunstnere bør være passende og stå i et rimeligt forhold til den faktiske eller potentielle økonomiske værdi af de rettigheder, som er omfattet af licensen eller overførslen, under hensyntagen til ophavsmandens eller den udøvende kunstners bidrag til det samlede værk eller den samlede anden frembringelse og alle andre omstændigheder i sagen, som f.eks. markedspraksis eller den faktiske udnyttelse af værket. Et engangsbetrag kan også udgøre et rimeligt vederlag, men det bør ikke være reglen.”

Definitionen af et vederlag som “passende”, når det står “i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse”, stammer fra EU-Domstolens praksis.⁴⁶ Det afgørende er *ydelsens værdi*. Derudover skal der lægges vægt på ophavsmandens bidrag. “Markedspraksis” indgår men indtager en sekundær rolle, og det “sædvanlige” inden for branchen må under ingen omstændigheder stå alene. Dermed sikres det, at en “skæv” normaltilstand baseret på f.eks. en fast praksis ikke afskærer ophavsmænd fra at kræve ændring. Dette markerer en ændring i perspektivet sammenlignet med den aftalelovens § 36-bedømmelse, som Højesteret anlagde i *Tango Jalousie*, hvor det netop var en fravigelse fra normaltilstanden, som retten brugte som markør for, om aftalen var urimelig eller ej. Efter art. 18 vil domstolene skulle anlægge en helhedsvurdering.

Reglerne i DSM-direktivets kapitel 3 er ikke begrænset til at angå visse typer af ophavsretsaftaler eller værkstyper (bortset fra computerprogrammer, jf. art. 23, stk. 2),⁴⁷ så alle former for ophavsretsaftaler også angående ikke-digital udnyttelse er omfattet.

Den omstændighed, at en aftale er indgået under anvendelse af en *standardaftaleformular* afskærer ikke ophavsmanden fra at gøre de nationale regler, som har gennemført efter art. 18 og 20, gældende (medmindre disse gøres deklatorisk, og parterne aftaler sig ud af den). I sådanne tilfælde vil aftalens type, især hvis der er tale om et *agreed document*, som er forhandlet af de relevante organisationer, skulle tillægges

46. C-403/08 og 429/08, *Premier League*, ECLI:EU:C:2011:631, præmis 109.

47. Af de grunde, som er anført ovenfor, vil lovgiver kunne vælge at beskytte computerprogrammer som andre værker. Herfor argumenteres i *ECS Comment* bl.a. med henvisning til, at afgrænsningen af, hvad der udgør “computerprogrammer” kan være vanskelig, og at sådanne værker i øvrigt kan være fuldt ud lige så originale som andre værker.

vægt. Vilkår, som f.eks. er fortrykt i en sådan aftale, har normalt stor styrke. Omvendt vil vilkår, som fraviger fra standarden i negativ retning for ophavsmanden, som hidtil blive betragtet med skepsis.

Det bør endelig bemærkes, at punkt 73 udtrykker en betydelig skepsis over for vederlæggelse ved *engangsbeløb*. Dette bør præciseres ved implementeringen, jf. også nedenfor om forslaget om en regel om skriftlighed.

4.4.3. Særligt om artikel 20

Art. 20 omtales gerne som “bestseller-reglen”, men det er rigtigt, når det af European Copyright Society fremhæves, at reglen går videre end de klassiske bestseller-tilfælde, hvor et værk får uventet succes, og den “abstrakte gevinstchance realiseres” (som Højesteret udtrykte det i *Tango Jalousie*).⁴⁸ Reglen favner bredere og omfatter alle tilfælde, hvor det “oprindeligt aftalte vederlag viser sig at være uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med alle de efterfølgende relevante indtægter som følge af udnyttelsen af værkerne eller opførelserne”.

Ved bedømmelsen af, om vederlaget er “uforholdsmæssigt lavt”, vil man både kunne lægge vægt på, at aftalen ville have været anderledes, hvis ophavsmanden havde haft den markedsstyrke, som følger med at have et meget attraktivt værk, og f.eks. den situation, hvor ophavsmanden har undervurderet værdien af en udnyttelsesform, og hvor vederlaget derfor er fastsat på et meget lavt niveau. Se herved også punkt 78 om, at der skal tages hensyn bl.a. til “vederlagspraksisser i de forskellige indholdssektorer”. Af samme punkt fremgår, at der også skal lægges vægt på “eventuelle indtægter fra salg af merchandise”, og også derved er det understreget, at man ikke skal se snævert på genstanden for den konkrete aftale og dens karakter af en bestseller eller ej.

Ved implementeringen skal det sikres, at det som krævet i punkt 78 bliver muligt for “repræsentanter for ophavsmænd og udøvende kunstnere” at bistå en eller flere ophavsmænd eller udøvende kunstnere i forbindelse med “anmodninger om justering af aftalerne, idet der også tages hensyn til andre ophavsmænds eller udøvende kunstners interesser, når det er relevant.”

48. *ECS Comment*, s. 19.

5. Andre emner: De gamle travere

Ud over at sikre, at DSM-direktivets regler bliver respekteret rent og purt, bør den danske lovgiver endelig se dette som en kærkommen anledning til at rette op på tidligere tiders forsømmelser. Det er her oplagt at tage kapitel 3-udvalgets betænkning frem og se på det idékatalog, som allerede er nævnt ovenfor. Dette minder på lange stræk ganske godt om kapitel 3 i direktivet, men det indeholder derudover nogle forslag, som det er oplagt at trække af stalden herunder:

1. Genindsæt en generel regel om ugyldighed af urimelige ophavsrets aftaler. *Tango Jalousie*-dommen viser, at § 36 ikke kan rumme de særlige hensyn til ophavsmænd. Det var en fejl, at den gamle § 29⁴⁹ blev ophævet, da aftalelovens § 36 trådte i kraft. Den nye regel skal anses for at være *lex specialis* i forhold til aftalelovens § 36.
2. Indsæt regel om, at ophavsmanden kan kræve en skriftlig aftale. Skriftlighed kunne enten være en gyldighedsbetingelse eller en fravigelse kunne "sanktioneres" via en bevisbyrderegel, hvorefter det kommer erhververen til skade, hvis der ikke foreligger en skriftlig aftale.
3. Forstærk reglerne om fortolkning. Lad Jørgen Blomqvist få ret.

6. Afslutning

Hvis man anerkender, at ophavsretten bidrager til at udvikle samfundet kulturelt og økonomisk, er ophavsrettens aftaler ligeså vigtige for samfundets trivsel og udvikling, som ophavsretten selv.

Som det er vist af ikke mindst Jørgen, er denne tanke på ingen måde fremmed for dansk ophavsret.⁵⁰ Også den lange tradition i dansk og nordisk ret for stærke ophavsretsorganisationer og kollektive forvaltningsstrukturer har skabt et generelt miljø, som indebærer en god be-

49. § 29 lød "En aftale om overdragelse af ret til at råde over et værk kan helt eller delvis tilsidesættes, hvis det viser sig, at den fører til åbenbart urimelige resultater. Det samme gælder, hvis der for retten til at råde over værket er aftalt vilkår, som strider mod god skik på ophavsrettens område."

50. Et andet nordisk pionérarbejde på dette område er Jan Roséns disputats *Förlagsrätt – rättsfrågor vid förlagsavtal* (1989).

skyttelse af ophavsmænd og udøvende kunstnere, og som hjælper til at få ophavsretten til at virke. For dansk ret og aftalernes vedkommende har dette bl.a. resulteret i Modelaftalen om videnskabelige eller populærvidenskabelige værker, som er godkendt af Dansk Forfatterforening, Forlæggerforeningen og UBVA pr. 1. januar 2010.⁵¹ Denne aftale og lignende bidrager utvivlsomt til, at ophavsretlige værker udnyttes på gode og fair vilkår. De forebygger sammen med god rådgivning problemer og hindrer urimelige aftaler.

De nye regler skal ses som et supplement til disse tiltag og tager sigte på at genoprette en urimelighed, når skaden er sket og ophavsmanden står afklædt tilbage efter at have fraskrevet sig sine rettigheder eller ovedraget dem på urimelige vilkår.

Reglerne om beskyttelse af ophavsmanden mod urimelige aftaler er blevet beskrevet som “a blow to contractual freedom”.⁵² Det er ikke rigtigt. Der er ingen modsætning mellem på den ene side at hylde aftalefrihed og prise partsautonomi og på den anden side at gå ind for lovgivning af aftaler, hvis formålet med reguleringen er at udligne en styrkeforskel mellem parterne. På det ophavsretlige område, hvor de ophavsmænd og udøvende kunstnere, hvis skabende indsats har begrundet tildelingen af ophavsretten, næsten altid er de svage i kontraktforholdet, og hvor der derfor er en stor risiko for, at den stærke part vil misbruge sin styrke til at opnå en urimelig aftale, er der brug for, at lovgiver griber ind. I sådanne tilfælde opnås aftalefrihed ikke gennem et fravær af regler. Uden regler, som skaber de fordele, der normalt følger af aftalefrihed, er der ikke reel frihed.

Der er på denne baggrund al mulig grund til at glæde sig over, at ophavsftaleretten nu kommer på EU-formel, og at DSM-direktivet har viet et helt kapitel til at forbedre aftalepraksis og sikre ophavsmænd rimelige aftalevilkår. Den danske lovgiver bør se dette som en mulighed for at gentænke det nuværende system og tage skridt til at sikre, at ophavsretten ikke kun virker til gunst for de stærke producenter men også

51. Aftalen findes bl.a. her <<https://www.ubva.dk/vejledendeaftaler/>>.

52. Ted Shapiro & Sunniva Hansson, “The DSM Copyright, Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same”, (2019) *European Intellectual Property Review*, 404-414, s. 414.

for de svage ophavsmænd: At den æres, som æres bør, og det såvel i op-
havsrettens som i festskrifternes verden. Til lykke, Jørgen!

Linking after VG Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story?

*Associate Professor, PhD Sebastian Felix Schwemer,
CIIR, University of Copenhagen**

1. Defying the laws (of physics)

It might seem surprising that one of the essential functions on the internet, linking—‘what webs the Web’¹—is still topical twenty years after the adoption of the InfoSoc Directive.² Yet on 9 March 2021 the Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union (CJEU), comprising 15 judges, handed in its 56-paragraph-long judgment on the latest piece of the linking puzzle: This time in relation to thumbnails,

* Also Adjunct Associate Professor, Norwegian Research Center for Computers and Law (NRCCL), University of Oslo. I thank Ole-Andreas Rognstad for his constructive comments on an earlier version of this manuscript. All remaining errors are my own.

1. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst v Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, Opinion of AG Szpunar, delivered on 10 September 2020, ECLI:EU:C:2020:696, point 5.
2. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, pp. 10–19 (‘InfoSoc Directive’).

framing and effective technological protection measures in Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, a referral from the German Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) lodged on 21 May 2019.³ Hyperlinks, as Advocate General (AG) Szpunar notes in his Opinion to the case, allow internet users to “travel” through “cyberspace” in a similar fashion as “[t]he heroes of George Lucas’ *Star Wars* film saga were able to travel through “hyperspace” faster than the speed of light using a “hyperdrive”.⁴ He continues in his science fiction analogy that “[a]lthough those links do not defy *the laws* of physics, as did the hyperdrives of the spacecraft in *Star Wars*, they nonetheless present a number of challenges from the point of view of *the law*, in particular copyright law.”⁵ With this science fiction analogy in mind, it is less surprising that the question of whether hyperlinking to copyright-protected material constitutes a communication to the public in the sense of Article 3(1) InfoSoc Directive has kept the CJEU and legal scholarship busy for the last decade.⁶ With the recently performed update of EU copyright rules

-
3. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181.
 4. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 1. For another recent Hollywood movie reference—to the Western ‘The Good, the Bad and the Ugly’—by AG Bobek, see case C-645/19, *Facebook v Gevevensbeschermingsautoriteit*, Opinion of AG Bobek, delivered on 13 January 2021, ECLI:EU:C:2021:5, point 71.
 5. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 1.
 6. On the ample academic literature see, e.g., Eleonora Rosati, ‘Linking and Copyright: Easier at Last? First National Applications of the CJEU GS Media Judgment’, in: Tatiana E. Synodinou *et al.* (eds) *EU Internet Law in the Digital Era* (Springer 2020), pp. 61–78; Jane C. Ginsburg & Luke A. Budiardjo, ‘Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives’, 41(2) *The Columbia Journal of Law & The Arts*, pp. 153–224; Ole-Andreas Rognstad, ‘Linking: A Gordian Knot of Copyright Law’, in Gunnar Karnell *et al.* (eds) *Liber Amicorum Jan Rosén* (Eddy.se.ab 2016), pp. 679–692; Johan Axhamn, ‘Hyperlinking: Case C-466/12, Svensson and Others and its impact on Swedish copyright law’, *Europarättslig tidskrift* (2015), pp. 847–866; Emmanuel Arezzo, ‘Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson?’, *IIC* (2014), pp. 524–555.

in the CDSM Directive,⁷ no legislative clarification is in sight.⁸ And just like George Lucas' successful *Star Wars* imperium, against all odds the linking saga keeps on going.

The concept of communication to the public in Article 3(1) of the InfoSoc Directive, according to established and sophisticated (read: complex and complicated) case-law by the CJEU starting in 2006 with *SGAE*,⁹ includes two basic cumulative criteria: firstly, an act of communication and, secondly, the communication of that work to the 'legal fiction'¹⁰ of a new public. For the specific copyright-relevance of different forms of (hyper)linking on the internet, the CJEU has established within a few years in the last decade a somewhat consistent line inter alia in the seminal cases C-466/12, *Svensson*,¹¹ C-348/13, *BestWater*,¹² C-160/15, *GS Media*¹³ and C-527/15, *Filmspelers*.¹⁴

The first two cases concerned linking to content that was made available with the authorisation of the respective rightsholder: In the first case, *Svensson*, the Court basically established that (hyper)linking (providing a 'clickable' link) to copyright-protected works which are already freely and lawfully available does not constitute a 'communication to the public' because it does not address a 'new public'. According to the Court, the initial communication had already targeted all in-

-
7. Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17 May 2019, pp. 92–125 ('CDSM Directive').
 8. See, e.g., Matthias Leistner, 'Closing the book on the hyperlinks: brief outline of the CJEU's case law and proposal for European legislative reform', 39(6) *European Intellectual Property Review* (2017), pp. 327–333.
 9. Case C-306/05, *SGAE v Rafael Hoteles SA*, ECLI:EU:C:2006:764.
 10. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 56.
 11. Case C-466/12, *Svensson*, ECLI:EU:C:2014:76.
 12. Case C-348/13, *BestWater*, ECLI:EU:C:2014:2315.
 13. Case C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644. For an in-depth analysis, see, e.g., Petar Radosavljev, 'For Whom the Copyright Scale Tips: Has the CJEU Established a Proper Balance of Rights with its *GS Media* Case Judgement?', 8(3) *European Journal of Law and Technology* (2017), and Eleonora Rosati, 'GS Media and its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture', 54(4) *Common Market Law Review* (2017), pp. 1221–1242.
 14. Case C-527/15, *Filmspelers*, ECLI:EU:C:2017:300.

ternet users,¹⁵ i.e., the ‘general internet public’.¹⁶ This view was quickly reiterated in the *BestWater* case regarding embedded videos and the framing technique, which was rendered as an Order without the opinion of an AG.¹⁷ Most importantly, though, the Court set in stone that linking falls within the InfoSoc Directive’s exclusive right of communication to the public; with the consequence of a tap-dance of balancing the high level of protection for rightsholders on the one hand and on the other hand mitigating detrimental effects on conflicting fundamental rights and the functioning of the internet at large.

The final case of the trilogy, *GS Media*, concerned hyperlinking to copyright-protected content that is freely available on the internet but was made available without the authorisation of the respective rights-holder (in the concrete case, previously unpublished copyright-protected pictures of Dutch *Playboy* that were available on an Australian website).¹⁸ Contrary to the Court’s findings in *Svensson*, AG Wathelet interestingly suggested in his Opinion in the *GS Media* case that

‘[a]lthough it is true that hyperlinks posted on a website make it much easier to find other websites and protected works available on those websites and therefore afford users of the first site quicker, direct access to those works, I consider that hyperlinks which lead, even directly, to protected works do not ‘make available’ those works to a public where the works are already freely accessible on another website, but merely facilitate the finding of those works.’¹⁹

15. Case C-466/12, *Svensson*, ECLI:EU:C:2014:76, paras. 25–27. Based on the more recent judgment in case C-161/17, *Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634, AG Szupnar in *VG Bild-Kunst* makes the case for somewhat restricting the envisaged public to the one visiting the website and linking to it, see Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szupnar, ECLI:EU:C:2020:696, point 73.

16. C-301/15, *Soulier and Doke*, ECLI:EU:C:2016:878, para. 36.

17. Case C-348/13, *BestWater*, ECLI:EU:C:2014:2315.

18. The Court was asked ‘whether, and in what possible circumstances, the fact of posting, on a website, a hyperlink to protected works, freely available on another website without the consent of the copyright holder, constitutes a “communication to the public” within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29’, see Case C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644, para. 25.

19. Case C-160/15, *GS Media*, Opinion AG Wathelet, ECLI:EU:C:2016:221, point 54.

In addition, AG Szpunar in his recent Opinion in *VG Bild-Kunst* recalls (and rejects) Wathelet’s argument that it is ‘far from self-evident’ that linking to a copyright-protected work constitutes an act of communication to the public within the meaning of Article 3(1) InfoSoc Directive.²⁰ In *GS Media*, in any case, the Court did not adopt AG Wathelet’s view and instead held that posting hyperlinks to freely available content which is made available to the public without the consent of the respective rightsholder, constitutes a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of the InfoSoc Directive when the person who posted the link knows or reasonably must have known of the illegal nature of the publication of the content on the website that is linked to.²¹ According to the judgment, if that person is providing links with the aim of financial gain or profit-making, knowledge of the illegality must be (rebuttably) presumed. Thus, in *GS Media* the Court effectively introduced a ‘subjective criterion into the definition of an objective element’, which has been aptly labelled by AG Szpunar as ‘unorthodox from the point of view of general copyright rules’.²² In conclusion, the provision of a hyperlink from a website to a copyright-protected work that is freely available but was published without the rightsholder’s consent can—under certain conditions—constitute a ‘communication to the public’ within the meaning of Article 3(1) of the InfoSoc Directive.²³

20. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 45. Szpunar continues, however, that he does ‘not share the view expressed in that regard, according to which each act of communication must necessarily involve a transmission or retransmission of the work’ (point 46); and he concludes that ‘[i]t is therefore that technological capability of giving direct access to a work specified by its URL address (or the address of the webpage containing that work) which justifies, in my view, the classification of hyperlinks as “acts of communication” within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29’ (point 51).

21. Case C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644, para. 49.

22. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 54, with reference to Martin Husovec, ‘How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement’, in Tatiana E. Synodinou (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law* (Wolters Kluwer 2019), 513 *et seq.*

23. The judgment has been interpreted as establishing a *de facto* take-down obligation for users, see, e.g., Eleonora Rosati, ‘Hyperlinks and Communication to the Public: Early Thoughts on the GS Media Decision’ (2016), <<http://ipkitten.blogspot.com/2016/09/hyperlinks-and-communication-to-public.html>> (last accessed 15

In the most recent proceedings before the CJEU involving hyper-linking, C-392/19 *VG Bild-Kunst*, AG Szpunar recalls the Court's consistent line that 'hyperlinks to copyright-protected subject matter made freely available to the public on the internet with the authorisation of the copyright holder do not constitute acts which require that rightholder's authorisation'.²⁴ He also argues that 'more recent decisions [not directly related to linking] cast that settled case-law in a slightly different light',²⁵ which make it necessary both to clarify the case-law²⁶ and 'to determine whether the fact that a copyright holder uses technical means intended to prevent the use of his or her work in the form of hyperlinks or by means of framing changes that assessment from the point of view of copyright'.²⁷

2. The latest addition to the saga: framing and effective technological measures

The recently decided case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, involves the *Deutsche Digitale Bibliothek*, an online library operated by the German cultural heritage organisation *Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, as defendant and the German visual arts collective management organisation (CMO) *VG Bild-Kunst* as plaintiff. The library's website 'contains links to digitised content stored on the internet portals of participating institutions' (para. 10) as well as 'thumbnails', i.e. reduced-size versions of the original image, as a 'digital showcase' with authorization of rightsholders. Importantly in *VG Bild-Kunst*, the relevant digital reproductions concern 'only' thumbnails of protected works, which are reduced in size in comparison with the original.²⁸ The Court, however, in line with AG

March 2021).

24. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 15.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*, point 33.

27. *Ibid.*, point 15.

28. *Ibid.*, point 23.

Szpunar, deems that the change of size of the protected works is not a factor in assessing Article 3(1) InfoSoc Directive.²⁹

Notably, the present case is distinguished from the previous cases in that *Svensson* did not involve restrictive measures in this respect.³⁰ The case is also special in that it regards contractual obligations.³¹ *VG Bild-Kunst* had made the grant of a licensing agreement for the use of works in the form of thumbnails with the *Deutsche Digitale Bibliothek* ‘subject to the implementation of measures to restrict framing in order to limit access to his or her works from websites other than those of his or her licensees’.³² In other words, the German CMO required the library to apply effective³³ technological measures, which would prevent the access to the thumbnails on the library’s website from other third-party websites.³⁴ Technically, this can, for example, be achieved by instructions in the HTML code of the website ‘which prevent the page from opening in a frame by requiring a new window or tab, or which send another image, for example a copyright warning, instead of the element

29. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 25, and Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 50.

30. See to this extent Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 37.

31. This might also make the case of special interest to Jørgen Blomqvist, who already in his PhD thesis from 1980’s examined the scope of transfer of copyright, see Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsretigheder: Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1987), pp. 65 *et seq.*

32. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, paras. 11 and 41. See also case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 25.

33. According to Article 6(3) InfoSoc Directive, “Technological measures shall be deemed “effective” where the use of a protected work or other subject-matter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.”

34. Framing is described by AG Szpunar in point 10 in this way: ‘That technique uses the functionality of a hyperlink, which means that an element, for example an image, can be displayed in a browser from its original location (the target website) and is therefore not reproduced on the server of the site on which it appears. Nevertheless, the embedded element is displayed automatically, without the need to click on any link. From a user’s point of view, the effect is the same as it is when a file is contained and appears on a single page. That practice is known as “inline linking” or “hotlinking”.’

sought'.³⁵ In practice, different techniques are used to prevent e.g. clickjacking, where internet users are tricked into clicking on something different from what they expect, with the risk of being exposed to fraud or other abuse.³⁶ The *Deutsche Digitale Bibliothek*, on the other hand, argued that such an obligation in the licensing agreement would not be reasonable.³⁷

In this context, the CJEU was called upon by the German Bundesgerichtshof to assess whether

‘Article 3(1) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that the embedding, by means of the technique of framing, in a third party website page of works that are protected by copyright and that are made freely accessible to the public with the authorisation of the copyright holder on another website, where that embedding circumvents protective measures against framing adopted or imposed by the copyright holder, constitutes a communication to the public within the meaning of that provision.’³⁸

35. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 79.

36. This could be achieved, e.g., by having a transparent button on top of the content that is being framed, leading the internet user to believe he or she is engaging with the original content while in fact engaging with the content of the fraudulent or abusive site.

37. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, paras. 11 *et seq.* Article 16 of Directive 2014/26/EU on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market, OJ L 84, 20 March 2014, pp. 72–98 (‘CRM Directive’) stipulates certain duties in relation to the licensing between a collective management organisation and users. In the German proceedings, the question was whether the CMO VG Bild-Kunst, based on established German case-law, could exceptionally depart from the obligation to license, notably *inter alia* under the condition that ‘the licence application was objectionable by reference to overriding legitimate interests’ (para. 15). The case thus depends on whether the embedding of a work as in the case constitutes a communication to the public, ‘where it circumvents protection measures against framing adopted by the right holder or imposed by him or her on a licensee’ (para. 16). If affirmed, VG-Bild Kunst could oblige the licensee to implement protection measures.

38. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para 19.

Recalling the high level of protection of authors in the InfoSoc Directive³⁹ and the broad understanding of the communication to the public concept, the Court underlines ‘that the authorisation of the inclusion of protected works in a communication to the public does not exhaust the right to authorise or prohibit other communications to the public of such works’.⁴⁰ In the specific circumstances where rightsholders try to limit the access to the licensed content from websites other than those of the licensee, as in the present case, the Court concludes that a rightsholder ‘cannot be regarded as having consented to third parties being able freely to communicate his or her works to the public’.⁴¹ Therefore, the Court determines that ‘the initial act of making available on the original website and the secondary act of making available, by means of the technique of framing, constitute different communications to the public, and each such act must, consequently, be authorised by the rights holders concerned’.⁴² Even though the work is made freely available, the relevant intended ‘public’ selected by the rightsholder was restricted to the licensed website and its users. According to the Court, neither users of the third-party website that subsequently embeds the copyright-protected content nor other internet users, are part of that initial audience.⁴³ Thus, the CJEU concludes that

‘the embedding, by means of the technique of framing, in a third party website page of a work protected by copyright and made freely available to the public with the authorisation of the copyright holder on another website must be classified as an act of “making that work available to a new public”’.⁴⁴

39. See recitals 4 and 10 InfoSoc Directive.

40. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 28, with reference to Case C-607/11, *ITV Broadcasting and Others*, ECLI:EU:C:2013:147, para. 23.

41. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 41.

42. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 43, with reference by analogy to Case C-256/16, *VCAST*, ECLI:EU:C:2017:913, para. 49.

43. See Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 47, with reference to Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, points 73 and 84, and by analogy, Case C-161/17, *Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634, para. 35.

44. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 48.

Yet the CJEU once again acknowledges the difficulties around and the importance of linking: firstly, it underlines that ‘in order to ensure legal certainty and the smooth functioning of the internet’ and recalling the practical difficulties for individual users to determine whether a rightsholder’s intention was to limit framing, *only* effective technological measures are allowed to be relied on by rightsholders with a view to limiting their consent.⁴⁵ Already in *GS Media*, the Court had pointed toward the importance of the internet for the exercise of fundamental rights and the central role of hyperlinking, commenting that ‘the internet is of particular importance to freedom of expression and of information [...], and hyperlinks contribute to its sound operation as well as to the exchange of opinions and information in that network characterised by the availability of immense amounts of information’.⁴⁶ Despite emphasis on the importance of hyperlinks for ‘smooth operation of the Internet’ and ‘particular importance to freedom of expression and information [...] as well as to the exchange of opinions and information on the Internet’ (para. 49), the Court in *VG Bild-Kunst* concludes that it would be incompatible with the exclusive and non-exhaustive right of communication to the public, if ‘a copyright holder is to be deemed, even if he or she has introduced measures to restrict the framing of his or her work, to have consented to any act of communication to the public of that work by a third party for the benefit of all internet users’.⁴⁷ Otherwise, what would amount to an exhaustion principle for the right of communication to the public would be introduced.⁴⁸

Interestingly, in his thoughtful 139-paragraph opinion, AG Szpunar had suggested a ‘drastic’⁴⁹ differentiated treatment of links, namely

45. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 46, with reference to C-355/12, *Nintendo and Others*, C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25, paras. 24, 25 and 27.

46. Case C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644, para. 45. See Case C-160/15, *GS Media*, Opinion AG Wathelet, ECLI:EU:C:2016:221, point 54. One of the accompanying footnotes (28) reads: ‘I believe that, because of the enormous quantity of information available on the internet, such information would actually be largely unfindable without hyperlinks. In my view, hyperlinks are at present an essential element of the internet architecture.’

47. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 50.

48. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 52.

49. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 105.

between *clickable* links (including framing), on the one hand, and *non-clickable* (automatic) links (also referred to as inline linking or hotlinking) on the other.⁵⁰ The latter, according to the AG, do not require an active click and are characterised by the fact that an element of a website ‘can be displayed from its original location’ without the need for reproducing it ‘on the server of the site on which it appears’,⁵¹ and the effect from an internet user’s point of view ‘is the same as it is when a file is contained and appears on a single page’.⁵² In this context, he suggests that from both ‘a technical and a functional point of view, an act of communication of the work in question to a public [takes place] which was not taken into account by the copyright holder when the work was initially made available, namely the public of a website other than that on which that initial making available of the work took place’⁵³ and that therefore it requires the consent of the respective rightholders. Stressing that the ‘need to activate a link indicates to the user that he or she is accessing content which does not form an integral part of the webpage containing that link’ (point 89), the AG suggests that such differentiation would not only be ‘easily perceptible to any internet user and should not create any uncertainty’ (point 116) but would also take into account his view that automatic links are somewhat detrimental to the ‘sound operation of the internet’, given the danger of ‘monopolisation of the World Wide Web and the concentration of information in the hands of a limited number of market-dominant services belonging to an even smaller number of companies’ (point 117). Consequently, he proposes that the Court interprets Article 3(1) InfoSoc Directive in a way whereby

‘the embedding in a webpage of copyright-protected works freely available to the public with the authorisation of the copyright holder on other websites, in such a way that those works are automatically displayed on that page as soon as it is opened, without any further action

50. Similarly, also national case-law, e.g. in Germany by the Bundesgerichtshof, has distinguished between different forms of links.

51. *Ibid.*, point 10.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*, point 105.

on the part of the user, constitutes a communication to the public within the meaning of that provision.⁵⁴

As seen, however, the CJEU did not pick up Szpunar’s distinction between clickable and automatic links.

3. What’s new under the sun?

The Court’s ruling in *VG Bild-Kunst* comes without new substantial plot twists. Once again, the AG in a linking case had proposed to adjust the communication to the public-test. Once again, the CJEU stuck to its line established in the linking prequels and effectively further cemented the *Svensson*, *BestWater* and *GS Media* trilogy. In this line, the most recent judgment is hardly surprising. Nonetheless, the judgment is of great interest in several dimensions.⁵⁵

AG Szpunar had pointed out ‘three major issues’ in the Court’s line on hyperlinking relating to firstly, ‘the classification of links as “acts of communication”’; secondly, ‘the introduction of the subjective criterion of knowledge of the facts into the definition of the concept of “communication to the public”’; and thirdly, ‘the application to the internet of the “new public criterion”’.⁵⁶ Unfortunately, while revisiting its own case-law on linking as well as the relevant case-law on Article 3(1) InfoSoc Directive the Court has not addressed all of these concerns in depth.

54. *Ibid.*, point 139. Furthermore, Szpunar specified that ‘the embedding of a work—which has been made freely available to the public on a website with the consent of the rightholder—in the website of a third party by means of a clickable link using the framing technique does not constitute a communication to the public within the meaning of that provision, where that embedding circumvents protection measures against framing taken or imposed by the copyright holder.’

55. In addition to the hyperlinking perspective, the judgment is also of interest with regard to the licensing contracts entered into by collective management organisations. See, e.g., Sebastian F. Schwemer, *Licensing and Access to Content in the European Union. Regulation between Copyright and Competition Law* (Cambridge University Press, 2019).

56. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 44.

Whereas the AG put great emphasis on a ‘connection’ that users establish with the original site of the linked element by clicking a hyperlink⁵⁷ and suggested a potential differential treatment of hyperlinks distinguish between *clickable* and *non-clickable* (automatic) links, the CJEU stuck—unsurprisingly—to its technology-neutral line whereby all types of hyperlinks are seemingly treated the same as previously implied by *BestWater*. Since the Court in *Svensson* very explicitly addressed ‘clickable links’,⁵⁸ the proposed distinction by AG Szpunar is at first glance not far-fetched from either a technical or a legal perspective. At the same time, however, the Court had already hinted—almost in an obiter dictum-fashion—at its view of non-differential treatment of links in *Svensson*.⁵⁹ The linking case-law by the CJEU had already distinguished sharply between, and put much emphasis on, content that is made available with the consent of a rightsholder on the one hand, and content that is made without the consent of a rightsholder on the other, when assessing the public criterion. Thus, it is at least surprising that the Court chose not to devote a more substantive discussion to a potential differential treatment of links.

On the one hand, this one-size-fits-all approach likely contributes to legal certainty and minimises complexity in an already highly complex field. The question remains, however, as to whether this simplistic view as legal concept corresponds well with the internet and succeeds in striking the right balance between colliding fundamental rights in all scenarios, beyond the specific case at hand. In this context, we should also not forget that ‘linking’ is not static, but constantly developing.⁶⁰

57. See, e.g., Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, points 88 or 92.

58. See, e.g., Case C-466/12, *Svensson*, ECLI:EU:C:2014:76, paras. 2, 8, 14, 18, 20, 22, 25, 27, 30–32.

59. See Case C-466/12, *Svensson*, ECLI:EU:C:2014:76, para. 29: ‘Such a finding cannot be called in question were the referring court to find, although this is not clear from the documents before the Court, that when Internet users click on the link at issue, the work appears in such a way as to give the impression that it is appearing on the site on which that link is found, whereas in fact that work comes from another site.’

60. Technical standards and other documentation play an accentuated role, for example those dealt with by the international standards organisation World Wide Web Consortium (W3C).

Over recent years, for example, it has become common practice for links to include a small preview, i.e. a snippet including thumbnails, which enables internet users to know in a somewhat reliable way what can be expected when following the link.⁶¹

In *VG Bild-Kunst*, the Court importantly expands once more on the intended public in relation to hyperlinks. Effectively, this public intended by the rightsholder can be specified by employing contractual restrictions on linking in the licensing agreement. It has been noted in the context of determining the intended public that the ‘very use of technological protection measures clearly indicates the copyright holder’s intention not to allow public access to his or her work by means of hyperlinks using the framing technique’.⁶² Yet AG Szpunar had concerns with such an interpretation, recalling inter alia that in many situations rightsholders might not be in a position to decide on technical protection measures, e.g. when content is posted by a licensed third party or on a sharing platform (point 125).⁶³ Furthermore, he pointed to the weakness in the analogy to *Svensson* that the present ‘measures restrict neither access to a work nor even a means of accessing it, but only a manner of displaying it on a screen’ (point 128). Therefore, in his view, ‘those measures do not determine the circle of persons taken into account as the potential public for which the work was made available’, and consequently their ‘possible circumvention [...] does not widen that circle and accordingly cannot constitute an act of communication to the public under the “new public” doctrine’ (point 129). Importantly, if the Court had followed the AG’s view, the embedding by means of framing of a work (made freely available to the public with the consent of the relevant rightsholder) in form of a *clickable* link would not constitute a communication to the public—even if

61. Which has given rise to other copyright concerns, see in this context also Article 15 of the CDSM Directive.

62. See observation by French government, case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 123.

63. Szpunar also pointed towards the specific context of the present case, where a collective management organisation is requiring the use of such measures, ‘without expressly mandated by their members’, case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, point 125.

the embedding circumvents technical protection mechanisms against framing.⁶⁴

With its judgment, the Court has made clear that the *only*⁶⁵ permissible way to limit the extent of licensing by a rightsholder is by means of requiring effective technological measures.⁶⁶ AG Szpunar's concern that the copyright system turns 'into an opt-in system subject to the application of technological protection measures' (point 131) was unheard.⁶⁷ In effect, on a more abstract level, both a paywall (or login) and the blocking of framing can be seen as technical restrictions. Notably, however, the former regards restrictions on access to content (as in the earlier case-law), whereas the latter regards restrictions to link to content (as in *VG Bild-Kunst*).⁶⁸ This means that other ways of communicating a rightsholder's intention, for example by merely including a note on a website that 'linking is prohibited', would not be sufficient in this context. If the opposite were true, it would in practice be extremely difficult for internet users to have legal certainty as to the intention of the rightsholder. The Court clearly wanted to minimise these potential chilling effects.⁶⁹ In this context, concerns have been raised by rightsholders

64. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, Opinion of AG Szpunar, ECLI:EU:C:2020:696, points 132 and 139.

65. Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, para. 46.

66. On effective technological measures and their context within international copyright treaties, see, e.g., Jørgen Blomqvist, *Primer on International Copyright and Related Rights* (Edward Elgar 2014), pp. 205–215.

67. See also Tatiana Synoudinou, "Framing" the right of communication to the public: the CJEU's decision on the VG Kunst case' (2021), <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/03/15/framing-the-right-of-communication-to-the-public-the-cjeus-decision-on-the-vg-kunst-case/>> (last accessed 15 March 2021), who notes that '[t]his is akin to an opt-out system, since the consent of the right holder is presumed unless he has taken effective technological measures within the meaning of Article 6(1) and (3) of Directive 2001/29.'

68. Compare also the Court's engagement with Case C-161/17, *Renckhoff*, EU:C:2018:634, in Case C-392/19, *VG Bild-Kunst*, ECLI:EU:C:2021:181, e.g., paras. 47, 52–54.

69. On chilling effects in the context of reasonable exploitation, Rognstad & Poort note that 'uncertainty about the scope of copyright and whether or not certain acts will be an infringement will discourage risk-averse agents from making certain uses of works or even developing certain business models'. See Ole-Andreas Rognstad & Joost Poort, 'The Right to Reasonable Exploitation Concretized: An Incentive Based Approach', in P. B. Hugenholtz (ed.), *Copyright Reconstructed: Rethinking*

about whether the judgment effectively imposes formalities on the enjoyment and exercise which would be in conflict with Article 5(2) of the Berne Convention.⁷⁰ It seems that in *VG Bild-Kunst*, however, rather than introducing such—prohibited—formalities on the scope of protection, the CJEU merely lays out boundaries for the exploitation of works.⁷¹

It is noteworthy that *VG Bild-Kunst* does not comment on the consequences in instances where a licensee does not implement technical measures despite the licensing contract requiring such measures:⁷² Would the framing of this content, which is freely available but regarding which the licensee was obliged and failed to implement technological protection mechanisms, amount to communication to a new public? *VG Bild-Kunst* does not provide an explicit answer to this question. Given the Court's focus on internet users' ability to easily understand the intention of the rightsholder (cf. para. 46), however, it would be inconsequential if there were any kind of 'backdoor' for a delimitation of the intended public *beyond* technical protection measures. The intended public can only be expressed via an objective access criterion. In this hypothetical scenario, there is no technical protection measure in place which would restrict the framing of the content. Therefore, for the internet user the situation is essentially the same as if there were no provi-

Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change (Wolters Kluwer 2018), pp. 121–161, 128.

70. See European Visual Artists, 'Statement On CJEU Ruling In Case C-392/19, *VG Bild-Kunst v. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*' (Brussels, 10 March 2021) <<https://www.evartists.org/statement-on-cjeu-ruling-in-vg-bild-kunst-case/>> (last accessed 15 March 2021).
71. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 1886, last revised at Paris 1971 and amended in 1979. Given that neither the AG's opinion nor the judgment makes any reference to the Berne Convention, it can be assumed that the Grand Chamber saw no conflict in the case.
72. Similarly, the judgment does not address the situation where a licensee introduces technological protection measures voluntarily, i.e. without being obliged to do so in the licensing contract with the rightsholder. Unless the licensing contract expressly states that the use of technological protection measures is prohibited, the licensee is likely allowed to do so. In that scenario, the license would—acting as a proxy for the rightsholder—then be able to restrict the 'public' in the sense of Article 3(1) InfoSoc Directive. Furthermore, the question of circumvention of technical protection mechanisms by third parties becomes relevant.

sion in the licensing agreement requiring technical protection measures (i.e. content directed at the ‘general internet public’⁷³). Consequently, the licensed work would—from a copyright perspective—have been communicated to the “general internet public”, where framing is permissible and does not constitute a communication to a new public in the sense of Article 3(1) InfoSoc Directive. In this scenario, therefore, rightsholders would be restricted to the breach of the licensing contract *inter partes*. As it has been pointed out by others, these contractual restrictions on content (or data) that the Court has addressed in *VG Bild-Kunst* might also become relevant in the context of text and data mining activities in Articles 3 and 4 of the CDSM Directive, which puts emphasis on ‘lawful’ access.⁷⁴

Effectively, the Court confirmed in *VG Bild-Kunst* that in situations where rightsholders license content without requiring technological measures that limit e.g. framing, a hyperlink to that content *would not* constitute a communication to the public in the sense of Article 3(1) InfoSoc Directive.⁷⁵ In turn, if a rightsholder requires such a technological measure, a hyperlink to that content *would* constitute a communication to the public. In *GS Media*, the Court considered the intricacies of copyright licensing and noted that ‘it may be difficult, in particular for individuals who wish to post such links, to ascertain whether website to which those links are expected to lead, provides access to works which are protected and, if necessary, whether the copyright holders of those works have consented to their posting on the internet’.⁷⁶ Similar

73. C-301/15, *Soulier and Doke*, ECLI:EU:C:2016:878, para. 36.

74. See recital 14 of the CDSM Directive, which in the context of text and data mining by research organisations and cultural heritage organisations states that ‘[I]awful access should also cover access to content that is freely available online’. See also Eleonora Rosati, ‘CJEU rules that linking can be restricted by contract, though only by using effective technological measures’ (2021), <<https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/cjeu-rules-that-linking-can-be.html>> (last accessed 15 March 2021). For a discussion on the ‘lawful use’ taxonomy, see Tatiana E. Synodinou, ‘Who Is a Lawful User in European Copyright Law? From a Variable Geometry to a Taxonomy of Lawful Use’, in Tatiana E. Synodinou *et al.* (eds), *EU Internet Law in the Digital Era* (Springer 2020), pp. 27–60.

75. See also to this effect *Svensson* as recalled by the CJEU in case C-301/15, *Soulier and Doke*, ECLI:EU:C:2016:878, para. 36.

76. Case C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644, para. 46.

arly, the intricacies of technological measures to restrict various forms of linking (and potential intersections with limitations and exceptions) should make for an interesting topic to follow in the coming years. The Court has opted to continue its somewhat clear and predictable line of thinking. But just as few could have foreseen that George Lucas's *Star Wars* saga would eventually continue beyond the initial six films, it is similarly difficult to predict future cases on linking.

DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse?

Advokat Peter Schønning

1. Artikel 17

Inden for ophavsretten er der kolossal forskel på enerettigheder og undtagelser. De er hinandens modsætninger.

I ophavsretsloven er eneretten beskrevet i § 2, og undtagelserne fra eneretten er placeret i kapitel 2. Sondringen giver således normalt ikke anledning til tvivl; i § 2, stk. 1, har vi fx en eneret til eksemplar fremstilling, og i § 12 har vi en undtagelse (også kaldet indskrænkning)¹ fra denne eneret i form af kopiering til privat brug.

I direktivet om ophavsret i det digitale indre marked² (DSM-direktivet) findes imidlertid en bestemmelse, der ikke entydigt lader sig placere i en af disse to kategorier. Artikel 17 handler om de såkaldte online-indholdsdelingstjenester; Googles YouTube hører til blandt de mest udbredte.³

1. Ifølge Jørgen Blomqvist, *Primer on International Copyright and Related Rights* (2014), s. 157, kan der betydningsmæssigt sondres mellem undtagelser og indskrænkninger, mens det er mest udbredt ikke at sondre mellem de to begreber.

2. Direktiv 2019/790.

Artikel 17(1) fastsætter, at “en udbyder af en onlineindholdsdelings-tjeneste foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden med henblik på dette direktiv”. Definitionen af en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste går i artikel 2(6) ud på, at der skal være tale om en kommerciel tjeneste med “en stor mængde op-havsretligt beskyttede værker”, og det fremgår, at bl.a. udbydere af tjene-ster såsom “ikkeprofitbaserede onlineencyklopædier” og “open source-delingsplatforme” ikke er “udbydere af onlineindholdsdelings-tjenester i henhold til nærværende direktiv”. Bestemmelsen i artikel 17 fortsætter: “En udbyder af onlineindholdsdelingstjenester skal derfor indhente tilladelse fra de i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 2001/29/EF omhandlede rettighedshavere [...]”, dvs. at der skal laves klareringsafta-ler med såvel rettighedshaverne til værker (infosoc-direktivets artikel 3(1)) som de nærtstående rettighedshavere (artikel 3(2)).

Artikel 17(3) har denne ordlyd: “Når en udbyder af onlineindholds-delingstjenester foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden på de betingelser, der er fastsat i nærvæ-rende artikel, finder den ansvarsbegrænsning, der er fastsat i artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31/EF, ikke anvendelse på de situationer, der er omfattet af nærværende artikel.”

I artikel 17(4) og (5) er der bestemmelser om, hvornår disse udby-dere af onlineindholdsdelingstjenester er ansvarlige for uautoriseret overføring/tilrådighedsstillelse. Stk. 6 giver udvidet ansvarsfrihed til nyere, mindre udbydere.

Stk. 7 handler om undtagelser. Det følger af bestemmelsen, at med-lemstaterne sikrer, at

“brugere i hver medlemsstat kan henholde sig til enhver af følgende ek-sisterende undtagelser eller indskrænkninger, når de uploader og stiller indhold, der genereres af brugerne, til rådighed på onlineindholdsde-lingstjenester:

- a) citater, kritik, anmeldelser
- b) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche.”

3. Nærmere om artikel 17, se bl.a. Peter Schønning i *NIR* 2020, s. 178 ff., og Sebastian Felix Schwemer i *NIR* 2020, s. 400-435.

Hvordan skal man på denne baggrund anskue artikel 17(1)? Er dette en eneret eller en undtagelse fra eneretten? I denne artikel vil jeg se på og drøfte dette spørgsmål, *pro* (eneret) *et contra* (undtagelse).⁴

2. Pro

Artikel 17(1) benytter ikke terminologien eneret, men at udbydere “foretager en overføring” (mere præcist: skal anses at foretage en overføring, eftersom det handler om brugernes upload) og skal “indhente tilladelse”. Den ophavsretligt relevante handling beskrives som brugernes upload af materiale på tjenesten.

Dette forhold er normalt essensen i beskrivelsen af en eneret: Lovens § 2 betyder, at den, der fx fremstiller et eksemplar af et værk, skal indhente tilladelse til det.

Ovenstående taler for at anse artikel 17(1) som en eneret og stk. 7 som en bestemmelse, der fastsætter visse undtagelser fra denne eneret.

Men er artikel 17 overhovedet nogen af delene? Er det ikke snarere “bare” en ansvarsregel? Det politiske formål med bestemmelsen er som bekendt at regulere, i hvilket omfang bl.a. Google kan gøres ophavsretligt ansvarlig for YouTube-brugernes retsstridige uploads af videoer på tjenesten. En ansvarsregel falder uden for eneret/undtagelse-kategoriseringen. En lovregel, der regulerer, i hvilket omfang nogen har et ansvar eller ikke har et ansvar, *forudsætter* derimod, at der ud over et ansvars-

4. Artikel 17(10) indeholder en bestemmelse om, at EU-Kommissionen skal gennemføre interessentdialoger og udstede en vejledning (såkaldte guidelines) om anvendelsen af artikel 17. Det forventes, at denne vejledning vil få stor betydning for medlemsstaternes implementering, selv om vejledningen i sin natur ikke er bindende. I perioden oktober 2019 til februar 2020 gennemførte Kommissionen en *stakeholder dialogue* med alle interesserede kredse, herunder platformene/tech-firmaerne og de europæiske rettighedshaverorganisationer. På det grundlag offentliggjorde Kommissionen den 10. september 2020 et oplæg til guidelines (vejledning) i form af et papir, som mere har karakter af foreløbige overvejelser og spørgsmål til interessenterne end et egentligt udkast. De endelige guidelines skulle have været offentliggjort i december 2020, men blev udskudt til januar/februar 2021 – efter deadline for aflevering af manuskriptet til nærværende artikel. I dokumentet af 10. september 2020 kalder Kommissionen artikel 17 en *lex specialis* i forhold til infosoc-direktivets artikel 3.

grundlag foreligger en handling, der er omfattet af en eneret og ikke er omfattet af en undtagelse.

Politisk skal artikel 17 ses i denne ansvarsfordelingskontekst.

I Kommissionens oprindelige direktivforslag var bestemmelsen (dengang artikel 13) en *soft-law* regulering om samarbejde og indgåelse af aftaler; i forslaget til præambelbetragtning 38 var der alene en mindre præcisering af forståelsen af ansvarsfritagelsesbestemmelsen i artikel 14 i e-handelsdirektivet,⁵ der vedrører såkaldte *hosting service providers* (som indgår i udtrykket “udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste”). I den endelige direktivbestemmelse er der, som citeret ovenfor, stadig en henvisning til artikel 14 i e-handelsdirektivet.

Spørgsmålet er, hvordan denne henvisning i stk. 3 til forstås.

Til belysning af dette spørgsmål er der to forhold vedrørende artikel 14 i e-handelsdirektivet, der ikke skal glemmes:

- Der er ikke tale om en regel, der pålægger et ansvar. Det er derimod en regel om, at medlemsstaterne skal sikre, at i hvert fald i de tilfælde og under de betingelser, der fremgår af artikel 14, kan udbyderen *ikke* pålægges et ansvar. DSM-direktivets artikel 17(4)-(5) går derimod ud på, at udbyderne *er* ansvarlige, medmindre de opfylder visse betingelser i bestemmelserne.
- Artikel 14 i e-handelsdirektivet handler efter alt at dømme udelukkende om situationer, hvor udbyderen kunne pådrage sig et *medvirkensansvar*, hvis ikke det var for artikel 14. Bestemmelsen fritager med andre ord ikke for et direkte ansvar.⁶

Henvisningen til artikel 14 rejser dette spørgsmål: Gælder e-handelsdirektivets artikel 14 ved siden af DSM-direktivets artikel 17?⁷

5. Direktiv 2000/31.

6. Dette forudsættes også i den juridiske litteratur; se fx Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen, *E-handelsret* (2011), s. 159 ff. Spørgsmålet bliver muligvis afgjort EU-Domstolen i den verserende sag om *YouTube* og *Cyando* (forenede sager C-682/18 og C-683/18). I generaladvokatens forslag til afgørelse af 16. juli 2020 lægges der overraskende op til, at ansvarsfritagelse for *hosting service providers* i e-handelsdirektivet ikke alene fritager for medvirkensansvar, men også for direkte ansvar (præmis 132-168).

7. I forlængelse af artikel 17 i DSM-direktivet har Kommissionen den 15. december 2020 fremsat et direktivforslag (2000/31), kaldet *Digital Services Act*, der skærper

I hvert fald for de tjenester, der er undtaget fra artikel 17 ifølge definitionen i artikel 2(6), er svaret bekræftende; det følger således udtrykkeligt af denne bestemmelse, at definitionen, der udelukker tjenesterne fra artikel 17's anvendelsesområde, kun gælder "i henhold til nærværende direktiv".

For andre tjenester, herunder YouTube, er svaret mere usikkert. Svaret afhænger formentlig i vid udstrækning af svaret på det grundlæggende spørgsmål, om artikel 17 skal anses som en ny eneret. Hvis det er tilfældet, finder de to regelsæt parallel anvendelse: det ene for medvir-kensansvar, det andet for direkte ansvar.

Ordlyden af artikel 17(3) taler ikke imod en parallel anvendelse. Bestemmelsen taler om overføring/tilrådighedsstillelse "på de betingelser, der er fastsat i nærværende artikel", hvilket kan læses sådan, at betin-gelsen drejer sig om, at udbydere anses at foretage overføringen, dvs. at det slet ikke drejer sig om medvirkensansvar, og at ansvarsbegrænsnin-gen i e-handelsdirektivets artikel 14 formentlig af dén grund ikke har re-levans.

Denne fortolkning bestyrkes af det forhold, at stk. 3 taler om, at arti-kel 14 ikke finder anvendelse på de *situationer*, der omfattes af arti-kel 17 – dvs. at den ikke undtager visse *tjenester* fra artikel 14's anvendelsesområde.

Fortolkningen bestyrkes også af andet afsnit af stk. 3, hvorefter ud-sagnet i første afsnit ikke berører den eventuelle anvendelse af artikel 14 "på disse tjenesteudbydere til formål, der ikke er omfattet af nærværen-de direktivs anvendelsesområde".

Konsekvensen af denne fortolkning er, at rettighedshaverne kan gøre ansvar gældende over for fx Googles YouTube efter artikel 17 ved siden af infosoc-direktivet/e-handelsdirektivet; hvis ikke det ene regel-sæt fører til ansvar, kan man prøve med det andet – der er således to skud i bøssen.

Ansvarsregler skal som nævnt ikke opfattes som undtagelser fra ene-retten. Spørgsmålet er, om denne antagelse holder stik med hensyn til artikel 17.

ansvaret for onlineplatforme, men i artikel 1(5)(c) er ophavsret delvist undtaget fra direktivforslaget.

Det særlige ved artikel 17 er, at man delvist fritager udbydere for et ophavsretligt ansvar for en handling, de selv anses at foretage – det, man med et nyere EU-udtryk kunne fristes til at kalde en *legal fiction*.⁸ Det er et lovgivningsmæssigt særsyn, at man her først foreskriver, at udbydere anses at foretage en ophavsretligt relevant handling (overføring), og dernæst at de under visse betingelser ikke har et ansvar for denne handling (selvfølgelig bortset fra subjektiv betingelser, typisk ansvarsfrihed på grund af god tro). Ved at slå fast, at udbyderne anses at foretage en bestemt handling, følger det ellers af culpanormen, at udbyderen har et *direkte* ansvar for handlingen. Altså ikke et muligt medvirkensansvar, som er det, e-handelsdirektivets artikel 14 formentlig alene handler om.

Når man således på visse betingelser fritager en udbyder for ansvaret for en ophavsretligt relevant handling, vedkommende har foretaget, dvs. et direkte ansvar, svarer den reelle effekt af dette til en undtagelse fra eneretten. I det omfang ansvarsfritagelsen finder anvendelse, vil rettighedshaveren ikke kunne håndhæve nogen rettigheder i forhold til den pågældende handling.⁹ Realiteten er således, at der i disse tilfælde ikke kan påberåbes nogen retsbeskyttelse, hvilket også er tilfældet ved traditionelle undtagelser fra eneretten.

Også dette taler for at anse artikel 17(1) for en ny eneret, en *sui generis*-ret.¹⁰

-
8. Sml. fx DSM-direktivets artikel 5(3) om, hvor en undervisningsinstitutions handling anses at finde sted i relation til lovvalg.
 9. Bemærk, at ansvaret for de brugere, der rent faktisk uploader videoerne, ikke omfattes af artikel 17 (undtagen indirekte i stk. 2, hvorefter udbyderens aftale med rettighedshaverne også skal klarere ikke-kommercielle brugeres handlinger). Brugernes upload-handlinger skal bedømmes efter de almindelige ophavsretsregler, herunder infosoc-direktivets artikel 3, der utvivlsomt giver brugere, der retsstridigt uploader ophavsretsbeskyttet materiale på YouTube m.v., et ansvar for ophavsretskrænkelser.
 10. Dette spørgsmål drøftes af Eleonora Rosati i et *IPKat*-blogindlæg den 31. august 2020, <<https://ipkitten.blogspot.com/2020/08/the-legal-nature-of-article-17-of.html>> (med henvisninger til andre kilder). Se også indlæg af Brigitte Lindner & Ted Shapiro på *Elgar*-blog den 7. september 2020, <<https://elgar.blog/2020/09/07/from-information-society-to-digital-single-market-the-copyright-drama-continues/>>.

Tre formuleringer i DSM-direktiver indikerer, at intentionen med artikel 17 ikke er at regulere ansvar for rettigheder fastsat i infosoc-direktivet, men i stedet at indføre en særskilt, uafhængig retsbeskyttelse:

1. Artikel 17(1) bruger udtrykket “med henblik på dette direktiv” om overføringen/tilrådighedsstillelsen foretaget af udbyderen.
2. Artikel 17(1), andet afsnit, refererer godt nok til infosoc-direktivets artikel 3(1) og (2), men i virkeligheden kun i form af en reference til de rettighedshavere, der er omhandlet i disse bestemmelser: udbyderen skal “indhente tilladelse fra de i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 2001/29/EF omhandlede rettighedshavere”.
3. Artikel 1(2) nævner, at DSM-direktivet “på ingen måde [berører] de eksisterende regler” fastsat i bl.a. infosoc-direktivet.

Selv om artikel 17 bruger samme eneretsudtryk som i artikel 3 i infosoc-direktivet: overføring/tilrådighedsstillelse, kan det hævdes, at indholdet af de juridiske udtryk er forskellige. EU-Domstolen stiller nogle helt særlige betingelser, før en udbyder af en delingsplatform kan anses at foretage overføring til almenheden i artikel 3’s forstand.¹¹ Ved anvendelse af artikel 17 vil en brugers upload på en sådan platform *altid* kvalificere til, at udbyderen anses at have foretaget overføringshandlingen.

Det, der er overføring i medfør af den ene bestemmelse, er med andre ord ikke nødvendigvis overføring i medfør af den anden.

En sådan ny eneret kan principielt sammenlignes med den særlige importret i ophavsretslovens § 77 og med den særlige *sui generis*-beskyttelse af databaser, jf. ophavsretslovens § 71 og artikel 7-11 i databasedirektivet.¹² *Sui generis*-beskyttelsen af databaser medfører, at kopiering af en database kan være en krænkelse af såvel den almindelige ophavsret til databasen qua et værk som *sui generis*-beskyttelse af databasen.

Kulturministeriet sendte den 18. december 2020 et udkast til ændring af ophavsretsloven i høring. Formålet med lovændringen er at implementere bl.a. DSM-direktivets artikel 17. Lovbemærkningerne forholder sig ikke eksplicit til denne problemstilling om eneret contra

11. Se fx EU-Domstolens dom af 14. juni 2017, sag C-610/15, *Ziggo BV*.

12. Direktiv 96/9.

undtagelse, men ministeriets holdning fremgår alligevel særligt tre steder:

1. På s. 38 (i bemærkningerne til forslaget til § 52 e) bruges udtrykket “særbestemmelse”, og det pointeres, at begreberne overføring og tilrådighedsstillelse svarer til § 2, stk. 4, nr. 1, men at “betydningssindholdet ikke nødvendigvis [er] det samme”.
2. I lovens § 76, stk. 1, nr. 3, foreslås det at indføre en straffebestemmelse for overtrædelse af § 52 e (som implementerer artikel 17); en sådan bestemmelse forudsætter, at § 52 e anses som en eneret – man kan logisk set ikke straffes for at overtræde en undtagelsesbestemmelse (da det i givet fald ikke er undtagelsen, men eneretten, der finder anvendelse). Det foreslås imidlertid ikke, at undtagelserne fra eneret i ophavsretslovens kapitel 2 skal finde anvendelse i forhold til § 52 e. På s. 37 i høringsudkastet anføres det, at “hvor § 52 e ikke finder anvendelse, gælder bestemmelsen i den gældende § 2”.
3. I lovens § 11, der handler om lovens undtagelsesbestemmelser (navnlig i kapitel 2), foreslås det at indføje en reference til § 52 e, stk. 10, men ikke til § 52 som sådan. Dette indikerer, at hovedbestemmelsen i § 52 e, stk. 2, ikke anses som en undtagelse fra eneretten.

Det endelige implementeringslovforslag blev fremsat og behandlet i Folketinget efter deadline for aflevering af dette manuskript.

3. Contra

Andre forhold taler imod at se artikel 17 som en ny eneret, men i stedet som en nyt sæt undtagelser fra ophavsretten.

Artikel 17 bruger terminologien fra infosoc-direktivets artikel 3¹³ –

13. Forholdet mellem disse to bestemmelser behandles nærmere af Jan Bernd Nordemann & Julian Waiblinger i blogindlæg den 16. juli 2020 på *Kluwer Copyright Blog*, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/16/art-17-dsmcd-a-class-of-its-own-how-to-implement-art-17-into-the-existing-national-copyright-acts-including-a-comment-on-the-recent-german-discussion-draft-part-1/?doing_wp_cron=1597142146.3135290145874023437500>.

helt ned i den detalje, at for værker er tilrådighedsstillelse en underkategori til overføring, mens det for nærtstående rettigheder er en selvstændig kategori ved siden af overføringsretten, som i stedet er reguleret i artikel 8 i udlejningsdirektivet.¹⁴ Dette taler for, at de enerettigheder, som omfattes af artikel 17, er identiske med enerettighederne i infosoc-direktivets artikel 3, og at artikel 17 blot *præciserer*, at udbyderne udfører overføringen/tilrådighedsstillelsen på deres platforme,¹⁵ som de derfor har et direkte ansvar for, jf. stk. 1 – for så igen at lempe ansvaret i stk. 4 og 5, hvilket som nævnt har karakter af en særlig undtagelse fra ophavsretten, fordi det er fritagelse for et direkte ansvar.

Man kan også sige, at det ville være paradoksalt, hvis den samme ophavsretligt relevante handling: overføring/tilrådighedsstillelse, skulle kunne subsumeres under to forskellige enerettigheder i to forskellige direktiver. Den overføring til almenheden, der behandles i infosoc-direktivets artikel 3, er den samme overføring til almenheden, der behandles i DSM-direktivets artikel 17. Forskellen er reelt alene ansvarsbedømmelsen. Infosoc-direktivet vedrører ikke ansvaret, men her gælder ansvarsfritagelsen i e-handelsdirektivets artikel 14. DSM-direktivets artikel 17 fastsætter en *legal fiction* om, at en tilrådighedsstillelse, der egentlig foretages af en bruger, i stedet skal anses som foretaget af udbyderen.¹⁶

Der er med andre ord ikke tale om en anden eneret end eneretten i infosoc-direktivet.

At der ikke foreligger en anden eneret, kan også begrundes på anden vis. Konsekvensen af, at udbyderen anses at foretage overføringen er, at der er to personer, der hver for sig anses at foretage en overføring og dermed uafhængigt af hinanden at være ansvarlige herfor: den bruger, der rent faktisk uploader til platformen, og udbyderen af den

14. Direktiv 2006/115 (oprindeligt direktiv 92/100).

15. Direktivets betragtning 64 angiver da også, at formålet med artikel 17(1) er at præcisere dette.

16. I den ovennævnte sag for EU-Domstolen om *YouTube* og *Cyando* (forenede sager C-682/18 og C-683/18) foreslår generaladvokaten i sin udtalelse af 16. juli 2020, at YouTube og Cyando ikke kan siges selv at lave overføringer af det beskyttede materiale til offentligheden, idet tjenesterne blot formidler brugernes upload, og at tjenesterne derfor ikke er direkte ansvarlige for ulovligt indhold efter infosoc-direktivet (præmis 66-93).

pågældende platform. Dette viser – kan man argumentere for – at der ikke er tale om en særskilt overføring eller en ny definition af overføring, men alene hvem der har ansvaret for den.

Der er mig bekendt ikke andre eksempler i ophavsretslovgivningen på, at nøjagtig den samme ophavsretlige handling kan rammes af forskellige eneretsbestemmelser påberåbt af den samme rettighedshaver.

Der er eksempler på, at den samme handling kan involvere forskellige typer af enerettigheder; fx indebærer upload på samme tid en eksemplar fremstilling og en tilrådighedsstillelse, men det er noget andet, da handlingen her anses at involvere to forskellige eneretsbeføjelser.¹⁷ De nærtstående rettigheder, herunder *sui generis*-beskyttelsen af databaser, kan heller ikke sammenlignes, fordi man her udvider kredsen af rettighedshavere, der kan gøre krav gældende over for en handling.¹⁸ Ophavsretslovens § 77 er ligeledes noget andet, da den giver eneret til en anden handling (import) end de enerettigheder, der følger af § 2 (eksemplarspredning omfatter ikke en importhandling).

Artikel 17(7) om undtagelser fra ophavsretten er også besynderligt formuleret, hvis bestemmelsen skulle ses som en undtagelse fra en ny eneret i stk. 1.

Stk. 7 er formuleret sådan, at medlemsstaterne skal sikre, at *brugerne* kan henholde sig til visse undtagelser fra ophavsretten (citater, parodi m.v.). Der står ikke noget om, at en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste kan påberåbe sig undtagelserne, kun disses brugere. Brugen af ordet “eksisterende undtagelser” indikerer tillige, at der her ikke refereres til undtagelser fra en ny eneret, men at medlemsstaterne får en – i sammenligning med de frivillige undtagelsesbestemmelser i infoc-direktivets artikel 5(2)-(3) – skærpet pligt til at sikre visse undtagelser, som dermed bliver obligatoriske. Når det drejer sig om brugere, kan undtagelserne kun siges at relatere sig til den hidtidige ophavsretsbeskyttelse i infoc-direktivet.¹⁹ Der kan også henvises til artikel

17. Dette er netop situationen ved upload af videoer på fx YouTube. Det er bemærkelsesværdigt, at artikel 17 kun regulerer overføringsretten, men er tavs om eksemplarfremstillingen. Denne problemstilling skal imidlertid ikke behandles nærmere her.

18. Det samme gælder artikel 15 i DSM-direktivet, der giver aviser m.v. en slags nærtstående ret til deres publikationer i tillæg til den almindelige ophavsret.

19. Uanset karakteren af artikel 17 kan medlemsstaterne ikke selv vælge at fastsætte yderligere undtagelser. Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at EU-retten har

25, der handler om fortsat anvendelse af undtagelserne i infosoc-direktivet; denne bestemmelse refererer ikke til nogen (nye) eneretsområder i DSM-direktivet, men “anvendelser eller områder, der er omfattet af undtagelserne eller indskrænkningerne i dette direktiv”.

Dermed kan det konstateres, at hvis artikel 17(1) skal opfattes som en ny eneret vedrørende udbydernes handlinger, rummer DSM-direktivet ingen obligatoriske undtagelser fra denne eneret ud over den delvise ansvarsfritagelse. Dette har ikke formodningen for sig.

4. Konklusion

Konklusionen er på denne baggrund usikker.

Svaret på spørgsmålet, om artikel 17 er en ny eneret, en ny undtagelse eller blot en særlig ansvarsregel, følger ikke entydigt af bestemmelsen og de tilhørende betragtninger. Meget tyder på, at der i bestemmelsen ganske enkelt ikke er taget stilling til spørgsmålet, hverken direkte eller indirekte.

Et eksempel på, at artikel 17 må siges at være tvetydig, er direktivets betragtning 69, hvor det anføres, at hvis brugeren har fået et udtrykkeligt samtykke fra rettighedshaveren til upload af værker m.v., “er udbyderens overføring heraf til almenheden tilladt inden for rammerne af den tilladelse, der er udstedt af rettighedshaveren”. Hvis artikel 17 skal anses som en ny eneret, har vi altså den specielle situation, at en rettighedshavers tilladelse til A i medfør af regel X, anses også at være en tilladelse til B i medfør af regel Y.

Men gør det i praksis nogen forskel, om artikel 17 er det ene eller det andet – en eneret eller en undtagelse? Ja, i høj grad. Hvis bestemmelsen skal anskues sådan, at den etablerer en ny *sui generis*-ret, vil der i forhold til tjenester som YouTube kunne søges ansvar gjort gældende efter såvel artikel 17 som infosoc-direktivet (med mulig ansvarsbegrænsning i e-handelsdirektivet); der vil som nævnt ovenfor være to skud i bøssen for rettighedshavere, der ønsker at gøre et ansvar gældende.

En afledt effekt handler om kontrakter: Hvis der er tale om en ny *sui generis*-ret, er retten så overdraget i medfør af hidtidige (ældre) kon-

forrang. Se fx EU-Domstolens dom af 29. juli 2019 i sag C-469/17, *Funke Medie*, præmis 38, 46 og 54.

trakter indgået før DSM-direktivet eller implementeringen heraf? Hvis eksempelvis en ophavsmand til en producent har overdraget eneretten til overføring til almenheden, vil denne overdragelse så kunne siges at indbefatte artikel 17-retten? Eller vil ophavsmanden have denne eneret i behold, så længe der ikke specifikt er disponeret over den?

Én ting er helt sikker: Spørgsmålet vil fortsat blive diskuteret under og efter DSM-direktivets implementering. En dag, når EU-Domstolen har talt, får vi, måske, et svar.

Operationalizing Vigeland—2 x 2

Public Order and Morality

Arguments

Professor dr. Martin Senfleben, IViR, University of Amsterdam

From 2004 to 2007, Jørgen and I have been colleagues at the World Intellectual Property Organization (WIPO). As we worked in different departments (Jørgen in copyright, I in trademarks), the lunches that we managed to arrange from time to time allowed me to navigate between the fascinating world of international copyright law which Jørgen knew and mastered like nobody else, and the realm of international trademark law that was relatively new territory for me at the time. Returning to these good old WIPO days, the following essay also navigates between copyright and trademark law. More specifically, it raises the question of which interpretation of public order and morality—as grounds for refusal in trademark law—could ensure that no trademark rights are acquired with regard to literary and artistic works in the public domain, such as the Mona Lisa, the Night Watch and the Vigeland sculptures in Oslo's Frogner Park. After a short introduction to public order and morality as grounds for refusal in trademark law (following section 1), the discussion focuses on problems arising from the grant of trademark rights in cultural public domain material (section 2) and the traditional reluctance of trademark offices and courts to rely on public

order and morality considerations in this context (section 3). On the basis of this groundwork, the new approach following from the *Vigeland* decision of the Court of Justice of the European Free Trade Association States (EFTA Court) will be introduced in section 4 before exploring the practical implementation of the EFTA Court's morality (section 5) and public order (section 6) arguments in more detail. The final section 7 summarizes the results of the analysis.

1. Introduction

As Jørgen and I dealt with intellectual property at the international level, it seems consistent to choose an international starting point for this essay: Article 6*quinquies*(B) No. 3 of the Paris Convention (PC) reflects public order and morality as grounds for refusing trademark rights in the context of the international system of *telle quelle* protection. The provision points out that Paris Union countries are not obliged to accept for registration and protection signs duly registered as trademarks in other countries of the Union 'when they are contrary to morality or public order [...]'. Given this international recognition of public order and morality as legitimate reasons for denying trademark protection, it is not surprising that these grounds for refusal have made their way into national trademark laws around the globe.¹ In the EU, Article 7(1)(f) of the European Union Trade Mark Regulation (EUTMR)² and Article 4(1)(f) of the Trade Mark Directive (TMD)³ bar from registration trademarks 'which are contrary to public policy or to accepted principles of morality'.

-
1. For an overview of the use of these grounds for refusal in different regions of the world, see M.R.F. Senftleben (ed.), *Study on Misappropriation of Signs* (WIPO Document CDIP/9/INF/5, dated 14 March 2012, Geneva: World Intellectual Property Organization 2012), available at <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=216882>.
 2. Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification), *OJ* 2017 L 154, 1.
 3. Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trademarks, *OJ* 2015 L 336, 1.

Experiences with this ground for refusal, however, show that judges and examiners may be hesitant to argue that considerations of public order or morality militate against the grant of trademark rights to cultural signs. In the decision *Winston Churchill*, for example, the Dutch Supreme Court rejected the argument that registration of the name and portrait of Winston Churchill as a trademark for cigars was contrary to morality or public order.⁴ The Court found that, even though some may perceive the use of Churchill's name and portrait for tobacco marketing as a crudity, others may find it acceptable. Moreover, use for this purpose may keep the memory of this popular statesman alive.⁵ The German Federal Patent Court also rejected the public order and morality argument in respect of an attempt to register the Mona Lisa as a trademark. Instead, the Court assumed a lack of distinctive character and denied trademark protection for this reason.⁶ A similar pattern arose in the *Nachtwacht* (Night Watch) decision of the Court of Appeals of The Hague. The case concerned an application to register the famous painting of Rembrandt van Rijn as a trademark for the marketing of the chemical element strontium. Despite the fact that use of the Night Watch in respect of this chemical product seems quite exotic, the Court arrived at the conclusion that the painting could not be deemed inherently distinctive. It lent weight to the fact that the Benelux Office for Intellectual Property had demonstrated frequent use of the Night Watch as a decorative element on various goods.⁷ On this basis, the Court concluded that the average consumer of strontium would immediately recognize a reproduction of the Night Watch on the packaging of strontium as one of the most famous paintings of the world and fail to understand that the sign was intended to indicate the commercial origin of the goods. The consumer would perceive the sign as a mere

4. Dutch Supreme Court, 28 October 1948, Bureau I.E./Churchill's Cigars ('Winston Churchill'), *Bijblad bij de industriële eigendom* 1949, 24.

5. Dutch Supreme Court, *ibid.*, 24.

6. German Federal Patent Court, 25 November 1997, case 24 W (pat) 188/96, Mona Lisa, *GRUR* 1998, 1022-1023.

7. Court of Appeals of The Hague, 29 August 2017, case 200.205.771/01, ECLI:NL:GHDHA:2017:2446, *Chiever/Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom* ('*Nachtwacht*'), para. 12.

decoration.⁸ As the German Federal Patent Court in *Mona Lisa*, the Court of Appeals of The Hague saw no need to base its rejection of trademark rights not only on a lack of distinctiveness but also on a conflict with *ordre public*. The Benelux Office for Intellectual Property had explicitly invoked this additional ground for refusal.⁹ Nonetheless, the Court refrained from a discussion of a conflict with public policy or accepted principles of morality even though it was fully aware that a denial of rights because of a lack of distinctive character would leave open the backdoor of acquiring distinctiveness—and trademark protection—in consequence of use in the course of trade.¹⁰

2. Problem Statement

The latter feature of trademark law—the option of acquiring trademark rights to cultural heritage material through continuous use in trade—is worrisome when the registration of cultural heritage material as trademarks is seen as an act of re-monopolizing and misappropriating cultural expressions that should remain free as sources of inspiration and building blocks of new literary and artistic productions.¹¹ From this perspective, the rejection of public policy and principles of morality as further grounds for refusal in *Mona Lisa* and *Nachtwacht* has far-reaching consequences. The exclusion of cultural heritage signs because of a lack of distinctive character following from a painting’s widespread use in advertising is weak because cultural signs can acquire distinctive character as a result of use in trade.¹² The decisions of the German Federal

8. Court of Appeals of The Hague, *ibid.*, para. 12.

9. Court of Appeals of The Hague, *ibid.*, para. 1.4.

10. Court of Appeals of The Hague, *ibid.*, para. 8–9.

11. For a more detailed discussion of this argument, see M.R.F. Senftleben, *The Copyright/Trademark Interface – How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2020), 25–98.

12. Nonetheless, Yann Basire, ‘Public Domain Versus Trade Mark Protection: The Vigeland Case’, *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 13 (2018), 434 (435), prefers a solution based on the requirement of distinctiveness and the assumption that consumers will perceive cultural signs as descriptive or decorative product elements. This solution, however, does not address the destabilizing effect of the possibility to acquire distinctiveness through continuous use in trade.

Patent Court and the Court of Appeals of The Hague offer the chance of overcoming the registration obstacle through intensive use in product marketing and advertising. Once consumers have been taught to perceive the *Mona Lisa* and the *Night Watch* as source identifiers referring to the applicant's enterprise, a registration of the famous paintings becomes possible. Furthermore, the assessment of distinctive character may differ from trademark examiner to trademark examiner. The verdict of a lack of distinctive character in the Benelux, for instance, did not prevent the EUIPO from assuming inherent distinctive character and granting EU-wide trademark rights to the *Night Watch* for the sale of strontium.¹³ An exclusion based on a conflict with public policy and principles of morality would be more robust. Proof of the acquisition of distinctive character through use is not sufficient to surmount this registration hurdle. In contrast to a refusal based on a lack of distinctiveness, the rejection of trademark rights on the ground that the application is contrary to public policy or accepted principles of morality leads to an outright exclusion—irrespective of whether the painting is distinctive or not. Instead of following this secure route, the German Federal Patent Court and the Court of Appeals of The Hague deemed it sufficient to rely on the basic requirement of distinctive character. Hence, they failed to permanently eliminate the risk of a removal of the *Mona Lisa* and the *Night Watch* from the public domain.

3. Roots of the Problem

The *Mona Lisa* and *Nachtwacht* decisions seem grounded in traditional assumptions about the field of application of public order and morality as grounds for refusal.¹⁴ The guidelines developed by the Grand Board

13. EUTM no. 016613903. As the CJEU, 6 September 2018, Case C-488/16P, *Bundesverband Souvenir – Geschenke – Ehrenpreise* ('Neuschwanstein'), para. 72, pointed out, the EU trademark system is 'an autonomous system with its own set of objectives and rules peculiar to it; it applies independently of any national system'.

Hence, the EUIPO was not bound to follow the decision on distinctiveness taken by the Court of Appeals of Brussels on the basis of the harmonized Benelux trademark system.

14. For an overview of this traditional approach, see C. Geiger/L. Machado Pontes, 'Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights', *Centre*

of Appeal of the former Office for Harmonisation in the Internal Market (OHIM), for instance, indicate that the focus has traditionally been on the offensive character of the sign as such, or the offensive character of use of a particular sign in respect of objectionable goods or services.¹⁵ The test for refusing trademark rights to a cultural sign would thus culminate in the question of whether a sufficiently broad part of the relevant public considers the sign in and of itself offensive, or finds use of the sign in relation to certain goods or services unacceptable. With regard to signs of symbolic value, the decision of the General Court of the European Union (GCEU) in *Couture Tech/OHIM* ('Soviet coat of arms') illustrates this field of application. In this case, trademark protection was sought for a figurative sign showing the coat of arms of the former Soviet Union.¹⁶ The application had been rejected by OHIM on the grounds that in Latvia and Hungary, the registration of official symbols of the former USSR would cause a conflict with public policy. Confirming this decision, the GCEU pointed out that in the assessment of a sign's offensive character, national circumstances had to be factored into the equation that were likely to influence the perception of a mark by the relevant public.¹⁷ As it seemed obvious that a substantial part of the public in Hungary and Latvia would consider the mark offensive, the application for registration had to be refused.¹⁸

This traditional focus on the offensive nature of the sign for which protection is sought, narrows the field of application with regard to cultural signs. Obviously, a sign consisting of the Mona Lisa or the Night

for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2017-01, Strasbourg: CEIPI 2017, 8-11; A. Kur/M.R.F. Senftleben, *European Trade Mark Law – A Commentary* (Oxford: Oxford University Press 2017), para. 4.205–4.218; European Copyright Society, 'Trade Mark Protection of Public Domain Works: A Comment on the Request for an Advisory Opinion of the EFTA Court: Case E-05/16: Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights – Appeal from the Municipality of Oslo', *EIPR* 39 (2017), 457 (459–460).

15. EUIPO Board of Appeal, 6 July 2006, case R 495/2005-G, *Jebaraj Kenneth trading as Screw You/OHIM* (SCREW YOU), para. 30. See also EUIPO Board of Appeal, 25 March 2003, case R 111/2002-4, *Dick Lexic Ltd. v. OHIM* (DICK & FANNY).

16. GCEU, 20 September 2011, case T-232/10, *Couture Tech Ltd/OHIM* ('Soviet coat of arms'), para. 2–3.

17. GCEU, *ibid.*, para. 36 and 53.

18. GCEU, *ibid.*, para. 57–62.

Watch is not scandalous in and of itself. Under the traditional approach, cultural signs can thus only be refused in extreme cases where the sign is placed in an objectionable context, for instance, because of the goods or services involved. An attempt to register a sign derived from Pablo Picasso's famous painting 'Guernica' for the sale of weapons might be such an example, where the goods concerned contradict the meaning of the cultural sign in question.¹⁹ As long as the traditional focus on the scandalous nature of the sign as such, or an objectionable context arising from the goods or services, is not abandoned in favour of a more flexible approach, public order and morality can hardly play an effective role with regard to cultural signs.

4. Alternative Vigeland Approach

A national precursor of a more elastic application of public order and morality can be found in the area of religious signs. In *Messias*, for example, the German Federal Patent Court denied the registration of the word mark MESSIAS for clothing, shoes and hats. Obviously, the sign as such was not offensive. To pave the way for the application of public order and morality as grounds for refusal, the Court focused on the fact that the trademark registration would lead to commercial use of the religious sign in trade.²⁰ In *Budha*, the German Federal Patent Court assumed that significant parts of the German public would perceive the word BUDHA (which the trademark applicant sought to register for perfumery, cosmetics, jewellery, watches, clothing, shoes and hats) as a reference to the Buddha as the founder of Buddhism. As the grant of trademark rights would lead to the commercial exploitation of the word 'Budha', the Court held that the trademark application was contrary to the religious or ethical values of significant parts of the German public. The relevant public would perceive the registration as offensive.²¹ The focus, therefore, switched from the offensive nature of the

19. See the discussion of this example by ECS 2017, 459–460.

20. German Federal Patent Court, 2 November 1993, case 27 W (pat) 85/92, 'Messias', *GRUR* 1994, 377.

21. German Federal Patent Court, 17 January 2007, case 28 W (pat) 66/06, 'Budha', 5.

sign to the offensive nature of the registration as a trademark and the subsequent commercialization of the religious sign.

Similar impulses for a broader application of public order and morality as grounds for refusal in cases involving cultural heritage material can follow from the milestone ruling of the EFTA Court in *Vigeland*. In this case, the EFTA Court was called upon to assess an attempt to register several artworks made by Gustav Vigeland—one of the most eminent Norwegian sculptors—as trademarks. The reason for the initiative to acquire trademark rights was the expiry of the term of copyright protection.²² The prejudicial questions came from the Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights. The Board of Appeal was wondering about the application of several grounds for refusal, including public order and morality.²³ Among other works, the underlying trademark application concerned Vigeland’s ‘Monolith’ (*Monolitten*) and ‘Angry Boy’ (*Sinnataggen*)—popular works which feature prominently in the Vigeland Installation in the centre of Oslo’s Frogner Park. Interestingly, the registration initiative had not been taken by a trademark ‘troll’ seeking to obtain rights to popular artistic works for the sole purpose of threatening users with infringement claims and pressing for excessive licence fees without any intention to make genuine use of the works itself.²⁴ On the contrary, the trademark application had been filed by the Municipality of Oslo. In respect of this remarkable step, Oslo submitted arguments to the EFTA Court which were derived from a distinction between Vigeland’s artistic work on the one hand, and the city’s commercial marketing efforts on the other. In particular, Oslo argued that

22. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo (‘Vigeland’)*, para. 20. Gustav Vigeland died on 12 March 1943.

23. EFTA Court, *ibid.*, para. 28–30.

24. For a case that has arisen from this practice, see Higher Court of Appeals of Dresden, 4 April 2000, case 14 U 3611/99, ‘Johann Sebastian Bach’, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 615. The case concerned the registration of the name and portrait of Johann Sebastian Bach as a trademark for various goods and services, including glassware, porcelain and crockery. While the trademark proprietor had not commenced using the sign himself, he systematically asserted his trademark rights against users referring to Johann Sebastian Bach. Cf. the background information given by H.-P. Götting, ‘Persönlichkeitsmerkmale von verstorbenen Personen der Zeitgeschichte als Marke’, *GRUR* 2001, 615.

[a]ll of the shapes have been exclusively connected to, and used by or through, the Municipality since the death of Gustav Vigeland in 1943. Many of these shapes are well known and valuable, in particular, due to the efforts and investments made by the Municipality.²⁵

Hence it seems that from the perspective of the Municipality of Oslo, the rights to Vigeland's works ought to be due to the city—even after copyright expiry—because of the efforts made to ensure that the works became well known. Oslo stated that no other entity could have justifiable interests in the commercial exploitation of Vigeland's works against this background.²⁶ The Municipality also pointed out that it had specifically been chosen by Gustav Vigeland to administer and safeguard his artistic reputation and memory.²⁷ Nonetheless, considerations of art custodianship, such as the need to preserve the cultural dimension of Vigeland's works by preventing third parties from attaching undesirable commercial connotations, did not play a central role in the submission to the EFTA Court.²⁸ Instead, Oslo insisted that

it should be assessed whether the value and fame of the work are related to characteristics and qualities of the artwork alone, or if the value and renown may be attributed to investments and efforts made by the Municipality.²⁹

With this strategy, the city of Oslo had little success in its own country. The Norwegian Industrial Property Office remained unimpressed and refused the trademark application on the grounds that Vigeland's works were non-distinctive, descriptive and functional. The shape of the works added substantial value to at least some of the goods, in respect of which registration was sought.³⁰ Instead of dispelling these concerns, the Board of Appeal decided to supplement the list of grounds for refusal with a further argument. It expressed the view that

25. Report for the Hearing, Judge-Rapporteur Baudenbacher, 5 October 2016, case E-5/16, *Municipality of Oslo ('Vigeland')*, para. 32.

26. Report for the Hearing, *ibid.*, para. 36.

27. Report for the Hearing, *ibid.*, para. 36.

28. Report for the Hearing, *ibid.*, para. 31–42.

29. Report for the Hearing, *ibid.*, para. 37.

30. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo ('Vigeland')*, para. 27.

a trademark registration of works belonging to the cultural heritage may be contrary to public policy or accepted principles of morality, and wondered which factors should inform the decision on these grounds for refusal.³¹

Answering this prejudicial question, the EFTA Court took several important steps towards a more flexible application of public order and morality as grounds for denying trademark rights to cultural signs. First, the EFTA Court stated that for a cultural creation to be part of the public domain, it had to be unencumbered by intellectual property rights.³² According to the EFTA Court, the legal status of ‘absence of individual protection for, or exclusive rights to, a work’³³ is the normal status of literary and artistic works and the period of copyright protection is an anomaly during which the work is withheld from a free and entirely open communication process.³⁴ Precursors of this approach can be found in the domestic law of EU Member States. The German Federal Constitutional Court, for instance, also held that a work, once published, becomes an independent factor influencing the cultural and intellectual perception of its age which increasingly evaporates in the process of its communication until the time of protection finally expires.³⁵

Second, the EFTA Court clarified the policy objectives which formed the basis of its approach. In the Court’s view, the determination

31. EFTA Court, *ibid.*, para. 28-30.

32. EFTA Court, *ibid.*, para. 66.

33. EFTA Court, *ibid.*, para. 66.

34. EFTA Court, *ibid.*, para. 66.

35. German Federal Constitutional Court, 31 May 2016, case 1 BvR 1585/13, ‘Sampling’, GRUR 2016, 690, para. 87. Cf. A. Peukert, ‘Fictitious Commodities: A Theory of Intellectual Property Inspired by Karl Polanyi’s Great Transformation’, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 29 (2019), 1151 (1180-1181); J.E. Cohen, ‘Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain’, in: L.M.C.R. Guibault/P.B. Hugenholtz (eds), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law* (The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2006), 121 (154–155); R. Kreile, ‘Die Sozialbindung des geistigen Eigentums’, in P. Badura/R. Scholz, *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag* (München 1993), 251 (257–258); P. Kirchhof, *Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums gegenüber modernen Vervielfältigungstechniken* (Heidelberg: R. v. Decker & C.F. Müller 1988), 34–35.

of a fixed time frame of copyright protection after which anyone can draw from ideas and creative content of others without limitation served the principles of legal certainty and protection of legitimate expectations.³⁶ It also served the general interest in ‘protecting creations of the mind from commercial greed’ and ‘ensuring the freedom of the arts’.³⁷

Third, the EFTA Court recalled the remarkable development of EU trademark protection in recent years: from a protection system that focuses on the protection of consumers against origin confusion, to a protection regime that recognizes investment in brand development as an independent objective of protection.³⁸ While explicitly referring to remaining differences in the configuration of copyright and trademark protection,³⁹ this modern understanding of the trademark system led to a clear articulation of the risk of wrong incentives for investment in cultural heritage grabbing:

The possibility of acquiring distinctiveness through use provided for in Article 3(3) of the Trade Mark Directive may lead undertakings, which seek to transfer the appeal of formerly copyright protected works to their goods or services, to try to appropriate the work through targeted marketing campaigns.⁴⁰

Therefore, the understanding of trademark law as an incentive and investment scheme—and trademark rights as brand exploitation instruments⁴¹—yielded the insight that the mere possibility of acquiring dis-

36. EFTA Court, *ibid.*, para. 65.

37. EFTA Court, *ibid.*, para. 65.

38. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo (‘Vigeland’)*, para. 72. Cf. Kur/Senfleben, *supra* note 14, para. 1.12-1.39.

39. EFTA Court, *ibid.*, para. 62.

40. EFTA Court, *ibid.*, para. 75. As to the risk of dysfunctional cumulation, see also ECS 2017, 458.

41. Kur/Senfleben, *supra* note 14, para. 1.29–1.39; J.C. Ginsburg, ‘Licensing Commercial Value: from Copyright to Trademarks and Back’, in I. Calboli/J. de Werra (eds), *The Law and Practice of Trademark Transactions – A Global and Local Outlook* (Cheltenham: Edward Elgar 2016), 53 (75–77); M.R.F. Senfleben, ‘The Trademark Tower of Babel – Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law’, *IIC* 40 (2009), 45 (48–49); L. Bently, ‘From Communication to Thing: Historical Aspects of the Conceptualisation of Trade Marks as Property’, in G.B. Din-

tinctiveness through use in trade could lead to rights acquisition strategies that aim at the exploitation of positive cultural connotations attached to cultural signs, such as the Mona Lisa and the Night Watch. In line with its earlier reference to the need to protect cultural creations from ‘commercial greed’, the Court thus warned against ‘targeted marketing campaigns’ seeking to derive profit from valuable cultural meanings.⁴²

On the basis of these considerations, the EFTA Court finally embarked on a closer inspection of public order and morality as grounds for refusing trademark rights to Vigeland’s artworks. In this context, the Court made a first contribution to the further development of public order and morality as grounds for refusal by clearly distinguishing two aspects: a refusal based on grounds of public policy requires an assessment of objective criteria, whereas a refusal based on accepted principles of morality implies the examination of subjective values.⁴³

woodie/M.D. Janis (eds), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research* (Cheltenham: Edward Elgar 2008), 3 (15–41); J.E. Schroeder, ‘Brand Culture: Trade Marks, Marketing and Consumption’, in L. Bently, J. Davis/J.C. Ginsburg (eds), *Trade Marks and Brands – An Interdisciplinary Critique* (Cambridge: Cambridge University Press 2008), 161 (161); R.G. Bone, ‘Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law’, *Boston University Law Review* 86 (2006), 547 (549); J. Moskin, ‘Victoria’s Big Secret: Whither Dilution Under the Federal Dilution Act’, *The Trademark Reporter* 93 (2004), 842–859 (843–844); G.B. Dinwoodie, ‘Trademark and Copyright: Complements or Competitors?’, in: J.C. Ginsburg/J.M. Besek (eds), *Adjuncts and Alternatives to Copyright – Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001* (New York: Kernochan Center for Law, Media and the Arts, Columbia University School of Law 2002), 498 (503–504); S. Casparie-Kerdel, ‘Dilution Disguised: Has the Concept of Trade Mark Dilution Made its Way into the Laws of Europe?’, *EIPR* 2001, 185 (185-186); G.S. Lunney, Jr, ‘Trademark Monopolies’, *Emory Law Journal* 48 (1999), 367 (437–439); M.A. Lemley, ‘The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense’, *Yale Law Journal* 108 (1999), 1687 (1694–1698); R.S. Brown, ‘Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols’, *Yale Law Journal* 108 (1999), 1619 (1619–1620); R.C. Dreyfuss, ‘Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation’, *Notre Dame Law Review* 65 (1990), 397 (397–398); M. Lehmann, ‘Die wettbewerbswidrige Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben—Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland’, *GRUR – International Teil* (1986), 6 (14–17).

42. EFTA Court, *ibid.*, para. 65 and 75.

43. EFTA Court, *ibid.*, para. 84–86. As to the innovative character of the decision, see Geiger/Machado Pontes, *supra* note 14, 11–12, who place the judgment in the con-

As to the subjective criterion of a conflict with accepted principles of morality, the Court underlined the necessity to examine on a case-by-case basis how the relevant public would perceive the sign at issue. In line with the traditional approach outlined above,⁴⁴ the Court posed the question of whether Vigeland's works—in and of themselves—would be considered offensive by reasonable consumers with average sensitivity and tolerance thresholds.⁴⁵ Quite clearly, this question could be answered in the negative.⁴⁶ The EFTA Court, however, went beyond this standard analysis and added an important nuance by holding that

certain pieces of art may enjoy a particular status as prominent parts of a nation's cultural heritage, an emblem of sovereignty or of the nation's foundations and values. A trade mark registration may even be considered a misappropriation or a desecration of the artist's work, in particular if it is granted for goods or services that contradict the values of the artist or the message communicated through the artwork in question. Therefore, the possibility cannot be ruled out that trade mark registration of an artwork may be perceived by the average consumer in the EEA State in question as offensive and therefore as contrary to accepted principles of morality.⁴⁷

This addition is remarkable. With this statement, the EFTA Court departed from the traditional focus on the scandalous nature of the sign itself. A refusal based on accepted principles of morality may also follow from a finding that the relevant public perceives the trademark registration of an artwork as offensive.⁴⁸ In this way, the EFTA Court substantially broadened the field of application of the ground of refusal. It

text of previous EU office practice.

44. For an overview, see Geiger/Machado Pontes, *supra* note 14, 8–11; Kur/Senftleben, *supra* note 14, para. 4.205–4.218; European Copyright Society, *supra* note 14, 459–460.

45. EFTA Court, *ibid.*, para. 89–90 and 93.

46. EFTA Court, *ibid.*, para. 91.

47. EFTA Court, *ibid.*, para. 92.

48. EFTA Court, *ibid.*, para. 92. For the discussion of a similar concept of 'cultural offensiveness' that has evolved in New Zealand in respect of signs of indigenous peoples, see S.R. Frankel, 'Third-Party Trade Marks as a Violation of Indigenous Cultural Property – A New Statutory Safeguard', *Journal of World Intellectual Property* 2005, 83 (87–91).

extended the above-described broader perspective—including the possibility of the public’s perceiving the registration for use in commerce as offensive—from religious signs⁴⁹ to signs with cultural significance. While in the past the offensive nature of the cultural sign or its attachment to scandalous goods or services was decisive,⁵⁰ the offensive nature of the attempt to register a cultural sign as a trademark offers an alternative avenue for a refusal based on a conflict with morality in line with the approach taken by the EFTA Court.⁵¹

As to the second aspect—the objective criterion of a conflict with public policy—the EFTA Court noted that ‘public policy’ referred to principles and standards regarded to be of a fundamental concern to the state and the whole of society. Therefore, a refusal based on public policy required exceptional circumstances, namely ‘a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society’.⁵² Nonetheless, the Court saw room for applying this ground for refusal in the context of artwork registrations:

An artwork may be refused registration, for example, under the circumstances that its registration is regarded as a genuine and serious threat to certain fundamental values or where the need to safeguard the public domain, itself, is considered a fundamental interest of society.⁵³

As in the context of accepted principles of morality, the EFTA Court stated that a genuine and serious threat to public policy could follow from the trademark registration of an artwork.⁵⁴ The Court thus confirmed the substantial broadening of the scope of the ground for refusal: not only the nature of the sign at issue but also the registration attempt as such can be sufficient to justify a refusal based on public order.

49. German Federal Patent Court, 17 January 2007, case 28 W (pat) 66/06, ‘Budha’, 5.

50. EUIPO Board of Appeal, 6 July 2006, case R 495/2005-G, *Jebbaraj Kenneth trading as Screw You/OHIM* (SCREW YOU), para. 30; EUIPO Board of Appeal, 25 March 2003, case R 111/2002-4, *Dick Lexic Ltd. v. OHIM* (DICK & FANNY).

51. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo* (‘Vigeland’), para. 93. Cf. Basire, *supra* note 12, 435.

52. EFTA Court, *ibid.*, para. 94–96.

53. EFTA Court, *ibid.*, para. 96.

54. EFTA Court, *ibid.*, para. 96.

However, the EFTA Court could hardly carry out a more concrete assessment of the situation surrounding the application filed by the Municipality of Oslo. Given the discretion enjoyed by the national authorities in this respect, it was for the Norwegian office and courts to determine whether these requirements were met in the *Vigeland* case. In fact, the Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights finally denied the trademark registration of Vigeland's artworks on the basis of public order considerations. The Board of Appeal saw a conflict with public order arising from the registration of Vigeland's works as trademarks

due to the signs depicting works of art which hold considerable cultural value to Norwegian society, and partly because the temporal limitation of the copyright protection period pursuant to the Copyrights Act is meant to safeguard fundamental societal considerations [...].⁵⁵

The Board of Appeal thus combined two lines of reasoning which the EFTA Court had declared valid in the context of the public order assessment. First, the Board of Appeal held that, because of significant cultural value, the registration of Vigeland's artworks threatens fundamental values of Norwegian society. Second, the Board stated that the temporal limitation of copyright constituted a fundamental interest of Norwegian society.⁵⁶ Offering further support for its refusal of trademark protection, the Board also pointed to unfair competitive advantages that could follow from free riding on the positive reputation which the artworks had already acquired during the term of copyright protection:

[n]ot only are there no costs in connection with development of a trademark, but the sign is in itself already known as a work of art and connected to something positive. As a result, there is no need to build consumer recognition of the mark or to generate the positive associations required for reoccurring purchases [...].⁵⁷

55. Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights, 13 November 2017, cases 16/00148, 16/00149, 16/00150, 16/00151, 16/00153 and 16/00154, '*Vigeland*', para. 14.

56. Cf. the arguments recognized by the EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo ('Vigeland')*, para. 96.

57. Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights, *ibid.*, para. 23.

Finally, the Board made it clear that the intention of art investment and art custodianship did not constitute a legitimate interest in trademark law that could supersede the considerations and fundamental societal interests underlying the limitation of the term of copyright protection.⁵⁸

This final outcome⁵⁹ shows that the EFTA Court has provided important, exemplary lines of argument in *Vigeland* for a more systematic exclusion of cultural heritage material from trademark protection on the basis of public policy or morality. As already pointed out, this solution is more robust and complete than a refusal based on a lack of distinctiveness. The acquisition of distinctive character through use in trade does not affect a refusal based on public order or morality. As the Norwegian Board of Appeal finally qualified the *registration* of Vigeland's artworks—not the artworks themselves and not the context arising from use in respect of specific goods or services—as contrary to public order, the refusal of trademark rights also applies across the whole spectrum of goods and services. As the focus is on the mere fact of registration for use in commerce, any trademark registration is impermissible regardless of the goods or services involved.

5. Morality as a Ground for Refusal After Vigeland

Given the described groundbreaking nature of the *Vigeland* decision, it is important to explore the full potential of the arguments which the EFTA Court developed, to pave the way for a broader application of public order and morality as grounds for refusing trademark rights in cultural heritage material. With regard to morality as a ground for refusal, the EFTA Court provided two core arguments for an outright exclusion:

1. the relevant public may perceive the registration as a trademark as offensive because certain pieces of art enjoy a 'particular status as prominent parts of a nation's cultural heritage, an emblem of sov-

58. Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights, *ibid.*, para. 24. Cf. Basire, *supra* note 12, 435.

59. The Municipality of Oslo did not appeal the decision of the Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights. The decision of the Board thus remained the final word in the matter.

ereignty or of the nation's foundations and values'⁶⁰ (morality ground 1);

2. the relevant public may perceive the registration as a trademark as offensive because it would lead to a 'misappropriation or a desecration of the artist's work, in particular if it is granted for goods or services that contradict values of the artist or the message communicated through the artwork in question'⁶¹ (morality ground 2).

5.1. Misappropriation and Desecration Arguments

At first sight, the latter argument focusing on misappropriation or desecration (morality ground 2) may appear narrow. Quite clearly, the scenario mentioned above—an attempt to register a distinctive element of Pablo Picasso's *Guernica* for the marketing of weapons—would fall within this category. However, this example also illustrates potential limits of the approach. While consumers may regard the registration in respect of weapons as a desecration of the artwork in the light of the painting's message, the outcome may be different when the trademark application concerns goods and services that do not contradict the values conveyed by the painting. If interpreted strictly, the desecration argument will thus fail in many cases.

However, the EFTA Court used the words 'in particular'⁶² to introduce the scenario in which goods or services contradict values communicated through the artwork. This specific example does not prevent the invocation of the desecration argument in other cases. In particular, it does not prevent the use of morality as a ground for refusal when the registration of a cultural sign as a trademark is likely to trigger a redefinition process in the commercial domain that is undesirable from the perspective of the cultural imperative.⁶³ Arguably, the attachment of marketing messages blurs a sign's cultural meaning and reduces its potential to serve as a reference point for the discourse in the artistic domain. The original message of the artwork may even be suppressed and

60. EFTA Court, *ibid.*, para. 92.

61. EFTA Court, *ibid.*, para. 92.

62. EFTA Court, *ibid.*, para. 92.

63. Cf. Senftleben, *supra* note 11, 293–299.

lost in the end.⁶⁴ In other words, it may be argued that, regardless of the goods and services involved, the grant of trademark rights to cultural heritage material *always* leads to a desecration of the artist's work, namely the desecration following from the attachment of commercial marketing messages that interfere with the sign's cultural meaning.⁶⁵ A trademark registration entails the obligation to make genuine use of the registered sign as a trademark. This, in turn, requires the attachment of commercial marketing messages to the affected sign. The desecration of an artwork is thus inherent in the grant of trademark protection. Viewed from this perspective, the argument applies across all goods and services and has the potential to categorically exclude cultural heritage signs from trademark protection. Consumers may perceive the attachment of marketing messages to cultural heritage material as offensive because it suppresses the sign's cultural meaning and desecrates the artwork in this way.

The second aspect of morality ground 2—the EFTA Court referred not only to 'desecration' but also to 'misappropriation' of the artist's work⁶⁶—can have a broad exclusionary effect as well. In *Shield Mark/Kist*—the CJEU case that concerned an attempt to register, among other signs, the first nine notes of Ludwig van Beethoven's piano piece 'Für Elise' as a trademark—Advocate General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer addressed the misappropriation risk. He expressed the view that it was difficult to accept

that a creation of the mind, which forms part of the universal cultural heritage, should be appropriated indefinitely by a person to be used on the market in order to distinguish the goods he produces or the services

64. K. Assaf, 'Der Markenschutz und seine kulturelle Bedeutung: Ein Vergleich des deutschen mit dem US-amerikanischen Recht', *GRUR Int.* 2009, 1 (2-3); M.R.F. Senftleben, 'Der kulturelle Imperativ des Urheberrechts', in M. Weller/N.B. Kemle/T. Dreier (eds), *Kunst im Markt – Kunst im Recht* (Baden-Baden: Nomos 2010), 75 (75); A. Wandtke/W. Bullinger, 'Die Marke als urheberrechtlich schutzfähiges Werk', *GRUR* 1997, 573 (578).

65. Cf. Frankel, *supra* note 48, 88 and 94, who describes the formal recognition of cultural offensiveness—in the sense of the use of cultural symbols in inappropriate commercial contexts—with regard to symbols of Māori culture in the trademark legislation of New Zealand.

66. EFTA Court, *ibid.*, para. 92.

he provides with an exclusivity which not even its author's estate enjoys.⁶⁷

In the light of this statement, it is conceivable that consumers with a similar feeling of unease regard the registration of a cultural sign as an offensive misappropriation of the artist's work by third parties who—unlike the author's heirs—do not have a family connection. In this line of reasoning, the ground for refusal, again, applies across the whole spectrum of goods and services and leads to an outright exclusion of trademark protection. At the same time, Colomer's statement may set limits to the misappropriation approach. What if an author's estate itself files the trademark application? Would the close connection with the author legitimize the registration attempt in the eyes of the relevant public? If so, the misappropriation argument would be rendered inapplicable. This, however, need not lead to a trademark registration. The desecration argument offers an alternative basis for an outright exclusion. As other trademark proprietors, the author's estate is bound to make genuine use of the cultural sign once it is registered as a trademark. The registration exposes the affected sign to the risk of desecration as a result of use for commercial marketing purposes. The refusal of trademark rights, thus, follows from the need to avoid the desecration of the artist's work. The fact that, in this case, the author's estate registers the sign and controls the use in commerce does not eliminate the desecration risk.

On balance, the amalgam of desecration and misappropriation considerations which the EFTA Court applied to establish morality ground 2, can thus have a far-reaching exclusionary effect. It can be a powerful legal instrument to keep cultural signs outside the trademark system. The exclusionary effect will be particularly strong when the commercial redefinition of the sign's meaning in the context of use in trade is qualified as a desecration of the artist's work.

67. Opinion of Advocate General Colomer, 3 April 2003, case C-283/01, *Shield Mark/Kist*, para. 52.

5.2. Particular National Status Arguments

Morality ground 1 refers to a scenario where the relevant public finds the trademark registration offensive because the affected sign constitutes a prominent part of a nation's cultural heritage, an emblem of sovereignty or an emblem of a nation's foundations and values.⁶⁸ From the outset, this ground for a refusal is confined to signs with a particular status. It is incapable of covering all kinds of signs with cultural significance. Nonetheless, practical experiences with cases involving signs that are important national cultural heritage, emblems of sovereignty or emblems of a nation's foundations and values, show that there is room for a broader application of this line of argument. In the above-described *Nachtwacht* case, for instance, the Court of Appeals of The Hague explicitly pointed out that the Night Watch was 'carved in the collective memory of the inhabitants of the Benelux'.⁶⁹ Nonetheless, the Court refrained from a refusal based on a conflict with morality and relied on a lack of distinctiveness instead.⁷⁰ In fact, this is a missed opportunity. As the painting plays such a prominent role in the collective memory of the Benelux population, it would only have been a small step to assume that Benelux consumers would perceive the registration of the Night Watch—one of the most prominent parts of their cultural heritage—as offensive.

Hence it becomes apparent that trademark judges and examiners are not exhausting the full potential of morality considerations relating to a sign's particular status in the pantheon of a nation's cultural heritage, emblems of sovereignty or symbols of state foundations and societal values. This reluctance is problematic. While the aforementioned misappropriation and desecration arguments focus on a sign's meaning in the cultural domain (morality ground 2), the consideration of a sign's status as national cultural heritage, an emblem of sovereignty, or a symbol of state foundations and values (morality ground 1) allows the social and political dimension of cultural signs to enter the picture.

68. EFTA Court, *ibid.*, para. 92.

69. Court of Appeals of The Hague, 29 August 2017, case 200.205.771/01, ECLI:NL:GHDHA:2017:2446, *Chiever/Benelux-Organisatie voor de Intellectuele Eigendom ('Nachtwacht')*, para. 12.

70. Court of Appeals of The Hague, *ibid.*, para. 8-9.

Taken together, the two categories of morality considerations identified by the EFTA Court offer a broad spectrum of reference points for the inquiry into a conflict with morality.

5.3. Impact of Consumer Perception

As the EFTA Court pointed out, however, a conflict with morality is a subjective criterion—subjective in the sense that the perception of reasonable consumers with average sensitivity and tolerance thresholds is decisive.⁷¹ Accordingly, an examiner or judge following in the footsteps of the EFTA Court cannot posit readily that the registration of a given work of art would lead to the misappropriation or desecration of the artist's work. The central question is whether the relevant public would find the registration attempt unacceptable for this reason. In the case of artworks, the need to assess the situation through the lens of consumer perception raises further questions about the level of knowledge and sensitivity of the relevant public. Can consumers be expected to recognize the risk of a redefinition and devaluation of cultural signs as a result of use as trademarks? Do consumers have sufficient knowledge of the values and messages underlying affected artworks? Even if these works are not widely known?

In other words, it is important to clarify the reference point for the assessment. Quite clearly, an assessment based on the perception of consumers with sufficient awareness of matters of art and culture may enhance the potential of morality considerations to achieve a categorical exclusion of cultural signs from trademark protection, whereas an assessment based on the perception of consumers not caring too much about matters of art may reduce this potential and limit the exclusionary effect of the ground for refusal. In practice, the consumer standard that is currently applied in the EU to assess conflicts with accepted principles of morality is the 'reasonable person with average thresholds of sensitivity and tolerance'.⁷² According to the CJEU, the assessment

71. EFTA Court, *ibid.*, para. 89-90 and 93. Cf. CJEU, 27 February 2020, case C-240/18P, *Constantin Film/EUIPO* ('*Fack Ju Göhte*'), para. 42; GCEU, 15 March 2018, Case T-1/17, *La Mafia Franchises/EUIPO*, para. 26.

72. EFTA Court, *ibid.*, para. 90; CJEU, 27 February 2020, case C-240/18P, *Constantin Film/EUIPO* ('*Fack Ju Göhte*'), para. 42; GCEU, 15 March 2018, case T-1/17, *La Ma-*

from the perspective of this consumer must shed light on the ‘fundamental moral values and standards’ to which society adheres at the time of assessment: the prevailing ‘social consensus’.⁷³ In *Constantin Film*, the CJEU emphasized that this determination should not be confined to an abstract assessment of the allegedly scandalous sign. The case concerned an attempt to register the title of the German film ‘Fack Ju Göhte’ (a phonetic transcription of ‘Fuck you, Goethe’ in German).⁷⁴ Considering the enormous success of the comedy among the German-speaking public and its worldwide educational use by the Goethe Institute,⁷⁵ the Court insisted on an assessment that includes the ‘concrete and current social context’ to ascertain whether the relevant public finds the sign acceptable despite its vulgar nature.⁷⁶ As there were no indications that the film title had caused a controversy in Germany or Austria, the CJEU saw no reason to assume a conflict with morality.⁷⁷

Quite clearly, the consideration of the ‘concrete and current social context’ surrounding a sign allows empirical findings to enter the picture, such as the popularity of a film with a vulgar title and its use by a renowned cultural institution. The consumer standard on which the assessment is to be based, however, is far from empirical reality. The qualification of relevant consumers as ‘reasonable’ with ‘average thresholds of sensitivity and tolerance’⁷⁸ indicates that this consumer is a normative fiction. As Graeme Dinwoodie and Dev Gangjee rightly observed with regard to normative connotations of the average consumer in the infringement analysis,

[t]he more that the reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect consumer is a normative fiction, the greater the scope for the CJEU to create legal rules that establish EU-wide standards. The more empirical that question becomes, then the greater the role of national courts and the more likely that divergent market realities in

via Franchises/EUIPO, para. 26.

73. CJEU, *ibid.*, para. 39.

74. CJEU, *ibid.*, para. 46.

75. CJEU, *ibid.*, para. 52.

76. CJEU, *ibid.*, para. 43.

77. CJEU, *ibid.*, para. 52–53.

78. CJEU, *ibid.*, para. 42.

Europe will result in different outcomes with adverse effects on the creation of an integrated market.⁷⁹

Applying this insight to the prototype of a reasonable consumer with average sensitivity and tolerance thresholds in morality cases, it can thus be said that the assessment of consumer perception need not depend exclusively on empirical findings. Normative assumptions, such as the undesirability of trademark rights that may hamper the use of cultural heritage material as a basis of new literary and artistic creations,⁸⁰ can influence the determination of the degree of sensitivity and tolerance that is ascribed to the relevant consumer. The inclusion of normative considerations in the assessment is not unusual.⁸¹ In *La Mafia Franchises*, the GCEU had to decide on the offensive nature of a figurative trademark showing a red rose and the slogan ‘La Mafia se enta a la mesa’ for restaurant services offered in themed restaurants, clothing and footwear, and business management and organization consultancy services.⁸² As the words ‘La Mafia’ constituted the dominant element of the mark,⁸³ the analysis focused on the question of how the relevant public—reasonable consumers with average sensitivity and tolerance thresholds—would perceive that sign. The GCEU emphasized that the word element ‘La Mafia’ was understood worldwide as a reference to a criminal organization involved in illegal activities, such as drug and arms trafficking, money laundering and corruption, and not shying away from intimidation, physical violence and murder.⁸⁴ The Court went on to explain that such criminal activities breached the very values on which the EU was founded, in particular the values of respect

79. G.B. Dinwoodie/D.S. Gangjee, ‘The Image of the Consumer in European Trade Mark Law’, in D. Leczykiewicz/S. Weatherill (eds), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2016), 339 (367).

80. Cf. Senftleben, *supra* note 11, 200–205.

81. For instance, see the assessment in GCEU, 20 September 2011, case T-232/10, *Couture Tech Ltd/OHIM* (‘Soviet coat of arms’), para. 57-62, where the Court derived a conflict with accepted principles of morality from legislation prohibiting the use of the type of signs for which registration was sought.

82. GCEU, 15 March 2018, case T-1/17, *La Mafia Franchises/EUIPO*, para. 1–3.

83. GCEU, *ibid.*, para. 32.

84. GCEU, *ibid.*, para. 35.

for human dignity and freedom (Article 2 of the Treaty on European Union) and the right to life, integrity of the person, liberty and security (Articles 2, 3 and 6 of the Charter of Fundamental Rights). Those values were indivisible and made up the spiritual and moral heritage of the EU.⁸⁵ In sharp contrast to the illicit practices of the criminal organization, the connection with the sentence ‘se sienta a la mesa’ (‘takes a seat at the table’ in Spanish), trivialized the violence of Mafia activities by referring to the idea of sharing a meal and, thus, conviviality and relaxation.⁸⁶ Based on these findings and normative considerations, the Court arrived at the conclusion that

the contested mark, considered as a whole, refers to a criminal organisation, conveys a globally positive image of that organisation and, therefore, trivialises the serious harm done by that organisation to the fundamental values of the European Union [...]. The contested mark is therefore likely to shock or offend not only the victims of that criminal organisation and their families, but also any person who, on EU territory, encounters that mark and has average sensitivity and tolerance thresholds.⁸⁷

On its merits, the Court thus inferred from normative values reflected in primary EU legislation that the relevant public had to find the mark scandalous. In the light of the values at stake, it was inconceivable for the Court that any EU citizen could accept the trademark registration. The way in which the Court dealt with counterarguments pointing to acceptance of references to the Mafia in the creative sector, confirms this impression. The GCEU remained unimpressed by the defence argument that the Mafia was often the subject of fictional accounts in literature and in cinema, and that the registration was not intended to shock or offend, but to allude to the ‘Godfather’ film series on which the concept of the themed restaurants using the figurative mark was based.⁸⁸ The Court dismissed these arguments by stating that the existence of Mafia books and films in no way altered the perception of the

85. GCEU, *ibid.*, para. 36.

86. GCEU, *ibid.*, para. 45.

87. GCEU, *ibid.*, para. 47.

88. GCEU, *ibid.*, para. 39–42.

harm done by that organization.⁸⁹ It thus disregarded starting points for an inquiry into the empirical reality of consumer perception and, instead, relied on normative considerations focusing on the seriousness of the crimes committed by the criminal organization. Arguably, an empirical analysis could have led to a different outcome. Use of Mafia insignia in films and books impact consumer perception and raise the question whether a reasonable consumer with average sensitivity and tolerance thresholds would place the contested Mafia trademark in the context of the Mafia genre in the creative sector (and find the trademark acceptable), or see a connection with the organization's crimes (and find the trademark unacceptable).

With regard to the question of whether the registration of cultural signs as trademarks gives rise to a conflict with morality, the decision in *La Mafia Franchises* offers important insights. It shows that normative considerations can play a crucial role. The assessment need not follow the dictates of empirical findings reflecting consumer perception. By contrast, the normative construct of a reasonable consumer with average sensitivity and tolerance thresholds allows judges and examiners to make assumptions about the perception of a contested sign in the light of societal values. Hence, the analysis need not remain limited to the question of how consumers of flesh and blood actually perceive the sign. Instead, it is decisive which perception one would expect from the prototype of a reasonable consumer with average sensitivity and tolerance thresholds who knows and cares about overarching societal values. This normative colouring paves the way for a value-based evaluation of cultural signs with the status of important cultural heritage, an emblem of state sovereignty or a symbol of societal foundations and values (morality ground 1). It also offers the opportunity of a value-based assessment when the risk of artwork misappropriation or desecration (morality ground 2) is central to the analysis and the inquiry into consumer perception must address concerns about an undesirable redefinition and devaluation of cultural signs in the commercial domain of trade. The focus on the 'concrete and current social context' in *Constantin Film*⁹⁰ does not preclude the inclusion of normative considerations. As the CJEU also pointed out in *Constantin Film*, the yardstick for

89. GCEU, *ibid.*, para. 43.

assessing the concrete and current social context remains the ‘reasonable person with average thresholds of sensitivity and tolerance’.⁹¹ This reasonable person, however, is the ‘normative fiction’⁹² that offers room for the inclusion of normative considerations, such as sufficient sensitivity regarding the risk of blurring and suppressing the cultural meaning of affected signs through use for marketing purposes and devaluing them for the discourse in the artistic domain.⁹³

6. Public Order as a Ground for Refusal After Vigeland

In *Vigeland*, the EFTA Court characterized public order considerations as objective criteria in the sense of not requiring an assessment through the prism of consumer perception.⁹⁴ The assessment can thus focus directly on the objective to safeguard the public domain—regardless of whether consumers would find the registration of a cultural sign objectionable. As to relevant public order criteria, the Court provided the following central arguments for an outright exclusion of cultural signs from trademark protection:

1. the registration as a trademark would pose a genuine and sufficiently serious threat to ‘certain fundamental values’,⁹⁵ ‘a fundamental interest of society’⁹⁶ or ‘a fundamental concern to the State and the whole of society’⁹⁷ (public order ground 1);
2. the registration as a trademark would run counter to the need to safeguard the public domain, which amounts to a genuine and ser-

90. CJEU, 27 February 2020, case C-240/18P, *Constantin Film/EUIPO* (‘*Fack Ju Göhte*’), para. 43.

91. CJEU, *ibid.*, para. 42.

92. Dinwoodie/Gangjee, *supra* note 79, 367.

93. Cf. Senftleben, *supra* note 11, 293–299.

94. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo* (‘*Vigeland*’), para. 84–86.

95. EFTA Court, *ibid.*, para. 96.

96. EFTA Court, *ibid.*, para. 95.

97. EFTA Court, *ibid.*, para. 94.

ious threat if this need ‘itself, is considered a fundamental interest of society’⁹⁸ (public order ground 2).

As with the morality argument, these lines of reasoning have the potential to effectively achieve a categorical exclusion of cultural signs from trademark protection across the whole spectrum of goods and services.

6.1. Need to Safeguard the Public Domain

Public order ground 2—referring to public domain preservation as a fundamental interest of society—directly addresses the cultural concerns at stake. It can be seen as a special case of the broader reference to fundamental interests, values and concerns of society in public order ground 1. On its merits, public order ground 2 deals with a specific scenario where a legal system recognizes public domain preservation and cultivation as a fundamental societal interest in its own right—with the consequence that attempts to reappropriate cultural public domain material on the basis of trademark law, and attempts to prevent literary and artistic works from entering the public domain at the end of copyright protection, automatically give rise to a conflict with this element of *ordre public*.

As to a theoretical groundwork capable of elevating public domain preservation and cultivation to an independent element of public order, Séverine Dusollier explicitly recognized that, in order to immunize the public domain of cultural expressions from renewed commodification on the basis of trademark rights,

the registration of a trademark should be denied when it would lead to the reconstitution of a monopoly akin to that provided formerly by copyright and preventing use of the work in creative expression. The public interest or general interest could be taken into account as a ground for such a refusal.⁹⁹

To strengthen the arsenal of legal tools contributing to public domain preservation, Dusollier proposes the qualification of the public domain

98. EFTA Court, *ibid.*, para. 96.

99. S. Dusollier, ‘A Positive Status for the Public Domain’, in D. Beldiman (ed.), *Innovation, Competition and Collaboration* (Cheltenham: Edward Elgar 2015), 135 (163).

as a *res communis*: a legal status that implies the prohibition of ‘a recapture of the work as a whole’ and guarantees ‘collective use of the work’ in the sense of an entitlement of each member of the public to use, modify, exploit, reproduce and create new works from public domain material.¹⁰⁰ In the light of the *Vigeland* decision, a refusal of trademark protection because of a conflict with *ordre public* appears as a first step in the right direction from this perspective. Commenting on the above-described *Mona Lisa* decision of the German Federal Patent Court,¹⁰¹ Wilhelm Nordemann argued for a broad concept of public order, including the entirety of all legally binding laws that are currently in force. As copyright legislation belongs to this circle of binding laws, Nordemann argued that a trademark proprietor’s exclusive right to a work in the public domain had to end where the assertion of the trademark right would run counter to the free use of the public domain material concerned—irrespective of whether the use took place in the private sphere or in commerce.¹⁰² Based on this recognition of copyright’s public domain principle as an element of *ordre public*, Nordemann saw room for limiting the exclusive right of trademark owners in cases where the exercise of this right would impede use in the cultural domain.¹⁰³

100. Dusollier, *ibid.*, 167.

101. German Federal Patent Court, 25 November 1997, case 24 W (pat) 188/96, *Mona Lisa*, *GRUR* 1998, 1021–1023.

102. W. Nordemann, ‘Mona Lisa als Marke’, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 1997, 389 (391). Cf. also F. Klinkert/F. Schwab, ‘Markenrechtlicher Raubbau an gemeinfreien Werken – ein richtungsweisendes “Machtwort” durch den Mona Lisa-Beschluss des Bundespatentgerichts’, *GRUR* 101 (1999), 1067 (1073); R. Osenberg, ‘Markenschutz für urheberrechtlich gemeinfreie Werkteile’, *GRUR* 98 (1996), 101 (102–104). For an overview of the debate in Germany, see A. Geier, *Schutzkumulationen* (Tübingen: Mohr Siebeck 2015), 158–162.

103. According to Nordemann, *supra* note 102, 391, this limitation would only have effect when the trademark owner seeks to prohibit use in relation to cultural productions, such as use on a book cover. For an approach seeking to establish the public domain principle in international intellectual property law, see K. Köklü/S. Nérison, ‘How Public Is the Public Domain? The Perpetual Protection of Inventions, Designs and Works by Trademarks’, in H. Ullrich/R.M. Hilty/M. Lamping/J. Drexel (eds), *TRIPS plus 20 – From Trade Rules to Market Principles* (Berlin/Heidelberg: Springer 2016), 561 (573–577).

Nordemann's broad concept of public order is in line with the concept of 'constitutional order' in the German Constitution (*Grundgesetz*). Article 2(1) of the German Constitution guarantees a person's general freedom of action.¹⁰⁴ With regard to this fundamental freedom, the German Federal Constitutional Court held that the concept of 'constitutional order' was not confined to the norms of the *Grundgesetz* or fundamental constitutional principles. It encompassed every legal norm which formally and substantially complied with the *Grundgesetz*.¹⁰⁵ A person's freedom to act, in other words, falls within the constitutional guarantee of freedom as long as it keeps within the legal framework set by the entirety of legal norms satisfying the requirements of the Constitution. Applying this line of reasoning to the problem of copyright/trademark overlaps, it may be said that the registration of public domain material as a trademark, and the invocation of trademark rights to a cultural sign after the expiry of copyright protection, are illegitimate actions and in conflict with public order because they thwart the public domain principle (limited term of protection) in copyright law—a copyright rule that is formally and substantially in conformity with constitutional norms. This line of argument goes beyond Nordemann's proposal of a mere limitation of trademark rights. It employs public order—understood broadly as a reference to all legally binding laws that comply with a country's constitution—to arrive at an outright exclusion of cultural signs from trademark protection.

With regard to the evident counterargument that not only copyright but also trademark law has the status of legally binding and constitutional legislation, Friedrich Klinkert and Florian Schwab argued convincingly in the German debate about the *Mona Lisa* decision that, as an absolute ground for refusal in trademark law, a conflict with public order provided room within the trademark system to take account of the public domain principle stemming from copyright law. Given this openness of the trademark system, the recognition of copyright's pub-

104. Article 2(1) *Grundgesetz*, available in English at <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/>, reads as follows: 'Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.'

105. German Federal Constitutional Court, 16 January 1957, case 1 BvR 253/56, 'Elfes', BVerfGE 6, 32 (37-38), *Neue Juristische Wochenschrift* 1957, 297.

lic domain principle did not presuppose a higher rank of copyright legislation. Deference to copyright's public domain principle in trademark law simply ensured the most harmonious interplay of two sets of laws with the same rank in the norm hierarchy.¹⁰⁶ As use of a broad concept of public order leads to the most consistent calibration of the relationship between copyright and trademark legislation, this solution is better than an interpretation that would neglect the public domain principle when taking registration decisions in trademark law.

Hence, it may be posited that, as a legally binding and constitutional rule, copyright's public domain principle—the obligation to leave the public domain of cultural expressions intact as a basis for the artistic discourse,¹⁰⁷ and the obligation to release a literary and artistic work into the public domain in exchange for the enjoyment of exclusive rights during the term of copyright protection—falls within the scope of the concept of public order.

To this day, this argument remains underdeveloped in case law. In *Medusa*—a decision of the German Federal Court of Justice where the defendant referred to the ancient 'Medusa Rondanini' exhibited in the Glyptothek in Munich to demonstrate that he had not copied Versace's Medusa logo—the Court tersely concluded that the public domain status of a sign did not prevent its use as a trademark. In infringement proceedings, the judge was bound by the office decision to grant trademark rights and could not rely on a sign's public domain status to deny actionable trademark use.¹⁰⁸ In the aforementioned decision *Winston Churchill*—concerning the registration of Churchill's name and portrait as trademarks for cigars—the Dutch Supreme Court held that, in principle, the unauthorized communication of a portrait to the public may amount to an offence under Article 35 of the Dutch Copyright Act (*Auteurswet*, as in force at the time of the decision) and conflict with

106. Klinkert/Schwab, *supra* note 102, 1070–1071.

107. As to underlying copyright theory, see J. Locke, *Two Treatises of Government* (3rd ed., London: Awnsham) and John Churchill 1698, book II chapter 5 § 27; W.J. Gordon, 'A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property', *Yale Law Journal* 102 (1993), 1533 (1562–1564).

108. German Federal Court of Justice, 24 November 2011, case I ZR 175/09, 'Medusa', para. 19–20.

public order for this reason.¹⁰⁹ Hence, the Court acknowledged that the infringement of a norm of copyright law (Articles 19 to 21 of the Dutch Copyright Act set forth provisions regulating the protection of portraits) can give rise to a conflict with public order. In the concrete case, however, the requirements for the assumption of an offence were not fulfilled.¹¹⁰ Moreover, the facts of the case did not offer starting points for the Court to discuss whether an encroachment upon copyright's public domain principle could come into conflict with public order even though the Dutch Copyright Act did not (and still does not) contain criminal provisions seeking to safeguard the *quid pro quo* underlying the grant of protection.¹¹¹

In U.S. case law, copyright's *quid pro quo*—copyright protection is granted with the ultimate goal in mind that the protected work will finally enter the public domain and enrich the reservoir of cultural expressions that can serve as a basis of new productions—features more prominently. The U.S. Supreme Court emphasized in *Dastar/Twentieth Century Fox* that it was necessary to shield the *quid pro quo* underlying copyright law from the corrosive effect of protection regimes with potentially indefinite rights. In this context, the Court explicitly referred to the 'carefully crafted bargain' that regulated the interplay between the grant of copyright and freedom of use after copyright expiry.¹¹² In its earlier decision in *Graham/John Deere*, the U.S. Supreme Court had already recognized the need to preserve the public domain of technical know-how in the context of patent law. According to the Court, Congress may not authorize the issuance of patents whose effects were to remove existent knowledge from the public domain, or restrict free access to materials already available.¹¹³ However, the Court clarified in *Eldred/Ashcroft* and *Golan/Holder* that this passage of its earlier decision

109. Dutch Supreme Court, 28 October 1948, Bureau I.E./Churchill's Cigars ('Winston Churchill'), *Bijblad bij de industriële eigendom* 1949, 24.

110. Dutch Supreme Court, *ibid.*, 24–25.

111. For a rejection of the public order argument in the Benelux context, see V. Vanovermeire, 'Inschrijving als merk van een in het publiek domain gevallen werk', in A. Cruquenaire/S. Dusollier (eds), *Le Cumul des droits intellectuels* (Larcier 2009), 177 (180–183).

112. U.S. Supreme Court, 2 June 2003, *Dastar/Twentieth Century Fox*, 539 U.S. 23 (2003), 33–34.

was not intended to put a categorical ban on legislation that, as a result of an extension of the term of copyright protection, delayed the entry of existing works into the public domain,¹¹⁴ or restored copyright to works that had already entered the public domain for the purpose of achieving compliance with international minimum standards of copyright protection.¹¹⁵ The statement made in *Graham/John Deere* only addressed ‘an invention’s very eligibility for patent protection’.¹¹⁶ In *Golan/Holder*, the U.S. Supreme Court finally concluded that, for the purpose of allowing the U.S. to adhere to the Berne Convention, expand markets for U.S. authors and invigorate protection against copyright piracy abroad,¹¹⁷ it was legitimate to remove foreign literary and artistic works from the U.S. public domain by reviving copyright protection.¹¹⁸

With regard to the question of whether use of trademark law to re-appropriate public domain material may be qualified as incompatible with public order, this U.S. jurisprudence yields mixed results. On the one hand, *Eldred/Ashcroft* and *Golan/Holder* seem to indicate that the Supreme Court may accept a delay in public domain enrichment and the removal of cultural signs from the public domain.¹¹⁹ On the other hand, it must not be overlooked that these decisions concerned the grant of an extended or revived term of copyright protection. Hence, the basic principle of a limited term of protection was not at issue. Neither *Eldred* nor *Golan* addressed potential threats to public order that may arise from the grant of indefinitely renewable trademark rights. In respect of a trademark scenario with potentially perpetual protection, the concerns about an erosion of copyright’s ‘carefully crafted bargain’¹²⁰ which the Court expressed in *Dastar/Twentieth Century*

113. U.S. Supreme Court, 21 February 1966, *Graham/John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 5–6 (1966).

114. U.S. Supreme Court, 15 January 2003, *Eldred/Ashcroft*, 537 U.S. 186, 202 (2003).

115. U.S. Supreme Court, 18 January 2012, *Golan/Holder*, 565 U.S. 302, 321 (2012).

116. U.S. Supreme Court, *ibid.*, 321.

117. U.S. Supreme Court, *ibid.*, 324.

118. U.S. Supreme Court, *ibid.*, 315–321 and 328–329.

119. Cf. Dusollier, *supra* note 99, 154–157.

120. U.S. Supreme Court, 2 June 2003, *Dastar/Twentieth Century Fox*, 539 U.S. 23 (2003), 33–34.

Fox may finally prevail.¹²¹ Moreover, it is noteworthy that the inquiry into a conflict with public order is one of the questions that informs the decision on a sign's eligibility for trademark protection. Even if the passage taken from *Graham/John Deere* was only meant to address 'an invention's very eligibility for patent protection',¹²² this specific focus does not render it inapplicable in a trademark scenario. By contrast, it is the very purpose of the public order inquiry to clarify whether cultural signs can be deemed eligible for trademark protection. In combination with *Dastar*, the decision in *Graham/John Deere* may thus serve as a basis for holding that the grant of trademark rights whose effects are to remove cultural signs from the public domain conflicts with public order because they undermine copyright's carefully crafted bargain.¹²³ Therefore, U.S. case law offers starting points for the recognition of public domain preservation and cultivation as elements of *ordre public*.

In the EU, similar reference points can be found in CJEU jurisprudence. To preserve the public domain of technical knowledge, the Court held in *Philips/Remington* that it was a legitimate aim to prevent individuals from using 'registration of a mark in order to acquire or perpetuate exclusive rights relating to technical solutions'.¹²⁴ In *Hauck/Stokke*, the Court recognized the more general objective to prevent the exclusive and permanent right which a trademark confers 'from serving to extend indefinitely the life of other rights which the EU legislature has sought to make subject to limited periods'.¹²⁵ As copyright constitutes such a right with a limited term of protection, *Hauck/Stokke* can be seen as groundwork for a CJEU decision in which the Court invokes public order considerations to exclude cultural signs from trademark protection.¹²⁶

121. Cf. I. Calboli, 'Overlapping Trademark and Copyright Protection: A Call for Concern and Action', *Illinois Law Review Slip Opinion* 2014, No. 1, 25 (32–33).

122. U.S. Supreme Court, 18 January 2012, *Golan/Holder*, 565 U.S. 302, 321 (2012).

123. Cf. the corresponding lines of reasoning in U.S. Supreme Court, 21 February 1966, *Graham/John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 5–6 (1966), and U.S. Supreme Court, 2 June 2003, *Dastar/Twentieth Century Fox*, 539 U.S. 23 (2003), 33–34.

124. CJEU, 18 June 2002, Case C-299/99, *Philips/Remington*, para. 82.

125. CJEU, 18 September 2014, Case C-205/13, *Hauck/Stokke*, para. 19–20.

126. Cf. A.A. Quaedvlieg, 'Overlap/Relationships Between Copyright and Other Intellectual Property Rights', in: E. Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of*

Admittedly, the CJEU explicitly recognized in *Butterfly Music* and *Flos* that the introduction of a harmonized 70-year term of copyright protection¹²⁷ in the EU may have the effect of ‘protecting afresh works or subject matter which had entered the public domain’.¹²⁸ Like the U.S. Supreme Court in *Eldred/Ashcroft* and *Golan/Holder*,¹²⁹ the CJEU thus accepted inroads into the public domain to achieve overarching policy goals, in particular EU harmonization and internal market objectives.¹³⁰ This jurisprudence, however, need not prevent the Court from generalizing the public domain rationale known from *Philips/Remington* and *Hauck/Stokke*. Like the U.S. decisions, *Butterfly Music* and *Flos* only concerned the extension and restoration of a limited term of copyright protection—without questioning the basic principle of a limited term as such.¹³¹ Trademark law, however, offers potentially perpetual protection. The grant of trademark rights would undermine copyright’s public domain principle altogether. With regard to this more fundamental assault on the public domain, the CJEU remains free to take measures on the basis of the concerns expressed in *Philips/Remington* and *Hauck/Stokke*, and qualify the acquisition of indefinitely renewable trademark rights as incompatible with public order.

Like U.S. case law, the jurisprudence of the CJEU thus offers starting points for the inclusion of public domain preservation and cultivation in the circle of public order considerations that can lead to a categorical exclusion of cultural signs from trademark protection. Against this background, the *Vigeland* decision of the EFTA Court can pave the way for a new approach. Highlighting the possibility of recognizing the

EU Copyright, Cheltenham: Edward Elgar 2006, 479 (511-512), discussing the ‘public interest in ending protection’ (emphasis in the original text) and whether the CJEU could recognize ‘a reflex on trademark law’.

127. Article 1(1) TD.

128. CJEU, 29 June 1999, Case C-60/98, *Butterfly Music*, para. 18-20; CJEU, 27 January 2011, Case C-168/09, *Flos*, para. 42.

129. U.S. Supreme Court, 15 January 2003, *Eldred/Ashcroft*, 537 U.S. 186, 202 (2003); U.S. Supreme Court, 18 January 2012, *Golan/Holder*, 565 U.S. 302, 321 (2012).

130. CJEU, 29 June 1999, Case C-60/98, *Butterfly Music*, para. 9–10 and 24; CJEU, 27 January 2011, Case C-168/09, *Flos*, para. 42.

131. CJEU, 29 June 1999, Case C-60/98, *Butterfly Music*, para. 18–20; CJEU, 27 January 2011, Case C-168/09, *Flos*, para. 43 and 46.

need to safeguard the public domain as a fundamental interest of society,¹³² it may inspire decisions that invoke public order as a ground for refusing trademark rights to cultural signs.¹³³ As explained, the Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights has already given an example of this new approach. The Board of Appeal qualified the attempt to register Vigeland's sculptures as being contrary to public order because of the considerable cultural value of the artworks and the fundamental societal considerations underlying the temporal limitation of copyright protection.¹³⁴ This final word in the *Vigeland* case demonstrates the effectiveness of public order ground 2 as a means to keep cultural signs outside the trademark system: the scenario where a legal system recognizes public domain preservation and cultivation, in and of itself, as a fundamental interest of society.

6.2. Threat to Fundamental Values, Interests or Concerns

As explained above, however, public order ground 2 is a special case of the broader, more general public order ground 1: the scenario where a trademark registration poses a genuine and sufficiently serious threat to 'certain fundamental values',¹³⁵ 'a fundamental interest of society'¹³⁶ or 'a fundamental concern to the State and the whole of society'.¹³⁷ If a

132. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo ('Vigeland')*, para. 96.

133. M.R.F. Senftleben, 'Vigeland and the Status of Cultural Concerns in Trade Mark Law – The EFTA Court Develops More Effective Tools for the Preservation of the Public Domain', *IIC* 48 (2017), 683 (716–717). As to experiences in New Zealand with a concept of 'cultural offensiveness' that covers traditional cultural expressions, cf. M. Handler, 'Australia and the South Pacific', in M.R.F. Senftleben (ed.), *Study on Misappropriation of Signs* (WIPO Document CDIP/9/INF/5, Geneva: World Intellectual Property Organization 2012), 232 (242); S.R. Frankel, 'Trademarks and Traditional Knowledge and Cultural Intellectual Property', in G.B. Dinwoodie/M.D. Janis (eds), *Trademark Law and Theory: a Handbook of Contemporary Research* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2008), 433 (455–456); Frankel, *supra* note 48, 90–93.

134. Norwegian Board of Appeal for Industrial Property Rights, 13 November 2017, cases 16/00148, 16/00149, 16/00150, 16/00151, 16/00153 and 16/00154, 'Vigeland', para. 14.

135. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo ('Vigeland')*, para. 96.

136. EFTA Court, *ibid.*, para. 95.

137. EFTA Court, *ibid.*, para. 94.

legal system does not recognize the need to safeguard the public domain, in and of itself, as a fundamental interest of society, other values, interests or concerns can thus still support a refusal based on a conflict with public order. The objective to prevent unfair free-riding on positive connotations that signs may have as a result of their evolution in the cultural domain,¹³⁸ for instance, can be placed in the broader context of society's fundamental interest in undistorted competition.¹³⁹

In addition to these considerations relating to the prevention of unfair competitive advantages, the fundamental interest in freedom of expression enters the picture.¹⁴⁰ A copyright owner who seeks to artificially prolong the term of copyright exclusivity on the basis of trademark law withholds her cultural creation from the public domain and deprives subsequent generations of authors of the freedom to remix

-
138. For a more detailed discussion of this argument, see Senftleben, *supra* note 11, 290–91.
139. Modern concepts of undistorted, fair competition recognize, besides the traditional protection of competitors and consumers, the public interest in the efficient functioning of competition—in the sense of a protection of market participants' freedom of action and decision. Cf. M. Höpperger/M.R.F. Senftleben, 'Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization', in R.M. Hilty/F. Henning-Bodewig (eds), *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe?*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Vol. 1 (Berlin/Heidelberg: Springer 2007), 61 (74–76); F. Henning Bodewig, 'A New Act Against Unfair Competition in Germany', *IIC* 36 (2005), 421 (425–426); A. Ohly, 'Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?', *GRUR* 2004, 889 (894–896); E. Ullmann, 'Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland', *GRUR* 2003, 817 (821).
140. Articles 11 and 13 CFR; Article 10 ECHR. Cf. section 3.1. See the discussion of freedom of expression as guiding principles for the development of EU trademark law by M.R.F. Senftleben/L. Bently/G. Dinwoodie/C. Geiger/J. Griffiths/A. Kur/A. Ohly/A. Peukert/M. Ricolfi/J. Schovsbo/K. Weckström/L. Želechowski, 'The Recommendation on Measures to Safeguard Freedom of Expression and Undistorted Competition: Guiding Principles for the Further Development of EU Trade Mark Law', *EIPR* 37 (2015), 337 (337). As to the general potential of fundamental rights to ensure an appropriate calibration of intellectual property protection, see the groundwork laid by C. Geiger, 'Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property?', *IIC* 35 (2004), 268; C. Geiger, "'Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union', *IIC* 37 (2006), 371.

this creation without exposure to a potential trademark infringement claim. From this perspective, it is unfair to use trademark law to escape the obligation to release literary and artistic works in their entirety into the public domain when copyright expires. A copyright owner pursuing this evergreening strategy seeks to deprive second authors of the freedom of remix which she enjoyed herself when making the literary and artistic work at issue. A comparable scenario arises when a third party adopts public domain material as a trademark and removes it from the public domain by acquiring trademark rights. Once trademark protection is granted, use of affected cultural expressions is no longer as free as it was before. The risk of potential trademark infringement is hanging like the sword of Damocles above use made of affected cultural creations. From the perspective of freedom of expression, the scenario in which an artwork belongs to the public domain and is entirely free, is clearly preferable to a situation where trademark rights are granted and artists are exposed to the risk of an infringement claim.¹⁴¹ Given the human rights dimension and the fundamental importance of freedom of expression to society, it seems justified to apply public order as a ground for refusal to eliminate the risk of inroads into freedom of expression.¹⁴²

141. For a discussion of the chilling effect of trademark protection, see Senftleben, *supra* note 11, 200–205.

142. Cf. the debate on how to reconcile trademark protection with freedom of expression. See Ł. Żelechowski, ‘Invoking freedom of expression and freedom of competition in trade mark infringement disputes: legal mechanisms for striking a balance’, *ERA Forum* 19 (2018), 115 (115–135); M.R.F. Senftleben, ‘Free Signs and Free Use – How to Offer Room for Freedom of Expression within the Trademark System’, in C. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (Cheltenham: Edward Elgar 2015), 354; L.P. Ramsey/J. Schovsbo, ‘Mechanisms for Limiting Trade Mark Rights to Further Competition and Free Speech’, *IIC* 44 (2013), 671; I. Simon Fhima, ‘Trade Marks and Free Speech’, *IIC* 44 (2013), 293; W. Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression – An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law* (The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2010); C. Geiger, ‘Marques et droits fondamentaux’, in C. Geiger/J. Schmidt-Szalewski (eds), *Les défis du droit des marques au 21e siècle/Challenges for Trademark Law in the 21st Century* (Paris: Litec 2010), 163; R. Burrell/D. Gangjee, ‘Trade Marks and Freedom of Expression: A Call for Caution’, *IIC* 41 (2010), 544; M. Nasser, ‘Trade Marks and Freedom of Expression’, *IIC* 40 (2009), 188; R.C. Dreyfuss, ‘Reconciling Trademark Rights and Expressive Values: How to Stop Worrying and Learn to Love Ambiguity’, in G.B.

7. Conclusion

On balance, the public order and morality arguments following from the *Vigeland* decision of the EFTA Court have a remarkable potential to support an outright exclusion of cultural heritage material, such as the Mona Lisa, the Night Watch, the Angry Boy and the Monolith, from trademark protection. Based on a normative understanding of the consumer prototype used for the assessment of conflicts with morality, applicable sensitivity and tolerance thresholds can be aligned with cultural concerns to a large extent. As the GCEU decision in *La Mafra Franchises* indicates, morality arguments are particularly strong when fundamental values are associated with the cultural heritage sign at issue. Morality considerations can certainly acquire particular importance in the case of cultural heritage signs that play a central role in a country's cultural landscape and the discourse in the artistic domain.

The concept of public order following from *Vigeland* has a remarkable potential to achieve a categorical exclusion of cultural heritage signs from trademark protection as well. Unlike a scrutiny in the light of morality standards, public order criteria are not inherently limited by the need to conduct the analysis through the prism of consumer perception. By contrast, trademark tribunals can directly invoke fundamental values, interests and concerns that militate against the grant of

Dinwoodie/M.D. Janis (eds), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2008), 261; C. Geiger, 'Trade Marks and Freedom of Expression – the Proportionality of Criticism', *IIC* 38 (2007), 317; L.P. Ramsey, 'Free Speech and International Obligations to Protect Trademarks', *Yale Journal of International Law* 35 (2010), 405; K. Weckström, 'The Lawfulness of Criticizing Big Business: Comparing Approaches to the Balancing of Societal Interests Behind Trademark Protection', *Lewis & Clark Law Review* 11, (2007), 671; P. Gulasekaram, 'Policing the Border Between Trademarks and Free Speech: Protecting Unauthorized Trademark Use in Expressive Works', *Washington Law Review* 80 (2005), 887; P.N. Leval, 'Trademark: Champion of Free Speech', *Columbia Journal of Law and the Arts* 27 (2004), 187; L. Timbers/J. Huston, 'The "Artistic Relevance Test" Just Became Relevant: the Increasing Strength of the First Amendment as a Defense to Trademark Infringement and Dilution', *The Trademark Reporter* 93 (2003), 1278; K. Aoki, 'How the World Dreams Itself to be American: Reflections on the Relationship Between the Expanding Scope of Trademark Protection and Free Speech Norms', *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 17 (1997), 523; Dreyfuss, *supra* note 41, 415–418.

trademark protection. The described lines of argument—based on copyright’s public domain principle, the need to ensure undistorted competition and the constitutional guarantee of freedom of expression—broaden the ambit of operation of public order as a ground for refusal. The EFTA Court expressed the view that ‘registration of a sign as a trade mark may only be refused as contrary to public policy in accordance with [EU trademark legislation] in exceptional circumstances’.¹⁴³ Considering the societal values, interests and concerns discussed above, however, the threshold of exceptionality need not be high. Arguably, an exceptional situation that calls for caution arises whenever trademark protection is requested in respect of cultural heritage material in the public domain.

143. EFTA Court, 6 April 2017, case E-5/16, *Municipality of Oslo (‘Vigeland’)*, para. 96.

Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions

*Associate Professor, PhD Stina Teilmann-Lock,
Copenhagen Business School*

When browsing the volumes of the classics section of a bookstore one comes across facsimile editions in which canonized literary works have been republished in a form where the appearance of a previous edition has been accurately and completely reproduced. As such, in appearance it is a reproduction of a historical edition that may be of special interest to some readers. By the same token, publishers of classics regularly reissue an old edition of a book if there is a market for the book, often without an updated foreword or other new commentary. This usually does not involve infringement of anyone's copyrights: authors of classics (and authors of prefaces) may be long gone, and their authorial rights may have expired. Yet in some jurisdictions, including that of the United Kingdom, there is a copyright provision that specifically protects 'the typographical arrangement of published editions'.¹ The UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 specifies that a 'published edition' in the context of copyright in the typographical arrangement of a

1. 1988 Copyright, Designs and Patents Act (c 48), section 1 (c).

published edition means ‘a published edition of the whole or any part of one or more literary, dramatic or musical works’.² That is, the physical manifestation of the text enjoys copyright protection, independently of its semantic contents. The 1988 Act also specifies that the typographical arrangement of a published edition is only protected at its first publication, and that the duration of the protection amounts to 25 years from the end of the calendar year in which the edition was first published. Copyright in the typographical arrangement of a published edition was first introduced in the British 1956 Copyright Act.³ It was designed to protect publishers, preventing the sort of unfair competition that would arise by offering for sale cheap facsimile versions of published volumes wherein the author’s copyright had expired.⁴ The background for introducing such a right is apparent in a memorandum submitted by the Publishers Association to the Copyright Committee in 1951. Attention is drawn to

the remarkable advances which have been made in the printing process known as photolithography. Once a book or a musical work, e.g. an orchestral score, has been printed, it is possible by that means to photograph it and thus produce a quick and cheap reprint which is not inferior to the original edition [...] Our suggestion is not without a precedent dealing with a very similar matter, namely, the copyright in records as such, given to manufacturers of mechanical contrivances by Section 19(1) of the Act.⁵

The Publishers’ Association pointed out that the intention of the copyright-in-records provision was to protect against the making of pirated records. And this provision, it was added, had nothing to do with the copyright in the recorded musical work. A similar provision was required for publishers, it was held, if piracy by photolithography was to

-
2. 1988 Copyright, Designs and Patents Act (c 48), section 8.
 3. In the 1956 Act it was labelled ‘copyright in published editions of works’. See further R.F. Whale, *Copyright. Evolution: Theory and Practice* (Edinburgh: Longman 1971).
 4. Report of the Copyright Committee, 1951, (Gregory Committee) Cmd 8662, ‘Evidence and Memoranda’, Notes from a meeting held on 17th July 1951.
 5. Report of the Copyright Committee, 1951, (Gregory Committee) Cmd 8662, ‘Memoranda’, Vol. 2, C.C. 25, section 10.

be prevented. The British 1956 Copyright Act, section 15 confirmed that copyright was to subsist in every published edition of literary, dramatic and musical works whether or not copyright subsisted in the work itself.⁶

Admittedly, the provision of copyright protection of the typographical arrangement of a published edition is an obscure corner of copyright law. That notwithstanding, the case *Newspaper Licensing Agency Ltd v. Marks and Spencer PLC*,⁷ which concerned copyright in published editions, is one that focuses attention on central issues of copyright law. In particular, *Newspaper Licensing Agency v. Marks and Spencer* touched upon complexities of the historical development of modern copyright, including defining the concept of the immaterial work as opposed to the material copy. The shifting of copyright law into its modern form took place around the turn of the twentieth century in most of the jurisdictions that were protecting the rights of authors and publishers.⁸ Our focus will be on the British context as a backdrop for discussing copyright in the typographical arrangement of published editions. In the following we shall, firstly, revisit some milestones of copyright history and then, secondly, consider central issues of *Newspaper Licensing Agency v. Marks and Spencer*. By means of a conclusion we shall suggest that the concept of the paratext may be useful for defining the scope of protection of the copyright in published editions, which is clearly different from the protection of the contents of the page, and is intended to offer protection to different parties.

6. The Copyright Act 1956, section 15, general note.

7. *Newspaper Licensing Agency Ltd v Marks and Spencer plc* [1999] RPC 536; rev'd [2001] Ch 257, CA; [2003] 1 AC 551, HL. See also <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd010712/news-1.htm>> (Retrieved on 10 January 2021).

8. See for example Isabella Alexander & H. Tomás Gómez-Arostegui (eds), *Research Handbook on the History of Copyright Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing 2016). See also historical sources including J. Kohler, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz* (Mannheim: Drud und Verlag von J. Bensheimer 1892); Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation* (Paris: Marchal et Billard 1879); Augustin-Charles Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts* (Paris: Jules Renouard 1838); and Edmund Law, *Observations Occasioned by the Contest about Literary Property* (Cambridge: J. Archdeacon 1770).

1. From rights in copies to copyright works

The British Copyright Act of 1911⁹ was the first modern copyright act in Britain in several senses. It systematically brought together and codified the many statutes on literary, artistic and musical copyright that had been passed since the first copyright act, the Statute of Anne 1710.¹⁰ Moreover, the 1911 Act brought about a crucial change in the terminology of statutory copyright law in Britain. Since the Statute of Anne, literary copyright had been formulated so as to protect ‘books’. By the same token, the 1735 Engravers’ Act had protected ‘engravings’,¹¹ the 1798 Sculpture Copyright Act had protected ‘sculptures’¹², and the 1862 Fine Arts Copyright Act had protected ‘paintings’, ‘drawings’ and ‘photographs’.¹³ However, from 1911 onwards the subject matter of copyright was no longer referred to in terms of such material entities. According to the 1911 Act, copyright was made to subsist in ‘every original literary dramatic musical and artistic work’, and the authors of such works were said to hold ‘the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever’.¹⁴

In modern British copyright, ‘books’ is no longer at the centre of legal terminology; the object of protection of literary copyright has been replaced by the category of the ‘work’. Notably, the notion of the ‘work’ remains a cornerstone of copyright law not only under current UK law¹⁵ but in copyright law around the world. Redefining the object of copyright law was hugely significant: it represented over a hundred years of effort by legal theorists to categorize the object of copyright

9. 1 & 2 Geo. V, c. 46.

10. (1709) Anne c. 19.

11. 8 Geo. II, c. 13 (1735 Engraver’s Act).

12. 38 Geo. III, c. 71 (1798 Sculpture Copyright Act).

13. ‘An Act for Amending the Law Relating to Copyright in Works of the Fine Arts, and for Repressing the Commission of Fraud in the Production and Sale of Such Works’. 25 & 26 Vic., c. 68.

14. 1 & 2 Geo. V, c. 46, s. 1(1). It is worthy of note that the change in terminology of the British 1911 Copyright Act was taking place at a time when technological developments had made typesetting easier. Mechanical type casting had replaced printing by hand-set types. For example, the linotype was invented by Ottmar Mergenthaler in 1884.

15. 1988 Copyright, Designs and Patents Act (c 48), sec. 1.

law as an intangible entity. In particular, the task of legal theorists and practitioners of law was to delineate the object of copyright law as an entity which exists independently of any physical specimen of it while, at the same time, acknowledging that each specimen is an outcome of a particular work.¹⁶

Today, it seems a matter of course to most of us that when someone buys a book, he or she owns the particular exemplar of the book while the underlying ‘literary work’ remains the property of the author. Significantly, copyright law does not protect books, not first-editions and not even a hand-written manuscript, no matter how valuable they may be. Within the conceptual framework of the law of copyright, books, first-editions and hand-written manuscripts are mere *copies* of the copyright *work*; they are *material instantiations* of the *immaterial work*. By the same token, from the perspective of copyright, the unique original in visual art—for example an original painting in a museum—is regarded as a sample, a ‘copy’; that is, a material realisation, of the copyright work. Putting it bluntly, under copyright law, the status of a painting is the same as that of a postcard thereof. It is not an infringement of copyright law to, say, steal a painting any more than it would be to burn a manuscript. These acts may be illegal, and the original van Gogh paintings of sunflowers or a starry night are far more valuable than postcard copies, but that value exists outside of copyright law. The two are not unrelated: the ability to copyright a work limits the creation of copies and by reducing supply increases their value. But copyright protects the work, and other bodies of law protect instances thereof.

In sum, the object of protection under copyright law is the original work, which is immaterial. More specifically, in twentieth-century British law the original work was equal to the author’s ‘skill, effort and judgement’ in creating something.¹⁷ Today, in EU copyright law the concept of the original work has been defined by the Court of Justice of the European Union as the author’s ‘own intellectual creation’ and as reflecting ‘the personality of its maker’.¹⁸

16. Brad Sherman & Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911* (Cambridge: Cambridge University Press 1999).

17. *Macmillan and Co., Limited v. Cooper* (1924), TLR 18/01/1924, vol. XL., p.186.

Separating conceptually the immaterial work from any material instantiation of it was fundamental to the design of modern copyright law, as a regulatory system for protecting a broad range of creative efforts against exploitation in a broad range of ways. Arguably, the distinction between the immaterial work and the material exemplar continues at times to be complicated. An example of when copyright law despite itself protects a material work is in moral rights, when at times courts have interpreted the moral right of integrity in an artwork as a means for protecting the integrity of the physical original.¹⁹ By the same token, as we shall discuss below, the notion of the typographical arrangement of published editions may be said to occupy a similar anomalous status within copyright law due to its reference to editions, which is a publishing term and, as such, is tied by definition to the material qualities of a volume. The way that these complexities were legally resolved in *Newspaper Licensing Agency v. Marks and Spencer* is worth our study.

2. Newspaper Licensing Agency v. Marks and Spencer

The plaintiff of the case was the Newspaper Licensing Company, which buys up literary, artistic and typographical copyrights from the publishers of newspapers and, on the basis of obtained copyrights, runs a business-to-business licensing service. Press cutting agencies pay licence fees to the Newspaper Licensing Agency for the right to use copyright material from newspapers. One such press cutting agency had been providing Marks and Spencer, the defendant, with press cuttings. Against the stipulations of the license, Marks and Spencer had made extra photocopies of articles from the press cuttings to be distributed within the organisation, and this was what led the Newspaper Li-

18. Not a matter for discussion here, but it may be noted that the notion of the ‘work’ in EU copyright law has been subject to both confusion and debate since the *Infopaq* decision by the Court of Justice of the EU in 2009: Case C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, EU:C:2009:465.

19. Stina Teilmann, ‘Framing the Law: The Right of Integrity in Britain’, *European Intellectual Property Review* 2005/1, pp. 19–24.

censing Company to sue for infringement of copyright in the typographical arrangement of published editions.²⁰

The case was heard several times, and ultimately its central issues were resolved by the House of Lords. The particular nature of ‘typographical arrangement of published editions’ as a form of copyright subject matter needed close scrutiny before the dispute was finally resolved, as did the question of substantiality in the context of substantial taking in relation to published editions. At the first hearing, Lightman J held that a published edition meant a ‘version’ of a literary work and that

in the case of a newspaper made up of a number of different articles, each separate article is in my view a literary work and the typographical arrangement of each separate article is accordingly a copyright work.²¹

Following the logic of Lightman J there would be as many copyrights in the typographical arrangements of published editions in a newspaper as there are articles. Furthermore, Lightman J noted that the cuttings that had been photocopied and distributed by Marks & Spencer were ‘components of significance’.²² Lightman J decided that there had been infringement of the copyright in published editions. By this reasoning, it would appear that Marks & Spencer would not have been in violation of the Newspaper Licensing Company’s copyright if it had retyped the contents of the press release and distributed photocopies of its own typescript, irrespective of whatever copyright protection continued to exist for the original story in its status as a literary work under copyright law. This, in turn, raises other interesting questions. How much change to the appearance of the original press clipping is necessary to invalidate the Newspaper Licensing Company’s copyright in published editions? Would changing the aspect ratio be sufficient to invalidate the Newspaper Licensing Company’s copyright, by altering ap-

20. They also sued for infringement of the literary copyright of the authors of the pieces. Difficulties in establishing the identities of the owners of the literary copyright of articles written by free-lance journalists were referred to in the case, but will not be a topic of discussion in this chapter.

21. [1999] RPC 536, at 542.

22. See comment on this in Phil Sherrell, ‘Case Comment’ in *European Intellectual Property Review* 22 (9), pp. 131–132.

pearance through making the page slightly shorter and slightly wider? Would using character recognition software to capture the text and then changing the font while leaving the layout otherwise unchanged be sufficient to invalidate the Newspaper Licensing Company's copyright?

In his analysis, Lightman J was unclear about the distinction between copyright in the newspaper articles vis-à-vis their status as literary works, and the copyright in the separate subject matter of 'published editions'. In other words, in Lightman J's analysis the copyright in the typographical arrangement of published editions was superimposed on the copyright in the literary texts. This was underlined by the judge's discussion of the extent to which press cuttings under scrutiny for infringement were 'components of significance', which was an indicator that the basis of the analysis had been constituted by a qualitative evaluation of the literary work.

The first court decided in favour of the Newspaper Licensing Company. However, Marks & Spencer successfully appealed to the Court of Appeal. The members of the Court of Appeal contested Lightman J's analysis. As several judges emphasized, in question was the protection of copyright in the typographical arrangement of 'published editions' as provided by the 1988 Copyright, Designs and Patents Act. Accordingly, as was noted, the 'important aspect was the entire edition which the publisher had published, whether or not it consisted of a single literary, dramatic or musical work, or part of such a work or several such works'.²³ Even so, one judge, Chadwick LJ, maintained that copyright might subsist in the typographical arrangement of a collection of literary works as a whole, as well as in each separate 'literary work', either of which would then constitute a 'published edition'. The other two judges, Peter Gibson LJ and Mance LJ, were of the view that 'the parts of a newspaper published at the same time and presented to the public as a single newspaper (even though sometimes printed on different quality paper and bound separately) constitute a single published edition'.²⁴ As followed from this reasoning, in the assessment of substantial taking, each discrete part of a newspaper (regardless of differences in

23. *Newspaper Licensing Agency Ltd v. Marks and Spencer plc* [2001] Ch 257.

24. *Newspaper Licensing Agency Ltd v Marks and Spencer plc* [2003] 1 AC 551, HL.

format) was to be measured against the newspaper as a whole. However, as was also held by the judges, each part of such a published edition ‘could not be treated as equally important, and typographical arrangement copyright did not exclude layout. The appearance and impact of the articles were relevant to substantiality’.²⁵ In other words, the judges disagreed on the role of context. Clearly the original cartographer could own copyright both in his individual maps and his complete published atlas. However, by this reasoning the publisher had copyright protection for his atlas, but not for its individual maps.

In their dismissal of the claimant’s appeal, the House of Lords addressed a number of pressing issues of the case. In particular, Lord Hoffmann resolved two central areas of disagreement. First, Lord Hoffmann clarified the idea that the copyright in typographical arrangement is not ‘mapped onto’ the copyright in an underlying literary work, as had been presupposed in the lower court. And he went on to state that ‘there is no necessary congruence between the concept of an edition and the underlying works’.²⁶ Rather, the term ‘published edition’ in the Statute must be understood within the context of the publishing trade: the edition is the ‘product, generally between covers, which the publisher offers to the public’.²⁷

Second, as to what should be identified as substantial taking in relation to the typographical arrangement of a published edition, Lord Hoffmann had a number of considerations. Thus, in literary copyright the copyright is bestowed upon what is termed an ‘original literary work’: the term, we are told, implies that an author has invested skill, labour and judgement into its creation. Skill, labour and judgement are what make a work qualify for copyright protection. Furthermore, copying an original literary work or an original artistic work amounts to copying the whole or a substantial part of it—though not necessarily in the sense of exact reproductions. By contrast, as Lord Hoffmann points out, the notion of copying in relation to typographical arrangement of published editions is different. In the Statute it is defined as: ‘making a

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*, at 11.

27. *Ibid.*, at 14.

facsimile copy of the arrangement'.²⁸ Thus, the copying of the typographical arrangement in published editions must be understood only in this very particular sense. To this we may remark that given the recurring and drastic changes, in recent decades, of replication and multiplication technologies there still appears to be some remaining ambiguity in how much must be included in the facsimile copy and how exact the copy must be in order to violate copyright protection.

Having issued his opinion on these two issues, Lord Hoffmann went on to contemplate the nature of the skill, labour and judgement involved in making a typographical arrangement. Once clarified it would be possible to evaluate whether there had been infringement of the Newspaper Licensing Agency's copyright: whether Marks & Spencer had made a 'facsimile copy' of the results of the Newspaper Licensing Agency's skill, labour and judgment. Importantly, as mentioned, the holder of the copyright in a published edition, according to the 1988 Act, is the publisher, and not, as is the case in a literary work, the writer. Accordingly, Lord Hoffmann argued that in the case of a modern newspaper the publisher's

skill and labour devoted to typographical arrangement is principally expressed in the overall design. It is not the choice of a particular typeface, the precise number or width of the columns, the breadth of the margins and the relationship of headlines and strap lines to the other text, the number of articles on a page and the distribution of photographs and advertisements but the combination of all these into pages which gives the newspaper as a whole a distinctive appearance.²⁹

Thus, in the case of newspapers the way in which a published edition constitutes a copyright work lies in its quality of providing a particular combination of typefaces, columns and margins of particular width and breadth, arrangements and distributions of headings, articles, advertisements, taglines and so forth. Against this backdrop, Lord Hoffman declared it 'difficult to think of the skill and labour which has gone into the typographical arrangement of a newspaper being expressed in anything less than a full page'.³⁰ Accordingly, Lord Hoffmann declared

28. 1988 Copyright, Designs and Patents Act (c 48), sec. 17 (5).

29. *Newspaper Licensing Agency Ltd v Marks and Spencer plc* [2003] 1 AC 551, HL, at 23.

30. *Ibid.*

that the infringement test in relation to published editions must be both quantitative and qualitative,

the test is quantitative in the sense that, as there can be infringement only by making a facsimile copy, the question will always be whether one has made a facsimile copy of enough of the published edition to amount to a substantial part. But the question of what counts as enough seems to me to be qualitative, depending not upon the proportion which the part taken bears to the whole but on whether the copy can be said to have appropriated the presentation and layout of the edition.³¹

In brief, what Lord Hoffmann argued was that copying must have been done by means of facsimile reproduction and the result must be sufficiently successful to make it a complete facsimile of what has been copied. According to this test there had been no infringement. None of the copies that Marks & Spencer had made and distributed within the organisation had been reproductions of the layout of the newspapers in which the Newspaper Licensing Agency owned the published editions copyright. Marks & Spencer had not ‘reproduced anything that could be regarded as either resembling the newspaper concerned or having newspaper-like qualities’.³² By this argument, any party that wanted to violate protection of the copyright in typographical arrangement of published editions could simply remove an element of the original, perhaps removing an advertisement and replacing it with its own logo.

The Lords agreed with Lord Hoffmann. Importantly, Lord Hoffmann, as cited above, had declared that ‘the frame of reference for the term “published edition” is the language of the publishing trade. The edition is the product, generally between covers, which the publisher offers to the public’.³³ It is tempting to add that what Lord Hoffmann designates as the object of copyright protection is what we normally refer to as a ‘book’. As such there is resonance with pre-modern literary copyright. The Statute of Anne protected books against unauthorized reprinting somewhat in the fashion of section 8 of the Copyright, Pat-

31. *Ibid.*, at 25.

32. *Ibid.*, at 28.

33. *Ibid.*, at 14.

ents and Designs Copyright Act 1988 in protecting published editions against the making of unauthorized facsimile copies.

Notably, the notion of the ‘published edition’ is what print historians label a ‘paratextual’ object. The concept of the ‘paratext’ was coined by the literary theorist Gérard Genette,³⁴ who maintained that a

text is rarely presented in an unadorned state, unreinforced and unaccompanied by a certain number of verbal and other productions, such as an author’s name, a title, a preface, illustrations. And although we do not always know whether these productions are to be regarded as belonging to the text, in any case they surround it and extend it, precisely in order to present it, in the usual sense of this verb but also in the strongest sense: to make present, to ensure the text’s presence in the world, its “reception” and consumption in the form (nowadays, at least) of a book... [The paratext] is what enables a text to become a book and to be offered as such to its readers and, more generally, to the public.³⁵

The theoretical significance of the concept of the paratext was that it dissolved the dichotomy between the text as the immaterial carrier of meaning and the book as a material specimen of no semantic consequence. Notably the paratext denotes a number of material qualities of a volume. As such, the paratext is a semiotic driver which produces meaning. For example, the cover and the title of a book are very often signs of genre and of how we as readers are to interpret a text: whether we are about to read a work of fiction or of fact, of comedy or tragedy, a work that is highbrow or lowbrow, and so forth. In that way the concept of the paratext goes across the immaterial work and the material exemplar. In the context of copyright law, it is an anomaly not to distinguish clearly between the immaterial work and the material exemplar, and the lack of clear-cut differentiation in the concept of published editions was arguably the reason for the many divergences of opinion in the hearings of *Newspaper Licensing Agency v. Marks and Spencer*.

34. Gérard Genette, *Seuils* (Paris: Éditions du Seuil 1987).

35. Gérard Genette, *Paratexts. Thresholds of Interpretation* (trans. Jane E. Lewin, Cambridge: Cambridge University Press 1997), p.1.

3. Conclusion

The Publishers' Association that campaigned, before the British 1956 Copyright Act, for the copyright in published editions claimed neither that their editions were intellectual creations nor that they were reflecting the personality of their makers. The publishers simply sought protection of printed volumes against 1:1 reprinting. In this way, copyright in published editions constitutes a return of the material instantiation into the conceptual framework of modern copyright law. Lord Hoffmann's reasoning was in line with what was asked for by publishers and intended by legislators of the 1956 Act. However, if copyright in published editions is to be provided to publishers in a digital age where typographical arrangement can be effortlessly manipulated and reappropriated, the paratext may be a useful concept for defining a 'published edition' and its scope of protection. Publishers invest in paratexts that create value by 'ensur[ing] the text's presence in the world, its "reception" and consumption': online that is something that can be violated in many other ways than 'by making a facsimile copy'.

Mellemandsoverføring?

Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet

1. Indledning

Ophavsretten er blandt de retsområder, der tidligst blev konfronteret med den digitale teknologi, og siden 1980'erne er reglerne løbende blevet tilpasset den digitale udvikling. I Jørgen Blomqvists licentiatafhandling fra 1987, Overdragelse af ophavsrettigheder, nævnes spørgsmål om overdragelse af edb-programmer således også flere steder. Hvad der til gengæld ikke nævnes i Jørgens afhandling, og hvad der heller ikke kunne nævnes, var spørgsmålet om internettjenesters ansvar for brugernes ophavsretskrænkelser. Dette spørgsmål opstod først med internettets kommercielle udbredelse omkring årtusindeskiftet og blev yderligere aktualiseret med fremkomsten af sociale medier og andre tjenester, der har muliggjort en omfattende deling af materiale mellem brugerne.

Denne udvikling har i betydelig grad udfordret ophavsretten og rettighedshaverne. Ofte vil det være vanskeligt at finde frem til den person, der foretager den ulovlige tilgængeliggørelse af værker. Det vil endvidere ofte ikke være effektivt at gå efter den enkelte bruger, fordi antallet af brugere er for stort: Stopper man én bruger, vil andre brugere fortsætte den ulovlige spredning. Fokus har derfor rettet sig mod de mellemmænd, som gennem forskellige tjenester muliggør brugernes deling af ulovligt indhold. Mellemmændene er typisk mere synlige end

de enkelte brugere og dermed også lettere at finde frem til. Nogle af dem opnår endvidere betydelige indtægter gennem omfattende trafik, der bl.a. skabes ved brugernes deling af ulovligt indhold. Omvendt bidrager tjenesterne også til en fri informationsudveksling, som vil kunne hæmmes, hvis de pålægges et meget strengt ansvar.

Det er derfor heller ikke overraskende, at spørgsmålet om mellemmands ansvar for brugernes deling af ophavsretligt beskyttet materiale har været genstand for intens debat gennem de senere år. Der er med DSM-direktivets¹ art. 17 indført nye regler om mellemmands ansvar, og der er ligeledes ført en lang række sager om dette ansvar. Et af de omtvistede spørgsmål er, hvordan mellemmands handlinger skal subsumeres i det ophavsretlige system. I en række sager, har EU-Domstolen statueret, at mellemmand gennem deres tjenester har foretaget en selvstændig overføring til almenheden efter infosoc-direktivets² art. 3, stk. 1. Med DSM-direktivets art. 17, er det nu lovfæstet, at en række mellemmand foretager selvstændig overføring til almenheden. Genstanden for det følgende er denne "mellemmandsoverføring", hvor mellemmand anses for selv at foretage en overføring til almenheden af ophavsretligt beskyttede værker, når de gennem deres tjenester faciliterer brugernes adgang til at foretage deling af værkerne. Artiklens fokus er de situationer, hvor brugerne foretager ulovlig informationsdeling, dvs. udveksler ophavsretligt beskyttet materiale uden ophavsmandens samtykke og uden hjemmel i nogen af de ophavsretlige indskrænkingsregler.

Først beskrives i afsnit 2 den doktrin for mellemmandsoverføring, som EU-Domstolen synes at have udviklet under infosoc-direktivets art. 3 gennem de tre sager, der nærmere omtales i afsnittet. Herefter beskrives kort i afsnit 3 den lovregulerede mellemmandsoverføring, der følger af DSM-direktivets art. 17. I afsnit 4 sammenholdes disse to modeller. I afsnit 5 knyttes nogle kritiske bemærkninger til EU-Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring og Domstolens rolle i udvik-

-
1. Direktiv 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
 2. Direktiv 2001/29 af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

lingen af denne doktrin. Artiklen rundes i afsnit 6 af med nogle bemærkninger om kompleksiteten af fremtidens mellemmandsret.

Mellemmandsbegrebet er ikke entydigt. Her i artiklen anvendes begrebet bredt om dem, der bidrager til, at internetbrugere kan udveksle information.

2. EU-Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring efter infosoc-direktivets art. 3

EU-Domstolen har i tre omtalte³ og også kontroversielle afgørelser fastslået, at forskellige former for mellemmand foretog selvstændig overføring til almenheden.

I den første af sagerne, *GS Media*-dommen, C-160/15, skulle EU-Domstolen forholde sig til, om linking til ophavsretligt beskyttet materiale, der var lagt på internettet uden rettighedshaverens samtykke, udgjorde en overføring til almenheden. I sagen var fotografier af en hollandsk realitystjerne, der skulle bringes i *Playboy*, blevet uploadet på en hjemmeside uden samtykke fra fotografen eller *Playboy*. Et hollandsk internetmedie linkede til billederne og nægtede at fjerne de pågældende links på rettighedshavernes begæring.

Tidligere havde Domstolen i *Svensson*-dommen, C-466/12, fastslået, at linking til lovligt materiale udgør en overføring til almenheden. Dette gælder dog kun, hvis linket gør materialet tilgængeligt for et "nyt publikum", dvs. et publikum, som rettighedshaveren ikke havde taget i betragtning, da denne tillod den første overføring. Det betyder, at

3. Se også om dommene bl.a. Ohly, "The Broad concept of 'communication to the public' in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, vol. 13, nr. 8, s. 664-675, Angelopoulos, "Primary and Accessory Liability in EU Copyright Law", i Rosati (red.), *The Routledge Handbook of European Copyright Law* (Routledge, under udgivelse), tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3681614>>, og Ginsburg, "The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on *Brein v. Filmspeler* [C-527/15] (2017) and *Brein v. Ziggo* [C-610/15] (2017), *AUT-EURS & MEDIA*, VOL. 2017, P. 7, 2017 (IN FRENCH)", *COLUMBIA LAW & ECONOMICS WORKING PAPER NO. 572*; *COLUMBIA PUBLIC LAW & LEGAL THEORY PAPER NO. 14-557* (2017), tilgængelig fra <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2053>.

linking til materiale, som er gjort frit tilgængeligt på internettet med rettighedshaverens samtykke, ikke vil udgøre en overføring til almenheden. Hvis linket derimod omgår f.eks. en betalingsmur eller anden form for teknisk beskyttelsesforanstaltning, og dermed gør materialet tilgængeligt for internetbrugere, som ellers ikke ville have adgang til det, vil linkeren foretage en overføring til almenheden.

Skulle man overføre resultatet fra *Svensson*-dommen og dens kriterium om et "nyt publikum" til situationen, hvor der blev linket til ulovligt materiale (*GS Media*-sagen), ville det logisk føre til, at der altid forelå en overføring til almenheden, når der blev linket til ulovligt materiale: Der foreligger i sagens natur ikke noget (nyt) publikum, som rettighedshaveren har taget i betragtning, når materialet gøres tilgængeligt uden rettighedshaverens samtykke. Det ville være ganske vidtgående, at alle, der linker til ulovligt materiale, hermed foretager en selvstændig ophavsretskrænkelse, da linkeren i mange tilfælde ikke er klar over, at materialet er ulovligt, og ofte heller ikke har mulighed for at få afklaret, om rettighedshaveren har tilladt offentliggørelsen. Henset til, at links – som også anført af EU-Domstolen i *GS Media*-sagen – er en fundamental del af internettets funktion og dermed også af den frie informationsudveksling, ville dette være en uhensigtsmæssig retstilstand.

EU-Domstolen løste denne udfordring ved at introducere et krav om ond tro hos linkeren for, at der foreligger en overføring til almenheden. Det fastslås således i dommens præmis 48, at selv om linkeren stiller værket til rådighed for almenheden, handler den pågældende i almindelighed ikke med fuldt kendskab til konsekvenserne af sin handling. Hvis linkeren imidlertid vidste eller burde vide, at der blev linket til ulovligt materiale, foreligger en overføring til almenheden (præmis 49). Dommen opstiller endvidere en formodning for, at linking i kommercielt øjemed sker med kendskab til, at der linkes til ulovligt materiale. I denne situation, må linkeren derfor bevise hverken at have kendskab eller burde-kendskab til, at materialet var ulovligt. Ved ikke-kommerciel linking må rettighedshaveren bevise, at linkeren har et sådant kendskab.

GS Media-dommen var den første dom, hvor EU-Domstolen forholdt sig til, om mellemmand, der bidrager til internetbrugeres deling af ulovligt indhold, foretager en selvstændig overføring til almenheden.

Det kan diskuteres, om den, der linker, kan betegnes som en “mellemand”. I den brede forståelse af begrebet, der anvendes her i artiklen, vil det være tilfældet.

Der gik dog kun få måneder, før EU-Domstolen igen forholdt sig til spørgsmålet. I *Stichting Brein I (Filmspeler)*-dommen, C-527/15, solgte en person en medieafspiller med præinstallerede småprogrammer, der indeholdt links til websteder, som gav adgang til film uden rettighedshavernes samtykke. Også i denne sag nåede Domstolen til, at der forelå en selvstændig overføring til almenheden. I sin begrundelse for resultatet fastslog Domstolen således (præmis 41), at sælgeren af medieafspilleren havde præinstalleret de pågældende links “med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger”. Domstolen fremhævede endvidere, at reklamer for medieafspilleren specifikt nævnte, at den gjorde det muligt gratis at se film, som var tilgængelige på internettet uden ophavsmandens samtykke. Domstolen lagde også vægt på, at medieafspilleren gjorde det muligt for brugerne at se de ulovlige kopier, og at brugerne uden medieafspilleren “kun vanskeligt” kunne få adgang til disse. Selvom kopierne var tilgængelige på internettet og således kunne tilgås af brugerne uden brug af medieafspilleren, fandt domstolen således, at det måtte tillægges betydning, at medieafspilleren gjorde det nemmere for brugerne af skaffe sig adgang til kopierne.

To måneder efter *Stichting Brein I (Filmspeler)*-dommen afsagde EU-Domstolen den tredje dom om mellemmænds overføring til almenheden af ulovligt indhold. I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)*-dommen, C-610/15, krævede en hollandsk rettighedshaverorganisation, at de hollandske internetudbydere blokerede for adgangen til den ulovlige fildelingstjeneste The Pirate Bays (“TPB”) internetside. Som led i sagen blev det rejst som et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen, om TPB foretog en selvstændig overføring til almenheden ved at stille en peer-to-peer fildelingstjeneste til rådighed for sine brugere. I denne type af fildelingstjenester sker udvekslingen af filer direkte mellem brugerne, og der lagres således ikke kopier af filerne hos udbyderen af tjenesten (TPB). Sagen adskilte sig fra de to andre ved, at mellemmanden (TPB) ikke selv udvalgte den konkrete information, der blev udvekslet mellem brugerne. TPB havde således ikke konkret viden om, hvilke ulovlige filer, der blev delt mellem brugerne. Også i denne sag nåede EU-Domstolen frem til, at der forelå en selvstændig overføring

til almenheden og lagde igen bl.a. vægt på, at administratorerne af TPB-siden havde “fuldt kendskab” til konsekvenserne af deres handling (præmis 36). På samme måde som i *Stichting Brein I (Filmspeler)*, lagde Domstolen endvidere vægt på, at TPB havde gjort det lettere for brugerne at foretage den ulovlige fildeling, jf. dommens præmis 36: “[...] ville disse værker uden administratorernes tilrådighedsstillelse og forvaltning ikke kunne deles af brugerne, eller det ville i det mindste være mere komplekst at dele dem på internettet”. Dommen referer også til kriteriet fra *Stichting Brein I (Filmspeler)*, hvorefter brugerne ville have haft vanskeligt ved at få adgang til værket uden mellemmandstjenesten, jf. præmis 26.

Med disse tre domme har EU-Domstolen reelt udviklet en doktrin, hvorefter internettjenester, der bidrager til brugernes ulovlige deling af ophavsretligt beskyttet materiale, under nærmere betingelser foretager en selvstændig overføring til almenheden efter infococ-direktivets art. 3, stk. 1. Doktrinen tager sit udspring i de kriterier, som Domstolen tidligere har udviklet i sin praksis om overføring til almenheden, der primært har omhandlet fornyet offentlig fremførelse af lovligt indhold (f.eks. om radio, tv og cd-afspillere på hotelværelser, i restauranter og i venteværelser). Der er dog væsentlig forskel på disse situationer, og den situation, hvor en internettjeneste bidrager til brugernes deling af ulovligt indhold.

Med doktrinen introducerer EU-Domstolen derfor også delvist nye og selvstændige kriterier i afgørelsen af, om der foreligger en overføring til almenheden. Doktrinen er således baseret på et *subjektivt kendskabskriterium*, der lægger vægt på mellemmandens kendskab til, at materialet krænker ophavsrettigheder, og et *objektivt adgangskriterium*, der lægger vægt på, om mellemmandens tjeneste har gjort det (væsentligt) nemmere for brugerne at skaffe sig adgang til materialet.

Se i samme retning generaladvokatens fortolkning af de tre domme i sit forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, C-682/18 og C-683/18:⁴

“108. Som jeg har forstået disse domme, skal den handling, hvorved en anden person end den, der har besluttet at foretage transmission af et

4. Visse steder i litteraturen også omtalt som “YouTube/Cyando”.

værk, og som i egentlig forstand foretager handlingen i form af 'overføring til almenheden', medvirker til denne transmission, sidestilles med en sådan handling i form af 'overføring', når to kriterier er opfyldt.

109. For det første skal den pågældende person spille en 'afgørende rolle' for den nævnte transmission. Denne 'rolle' anses ifølge den forståelse, der er lagt til grund i de nævnte domme, for at foreligge, når denne person gør det nemmere at foretage denne transmission [...]

110. For det andet skal den nævnte persons medvirken have en 'bevidst' karakter i den forstand, at den pågældende skal have kendskab til, at den overføring, som vedkommende gør det nemmere at foretage, er ulovlig [...]"

Det subjektive kendskabskriterium kommer klarest til udtryk i *GS Media*-dommen, hvor EU-Domstolen udtrykkeligt forudsætter, at linkerens skal vide eller burde vide, at der linkes til ulovligt materiale, før der foreligger en overføring til almenheden. I *Stichting Brein*-dommene lægger Domstolen vægt på, at de pågældende mellemmande havde "fuldt kendskab" til konsekvenserne af deres handlinger. Begrebet "fuldt kendskab" er også anvendt af Domstolen i sager om fortolkning af begrebet overføring til almenheden i forbindelse med tilgængeliggørelse af lovligt indhold, første gang i *SGAE*-dommen, C-306/05. Denne dom fastslog, at et hotel havde fuldt kendskab til konsekvenserne af at stille tv og radio til rådighed for gæsterne på værelserne – nemlig at gæsterne ville få adgang til ophavsretligt beskyttede værker udsendt i tv og radio. I denne sag (og andre sager om overføring af lovlige værker) anvendes begrebet "fuldt kendskab" imidlertid om en viden om et kausallink mellem handlingen og brugernes (potentielle) udnyttelse af ophavsretligt beskyttede værker. *Stichting Brein*-dommene må forstås sådan, at begrebet "fuldt kendskab" (også) anvendes om mellemmandens kendskab til, at det delte materiale er ulovligt. Dette understøttes af, at formuleringen "fuldt kendskab til konsekvenserne af sin handling" også anvendes i *GS Media*-dommen, hvor Domstolen som nævnt udtrykkelig anførte kravet om viden eller burde-viden om de ulovlige forhold. Endvidere anfører Domstolen direkte i *Stichting Brein I (Film-speler)*, at salget af medieafspilleren blev foretaget med "fuldt kendskab til", at de omhandlede links gav adgang til værker, der ulovligt var blevet offentliggjort på internettet, jf. præmis 50. I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)* kobler Domstolen ikke begrebet "fuldt kendskab til conse-

kvenserne af deres handling” til en viden om materialets ulovlighed, men med dommens henvisning til tidligere praksis, herunder *GS Media* og *Stichting Brein I (Filmspeler)*, kan den ikke forstås på anden måde.

Det bidrager ikke til retsklarhed, at Domstolen anvender samme begreb i to forskellige betydninger. Se også kritisk heroverfor Ohly, note 3 ovenfor, s. 672.

Det objektive adgangskriterium udtrykkes i *Stichting Brein I (Filmspeler)* ved, at brugerne uden tjenesten kun “vanskeligt” kunne få adgang til de beskyttede værker (præmis 41). I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)* gentager Domstolen formuleringen om “vanskeligt” at kunne få adgang uden mellemmandstjenesten (præmis 26), og anfører også, at det ville være “mere komplekst” for brugerne at dele de ulovlige filer uden The Pirate Bays tjeneste (præmis 36).

Det følger af infosoc-direktivets art. 27, at den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør en overføring, ikke i sig selv udgør en overføring. Vurderingen heraf vil i de fleste tilfælde formentlig være sammenfaldende med det objektive kriterium. I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)* afviste Domstolen eksempelvis, at TPB blot stillede fysiske faciliteter til rådighed med henvisning til, at tjenesten selv foretog en indeksering af torrent-filerne, således at filerne let kunne lokaliseres og downloades af brugerne. Uden denne indeksering ville man næppe hellere kunne sige, at TPB gjorde det mindre vanskeligt for brugerne at skaffe sig adgang til de ulovlige filer.

Med doktrinen om mellemmandsoverføring har EU-Domstolen etableret en retstilstand, hvor forskellige typer af internetmellemænd i visse situationer kan foretage en overføring til almenheden af ulovligt indhold efter infosoc-directives art. 3, stk. 1, selvom mellemmanden ikke selv foretager en transmission eller er den, der umiddelbart gør indholdet tilgængeligt.

Det er ikke oplagt, at denne type handlinger, der mere naturligt synes at have karakter af medvirkenshandling, skal udgøre selvstændig overføring til almenheden. Spørgsmålet er derfor også, hvor langt doktrinen kan strækkes. De tre domme vedrører alle situationer, hvor mellemmanden med fuldt overlæg medvirkede til brugerens ophavsretskrænkelser og nærmest også gjorde en dyd ud af det. Dette burde

ikke spille en rolle for de principielle ophavsretlige overvejelser i sagen, men det kan nok ikke helt udelukkes, at det har gjort det alligevel. EU-Domstolen har endnu ikke forholdt sig til situationer, hvor en mellemmands tjeneste nok har muliggjort brugernes ulovlige deling af indhold, men ikke haft dette som sit primære formål, og hvor mellemmanden måske også har udvist bestræbelser på at hindre den ulovlige deling. Disse situationer foreligger ikke mindst, når brugerne gør ulovligt indhold tilgængeligt via sociale medier og andre platform for deling af indhold.

En vurdering af dette forhold vil imidlertid foreligge fra Domstolen inden længe. I de verserende forenede sager *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*, C-682/18 og C-683/18, er Domstolen bl.a. blev spurgt, om YouTube foretager overføring til almenheden, når brugerne uploader ulovligt indhold på disse tjenester. Som nærmere anført nedenfor har generaladvokaten i sit forslag til afgørelse af sagen anført, at infosoc-direktivets art. 3 ikke omfatter mellemmands medvirken til brugernes ulovlige deling, hverken i den konkrete sag eller i de tre sager, der allerede er afgjort af EU-Domstolen. Generaladvokaten mener med andre ord, at Domstolen har fortolket direktivet forkert i disse tre sager.

Det forekommer ikke videre sandsynligt, at EU-Domstolen vil følge generaladvokatens anbefaling og undsige sin egen hidtidige praksis. Mere nærliggende er det, at EU-Domstolen vil fastholde sin doktrin og vurdere, hvorvidt mellemmandene opfylder det subjektive og det objektive kriterium i de to konkrete sager. I så fald vil dommen give yderligere bidrag til, hvor langt doktrinen om mellemmandsoverføring kan strækkes.

Man kunne overveje, om Domstolen vil statuere overføring i sagerne allerede med henvisning til, at DSM-direktivets art. 17 nu fastslår, at den type mellemmand, der er omfattet af sagerne foretager en overføring til almenheden. Dette ræsonnement understøttes af, at DSM-direktivets betragtning 64 anfører, at det er hensigtsmæssigt i direktivet at "præcisere", at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden. Dette kan læses således, at lovgiver med art. 17 blot præciserer det, der allerede gælder, og som i givet fald må følge af infosoc-direktivets art. 3. Uanset præambelbetragtningen ville det imidlertid være en forkert brug af art. 17. Det fremgår udtrykkeligt af bestemmelsen, at udbydere

af onlineindholdsdelingstjenester foretager overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden “med henblik på dette direktiv”. Art. 17 indfører et helt nyt og selvstændigt ansvarssystem, som ikke kan tages til indtægt for forståelsen af reglerne i infosoc-direktivet. Reglen i art. 17, stk. 1, der fastslår, at de omfattede mellemænd foretager overføring, skal læses sammen med de væsentlige regler om ansvarsfritagelse i art. 17, stk. 4. Reglerne i art. 17 udgør en samlet balance, og man kan derfor ikke tage dele af reglerne og overføre til forhold uden for art. 17.

Se også afvisende generaladvokatens forslag til afgørelse, pkt. 249-255, hvor det bl.a. påpeges, at det ville være i strid med retssikkerhedsprincipper at udlede retsvirkninger med tilbagevirkende kraft af en ikke-bindende præambelbetragtning. I Kulturministeriet lovudkast⁵ til implementering af art. 17 anføres ligeledes, at art. 17 og brugen af ordet “præcisering” i betragtning 64, ikke berører forståelsen af overføringsbegrebet uden for DSM-direktivet.

DSM-direktivets art. 17 bør derfor heller ikke have betydning for afgørelsen i disse to sager, men art. 17 vil indebære, at afgørelsen, og doktrinen om mellemmandsoverføring efter infosoc-direktivet, ikke vil have betydning for de mellemænd, der fremover reguleres af art. 17.

3. DSM-direktivets art. 17

DSM-direktivet blev vedtaget den 17. april 2019 efter et længere forhandlingsforløb. Direktivet regulerer en række spørgsmål knyttet til brug af ophavsretligt beskyttede værker i en digital kontekst. Særligt to spørgsmål var genstand for intense drøftelser og forhandlinger. Det ene vedrørte beskyttelsen af pressepublikationer ved onlinebrug, der er reguleret i direktivets art. 15. Det andet vedrørte platformes ansvar for brugernes deling af ulovligt indhold. Med andre ord, det spørgsmål,

5. Lovudkastet blev sendt i høring den 18. december 2020 med titlen “Høring over udkast til lov om ændring af lov om ophavsret (Implementering af dele af direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked samt direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV- og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer m.v.)”.

som EU-Domstolen også forholdt sig til i de tre ovennævnte sager parallelt med behandlingen af DSM-direktivet.

Dette spørgsmål er nu reguleret i direktivets art. 17, hvorefter medlemsstaterne skal fastsætte, at

“en udbyder af onlineindholdsdelingstjenester foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden med henblik på dette direktiv, når den pågældende giver offentlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, der uploades af brugerne.”

Med denne bestemmelse bliver det nu lovfæstet, at en række mellemænd foretager selvstændig overføring til almenheden.⁶ Dette vil dog langt fra omfatte alle typer af mellemænd.

En udbyder af onlineindholdsdelingstjenester defineres i direktivets art. 2, nr. 6, som “en udbyder af en informationssamfundstjeneste, der har som hovedformål eller som et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af dens brugere, og som den organiserer og promoverer med et profitmæssigt formål”. Herefter angiver bestemmelsen en række typer af tjenester, som ikke omfattes af definitionen. Dette gælder eksempelvis for non-profit onlineencyklopædier (som f.eks. Wikipedia), onlinemarkedspladser (som f.eks. Amazon og eBay), B2B-cloudtjenester og cloudtjenester, der gør det muligt at uploade indhold til eget brug (hvilket omfatter tjenester som Dropbox og iCloud). Kravet om, at udbyderen skal have som et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker, vil ligeledes undtage en række tjenester fra art. 17, om end det er uklart, hvad der nærmere ligger heri. Det følger af bemærkningerne til det ovenfor nævnte lovudkast, der skal implementere art. 17, at bestemmelsen heller ikke omfatter pirattjenester. Hermed vil eksempelvis The Pirate Bay ikke være omfattet (hvilket også vil følge af kravet om, at tjenesten skal lagre det op-

6. DSM-direktivet skal være implementeret i national ret senest 7. juni 2021. Som anført ovenfor har Kulturministeriet den 18. december 2020 sendt et lovudkast i høring, der skal implementere dele af direktivet, herunder art. 17.

havsretlige materiale, hvad The Pirate Bay – og andre fildelingstjenester baseret på BitTorrent-teknologi – ikke gør).

Det følger af direktivets betragtning 62, at pirattjenester ikke omfattes af ansvarsfritagelsesbestemmelsen i art. 17, stk. 4. Det synes at være denne betragtning, der i det danske lovudkast har ført til bemærkningen om, at pirattjenester ikke omfattes af art. 17. Det er åbenbart, at en pirattjeneste ikke omfattes af ansvarsfritagelsen i art. 17, stk. 4, allerede fordi tjenesten ikke vil opfylde bestemmelsens betingelser for ansvarsfritagelse. Det kan dog ikke nødvendigvis udledes af præambelbetragtningen, at pirattjenesten ikke omfattes af art. 17, stk. 1. Om denne fortolkning er i overensstemmelse med direktivet må i sidste ende afgøres af EU-Domstolen.

De mellemmænd, der er omfattet af definitionen, foretager efter art. 17 en selvstændig overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden, når deres brugere uploader ophavsretligt beskyttet materiale. Konsekvensen heraf er, at udbyderen skal indhente tilladelse fra rettighedshaverne, jf. art. 17, stk. 1, 2. afsnit, og ifalder ansvar for brugerens upload af ulovligt indhold, hvis ikke udbyderen har iagttaget ansvarsfritagelsesbetingelserne i art. 17, stk. 4, ved at have gjort sin bedste indsats for at opnå tilladelse fra rettighedshaveren og overholdt nærmere angivne “notice and take down” og “notice and stay down”-forpligtelser.

En nærmere gennemgang af art. 17, herunder betingelserne for ansvarsfrihed, er ikke genstand for nærværende artikel. Der henvises til den allerede ganske omfattende litteratur om bestemmelsen, herunder Schönning's artikel her i festskriftet, Schwemer, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, *MIR*, 3, 2020, s. 400-435, og Leistner, *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?* (maj 21, 2020). 2020 *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal*, Issue 2, s. 123-214, tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3572040>>.

4. Forholdet mellem mellemmandens overføring efter infosoc-direktivets art. 3 og DSM-direktivets art. 17 – et tostrengt ansvarssystem

Selvom der med DSM-direktivets art. 17 er etableret en særskilt bestemmelse for mellemmandsansvaret på det ophavsretlige område, dækker denne bestemmelse som beskrevet langt fra alle mellemmandstjenester. For andre mellemmænd vil det forsat være infosoc-direktivet og EU-Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring, der afgør, om de foretager en selvstændig overføring af brugernes materiale.

Trods disse modellers fælles udspring i overføringsfiguren, er de grundlæggende forskellige.

Ansvarer efter art. 17 er som udgangspunkt baseret på objektive kriterier, både i vurderingen af, om mellemmanden foretager overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden, og i vurderingen af, om mellemmanden kan påberåbe sig ansvarsfrihed. Det sidstnævnte forudsætter, at mellemmanden foretager indholdskontrol og indfører foranstaltninger mod genupload af ulovligt indhold. De nærmere grænser for disse forpligtelser er uklare, men kriterierne er under alle omstændigheder ikke baseret på subjektive forhold om mellemmandens erkendelser og motiver. Det eneste subjektive element er mellemmandens viden eller burde-viden om konkret ulovligt indhold som forudsætning for ansvarsfrihed. Bestemmelsen er heller ikke baseret på en vurdering af, om mellemmanden har gjort det nemmere for brugerne at få adgang til det ulovlige indhold.

Det er diskuteret, hvorvidt art. 17 indfører en sui generis-ret, eller om overføringsretten efter bestemmelsen skal tillægges samme indhold som overføringsbegrebet i den øvrige EU-retlige regulering, herunder infosoc-direktivet.⁷ Spørgsmålet har flere facetter, herunder hvorvidt der kan

7. Se hertil bl.a. Rosati, "The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2020, vol. 15, nr. 11, s. 874-878, og Nordemann, Jan Bernd, "Art. 17 DSMCD a Class of Its Own? How to Implement Art. 17 Into the Existing National Copyright Acts – Also a Comment on the Recent German Discussion Draft" (tyisk udgave publiceret i *GRUR/Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 12. august 2020), s. 569-576, tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3649626>> eller <<http://dx>.

indføres særskilte undtagelser til art. 17 i national ret, men det må klart afvises, at det subjektive kriterium, EU-Domstolen har indført i sin doktrin om mellemmandsoverføring efter infosoc-direktivet, også gælder efter art. 17. Bestemmelsen fastslår udtrykkeligt, at der foreligger overføring, når onlineindholdsdelingstjenester giver offentlig adgang til op-havsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne, uden nogen form for krav om subjektiv kendskab til, at materialet er ulovligt.

Omvendt er ansvaret efter infosoc-direktivets art. 3 som udviklet af EU-Domstolen baseret på et subjektivt kendskabskriterium, der ikke kun knytter sig til viden om den konkrete ulovlige information, jf. *Stichting Brein II (The Pirate Bay)*, hvor mellemmanden (TPB) ansås for at foretage overføring uden nødvendigvis at have kendskab til det konkrete indhold, der blev delt mellem brugerne, og på et objektivi adgangskriterium, hvorefter mellemmanden skal have gjort delingen af det ulovlige indhold nemmere for brugerne. Ansvaret efter denne model begrænses af ansvarsfritagelsesreglen i e-handelsdirektivets⁸ art. 14, der gør mellemmanden ansvarsfri, medmindre mellemmanden har konkret kendskab til ulovligt indhold, eller for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet fremgår. Det er ikke klart, hvor langt denne ansvarsfritagelse rækker, men den kan næppe indebære, at mellemmanden skal foretage nogen form for indholdskontrol eller foranstaltninger mod genupload af ulovligt for at opnå ansvarsfrihed. Hermed er mellemmandsansvaret efter infosoc-direktivet (sammenholdt med e-handelsdirektivets art. 14) under alle omstændigheder et andet, end ansvaret efter DSM-direktivets art. 17.

Art. 14 er traditionelt blevet opfattet som en bestemmelse, der fritager mellemmand for et medvirkensansvar. Når mellemmand efter EU-Domstolens doktrin pålægges et direkte ansvar, kunne det forlede til den slutning, at art. 14 ikke ville finde anvendelse. Som påpeget af generaladvo-

doi.org/10.2139/ssrn.3649626> og Husovec & Quintais, “How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New Rules on Content-Sharing Platforms”, Januar 2021, *GRUR International* (Issue 4/2021, forthcoming), tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3463011>> eller <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3463011>>.

8. Direktiv 2000/31 af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked

katens i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, synes dette også at være opfattelsen hos den forelæggende ret i sagen. Retten stilledes således kun præjudicielle spørgsmål til forståelsen af art. 14 for det tilfælde, at EU-Domstolen nåede frem til, at mellemlæmmændene ikke foretog selvstændig overføring efter Domstolens doktrin herom. I Kulturministeriets lovudkast til implementering af art. 17 anføres i samme retning, at ansvarsreglerne i e-handelslovens § 16 (der implementerer e-handelsdirektivets art. 14) ikke finder anvendelse på mellemlæmmænd omfattet af art. 17, fordi denne bestemmelse indfører et direkte ansvar og ikke et medvirkenansvar. Der bør dog ikke være tvivl om, at art. 14 også omfatter mellemlæmmænd, der foretager selvstændig overføring efter infosoc-direktivets art. 3. Disse mellemlæmmænd vil kunne opfylde alle de krav, som følger af art. 14, og der er intet i bestemmelsen, der giver belæg for at begrænse den til mellemlæmmænd, som kun medvirker til andres ophavsretskrænkelser. I takt med at EU-Domstolen udvider området for mellemlæmmænds selvstændige overføring, ville dette også betyde, at bestemmelsen blev uden reelt indhold på det ophavsretlige område og efterlade mellemlæmmænd uden mulighed for ansvarsfritagelse, hvis de ikke var omfattet af DSM-direktivets art. 17. Se tilsvarende generaladvokatens forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, pkt. 137-139.

De to modeller rummer således væsentlige forskelle. I det lys er det ikke uproblematisk, at DSM-direktivets definition af "onlineindholdsdelingstjenester" med sit krav om, at mellemlæmmænd skal have det som "et af sine hovedformål" at lagre og give almenheden adgang til "en stor mængde" ophavsretligt beskyttede værker, skaber ganske stor usikkerhed om, hvilke mellemlæmmænd, der er omfattet af art. 17 – og dermed modsætningsvist, hvem der er omfattet af infosoc-direktivets art. 3. Der er med andre ord etableret et ganske komplekst og trestrengt system for mellemlæmmænds ansvar for brugernes ophavsretskrænkelser.

I det omfang mellemlæmmænd hverken omfattes af DSM-direktivets art. 17 eller af doktrinen om mellemlæmmændsoverføring efter infosoc-direktivets art. 3, vil de potentielt kunne blive ansvarlige efter nationale medvirkenregler. I realiteten er der således tale om et trestrengt ansvarssystem, når man medregner de nationale medvirkenregler.

5. Nogle betragtninger om EU-Domstolens rolle

Med sin doktrin om mellemmandsoverføring har EU-Domstolen introduceret et subjektivt element som betingelse for, at der foreligger en ophavsretlig handling i form af overføring til almenheden. Dette bryder med en grundlæggende ophavsretlig struktur, hvorefter de ophavsretligt beskyttede handlinger defineres af objektive kriterier, og ikke af god eller ond tro hos den person, der foretager handlingen.

Selvom EU-Domstolens afgørelser ofte er nyskabende hører det dog til sjældenhederne, at Domstolen bryder med de grundlæggende strukturer på et givent retsområde, og det rejser spørgsmålet, hvad der har fået Domstolen til at bevæge sig ind på den vej.

For en umiddelbar betragtning kunne sagerne være et eksempel på, at den teknologiske udvikling har overhalet lovgivningen, og at EU-Domstolen har måtte forholde sig til retlige problemstillinger, som lovgiver ikke havde i tankerne, da reglerne blev til. Infosoc-direktivet er således fra 2001, hvor internettet og den digitale virkelighed var meget anderledes end i dag, og hvor sociale medier og techgiganter endnu ikke var fænomener. Det er ikke usædvanligt, at ældre regler bliver konfronteret med en teknologisk udvikling, og at domstolene som led heri må foretage relativt åbne fortolkninger af reglerne, fordi der i realiteten består et mere eller mindre retstomt rum. EU-Domstolens dom om retten til videresalg af digitale kopier af edb-programmer, *UsedSoft*, C-128/11, er et eksempel herpå. Ser man nærmere på de tre sager, kan det imidlertid konstateres, at den teknologiske udvikling ikke kan forklare det nybrud, som sagerne er udtryk for. Sagerne omhandlede linking og fildeling, hvilket ikke var fremmede teknologier, da infosoc-direktivet blev vedtaget. Anderledes forholder det sig med onlineplatforme som YouTube, der ikke eksisterede på dette tidspunkt. At man allerede ved reglernes tilblivelse var opmærksom på mellemmands særlige rolle, illustreres også af præambelteksten til direktivet (betragtning 59), hvor det anføres, at mellemmands tjenester navnlig på det digitale område i stadig stigende grad kan anvendes af tredjemand til krænkelse, og at mellemmand i mange tilfælde er bedst i stand til at bringe sådanne krænkelse til ophør. I nogle tilfælde har den teknologiske udvikling nødvendiggjort, at domstolene har udviklet reglerne, fordi udviklingen ellers ville føre til en materielt helt u hensigtsmæssig retstil-

stand, som lovgiver med stor sandsynlighed ikke ville have accepteret, hvis man kunne have taget højde for problemstillingen, da reglerne blev lavet. Dette var imidlertid ikke situationen i de tre sager. Der ville ikke opstå et retstomt rum, hvis ikke Domstolen nåede frem til, at de pågældende mellemænd foretog en overføring til almenheden, og det ville ikke medføre, at mellemænd i ond tro ansvarsfrit kunne facilitere deling af ulovligt indhold. Mellemændene ville således stadig kunne ifalde ansvar efter medvirkensregler. Den iagttagelse leder til en anden og sandsynlig forklaring på den vej, Domstolen valgte.

I modsætning til det direkte ansvar er medvirkensansvaret ikke reguleret EU-retligt og dermed ikke harmoniseret. Dette kan for så vidt ikke udledes direkte af de EU-retlige eneretsbestemmelser i infosoc-direktivet eller erstatningsbestemmelsen i håndhævelsesdirektivets art 13. Resultatet er imidlertid fast antaget og understøttes af en række forhold, således som generaladvokaten har påpeget i sit forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne. I forslaget afviser generaladvokaten, at EU-ophavsretten omfatter et medvirkenansvar ("sekundært ansvar"), der i stedet må fastsættes efter medlemsstaternes civile retlige erstatningsregler. Afvisningen peger bl.a. på, at ordlyden af infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, ikke indeholder elementer, der antyder, at bestemmelsen regulerer medvirkensansvar, at EU-lovgiver i andre retsakter eksplicit har reguleret medvirkensansvaret, når dette ønskes omfattet, og at EU-Domstolen i *Google AdWords*-sagerne i C-236-238/08 og C-324/09 henviste til nationale civile retlige regler i forbindelse med afvisning af et direkte ansvar for mellemmanden i forbindelse med varemærkekrænkelser.

Såfremt EU-Domstolen var nået til, at der ikke forelå overføring i de tre sager, ville det derfor være medlemsstaternes nationale regler om medvirkensansvar, der blev afgørende for, om mellemændene kunne holdes ansvarlig for deres medvirken til brugernes krænkelser. Hermed ville et centralt spørgsmål i nutidens ophavsret ikke være undergivet EU-harmonisering. Selvom det ikke udtrykkes direkte i dommene, er der næppe tvivl om, at ønsket om integration og harmonisering, har haft afgørende betydning for dommenes resultat. Dette udtrykkes også ganske klart i generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af *Stichting Brein I (Filmspeler)*-sagen (pkt. 3):

“Europa-Kommissionen, hvis opfattelse det forekommer mig deles af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, gør gældende, at ansvaret for sider af denne type er et spørgsmål om anvendelse af ophavsretten, som ikke kan løses på EU-retligt niveau, men inden for rammerne af medlemsstaternes interne retssystemer. En sådan tilgang ville imidlertid lade dette ansvar og i sidste ende rækkevidden af de rettigheder, der tilkommer indehaverne, være afhængige af de meget forskellige løsninger, der findes i de forskellige nationale retssystemer. Dette ville undergrave formålet med EU-lovgivningen på det relativt begrænsede område for ophavsret, som netop er at harmonisere rækkevidden af de rettigheder, som ophavsmændene og andre indehavere nyder på det indre marked. Dette er grunden til, at svaret på de problemer, der er rejst i nærværende sag, efter min opfattelse snarere skal søges i EU-retten.”

Det er almindeligt anerkendt i EU-retten, at Domstolens fortolkning er båret af sådanne harmoniseringsønsker, også benævnt “effektivitetsprincippet”. Spørgsmålet er dog, hvor langt dette princip kan og bør strække fortolkningen og tillade rum for ændringer af grundlæggende ophavsretlige strukturer.

I sit forslag til afgørelse af *GS Media*-sagen mente generaladvokat Wathelet ikke, at linking til værker, der var frit tilgængelige på internettet, havde karakter af en overføring til almenheden. Dette forslag valgte EU-Domstolen ikke at følge. Det er ikke usædvanligt, at EU-Domstolen vælger et andet resultat end foreslået af generaladvokaten, men ueenheden illustrerer forskellige opfattelser af, hvad overføringsbegrebet kan og bør dække.

Endnu mere markant er den danske generaladvokats Henrik Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, C-682/18 og C-683/18. Efter at have fastslået, at info-soc-direktivet ikke regulerer spørgsmål om sekundært ansvar (medvirkensansvar), afviser generaladvokaten EU-Domstolens praksis i *GS Media* og de to *Stichting Brein*-sager og siger dermed, at EU-Domstolen har anlagt en forkert fortolkning af direktivet i disse sager (pkt. 104):

“Jeg er af disse grunde forbeholden over for den argumentation, som Domstolen anvendte i *GS Media*-dommen, dommen i sagen *Stichting Brein I* (“Filmspeler”) og dommen i sagen *Stichting Brein II* (“The Pirate Bay”). Uanset om det er ønskeligt, at der på EU-plan findes en ensartet løsning for handlinger, der foretages af personer, som bevidst gør det

nemmere for tredjemænd at begå ulovlige handlinger, og selv om en sådan ensartethed ville bidrage til at sikre et højt beskyttelsesniveau for ophavsretten, forholder det sig efter min opfattelse ikke desto mindre således, at EU-retten på sit nuværende udviklingstrin ikke indeholder bestemmelser herom. Det tilkommer EU-lovgiver at indføre en ordning for sekundært ansvar i EU-retten.”

Dette er en bemærkelsesværdig klar tilkendegivelse om, at EU-Domstolen efter generaladvokatens opfattelse er gået for langt i de tre foregående sager, og har påtaget sig en kompetence, som reelt tilkommer lovgiver.

Generaladvokatens konklusion og afstandstagen til Domstolens praksis er efter min opfattelse berettiget. I realiteten har EU-Domstolen indført et EU-harmoniseret medvirkensansvar for mellemmand “ad bagvejen” ved at indfortolke et subjektivt kriterium i overføringsbegrebet og dermed lade det omfatte medvirkenshandling. Selv ikke harmoniseringsbestrebelse og fordelene ved en ensartet regulering på europæisk plan bør kunne strække fortolkningen af centrale begreber så langt, at man reelt gør op med grundlæggende ophavsretlige strukturer.

Imod denne kritik kunne indvendes, at DSM-direktivets art. 17 netop kodificerer den retstilstand, som EU-Domstolen har etableret med de tre afgørelser, idet bestemmelsen fastslår, at visse typer af mellemmand foretager en selvstændig overføring til almenheden, når brugere uploader ophavsretligt beskyttet materiale på deres tjenester. Man kunne derfor vælge at betragte det således, at EU-Domstolen ved sin fortolkning blot har etableret en retstilstand, som lovgiver efterfølgende har tilsluttet sig. Dette ville imidlertid være en forkert slutning. Selvom art. 17 fastslår, at mellemmand foretager en selvstændig overføring, er dette ikke baseret på et subjektivt kriterium, og bestemmelsen bryder derfor heller ikke med den grundlæggende ophavsretlige struktur på samme måde, som EU-Domstolens praksis gør. At lovgiver parallelt med afgørelsen af de tre sager arbejdede med ophavsretlig regulering af mellemmands ansvar og regler for, hvornår mellemmand foretager en selvstændig overføring, gør det blot ekstra betænkeligt, at Domstolen påtager sig en rolle, der minder om lovgivers.

EU-Domstolen har med de tre beskrevne domme påtaget sig en rolle, som der er grund til at være kritisk over for.⁹ Det forekommer imidlertid ikke sandsynligt, at EU-Domstolen vil følge generaladvokatens indstilling og bruge *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne til at ændre sin linje og undsige sin egen doktrin om mellemmandsoverføring. Under alle omstændigheder er Domstolens afgørelse i de tre sager endnu en illustration af den markante rolle EU-Domstolen spiller i udviklingen af europæisk ophavsret. Den bliver også en illustration af, at man ved fortolkningen af de (nationale) ophavsretlige regler, skal have en forståelse for, hvordan EU-Domstolen tænker, herunder at integrationshensyn kan spille en væsentlig rolle i reglernes fortolkning – også selvom man finder, at EU-Domstolen i nogle sager strækker dette hensyn og sin egen kompetence for langt.

6. Fremtidens mellemmandsret – et puslespil med mange brikker

EU-Domstolens afgørelser om mellemmands overføring til almenheden og DSM-direktivets art. 17 er brikker i det større puslespil om mellemmands ansvar for brugernes deling af ophavsretligt beskyttet materiale. Dette puslespil er blevet stadig mere komplekst i de senere år.

EU-Domstolens doktrin om mellemmands ansvar giver i sig selv anledning til spørgsmål om, hvor langt mellemmandsoverføring under infoc-direktivets art. 3 kan strækkes og dermed også, hvor grænserne går mellem dette ansvar og medvirkensansvaret under national ret. DSM-direktivets art. 17 rummer også mange uafklarede spørgsmål, bl.a. forårsaget af de nævnte åbne formuleringer i definitionen af onlineindholdsdelingstjenester, og de tilsvarende brede formuleringer om “bedste indsats” i ansvarsfritagelsesbestemmelsen i stk. 4. Også ansvarsfritagelsesbestemmelsen i e-handelsdirektivets art. 14 rejser vanskelige spørgsmål, ikke mindst fordi reglen blev til, før mange af de nuværende mellemmandstjenester eksisterede. I det lys er det bemærkelses-

9. Se således også Ohly, note 3 ovenfor og Rosati “GS Media and Its Implications for the Construction of the Right to the Public within EU Copyright Architecture, 29. marts, 2017, 54(4) *Common Market Law Review* 1221-1242, tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2943040>>.

værdigt, at Kommissionens udkast til Digital Services Act¹⁰ lægger op til i det væsentlige at lade bestemmelsen bestå uændret. At spørgsmålet om mellemmandsansvar giver anledning til betydelig retsusikkerhed, illustreres også af, at både spørgsmålet om rækkevidden af overførbegrebet i infosoc-direktivets art. 3 og af ansvarsfritagelsesbestemmelsen i art. e-handelsdirektivets art. 14 er genstand for flere verserende sager for EU-Domstolen udover *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne.¹¹

Det er ikke kun spørgsmålet om, hvornår mellemmand kan holdes straf- og erstatningsansvarlige, der har betydning i mellemmandsretten. Det er således også et centralt spørgsmål, hvornår mellemmand ved påbud kan forpligtes at fjerne og eventuelt også forhindre genupload af ulovligt indhold. EU-Domstolen har i flere sager forholdt sig til, hvorvidt pålæg om at føre indholdskontrol, var i strid med overvågningsforbuddet i e-handelsdirektivets art. 15. Senest har EU-Domstolen (uden for det ophavsretlige område) i C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, fastslået, at det ikke var i strid med art. 15 at pålægge Facebook en pligt til at sikre, at ærekrænkende ytringer ikke blev genuploadet. Hvor langt sådanne forpligtelser kan strækkes uden at komme i konflikt med overvågningsforbuddet, må forventes at blive genstande for fortsatte retlige tvister. I øjeblikket verserer bl.a. en sag for EU-Domstolen, C-401/19, hvor den polske regering har gjort gældende, at den pligt til indholdskontrol, der følger af DSM-direktivets art. 17, stk. 4, er i strid med EU's charter om grundlæggende rettigheder.

Reguleringen af mellemmandsansvaret er således et komplekst og stort puslespil med mange ulagte brikker. Nogle af disse brikker vil blive lagt med *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, hvor Domstolen får mulighed for at forholde sig til grænserne for sin egen doktrin om mellemmandsoverføring og for ansvarsfritagelsesbestemmelsen i art. 14. Det kan således være, at puslespillet allerede ser anderledes ud, når Jørgen får overrakt dette festsskrift, hvis EU-Domstolen på dette tidspunkt, har truffet afgørelse i sagerne. Men uanset hvad Domstolen

10. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om et indre marked for digitale tjenester (retsakt om digitale tjenester) og om ændring af direktiv 2000/31/EF, COM(2020) 825

11. Se sagerne C-442/19, *Stichting Brein III*, C-500/19, *Puls 4 TV*, og C-597/19, *M.I.C.M.*

når frem til, bliver det med sikkerhed ikke de sidste brikker, der lægges. De nærmere grænser for mellemmands ansvar vil også være blandt ophavsrettens centrale spørgsmål i de kommende år, og området vil utvivlsomt fortsat være leverandør af sager til EU-Domstolen. Lad os håbe, at Domstolen vil udvikle området i respekt for ophavsrettens grundlæggende strukturer.

Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser

Adjunkt, ph.d. Jøren Ullits, Syddansk Universitet

1. Indledning¹

Ophavsretsloven² har stor indflydelse på muligheden for at bruge andres kreative produkter, såsom tekster, billeder og film, hvoraf meget i dag kan fremsøges og opleves via internettet. Som udgangspunkt må andre ikke bruge sådant ophavsretligt beskyttet materiale, medmindre den skabende ophavsmand har givet lov. Den eneretlige beskyttelse, som ophavsretsloven tildeler ophavsmanden for sin kreative eller nabo-retligt beskyttede indsats, er dog ikke uigennemtrængelig, men kan gennembrydes af et modstående hensyn til ytrings- og informationsfriheden, og her vægtes hensynet til journalistikken tungt. Det ses tydeligt i ophavsretsloven § 23, stk. 2, der giver adgang til at gengive billeder i forbindelse med en omtale af en dagsbegivenhed, hvis omtalen bringes i en avis.³ Det er dog uvist, hvad det i bestemmelsen anvendte

1. Dette kapitel er baseret på dele af kapitel 5 i Jøren Ullits, *Journalistbegrebet i retlig belysning* (Karnov 2019), med forlagets tilladelse.

2. Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 med senere ændringer.

3. Bestemmelsen nævner også muligheden for at bringe gengivelsen i tidsskrifter, som dog ikke forfølges yderligere her. Det kan dog bemærkes, at begrebet tidsskrifter

udtryk avis dækker over, herunder om det rummer nye digitale medier, som blogs og den slags. Sådanne medier fandtes ikke under vedtagelsen af teksten tilbage i 1967, og i takt med et stigende billedligt materiale på internettet og en øget tilgængeliggørelse heraf via de sociale medier og mange uploads, har spørgsmålet stor praktisk betydning, hvilket bekræftes af samtaler med mediepersoner fra Danmarks Medie- og Journalisthøjskole, hvor jeg har været tilknyttet i en årrække som forsker og underviser. Det forekommer nemlig at være en udbredt opfattelse, at billeder er noget, der kun kan gengives, hvis ophavsmanden har givet lov.

Det er derfor relevant at få belyst kriterierne for at få tildelt retstillingen efter ophavsretslovens § 23, stk. 2. Med henblik på dette indleder kapitlet i det følgende med en summarisk gennemgang af bestemmelsens historiske ophav, hvorefter ses nærmere på det, som bestemmelsen tildeler en rettighed til, eller rettelig en mulighed for at gøre indskrænkning i. Herefter undersøges de kriterier, som bestemmelsen ses at stille for at gøre indskrænkning i ophavsmandens eneret til billedligt materiale, som f.eks. rækkevidden af kravet om at gengivelsen skal finde sted i en "avis", og kravet om at gengivelsen skal ske som led i en omtale af en "dagsbegivenhed".

2. Historien bag ophavsretslovens § 23, stk. 2

§ 23, stk. 2, har rødder tilbage til 1891, hvor der blev fremsat forslag til en ny lov om forfatterret, kunstnerret og eneret til fotografier.⁴ Ifølge forslaget skulle den forfatterretlige beskyttelse fraviges for den gengivelse, der skete i et oplysende øjemed.⁵ Forslaget omfattede gengivelse af tekst, kunst og fotografier, men kunne ikke samle et flertal og blev afvist, dog fremsat i revideret form som forslag til lov om forfatter- og kunstnerret, nu uden bestemmelse om gengivelse af fotografier. Det

ifølge motiverne dækker over populærvideenskabelige udgivelser og magasiner.

4. Lovforslag om forfatterret, kunstnerret og eneret til fotografier, ordentl. samling 1881.
5. *Ibid.* § 37, stk. 1: "Som ulovlig eftergørelse anses der derimod ikke [...] at afbildninger af enkelte kunstværker optages i kritisk [...] værker til forklaring af teksten og i forbindelse med denne".

punkt var der nemlig ikke tidligere fundet enighed om. Tilpasningen blev vedtaget i 1902 som lov om forfatter- og kunstnerret,⁶ hvorefter der nu var åbnet op for gengivelse af “enkelte Kunstværker [...] i Pressens Redegørelse for Begivenheder af mere almindelig Interesse”.⁷

I 1951, under arbejdet med at udfærdige et fællesnordisk udkast til en ny ophavsretslovgivning, anbefalede Danske Dagblades Fællesrepræsentation en ændring af den i 1902 vedtagne bestemmelse om “gengivelse i pressens redegørelse for begivenheder af almindelig interesse”, med ønsket om at udtrykket “almindelig interesse” fjernedes. Det måtte ifølge Fællesrepræsentationen være tilstrækkeligt at kræve, at gengivelsen skulle bringes i “journalistiske fremstillinger”.⁸ Udvalget fandt det dog “rigtigst at blive stående ved den mere begrænsede adgang for pressen til lån”⁹ og anbefalede i stedet, at kravet om *almindelig interesse* præciseredes til et krav om, at gengivelsen skulle ske som led i en omtale af en *dagsbegivenhed*.¹⁰

Det fællesnordiske udvalgs anbefalinger indgik i det senere lovarbejde med en ny dansk ophavsretslov, fremsat i 1960¹¹ og vedtaget som lov nr. 158 af 31. maj 1961. Det var i den nye ophavsretslovs § 15 bestemt, at “[o]ffentliggjorte kunstværker kan afbildes i aviser og tidskrifter ved omtale af dagsbegivenheder”, i tråd med kommissionen tidligere anbefalinger. Bestemmelsen findes i dag i ophavsretsloven § 23, stk. 2, med den redaktionelle ændring, at betegnelsen *afbildes* er blevet ændret til det mere tidssvarende *gengives*.

Hvad der ikke kan læses i bestemmelsens tekst, er, at gengivelsesretten er blevet udvidet fra oprindeligt at give ret til at gengive kunstværker (kunstneriske billedværker) til senere også at give en ret til at gengive fotografier. Udvidelsen skete som en følge af det i 1960 fremsatte forslag til lov om retten til fotografiske billeder, som skulle gøre det muligt at bruge billeder i nyhedsformidlingen uden at spørge fotogra-

6. Lov af 19. december 1902.

7. *Ibid.* § 31, stk. 1.

8. Kommissionsudkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker af 1951, s. 122.

9. *Ibid.*, s. 122.

10. *Ibid.*, s. 122.

11. Lovforslag nr. 3, fremsat den 30. november 1960.

fen om tilladelse.¹² Efter 2. verdenskrig viste fotografiet sig at være et væsentligt element i pressens nyhedsformidling, og der var en stigende bekymring over, at pressen var afhængig af fotografens samtykke, når der skulle bruges billedligt materiale til avisens nyhedshistorier.¹³ Det ønskede lovgiver med forslaget, der blev vedtaget i 1961,¹⁴ at ændre på. Der var herefter ret til at gengive fotografier i “dagblade i forbindelse med redegørelser for begivenheder af almindelig interesse”.¹⁵ I 1995 blev lov om retten til fotografiske billeder slået sammen med ophavsretsloven,¹⁶ og den nævnte ret til at gengive fotografier findes nu i ophavsretslovens § 23, stk. 2 (fotografier der opfylder originalitetskravet) og i lovens § 70, stk. 3 (en naboretlig beskyttelse af ikke originale fotografier), hvorfra der henvises til § 23, stk. 2.

3. Hvad giver bestemmelsen ret til?

Ophavsretslovens § 23, stk. 2, giver ret til at gengive “[o]ffentliggjorte kunstværker [...] ved omtale af dagsbegivenheder i aviser og tidsskrifter, når det sker i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet”. Ifølge motiverne opstilles der ikke begrænsninger i valget af gengivelsesteknik,¹⁷ hvilket ifølge Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller må betyde, at bestemmelsen også kan anvendes til gengivelse i onlineaviser.¹⁸

Selvom det ikke fremgår af ophavsretslovens § 23, stk. 2, indeholder denne også en ret til at gengive ikke kunstneriske fotografier, hvilket følger af henvisningen fra § 70. I ophavsretslovens § 70, stk. 1, er det som en hovedregel anført, at “[d]en, som fremstiller et fotografisk billede (fotografen) [har] eneret til at råde over billedet ved at fremstille eksemplarer af det og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden”.

12. Folketingstidende 1960-1961, 2. samling, tillæg B, spalte 654. Til § 7.

13. Lovforslag nr. 79, fremsat den 15. januar 1960, Folketingstidende 1959-1960, 2. samling, tillæg A, spalte 2801-2802. Til § 7.

14. Lov nr. 157 af 31. maj 1961.

15. Lovforslag nr. 79, fremsat den 15. januar 1960, Folketingstidende 1959-1960, 2. samling, tillæg A, spalte 2801-2802. Til § 7, stk. 3.

16. Lov nr. 395 af 14. juni 1995.

17. Lovforslag nr. 119 af 15. juni 1995 om ophavsret. Til § 23, stk. 2.

18. Sandfeld Jakobsen & Schaumburg-Müller, *Medieretten* (2015), s. 782.

Det fraviges i ophavsretslovens § 70, stk. 3, når billedet gengives i en avis som led i en omtale af en dagsbegivenhed.

Endvidere skal gengivelsen være betinget af formålet og være i overensstemmelse med god skik. Det betyder kort sagt, at gengivelsen skal være rimelig og hæderlig.¹⁹ Er det tilstrækkeligt at gengive et enkelt billede til en belysning af omtalen i avisen, vil det således ikke være god skik, at gengive to eller flere billeder.

En særlig beskyttelse af pressens egne billeder begrænser retten til billedlig gengivelse efter ophavsretslovens § 23, stk. 2. Det følger af ophavsretslovens § 23, stk. 2, 2. pkt, hvorefter billeder, der oprindeligt blev taget med henblik på at blive offentliggjort i en avis, ikke må gengives. Med andre ord kan de billeder, som eksempelvis SE og HØRs fotojournalister har taget som et led i deres arbejde, ikke gengives efter bestemmelsen. Det må tilsvarende gælde for de billeder, som redaktionen køber af freelancere, men ikke de billeder, som almindelige borgere tager, fordi de tilfældigvis befinder sig på "gerningsstedet", og som avisens redaktion siden kommer i besiddelse af.

4. Kriterierne for at gengive billeder efter ophavsretslovens § 23, stk. 2

4.1. Introduktion

Mens ophavsretslovens § 23, stk. 2, på den ene side skal sikre, at ophavsretten ikke blokerer for journalistiske aktiviteter, er det på den anden side uafklaret, hvilke kriterier der er centrale for tildelingen af reglens adgang til at gengive billeder, og usikkerheden er skadelig, for den kan føre til rutinelig selvcensur, forsinkede nyhedshistorier, øgede udgifter til rådgivning og i værste fald nyhedshistorier, der aldrig bliver til noget.²⁰ Jeg blev fx kontaktet af TV 2 Nord, efter at man i et morgenprogram havde vist et billede fra en brugers 'Facebook-væg'. Den fotograf, som havde taget billedet, krævede nu erstatning og godtgørelse

19. Torben Lund, *Ophavsret* (1961), s. 144.

20. Patricia Aufderheide, Jan Boyles & Katie Bieze, *Copyright, Free Speech, and The Public's Right to Know* (2013), s. 887.

for den angiveligt uberettigede gengivelse af hans billede i tv-programmet. Redaktøren ved TV 2 Nord kunne ikke gennemskue sin retsstilling og kendte ikke til muligheden for at gengive billeder efter ophavsretslovens § 23, stk. 2. Som andet eksempel kan nævnes, da Metroxpress skrev en historie om hærværk på en af TV 2's redaktionsbiler i forbindelse med dækningen af Tour de France. Metroxpress illustrerede artiklen om historien med et billede af redaktionsbilen, som Metroxpress' journalister ikke selv havde fotograferet. Billedet var taget fra en TV 2-værts Instagram-profil, der nu krævede betaling for avisens gengivelse.²¹ Som det efterfølgende kunne læses i Metroxpress, sendte “[s]tudieværten [...] os en regning, fordi vi havde bragt et billede, han havde taget af en TV 2 bil, som havde haft indbrud under Tour de France. Han sendte os en regning, fordi vi havde bragt billedet. Den betalte vi”.²² Metroxpress overvejede tilsyneladende heller ikke, om gengivelsen kunne bringes frit og kvit efter ophavsretslovens § 23, stk. 2. Det selvom bestemmelsen netop blev vedtaget for at modvirke, at ophavsretten ikke virker blokerende for journalistens billedlige arbejder.

I det følgende disseskeres bestemmelsen for at identificere og søge afklaret, hvilke kriterier bestemmelsen opstiller for at gøre lovlig indskrænkning i ophavsmandens eneret til at gengive billedeligt materiale. Her kommer jeg bl.a. ind på rækkevidden af kravet om, at gengivelsen skal finde sted i en “avis”, bringes som led i en omtale af en “dagsbegivenhed”, og være i overensstemmelse med god skik, hvilket inden for det journalistiske område, som bestemmelsen dækker, henleder tanker til den særlige skiksstandard på området, omtalt som god pressekik. Nærmere herom i det følgende, indledt med en undersøgelse af kravet om, at gengivelsen skal bringes i en avis.

4.2. Gengives i en avis

Ophavsretslovens § 23, stk. 2, omfatter den billedlige gengivelse i en avis. I ordets almindelige betydning produceres aviser af et publicistisk foretagende med henblik på at blive udgivet med periodiske mellem-

21. Ida Espersen, “Metroxpress bryder ophavsretsloven med vilje”, <<http://journalisten.dk/metroxpress-bryder-ophavsretsloven-med-vilje>> (set den 1. december 2016).

22. *Ibid.*

rum. Det vil sige medier med et publicistisk formål, som udkommer regelmæssigt. Der er ikke i lov eller motiver taget stilling til, om det er den sproglige forståelse af betegnelsen, som skal lægges til grund. Det har dog formodningen for sig, at det er den sproglige forståelse, som er normerende ved fortolkningen, idet motiverne ikke anfører noget om, at den sproglige betydning ikke skal følges. Når lovgiver anvender et så velkendt og almindeligt ord i en lovbestemmelse som *aviser*, uden at angive den med begrebet forudsatte betydning, må det være den i sprogets almindelige betydning, som er den tilsigtede. Dette understøttes også af bestemmelsens forhistorie. Ophavsretslovens § 23, stk. 2, stod tidligere i forfatter- og kunstnerretslovens § 31, som efter ordlyden angik “pressen”,²³ hvilket ifølge Torben Lund omfattede “periodisk udkommende” medier.²⁴ Tilsvarende O. Steen-Møller.²⁵ Dette finder ydermere en vis støtte i Østre Landsrets dom fra 2000²⁶ om kunstmuseet Louisianas regelmæssigt udgivne (et par gange årligt) kunstmagasin *Revy*. Magasinet udkom som temanumre om de på museet tidsbegrænsede udstillinger. I temanumrene kunne man læse om den udstillende kunstners værker, og i det i sagen omhandlede temanummer var der bragt en fotografisk gengivelse af et udstillet kunstværk. Museet Louisiana blev stævnet for ophavsretskrænkelser for den, ifølge kunstneren til det udstillede værk, uberettigede billedlige gengivelse. Museet henviste under sagen til ophavsretslovens § 23, stk. 2, herunder til at værket var gengivet i et regelmæssigt publiceret medie. Østre Landsret bemærkede ganske kort, at gengivelsen var bragt i et periodisk medie og gik herefter videre til vurderingen af, om gengivelsen, som påkrævet, var bragt som led i en omtale af en dagsbegivenhed (hvilket landsretten ikke anså for godtgjort, og derfor fandt kunstnerens ophavsret krænket). I de øvrige sager afsagt om ophavsretslovens § 23, stk. 2, er der ikke taget stilling til det gengivende medies periodiske karakter. Det skyldes formentlig, at det i ingen af sagerne har givet anledning til tvivl. I Højesterets dom fra 1963 var et billede af Marilyn Monroe gengivet i uge-

23. Lov af 19. december 1902 om forfatterret og kunstnerret, § 15.

24. Torben Lund, *Loven om Forfatterret og Kunstnerret* (1933), s. 188.

25. O. Steen-Møller, *Lov om Forfatter- og Kunstnerret og Lov om Eneret til fotografiske Arbejder* (1911), s. 22.

26. Østre Landsrets dom trykt i UfR 2000, s. 1291.

bladet SE og HØR;²⁷ Østre Landsrets dom fra 1970 handlede om dagbladet Politikens gengivelse af et billede af en korsbærende kvinde;²⁸ Østre Landsrets utrykte dom af 17. maj 2002 handlede om Kristeligt Dagblads billedlige gengivelse af en bronzestatuetten; Sø- og Handelsrettens dom fra 2007 handlede om ugebladet SE og HØRs gengivelse af et “frame grab” fra en dvd-film.²⁹

Kigger man efter fortolkningsbidrag hos vores nordiske naboer, kan man i den svenske ophavsretslov finde en tilsvarende bestemmelse om gengivelse i aviser.³⁰ I motiverne er det om begrebet avis forklaret, at det kræver mindst fire årlige udgivelser at blive anset for et sådant medie, eller færre, hvis mediet har en udgivelsesplan og følger den.³¹ Et noget fjernere fortolkningsbidrag findes i en omtalt australske føderaldom fra 1990, *De Garis v. Neville*,³² hvor føderaldomstolen udtalte om en lignende bestemmelse i den australske Copyright Act 1968, sec. 35(4), at “[t]he meanings of the words ‘newspaper’ are to be determined according to popular usage [and ...] [t]he ordinary understanding of the word ‘newspaper’ is, a publication [...] published regularly at short intervals from time to time”.³³

Der synes samlet set at være gode holdepunkter for at antage, at ophavsretslovens § 23, stk. 2, kun giver mulighed for at gengive billedigt materiale i de publicistiske og periodisk udkommende medier.

En tilstødende overvejelse er, om bestemmelsen, der blev vedtaget i en tid, hvor aviser var erhvervsdrevne foretagere, kan udstrækkes til de i dag mange mere løst strukturerede aktører, som f.eks. bloggere og den slags. Det er der ikke taget stilling til i lov, motiver og stort set heller ikke i praksis. En enkel dom berører spørgsmålet, som dog ikke omhandler ophavsretslovens § 23, stk. 2, men stadig er relevant, idet overvejelserne vedrører rækkevidden af den beslægtede bestemmelse om ci-

27. Højesterets dom trykt i UfR 1963, s. 549.

28. Østre Landsrets dom trykt i UfR 1970, s. 707.

29. Sø- og Handelsrettens dom trykt i UfR 2007, s. 280.

30. Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk med senere ændringer § 23, stk. 3.

31. SOU 1990:30 om upphovsrättslagstiftningen, s. 254.

32. Den australske føderaldomstols dom, *De Garis v. Neville*, no. G1319 af 1988. Kan tilgås online her: <<https://jade.io/article/151427>> (set den 20. juli 2018).

33. *Ibid.*, pr. 89.

tater i § 22. Det er Østre Landsrets dom fra 1985, hvor det tillægges vægt for en videre citatadgang, at der citeres som led i “et selvstændigt [...] journalistisk arbejde”,³⁴ hvor der med arbejde må forstås “virken- de”. Dette kan tale til støtte for, at det må være den funktionelle definition af et avisforetagende, som er det afgørende – den faktiske aktivitet, modsat den formelle, som f.eks. at avisen drives i virksomhedsform. Denne udlægning er i overensstemmelse med European Implementation Assessment fra 2015, hvor det om infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra c, sidste led, som ophavsretslovens § 23, stk. 2, implementerer, er anført, at bestemmelsen også bør være brugbar for private, herunder bloggere.³⁵ Robert Burrell & Allison Coleman antager det samme om den engelske implementering heraf³⁶ med den begrundelse, at alle i dag kan kommunikere ud til den brede offentlighed, og så må bestemmelsen, som er baseret på et informationsfrihedshensyn, understøtte, ikke modvirke, denne udvikling.³⁷ Se også den engelske High Courts dom fra 2006, der om den beslægtede engelske bestemmelse anfører, at denne “intended to protect *the role of the media* in informing the public” (kursiveret).³⁸ Det vil sige funktionen – “the role”. Tilsvarende Patricia Aufderheide m.fl., som i relation til den amerikanske fair use-doktrin definerer “journalism” funktionelt som “acts, not titles”.³⁹ Det samme må antages om betegnelsen “avis” i ophavsretslovens § 23, stk. 2.

4.3. Gengives som led i en omtale af en dagsbegivenhed

Ophavsretslovens § 23, stk. 2, er forbeholdt den billedlige gengivelse, der sker som led i en omtale af en *dagsbegivenhed*. Dagsbegivenhedsbegrebet er ikke defineret i lov eller motiver, men det indebærer ifølge den retsvidenskabelige litteratur, at billedet gengives som led i en omta-

34. Østre Landsrets utrykte dom fra 7. afdeling, nr. 146/1984, af 15. februar 1985.

35. Review of the EU copyright framework, European Implementation Assessment, nr. PE 558.762, 2015, s. 135.

36. Copyright, Designs and Patents Act af 15. november 1988, Sec. 30(2).

37. Robert Burrell & Allison Colemann, *Copyright Exceptions* (2010), s. 57.

38. High Courts dom af 17. marts 2006, pr. 165, trykt i *Entertainment and Media Law Report*, nr. 6, 2008.

39. Peter Jaszi & Patricia Aufderheide, “Set of Principles in Fair Use for Journalism”, *Center for Media & Social Impact*, 2013.

le af en begivenhed af en vis offentlig interesse. Peter Schønning skriver herom, at en “dagsbegivenhed [...] er af ekstraordinær karakter og har en vis nyhedsinteresse”.⁴⁰ Tilsvarende Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller, der udlægger det som et krav om en “særlig begivenhed med en vis nyhedsinteresse”.⁴¹ I samme retning Morten Rosenmeier og Jens Schovsbo m.fl., der anser det for et krav, at gengivelsen sker som et led i en omtale af noget, “der har en usædvanlig karakter og en vis nyhedsinteresse”.⁴²

Denne indlæsning af et offentlig interesse-kriterium i begrebet “dagsbegivenhed” finder støtte i praksis. Ifølge EUD i sag C-516/17 af 29. juli 2019, præmis 67, sigter en “dagsbegivenhed” til en begivenhed, som offentligheden på det tidspunkt, hvor der redegøres for den, har en interesse i at få oplysning om. Se også Østre Landsrets utrykte dom fra 2002, om Kristeligt Dagblads billedlige gengivelse af en bronzefigur i en artikel om digteren Kaj Munk.⁴³ Bronzefiguren, som var et portræt af Munk, blev gengivet fotografisk i Kristeligt Dagblads anmeldelse af en biografisk bog om digteren i anledningen af 100-årsdagen for hans fødsel. Fotografiet, som avisen bragte af figuren, var et arkivfoto, som avisen havde betalt ca. 250 kr. for. Det mente rettighedsorganisationen Danske Billedautorer ikke var tilstrækkeligt, idet gældende tarif for at gengive kunstværker (figuren) i landsdækkende aviser beløb sig til 760 kr. Avisen var uenig, og sagen blev indbragt for domstolene.

I Østre Landsret anførte Kristeligt Dagblad, at den billedlige gengivelse af bronzefiguren i avisen var sket som led i en omtale af en dagsbegivenhed, jf. ophavsretslovens § 23, stk. 2. Dagbladet anførte, at udgivelsen af Munks biografi måtte betragtes som en dagsbegivenhed, og at avisen derfor var berettiget til at bringe en billedlig gengivelse af bronzefiguren som et led i en omtale af denne begivenhed (at biografien var blevet udgivet). Østre Landsret udtalte, at “[u]dtrykket ‘dagsbegivenhed’ må [...] forstås således, at begivenheden har en ekstraordinær karakter og en vis nyhedsinteresse”, og anså med en noget sparsom begrundelse kriteriet om omtale af en dagsbegivenhed for opfyldt:

40. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (2016), s. 373 f.

41. Søren Sandfeld Jakobsen & Sten Schaumburg-Müller, *Medieretten* (2015), s. 781.

42. Jens Schovsbo m.fl., *Immaterialret* (2018), s. 207.

43. Østre Landsrets utrykte dom fra 9. afdeling, nr B-2687-00 af 17. maj 2002.

“Anmeldelsen af mindeskiftet til Kaj Munk skete i nær tidsmæssig forbindelse med udgivelsen af mindeskiftet [to dage efter udgivelsen]. Landsretten finder ikke grundlag for at tilsidesætte den opfattelse, at udgivelsen af mindeskiftet er en dagsbegivenhed i ophavsretslovens § 23, stk. [2’s] forstand.”

Dommens præmisser kan føres tilbage til Østre Landsrets dom fra 1970 om et billede af en nøgen kvinde, der spadserede gennem den danske børssal med et kors i armene. Billedet af kvinden blev solgt til avisen Hætsj, hvorfra Politiken aftrykte det i en citathistorie, der blev udgivet den efterfølgende dag. Politiken mente, at aftrykket var berettiget, idet billedet var omtalt i en historie af offentlig interesse. Østre Landsret anerkendte, at der efter offentliggørelsen af billedet i avisen Hætsj den 31. maj 1969 var en sådan offentlig interesse for sagen, at Politiken havde været berettiget til at gengive billedet i den omtale af historien, som kunne læses i avisens udgave af 1. juni 1969.⁴⁴ Der kan også henvises til Sø- og Handelsrettens dom fra 2007 i en ukompliceret sag, hvor ugebladet SE og HØR var stævnet for at have gengivet “frame grabs” fra en dvd-aktuel film. De gengivne “frame grabs” viste en afklædt dansk skuespiller (Mads Mikkelsen),⁴⁵ som ifølge SE og HØR var gengivet som led i en omtale af en dagsbegivenhed, jf. ophavsretslovens § 23, stk. 2. Dagsbegivenheden var ifølge SE og HØR, at filmen nu kunne købes på dvd. Sø- og Handelsretten udtalte, at en sædvanemæssig udgivelse af en biografilm på dvd ikke havde den for en dagsbegivenhed påkrævede “ekstraordinære karakter”.

En tilsvarende fortolkning anlagde den norske Høyesterett i en dom fra 1995.⁴⁶ I sagen havde SE og HØR affotograferet et skærmbillede fra en NRK-udsendelse, derefter udgivet billedet, af et kendt pars nyfødte børn. Ifølge SE og HØR var det en dagsbegivenhed, at man i NRK-udsendelsen kunne se de første billeder af parrets børn, hvorfor det var berettiget at gengive et billede af børnene i en omtale heraf. Høyesterett udtalte, at dagsbegivenhedsbegrebet, der også var anvendt i den danske og svenske ophavsretslov, ikke omfatter “[v]anlige hændelser som bare har interesse fordi de angår kjente personer”. Tærsklen må

44. Østre Landsrets dom trykt i UfR 1970, s. 707.

45. Sø- og Handelsrettens dom trykt i UfR 2007, s. 280.

46. Høyesteretts dom trykt i Rt 1995, s. 1948.

“ligge relativt høyt, uten at jeg her vil innlate meg på å trekke opp en grense. Den vil avhenge av hvilken person som omtales, og hendelsens karakter”. Dette ræsonnement findes også i fortolkningen af den engelske reportagerregel,⁴⁷ hvor gengivelsen skal ske “for the purpose of reporting current events”. En “current event” kan sidestilles med en dagsbegivenhed, og sådan en begivenhed kræver ifølge Justice Blackburne en “interest to the public”. At prinsen af Wales har rejst på business class i stedet for første klasse, er ikke tilstrækkeligt.⁴⁸ Ligeledes Paul Torremans, der mener, at det forudsætter en omtale af “matters of current interest [...] as opposed to matters of historical interest”.⁴⁹

Udover at billedet skal bringes som led i en omtale af en dagsbegivenhed, hvilket efter gennemgangen ovenfor kan udlægges som krav om at dokumentere forhold, der ikke er helt uden en vis offentlig interesse, stilles ydermere det beslægtede krav om at gengivelsen skal være “betinget af formålet”. Det betyder, at der ikke må gengives mere, end formålet tilsiger,⁵⁰ og at en relevant sammenhæng kræves mellem det, der gengives, og formålet med gengivelsen.⁵¹ Gengivelsen skal med andre ord tjene til at belyse det, der omtales. Et billede af statsministeren, der får kastet rød maling på sig, som man har fundet på de sociale medier, kan således ikke gengives efter bestemmelsen, medmindre gengivelsen akkompagneres af en selvstændig italesættelse af den afbildede hændelse.

Denne fortolkning understøttes af EMD’s dom i *Ashby Donald v France* (2013), der er et sjældent eksempel på en tvist, hvor EMD har taget stilling til balancen mellem, på den ene side, ytringsfriheden over for, på den anden side, ophavsretten. Dommen er også illustrativ for sammenhængen mellem de ovenfor to nævnte kriterier om, at gengivelsen skal bringes som led i en omtale af en vis offentlig interesse og være betinget af formål.

47. Copyright, Designs and Patents Act af 15. november 1988, Sect. 30(2).

48. High Courts dom af 17. marts 2006, pr. 168, trykt i *Entertainment and Media Law Reports*, nr. 6, 2008.

49. Paul Torremans, *Intellectual property law* (2008), s. 264.

50. Slutbetænkningen, s. 170.

51. Slutbetænkningen, s. 174.

I sagen havde en fotograf taget billeder af årstidens modekollektioner under en fremvisning i Frankrig. Billederne blev efterfølgende lagt ud på fotografens hjemmeside, hvor modeinteresserede kunne købe en årsadgang til billederne, for hvad der svarer til omtrent 7.000 kr.⁵² Fotografen, der ikke havde fået tilladelse til at fotografere årstidens fremviste kollektioner, påkrævet efter fransk ophavsretslov,⁵³ blev sagsøgt for gengivelsen og tabte sagen i Frankrig. Fotografen indbragte afgørelsen til EMD med påstand om, at det var en krænkelse af EMRK's artikel 10, at fotografen blev pålagt at betale erstatning og godtgørelse for billedgengivelsen. Fotografen henviste til, at billederne var lagt ud på en hjemmeside, der "styles itself as an Internet fashion magazine akin to the online version of Vogue", og at billederne derfor måtte anses for gengivet i et journalistisk øjemed.⁵⁴ Såfremt EMD var enige heri, ville det ifølge C. Geiger & E. Izyumenko "have made Ashby Donald [fotografen] a stronger candidate for finding in favour of free expression".⁵⁵ Dog anså EMD ikke billedgengivelsen for at være sket i et sådant øjemed, idet fotografen, ved alene at stille modebilleder til rådighed mod betaling uden selvstændigt at omtale det afbillede, ikke havde godtgjort, at gengivelsen skete som et led i en omtale af forhold af offentlig interesse.⁵⁶ I den omtalte sag anså EMD det altså ikke for godtgjort, at fotograferingen af en modefremvisning med henblik på at offentliggøre billederne på en hjemmeside var en aktivitet, der bidrog til den offentlige debat. Det var en billedlig gengivelse af modefremvisningen uden selvstændigt bidrag, som fx en diskussion af modens udvikling, farve- og materialevalg. En ukritisk billedlig gengivelse af de fremviste designs. I afvejningen af designernes ophavsrettigheder over for, på den anden side, fotografens ytringsfrihedsret, inddrog EMD

52. Det følger af den amerikanske dom *Carl Louis Feraud International v Viewfinder Inc.*, 2nd Cir. 2007, nr. 489 F.3d 474, senere påanket til EMD.

53. "Case reports", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, s. 359, pr. 5.

54. *Sarl Louis Feraud International v Viewfinder Inc.*, 2nd Cir. 2007, nr. 489 F.3d 47.

55. C. Geiger & E. Izyumenko, "Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, s. 335.

56. *Ashby Donald v France* (2013) app. 36769/08, pr. 39

ikke det tungtvejende hensyn til “journalistic freedom”, og afvejningen faldt ud til designernes fordel.

4.4. Gengivelse i overensstemmelse med god skik

I ophavsretslovens § 23, stk. 2, står der, at den ophavsretlige gengivelse skal være i overensstemmelse med god skik, hvilket for de journalistiske medier, som bestemmelsen henvender sig til, kan læses som en reference til pressens vejledende regler for god presseskik,⁵⁷ hvilket bekræftes i motiverne.⁵⁸ Der er dog ikke fundet nogle afgørelser, hvor presseskikstandarden ses inddraget i vurderingen af en § 23, stk. 2-gengivelse. Det eneste fundne eksempel, der kan tages til forsigtig indtægt for at have inddraget sådanne standarder i vurderingen, er Vestre Landsrets dom fra 2013,⁵⁹ om ophavsretslovens § 25 (tilfældighedsprægede gengivelser), hvor begrebet dagsbegivenhed også er anvendt, og ifølge motiverne betyder det samme som i § 23, stk. 2. Sagens afsæt er en tragisk hændelse, hvor to fiskere forliste til søs. Et reportagehold besøgte kort tid efter afdødes familie og optog stemningsbilleder fra hjemmet, herunder et fotografi i stuen taget af fotografen H. Fotografiet skulle bruges til en mindebog om de afdøde fiskere. I reportagen, som kort tid efter blev sendt i tv, blev der vist et nærbillede af H’s mindebogsfotografi. H mente ikke, at gengivelsen i tv af hans billede var berettiget. Det mente reportageholdet med den begrundelse, at gengivelsen var sket som led i en omtale af en dagsbegivenhed. Sagen gik retsligt og endte i Vestre Landsret, som udtalte, at “det ikke [var] forliset, men de efterlattes reaktion og navnlig myndighedernes fejl i forbindelse med redningen, der skulle skildres” i udsendelsen, og anså derfor ikke gengivelsen for sket som led i en omtale af nævnte dagsbegivenhed (dødsfaldet til søs). Det fandtes med andre ord ikke godtgjort, at H’s billede var gengivet som et led i en omtale af fiskernes død, idet reportagen handlede om myndighedernes svigt. Det kan ikke afvises, at dommerne har tillagt princippet bag presseskikbestemmelsens

57. <<https://www.pressenaevnet.dk/god-presseskik/>>.

58. Udvalgsbetænkning over forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker afgivet den 27. april 1961 spalte 636. Ad § 15.

59. Vestre Landsrets dom trykt i UfR 2013, s. 3002.

pkt. A3 vægt, hvorefter medierne bør bringe korrekt information, og som Torben Lund skriver om korrelationen mellem at bringe korrekt information og pressens gengivelsesret:

“[h]vis pressen frit skal kunne låne [...] må det være under den forudsætning, at det virkelig viser det, det skal vise. Et billede af den engelske flåde i Østersøen kan ikke bruges til at illustrere en artikel om den engelske flådes besøg i Esbjerg”.⁶⁰

Der er ikke i lov eller motiver givet nærmere vejledning om inddragelse af principperne fra presseskikbestemmelserne, blot at den i ophavsretslovens § 23, stk. 2, nævnte gode skik forudsættes udfyldt af disse principper. Det har dog ikke ud fra de tilgængelige kilder været muligt på et fornødent grundlag at fastslå, at presseskikprincipperne aktuelt indgår som et centralt element for tildelingen af rettigheden.

5. Konklusion

Efter gennemgangen kan der opstilles en formodning om, at adgangen til at gengive billeder efter ophavsretslovens § 23, stk. 2, forudsætter, at gengivelsen bringes i et medie, der har offentligheden som adressat og udkommer regelmæssigt. Endvidere synes det påkrævet, at gengivelsen for at kvalificeres som bragt i en omtale af en “dagsbegivenhed”, må omtale eller indgå i en omtale af et forhold, der ikke er helt uden en vis offentlig interesse, og til belysning af mediets selvstændige behandling af emnet. Kravet om offentlig interesse er dog ikke strengt. Bestemmelsen ses i øvrigt ikke at opstille formelle krav til mediet, som f.eks. om erhvervsmæssig drift eller journalistisk ansættelse, hvorfor adgangen til at gengive billeder også må kunne påberåbes af personer, der driver en fortløbende opdateret blogside, blot siden bruges til at belyse en omtale af andet og mere end individets rent private forhold.

Der forekommer således at være mange situationer, hvor ophavsretslovens § 23, stk. 2, i dag vil kunne tænkes påberåbt. Adgang til offentligheden har vi alle via de sociale medier mv., hvor mange publicerer periodisk, måske kun i det private, men mange gør det også offentligt via eksempelvis Twitter, og ofte om forhold som ikke er helt ubetydeli-

60. Torben Lund, *Ophavsret* (1961), s. 147.

ge og rent private. Såfremt de øvrige kriterier er indfriet, må der således her være mulighed for at gengive billeder efter bestemmelsen. I det lys synes begrebet journalistik fortolket bredt, hvilket er i overensstemmelse med den fortolkning, som EU-Domstolen har anlagt inden for persondataretten, som også indeholder en fritagelse for journalistikken, hvorom domstolen har udtalt, at begrebet journalistik skal fortolkes vidt.⁶¹

61. Sag C-73/07, *Satamedia Oy*, af 16. december 2018, pr. 56.

Titelbeskyttelsen i dansk ret

Advokat (L), ph.d. Knud Wallberg

1. En titel er ikke altid blot en titel

Titler på bøger, spil, film og andre litterære og kunstneriske værker er vigtige, og derfor er også den retlige beskyttelse af titler et vigtigt emne.

Når titler er vigtige, skyldes det ikke mindst, at “A title is designed to catch the eye and to promote the value of the underlying work”.¹ Skaberen af et værk har derfor en naturlig interesse i at kunne beskytte titlen på værket, så titlen netop kun forbindes med det pågældende værk og ikke med andre(s) værker.

Titler eller dele af titler kan dog også have en selvstændig kommerciel værdi. De kan således bruges som og registreres som varemærker, der kan udnyttes i andre sammenhænge end i forbindelse med selve værket herunder ikke mindst i form af merchandising.² For at kunne licensere titlen har indehaveren i sådanne tilfælde en klar interesse i og behov for at beskytte titlen som varemærke.

-
1. Citat fra *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002). Dommen er tilgængelig via <https://scholar.google.com/scholar_case?case=6083797344590717306>.
 2. Dette forhold er eksempelvis påpeget i ‘Trademarks and Their Relation with Literary and Artistic Works’, *Wipo Sct*, 16. maj 2006, s. 8 og 20 f.

Titler, der har en kommerciel værdi, kan blive og bliver også (mis)brugt i reklamer og andre former for kommercielle ytringer, der hverken har karakter af at være brug som titel eller som varemærke, og indehaveren har selvsagt også en interesse i at kunne beskytte titlen i sådanne sammenhænge.

Det er mulighederne for at beskytte titler som titler og som kommercielle kendetegn, der er emnet for denne artikel.

2. Ophavsretten og titelbeskyttelse

I et festskrift til Jørgen Blomqvist er det imperativt at tage sit udgangspunkt i de internationale traktater på området, hvilket for ophavsrettens vedkommende i dette tilfælde er Bernerkonventionen.

2.1. Bernerkonventionen

Bernerkonventionens formål er som bekendt at værne om “ophavsmandenes rettigheder til deres litterære og kunstneriske værker”. Selvom konventionen ikke indeholder en nærmere definition af, hvad der skal anses for et “værk”, så beskrives begrebet “litterære og kunstneriske værker” i art. 2, stk. 1, som “enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen”. Bestemmelsen indeholder herefter en ikke-udtømmende eksemplificering af, hvad sådanne værker kan bestå af, herunder bøger, skrifter og andre værker af samme art, musikalske kompositioner og kinematografiske værker.

Med en så bred definition er det ikke udelukket, at en titel – forstået som navnet på en bog, en film, et spil, en tv- eller streamingserie eller et andet litterært eller kunstnerisk værk – også i sig selv kan være et beskyttet værk.³ Det er da også den generelle, omend noget tøvende an-

3. Konventionen omtaler så vidt jeg kan se kun titler i artikel IV, nr. 3 i konventionens tillæg: “Ophavsmandens navn skal angives på alle eksemplarer af den oversættelse eller reproduktion, som udgives i henhold til en licens, ifølge artikel II eller III. Værkets titel skal forekomme på alle sådanne eksemplarer. Ved en oversættelse skal værkets originaltitel i ethvert tilfælde forekomme på alle de omtalte eksemplarer.”

tagelse i dansk teori,⁴ ligesom der har været enkelte, ældre danske domme, der bygger på den opfattelse.⁵

De nærmere krav, som et værk, der er omfattet af konventionen, i givet fald skal opfylde for at opnå ophavsretlig beskyttelse, er imidlertid ikke eksplicit reguleret af konventionen, og kravet om værkshøjde eller originalitet er derfor reelt ikke internationalt harmoniseret. Konventionen bygger dog på den forudsætning, at der skal være tale om en intellektuel frembringelse, jf. ordlyden af art. 2, stk. 5, hvilket indebærer, at frembringelsen skal være menneskeskabt⁶ og have “en vis intellektuel prægning”.⁷ Dette er da også lagt til grund af EU-Domstolen, der i sag C-5/08, *Infopaq*, fik lejlighed til at fortolke Bernerkonventionen, og hvori det i præmis 34 udtales: “I den forbindelse fremgår det imidlertid af Bernerkonventionens almindelige opbygning, bl.a. af dennes artikel 2, stk. 5 og 8, at beskyttelsen af visse genstande som litterære eller kunstneriske værker forudsætter, at de udgør intellektuelle frembringelser” – et krav der i præmis 37 formuleres som et krav om originalitet. Mere om dette lige nedenfor.

2.2. Originalitetskravet i ophavsretten

Kravet om, at et værk for at nyde ophavsretlig beskyttelse skal være originalt i den forstand at værket skal være et resultat af ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse for at nyde ophavsretlig beskyttelse, fremgår direkte af tre af de ophavsretlige direktiver,⁸ men bl.a. på bag-

4. Morten Rosenmeier i Henrik Udsen (red.), *Lærebog i informationsret* (2. udgave, 2020), s. 92; Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), s. 129; Palle bo Madsen, *Markedsret, bd. 3* (7. udg., 2020), s. 62 f. Artiklen vil kun omfatte retsstillingen i dansk ret, idet retsstillingen internationalt set synes at være meget fragmenteret. Se således Leslie Alan Glick, “Protection of Literary and Artistic Titles a Comparative Analysis of United States and Foreign Law”, 55 *Cornell L. Rev.* 449 (1970), <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol55/iss3/7>>.

5. Dommene vil blive omtalt nedenfor i afsnit 2.3.

6. Schønning, s. 121.

7. Jf. Jørgen Blomqvist, i Peter Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret* (2011), s. 260.

8. Databasedirektivets (direktiv 96/9/EF) art. 3, stk. 1, edb-direktivets (direktiv 2009/24/EF) art. 1, stk. 3 og beskyttelsestidsdirektivets (direktiv 2009/116/EF) art. 6.

grund af den ovenfor nævnte *Infopaq*-dom fra EU-Domstolen antages det,⁹ at originalitetskravet finder horisontal anvendelse, og at kravet derfor gælder for alle ophavsretligt relevante frembringelser.

I denne sammenhæng er spørgsmålet herefter, om titler i princippet vil kunne opfylde originalitetskravet. Da ophavsretten langt fra er fuldstændigt harmoniseret i EU, er det ikke overraskende, at EU-Domstolen endnu ikke har haft lejlighed til at udtale sig om præcis dette spørgsmål, men det er min opfattelse, at Domstolens afgørelse i *Infopaq*-sagen giver en klar indikation af, at en sådan beskyttelse er mulig.

I *Infopaq*-sagen reproducerede Infopaq i alt 11 sammenhængende ord fra andre(s) publikationer, og sendte på forskellig måde disse resuméer til deres kunder baseret på og målrettet de enkelte kunders særlige interesseområde. Følgende eksempel på et resume nævnes i dommen, i en situation hvor en kunde fik tilsendt resuméer af artikler m.v., hvori TDC var omtalt: “et kommende salg af telekoncernen TDC, som forventes at blive opkøbt”.

Højesteret stillede bl.a. følgende spørgsmål til EU-Domstolen: “Kan lagring og efterfølgende udprintning af et tekstuddrag fra en artikel i et dagblad bestående af et søgeord samt de fem foranstående og fem efterfølgende ord anses for reproduktionshandlinger, der er beskyttet, jf. artikel 2 i direktiv 2001/29?”. EUD besvarede det på følgende måde (min kursivering):

“En handling, der udføres som led i en datafangstproces, der består i, at der i en computers hukommelse lagres et uddrag af et beskyttet værk bestående af 11 ord samt foretages en udprintning af dette uddrag, kan henføres under begrebet delvis reproduktion som omhandlet i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, *såfremt – hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve – de elementer, der herved gengives, er udtryk for disses ophavsmands egen intellektuelle frembringelse.*”

9. Schönning, s. 121; Rosenmeier i *Informationsret* (2 udgave), s. 89 ff., samme i *Immaterialret*, s. 67 ff., samt Palle Bo Madsen, *Markedsret*, bind 3, s. 60, note 37.

Den ordrette reproduktion af 11 ord fra et i øvrigt ophavsretligt beskyttet værk kan med andre ord udgøre en ophavsretlig krænkelse, hvis disse 11 ord selvstændigt set opfylder originalitetskravet.¹⁰

Hvornår originalitetskravet for sådanne “elementer” er opfyldt, understikker Domstolen en række kriterier for i præmis 44-46, idet det her anføres, at (min kursivering):

- I relation til avisartikler hidrører ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, jf. denne doms præmis 37, normalt fra den måde, hvorpå emnet er præsenteret, samt fra den sproglige udtryksform. Desuden er det i hovedsagen ubestridt, at avisartikler i sig selv udgør litterære værker, der er omfattet af direktiv 2001/29.
- Hvad angår de elementer af sådanne værker, som beskyttelsen dækker, bemærkes, at disse elementer er sammensat af ord, der isoleret set ikke i sig selv er udtryk for en intellektuel frembringelse hos den ophavsmand, der bruger dem. *Det er først i kraft af valget, placeringen og kombinationen af disse ord, at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en intellektuel frembringelse.*
- Ordene udgør således ikke i sig selv elementer, der er genstand for beskyttelse.

En titel udgør jo også del af et i øvrigt ophavsretligt beskyttet værk, og som jeg læser dommen, kan der ikke være tvivl om, at hvis de 11 reproducerede ord udgjorde titlen på eller dele af titlen på et ophavsretligt beskyttet værk – fx overskriften på en artikel i en avis eller i et festskrift – ville titlen være beskyttet, den nødvendige originalitet forudsat.¹¹

Originalitetskravet for titler omhandles nedenfor.

-
10. De øvrige aspekter af dommen og af den efterfølgende dom fra EUD i sag C-302/10 har ikke betydning for det, der er denne artikels emne.
 11. Dette blev da også lagt til grund i den engelske dom i sagen *Newspaper Licensing Agency v. Meltwater* [2010] EWHC 3099 (Ch) and [2011] EWCA Civ 890 (CA), i hvilken dommeren bl.a. udtalte, at overskrifter: “involve considerable skill in devising and they are specifically designed to entice by informing the reader of the content of the article in an entertaining manner. / In my opinion headlines are capable of being literary works, whether independently or as part of the articles to which they relate.”

2.3. Titelbeskyttelsen i dansk ophavsret

2.3.1. Ophavsretslovens § 1

På baggrund af de forudgående afsnit er det ikke overraskende at kunne konstatere, at titler i princippet er omfattet af værksbegrebet i den danske ophavsretslovs § 1.¹²

En titel nyder således ophavsretlig beskyttelse, hvis titlen i sig selv lever op til originalitetskravet – hvis titlen har værkshøjde.

Det er imidlertid nemmere at skrive end at vurdere i konkrete tilfælde, hvilket giver anledning til en del usikkerhed i praksis i forbindelse med “clearing” af titler på kommende film, streamingserier m.v.

Titler er nemlig i sagens natur ofte korte tekster, hvortil kommer, at de ofte er beskrivende a la “Mordet i skærgården” for en krimi, “Primer on International Copyright and Related Rights” for en juridisk fagbog om international ophavsret, “The Haunted Mansion” for et PC-spil om et forhekset hus og “Badehotellet” for en tv-serie om livet på et badehotel. Så hvornår har en titel værkshøjde?

Hvis titlen består af flere ord, og alle ordene i titlen er almindelige ord, må der ved vurderingen lægges vægt på de kriterier, som EUD udstak i *Infopaq*-sagen, dvs. på om “valget, placeringen og kombinationen af disse ord, [...] har karakter af en intellektuel frembringelse”.¹³

Selvom antallet af ord ikke nævnes som eksplicit kriterium,¹⁴ vil det være naturligt også at lægge vægt herpå: Mon ikke en titel som titlen på H.C. Andersens debutværk: “Fodreise fra Holmens Kanal til Østpynten af Amager i Aarene 1828 og 1829”¹⁵ vil opfylde originalitetskravet? For ikke at tale om titlen på digteren Jacob Skyggebjergs nylige

12. Rosenmeier, *Informationsret*, s. 92; Schönning, s. 129; Palle Bo Madsen, *Markedsret*, bind. 3, s. 62 f.

13. Højesteret kom i *UfR 2013.1782 H* således også frem til, at originalitetskravet kan være opfyldt for 11 sammenhængende ord. Dommen og dens konsekvenser for dansk (og nordisk) ophavsret er omtalt af Schönning, “Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker”, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2013B.343.

14. Værkets omfang er da heller ikke i sig selv af betydning, jf. Schönning, s. 122, og Palle Bo Madsen, s. 62 f.

15. Udgivet af forfatterens selv i 1829, jf. om værket <https://www.hcandersen-homepage.dk/?page_id=8845>.

digtsamling: “Så sådan ser det altså ud når de helt tunge drenge tester deres produkter på forbrugerne”.¹⁶

Så lange titler er dog sjældne og er næppe heller interessante for andre at (mis)bruge, så interessen samler sig om de kortere titler. Her har hhv. Højesteret og Østre Landsret i de to ældre domme, nemlig i *UfR 1951.725 H* (Hvem ringer klokkerne for?) og i *UfR 1966.676 Ø* (Nabo til Nordpolen) fastslået, at titler på hhv. 4 og 3 ord kan være ophavsretligt beskyttede. Dommene er, som det fremgår, af ældre dato og er desuden meget kortfattede, men da de efter min opfattelse ikke er i modstrid med de ovenfor citerede kriterier fra EUD, er der næppe grund til at betvivle, at det fortsat er gældende ret i Danmark, at også korte titler efter omstændighederne kan nyde ophavsretlig beskyttelse.

Hvis en titel på flere ord ikke blot indeholder almindelige ord, men også indeholder særprægede ord, typisk i form af et konstrueret navn på hovedpersonen – “Harry Potter og Hemmelighedernes Kammer” – men det kan også være et varemærke – “The Devil Wears Prada” – må der på den baggrund være en formodning for, at det eller de særprægede ord medfører, at titlen må anses for at være et originalt værk.

Tilbage står spørgsmålet om, hvorvidt en titel, der består af et enkelt ord, kan opfylde originalitetskravet. Udelukket er det næppe, hvis det pågældende ord har karakter af et fantasiord som “superoptimægtig-fantafænomenalistisk”,¹⁷ men det er endnu ikke endeligt fastslået i dansk praksis.

2.3.2. Ophavsretslovens § 73

Analyserne i de ovenstående afsnit vedrørte titelbeskyttelsen i medfør af de almindelige og i vidt omfang internationalt harmoniserede, ophavsretlige regler. Har man ophavsret til titlen på sit værk, har man således alle de beføjelser til at udnytte titlen, der følger af OHL § 2 og af de øvrige bestemmelser i OHL.

16. Jacob Skyggebjerg, *Så sådan ser det altså ud når de helt tunge drenge tester deres produkter på forbrugerne* (Forlaget Gladiator 2020).

17. Rosenmeier, *Informationsret*, s. 92, der refererer til en dom fra USA, som muligvis har anerkendt ophavsretten til ordet eller snarere vendingen “supercalafajalistic-espeecaladojus”.

Disse beføjelser suppleres i dansk ret af den særlige bestemmelse i OHL § 73, som har følgende ordlyd:

§ 73. Et litterært eller kunstnerisk værk må ikke gøres tilgængeligt for almenheden under en titel, et pseudonym eller et mærke, som er egnet til at fremkalde forveksling med et tidligere offentliggjort værk eller dets ophavsmand.

Stk. 2. Har offentliggørelsen af det tidligere offentliggjorte værk fundet sted mindre end 3 måneder forud for en udgivelse af det andet værk, finder bestemmelsen i stk. 1 ikke anvendelse, medmindre forveksling må antages at være tilsigtet.

Bestemmelsen, der hverken har et internationalt eller et EU-retligt ophav, giver en særlig beskyttelse mod, at andre gør et værk tilgængeligt for almenheden under en titel, der er egnet til at fremkalde forveksling med et andet, allerede offentliggjort værk. Det skal dog påpeges, at bestemmelsen har en påfaldende lighed med det forslag til en artikel 15 bis til Bernerkonventionen, som blev drøftet, men ikke vedtaget, i forbindelse med Bruxelles-konferencen i 1948.¹⁸ Bestemmelsen havde følgende ordlyd:

“No title of a literary or artistic work may be utilized by third parties to designate another work in any country of the Union in which the first mentioned work has become so well-known under that title that the use of the title for the other work would give rise to confusion between the two works.”

Brugen af betegnelsen “værk” må forstås i overensstemmelse med lovens § 1, men beskyttelsen gælder imidlertid også efter, at ophavsretten til det pågældende værk er udløbet,¹⁹ og § 73 kan således betragtes som et supplement til *droit morale*-beskyttelsen i OHL § 75.²⁰ Hertil kommer, at bestemmelsen finder anvendelse for “ethvert værk”, jf. OHL § 85, stk. 5, og således også for titler på værker, der ikke i sig selv er ophavsretligt beskyttet i Danmark.

Det er ikke et krav, at den ældre titel i sig selv er eller var ophavsretligt beskyttet, men derimod er det med henvisning til lovmotiverne,

18. Jf. Hardy Andreasen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1960B, s. 191.

19. Schönning, s. 692.

20. Hardy Andreasen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1960B, s. 181.

fast antaget, at titlen skal have særpræg for at nyde beskyttelse.²¹ Begrebet særpræg kendes både fra varemærkeretten og fra den markedsføringsretlige kendetegnsbeskyttelse (se nærmere nedenfor), og skal da også rimeligvis fortolkes i overensstemmelse hermed. Heraf følger, at såvel beskrivende titler som “banale” titler som udgangspunkt ikke er beskyttede, men også at sådanne titler kan opnå særpræg gennem indarbejdelse.²²

Titlen skal desuden være “egnet til at fremkalde forveksling med et tidligere offentliggjort værk”. Til trods for bestemmelsens alder er det fortsat uklart, hvordan begrebet skal forstås. Også forvekslingsbegrebet kendes imidlertid fra både varemærkeretten og markedsføringsretten og består der af to hovedkomponenter, nemlig mærkelighed og varelighed. Overføres disse principper til OHL § 73 vil beskyttelsen omfatte titler, der er identiske med eller ligner den ældre titel for værker, der er af samme eller lignende art. Det er dog tvivlsomt, om man kan anvende en så bred forvekslingsbedømmelse. Titlerne skal selvfølgelig være identiske eller ligne hinanden meget. For så vidt angår værksligheden anfører Hardy Andreassen, at der i begrebet værk “må indlægges principiel begrænsning til værk af samme art”,²³ hvorimod Koktvedgaard ganske vist fandt det “ret tvivlsomt”, men ikke var afvisende over for, at beskyttelsen kunne udstrækkes til visse andre værkstyper – *in casu* brugen af en romantitel som filmtitel – i de tilfælde, hvor den eksisterende titel er kendt.²⁴ Samtidig anfører han dog, at forvekslingsbegrebet formentlig må udelukke “at titlen på et stykke skulptur kan krænkes af en bogtitel og omvendt”. Der findes mig bekendt kun en enkelt dom om emnet, nemlig en sø- og handelsretsdom fra 1995 (H 4911993), der fandt, at titlen på en sommerguide – FLUX – der i øvrigt også var registreret som varemærke i klasse 16, ikke kunne forhindre, at det samme navn anvendtes som titel på et radioprogram. Det skal dog bemærkes, at sagen blev procederet på de varemærkeretlige forvekslingsprincipper.

21. Schönning, s. 692; Rosenmeier, *Informationsret*, s. 104; og *Immaterialret* (6. udgave), s. 104.

22. Rosenmeier i *Informationsret*, s. 104, og i *Immaterialret*, s. 104.

23. Hardy Andreassen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1960B, s. 193 f.

24. Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, s. 267

Den sikre kerne for anvendelsen af § 73 må være de tilfælde, hvor en identisk titel anvendes for et identisk værk (to skønlitterære værker, to tv-shows inden for samme genre og lign.), men i alle andre tilfælde er der tale om en skønsmæssig vurdering, hvor kravet om værkslighed umiddelbart er det vanskeligste af bedømme. En filmtitel kan være forvekslelig med titlen på en roman, og en titel på et computerspil kan være forveksleligt med en filmtitel, da man under de nuværende markedsforhold kan tro, at der er tale om henholdsvis en filmatisering af bogen og et spil baseret på filmen. Det er dog min opfattelse, at det som udgangspunkt må være en betingelse for at statuere forvekslelighed, at filmen omhandler det samme emne eller har det samme tema som bogen, og tilsvarende at computerspillet har samme tema eller handling som filmen. Hvis man ikke anvender et sådant kriterium, vil brugen af en titel på en streamingserie med et fiktivt indhold, kunne skabe forvekslelig mellem streamingserien og en fagbog med den samme eller en meget lignende titel, selv om indholdet af serien intet har at gøre med fagbogens indhold. Det kan næppe være formålet med § 73 og forekommer i øvrigt at være et urimeligt resultat.

Dette også fordi vurderingen af, om brugen af titlen på det yngre værk er egnet til at skabe forveksling mellem det yngre værk og det ældre værk, sådan som bestemmelsen er formuleret er en objektiv bedømmelse. Det er således i princippet uden betydning om ophavsmanden til det yngre værk og dets titel har haft kendskab til det ældre værks titel eller ej.²⁵ Hvis både titelligheden og værksligheden fortolkes bredt, vil det få uoverskuelige konsekvenser for mulighederne for at give nye værker en holdbar titel. Der eksisterer jo ikke et register over titler på eksisterende og tidligere udgivne værker, men ikke desto mindre vil man i så fald skulle tage hensyn til selv “et lille digt med særpræget titel, kun offentliggjort i en distriktsavis i en af Brøndbyerne”.²⁶ Denne ubalance kan man dog efter min opfattelse rette op på ved at lægge afgørende vægt på det kriterium, som blev udtrykt i den ikke vedtagne art. 15 bis, nemlig at “the first mentioned work has become so well-

25. Hardy Andreasen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1960B, s. 193. Det er derfor også uklart, hvad der menes med udtalelsen i lovmotiverne om, at en titel ikke er ulovlig, hvis “der af den der anvender den tidligere benyttede titel, er foretaget tilstrækkeligt for at undgå forvekslingsfare”. Citatet er hentet fra gengivelsen i Schønning, s. 692.

26. Hardy Andreasen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1960B.161, s. 193.

known under that title that the use of the title for the other work would give rise to confusion between the two works”.

Bestemmelsen i OHL § 73 er dog begrænset, da den kun giver beskyttelse over for brugen af den samme eller en lignende titel på et andet værk og beskytter således ikke en særpræget titel mod andre former for kommerciel brug af titlen. Sådanne situationer vil i stedet skulle bedømmes efter de varemærkeretlige regler og efter den markedsføringsretlige beskyttelse af kendetegn,²⁷ som derfor er genstanden for de følgende afsnit.

3. Titler som varemærker

Som antydnet i indledningen sker det hyppigt, at en titel på et ophavsretligt beskyttet værk, går fra “bare” at være en titel på et værk til også at fungere som en decideret kommerciel oprindelsesbetegnelse, dvs. som et varemærke.

Det er ikke altid udtryk for en bevidst beslutning, at en titel eller en del af en titel også skal fungere som varemærke. Da varemærkeretten ikke er baseret på et nyhedskrav, er det imidlertid muligt at beskytte en titel som varemærke på et hvilket som helst tidspunkt såvel før som efter værkets offentliggørelse, hvis titlen har varemærkeretligt særpræg, og hvis der ikke er ældre rettigheder til identiske eller forvekslelige kendetegn, som forhindrer beskyttelsen.

Hermed er det også antydnet, at registrering af titler som varemærker skal bedømmes efter de generelle varemærkeretlige principper. Der er ingen særlige regler for beskyttelse af titler som varemærker i den varemærkeretlige lovgivning, hverken i Pariserkonventionen, i EU-varemærkeforordningen eller i Varemærkedirektivet og dermed heller ikke i den danske varemærkelov.²⁸

27. Hardy Andreasen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1960B.161; Kockvedgaard, s. 266 f.; Schönning, s. 693, samt oversigtsværkerne *Trademarks and Their Relation with Literary and Artistic Works*, *WIPO SCT*, 16. maj 2006; Jan Klink, “Titles in Europe: Trade Names, Copyright Works or Title Marks?”, *E.I.P.R.* 2004, s. 290; og Leslie Alan Glick, “Protection of Literary and Artistic Titles a Comparative Analysis of United States and Foreign Law”, 55 *Cornell L. Rev.* 449 (1970).

28. Den særlige regel om beskyttelse af særegne titler i den tidligere formulering af varemærkelovens § 14, nr. 5 blev ophævet ved lovrevisionen i 2018. Bemærkningerne

3.1. Kravet om særpræg

Det er et grundlæggende krav for, at et tegn kan beskyttes som varemærke, at det har særpræg, dvs. at tegnet skal være egnet til at "adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders", som det udtrykkes i varemærkedirektivets art. 3, litra a.

Kravet om særpræg indebærer, dels at titlen ikke må være beskrivende, dels at titlen skal være distinktiv.²⁹

Mange titler er, som tidligere nævnt, netop rent beskrivende for værkets indhold, og sådanne titler vil derfor som udgangspunkt ikke kunne beskyttes som varemærker, ligesom de jo altså ikke er ophavsretligt beskyttede eller er omfattet af OHL § 73.

Hvis en deskriptiv titel har været anvendt som varemærke her i landet på en sådan måde, at titlen er blevet indarbejdet, jf. VML § 3, stk. 3, er titlen beskyttet som ibrugtaget varemærke og kan i så fald også registreres jf. VML § 13, stk. 3. Et eksempel herpå er "Turen går til", der blev registreret som varemærke for "rejsehåndbøger" i klasse 16 på baggrund af dokumenteret indarbejdelse.

EU-varemærkeret kan kun opnås ved registrering, jf. EU-varemærkeforordningens art. 6, men også her kan en ikke særpræget titel, ligesom andre kendetegn, registreres, hvis titlen har opnået særpræg gennem indarbejdelse, jf. art. 7, stk. 3. Indarbejdelsen skal dog i sagens natur være sket "i hele EU", uden at der heri ligger et krav om, at titlen skal være indarbejdet i hver enkel medlemsstat.³⁰

Hertil kommer at en grafisk udformning af en i sig selv deskriptiv titel kan registreres som figurmærke, hvis den figurlige udformning er distinktiv. Herved opnås der varemærkeretlig beskyttelse af logoet,³¹ som herefter kan bruges som varemærke af indehaveren selv, eller som kan licenseres til andre.

til lovforslaget indeholder en detaljeret begrundelse herfor, jf. nærmere nedenfor i afsnit 5.

29. Se om disse to kriterier Knud Wallberg, "Friholdelsesbehovet i varemærkeretten", i Eigil Lego Andersen m.fl. (red.), *Sø- og Handelsretten 150 år* (Karnov Group 2011), s. 154.

30. Se nærmere i kapitel 14.4 i EUIPO's "Retningslinier for varemærker".

31. Men kun af logoet, ikke af titlen som sådan, jf. Knud Wallberg & Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven med kommentarer* (6. udgave, 2021), s. 398.

Er titlen i sig selv distinktiv kan den registreres både som ordmærke og som logo, og hvor det ofte netop er logoet, der anvendes i forbindelse med merchandising, som i tilfældet med STAR WARS. Det er interessant at bemærke, at titlerne på alle bøgerne om Harry Potter er registrerede som EU-varemærker, og at det samme gælder for titlerne på en lang række om ikke alle digitale spil, der bygger på STAR WARS-universet.



Fig. 1. Det registrerede STAR WARS logo.

Et særligt aspekt i denne forbindelse, er at et varemærke der består af et enkelt eller to ord, kan være distinktivt. Det giver dels mulighed for at registrere korte titler som KRØNIKEN, MATADOR, DIE HARD og THE GODFATHER – dels mulighed for at registrere dele af titler, hvilket fx bruges til at registrere navnene på de karakterer, som optræder i titlerne (og i selve værkerne), såsom ASTERIX, HARRY POTTER, INDIANA JONES, JAMES BOND og PIPPI LONGSTOCKING. Netop denne mulighed er vigtig, da den retlige beskyttelse af navne på figurer – “characters” – der optræder i ophavsretligt beskyttede værker, ellers er tvivlsom.³² Også disse navne registreres desuden ofte som figurmærker.

32. Hanne Kirk Deichmann, “Variationsværker”, *NIR* nr. 2, 2004, s. 107-8; Jan Klink, “Titles in Europe: Trade Names, Copyright Works or Title Marks?”, *E.I.P.R.* 2004, s. 290.



Fig. 2. De registrerede logoer for HARRY POTTER, BOB THE BUILDER og PIPPI LONGSTOCKING.

I langt de fleste tilfælde bliver de omtalte titler og navne registreret i klasse 9, som omfatter indspillede film, musikoptagelser og computerspil, klasse 16, som omfatter bøger og tegneserier, klasse 28, som omfatter alle former for legetøj, og klasse 41, som omfatter underholdningsvirksomhed herunder filmproduktion og onlinespil. Disse klasser suppleres så ofte med klasse 25, som omfatter beklædning og i visse tilfælde også med klasse 3, som omfatter parfumer, og klasse 14, som omfatter smykker og ure.

3.1.1. Særligt om titler på eventyr

Patent- og Varemærkestyrelsen har for nylig taget stilling til om titlerne på eventyr af H.C. Andersen kan registreres som varemærker for online spil i klasse 41. Styrelsen har tidligere registeret sådanne titler, men har foranlediget af EFTA-Domstolens dom i sag E-5/16 af 6. april 2017, som omhandlede varemærkeansøgninger af afbildninger af værker skabt af Gustav Vigeland, taget emnet op til fornyet overvejelse.

Domstolen fortolkede i sagen i art. 3, stk. 1, litra f, i det daværende i varemærkedirektiv 2008/95 (EF), som giver mulighed for at afslå ansøgninger om varemærker "som strider mod den offentlige orden". Den identiske bestemmelse findes i det nuværende direktivs art. 4, stk. 1, litra f, og i VML § 14, stk. 1, nr. 2.

Domstolen fandt, at værker, hvor ophavsretten er udløbet, ikke automatisk er omfattet af bestemmelsen, og dermed i princippet godt kan registreres som varemærker (præmis 88), men at en sådan ansøgning "may be refused registration, for example, under the circumstances that

its registration is regarded as a genuine and serious threat to certain fundamental values or where the need to safeguard the public domain, itself, is considered a fundamental interest of society” jf. præmis 98. Udfaldet af sagen var overraskende, da man indtil da ikke havde anset begrebet “offentlig orden” som omfattende en sådan situation

I styrelsens brev til ansøgeren af varemærkerne KLODS-HANS, NATTERGALEN³³ anføres følgende:

“Det er opfattelsen hos Kulturministeriet og Patent- og Varemærkestyrelsen, at såfremt titler på værker tidligere har været ophavsretlig beskyttet kan der muligvis anlægges samme vurdering af beskyttelsen som tilfældet i EFTA-domstolens afgørelse vedrørende afbildningen af værker af Gustav Vigeland, hvilket kan betyde at artikel 3 (1)(f) i varemærkedirektiv 2008/95 (EF) kan finde anvendelse.”

Det er korrekt, at EFTA-Domstolen udtaler sig om ophavsretligt beskyttede værker i generelle vendinger, og afgørelsen udelukker således ikke, at også tidligere ophavsretligt beskyttede titler kan være omfattet.

Styrelsen veg dog uden om at tage stilling til emnet, idet det er “styrelsens vurdering, at der i omhandlende tilfælde ikke kan foretages og lægges vægt på en teoretisk vurdering af titlens eventuelle tidligere ophavsretlige beskyttelse”.

Styrelsen behandlede herefter ansøgningerne i overensstemmelse med “nuværende praksis og gældende principper for vurderingen af mærkets registrerbarhed”.

Ansøgningerne blev herefter umiddelbart afslået under henvisning til VML § 13, stk. 1, nr. 3, om beskrivende varemærker, idet: “Dit mærke KLODS-HANS er titlen på et berømt dansk eventyr skrevet af H.C. Andersen. I forhold til varer og tjenesteydelser, der indeholder et element af underholdning, er det udbredt at overføre varen/tjenesteydelsen til andre underholdningsformer end den oprindelige, især hvis det oprindelige værk har opnået en vis grad af succes. Det vil således være naturligt at genfortælle H.C. Andersens eventyr, ikke bare som traditionelle litterære værker, men også som f.eks. en film, et teaterstykke eller i form af computerspil.”

33. Ansøgningen om KLODS-HANS har nr. VA 2019 01808, og sagsakterne er tilgængelige via PVSonline.

Styrelsen har da også tidligere afslået at registrere fx PRINSESSEN PÅ ÆRTEN for bl.a. underholdnings- virksomhed, idet “PRINSESSEN PÅ ÆRTEN er blevet allemandseje for litterære værker og ligear- tede værker, hvilket medfører et friholdelsesbehov for betegnelsen”.³⁴ Friholdelsesbehovet blev dog begrænset til netop litterære værker og li- geartede værker, og mærket blev således registreret for andre varer og tjenesteydelser i klasserne 9, 28 og 41.

Hvis der er et friholdelsesbehov til en betegnelse herunder til en ti- tel, indebærer det jo, at alle har adgang til at bruge titlen for de varer og tjenesteydelser, som titlen er beskrivende for. Afgørelsen er imidler- tid truffet før *Vigeland*-afgørelsen, som hvis den finder anvendelse også på titler, jf. nærmere nedenfor i afsnit 5, må indebære at der ikke (læn- gere) er et ubetinget friholdelsesbehov for titlerne på H.C. Andersens eventyr for litterære værker og ligear- tede værker.

3.2. Kort om rettighedernes indhold

En varemærkeret giver som bekendt indehaveren en eneret, der omfat- ter muligheden for at forbyde andre, der ikke har indehaverens samtyk- ke, at gøre erhvervsmæssig brug af et identisk eller et lignende kende- tegn for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art, som dem mærket er registreret for jf. VML § 4 og EU-varemærkeforordningens art. 9.

Er den varemærkebeskyttede titel velkendt, kan beskyttelsen udvi- des til også at omfatte helt andre varer og tjenesteydelser, hvis “brugen af tegnet uden rimelig grund medfører en utilbørlig udnyttelse af vare- mærkets særpræg eller renommé eller sådan brug skader dette særpræg eller renommé”, jf. VML § 4, stk. 2 nr. 3, og EU-varemærkeforordnin- gens art. 9, stk. 2, litra c.

Beskyttelsesomfanget af en varemærkebeskyttet titel fastlægges på helt samme måde som for andre varemærker, og da det er et emne, der er behandlet grundigt i flere andre sammenhænge,³⁵ er det ikke et

34. Se styrelsens brev af 28. januar 2014 i VA 2012 027152.

35. Knud Wallberg & Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven med kommentarer* (6. udga- ve, 2021); Palle Bo Madsen, *Markedsret*, bind. 3; Jens Schovsbo, *Immaterialret* (6. udgave, 2021), kapitel VI; og Frank Bøggild & Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (2015).

emne, der skal omtales i detaljer her. Et illustrativt eksempel er *UfR 2013.1044 H* om Spartas uberettigede brug af titlen og varemærket ALT FOR DAMERNE for et løbsarrangement, efter at parternes samarbejde var ophørt, og Ankenævnet for Patenter og Varemærkers nuancerede afgørelse i AN 2012 00027, hvor ordmærket POLTIKO, der var ansøgt om for “tryksager, trykte opslagsværker, aviser, tidsskrifter og magasiner” i klasse 16, hverken ansås for at være forveksleligt med eller i øvrigt at være i strid med varemærkerettighederne til det velkendte navn – den velkendte titel – POLITIKEN.³⁶

4. Den markedsføringsretlige beskyttelse af titler

Markedsføringslovens regler om god markedsføringsskik i § 3 og om vildledende markedsføring i §§ 5 og 20 finder også anvendelse for de ophavsretligt og varemærkeretligt beskyttede titler. Det gælder også for § 21 om sammenlignende reklamer, idet sådanne titler også hvis de ikke er beskyttede som varemærker, må være omfattet af begrebet “andre karakteristiske kendetegn” i stk. 2, nr. 4. Bruges en sådan titel af andre på en måde, der er i strid med en af disse bestemmelser, kan rettighedshaveren således få nedlagt forbud mod den fortsatte brug i medfør af MFL § 24.

Det, jeg vil berøre her, er spørgsmålet om, hvorvidt man i medfør af MFL kan opnå en retlig beskyttelse af en titel, der ikke kan opnå ophavsretlig eller varemærkeretlig beskyttelse.

Spørgsmålet er med andre ord, om titler, der hverken besidder ophavsretlig originalitet eller varemærkeretligt særpræg, eller som på trods af et sådan særpræg kun har været anvendt så lokalt, at der ikke er opnået varemærkeret gennem i medfør af VML § 3, stk. 1, nr. 3, kan opnå beskyttelse i medfør af MFL § 22.

Svaret er ikke så overraskende, at ja det kan de principielt godt. Det er imidlertid en betingelse, at en titel – på lige fod med andre former for kendetegn – skal have et vist særpræg for at opnå beskyttelse mod

36. I min artikel i *NIR* 1997, s. 182, “Nyskabelser i dansk varemærkeret”, er der på s. 194 nævnt nogle yderligere eksempler fra administrativ praksis om titlerne MOST WANTED, UNPLUGGED og JURRASIC PARK.

andres brugen af et identisk eller en lignende kendetegn.³⁷ Det vil for beskrivende eller lidet særprægede titler sige, at de først kan opnå beskyttelse, når de er blevet indarbejdet på den relevante del af det danske marked, hvilket kræver, at de har været brugt i et tilstrækkeligt omfang både tidsmæssigt, omsætningsmæssigt og branchemæssigt.³⁸

Selvom der er mange eksempler på, at lidet særprægede kendetegn på denne måde har opnået beskyttelse mod andres brug af det identiske eller lignende kendetegn,³⁹ er der for så vidt angår titler kun en enkelt nyere dom, nemlig *UfR 2004.140 H*. Her fandt Højesteret, at betegnelsen FAGBOG “anvendes i daglig sprogbrug ikke kun som modsætning til skønlitterær bog, men også som produktbetegnelse for en telefonbog, der indeholder en opstilling af og annoncer for erhvervsdrivende ordnet alfabetisk efter fag”. Højesteret fandt, at TDC hverken havde indarbejdet betegnelsen som varemærke – hvorfor registreringen her af blev ophævet – eller at brugen af betegnelsen “IT-Fagbogen” for et register over danske virksomheder med angivelse af adresser og telefon- og faxnumre hverken udgjorde en krænkelse af MFL § 1 eller § 5, nu MFL § 3 og 22.⁴⁰

5. En status

Som det gerne skulle fremgå af analyserne ovenfor, så giver dansk ret en ganske bred, retlig beskyttelse af titler på ophavsretligt beskyttede værker. Originale titler nyder ophavsretlig beskyttelse, særprægede titler kan beskyttes som varemærker, og de titler, der ikke opfylder disse betingelser, kan efter omstændighederne opnå beskyttelse i medfør af markedsføringsloven.

Med til billedet hører dog også, at beskyttelsen er gjort “mindre bred”. Den tidligere bestemmelse i varemærkelovens § 14, nr. 5, som gjorde det muligt at udelukke varemærker fra registrering, hvis de

37. Erling Borchert & Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013), s. 487 ff.

38. Borchert & Bøggild, s. 491 ff.

39. Borchert & Bøggild, s. 490 f.

40. Hardy Andreasen, nævner i *Ugeskrift for Retsvæsen* 1960B, s. 185, følgende eksempler på titler, der blev givet beskyttelse efter den daværende konkurrencelovs § 9: “Nordisk Handels- og Sjøfartstidende”, “Hvad byder Nordjylland i dag?”, “Barken Margrethe af Danmark” og “Skandinavisk Motor-Journal”.

uhjemlet bestod af eller indeholdt en bestanddel, der kunne “opfattes som en særegen titel på en andens beskyttede litterære eller kunstneriske værk”, blev således ophævet ved den seneste lovreform. Om grunden hertil anføres bl.a. følgende i bemærkningerne til lovforslaget bl.a.:

“Under hensyn til at eksempelvis producenter af film og tv-programmer har samme adgang som andre erhvervsdrivende til at opnå beskyttelse for deres kendetegn, eksempelvis ved registrering heraf som varemærke, at bestemmelsen i øvrigt kun enkelte gange har været anvendt i praksis, og da der i øvrigt ikke kan fremføres væsentlige argumenter for, hvorfor visse typer af erhvervsdrivende skal tildeles en særstatus i denne henseende, er det valgt at udelade bestemmelsen om beskyttelse af særegne titler i den nyaffattede bestemmelse.”

Med den argumentation in mente er det nærliggende at stille spørgsmålet, om ikke også bestemmelsen i OHL § 73 bør ophæves. Der er jo også her tale om særlig kendetegnsretlig regel, som stort set ikke anvendes i praksis, og hvis indhold – som omtalen ovenfor demonstrerer – tilmed er uklart. Selvom beskyttelse af titler i så fald vil blive yderligere reduceret, vil retstillingen blive klarere: Det vil være de almindelige regler i ophavsretsloven, varemærkeloven og markedsføringsloven, der vil udgøre det retlige grundlag for beskyttelsen.

Den ovenfor omtalte *Vigeland*-dom, og de overvejelser som Patent- og Varemærkestyrelsen og Kulturministeriet tilsyneladende har om, hvorvidt dommens principper kan udstrækkes til også at gælde for titler på eventyr, hvortil ophavsretten er udløbet, har på den anden side skabt en ny usikkerhed. Usikkerheden består i, om varemærkelovens § 14, stk. 1, nr. 2, der giver hjemmel til at afslå varemærker fra registrering, som “strider mod lov, den offentlige orden eller sædelighed”, kan finde anvendelse sådanne situationer.

Om end det efter min opfattelse er mere end tvivlsomt, om titlerne på H.C. Andersens eventyr kan anses for at opfylde de betingelser, som EFTA-Domstolen opstillede om, at registreringerne i givet fald ville udgøre en “genuine and serious threat to certain fundamental values or where the need to safeguard the public domain, itself, is considered a fundamental interest of society”, så har synspunktet umiddelbart noget for sig. Det kan således opleves som stødende og måske endda krænkende, når eksempelvis filmiske udgaver af eventyrene anvender de op-

rindelige titler, men ændrer indholdet af eventyrene,⁴¹ og det samme fænomen kan man forestille sig om spil.

Selvom det i sådanne situationer er kombinationen af indhold og titel, der kan opleves som stødende, så er det efter min opfattelse reelt et spørgsmål om, hvorvidt bearbejdelsen af eventyret udgør en krænkelse af de ideelle rettigheder til eventyret eller ej, jf. OHL § 75. Og det hverken kan eller skal Patent- og Varemærkestyrelsen vurdere, når de modtager en ansøgning om registrering af en titel på et eventyr eller et andet værk som varemærke. Det er med andre ord min opfattelse, at varemærkelovens § 14, stk. 1, nr. 2, ikke kan anvendes som hjemmel til at afslå sådanne ansøgninger, som derfor skal vurderes som hidtil, jf. beskrivelsen af styrelsens praksis ovenfor i afsnit 3.1.1.

Tillad mig at afslutte med at nævne et andet og nært beslægtet emne, nemlig de “omvendte” situationer, hvor et varemærke – og typisk et kendt varemærke – indgår i titler på sange, bøger og film. Det sker med jævne mellemrum, jf. eksemplet nævnt ovenfor om “The Devil Wears Prada”, og hvis brugen sker uden varemærkeindehaverens tilladelse giver det ofte anledning til kontroverser. Lad mig blot nævne titlen på filmatiseringen af Ole Lund Kirkegaards bog “Gummi-Tarzan”, der blev ændret til “Gummi-T”⁴² efter indvendinger fra Disney, som er indehaver af varemærkerettighederne til Tarzan, og den sag, som Mattel anlagde sag mod AQUA’s pladeselskab for sangen “Barbie Girl”.⁴³ Den retlige bedømmelse af dette samspil mellem varemærker og titler fortjener utvivlsomt en selvstændig analyse, som der dog ikke var plads til her.

41. <<https://faktalink.dk/titelliste/havf/havfrdis>; <https://www.dr.dk/nyheder/kultur/film/ekspert-om-hidsig-havfrue-debat-det-er-paa-ingen-maade-tilfaeldigt-disney-har>>; <<https://mydaily.space.dk/2017/04/rigtige-eventyrs-slutninger-disney/>>.

42. <<https://filmz.dk/film/gummi-t>>.

43. *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002). Sagen vedrørte ikke kun titlen men også – og vel navnlig – indholdet af den øvrige sangtekst.