



Hvornår er brug af musik som led i danseundervisning offentlig? Og skal det vurderes efter nordiske eller EU-retlige kriterier?

Blomqvist, Jørgen; Rosenmeier, Morten

Published in:
N I R

Publication date:
2018

Document license:
[CC BY-ND](#)

Citation for published version (APA):
Blomqvist, J., & Rosenmeier, M. (2018). Hvornår er brug af musik som led i danseundervisning offentlig? Og skal det vurderes efter nordiske eller EU-retlige kriterier? *N I R*, (2), 200-215.

Hvornår er brug af musik som led i danse- undervisning offentlig? Og skal det vurderes efter nordiske eller EU-retlige kriterier? Den danske Højesterets dom af 30. oktober 2017 om fremførelse i FOF-foreninger★

Af adjungeret professor i international ophavsret Jørgen Blomqvist og professor i ophavsret Morten Rosenmeier★★

1. Indledning. Direkte fremførelse og overføring

Efter de nordiske ophavsretsloves § 2 har ophavsmændene eneret til at gøre værket tilgængeligt for almenheden på forskellige, nærmere opregnede måder. Bl.a. har de eneret til såkaldt *direkte offentlig fremførelse*. Det er fremførelse, der udgår fra samme sted som der, hvor publikum er, f.eks. ved fremførelse af musik til koncerter eller opførelse af teaterstykker på teatre.

Desuden har ophavsmændene eneret til *overføring til almenheden*. Det er distribution, der sker ved hjælp af elektroniske midler og *udgår fra et andet sted* end der, hvor publikum er.¹ Det er bl.a. overføring at udsende værker via radio og tv. Det er også overføring, hvis man gør værker til genstand for ”tilrådighedsstillelse on demand”, dvs. at man lægger dem ud på internettet eller lignende netværk, hvor publikum selv kan få adgang til dem, når de selv vil.

Systematikken er ikke helt ens i alle de nordiske lande: I dansk og norsk ret er begrebet offentlig fremførelse et overbegreb, der dækker over både direkte fremførelse og overføring. I aktuel svensk og finsk ret, derimod, anses offentlig fremførelse nu kun for at sigte til fremførelse for et tilstedeværende publikum, mens overføring til almenheden

★ Artiklen er peer reviewed.

★★ Begge Københavns Universitet, Det Juridiske Fakultet, Center for Informations- og Innovationsret (CIIR). Ved siden af universitetsarbejdet har eller har forfatterne tidligere haft tilknytning til forskellige ophavsretlige organisationer mv., Jørgen Blomqvist bl.a. som juridisk konsulent og underdirektør i Koda 1986–92 og Morten Rosenmeier som aktuelt ophavsretskyndigt medlem af bestyrelsen for Gramex. Se nærmere vores CV'er, tilgængelige via www.jur.ku.dk/ciir.

¹ Jf. infosoc-direktivets betragtning 21 f. Det hedder her, at overføringsretten skal ”opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted” mv. Man har udtrykt det sådan, at forskellen på overføring og direkte fremførelse afhænger af et ”distanceelement”. Se bl.a. forarbejderne til lovforslag 2002/1 LSF 19.

er et selvstændigt begreb ved siden af offentlig fremførelse. Se nærmere de forskellige ophavsretsloves § 2. Nedenfor bruges, hvor ikke andet fremgår, den danske terminologi.

Visse typer af fremførelse/overføring sker på den måde, at nogen så at sige opsnapper og viderefører fremførelser/overføringer, som andre har sat i gang. Som eksempel kan nævnes, at nogen modtager radio/tv-signaler udsendt af andre og viderespreder dem via kabel. Som et andet eksempel kan nævnes, at restauranter, barer og butikker m.fl. har radioen eller tv'et stående åbent i lokalerne, så kunderne kan høre radio eller se tv. I den slags tilfælde antages selve videredistributionen at være en selvstændigt rettighedsbelagt brug, som ophavsmanden skal give en særskilt tilladelse til. I Danmark – hvor ”fremførelse” som sagt anses for et overbegreb, der både dækker direkte fremførelse og overføring – siger vi, at der i den slags tilfælde sker en ”fornyet fremførelse”.

Man skulle tro, at den slags er direkte fremførelse snarere end overføring, i hvert fald når der er tale om mindre lokaler. Fremførelsen udgår jo i den slags tilfælde fra højttalere og billedskærme, placeret samme sted som der, hvor publikum er. Det følger imidlertid af EU-Domstolens praksis, at der i den slags situationer altid er tale om overføring, ikke direkte fremførelse.² Domstolen henviser bl.a. til, at publikum jo netop befinder sig et andet sted end det sted, fremførelsen oprindeligt udgik fra.³ Dette modsvarer ikke traditionel nordisk begrebsanvendelse, men har rødder i international ret. Bernerkonventionen kalder det således for overføring til almenheden, når radio- og fjernsynsudsendelser videregives til almenheden ved hjælp af højttalere og tilsvarende indretninger.⁴ Den samme terminologi følges af Romkonventionen.⁵ EU-Domstolens praksis må indebære, at det også er overføring at spille film og musik mv., som andre har lagt på *internettet*, for et publikum, f.eks. hvis en forretning spiller musik fra Spotify o.l.

² Se de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2008 (Premier League) (tv på restaurationer), C-151/15 af 14.07.2015 (Sociedade Portuguesa de Autores) (radio på restaurationer), C-117/15 af 31.05.2016 (Reha Training) (tv i behandlingslokaler og venteværelser på genoptræningscentre), jf. også C-135/10 af 15.03.2012 (SCF) om en tandlæge, der spillede radio i klinikken.

³ Se de forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 200 ff. En tanke om, at afspilning af udsendelser i barer mv. er overføring, afspejler sig også i låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 3, vedr. radio- og fjernsynsselskabers ret til ”kommunikation til offentligheden af deres udsendelser, hvis denne foretages på steder, hvortil der er offentlig adgang mod betaling af entré”. EU-Domstolens fortolkning er i overensstemmelse med en maksime om, at begrebet overføring skal forstås ”i bred forstand” som sigtende til overføring ”i enhver form, uanset den valgte teknik”. Se infosoc-direktivets betragtning 23 og C-160/15 af 08.09.2016 (GS Media) præmis 30 med flere henvisninger. Sml. også nogle vidtgående udtalelser om overføringsbegrebets omfang i C-610/15 af 14.06.2017 (Stichting Brein) præmis 34 og C-162/10 af 15.03.2012 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 60 f.

⁴ Bernerkonventionen til beskyttelse af litterære og kunstneriske værker, Pariserakten af 24. juli 1971, artikel 11bis, stk. 1, nr. iii.

⁵ Romkonventionen til beskyttelse af udøvende kunstnere, fonogramproducenter og radio- og fjernsynsforetagender, af 26. oktober 1961, artikel 13, litra d.

streamingtjenester for kunderne, eller hvis en lærer viser eleverne en film fra YouTube som led i undervisningen.⁶

2. Offentlighedskravet

Ophavsmanden har kun eneret til direkte fremførelse, der kan karakteriseres som *offentlig*. På samme måde har han kun eneret til overføringer, der kan siges at ske til *almenheden*. Spørgsmålet er, hvad det vil sige.

Reglerne om direkte fremførelse er ikke EU-harmoniseret. Spørgsmålet om, hvornår direkte fremførelser kan siges at være offentlige, skal derfor afgøres efter nordisk ophavsretlig teori og retspraksis, udviklet i løbet af 1900-tallet. Ifølge dem er det kort sagt bl.a. betydningsfuldt, om der er personlige bånd mellem den, der er ansvarlig for fremførelsen, og publikum. Det betyder bl.a., at fremførelse i den snævre privatsfære, herunder for familie og venner, ikke er offentlig, mens det modsatte normalt gælder for fremførelser, der er åbne for alle eller i hvert fald for større befolkningsgrupper.

Det giver anledning til tvivl, hvad der gælder for fremførelser, der befinder sig mellem disse poler. Den slags fremførelser er kendetegnet ved at ske over for grupper, der på den ene side er så åbne, at der ikke er tale om fremførelse i den snævre privatsfære, men på den anden side så lukkede, at fremførelserne ikke kan siges at være åbne for alle. Som eksempler kan næves fremførelse i firmaer, skoler, sociale institutioner, klubber, foreninger mm. Når det handler om fremførelse for de ansatte i erhvervsvirksomheder, følger det af en specialregel i de danske, svenske og finske ophavsretslove, at der pr. definition altid er tale om offentlig fremførelse, hvis fremførelserne sker over for større kredse.⁷ Bortset fra det er der tale om et gråt, skønmæssigt område, hvor det bl.a. spiller en rolle, hvor mange der har adgang til fremførelsen, hvor mange der faktisk kommer, om fremførelsen sker erhvervsmæssigt, og om den er offentligt annonceret mm. Ved fremførelse i foreninger ser man desuden bl.a. på foreningens formål, optagelseskriterierne mm.⁸ I Danmark har Højesteret løbende præciseret og udviklet almenhedsbegrebet i en række principielle domme, herunder UfR 1999.2011 H (ungdomsklubber), UfR 2007.1581 H (musik til arbejdet) og UfR 2004.2134 H (gymnastikforeninger). Retten har her bl.a. introduceret en regel om, at det taler imod offentlighed, hvis en fremførelse sker i en institution, hvor ophold træder i stedet for ophold i hjemmet.⁹ Et andet princip, som er kommet til i

⁶ Se udførligt *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 457 ff., jf. også *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg., 2018 s. 134. At det er overføring af afspille musik, der streames fra nettet, for et publikum, er også antaget af den danske Højesteret i dens nedenfor behandlede dom af 30.10.2017.

⁷ Jf. den danske ophavsretslovs § 2, stk. 4, nr. 2, og de svenske og den finske ophavsretsloves § 2, stk. 4. Om reglen se *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger, Kbh. 2009 s. 213 f. og 237, *Stakemann*, NIR 2007 s. 144 f. og *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 445 f.

⁸ De nordiske offentlighedskriterier gennemgås udførligt i *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016, *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 441 ff. og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 131 ff.

⁹ Jf. UfR 1999.2011 H. Om dommen se *Koktvedgaard*, NIR 2001 s. 514, *Schønning*, NIR 2001 s. 631 f., *Stakemann*, NIR 2007 s. 140 og *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 451. Rettens kriterium er gentaget af landsretten i UfR 2004.2134 Ø.

praksis, går ud på, at fremførelse for de ansatte i virksomheder kun er offentlig, hvis den sker i lokaler med plads til mindst 40.¹⁰ I relation til fremførelse som led i holdundervisning i foreninger følger det af rettens praksis, at det taler imod offentlighed, hvis foreningerne er ikke-erhvervsmæssige, har rod i lokalsamfundet og er baseret på frivilligt arbejde, hvis deltagelse på holdene fremmer sociale relationer mellem deltagerne, hvis musikfremførelsen, skønt væsentlig, trods alt ikke er det primære, og hvis deltagerne ikke kan skifte hold, når sæsonen er gået i gang mm.¹¹ Visse af disse kriterier blev gentaget i rettens dom af 30.10.2017, som behandles nedenfor.

Oprindeligt gjaldt de nordiske kriterier både for direkte fremførelse og overføring til almenheden. Nu er reglerne om overføring imidlertid EU-harmoniseret af infosoc-direktivet, låne/leje-direktivet og kabsat-direktivet. Og siden midten af 0'erne har EU-Domstolen afsagt en lang række domme om, hvornår overføringer kan siges at ske til "almenheden", sådan som direktiverne kræver.¹² Efter EU-Domstolens kriterier anses fremførelser for at ske til almenheden på følgende betingelser:

- Overføringen skal rette sig mod et "ubestemt antal potentielle modtagere", og der skal være tale om et "betydeligt antal personer".¹³ Ifølge EU-Domstolen skal der evt. anlægges en såkaldt "kumulativ" vurdering af, om det er opfyldt.¹⁴ Det vil sige, at man skal tage i betragtning, både hvor mange der har adgang til værket på én gang, og hvor mange der har adgang til værket efter hinanden.
- Det er et krav, at den, der står for fremførelsen, gør det i den bevidste hensigt at give andre adgang til værket, hvilket ikke er opfyldt, hvis man bare leverer et teknisk middel til overføring foretaget af andre.¹⁵

¹⁰ Jf. UfR 2007.1581 H. Om dommen og dens forhold til hidtidig dansk ret se *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 446 f. Grænsen på 40 personer var allerede fastsat i Kodas praksis førend vedtagelsen af 1961-loven, jfr Folketingstidende 1960–61, 2. saml. tillæg A, sp. 33.

¹¹ Jf. UfR 2004.2134 H.

¹² I øjeblikket (foråret 2018) drejer det sig om C-192/04 af 14.07.2005 (Lagardère Active Broadcast), C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE), jf. en kendelse C-136/09 af 18.03.2010, de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League), de forenede sager C-431/09 og C-432/09 af 13.10.2011 (Airfield), C-135/10 af 15.03.2012 (SCF), C-162/10 af 15.03.2012 (Phonographic Performance (Ireland)), C-607/11 af 07.03.2013 (ITV Broadcasting), C-466/12 af 13.02.2014 (Svensson), C-351/12 af 27.02.2014 (OSA), C-348/13 af 21.10.2014 (BestWater), C-151/15 af 14.07.2015 (Sociedade Portuguesa de Autores), C-325/14 af 19.11.2015 (SBS Belgium), C-117/15 af 31.05.2016 (Reha Training), C-160/15 af 08.09.2016 (GS Media), C-527/15 af 26.04.2017 (Filmspeler), C-610/15 af 14.06.2017 (Stichting Brein), C-138/16 af 16.03.2017 (AKM), C-265/16 af 29.11.2017 (VCAST). En række domme indeholder fortolkningsbidrag vedr. almenhedsbegrebet, selvom de ikke direkte ikke vedrører det, herunder C-89/04 af 02.06.2005 (Mediakabel), C-314/12 af 27.03.2014 (UPC Telekabel Wien GmbH), C-117/13 af 11.09.2014 (Ulmer), C-202/12 af 19.12.2013 (Innoweb) præmis 51–52, C-641/15 af 16.02.2017 (Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH) præmis 17 ff. og C-301/15 af 16.11.2016 (Soulier og Doke).

¹³ Jf. bl.a. C-117/15 (Reha Training) præmis 41 og C-160/15 (GS Media) præmis 36.

¹⁴ Jf. C-306/05 (SGAE) præmis 39, C-351/12 (OSA) præmis 28 og C-527/15 (Filmspeler) præmis 44.

¹⁵ Jf. bl.a. C-306/05 (SGAE) præmis 42 og C-160/15 (GS Media) præmis 35.

- Fornyeede fremførelser – f.eks. kabelretransmission eller brug af radio/tv i offentlige lokaler – retter sig kun mod almenheden, hvis viderettransmissionen enten sker vha. andre tekniske midler end den oprindelige udsendelse, eller hvis den retter sig mod et ”nyt publikum”, dvs. ”et publikum, som de beskyttede værkers ophavsmænd ikke havde taget i betragtning, da de godkendte deres anvendelse i form af overføringen til det oprindelige publikum”.¹⁶
- Det har en vis vejledende betydning, om fremførelsen af værket sker for vindings skyld.¹⁷

Oprindelig skulle man som sagt bruge de nordiske offentlighedskriterier, uanset om der var tale om direkte fremførelse eller overføring. Når det handler om overføring, er kriterierne imidlertid fortrængt af de EU-retlige kriterier. De fører ikke altid til de samme resultater, som de nordiske kriterier gjorde i gamle dage.

De EU-retlige kriterier og de nordiske kriterier adskiller sig især fra hinanden på følgende punkter:

1. Efter traditionel nordisk praksis skal hver fremførelse vurderes isoleret, og en flerhed af private fremførelser bliver ikke offentlige, fordi man lægger dem sammen. Efter EU-Domstolens praksis, derimod, betyder det ”kumulative” kriterium, at flere overføringer, der isoleret set ikke retter sig mod almenheden, alligevel gør det, når man ser dem samlet.
2. Det EU-retlige kriterie om ”nyt publikum” er en EU-retlig nyskabelse, der ikke kendes i nordisk ret. Heller ikke det EU-retlige krav om, at overføringen skal ske bevidst, er fast indarbejdet i nordisk ret, selvom man kan iagttage visse nordiske tendenser i den retning.¹⁸
3. Efter nordisk ret trækkes grænsen mellem offentlig og privat ved et samlet skøn, hvori der indgår en række kriterier, herunder dem, Højesteret har indført i de tidligere nævnte domme. Efter EU-retten, derimod, foretages der en mere kontant vurdering af, om de kriterier, der kan udledes af EU-Domstolens praksis, er opfyldt. Og de sociale kriterier mv., som er indført af Højesteret i de principielle domme om gymnastikforeninger og ungdomsklubber mv., jf. ovenfor, er ikke en del af EU-retten.

De EU-retlige almenhedskriterier gælder som sagt kun for fremførelser, der har karakter af ”overføring til almenheden”, ikke for ”direkte fremførelse”. Det er derfor nærliggende at mene, at vi i de nordiske lande skal nøjes med at bruge de

¹⁶ Se senest C-527/15 (Filmspeler) præmis 33 og 47 og C-610/15 (Stichting Brein) præmis 28 og 45.

¹⁷ Jf. senest C-160/15 (GS Media) præmis 38 og 47, C-527/15 (Filmspeler) præmis 34 og 49 og C-610/15 (Stichting Brein) præmis 29. De EU-retlige kriterier – og den EU-retspraksis, de følger af – gennemgås udførligt i *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 459 ff. og *Schousbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 139 ff.

¹⁸ *Knoph* mente f.eks. i Åndsretten, Oslo 1936, at det ikke er offentlig fremførelse, hvis en sanger over sig for åbne vinduer, selvom der danner sig en tilhørerskare nedenfor, medmindre vedkommende havde offentlig fremførelse til hensigt, jf. s. 89. Beslægtede tanker findes i *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsrett, Oslo 2009 s. 181 f., jf. s. 189, og *Schonning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016, kommentar 3.4.1 til § 2. Flere henvisninger i *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 451 f.

EU-retlige kriterier i forbindelse med overføring til almenheden, men holde fast i de traditionelle nordiske kriterier i forbindelse med direkte fremførelse.

Men det vil i høj grad vanskeliggøre retstilstanden, hvis der skal gælde ét kompliceret sæt af kriterier i relation til direkte fremførelse og et andet kompliceret sæt af kriterier i relation til overføring. Bl.a. er der mange former for fremførelse, der somme tider indebærer overføring og somme tider direkte fremførelse, uden at det er til at holde styr på, hvornår der er tale om hvad. Som eksempel kan nævnes, at en lærer viser sine studerende PowerPoints med film, hvoraf nogle er gemt på vedkommendes computer, mens andre hentes ind fra YouTube, når slides'ene vises i klassen. Fremførelsen af de gemte film vil her være direkte fremførelse, fremførelsen af YouTube-filmene overføring. Flere eksempler i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, *Immaterielret*, 4. udg. 2015 s. 175 ff. og *Rosenmeier*, *NIR* 2016 s. 470 ff. Der anbefales det derfor, at vi i nordisk ret udfaser de nordiske kriterier og så vidt muligt går over til at bruge de EU-retlige offentligheds-kriterier, også hvor der er tale om direkte fremførelse.

I den dom af 30.10.2017, som er trykt nedenfor her i NIR, og som også findes i UfR 2018.516 H, har Højesteret nu vendt tommelfingeren nedad i forhold til denne løsning. Dommen medfører, at vi i dansk ret holder fast i de nordiske offentligheds-kriterier i forbindelse med direkte fremførelse. Retten mente desuden, at det bevirker, at brug af musik som led i danseundervisning i almennyttige FOF-foreninger ikke er rettighedsbelagt, og at det følger af principperne fra rettens dom om gymnastikforeninger i UfR 2004.2134 H.

Efter vores mening giver FOF-dommen anledning til en række vanskelige spørgsmål.

De behandles nedenfor.

3. Sagens faktum

Det danske *Folkeligt Oplysnings Forbund (FOF)* udbyder aftenskoleundervisning og kulturelle arrangementer i en lang række danske kommuner. Mere end 250.000 danskere pr. år gør brug af tilbuddene. Undervisningen sker i en række lokale foreninger, f.eks. FOF København, FOF Århus, FOF Gentofte etc. De lokale foreninger er igen sluttet sammen under den landsdækkende FOF-paraply. FOF-foreningerne får offentlige tilskud efter folkeoplysningsloven.

I den sag, som ledte til Højesterets dom af 30. oktober 2017, var spørgsmålet, om FOF København skulle betale afgift til de danske forvaltningsorganisationer Koda og Gramex til gengæld for den brug af musik, der skete på foreningens danse-hold. Sagen blev ført af Koda på vegne også af Gramex. Som advokat havde de antaget den førende ophavsretsspecialist *Peter Schønning*. Kodas påstand var, at FOF København skulle betale 2.081,40 kr. med sædvanlig procesrente i anledning af musikforbruget på nogle hold for henholdsvis "Gotvedgymnastik", "Discomotion", "Zumba" og "Mave-Baller-Lår". Parterne var dog enige om, at sagen ikke alene angik betaling af det nævnte beløb, men helt generelt og principielt, om Koda/Gramex havde grundlag for at opkræve vederlag fra FOF-København.

Koda gjorde gældende, at der var tale om offentlig fremførelse, som FOF-foreningerne skulle betale for. FOF København, derimod, mente, dels at fremførelsen på holdene ikke var offentlig, og dels at den, selvom den havde været det, var omfattet af ophavsretslovens § 21, stk. 1, nr. 2, der siger, at man frit kan opføre værker til brug i ikke-erhvervsmæssig undervisning.

Sø- og Handelsretten mente, at der var tale om offentlig fremførelse, fordi der er fri adgang for alle til at tilmelde sig sådanne hold. Derimod mente retten med dissens, at fremførelsen var omfattet af ophavsretslovens § 21, stk. 1, nr. 2.¹⁹

Sagen blev indbragt for Højesteret. Her valgte Koda en ny strategi: De gjorde gældende, at den fremførelse, der skete på danseholdene, havde karakter af streaming fra Spotify, dvs. en proces, hvor musikken løbende bliver hentet ned på brugernes telefon eller computer, efterhånden som den bliver spillet. Fremførelse af musik, der streames, for et publikum, må imidlertid anses som overføring, jf. ovenfor v. note 2–6. Heraf følger, fortsatte Koda, at spørgsmålet om, hvorvidt den skete til almenheden, skulle vurderes efter de EU-retlige almenhedskriterier. Det ville bl.a. indebære, at selvom de fremførelser, der skete på de enkelte FOF-hold, enkeltvis måtte karakteriseres som private, ville fremførelserne samlet set kunne anses som offentlige p.g.a. EU-Domstolens ”kumulative” kriterium. Hertil kommer, at de særlige offentlighedskriterier, som Højesteret introducerede i UfR 2004.2134 H m.fl. domme, ikke er en del af EU-retten. Ifølge UfR 2004.2134 H er fremførelse i gymnastikforeninger f.eks. ikke offentlige, hvis musikfremførelsen ikke er det primære, og hvis deltagerne ikke kan skifte hold, når sæsonen er gået i gang mm. Den slags ting må EU-retten derimod umiddelbart formodes at være ligeglad med. Koda fremlagde for en sikkerheds skyld Spotify-playlister for nogle af FOF Københavns danseinstruktører inden for ”Mave-Baller-Lår”, ”Babygymnastik”, ”Barretræning”, ”Pilates”, ”Barre-Yoga” og ”Rygtræning”.

FOF København, derimod, fastholdt, at der ikke var tale om offentlig fremførelse, og henviste bl.a. til, at FOF-holdene mindede om de gymnastikforeninger, som Højesteret frifandt i UfR 2004.2134 H. Desuden anførte FOF København bl.a., at FOF-foreningerne stadig brugte musik-cd’er i stort omfang.

Højesteret frifandt FOF-foreningerne med følgende præmisser:

”Sagen angår, om FOF København skal betale vederlag til Koda for afspilning af musik på en række danse- og motionshold.

Efter ophavsretslovens § 2, stk. 1, medfører ophavsret til et musikværk, med de i loven angivne indskrænkninger, eneret til at råde over værket ved at gøre det tilgængeligt for almenheden. Et værk gøres tilgængeligt for almenheden bl.a. ved, at værket fremføres offentligt, jf. § 2, stk. 3, nr. 3.

Der er i § 2, stk. 4, nr. 1 og 2, givet eksempler på, hvad der skal anses som offentlig fremførelse efter § 2, stk. 3, nr. 3. Af bestemmelsen i § 2, stk. 4, nr. 1, fremgår, at der

¹⁹ Sø- og Handelsrettens tolkning af ophavsretslovens § 21, stk. 1, nr. 2, er med stor sandsynlighed i strid med infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a. Se nærmere *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 201 f. med henvisninger.

også er tale om offentlig fremførelse, hvis der sker trådbunden eller trådløs overføring af musikværker til almenheden.

§ 2, stk. 4, nr. 1, blev indsat ved lov nr. 1051 af 17. december 2002 for at gennemføre artikel 3 i infoc-direktivet (direktiv 2011/29/EF) i dansk ret. Direktivet omfatter ikke 'direkte fremførelse', hvilket der bl.a. er tale om, hvis der ikke streames musik, men derimod afspilles musik, der er lagret (downloaded) på et medium, som instruktøren selv har med, f.eks. cd'er, usb-stik, telefon eller computer. Bestemmelsen i § 2, stk. 4, nr. 1, blev indsat af lovtekniske hensyn og indebar ikke nogen ændring med hensyn til, hvad der uden for direktivets område er gældende ret vedrørende offentlig fremførelse, jf. Folketingstidende 2002–03, tillæg A, lovforslag nr. L 19, s. 241. Højesteret finder i lyset heraf, at der ikke er grundlag for at anvende de kriterier, der efter EU-Domstolens praksis har betydning for, hvornår der er tale om overføring til almenheden, på vurderingen af, hvornår der uden for direktivets område er tale om offentlig fremførelse (i form af 'direkte fremførelse') efter ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 3.

For så vidt angår musikafspilningen på de danse- og motionshold hos FOF København, som sagen angår, finder Højesteret efter de foreliggende oplysninger ikke fornødent grundlag for at fastslå, at musikafspilningen finder sted på en måde som omhandlet i § 2, stk. 4, nr. 1.

Højesteret har ved dom af 28. maj 2004 (UFR 2004.2134) fastslået, at musikafspilning ifm. lokale gymnastikforeningers træningshold ikke har karakter af offentlig fremførelse efter ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 3.

Højesteret finder, at der i den nævnte henseende ikke er grundlag for at behandle den musikafspilning, som finder sted på de pågældende danse- og motionshold hos FOF København, anderledes end musikafspilning i forbindelse med lokale gymnastikforeningers træningshold.

Der er herved navnlig lagt vægt på, at FOF København er en forening, hvis virksomhed er folkeoplysning. Dette indebærer efter lovgivningen, at foreningen ikke må drives i kommercielt øjemed, og at et eventuelt overskud skal anvendes til folkeoplysende formål. Musikanvendelsen på danse- og motionshold hos FOF København er et væsentligt element i forbindelse med de pågældende aktiviteter, men musikken er ikke det primære. Danse- og motionsholdene består af et mindre antal deltagere i en lukket kreds. Deltagelse forudsætter således tilmelding til et bestemt hold for en sæson, og det er ikke muligt fra gang til gang at vælge hold, ligesom der ikke uden godkendelse fra FOF København kan skiftes hold i en sæson.

Den i sagen omhandlede musikanvendelse kan således ikke anses for offentlig fremførelse, jf. ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 3."

Budskabet var altså:

- Afspilning af musik fra streamingtjenester, f.eks. Spotify, for et publikum er overføring, ikke direkte fremførelse. Om den sker til almenheden, afgøres efter de EU-retlige almenhedskriterier
- Afspilning af musik downloadet på et medium, som instruktøren selv har med, f.eks. cd'er, USB-stik, telefon eller computer, for et publikum er direkte fremførelse. Om den er offentlig, vurderes efter de traditionelle nordiske offentlighedskriterier

- Højesteret havde ikke fornødent grundlag for at fastslå, at der skete overføring på de hold, sagen angik. Derfor lagde retten til grund, at der var tale om direkte fremførelse
- Om fremførelsen var offentlig, skulle derfor vurderes efter de nordiske offentlighedskriterier som udviklet i bl.a. UfR 2004.2134 H. De ledte herefter til, at fremførelsen i FOF-foreninger ikke var offentlig, bl.a. fordi FOF København drev ikke-kommerciel folkeoplysning, fremførelsen var ikke det primære, holdene bestod af et mindre antal deltagere i en lukket kreds, og man kunne ikke umiddelbart skifte hold fra gang til gang mv.

Det giver os anledning til følgende bemærkninger:

4. Antagelsen om, at det ikke var godtgjort, at der skete streaming på holdene

Højesterets opfattelse var altså, at afspilning af musik fra streamingtjenester for et publikum er overføring, mens afspilning fra mobiltelefoner o.l. medier, som man har downloadet musik på, for et publikum er direkte fremførelse. Retten mente desuden ikke, at den havde fornødent grundlag for at fastslå, at der var sket overføring i form af streaming på de hold, sagen angik. Den gik derfor ud fra, at der var tale om direkte fremførelse. Synspunktet var vel, at det i ophavsretssager er op til rettighedshaveren at bevise, at der er sket krænkelse, og at Koda ikke havde ført et tilstrækkelig stærkt bevis for det i sagen her. Bl.a. tilhørte de Spotify-liste, Koda havde fremlagt, jo til dels instruktører på andre hold end dem, sagen angik (nærmere bestemt instruktører inden for "Mave-Baller-Lår", "Babygymnastik", "Barretræning", "Pilates", "Barre-Yoga" og "Rygtræning", hvorimod sagen angik "Gotvedgymnastik", "Discomotion", "Zumba" og "Mave-Baller-Lår"). Hertil kommer, at Spotify og andre streamingtjenester har en funktion, så man kan gemme musikken i sin telefon og derefter spille den på steder, hvor internetforbindelsen er dårlig. Afspilning af den slags musik vil være direkte fremførelse, ikke overføring. Koda havde imidlertid ikke, ved vidneførelse eller på anden måde, søgt at dokumentere nærmere, i hvilket omfang de FOF-instruktører, der måtte betjene sig af streamingtjenester, streamede musikken snarere end at downloade den. Det er muligt, at også andre forhold er indgået i rettens bevismæssige overvejelser, herunder FOF-foreningernes argument om, at foreningerne stadig bruger CD'er i stort omfang. Under alle omstændigheder mente Højesteret ikke, at Koda havde løftet bevisbyrden for, at der var sket streaming på de hold, sagen angik. Retten lagde derfor til grund, at det var der ikke.

Efter vores mening kan man drøfte, om det er overbevisende. Hvilket faktum en domstol skal lægge til grund, afhænger jo ikke kun af den dokumentation, der forelægges for retten ad formelle kanaler, herunder ved vidneførelse. Spørgsmålet må også være påvirkeligt af rettens almene viden om, hvad der sker i samfundet, og af almindelig common sense. Og streaming er i dag så ekstremt og universelt udbredt, at det efter vores vurdering ikke er overbevisende at opstille en formodning for, at FOF-instruktørerne foretog direkte fremførelse, således at det krævede et særligt bevis at antage, at der var sket streaming. Det ville, så vidt

vi kan se, være mere nærliggende at opstille en formodning for, at der var sket streaming, sådan så det krævede et særligt grundlag at tro, at der var sket direkte fremførelse.

De personer, der underviser deres medmennesker i dans, tilhører nemlig af gode grunde primært den forholdsvis yngre generation. Og når personer tilhørende den yngre generation hører musik i dag, sker det primært via nettet. Det er jo flere år siden, at man kunne få CD'er i butikkerne. Hvis man gerne vil høre det nye, er nettet derfor normalt den eneste praktiske mulighed. De fleste får musikken fra YouTube eller tjenester som Spotify, Deezer og Apple Music mm. Ovenstående dokumenteres af flere rapporter og undersøgelser.²⁰ En måde at få det bekræftet på er ved at henvende sig til et gennemsnitligt yngre menneske og spørge, hvordan vedkommende får opfyldt sit musikbehov. En anden mulighed er at lukke døren op til et danselokale, hvad de af os, der har børn, der går til dans, somme tider har lejlighed til. Man vil se en instruktør i færd med at spille musik via en streamingtjeneste. At Koda under sagen kunne fremlægge Spotify-playlister fra en række af FOFs danseinstruktører, var derfor ingen tilfældighed. Det er fordi instruktørerne i FOF København henter deres musik fra nettet på samme måde som størstedelen af den øvrige befolkning, jf. ovenfor note 20.

Dermed er selvfølgelig ikke sagt, at alle FOF-instruktører altid streamer musikken. Visse musiktjenester, herunder Spotify, gør det jo som sagt i et vist omfang muligt at gemme musikken, inden man spiller den, og afspilning af den slags musik for et publikum vil være direkte fremførelse, ikke overføring. Efter vores vurdering kan det dog ikke overbevisende begrunde en forhåndsformodning om, at der sker direkte fremførelse i FOF-foreningerne, sådan så det kræver et særligt bevis at tro andet. Dels er afspilning via streaming universelt udbredt, og mange foretrækker at streame frem for at downloade, bl.a. fordi de så sparer plads i deres telefon. Og dels finder der overføring sted på FOF-Københavns dansehold, hvis bare det kan lægges til grund, at der sker streaming i nogen som helst udstrækning. Ét tilfælde er nok. Højesterets dom afspejler ikke desto mindre, at der, uanset at størstedelen af befolkningen har nettet som deres primære musikkilde, og trods de fremlagte Spotify-lister, var en formodning imod, at der var sket streaming i så meget som ét eneste tilfælde. Det har vi svært ved at følge retten i.

Det er i øvrigt et vanskeligt spørgsmål, hvorfor Højesteret valgte kun at fokusere på, hvad der skete på de ganske bestemte hold, som sagen udsprang af. Parterne i sagen var jo enige om, at der var tale om en principalsag, der skulle klarlægge, om Koda/Gramex generelt havde grundlag for at opkræve vederlag

²⁰ Se f.eks. publikationen "Musikskaber 2016. Tal og perspektiver", publiceret af pladeselskabernes brancheorganisation IFPI, tilgængelig på www.ifpi.dk under "Publikationer", s. 8. Det fremgår, at 88,8 % af de danske pladeselskabers omsætning i 2016 stammede fra danskernes digitale musikforbrug. Heraf stod streaming i 2016 for 79,4 % af det samlede marked mod 71,3 % i 2015. Indtægterne fra download udgjorde i 2016 9,5 % af markedet. Fysiske musikformater, derimod, karakteriseres som "nicheprodukter". Af en Megafon-undersøgelse foretaget for IFPI, omtalt s. 18, fremgår, at 39 % af danskere mellem 16-70 år angiver streaming som deres foretrukne måde at høre musik på, mens 29 % foretrækker radio, 13 % cd. Det fremgår videre, at 64 % af danskerne i alderen 16-70 år hører musik via en streamingtjeneste. For så vidt angår personer mellem 16 og 29 er tallet 88 %.

fra FOF-København. Uanset om man, som retten, nøjes med at fokusere på de bestemte hold, sagen udsprang af, er det imidlertid stadig givet, at der må være sket streaming i en eller anden udstrækning. Og den vil have haft karakter af overføring, ikke direkte fremførelse.

5. Højesterets begrundelse for ikke at udvide det EU-retlige almenhedsbegreb til også at omfatte direkte fremførelse

Når det skal vurderes, om en direkte fremførelse er offentlig, skal vi ifølge Højesteret bruge de traditionelle nordiske kriterier. Når det skal vurderes, om en overføring sker til almenheden, skal vi derimod bruge de EU-retlige kriterier. Både de nordiske kriterier og de EU-retlige kriterier er imidlertid meget komplicerede. Hertil kommer, at der er mange former for fremførelse, som somme tider er overføring og somme tider direkte fremførelse, uden at det rigtig er til at holde styr på, hvornår der er tale om hvad. Vi har nu en retstilstand, hvor der gælder to forskellige sæt offentligheds- og almenhedskriterier, og det vil i høj grad vanskeliggøre retsanvendelsen. Desuden er der tilfælde, hvor det vil føre til mærkelige eller urimelige resultater, fordi de EU-retlige kriterier og de nordiske kriterier fører til noget forskelligt. Der henvises til den udførlige eksemplifikation i *Rosenmeier*, NIR 2016 s. 470 ff. og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 175 f.²¹ Der anbefales det derfor, at vi i nordisk ret så vidt muligt udfaser de nordiske kriterier og i stedet bruger de EU-retlige kriterier, også hvor der er tale om direkte fremførelse.

Nu har vi imidlertid Højesterets ord for, at vi holder fast i de gamle nordiske kriterier, når talen er om direkte fremførelse. Det må vi bøje os for. Derimod kan Højesterets begrundelse for at holde fast i de nordiske kriterier give anledning til overvejelse. Begrundelsen lød, at den danske ophavsretslovs § 2, stk. 4, nr. 1, om overføring blev ”indsat af lovtekniske hensyn og [ikke] indebar [...] nogen ændring med hensyn til, hvad der uden for direktivets område er gældende ret vedrørende offentlig fremførelse, jf. Folketingstidende 2002–03, tillæg A, lovforslag nr. L 19, s. 241”.

Men sagen er imidlertid, at EU-Domstolen først begyndte at beskæftige sig med, hvad der lå i det EU-retlige almenhedsbegreb, flere år senere. Den første dom fra EU-Domstolen var C-192/04 af 14.07.2005 (*Lagardère Active Broadcast*). Ved lovændringen i 2002, derimod, havde EU-Domstolen endnu ikke formuleret noget EU-retligt almenhedsbegreb, som det nordiske offentlighedsbegreb kunne tilnærmes til. Der er tale om et emne, der først er blevet aktuelt senere. Og det er helt normalt, at lovbestemmelser fortolkes på en måde, der tager hensyn til den senere udvikling. Højesterets begrundelse for ikke at gøre det i sagen her kommer dermed til at fremstå som rent formel.

Måske var det Højesterets tanke at signalere, at spørgsmålet om anvendelse af det EU-retlige almenhedsbegreb i sager om direkte fremførelse har en så principiel karakter, at det bør være op til lovgivningsmagten at træffe beslutning om

²¹ Generelt om EU-retskonform fortolkning af nationale ophavsretlige kilder se udførligt Axhamn i *Liber Amicorum Jan Rosén*, Stockholm 2016 s. 35 ff.

det. Efter vores opfattelse ville det imidlertid ligge inden for Højesterets muligheder selv at afgøre spørgsmålet, hvis det var det, den havde ønsket. Man skal i den forbindelse være opmærksom på, at de nordiske offentlighedskriterier er ulovbestemte, og at de i særdeles vidt omfang stammer fra retspraksis. I den forbindelse har den danske Højesteret været absolut toneangivende blandt de nordiske domstole, når det kom til løbende introduktion af nye offentlighedskriterier, der afveg fra de hidtil gældende. Det er f.eks. p.g.a. Højesteret, at det anses for at spille en rolle, om en fremførelse sker i institutioner, der træder i stedet for folks hjem. Det er Højesteret, der har indført, at fremførelser på arbejdspladser kun er offentlige, hvis de sker i lokaler, hvor der er plads til mindst 40 personer.²² Det er også Højesteret, der har fastslået, at det er betydningsfuldt, om de foreninger, hvor der sker fremførelse, er baseret på frivilligt arbejde og har rod i lokalsamfundet etc. Se ovenfor 2. De domme, Højesteret har udtalt det i, havde alle karakter af nyskabende overraskelser, som fik ophavsretsjuristerne i tænkeboks over hele Norden. Og hvis retten i FOF-dommen havde udtalt, at de danske offentlighedskriterier fandtes at måtte tilnærmes de EU-retlige, ville det ikke have afspejlet en højere grad af ”judge-made law” end de resultater, Højesteret er nået frem til i andre sager om offentlig fremførelse.

6. Hvad var der sket, hvis retten havde lagt de EU-retlige offentlighedskriterier til grund?

Efter vores opfattelse kan der ikke være tvivl om, at den fremførelse, der skete på de involverede FOF-dansehold, i et eller andet omfang har haft karakter af overføring snarere end direkte fremførelse. Om en overføring er rettighedsbelagt, skal vurderes efter kriterier formuleret af EU-Domstolen. Spørgsmålet er, hvilket resultat det havde ført til, hvis Højesteret havde afgjort sagen efter dem.

Vi har redegjort for kriterierne ovenfor i afsnit 2.

Det første sæt kriterier knytter sig til den personkreds, som har eller kan få adgang til musikoverføringen. Kriterierne anlægger her to forskellige vinkler: Hvor bestemt er den potentielle personkreds og hvor stor er den? Baggrunden for disse overvejelser fremlægger EU-Domstolen således: ”[B]egrebet ’overføring til almenheden’ skal forstås i bred forstand. En sådan fortolkning forekommer endvidere uomgængelig nødvendig for at nå det primære formål med det nævnte direktiv [Infosoc-direktivet 2001/29], som i henhold til niende og tiende betragtning er at indføre et højt beskyttelsesniveau for bl.a. ophavsmænd, således at disse kan modtage et passende vederlag for anvendelsen af deres værker, bl.a. i tilfælde af en overføring til almenheden.”²³

Domstolen har præciseret dette yderligere ved at påpege, at ”det hvad angår offentlighedens ’ubestemte’ karakter drejer sig om at gøre et værk tilgængeligt på enhver hensigtsmæssig måde i forhold til ’alle’, dvs. ikke begrænset til særlige

²² Retten udledte resultatet ved en slags modsætningslutning fra ophavsretslovens § 2, stk. 4, nr. 2, der udtaler, at erhvervs-mæssige fremførelser for større kredse pr. definition altid er offentlige. Også § 2, stk. 4, nr. 2, skyldes Højesterets praksis, nærmere bestemt dens dom i den såkaldte ”Obel-sag” i UfR 1952.269.H.

²³ C-306/05 (SGAE) præmis 36, hvortil præmis 38 henviser.

medlemmer af en privat gruppe”. ”Hvad på den anden side angår udtrykket ’betydeligt antal personer’ har Domstolen præciseret, at et sådant antal forudsætter ’en vis minimumsgrænse’, hvilket har foranlediget den til at udelukke en flerhed af personer, som er for lille eller endog ubetydelig, fra kvalifikationen ’offentlighed’.”²⁴

Man må her nok komme frem til, at den potentielle deltagerkreds på FOF’s hold er både stor og aldeles ubestemt. Det sagsøgte oplysningsforbunds kataloger husstandsomdeles to gange årligt i Storkøbenhavn og når derved omkring 250.000 husstande. Når man taler om en så stor og ubestemt kreds, må det være ufornuddent at anvende den supplerende regel om kumulation af fremførelser over for skiftende, mindre personkredse, en regel som oprindeligt blev formuleret i forbindelse med overføringer til hotelværelser.²⁵ Alligevel vil denne regel principielt også være anvendelig, dels fordi tidens populære numre givetvis bliver spillet på flere forskellige hold, og dels fordi holdene gentegnes hvert halve år efter at være annonceret i de omdelte kataloger. Det vil derfor være vanskeligt at argumentere for, at denne holdundervisning på nogen måde kan falde uden for disse kriterier, også selv om det enkelte hold efter afsluttet tilmelding lukkes, således at der ikke længere er adgang for nye deltagere.

Fremførelser af musik på baggrund af streaming fra nettet er en ”fornyte fremførelse”. Efter EU-Domstolens praksis sker en sådan fremførelse kun til almenheden, hvis værket enten ”overføres ved anvendelsen af en særlig teknisk fremgangsmåde, der adskiller sig fra den, der hidtil har været anvendt, eller [er] rettet mod et ’nyt publikum.’”²⁶ Nyt publikums-kriteriet er vanskeligt at håndtere, ikke mindst fordi der med føje kan rejses tvivl om dets hele grundlag og logiske konstruktion, som det vil blive uddybet nedenfor under punkt 7. Det er imidlertid af mindre betydning i den konkrete sag. Her er det nærliggende at argumentere for, at overføring via højttalere til motionsdansere i et træningslokale er en ’særlig teknisk fremgangsmåde’, som adskiller sig fra streamingen over internettet gennem Spotify eller en tilsvarende tjeneste. Og selvom andet antages, kan der ikke være tvivl om, at deltagerne på danseholdene må være et ”nyt publikum” i EU-retlig forstand. Situationen synes således ganske parallel med den, der blev pådømt i Reha Training dommen, hvor Domstolen udtalte at ”patienterne på et sådant rehabiliteringscenter i princippet ikke kunne modtage spredte værker uden lederen af dette centers målrettede handling. For så vidt som hovedsagen vedrører betaling af vederlag på ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder i forbindelse med tilrådighedsstillelse af beskyttede værker på stederne i det nævnte center, skal det desuden bemærkes, at disse patienter klart ikke er blevet taget i betragtning, da der blev givet tilladelse til den oprindelige tilrådighedsstillelse.”²⁷ Dette ligger i naturlig forlængelse af Domstolens pointering af, at den, der overfører værket, ”med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirker til at give sine kunder adgang til et beskyttet værk, og navnlig når den

²⁴ C-117/15 (Reha Training) præmis 42–43.

²⁵ C-306/05 (SGAE) præmis 38–39.

²⁶ C-160/15 (GS Media) præmis 37.

²⁷ C-117/15 (Reha Training) præmis 60.

pågældendes kunder i princippet ikke ville have haft adgang til værket, hvis han ikke havde foretaget denne handling”.²⁸ I dette lys volder kriteriets anvendelse på holdundervisning i dans ikke vanskeligheder. Deltagerne er i princippet i et lukket rum, og trænerens udvælgelse, tilrettelæggelse og afspilning af musikledsagelsen udgør et ’sine qua non’ for overførelsen.

Det forhold, at overføringen i den foreliggende sag ikke sker for vindings skyld, kan heller ikke isoleret føre til, at der ikke efter EU Domstolens praksis er tale om en overføring til almenheden. Kravet om vinding har ikke isoleret ført til, at en ellers kvalificerende overførelse er blevet holdt uden for beskyttelsen. Det har kun været en medvirkende årsag, nemlig i SCF dommen, hvor Domstolen nok kom frem til, at fonogramfremførelsen i en tandlægeklinik ikke skete for vindings skyld, men dette neutraliserede den så med det samme med, at ”[p]atienter hos en tandlæge begiver sig nemlig kun til tandlægepraksissen med det ene formål at modtage behandling, idet udbredelse af fonogrammer ikke er et forhold, der er knyttet til udøvelse af tandpleje”.²⁹ Et tilsvarende argument gør sig ikke gældende for musikfremførelsen ved danseundervisning.

Vi må derfor konkludere, at hvis Højesteret havde anvendt de EU-retlige kriterier ved afgørelsen, måtte FOF’s musikanvendelse formentlig anses for en overføring til almenheden, og Koda ville have fået medhold. Højesterets sondring mellem de to forskellige offentlighedskriterier er derfor ikke et rent teoretisk skoleridt for feinschmeckere, men en praktisk regelanvendelse med økonomiske konsekvenser.

7. Retstilstandens rimelighed

Desværre kommer man ikke uden om, at den retstilstand, som er indført gennem EU-Domstolens praksis, ikke er uden kritisable elementer. Det gælder ikke mindst kravet om, at en videresendelse af overførsler af beskyttede værker skal ske til et ”nyt publikum” for at være omfattet af den ophavsretlige beskyttelse.³⁰ Det er vanskeligt at få logisk hold på et system, hvor definitionen af en rettigheds anvendelsesområde afhænger af ophavsmandens forestillinger i det øjeblik, han udøver rettigheden. Samtidig baserer kravet sig på en åbenlyst mangelfuld fortolkning af Bernerkonventionen, idet EU-Domstolen undlader at anvende de hævdede fortolkningsprincipper i den internationale sædvaneret, kodificeret i artikel 31–33 i Wienerkonventionen om Traktatretten. Efter disse regler skal konventionsfortolkning baseres på den sædvanlige betydning af traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af traktatens hensigt og formål. I SGAE-sagen, hvor nyt publikums-kriteriet blev introduceret, baserede Domstolen sig på en forældet udgave af en vejledning til udviklingslandene, udgivet af WIPOs sekretariat. I denne hentede man en formulering fra den didaktiske forklaring af bestemmelserne og ophøjede dette til en regel, for hvilken der ikke er grundlag

²⁸ C-160/15 (GS Media) præmis 35.

²⁹ C-135/10 (SCF) præmis 97 og 98.

³⁰ Jfr pkt. 2, ovenfor. Se også *Peter Schomning* i NIR 2017, s. 248 ff.

i konventionens ordlyd.³¹ I den udgave af vejledningen, som udkom tre år før SGAE-dommen blev afsagt, var formuleringen udeladt.³²

Man kan således bestemt argumentere for hensigtsmæssigheden af at isolere EU-Domstolens praksis på dette område mest muligt, i hvert fald indtil det bliver muligt ad politisk vej at klargøre retsgrundlaget, så fortolkningen heraf kan blive genoprettet. Domstolens efterfølgende praksis har imidlertid opblødt det oprindelige kriterium i en sådan grad, at det normalt ikke vil volde vanskeligheder på området for fremførelser, som ikke samtidig er overførelser, jfr gennemgangen under pkt. 6, ovenfor.

Det må desuden anses for klart uhensigtsmæssigt, at vi nu efter Højesterets afgørelse opererer med to forskellige sideløbende fortolkninger af den samme ordlyd i lovgivningen, alt afhængig af om musikfremførelsen sker direkte fra kilden, det vil sige streames fra fx Spotify medens undervisningen pågår, eller fra en kopi, lagret på instruktørens mobiltelefon. Der er ingen reelle forskelligheder i disse to scenarier, som på nogen måde retfærdiggør, at den ene anses for ikke-offentlig og dermed undtaget for betalingsforpligtelse, mens den anden anses for offentlig og dermed omfattet af beskyttelsen. Tværtimod er det paradoksalt nok den mest indgribende brug, der indebærer både fremførelse og eksemplar-fremstilling, som går fri af beskyttelsen. For brugerne må forskellen fremstå som hårfin og uden praktisk økonomisk relevans ud over betalingsforpligtelsen, altså helt uforståeligt juristeri.

Hertil kommer så, at Højesteret har opstillet nogle beviskrav vedrørende den anvendte fremførelsesmåde, som vækker undren. De strider mod, hvad der i hvert fald for yngre generationer må forekomme notorisk. De kan desuden være vanskelige at opfylde for rettighedshaverne, hvorimod oplysningsforbundene vil have mulighed for at fremskaffe de relevante oplysninger. Normalt har man gennem formodningsregler m.v. støttet den kollektive rettighedsforvaltning, fx ved at pålægge musikbrugere bevisbyrden for, at de udelukkende fremfører ubeskyttet musik, idet brugerne vil kunne fremlægge dokumentation for det faktisk anvendte repertoire.³³ I denne sag pålægger man modsat forvaltningsorganisationen en bevisbyrde, som reelt gør det nødvendigt for dem at undersøge, om den enkelte træners (formentlig personligt ejede) mobiltelefon for de fremførte værker er indstillet til streaming eller download. I lyset af den tiltagende del af vores privatliv, som foregår på mobiltelefonerne og den dertil knyttede interesse i at undgå, at tredjemand "snager" heri, kan man ikke komme uden om, at det er et strengt beviskrav, ikke mindst i lyset af streamingtjenesternes notoriske udbredelse samt det forhold, at blot et enkelt streamet musikværk ville ændre sagens udfald.

³¹ C-306/05 (SGAE) præmis 41; *Jan Rosén* i NIR 2013, s. 512 ff.; ALAI REPORT and OPI-NION on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet, NIR 2013, s. 515 ff.

³² *Mihály Ficsor*: Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, WIPO Publication No. 891(E), Genève, s. 77.

³³ Se fx UfR 1982.511 ØL.

8. Afslutning

Det er vanskeligt at forudse, hvorledes dette retsområde vil udvikle sig. EU-domstolens praksis vedr. definitionen af offentlighedsbegrebet er under kritik, og retsområdet er af natur dynamisk med stadige tilpasninger af beskyttelsen til den teknologiske udvikling. Samtidig er det også under en vedvarende retspolitisk kritik. Mange brugere og forbrugere har vanskeligt ved at se, hvorfor rettigheder skal lægge hindringer i vejen for deres adgang til beskyttede værker. Dette er naturligvis spørgsmål, som ført og fremmest lovgiver må tage op, men hidtil har det ikke været ensbetydende med en forenkling af reglerne. De bliver stedse mere komplicerede, herunder ikke mindst i lyset af, at lovgrundlaget er tostrengt med både EU- regler og national ret. Også domstolene bør holde sig for øje, at systemet allerede er rigeligt kompliceret, som det er. Der bør være tungtvejende grunde til at tilføje yderligere komplikationer. Sådanne, som ikke er strengt nødvendige, bør i videst muligt omfang undgås, også selv om det måske vil kræve, at man inden for lovens rammer udviser en vis fleksibilitet, også på det område, hvor man fortsat selv udøver det nationale overherredømme.