



EU-rettens betydning for den ophavsretlige sondring mellem offentlig og privat

Rosenmeier, Morten

Published in:
N I R

Publication date:
2017

Document version
Også kaldet Forlagets PDF

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

Citation for published version (APA):
Rosenmeier, M. (2017). EU-rettens betydning for den ophavsretlige sondring mellem offentlig og privat. *N I R*, 5(2016), 441-478.

NIR

Nordiskt Immaterielt Rättsskydd

EU-rettens betydning for den
ophavsretlige sondring mellem
offentlig og privat

Av Morten Rosenmeier

Särtryck ur NIR 2016 5

EU-rettens betydning for den ophavsretlige sondring mellem offentlig og privat¹

Af professor, ph.d. Morten Rosenmeier²

1. Formålet med artiklen

Ophavsretten giver som bekendt eneret til en række aktiviteter, der retter sig mod ”almenheden”, eller som er ”offentlige”:

De *økonomiske rettigheder*, jf. de nordiske ophavsretsloves § 2, går bl.a. ud på at give ophavsmanden eneret til ”tilgængeliggørelse for almenheden”. Det vil igen sige spredning til almenheden, visning til almenheden og offentlig fremførelse.

Systematikken er ikke helt ens i alle de nordiske lande: I dansk og norsk ret er begrebet offentlig fremførelse et overbegreb, der dækker over: 1. fremførelse for et tilstedeværende publikum (ofte kaldt ”direkte fremførelse”) og 2. teknisk overføring, der udgår fra et andet sted end der, hvor publikum er, ved udsendelse i radio/tv mv. og publikation af stof på internettet mv. (a.k.a. ”overføring til almenheden”). I aktuel svensk og finsk ret, derimod, anses offentlig fremførelse nu kun for at sigte til fremførelse for et tilstedeværende publikum. Derimod er overføring til almenheden et selvstændigt begreb ved siden af offentlig fremførelse. Se nærmere de forskellige ophavsretsloves § 2. Nedenfor bruges den dansk-norske terminologi. Begrebet fremførelse sigter altså, hvor ikke andet fremgår, til såvel direkte fremførelse som overføring.

De *ideelle rettigheder* giver bl.a. ophavsmanden krav på at få sit navn nævnt, når værket gøres tilgængeligt for almenheden. Se de nordiske ophavsretsloves § 3, stk. 1. Desuden kan han modsætte sig, at værket ændres eller gøres tilgængeligt for almenheden på en måde eller i en sammenhæng, der krænker hans litterære eller kunstneriske anseelse mv. Se lovenes § 3, stk. 2. I relation til *eksemplarfremstilling* er sondringen mellem offentlig og privat af betydning for, i hvilket omfang man kan fremstille eksemplarer i henhold til undtagelsen om eksemplarfremstilling til privat brug i de nordiske ophavsretsloves § 12.

¹ Artiklen er faggransket (peer review).

² Københavns Universitet, Det Juridiske Fakultet, Center for Informations- og Innovationsret. Afsnit 3 om EU-rettens påvirkning af nordisk ret bygger på og viderefører mine tanker i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg., Kbh. 2015 kapitel II afsnit E.1.b. I den sammenhæng har tekstgenbrug ikke kunnet undgås. Mange tak til adjungeret professor Jørgen Blomqvist og advokatfuldmægtig Dan Stausholm Nielsen for gennemlæsning af manuskriptet og særdeles værdifulde input. Også stor tak til specialkonsulent Bo Søgaard Jensen, Juridisk Videncenter for yderst kompetent hjælp ved retskildesøgningen.

I nordisk ret har vi traditionelt trukket grænsen mellem offentlig og privat ud fra kriterier udviklet i nordisk retspraksis og litteratur. Men nu er spørgsmålet om, hvor grænsen går, blevet mere og mere EU-harmoniseret. På nogle områder betyder EU-harmoniseringen, at de gamle nordiske offentlighedskriterier er fortrængt af nye EU-retlige principper.

Artiklen her beskriver, hvor grænsen går mellem offentlig og privat i nordisk ophavsret, og hvordan spørgsmålet påvirkes af EU-retten.

Den måde, man i nordisk ret traditionelt sondrer mellem offentlig og privat på, beskrives nedenfor 2.

Den måde, EU-retten påvirker sondringen på, beskrives nedenfor 3.

2. Det traditionelle nordiske offentlighedsbegreb

2.1 Kriteriet om de personlige bånd. Spørgsmålet om, hvor grænsen går mellem offentlig og privat i ophavsretten, er principielt et rent ophavsretligt spørgsmål. Det skal derfor afgøres uafhængigt af, hvordan man sondrer mellem offentlig og privat inden for andre juridiske områder.³ I nordisk ophavsret har man helt overordnet beskrevet grænsen mellem offentlig og privat sådan, at den private kreds typisk omfatter "familie, venner eller bekendte" o.l. Og det er fast antaget, at det i den forbindelse først og fremmest er afgørende, om der er *personlige bånd* mellem den, der udnytter det beskyttede stof, og publikum.⁴

De personlige bånd skal principielt være til stede mellem publikum og den, der beslutter og er ansvarlig for værksudnyttelsen, ikke mellem publikum og den, der rent fysisk står for den.⁵ Hvis man f.eks. hyrer et band til en privat fest, skal man ikke betale til KODA, selvom bandmedlemmerne ikke kender publikum. Der er nemlig personlige bånd mellem publikum og den, der holder festen.

Efter moderne nordisk opfattelse er det som udgangspunkt heller ikke afgørende, om der er personlige bånd mellem medlemmerne af publikum indbyrdes. Se f.eks. *Rognstad/Stuevold Lassen*, *Ophavsrett* s. 189. Forf. nævner som eksempel, at en fremførelse i et privat selskab er privat, selvom selskabet består af venner af værten, som aldrig har mødt hinanden før. Men der er ikke tale om noget skudsikkert udgangspunkt. Der er tværtimod mange nordiske retskilder, der fremhæver det som betydningsfuldt, om der er personlige bånd mellem

³ Se nærmere *Karnell*, NIR 1973 s. 271 ff.

⁴ Se f.eks. fra dansk ret UfR 2009.1930 H. Højesteret anså her kabelvideresendelse af udsendelser i fængsler for offentlig, bl.a. fordi der ikke var personlige bånd mellem personalet og de indsatte. Se også UfR 1999.2011 H, hvor Højesteret anså fremførelse af musik i fritids- og ungdomsklubber for privat, bl.a. fordi klubaktiviteterne fremmede "et interessebetonet fællesskab" mellem medlemmerne og "et personligt tillidsforhold" mellem medlemmerne og de voksne klubmedarbejdere. Et andet eksempel er UfR 2004.2134 H. Brug af musik på de enkelte hold i gymnastikforeninger var her ikke-offentlig, bl.a. fordi foreningerne fremmede "sociale relationer" mellem medlemmerne mv. Fra norsk ret se Rt. 1953 s. 633 ff. Med støtte i *Knoph*, *Åndsretten*, Oslo 1938 s. 89 forklarede retten her, at begrebet "privat brug" sigtede til brug i "en snevert begrænset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd". Læs mere om kriteriet om de personlige bånd i *Rognstad/Stuevold Lassen*, *Ophavsrett*, Oslo 2009 s. 187 ff. Se også *Stakemann*, NIR 2007 s. 137 f.

⁵ Se *Udsen*, *De informationsretlige grundsætninger*, Kbh. 2009 s. 173 og 177.

medlemmerne af publikum indbyrdes.⁶ Og det ligger fast, at man skal se på forholdet mellem medlemmerne af publikum indbyrdes, hvis man bruger kriteriet om personlige bånd til at vurdere, om fremførelse i *foreninger* er offentlige.⁷

2.2 *Flere kriterier vedr. offentlig fremførelse.* Kriteriet om de personlige bånd er efter traditionel opfattelse relevant i relation til både fremførelsesretten, spredningsretten, visningsretten og reglerne om eksemplar fremstilling til privat brug. Men i relation til fremførelsesretten har vi i Norden traditionelt *suppleret* kriteriet om de personlige bånd med forskellige *andre* hjælpekræterier. De går ud på:

2.2.1 *Publikums størrelse.* I sager om fremførelse har man bl.a. lagt vægt på *størrelsen på det publikum, som fremførelsen retter sig mod.* Det er i den forbindelse fast antaget, at det afgørende principielt ikke er, hvor mange der rent faktisk oplever fremførelsen, men hvor mange der har *adgang til den.* Det anses f.eks. for offentlig fremførelse, hvis et band spiller på en bar, som alle har adgang til, selvom der ikke kommer nogen.⁸ Der er dog eksempler på sager, hvor man også har skelet til det faktiske antal mennesker, der mødte op.⁹ I forbindelse med fremførelse

⁶ Se bl.a. Rt. 1953 s. 633 ff. Den norske højesteret anså her nogle fabrikkers afspilning af musik for de ansatte for offentlig. Førstevoterende forklarede i den forbindelse bl.a., at publikums størrelse havde betydning, "ikke av den grunn at antallet av deltagende personer i seg selv er avgjørende, men fordi tilknytningen mellom deltagerne innbyrdes i første rekke vil være avhengig av forsamlingens størrelse. Jo større kretsen er, desto vanskeligere vil det i det enkelte tilfelle være å konstatere at deltagerne er knyttet sammen på en slik måte at forsamlingen kan sies å ha privat karakter" mv. Sml. fra dansk ret UfR 1952.269 H. Her gjorde KODA gældende, at musikafspilning for arbejderne i tobaksproducenten C.W. Obels fabrikker var offentlig "under hensyn til arbejderne store antal og manglen af et virkeligt indre bånd mellem dem indbyrdes eller mellem dem og fabrikken" mv. Se også sagsøgte anbringender i NJA 1958 s. 80 ff. Opfattelsen skinner også igennem i forarbejderne til ophavsretslovens 2, stk. 4, nr. 2. Se nærmere *Lund*, Ophavsret, Kbh. 1961 s. 80. Se også den svenske højesteretsdom i NJA 1998 s. 715 (NIR 1989 s. 225 ff.). Retten anså her musikfremførelse på lukkede hospitalsafdelinger mv. for offentlig, fordi patientgruppen var "heterogen, växlande och tillfällig samt utan egentligt inbördes samband". Jf. desuden Svea hovrätts dom i NJA 1980 s. 123 (NIR 1980 s. 258), jf. s. 127, der anså transmission af radioudsendelser til apparater på hotelværelser for offentlig fremførelse, dels pga. fravær af personlige bånd mellem hotel og gæster, dels fordi "det i princip inte rått annat samband mellan gästerna på hotellrummen än vad som är fallet mellan exempelvis gästerna vid skilda bord i en restaurangmatsal". Det er også en udbredt antagelse, at det har betydning for, om en fremførelse er offentlig, om publikum er bundet sammen af "indre bånd", fælles interesser o.l. Se nedenfor 2.2.1.3 m. note 13. Tanken om, at forholdet mellem medlemmerne af publikum indbyrdes kan betyde noget, kan føres tilbage til tysk ret, jf. hertil *Eberstein*, NIR 1949 s. 8 f., *Ljungmann*, NIR 1954 s. 40 f. I tysk ret er en værksudnyttelse nemlig offentlig, hvis den retter sig mod flere personer, og der hverken er personlige bånd mellem de pågældende indbyrdes eller mellem publikum og den, der er ansvarlig for udnyttelsen. Se f.eks. *Ahlberg/Götting*, Beck'scher Online-Kommentar, Urheberrecht, 2016, tilgængelig på www.beck.de, kommentar M til § 15 og fra ældre ret *Schricker* (red.), Urheberrecht, München 1999 s. 302 og 323 ff.

⁷ Se UfR 2004.2134 H, *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsret s. 190, *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger s. 175 og *Stakemann*, NIR 2007 s. 138.

⁸ Se f.eks. *Schönning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2011, kommentar 3.4.1 til § 2, og *Lund*, NIR 1955 s. 80.

⁹ Se bl.a. UfR 1999.2011 H, der anså fremførelse i fritids- og ungdomsklubber for privat, bl.a. fordi klubmedlemmernes faktiske fremmøde var begrænset. Se også nogle af de domme om foreninger, der er nævnt nedenfor 2.2.3.

internt i virksomheder har man desuden lagt vægt på størrelsen af de lokaler, fremførelserne skete i, og anset det for at tyde på ikke-offentlighed, hvis de var små, så der kun var plads til få mennesker i dem. Se UfR 2007.1581 H, omtalt nedenfor 2.2.1.3. Andre sager har dog anset de fysiske adgangsforskel for irrelevante.¹⁰ Og det principielle, traditionelle nordiske udgangspunkt er, at det afgørende er, hvor mange en fremførelse retter sig mod, og ikke hvor mange der kommer.

2.2.1.1 Er fremførelsen åben for alle? Det antages derfor, at der normalt sker offentlig fremførelse, hvis en fremførelse er *åben for alle*. Det samme gælder, hvis den retter sig mod *store dele af befolkningen*, f.eks. kvinder, pensionister, frimærkesamlere etc.¹¹

2.2.1.2 Er fremførelsen offentligt annonceret? Det er også anset for at trække i retning af offentlighed, hvis en fremførelse er *offentligt annonceret*.¹²

2.2.1.3 Fremførelse for mere lukkede grupper. Omvendt er det anset for at tale imod offentlighed, hvis fremførelserne er henvendt til *afgrænsede grupper*, herunder såkaldte "sluttede kredse". Men det er meget skønmæssigt og tvivlsomt, hvor grænsen går. Det menes bl.a. at trække i retning af ikke-offentlighed, hvis fremførelsen sker over for mennesker, der er bundet sammen af "indre bånd" og udgør et "interessebetonet fællesskab" snarere end en vekslende, tilfældig personkreds o.l.¹³ Et andet synspunkt er, at det tyder på ikke-offentlighed, hvis med-

¹⁰ Se bl.a. den finske højesteretsdom i NIR 2003 s. 156 ff., der anså musik i taxier for offentlig, bl.a. fordi alle havde adgang til dem. Se også UfR 1999.2057 V om fremførelse i en lille frisørsalon og *Stakemann*, NIR 2007 s. 144 m. henv.

¹¹ Se f.eks. *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.1 til § 2, *Weincke*, Ophavsret, Kbh. 1976 s. 55 f., *Frøbert*, Retten til tekst, lyd og billeder, Kbh. 1996 s. 48. Fra praksis se bl.a. UfR 2002.649 Ø (musikfremførelse i motionscentre anset for offentlig, bl.a. fordi centrenes tilbud stod "åbne for alle alene med de begrænsninger, der naturligt følger af karakteren af en bestemt form for motionsudøvelse"), UfR 1999.2057 V (afspilning af musik i frisørsalon med 4–5 kunder om dagen var offentlig, fordi der var fri adgang til salonen), UfR 2003.212 Ø (offentlig fremførelse på danseskoler, hvis undervisning var "åben for alle med de nødvendige forkundskaber"). Fra svensk ret se bl.a. Högsta domstolens dom i NJA 1980 s. 123 ff. (radio og tv på hotelværelser, der var åbne for alle mod betaling af leje, indebar offentlig fremførelse), NJA 1986 s. 702 ff. (NIR 1987 s. 89) (radio/tv-forhandlers brug af musik som led i demonstration af udstyrets lyd kvalitet var offentlig, fordi den skete i et offentligt tilgængeligt forretningslokale) og NJA 1988 s. 715 ff., jf. s. 724 (NIR 1989 s. 225 ff.), jf. s. 231.

¹² Se f.eks. UfR 1999.2011 H (musikfremførelse i fritids- og ungdomsklubber var ikke-offentlig af en række grunde, herunder at klubarrangementerne ikke blev offentligt annonceret), UfR 2002.649 Ø (fremførelse af musik i motionscentre var offentlig, bl.a. med henvisning til, at "de sagsøgte tilbud om medlemskab og medlemsydelse, der averteres bl.a. på internettet, står åbne for alle") og UfR 2003.212 Ø (fremførelse i en danseskole, hvor "den undervisning, de sagsøgte på kommerciel basis efter offentlig annoncering udbyder", var åben for alle og ansås for offentlig), jf. også UfR 1962.922 Ø (pensionat, der averterede med, at der var adgang til tv, skulle betale til KODA). Se også nogle af de domme om fremførelse i foreninger, der er omtalt nedenfor 2.2.3.

¹³ Se fra dansk ret UfR 2009.1930 H. Højesteret anså her fængsels transmission af kabel-tv til de enkelte celler for offentlig, bl.a. fordi "De indsatte i et fængsel eller en arrest kan ikke siges at udgøre en kreds af personer afgrænset gennem en fælles interesse – et interessebetonet fællesskab –

lemmerne af publikum er særligt udvalgte, særligt indbudte o.l.¹⁴ Man har også prøvet at hente hjælp i det synspunkt, at alle økonomisk vigtige aktiviteter skal omfattes af den ophavsretlige eneret,¹⁵ eller at eneretten skal omfatte alle fremførelser, der ikke sker for ”helt sluttede kredse”.¹⁶ Men den slags kriterier er abstrakte og upræcise. Hvor man konkret skal trække grænsen, har derfor skabt meget tvivl.

I midten af 1900-tallet ansås det for ganske særlig tvivlsomt, i hvilket omfang fremførelser, der sker over for de *ansatte på arbejdspladser*, er offentlige, herunder om der er tale om offentlig fremførelse, når de ansatte udsættes for ”musik til arbejdet”.¹⁷ Spørgsmålet kom for domstolene i 1950’erne. Den danske og den norske Højesteret nåede her frem til, at fremførelse for de ansatte på fabrikker er offentlig, jf. UfR 1952.269 H og Rt. 1953 s. 633 ff. Den svenske højesteret, derimod, nåede med dissens frem til det modsatte i NJA 1958 s. 80 ff. Retten

men må ved vurderingen efter ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 3, betegnes som en tilfældig og vekslende kreds af personer”. Retten tilføjede lidt dunkelt, at ”Kabelvidereudsendelsen af tv-kanaler i fængselsinstitutionerne sker i dag hovedsagelig til de enkelte celler. Den enkelte indsattes tv-forbrug har således overvejende karakter af en individuel, selvvalgt fritidsbeskæftigelse på samme måde som tv-forbruget i et privat hjem”. Ræsonnementet var vel, at den kendsgerning, at de indsatte sidder hver for sig i hver sin celle, taler for, at der slet ikke sker fremførelse for nogen afgrænset gruppe af indbyrdes forbundne personer. Se også UfR 1999.2011 H. Højesteret fandt her musikfremførelse i fritids- og ungdomsklubber privat og henviste bl.a. til, at klubbernes aktiviteter søges organiseret efter medlemmernes interesser med henblik på dannelse af grupper af medlemmer med et interessebetonet fællesskab. Fra svensk ret se bl.a. den svenske højesteretsdom i NJA 1988 s. 715’ (NIR 1989 s. 225 ff.). Musikfremførelse på lukkede hospitalsafdelinger mv. ansås her for offentlig, fordi patientgruppen var ”heterogen, växlande och tillfällig samt utan egentligt inbördes samband”. Retten udtalte i øvrigt mere generelt, at fremførelser er offentlige, hvis de er åbne for alle og finder sted i en kreds, der kun er formelt sluttet uden at opfylde kravene til sluttethed, og at en kreds er sluttet, hvis den er individuelt bestemt og udgøres af en udadtil afgrænset enhed holdt sammen af et påviseligt bånd mellem medlemmerne.

¹⁴ Se bl.a. *Schonning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.1 til § 2. Forf. mener her, at der som hovedregel ikke sker offentlig fremførelse, hvis deltagere i et arrangement er særligt indbudte, f.eks. ved personalefester og receptioner, eller hvis man viser film mv. for en bestemt kreds af anmeldere o.l. Se hertil nedenfor note 26. I *Udsen*, De informationsretlige grundsatninger s. 174 mener forf. generelt, at der ikke sker offentlig fremførelse, hvis den ansvarlige for fremførelsen har udvalgt hver enkelt person i deltagerkaren, medmindre andet følger af ophavsretslovens § 2, stk. 4, nr. 2, omtalt straks nedenfor. Se også den finske højesterets domme i NIR 2002 s. 428 f. og NIR 2003 s. 156 ff. Retten understreger her, at det er ”utgångspunkten att offentligt framförande sker i en sådan situation där åhörarna eller åskådarna inte är på förhand bestämda, utan vem som helst i princip kan delta”.

¹⁵ Se *Schonning*, NIR 2001 s. 631. Sml. også den svenske højesteretsdom i NJA 1986 s. 702 ff., jf. s. 710 (NIR 1987 s. 89 ff., jf. s. 94), hvor det, med citat af NJA 1961 II s. 57 f., fremhæves, at ”Den principiella utgångspunkten för lagstiftaren var att åt upphovsmannen borde förbehållas rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som hade praktisk betydelse”. Se desuden UfR 1993.572 H. I sagen, der angik omfanget af spredningsretten, fremhævede retten, med citat af FT 1984–85, tillæg A, sp. 2007, at det var ”et grundlæggende udgangspunkt for den ophavsretlige lovgivning, at ophavsmanden bør have eneret til enhver udnyttelse af værket, der ikke er af helt uvæsentlig økonomisk betydning”.

¹⁶ Se Högsta domstolen, NJA 1980 s. 123 ff., jf. s. 127.

¹⁷ Se bl.a. nogle forskellige opfattelser hos *Eberstein*, NIR 1949 s. 10 m. note 1, *von Konow*, NIR 1949 s. 80 ff., *Lund*, NIR 1950 s. 81 ff., *Lögberg*, NIR 1955 s. 12 ff. Flere henvisninger i SOU 1956: 25 s. 103 note 1.

henviste bl.a. til, at fremførelserne ikke var åbne for alle mv. For at udrydde enhver tvivl vedtog man så i Danmark, Sverige og Finland en udtrykkelig lovregel om, at fremførelser i erhvervsvirksomheder over for ”en større kreds” *pr. definition altid er offentlige*. Se den danske lovs § 2, stk. 4, nr. 2, og den svenske og den finske lovs § 2, stk. 4.¹⁸

Med støtte i FT 1960–61, tillæg A, 2. saml., sp. 33 og tillæg B, 2. saml., sp. 629 f. antages det i Danmark, at en større kreds i § 2, stk. 4, nr. 2’s forstand betyder 40 personer eller derover.¹⁹ I Sverige, derimod, antages det med støtte i SOU 1956:25 s. 105, at en større kreds normalt vil betyde over 50, men ikke under 20 personer.²⁰ Reglen anses også for anvendelig i forhold til offentlige myndigheder, herunder hospitaler.²¹ Tanken med bestemmelsen var som sagt at fastslå, at fremførelser for større kredse på arbejdspladser *pr. definition* er offentlige. Derimod var meningen ikke, at fremførelse for større kredse, der sker uden for erhvervsvirksomheder, er ikke-offentlige.²² Meningen var vel heller ikke nødvendigvis, at fremførelse på arbejdspladser, hvor publikum *ikke* udgør en større kreds, altid er privat. At det er sådan, det er, er dog lagt til grund i UfR 2007.1581 H. Den danske Højesteret mente her, at det ikke var offentlig fremførelse, at en renovationsvirksomheds medarbejdere kunne lytte til musik via tv-apparater, radioer og cd-afspillere, herunder i kontorer og værksteder med plads til op til 21 medarbejdere, i motionsrum med plads til op til 3–4 medarbejdere og i lastbiler med plads til op til 2–3 medarbejdere. Det fremgik ellers, at tilbuddet stod åbent for 838 medarbejdere, hvoraf ca. 640 havde adgang til lastbilerne, ca. 130 til motionsrummene og ca. 64 til kontorerne og værkstederne. Men retten mente, at selve det at stille apparatur til rådighed i lastbilerne og lokalerne ikke i sig selv var en fremførelse, at afspilning i lastbilerne kun skete for en eller nogle få ansatte og derfor ikke var offentlig, og at fremførelsen i lokalerne heller ikke var offentlig, fordi der ikke var plads til de 40 personer, der efter forarbejderne til § 2, stk. 4, nr. 2, er en større kreds. Dommen afspejler

¹⁸ Den danske bestemmelse lyder ”Som offentlig fremførelse anses også [...] fremførelse i en erhvervsvirksomhed, der finder sted for en større kreds, som ellers måtte anses som ikke-offentlig”. Den svenske bestemmelse, derimod, udtaler, at man med offentlig fremførelse og overføring til almenheden sidestiller fremførelse/overføring ”som i förvärvsverksamhet anordnas till eller inför en större sluten krets”. En næsten tilsvarende formulering findes i den finske lov. Bestemmelserne kan give anledning til store juridiske hovedbrud: Den danske, fordi erhvervsmæssig fremførelse for større kredse jo *ikke* ”ellers anses for ikke-offentlig”. Højesteret nåede jo frem til det modsatte i UfR 1952.269 H. Den svenske formulering, derimod, har givet anledning til svære teoretiske grublerier om, hvorvidt der, ud over offentlig fremførelse og privat fremførelse, findes en tredje, selvstændig kategori i svensk ret, nemlig ikke-offentlig, men ikke desto mindre rettighedsbelagt fremførelse i større sluttede kredse. Se bl.a. *Weincke*, NIR 1962 s. 267 f., *Lund*, Ophavsret s. 80, *Karnell*, NIR 1973 s. 269 f. og 275 f., sml. SOU 1956: 25 s. 103 f.

¹⁹ Se f.eks. *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 4.2 til § 2.

²⁰ Se *Olsson*, Upphovsrättslagstiftningen, Stockholm 2006 s. 70 f. og *Lund*, Ophavsret s. 84, sml. dog DS 2003:35 s. 83, der afviser eksistensen af en fikseret grænse i svensk ret.

²¹ Se den svenske højesteretsdom i NJA 1988 s. 715 ff. (NIR 1989 s. 225 ff.) om ”musik til arbejdet” for de ansatte på sygehuse og *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 4.2 til § 2. Se om fortolkningen af reglen også *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger s. 214 og 237 og *Stakemann*, NIR 2007 s. 144 f.

²² Jf. FT 1960–61, tillæg B, sp. 629 f.

det synspunkt, at fremførelse for de ansatte på arbejdspladser er ikke-offentlig, hvis den sker i lokaler, hvor der ikke er plads til mindst 40 personer, uanset at mange flere har adgang til lokalerne. Det var en nyskabelse i nordisk ret, hvor man som udgangspunkt plejer at se på, hvor mange fremførelsen er åben over for, ikke på de fysiske adgangsforhold.²³ At størrelsen på de lokaler, fremførelser sker i, kan betyde noget, er siden også antaget af EU-Domstolen. Se nedenfor afsnit 3.2.2.1 om C-135/10 (SCF).

§ 2, stk. 4, nr. 2, er i øvrigt ikke den eneste regel, der prøver at sondre mellem offentlig og privat vha. firkantede, kvantitative kriterier. I dansk ret har man en lovfæstet specialregel om, at kabelviderespredning af trådløst udsendte radio/tv-udsendelser, der højst sker til 2 tilslutninger, pr. definition ikke er offentlig fremførelse. Se den danske ophavsretslovs § 35, stk. 2. Bestemmelsen er indført ved lov 1217 af 27.12.1996 og afløser en § 22 a, indført ved lov nr. 274 af 06.06.1985, hvor grænsen var sat ved 25 tilslutninger. Meningen er at udtrykke, at viderespredning til mere end 2 (førhen 25) modtagere pr. definition er offentlig fremførelse. På den måde håber man at modvirke overflødige retssager.²⁴ Også i Norge har man prøvet at løse, hvornår kabelviderespredning er offentlig, på håndfast facon. En norsk afgørelse af 20.03.1987 fra det såkaldte "Nemnda til behandling av tvister vedrørende videresending av kringkastningsprogram" opstillede f.eks. en generel formodning for, at videresendelse af programmer til beboerne i andelsboligforeninger med 35 boliger eller flere er offentlig, mens videresendelse til 15 eller færre boliger ikke er offentlig, medmindre der er særlige omstændigheder.²⁵ I *Sijthoff Stray*, Ophavsretten s. 61 m. note 17 er nævnt en voldgiftskendelse, der lader det være afgørende, om videresendelsen sker til 25 eller flere andelsboliger. En STIM-rammeaftale, der lader grænsen for offentlig fremførelse gå ved 40 tilhørere, er nævnt i *Olsson*, Upphovsrättslagstiftningen s. 71.

Også på andre områder har det været tvivlsomt, i hvilket omfang fremførelse i mere lukkede kredse er offentlig. Studier af retspraksis efterlader et i højeste grad flimrende billede.²⁶

²³ Se f.eks. den tidligere nævnte UfR 1999.2057 V om musik i en lille frisørsalon eller den finske højesteretsdom i NIR 2003 s. 156 ff. om musik i taxier, omtalt nedenfor note 26. Sml. også UfR 1955.304 V (fremførelser i musikforening var offentlige, bl.a. fordi "tilgangen til foreningen ifølge dennes vedtægter må antages at stå åben for alle og alene kan anses begrænset af det anvendte koncertlokales pladsforhold") eller fogedrettens dom i UfR 2002.649 Ø om fremførelse i fitness-centre, om hvilke fogedretten bl.a. sagde, at "Det er ikke nødvendigt at være medlem for at deltage i sportsaktiviteterne, idet kun pladshensyn er afgørende for, om man kan købe enkelte prøvetimer". Yderligere dokumentation hos *Stakemann*, NIR 2007 s. 144.

²⁴ Se FT 1984-85 tillæg A sp. 1999 og FT 1996-97 tillæg A s. 1933.

²⁵ Jf. *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsrett s. 193 f., *Sijthoff Stray*, Ophavsretten, Oslo 1989 s. 61. Afgørelsen er gengivet i NIR 1989 s. 369 ff.

²⁶ At et afdansningsbal for over 400 mennesker på en danseskole var ikke-offentlig og foregik for en begrænset kreds af personer, er antaget i UfR 1954.862 Ø. Og at der som hovedregel ikke sker offentlig fremførelse, hvis deltagere i et arrangement er særligt indbudte, f.eks. ved personalefester og receptioner, eller hvis man viser film mv. for en bestemt kreds af anmeldere o.l., er som sagt tidligere antaget i *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, jf. ovenfor note 14. At fremførelse af musik til *store personalefester* kan være offentlig, er dog i dansk ret antaget i UfR

2.2.1.4 *Kan flere private fremførelser til sammen være offentlige?* Efter de nævnte kriterier kan publikums størrelse altså betyde noget for, om fremførelser er offentlige. Alle kriterierne forudsætter vel som noget selvfølgelig, at fremførelserne skal vurderes isoleret, dvs. at en fremførelse kun er offentlig, hvis den i sig selv retter sig mod et passende stort publikum. Derimod kan flere ensartede fremførelser, der isoleret set ikke er offentlige, ikke til sammen udgøre en offentlig fremførelse efter traditionel nordisk opfattelse. Det antages f.eks., at fremførelser i grundskoleklasser er private, jf. ovenfor note 26. Hvis en lærer fremfører det samme værk for fem forskellige skoleklasser på fem forskellige tidspunkter, må der så være tale om fem private fremførelser, ikke om en samlet offentlig fremførelse.²⁷ Det er nu anderledes efter EU-retten. Se nedenfor 3.2.2.1 om EU-Domstolens ”kumulative” kriterium.

2016.2731 Ø. I sagen havde nogle kendte bands spillet for henholdsvis 7.500 og 8.200 gæster ved to personalefester hos medicinalfirmaet Novo, og det var kun Novos ansatte, der havde adgang til festerne. Novo hævdede bl.a., at en fest for en afgrænset, endeligt bestemt, forud indbudt kreds af personer, herunder firmafester, ikke er offentlig. Landsretten fandt dog, at fremførelserne ikke havde ”reel privat karakter”, men måtte karakteriseres som offentlige. Fremførelse for *skoleklasser i grundskolen* anses for privat, mens fremførelse under universitetsforelæsninger anses for offentlige, jf. bl.a. bet. 1197/1990 s. 22, *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.2 til § 2, *Rognstad*, NIR 2009 s. 538. Dog anses fremførelse for flere skoleklasser samtidig for offentlig, jf. FT 1994–95 tillæg A sp. 1354, og at også universitetsundervisning på manuduktionshold er offentlig, mener vi i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret. 3. udg. 2011 s. 165. At tv-visning og andre fremførelser på *institutioner inden for social- og sundhedssektoren* normalt er privat pga. det personlige bånd mellem personalet og klienterne, tror *Schønning*, anf. værk, anf. sted, skeptisk *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 3. udg., Kbh. 2011 s. 164. At fremførelse for patienter på lukkede afdelinger på hospitaler mv. er offentlig, fordi patientgruppen er heterogen, vekslende og tilfældig og uden indbyrdes bånd, er derimod i svensk ret afgjort af Högsta domstolen, NIR 1989 s. 225 ff., jf. s. 231. Fremførelse i *nutefly og passagerskibe* o.l. anses for offentlig, jf. *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsrett s. 189, og at afspilning af musik i *busser* er offentlig, er afgjort af den finske højesteret i en dom i NIR 1969 s. 97. I en dom i NIR 2003 s. 156 ff. afgjorde samme domstol med dissens, at afspilning af musik i *taxier* var offentlig, selvom der kun var plads til få passagerer ad gangen, bl.a. fordi alle havde adgang til taxierne. En dissenterende dommer ville frifinde, bl.a. med henvisning til, at der kun var plads til få passagerer ad gangen, og at muligheden for at høre musik ikke var afgørende for taxikunder, sml. EU-Domstolens dom C-135/10 af 15.03.2012 (SCF), omtalt nedenfor afsnit 3.2.2.1. I UfR 2007.1581 H mente den danske Højesteret på den anden side, at det ikke var offentlig fremførelse, at medarbejderne i en renovationsvirksomhed kunne lytte til musik i lastbiler eller mindre lokaler, jf. ovenfor. At installation af tv-apparater i hotelværelser indebærer offentlig fremførelse, er antaget i en finsk højesteretsdom gengivet i NIR 2002 s. 428 f.

²⁷ Anderledes *Strömholm*, Teaterrätt, Stockholm 1971 s. 73. Forf. mener her, at der sker offentlig fremførelse, hvis et teater successivt fremfører samme stykke for kredse, der må anses for sluttede, men som tilsammen dækker større dele af befolkningen i en egn. Det tiltræder *Karnell*, NIR 1973 s. 286. Sml. UfR 1976.552 H. Dansk Journalistforbund gjorde her gældende for landsretten, at et rederi, der indspillede tv-udsendelser på video til brug for besætningen på en række skibe, der hver havde en besætning på ca. 30 mand, og hvor de blev set af 7–8 mennesker ad gangen, ikke havde foretaget kopiering til privat brug, fordi afspilningen ”bedømt under ét [måtte] anses foretaget for en større kreds, nemlig for ialt 240 personer”. Sml. også nedenfor note 36. I tysk ret er det traditionelt fast antaget, at fremførelser kun er offentlige, hvis der sker en samtidig fremførelse over for en større kreds. Se bl.a. *Schricker* m.fl., anf. værk s. 325.

2.2.2 *Erhvervsmæssig aktivitet?* I sager om fremførelse har man også antaget, at det i tvivlstilfælde kan spille en rolle, om fremførelsen er *erhvervsmæssig*. Tanken er, at hvis en fremførelse erhvervsmæssig, taler det for, at den også er offentlig. Det er det synspunkt, der ligger bag den ovenfor 2.2.1.3 nævnte specialregel om, at erhvervsmæssige fremførelser for større kredse altid er offentlig. Men også i andre tilfælde har man anset det for at kunne have betydning, om fremførelserne var erhvervsmæssige eller ej.²⁸

2.2.3 *Fremførelse i foreninger.* Det har traditionelt været tvivlsomt i nordisk ret, hvornår fremførelser i *foreninger* er offentlige. Tvivlen skyldes en tanke om, at foreninger er afgrænsede grupper, hvor deltagerne er knyttet sammen. Af det har man udledt, at nogle fremførelser, der muligvis er offentlige ud fra et traditionelt synspunkt, ikke nødvendigvis er det, hvis de sker i foreninger.²⁹

Bl.a. har man lagt vægt på foreningens *formål*. Synspunktet har været, at hvis foreningens formål primært er selskabeligt, kan det tyde på, at fremførelse af musik til foreningens arrangementer er offentlig. Desuden har man lagt vægt på antallet af medlemmer i foreningen, og om man må tage gæster med til foreningsarrangementerne. Det er også tillagt betydning, hvilke kriterier der gælder for optagelse i foreningen, og at det tyder på offentlighed, hvis alle kan blive medlem, eller hvis indmeldelse i foreningen kan ske umiddelbart inden de foreningsarrangementer, hvor der skal ske fremførelse. Herudover har man i for-

²⁸ Jf. *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger s. 179 f., 206, 211 ff. og 226 ff., *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer kommentar 3.4.1 til § 2, *Lund*, NIR 1955 s. 85, *Stakemann*, NIR 2007 s. 139 f. Fra praksis se bl.a. UfR 2004.2134 H. Højesteret anså her fremførelse af musik i gymnastikforeninger for ikke-offentlig, bl.a. med henvisning til, at foreningerne var ikke-erhvervsmæssige. I UfR 1999.2011 H, hvor Højesteret anså musikfremførelse i fritids- og ungdomsklubber for ikke-offentlig, lagde retten på samme måde bl.a. vægt på, at fremførelsen og klubvirksomheden ikke var erhvervsmæssige. Se måske også UfR 2002.649 Ø, hvor fremførelse af musik i motionscentre o.l. ansås for offentlig, og hvor landsretten indledningsvis bemærkede, at de søgte centre var "blandt de største virksomheder, der driver motionscentre på kommerciel basis her i landet". Sml. også landsrettens dom i UfR 2004.2134 H, hvor det efter landsrettens mening trak i retning af offentlighed, at nogle gymnastikforeninger, der ikke havde til formål at give overskud, konkurrerede med kommercielle motionscentre. Anderledes derimod UfR 2016.2731 Ø. Nogle kendte bands fremførelse for mange tusind mennesker under nogle personalefester i medicinalfirmaet Novo ansås her for offentlig, selvom, som retten fremhævede, udgifterne til musikken ikke medførte en umiddelbar erhvervsmæssig eller økonomisk fordel for Novo. Fra svensk ret se bl.a. Svea hovrätts dom i NJA 1980 s. 123 ff., jf. s. 127. Retten anså her hotellens videregivelse af radioudsendelser til apparater på hotelværelserne for offentlig fremførelse, bl.a. fordi den skete som led i hotellernes kommercielle virksomhed. Et elegant forsøg på at sammenkæde kriteriet om personlige bånd med kriteriet om erhvervsmæssig aktivitet foretages i den norske højesteretsdom i Rt 1953 s. 653 ff., der anså musik til arbejdet i nogle fabrikker for offentlig fremførelse. Førstevoterende udtalte i den forbindelse bl.a., "at det [...] kan komme inn som et moment av indirekte betydning [...] om fremføringen har erhvervsmæssig formål eller overhodet kan betraktes som ledd i ervervsvirksomhet. Forholdene vil i så fall kunne ligge slik an at en nettopp savner de personlige innbyrdes tilknytningsmomenter mellom deltagerne som er nødvendige for at kretsen kan betegnes som privat". Fra norsk ret se også Oslo byrets dom i NIR 1952 s. 212. Fremførelse over for 120–200 elever under en danseskoles elevaftener var her offentlig, bl.a. fordi fremførelserne skete som led i danseskolens økonomiske virksomhed.

²⁹ Kritisk *Lund*, NIR 1955 s. 83.

enings-sager også taget hensyn til de kriterier, der er beskrevet tidligere, herunder om foreningen er erhvervsmæssig eller ikke-erhvervsmæssig, om fremførelserne står åbne for alle, om de bliver annonceret, og hvor stort det fremmødte publikum er m.m.³⁰

³⁰ Se bl.a. *Stakemann*, NIR 2007 s. 138 ff. og *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.3 til § 2. Fra praksis se bl.a. UfR 1954.876 V (fremførelse af musik på otte årlige, offentligt annoncerede baller arrangeret af idrætsforening var offentlig, fordi alle, der havde været medlem i mindst 3 dage, havde adgang, så længe antallet af passive medlemmer ikke var mere end dobbelt så stort som antallet af aktive medlemmer, og det var i det væsentlige deltagelsen i ballerne, der bandt deltagerne sammen. UfR-domshovedet nævner det i øvrigt som betydningsfuldt, at flertallet af baller ikke havde forbindelse med sportsstævner), UfR 1954.878 V (fremførelse under festarrangementer i et forsamlingshus ejet af interessentskab var ikke offentlig, bl.a. fordi medlemmerne var bosat i et snævert lokalt område og interesseret i at drive forsamlingshuset i overensstemmelse med det formål at arrangere møder, sammenkomster og gymnastik for omegnens beboere, indmeldelse skete ikke kun kort tid før festerne, deltagerne var kun medlemmer og deres hustruer, børn og øvrige husstand mv., og der var i de sidste 10 år kun optaget 3 nye medlemmer mv.), UfR 1955.304 V (fremførelse i en musikforening, der 1942, 1946 og 1952 havde henholdsvis 150, ca. 500 og 310 medlemmer og havde til formål at udbrede medlemmernes kendskab til og interesse for tonekunst gennem 4–5 årlige koncerter holdt på et hotel efter foregående annoncering, var offentlig, fordi foreningen efter vedtægterne var åben for alle og alene var begrænset af det anvendte koncertlokales pladsforhold, og fordi koncertdeltagerne ikke var knyttet sammen af andet forhold til foreningen end deltagelsen i koncerterne. Det fremgik i øvrigt, at indmeldelsen var bindende for to kvartaler, at det efter et bestyrelsesmedlems bestemmelse var muligt at medbringe gæster mod betaling, og at op til 30 skoleelever overværede koncerterne), UfR 1961.470 Ø (fremførelse af musik på klubaftener i en ungdomsforening var offentlig, fordi foreningen var åben for alle over en vis aldersklasse, medlemsantallet var stort, optagelse kunne ske ved indgangen, og der blev annonceret eller sørget for presseomtale. Desuden tillagde retten det vægt, at kontingentet var lille i forhold til entreindtægten, og at det ikke blev effektivt inddrevet mv.), UfR 1963.617/2 B (offentligt annonceret bal arrangeret af ”Møens Husmandsforeninger”, rettet mod foreningens ca. 500 medlemmer og deres hustruer og ukonfirmerede børn, og hvor ca. 30–40 medlemmer deltog og dansede til musik fremført af to foreningsmedlemmer, var ikke offentlig, bl.a. pga. fremførelsesmåden og fordi ballet kun var for medlemmerne og deres nærmeste familie-kreds, ligesom der var tale om et enkelt årligt arrangement, som lå uden for foreningens formål mv.), UfR 1969.946 Ø (brug af musik på en offentligt annonceret festaften i en borger- og håndværkerforening, hvis formål ikke primært var selskabeligt, hvor der deltog 371 personer, og hvortil foreningens ca. 800 medlemmer havde kunnet købe 2 billetter, anset for offentlig fremførelse ”i betragtning af den store og uafgrænsede kreds af personer, som i kraft af deres medlemskab [...] mod løsning af billet har adgang til at deltage i foreningens offentligt annoncerede festarrangementer, og under hensyn til antallet af deltagere i festen”), UfR 1972.700 Ø (mannequinopvisning og en tyrolerfest holdt af en husmoderforening med 700 medlemmer, og hvor der var henholdsvis 281 og 112 deltagere, var ikke offentlig, bl.a. fordi der kun deltog medlemmer ved mannequinopvisningen og medlemmer og ægtefæller ved tyrolerfesten, der var kun arrangementer med musik få gange om året, og arrangementerne var underordnede i forhold til foreningens formål og virksomhed i øvrigt mv.), UfR 1978.610 Ø (fremførelse af musik ved en fest i en pensionistforening med 225 medlemmer var offentlig, fordi der var vid adgang til medlemskab for alle inden for en bestemt aldersgruppe, foreningens formål var hovedsageligt selskabeligt, og indkaldelsen til mødet var sket ved offentlig annoncering), UfR 2004.2134 H (brug af musik på de enkelte hold i gymnastikforeninger var ikke offentlig fremførelse under hensyn til, at foreningerne var ikke-erhvervsdrivende, baseret på frivilligt, ulønnet arbejde og havde rod i lokalsamfundet, at de fremmede sociale relationer mellem medlemmerne, og at der kun var et begrænset antal deltagere på de enkelte hold, hvor musikken ikke var det primære). I *Weincke*, Ophavsret s. 56 mener forf., at foreningsfremførelser for ca. 800 mennesker pr. definition er offentlig med henvisning til ”nyere retspraksis”, hvilket vel sigter til UfR 1969.946 Ø. Forf.s opfattelse gentages i *Schønning*,

2.2.4 *Sociale hensyn.* Måske kan man i nogle sager om fremførelse identificere endnu flere kriterier end dem, der er nævnt ovenfor. Der er bl.a. domme, der måske afspejler en tanke om, at mere overordnede sociale hensyn o.l. kan spille en rolle. I UfR 1999.2011 H, hvor musikfremførelse i fritids- og ungdomsklubber ikke ansås for offentlig, henviste den danske højesteret f.eks. bl.a. til, at klubmedlemmernes samvær i klubregi var et ”alternativ til samvær i deres hjem”. Det kan selvfølgelig være, at det bare var en henvisning til kriteriet om de personlige bånd. Men det er også muligt at opfatte det som en tanke om, at meget af det, der før foregik inden for hjemmets fire vægge, nu foregår på institutioner, og at fremførelse på institutioner, der træder i stedet for folks hjem, derfor nu er privat i højere grad end før.³¹ Måske anes der også sociale hensyn o.l. bag UfR 2004.2134 H, der anså fremførelse i gymnastikforeninger for ikke-offentlig, og hvor Højesterets præmisser indledes med, at ”De af sagen omfattede gymnastikforeninger er ikke-erhvervsdrivende foreninger, hvis indtægter hovedsagelig hidrører fra medlemskontingenter og offentlige tilskud, og hvis drift i vidt omfang er baseret på frivilligt og ulønnet arbejde udført af medlemmer” mv. Sml. fra norsk ret dissensen i byrettens dom i Rt-1970-1172.³²

2.2.5 *Fremførerens hensigt.* Man har også gjort gældende, at der i tvivlstilfælde kan lægges vægt på fremførerens *hensigt*. *Knoph* mente f.eks. i Åndsretten s. 89,

Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.3 til § 2 og hos *Stray Vyrje*, Ophavsrettens ABC, Oslo 1987 s. 203. Fra svensk ret se bl.a. Högsta domstolen, NJA 1967 s. 150 ff. (fremførelse af musik i gammeldansforening anset for offentlig, bl.a. under hensyn til, at foreningens hovedformål var at afholde dansearrangementer, medlemskab var åbent for alle uden særlige kvalifikationskrav, medlemskab kunne opnås ved tilmelding samme dag som arrangementerne, og arrangementerne blev annonceret). Se fra norsk ret bl.a. den norske højesterets dom i Rt. 1970 s. 1172 ff. En. såkaldt diskoteksklub, der arrangerede diskoteksdans for ca. 400 medlemmer for 4 kr. i kvartalet, var her omfattet af en ”Lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.”, hvis offentlighedsbegreb skulle forstås som det ophavsretlige, bl.a. pga. den praktisk talt ubegrænsede adgang for alle voksne, det beskedne medlemskontingent og det betydelige antal medlemmer.

³¹ Se *Koktvedgaards* kloge indlæg på det X nordiske ophavsretssymposium 2001, NIR 2001 s. 514 (”Børnene bliver i større og større udstrækning opdraget i institutioner – vuggestuer, børnehaver, heldagsskoler, fritidshjem osv. – og i den anden ende af livet, alderdommen, er det heller ikke længere familien, der er rammen om de sorgelige rester af livet. Det er kollektiverne, de beskyttede boliger og – til sidst – plejehjemmene. Disse forhold kan ikke undgå at få indflydelse på de ophavsretlige regler, idet de nødvendigvis må føre til, at grænsen mellem det private og det offentlige rum forskydes. Hvad der tidligere så åbenbart var en offentlig fremførelse kan nu med en vis føje opfattes som noget ”privat”, som et surrogat for den hjemlige hygge”). Se også *Schonning*, NIR 2001 s. 631 f. og *Stakemann*, NIR 2007 s. 140. Sidstnævnte forf. drager den konklusion af dommen, at hvis en forening har et formål, der er et alternativ til aktiviteter i privatsfæren, taler det for, at fremførelser i foreningen ikke er offentlige. *Schonning*, derimod, konkluderer bittert, at ”Der er en dansk tradition, der går ud på at have den opfattelse, at den danske Højesteret ikke tager fejl. Ikke mindst efter denne højesteretsdom kan der være anledning til at ændre den danske tradition”, jf. NIR 2001 s. 631. Højesterets nævnte kriterium gjorde ikke desto mindre indtryk på landsretten i UfR 2004.2134 Ø. Retten anså her fremførelse i musikforeninger for offentlig, bl.a. med henvisning til, at musikanvendelsen ikke indgik ”i en aktivitet, der er et alternativ til medlemmernes aktivitet under private former”.

³² Kritisk *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger s. 181 f.

at det ikke er offentlig fremførelse, hvis en sanger øver sig for åbne vinduer, selvom der danner sig en tilhørerskare udenfor, men at det forholder sig modsat, hvis sangeren havde offentlig fremførelse til hensigt. Det tiltræder *Eberstein*, NIR 1949 s. 10. At fremføreren skal have intention om fremførelse for et publikum, mener også *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.4.1 til § 2. Se tilsvarende *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsret s. 181 f., jf. s. 189. Forf. nævner bl.a. som eksempel, at det ikke er offentlig fremførelse, når biludlejningsfirmaer udlejer biler med radio, eller når arbejdsgivere giver de ansatte computere, hvor man via internettet kan se tv eller høre radio. Andre antager, at den form for ”fremførelse” er lovlig efter princippet ”de minimis non curat lex”, dvs. ”retten er ligeglad med bagateller. Se *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg., Kbh. 2015 s. 288 ff. og *Weincke*, Ophavsret s. 88. Det menes her at være de minimis-princippet, der er grunden til, at man må gå fløjtende ned ad gaden uden at betale til KODA.³³

2.2.6. *Andre kriterier?* Det er muligt, at der kan opstilles endnu flere hjælpekræterier om offentlig fremførelse: Som sagt ovenfor 2.2.3 har man i sager om fremførelse i foreninger lagt vægt på foreningens formål, når det skulle vurderes, om fremførelse i foreningen er offentlig. Og i *Udsen*, De informationsretlige grundsatninger mener forf. ligefrem s. 186 f., jf. s. 180 f. og 209, at man i fremførelsessager generelt lægger vægt på, om fremførelsen er en hoved- eller en biaktivitet i forhold til fremførers normale aktiviteter. En beslægtet tanke udtrykkes måske i den svenske højesteretsdom i NIR 1989 s. 225 ff., jf. s. 231, hvor retten fremhævede, at man må foretage ”en samlad bedömning av sådant som ändamålet för en förening eller annan sluttet kreds”. Se også NJA 1986 s. 702 ff./NIR 1987 s. 89 ff., der anså en radio/tv-forhandlers brug af musik som led i demonstration af udstyret for offentlig fremførelse, men hvor en dissentierende dommer ville frifinde, bl.a. fordi fremførelsen ikke var forhandlerens hovedformål, men kun en bieffekt forbundet med den tekniske kontrol af apparaterne. Bortset fra det er det svært at finde eksempler på tilfælde, hvor kriteriet er brugt bortset fra i foreningssager.

I *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsrett s. 196 lufter forf. den tanke, at der kan gælde forskellige offentlighedsvurderinger i forbindelse med forskellige typer af fremførelse, sådan at fremførelse i digitale netværk kun anses for privat, hvis den sker over for nære familiemedlemmer eller venner.

Og i svensk ret har man også somme tider opstillet det kriterium, at hvis en fremførelse er offentlig i henhold til andre juridiske regler end de ophavsretlige,

³³ At fremførers hensigt kan betyde noget, er i retspraksis antaget af Svea hovrätt, NJA 1980 s. 123 ff., jf. s. 127 f. Retten anså her tv-apparater på hotelværelser for at indebære offentlig fremførelse, selvom programmerne blev nedtaget af de enkelte tv’er snarere end af et centralt hotelanlæg, bl.a. fordi apparaterne var placeret på hotelværelserne ”i direkt syfte att göra verken tillgängliga för allmänheten”. Anderledes den svenske højesteretsdom i NJA 1986 s. 702 ff. (NIR 1987 s. 89 ff.). Her skulle en radio/tv-forhandler, der brugte musik til at demonstrere udstyrets kvalitet, betale til STIM, selvom han gjorde gældende, at hans brug af musikken ikke tjente forlystelses-, underholdnings- eller reklameformål. At *publikums* motiver er underordnede for, om der sker offentlig fremførelse, understreger *Stakemann*, NIR 2007 s. 144.

må den også anses for offentlig i ophavsretlig henseende.³⁴ En række mulige yderligere kriterier ekspliciteres i *Karnell*, NIR 1973 s. 279 f.

2.2.7 *Afvejning*. I nordiske sager om fremførelse er de kriterier, der er nævnt ovenfor, blevet afvejet over for hinanden. Denne afvejning er sket ved et konkret, samlet skøn. I den forbindelse har spørgsmålet, om fremførelsen er erhvervsmæssig, nok kun haft betydning i sager, hvor det er tvivlsomt, om fremførelsen er offentlig efter de andre nævnte kriterier, herunder fordi fremførelsen retter sig mod en forholdsvis afgrænset, men ikke desto mindre stor gruppe. At erhvervsmæssige fremførelser i princippet godt kan være private, fremhæver bl.a. *Lund*, NIR 1955 s. 85, se om spørgsmålet også *Stakemann*, NIR 2007 s. 139 f.

Et særligt tvivlsomt spørgsmål er, hvordan kriteriet om de personlige bånd præcis forholder sig til de andre hjælpe-kriterier, og hvad der gælder i tilfælde, hvor kriteriet om de personlige bånd trækker i én retning, mens de andre kriterier trækker i en anden. Det er derfor bl.a. et spørgsmål, hvad man skal mene i sager, hvor en fremførelse, der ikke er åben for en bred kreds, sker over for en enkelt person eller nogle få personer, som fremføreren ikke er knyttet til ved personlige bånd. Er det f.eks. offentlig fremførelse efter de traditionelle nordiske kriterier, hvis en bar efter lukketid, hvor dørene er blevet låst, spiller en sang, som høres af en enkelt tilbageblivende gæst? Og er det offentlig fremførelse, hvis en universitetslærer fremfører et værk for en enkelt studerende, som vedkommende ikke kender, under et vejledningsmøde? Kriteriet om de personlige bånd trækker i retning af ja, kriteriet om publikums størrelse af nej. Da kriteriet om de personlige bånd er det overordnede moderkriterium, er det muligt, at det somme tider bør kunne overtrumfe de andre kriterier. Men retspraksis er ikke entydig. Det vil ikke være forkert at sige, at den stritter i alle retninger.³⁵

³⁴ Se *Karnell*, NIR 1973 s. 273 f. m. henv. Se også *Ljungmann*, NIR 1954 s. 43 og sammes erklæring for Svea Hovrätt i NJA 1967 s. 150 ff.

³⁵ I UfR 1999.2011 H ledte kriteriet om de personlige bånd til, at fremførelse i fritids- og ungdomsklubber var privat, selvom medlemskab var muligt for alle børn og unge, der boede inden for et bestemt lokalområde, og selvom fremførelserne vel dermed var åbne for alle. Retten henviser bl.a. til, at den enkelte ungdomsklub højst havde nogle hundrede medlemmer, og at det faktiske fremmøde var begrænset, hvilket bidrog til et personligt tillidsforhold mellem de enkelte klubmedlemmer og de voksne klubmedarbejdere. Se i samme retning UfR 2004.2134 H. Fremførelse af musik i gymnastikforeninger var her privat, selvom medlemskab vel var åbent for alle, bl.a. fordi foreningerne var ikke-erhvervsmæssige, og fordi de fremmede sociale relationer mellem medlemmerne. Men anderledes UfR 2007.1581 H: Fremførelse over for de ansatte i en stor renovationsvirksomhed, hvor 838 medarbejdere havde adgang til at lytte til musik, herunder i kontorer og værksteder mv., som 64 medarbejdere havde adgang til, og motionsrum, som 130 havde adgang til, var her privat, fordi lokalerne var for små til at kunne rumme en større kreds, jf. ovenfor 2.2.1.3. Da der ikke kan have været personlige bånd til stede i forhold til alle de mennesker, er det udtryk for, at kriteriet om publikums størrelse overtrumfede kriteriet om de personlige bånd. Se tilsvarende UfR 2003.212 Ø, hvor musikfremførelse på danseskoler var offentlig, uden at det formildede retten, at deltagelsen i undervisningen gav mulighed for socialt samvær, at der var en udpræget grad af stabilitet på holdene, og at der gennem flere år kunne være samme kreds af deltagere på visse hold. I samme retning UfR 2002.649 Ø, der anså musikfremførelse i motionscentre for offentlig uanset den ”følelse af samhørighed og gensidig tillid, der i et vist omfang kan opstå

2.3 *Spredning*. Der er kun meget lidt nordisk retspraksis om, hvornår *spredning* sker til almenheden. I den nordiske juridiske litteratur har kriteriet om de personlige bånd normalt været anset som det primære kriterium.³⁶

I forbindelse med fremførelse antager man som tidligere nævnt, at publikums størrelse har betydning for, om fremførelsen er offentlig. I forbindelse med spredningsretten er det anderledes. Her antager man nemlig, at det er lige meget, hvor mange personer spredningen sker over for, og at det er nok, at der sker spredning over for *en enkelt person*, som den, der står for spredningen, ikke er knyttet til ved personlige bånd.³⁷ Ud fra det synspunkt kan det f.eks. være spredning til almenheden at skænke et kunstværk til et museum.

2.4. *Visning*. Der er ingen klar nordisk retspraksis om, hvornår *visning* sker til almenheden. Det er derfor ikke rigtig klart, om kriteriet om de personlige bånd er det eneste afgørende, eller om de hjælpekræfter, der gælder i forbindelse med fremførelse, også kan spille en rolle i relation til visning. Derfor er det lidt tvivlsomt, om det kan være visning til almenheden at vise et værkseksemplar til en enkelt person, som man ikke er knyttet til ved personlige bånd. Hvis der gælder samme almenhedskriterier i forbindelse med visning, som der gælder i forbindelse med spredning, er svaret ja. Hvis der gælder samme almenhedskriterier i forbindelse med visning, som der gælder i forbindelse med fremførelse, er det derimod muligt, at der skal lægges vægt på publikums størrelse mv., og at der derfor kan være tilfælde, hvor svaret er nej.³⁸

mellem deltagere på et motionshold og de sagsøgte repræsentanter eller mellem holddeltagerne indbyrdes eller den omstændighed, at optagelse og deltagelse i et bestemt motionsforløb kun finder sted med bestemte intervaller". Fra norsk ret se Oslo byrets dom i NIR 1952 s. 212. Fremførelse af musik over for 120–200 aktuelle og tidligere elever under danseskoles "elevaftener" ansås her for offentlig under hensyn til det meget store antal tilhørere samt den kendsgerning, at elevaftener var en del af danseskolens økonomiske virksomhed. Derimod blev det ikke tillagt betydning, at deltagerne kom sammen efter træning mv., og at de i en vis forstand var bundet sammen af deres status af aktuelle eller tidligere elever.

³⁶ Se bl.a. *Rognstad*, *Spredning av verkseksemplar*, Oslo 1999. Forf. mener her s. 62, at spredning inden for en sluttet kreds kan være privat, hvis der er en personlig kontakt, som kan sammenlignes med et venskabsforhold, mellem den, der foretager spredningen, og den, den sker over for, uden at det er en betingelse, at de pågældende omgås i fritiden. Anf. sted mener forf. også, at omfanget af den samlede spredning, der sker, kan spille en rolle. I *Rognstad/Stuevold Lassen*, *Ophavsrett* s. 195 f. er det opfattelsen, at der gælder et snævrere offentlighedskriterium i forbindelse med spredning end i forbindelse med fremførelse, sådan så det kun er spredning til familie og nære venner, der kan anses for privat. Se desuden *Stray Vyrje*, *Ophavsrettens ABC* s. 209. I *Udsen*, *De informationsretlige grundsætninger* s. 187, jf. også s. 206, mener forf. derimod, at de kriterier, der gælder i forbindelse med fremførelse, også kan have betydning i forbindelse med spredning og visning.

³⁷ Se f.eks. *Lund*, *Ophavsret* s. 84 f., *Frøbert*, *Retten til tekst, lyd og billeder* s. 47, *Rognstad*, *Spredning av verkseksemplar* s. 53 og s. 58 note 125 med yderligere henv., *Rognstad/Stuevold Lassen*, *Ophavsrett* s. 159, *Olsson*, *Upphovsrättslagstiftningen*, Stockholm 2006 s. 68 eller *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, *Immaterialret* 4. udg. 2015 s. 168 og 174.

³⁸ At de kriterier, der gælder i forbindelse med fremførelse, kan have vejledende betydning i forbindelse med visning, mener *Weincke*, *Ophavsret* s. 57. Forf.s opfattelse gentages i *Stray Vyrje*, *Ophavsrettens ABC* s. 207, se i samme retning *Udsen*, *De informationsretlige grundsætninger* s. 187. At visning er offentlig, så længe den sker på steder, alle har adgang til, gøres på linje her-

2.5 *Eksemplarfremsstilling til privat brug.* Alle de nordiske ophavsretslove har regler om, at det er tilladt at fremstille eksemplarer til ”privat brug”. Det er fast antaget, at det betyder, at eksemplarerne er beregnet på den kopierende selv eller nogen, han eller hun er knyttet til ved personlige bånd, f.eks. familie, venner, bekendte og nære kolleger o.l.³⁹

Det offentlighedsbegreb, der gælder for eksemplarfremsstilling til privat brug, menes i øvrigt at være snævrere end det, der gælder i forbindelse med offentlig fremførelse.⁴⁰ I forbindelse med offentlig fremførelse er der f.eks. tilfælde, hvor fremførelse i større sluttede kredse og foreninger mv. er ikke-offentlig. Se f.eks. UfR 1972.700 Ø, der anså en mannequinopvisning overværet af 281 mennesker for ikke-offentlig. Derimod ville en kopiering til alle de 281 mennesker ikke være privat i relation til privatbrugsreglen.

Privatbrugsreglerne i de nordiske ophavsretslove kræver i øvrigt ikke alene, at eksemplarfremsstillingen sker til privat brug, men også, at den skal være ikke-erhvervsmæssig, og at den kun må resultere i enkelte eksemplarer mv. Men selve sondringen mellem offentlig og privat brug afhænger af kriteriet om de personlige bånd.

2.6 *Opsummering.* I nordisk ret mener vi altså traditionelt, at sondringen mellem offentlig og privat primært afhænger af, om der er personlige bånd mellem den, der er ansvarlig for brugen af et beskyttet fænomen, og det publikum, brugen retter sig mod.

Når det drejer sig om *offentlig fremførelse* gælder der, ved siden af kriteriet om de personlige bånd, en række *supplerende* vejledende kriterier. Man ser på, om fremførelsen er åben for alle eller sker for mere lukkede grupper, om den er annonceret, og om den er erhvervsmæssig. Hvis fremførelsen sker i en forening,

med gældende i *Schønning*, UfR 2012 B s. 472. Forf. tilføjer, at det, som ved fremførelse, måske kan tillægges betydning, om visningen har et erhvervsmæssigt formål. At det kun er kriteriet om de personlige bånd, der er afgørende i forbindelse med visning, gøres dog på den anden side gældende af *samme forf.*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 3.3 til § 2. Det hedder her, at offentlighedsbegrebet i relation til visning må forstås i overensstemmelse med offentlighedsbegrebet ved spredningsretten.

³⁹ Se f.eks. *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsrett s. 231, *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 1.2 til § 12, *Olsson*, Copyright, Stockholm 2006 s. 192, *Levin*, Lärobok i immaterialrätt, Stockholm 2011 s. 198. Fra norsk praksis se bl.a. Rt. 1991 s. 1296, jf. s. 1299. Den norske højesteret udtalte her, at det var tilladt at kopiere til arbejdskolleger, hvis de var ”personlige venner, og kanskje også i noe større utstrekning”. I *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger s. 183 mener forf., at det ikke kan kræves, at der er personlige bånd mellem eksemplarfremsstillingen og alle de personer, han fremstiller et eksemplar til. Det kan derfor, mener forf. videre, være lovligt, hvis et medlem af en kunstklub tager en kopi af en artikel til de andre medlemmer, også selvom han ikke har et personligt forhold til dem alle sammen. Det er nok muligt. Fra dansk ret se UfR 1976.552 H. Ophavsretslovens daværende § 11 (nu § 12) kunne her ikke retfærdiggøre et rederis optagelser af tv-udsendelser på videobånd, der bagefter blev spillet for besætningerne på nogle skibe, fordi der ikke var ”en sådan nær forbindelse” mellem rederiet og besætningen, at der var tale om kopiering til privat brug.

⁴⁰ Se *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, kommentar 1.2 til § 12 og *Lund*, Ophavsret s. 128, skeptisk *Rognstad/Stuevold Lassen*, Ophavsrett s. 188 f.

lægger man også vægt på antallet af medlemmer i foreningen, optagelseskriterierne m.m. Desuden kan man måske skele til andre ting, herunder sociale hensyn, fremførerens hensigt m.m.

Disse yderligere kriterier er ikke relevante i forbindelse med *spredning*. Her er det primært kriteriet om de personlige bånd, der er afgørende.

Når det kommer til, om *visning* sker til almenheden, er det lidt uklart, om de hjælpeskriterier, der gælder i forbindelse med fremførelse, betyder noget, eller om man kun skal bruge kriteriet om de personlige bånd.

Når man skal afgøre, om en *eksemplarfremstilling* er sket til privat brug, er det kun kriteriet om de personlige bånd, der er afgørende.

3. EU-harmoniseringen af almenhedsbegrebet

3.1 Indledning. Den beskrivelse af sondringen mellem offentlig og privat, der findes ovenfor, var udtryk for gældende nordisk ret indtil for et par år siden. Men nu er området blevet delvist EU-harmoniseret. EU-harmoniseringen betyder, at de traditionelle nordiske kriterier, der er beskrevet ovenfor, ikke længere gælder på alle områder. De er fortrængt af nye EU-retlige kriterier. Og der er også områder, hvor de nordiske kriterier ikke formelt er fortrængt af de EU-retlige, men hvor de ikke desto mindre bør vige pladsen for dem, hvis ikke retstilstanden skal blive umulig at arbejde med. Se nedenfor.

3.2 Offentlig fremførelse. 3.2.1 Direkte fremførelse og overføring. Som sagt ovenfor 1 findes der efter dansk/norsk systematik to slags offentlig fremførelse. Den første er *direkte offentlig fremførelse*. Det er fremførelse, der udgår fra *samme sted som der, hvor publikum er*. Det er f.eks. direkte offentlig fremførelse, hvis en foredragsholder holder et foredrag for tilhørerne i en forelæsningsal, eller hvis skuespillere eller musikere fremfører værker foran et publikum. Den anden slags fremførelse er *overføring til almenheden*. Det er fremførelse, der sker ad teknisk vej, og som udgår fra *et andet sted end der, hvor publikum er*.⁴¹ Det er bl.a. overføring at udsende beskyttet stof via radio og tv, eller hvis man lægger beskyttet materiale ud på internettet eller andre digitale netværk, hvor folk kan få adgang til det på tidspunkter, de selv vælger. Den sidstnævnte særlige form for overføring kaldes ”tilrådighedsstillelse on demand” (eller evt. bare ”tilrådighedsstillelse”). I svensk

⁴¹ Jf. infosoc-direktivets betragtning 23 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. Det hedder her, at ”overføring forudsætter et distanceelement. Live-fremførelse for et tilstedeværende publikum og traditionel filmforevisning i en biograf må således betragtes som en direkte offentlig fremførelse, ikke overføring. Det samme gælder gengivelse af radio- og tv-udsendelser i butikker og restauranter mv. samt gengivelse af værker på computerskærme på fx biblioteker; i tilfælde af brug på stedet er der således ikke dén fornødne distance, der ligger i præambelens ord ”ikke befinder sig på sted, hvorfra overføringen finder sted”. Transmissioner inden for den samme bygning kan dog betragtes som en overføring”. At direkte fremførelse sigter til tilfælde, hvor der er ”fysisk og direkte kontakt” mellem fremføreren og publikum, er sagt af EU-Domstolen i de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 201 ff.

og finsk ret anses retten til overføring til almenheden dog ikke som en underafdeling af fremførelsesretten, men som en selvstændig beføjelse. Se ovenfor 1.

Retten til overføring til almenheden ("communication to the public", somme tider også oversat til "kommunikation til offentligheden") er harmoniseret af en række EU-direktiver:

Infosoc-direktivet (2001/29 af 22.5.2001) art. 3, stk. 1, bestemmer, at "Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt". Samme direktivs art. 3, stk. 2, giver udøvende kunstnere, fremstillere af lydoptagelser, filmproducenter og radio/tv-foretagender "eneret til at tillade og forbyde trådbunden eller trådløs tilrådighedsstillelse for almenheden på en sådan måde, at almenheden får adgang til de pågældende værker på et individuelt valgt sted og tidspunkt". *Satellit- og kabeldirektivet* (93/83 af 27.9.1993) art. 1 ff. giver ophavsmænd og andre rettighedshavere eneret til tilgængeliggørelse for almenheden via satellit. *Låne- og lejedirektivet* (92/100 af 19.11.1992, nu afløst af et kodificeret direktiv 2006/115) art. 8, stk. 1, giver "udøvende kunstnere eneret til at tillade eller forbyde udsendelse ved hjælp af radiobølger og kommunikation til offentligheden af deres fremførelser, medmindre fremførelsen i sig selv sker ved en radio- eller fjernsynsudsendelse eller på grundlag af en optagelse". Samme direktivs art. 8, stk. 2, bestemmer, at man kan foretage kommunikation til offentligheden eller udsendelse ved hjælp af radiobølger af kommercielt udgivne fonogrammer eller reproduktioner af dem uden tilladelse fra de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere, hvis man betaler dem et rimeligt, samlet vederlag. Retten til overføring til almenheden fremgår også af en række traktatbestemmelser, herunder Bernerkonventionens art. 2 bis, stk. 2, art. 11, stk. 1, nr. ii, art. 11 bis, stk. 1, art. 11 ter, stk. 1, nr. ii, art. 14, stk. 1, nr. ii, TRIPS-aftalens art. 14, stk. 1 og 3, WCT art. 8, WPPT art. 6, nr. i, og art. 15 samt Romkonventionens art. 7, stk. 1, litra a. – Som sagt oversættes det, der her er kaldt overføring til almenheden, og som på engelsk hedder "communication to the public", somme tider til "kommunikation til offentligheden" i stedet for, herunder i den danske udgave af låne- og lejedirektivet. Men der er tale om samme begreb med samme indhold. Se C-117/15 (Reha Training) præmis 34, jf. præmis 22 ff.

Det er et ophavsretligt grundprincip, at personer, der *videretransmitterer* fremførelser, som andre har sat i gang, dermed foretager en ny, selvstændig fremførelse (ofte kaldt "fornyset offentlig fremførelse"). Begrebet overføring omfatter f.eks. videretransmission af radio- og tv-udsendelser, andre har udsendt, via satellit og kabel. Det er også en fornyet offentlig fremførelse, hvis f.eks. en restaurant har radioen tændt, så kunderne kan høre radio, eller hvis en bar har tv'et kørende i hjørnet. Umiddelbart skulle man mene, at fornyet offentlig fremførelse i erhvervsdrivendes lokaler normalt er direkte fremførelse snarere end overføring. Det gælder i hvert fald i tilfælde, hvor fremførelsen sker hos mindre erhvervsdrivende. Fremførelsen udgår jo i den slags tilfælde fra samme sted som der, hvor publikum er, og der er vel derfor, med EU-Domstolens ord i Premier League-dommen, jf. ovenfor note 41, "fysisk og direkte kontakt" mellem publikum og fremføreren. At fornyet offentlig fremførelse i forretningslokaler o.l. er

direkte fremførelse, ikke overføring til almenheden, fremgår også af den i note 41 nævnte danske motivudtalelse. Se tilsvarende f.eks. *Olsson*, Copyright s. 123.

Men EU-Domstolen har som sit mål at tolke EU-regler på en måde, som medfører maksimal harmonisering og integration. Baggrunden er et EU-politisk ræsonnement om, at det fremmer det indre marked, hvis der gælder de samme juridiske regler i de forskellige EU-lande. EU-Domstolen prøver derfor på at føre så mange regler som muligt ind under de EU-harmoniserede områder. Det kaldes ”effektivitetsprincippet” eller princippet om ”effet utile”.⁴² Hvis der er tvivl, om en regel er EU-harmoniseret eller ej, og man spørger EU-Domstolen, kan man derfor regne med, at den vil strække sig meget langt for, at svaret kan blive ja. Effektivitetsprincippet resulterer tit i afgørelser fra EU-Domstolens side, der virker overraskende eller evt. direkte chokerende efter en traditionel nordisk retskildelære. Se bl.a. nogle ophavsretlige eksempler i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret s. 80. Det gælder også, når det kommer til sondringen mellem direkte fremførelse og overføring.

Her har EU-Domstolen udtalt, at det ikke alene er overføring til almenheden, når et hotel har radio, tv og cd-afspillere på værelserne.⁴³ Ifølge domstolen sker der også en ny, selvstændig overføring til almenheden, hvis der spilles radio og tv i forretningslokaler, herunder på restauranter og barer og i venteværelser mv.⁴⁴ Umiddelbart er det fuldstændig ulogisk, fordi overføringen jo udgår fra samme sted som der, hvor publikum er. Men EU-Domstolen henviser snedigt til, at publikum jo netop befinder sig et andet sted end den radio- eller tv-station, udsendelsen oprindeligt udsendes fra, og at det nødvendige distanceelement dermed er til stede. Se Premier League-dommen 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”. Se tilsvarende Romkonventionens art. 13, litra d.

EU-Domstolens nævnte domme handler kun om erhvervsdrivende, der spiller radio og tv mv. Men det er efter min mening helt givet, at det det også er overføring, ikke direkte fremførelse, at foretage fornyet fremførelse af stof, som andre har lagt ud på *internettet*. Det siger f.eks. sig selv, at de nævnte EU-dommes princip om, at afspilning af radio og tv i forretningslokaler er overføring til almenheden, gælder, selvom der er tale om internetradio eller internet-tv sna-

⁴² Se f.eks. *Rasmussen*: EU-ret i kontekst, Kbh. 2003 s. 170 ff., *samme*, The European Court of Justice, Kbh. 1998 s. 26 ff. og 30 ff., *Craig/de Búrca*, EU Law, Oxford 2011 s. 64 f., *Arnulf/Dashwood/Dougan/Ross/Spaventa/Wyatt*, Wyatt & Dashwoods European Union Law, Oxford 2011 s. 61, jf. også 5. udg. 2006, s. 388.

⁴³ Se C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE) (hotel-tv), jf. også C-136/09 af 18.03.2010 (hotel-tv), C-162/10 af 15.03.2012 (Phonographic Performance (Ireland)) (radio, tv og cd-afspillere på hotelværelser).

⁴⁴ Se C-403/08 og C-429/08 (Premier League) (tv på restauranter), C-151/15 (Sociedade Portuguesa de Autores) (radio på restauranter), C-117/15 (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, omtalt nedenfor 3.2.2.1.

rere end om programmer transmitteret vha. antenner og kabler. Og det er efter min mening også givet, at der vil være tale om overføring, hvis man streamer værker fra internettet på andre måder, f.eks. hvis en lærer viser sine elever film fra YouTube, eller hvis en erhvervsdrivende spiller musik eller film fra streamingtjenester som ”Spotify”, ”Netflix” o.l. for kunderne. Også i den slags tilfælde udgår den oprindelige publikation på nettet jo fra et andet sted end der, hvor publikum er. Man skal i den forbindelse huske, at EU-Dømstolen løbende prøver at tolke EU-regler på en måde, der medfører maksimal EU-harmonisering i henhold til effektivitetsprincippet. Det er desuden et ofte gentaget EU-retligt dogme, at begrebet overføring skal forstås i bred forstand og derfor anses for at omfatte overføring i enhver form, uanset den valgte teknik.⁴⁵ Det er derfor helt usandsynligt, at domstolen skulle mene, at det kun er brug af radio- og tv-udsendelser i erhvervsdrivendes lokaler, der anses for overføring, mens streaming af værker fra internettet o.l. for et tilstedeværende publikum skulle være ”direkte fremførelse”, der falder uden for EU-harmoniseringen.

3.2.2 Det EU-retlige almenhedsbegreb. Begrebet overføring til almenheden er altså EU-harmoniseret. Overføring til almenheden omfatter ikke alene udsendelse af beskyttet materiale i radio og tv og publikation på nettet. Det omfatter også fornyet offentlig fremførelse af radio- og tv-udsendelser i erhvervsdrivendes lokaler. Der kan desuden ikke være tvivl om, at det også er overføring at gøre beskyttet stof, som man streamer fra nettet, tilgængeligt for et publikum. Det gælder f.eks., hvis skolelærere viser elever film fra YouTube, eller hvis erhvervsdrivende spiller musik fra Spotify, Netflix eller lignende tjenester for kunderne.

EU-Dømstolen har afsagt en række domme om, hvornår overføringer kan siges at ske til almenheden. I øjeblikket (efteråret 2016) drejer det sig om:

C-192/04 af 14.07.2005 (Lagardère Active Broadcast) (om begrebet ”tilgængeliggørelse for almenheden via satellit” i satellit- og kabeldirektivets art. 1 ff.), C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE), jf. en kendelse C-136/09 af 18.03.2010 (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1), de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1), de forenede sager C-431/09 og C-432/09 af 13.10.2011 (Airfield) (satellit- og kabeldirektivets art. 1 ff.), C-135/10 af 15.03.2012 (SCF) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, og låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2), C-162/10 af 15.03.2012 (Phonographic Performance (Ireland)) (låne- og lejedirektivets art. 8, st. 2), C-607/11 af 07.03.2013 (ITV Broadcasting) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1), C-466/12 af 13.02.2014 (Svensson) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1), C-351/12 af 27.02.2014 (OSA) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1), C-348/13 af 21.10.2014 (BestWater) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1), C-151/15 af 14.07.2015 (Sociedade Portuguesa de Autores) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1), C-325/14 af 19.11.2015 (SBS Belgium) (infosoc-

⁴⁵ Se infosoc-direktivets betragtning 23 og fra EU-Dømstolens praksis C-351/12 (OSA) præmis 23, de forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 186, C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 20, C-306/05 (SGAE) præmis 36, C-466/12 (Svensson) præmis 17, C-325/14 (SBS Belgium) præmis 14, C-117/15 (Reha Training) præmis 38 og C-160/15 (GS Media) præmis 30.

direktivets art. 3, stk. 1), C-117/15 af 31.05.2016 (Reha Training) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, og låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2) og C-160/15 af 08.09.2016 (GS Media) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1). Somme tider henvises også til C-89/04 af 02.06.2005 (Mediakabel) (om begrebet "tv- og radiospredning" i direktiv 89/552/EØF om tv- og radiospredningsvirksomhed). Der er en sag på vej i C-527/15 (Stichting Brein) (infosoc-direktivets art. 3, stk. 1). Der er også sager, der indeholder fortolkningsbidrag vedr. indholdet af almenhedsbegrebet, selvom sagerne ikke direkte handler om det, jf. henvisningerne nedenfor note 51.

EU-Domstolen afsiger domme med lynets hast. Man kan derfor kun udtale sig sikkert om det EU-retlige almenhedsbegreb, hvis man først kontrollerer, om der er kommet nye domme. Men i efteråret 2016 betyder de domme, der er nævnt her, at almenhedsbegrebet i infosoc-direktivet, satellit- og kabeldirektivet og låne/leje-direktivet skal fortolkes sådan:

3.2.2.1. Overføringen skal rette sig mod et betydeligt, ubestemt antal modtagere, evt. målt "kumulativt". Almenheden betyder "et ubestemt antal potentielle modtagere".⁴⁶ Det vil sige, at værket skal "gøres tilgængeligt [...] i forhold til alle, dvs. ikke begrænset til særlige medlemmer af en privat gruppe".⁴⁷ Det er desuden et krav, at der er tale om "et betydeligt antal personer".⁴⁸ Heraf følger ifølge domstolen, "at begrebet offentligheden har en vis minimumsgrænse, hvilket udelukker en flerhed af personer, som er for lille eller endog ubetydelig, fra begrebet".⁴⁹ Det afgørende for, om der sker overføring, er, om værket gøres tilgængeligt for et passende antal personer, sådan så de har mulighed for at opleve det, uanset om de udnytter muligheden.⁵⁰ Det er f.eks. overføring at stille tv'er til rådighed på hotelværelser, uanset om gæsterne tænder for dem.⁵¹ I C-135/10 (SCF) anså domstolen dog afspilning af radio i en tandlægepraksis for ikke-offentlig, dels fordi fremførelsen efter domstolens mening ikke rettede sig mod "alle", og dels fordi der ikke var plads til ret mange patienter ad gangen, sml. ovenfor 2.2.1.3 om UfR 2007.1581 H.

⁴⁶ Se C-306/05 (SGAE) præmis 37 f., C-135/10 (SCF) præmis 84, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 33, C-89/04 (Mediakabel) præmis 30, C-192/04 (Lagardère Active Broadcast) præmis 31, C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 32, C-351/12 (OSA) præmis 27, C-325/14 (SBS Belgium) præmis 21, C-117/15 (Reha training) præmis 41 og C-160/15 (GS Media) præmis 36.

⁴⁷ Jf. C-135/10 (SCF) præmis 85, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 34, C-117/15 (Reha training) præmis 42.

⁴⁸ C-135/10 (SCF) præmis 84, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 33, C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 32, C-351/12 (OSA) præmis 27, C-325/14 (SBS Belgium) præmis 21, C-117/15 (Reha training) præmis 41 og C-160/15 (GS Media) præmis 36.

⁴⁹ Jf. C-135/10 (SCF) præmis 86, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 35 og C-117/15 (Reha training) præmis 43.

⁵⁰ Jf. C-466/12 (Svensson) præmis 18 ff.

⁵¹ Jf. C-306/05 (SGAE) præmis 43, se også C-314/12 af 27.03.2014 (UPC Telekabel Wien GmbH) præmis 38 f., C-117/13 af 11.09.2014 (Ulmer) præmis 41, sml. C-202/12 af 19.12.2013 (Innoweb) præmis 51–52.

Efter traditionel tysk–nordisk opfattelse skal fremførelser vurderes isoleret, og flere private fremførelser kan ikke til sammen udgøre en offentlig fremførelse, jf. ovenfor afsnit 2.2.1.4. Efter EU-retten, derimod, skal man, når man vurderer publikums størrelse, se på den såkaldte ”kumulative virkning” af overføringen.⁵² Det vil sige, at man skal tage i betragtning, ikke alene hvor mange personer der har adgang til værket på én gang, men også hvor mange der har adgang til værket *efter hinanden*. En overføring kan derfor ikke alene være offentlig, hvis et beskyttet værk fremføres én gang for et betydeligt antal personer. Den kan også være offentlig, hvis værket fremføres flere gange over for mennesker, der udgør et betydeligt antal personer, når man lægger dem sammen. Som det hedder i OSA-dommen, ”skal der tages hensyn til den kumulative virkning af, at værkerne stilles til rådighed for de potentielle modtagere. I den forbindelse er det navnlig relevant, hvor mange personer der har sideløbende adgang til det samme værk, og hvor mange personer der har adgang til værket efter hinanden”. Efter SGAE-dommen er det derfor offentlig fremførelse, når et hotel transmitterer tv-udsendelser ud til tv-apparater på værelserne: Man skal nemlig ifølge EU-Domstolen ikke alene se på, hvor mange mennesker der er til stede på et hotel samtidig. Man skal også være opmærksom på, at der normalt kommer nye hotelgæster med korte mellemrum, jf. præmis 38. Efter OSA-dommen er det på samme måde overføring til almenheden, når en kurbadeanstalt sender radio- og tv-signaler til patienternes værelser, fordi ”en kurbadeanstalt både samtidigt og efter hinanden [kan] indkvartere et ubestemt, men ganske stort antal personer, som kan modtage udsendelser i deres værelser”. Retten oplyste desværre ikke, hvordan det kunne gå til, at de skiftende gæster så de samme udsendelser. Måske gik den ud fra, at nogle af dem blev genudsendt. I SCF-dommen, derimod, fandt retten, at det ikke var kommunikation til almenheden af fonogrammer i relation til låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2, at en tandlæge spillede radio i tandlægeklinikken, bl.a. fordi der ikke var ret mange patienter til stede ad gangen, og fordi de patienter, der fulgte efter hinanden, generelt ikke hørte de samme fonogrammer i radioen. Hvordan det kan være, at skiftende hotelgæster ser de samme udsendelser i tv, men at skiftende patienter hos tandlægen ikke hører den samme musik i radioen, er en svær gåde, som kun EU-Domstolen kender løsningen på.

3.2.2.2 *Overføringen skal ske bevidst*. Det er ifølge EU-Domstolen et krav for, at en overføring sker til almenheden, at den, der står for overføringen, gør det *bevidst*.⁵³ Det krav er ifølge domstolen ikke opfyldt, hvis man bare leverer et teknisk middel til en overføring foretaget af andre. Se bl.a. C-306/05 (SGAE) præmis 42. Retten mente her, at det var omfattet af infosoc-direktivets art. 3, stk. 1,

⁵² Jf. C-135/10 (SCF) præmis 87 og C-306/05 (SGAE) præmis 39, C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 33, C-351/12 (OSA) præmis 28 og C-117/15 (Reha training) præmis 44.

⁵³ Jf. C-306/05 (SGAE) præmis 42, de forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 194 f., C-135/10 (SCF) præmis 82 og 94, C-351/12 (OSA) præmis 32, C 325/14 (SBS Belgium) præmis 30 ff., C-117/15 (Reha training) præmis 46 og C-160/15 (GS Media) præmis 35.

når et hotel videreudsendte tv-udsendelser til hotelværelserne, bl.a. fordi "Viderebredningen af det radio- eller tv-udsendte værk til [...] gæster ved hjælp af fjernsynsapparater udgør ikke et rent teknisk middel til at sikre eller forbedre modtagelsen af den oprindelige udsendelse i modtagerområdet. Tværtimod er hotellet den organisation, der med fuldt kendskab til konsekvenserne af dens handlinger medvirker til at give sine gæster adgang til det beskyttede værk. Hvis hotellet ikke havde foretaget denne handling, ville hotelgæsterne, selv om de befinder sig inden for det nævnte sendeområde, i princippet ikke have adgang til værket." I SBS Belgium-dommen anses kriteriet for en medvirkende grund til, at hvis en radio/tv-virksomhed videresender udsendelser til kabeldistributører, som så videresender dem til deres abonnenter, er det distributørerne, ikke radio/tv-virksomhederne, der foretager overføring til almenheden. Det gælder dog ikke, hvis distributørerne ikke er uafhængige af radio/tv-virksomhederne, fordi de så i visse tilfælde kun leverer et teknisk middel til radio/tv-virksomhedernes overføring. I GS Media-sagen betød kriteriet, at linking, der leder til værker lagt på nettet uden tilladelse fra rettighedshaverne, eller som omgår tekniske foranstaltninger og fører til værker på lukkede sider mv., er overføring til almenheden, hvis linkereren er i ond tro om den manglende tilladelse. Derimod er den slags linking ikke overføring, hvis linkereren er i god tro, dvs. at han hverken vidste eller med rimelighed kunne vide, at linket førte til noget ulovligt. I den slags tilfælde sker overføringen nemlig, mener domstolen, ikke bevidst. Linkeren formodes i øvrigt at være i god tro, hvis ikke linkingens sker for vindings skyld. Se nedenfor afsnit 3.2.2.4.⁵⁴ Ifølge GS Media-sagen er burde-viden altså nok til, at linkingens sker bevidst. Domstolen plejer ellers at udtrykke bevidsthedskriteriet sådan, at overføreren skal have "fuldt kendskab" til konsekvenserne af overføringen, jf. nærmere domshenvisningerne ovenfor note 53. Spørgsmålet er, om GS Media-sagen ændrer på det, sådan så burde-viden nu generelt er nok, også i sager om andet end linking. Det virker sandsynligt.

3.2.2.3 Nyt publikum. Som sagt tidligere sker visse typer af overføring ved, at nogen viderefører en fremførelse, som andre har sat i gang. Det er f.eks. en "fornyset fremførelse", hvis restauranter o.l. spiller radio eller tv i deres lokaler. EU-Domstolen har afgjort, at den form for overføring kun retter sig mod almenheden, hvis videretransmissionen retter sig mod et "nyt publikum". Det vil sige "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". Retten introducerede kriteriet i C-306/05 (SGAE), jf. præmis 40 og 42, med inspiration i en WIPO-vejledning til Bernerkonventionens art. 11(bis)(1)(II). Siden er kriteriet brugt i en række andre sager. EU-Domstolen er her nået frem til, at der sker overføring til et nyt publikum, når et hotel videresender radio- og tvudsendelser til hotelværelserne⁵⁵ eller har cd-af-

⁵⁴ C-160/15 (GS Media) præmis 48 ff., jf. præmis 35 ff.

⁵⁵ C-306/05 (SGAE) (hotel-tv) og C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) (radio, tv og cd-afspillere o.l. på hotelværelser).

spillere og cd'er o.l. anbragt i dem,⁵⁶ når der vises tv-udsendelser for gæsterne i en restaurant,⁵⁷ når en leverandør af satellitpakker videretransmitterer tv-udsendelser udsendt af andre,⁵⁸ når en kurbadeanstalt videresender radio og tv til patienternes værelser,⁵⁹ og når et genoptræningscenter har tv-apparater i venteværelser og træningslokaler.⁶⁰ Derimod finder retten, at internetlinking til værker, der er lagt på nettet af eller med tilladelse fra rettighedshaveren, ikke indebærer, at værkerne gøres tilgængelige for et nyt publikum, hvorimod linking til værker, der er lagt på nettet uden tilladelse, eller som omgår tekniske foranstaltninger og giver publikum adgang til værker på lukkede hjemmesider, gør.⁶¹ Dog har domstolen afgjort i C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 37 ff., at nyt publikums-kriteriet kun er relevant i tilfælde, hvor videretransmissionen sker ved hjælp af samme tekniske midler som den oprindelige fremførelse, og at kriteriet derfor ikke gør det lovligt at transmittere tv-udsendelser, som andre har udsendt via kabel, videre på internettet.⁶² At kriteriet kun gælder videretransmissioner, der sker ved hjælp af samme tekniske midler som den oprindelige fremførelse, fremgår også af senere domme.⁶³

3.2.2.4 Overføringen skal evt. ske for vindings skyld. I en række sager har EU-Domstolen afgjort, at det har vejledende betydning, om overføringen *sker for vindings skyld eller ej*. I C-135/10 (SCF) var kriteriet en medvirkende grund til, at det ikke var kommunikation til almenheden efter låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2, at en tandlæge spillede radio i klinikken. Domstolen henviste bl.a. til, at man ikke går til tandlæge for at høre musik, og at overføringen ikke sker for vindings skyld, fordi den hverken giver tandlægen flere patienter eller mulighed for at hæve priserne.⁶⁴ Omvendt har kriteriet trukket i retning af, at der var sket overføring til almenheden, i sager om fremførelse via tv-apparater på restaurationer⁶⁵ og genoptræningscentre⁶⁶ og om fremførelse via radio, tv og cd-afspillere o.l. på hotelværelser.⁶⁷ Ræsonnementet er, at fremførelserne bidrager til genoptræningscentrets status og attraktivitet og giver det en konkurrencemæssig

⁵⁶ C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)).

⁵⁷ De forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League).

⁵⁸ De forenede sager C-431/09 og C-432/09 (Airfield).

⁵⁹ C-351/12 (OSA).

⁶⁰ C-117/15 (Reha training).

⁶¹ C-466/12 (Svensson) og C-160/15 (GS Media) præmis 40 ff. og 52.

⁶² Se dommens præmis 38–39, *Axhamn*, NIR 2014 s. 125, *Granmar i Karnell m.fl. (red.)*, Liber Amicorum Jan Rosén, Visby 2016 s. 364 f og *Wölk* i samme bog s. 888 ff.

⁶³ Jf. C-466/12 (Svensson) præmis 24, C-348/13 (BestWater) og C-160/15 (GS Media) præmis 37. Se i øvrigt om nyt publikums-kriteriet *Rosén/Granmar*, SvJT 2015 s. 347 ff. og ALAI-rapporten om linking mv. i NIR 2016 s. 85 ff. Se også en række yderligere artikler i Liber Amicorum Jan Rosén.

⁶⁴ Jf. præmis 90 og 97 ff.

⁶⁵ De forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League).

⁶⁶ C-117/15 (Reha Training).

⁶⁷ C-306/05 (SGAE) (tv) og C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) (radio, tv og cd-afspillere).

fordel,⁶⁸ de giver restaurationen flere gæster,⁶⁹ og de gør det muligt for hotel-ejeren at tage mere for værelserne.⁷⁰ Vindingskriteriet har også betydning for, om linking til stof, der er lagt på internettet uden tilladelse fra rettighedshaverne, er overføring eller ej: Hvis linking'en sker for vindings skyld, er der ifølge domstolen en formodning for, at linkerens var i ond tro om den manglende tilladelse. Det vil så igen betyde, at der er tale om overføring i henhold til kriteriet om, at overføring skal ske bevidst.⁷¹ Det har i øvrigt været uklart, hvilken rækkevidde EU-Domstolen tillægger vindingskriteriet. Nogle domme må forstås sådan, at der er tale om et alment kriterium, der gælder i alle sager om overføring til almenheden, dvs. ikke kun låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2, men også infosoc-direktivets art. 3, stk. 1.⁷² I OSA-dommen blev det derimod signaleret, at der er tale om et særligt kriterium, der kun gælder i sager om låne- og lejedirektivets art. 8, men er irrelevant for, om der er sket overføring efter infosoc-direktivet.⁷³ Nu har EU-Domstolens Store Afdeling meldt endeligt ud, at der er tale om et alment kriterium, der gælder både efter låne- og lejedirektivet og infosoc-direktivet, og at der gælder de samme offentlighedskriterier efter de to direktiver.⁷⁴ Domstolen tilføjer den serviceoplysning, at kriteriet ”navnlig” er relevant for størrelsen af det vederlag, rettighedshaveren kan opkræve til gengæld for overføringen.⁷⁵ Meningen er vel, at der i visse tilfælde kan ske overføring til almenheden, selvom overføringen ikke sker for vindings skyld, men at det så kan påvirke betalingskravet i negativ retning. Det ligger i øvrigt som sagt klart, at der ikke er tale om en ufravigelig betingelse, men kun om et vejledende kriterium, der ikke er ”uden relevans”.⁷⁶ Domstolen understreger,

⁶⁸ C-117/15 (Reha Training) præmis 63.

⁶⁹ De forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 205.

⁷⁰ C-306/05 (SGAE) præmis 44 og C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 44.

⁷¹ C-160/16 (GS Media) præmis 38 ff.

⁷² Jf. C-306/05 (SGAE), jf. præmis 44, C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 205 og C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 42.

⁷³ C-351/12 (OSA) præmis 34 f. Domstolen havde allerede tidligere taget tilløb til denne forbløffende fortolkningsmanøvre i C-135/10 (SCF) og C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)), der begge indeholder udtalelser om, at der i forbindelse med låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2, skal ske en særlig »individualiseret« vurdering, der tager hensyn til, at art. 8, stk. 2, kun giver udøvende kunstnere og fonogramfremstillere en vederlagsret, mens infosoc-direktivet giver ophavsmændene en rigtig forbudsret. Se nærmere C-135/10 (SCF) præmis 76 ff. og C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 29 ff. og 38, sml. også C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 22.

⁷⁴ C-117/15 (Reha Training) præmis 34, jf. præmis 22 ff. Kriteriet er siden brugt i C-160/15 (GS Media) om infosoc-direktivets art. 3, stk. 1.

⁷⁵ Jf. C-117/15 (Reha Training) præmis 49.

⁷⁶ De forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 204, C-135/10 (SCF) præmis 88, C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 42. I sidstnævnte sag er det antaget, at internettransmission af tv-udsendelser, andre har udsendt via kabel, er overføring til almenheden uafhængigt af, om internettransmissionen er reklamefinansieret og dermed sker med vinding for øje (præmis 41 ff.), og at det også er uden betydning, om den, der står for en overføring, står i et konkurrenceforhold til rettighedshaveren (præmis 45 ff.). Om vindingskriteriet se også C-306/05 (SGAE) præmis 44.

at det er underforstået, at offentligheden skal være modtagelig for brugerens kommunikation og ikke blot fanget ved et tilfælde.⁷⁷

3.2.2.5 Brug af kriterierne i praksis. Vindingskriteriet har som sagt kun vejledende betydning. Bortset fra det er de ovennævnte kriterier bindende. Det vil sige, de skal som udgangspunkt alle sammen være opfyldt, før der sker overføring til almenheden. Der kan ganske vist være sager, hvor det følger af kriterierne selv, at de ikke alle sammen er relevante. Bl.a. er der sager, hvor nyt publikums-kriteriet ikke skal inddrages, fordi der ikke er tale om en fornyet fremførelse, eller hvis en fornyet fremførelse sker vha. nye tekniske midler. Se ovenfor 3.2.2.3. Men de EU-retlige almenhedskriterier, der ifølge deres indhold er relevante i en sag, er bindende. Dermed adskiller de EU-retlige kriterier sig fra de traditionelle nordiske kriterier om offentlig fremførelse, jf. ovenfor 2.2. Efter en traditionel nordisk bedømmelse skal der anlægges et skøn, hvor man afvejer diverse momenter afvejes over for hinanden. Somme tider går det den ene vej, og somme tider den anden. Se bl.a. ovenfor 2.2.1.3 note 26 eller ovenfor 2.2.7 note 35. I EU-retten spiller klaveret anderledes. Her ser man simpelthen på, om de betingelser, der kan udledes af de tidligere nævnte kriterier, er opfyldt eller ej.

EU-Domstolen ynder ikke desto mindre at sige, at der er tale om ”supplerende kriterier, som ikke er selvstændige, men indbyrdes forbundne i forhold til hinanden. Eftersom disse kriterier i forskellige konkrete situationer kan være til stede i stærkt varierende omfang, skal de anvendes såvel individuelt som i forhold til deres samspil med hinanden”.⁷⁸ Det er uklart, hvad domstolen mener med det. I begyndelsen var meningen måske at understøtte dens daværende idé om, at vindingskriteriet primært eller kun var relevant i sager om låne- og leje-direktivets art. 8, stk. 2, ikke i sager om infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Se SCF-dommens præmis 76, 79 og 89 samt ovenfor 3.2.2.4 m. note 73. I GS Media-sagen, derimod, sigtedes der sikkert til det elegante samspil mellem vindingskriteriet og bevidsthedskriteriet, som domstolen havde etableret i sagen. Se ovenfor 3.2.2.4 og 3.2.2.2. Uanset hvad meningen er, skal man være opmærksom på, at der faktisk er tale om bindende kriterier. Der sker kun overføring til almenheden, hvis de betingelser, der kan udledes af dem, alle sammen er opfyldt.

3.2.2.6 Hvordan ændrer det EU-harmoniserede almenhedsbegreb den nordiske retstilstand? De EU-harmoniserede almenhedskriterier er forskellige fra de traditionelle nordiske kriterier, omtalt ovenfor afsnit 2. Ifølge de nordiske kriterier er fremførelse offentlig, hvis der ikke er personlige bånd mellem fremføreren og publikum. Man ser også på publikums størrelse og på, om fremførelsen er erhvervsmæssig. Desuden gælder særlige principper i forbindelse med fremførelse

⁷⁷ C-135/10 (SCF) præmis 91, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 37 og C-117/15 (Reha Training) præmis 48.

⁷⁸ Her citeret efter C-160/15 (GS Media) præmis 34. Indholdsmæssigt tilsvarende udtalelser i C-117/15 (Reha Training) præmis 35, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)) præmis 30 og C-135/10 (SCF) præmis 79 f. I sidsnævnte doms præmis 80 tilføjes, at ”Det påhviler derfor den nationale ret at foretage en helhedsvurdering af den givne situation”.

i foreninger. Efter det EU-retlige almenhedsbegreb, derimod, skal fremførelsen rette sig mod et ubestemt, betydeligt antal mennesker, evt. målt ”kumulativt”, visse former for fremførelse skal rette sig mod et ”nyt publikum”, og det er et krav, at fremførelsen sker bevidst over for et publikum, der ikke er fanget ved et tilfælde mv. Retspraksis udvikler sig ganske vist hele tiden. Man kan derfor kun udtale sig om det EU-retlige almenhedsbegreb, hvis man først undersøger, om der er kommet nye domme fra EU-Domstolen. Men nu, i efteråret 2016, forholder det sig som sagt ovenfor.

Det er et almindeligt EU-retligt princip, at begreber i direktiver skal fortolkes ens i alle EU-lande, medmindre der undtagelsesvis står noget andet i direktiverne.⁷⁹ I overensstemmelse med det har EU-Domstolen fastslået, at begrebet overføring til almenheden skal forstås på den måde, domstolen siger, og at EU-landene ikke har lov at fortolke almenhedsbegrebet på nogen andre måder.⁸⁰ Sagt på en anden måde er de principper for fortolkning af begrebet almenheden, der fremgår af domstolens praksis, udtryk for udtømmende totalharmonisering.⁸¹

Når det handler om fremførelse, der har karakter af overføring, er det derfor de EU-retlige kriterier, der gælder. Det betyder ikke alene, at de nordiske lande som sådanne har en EU-retlig pligt til at implementere de EU-retlige kriterier.

⁷⁹ Se f.eks. C-5/08 af 16.07.2009 (Infopaq) præmis 27 eller C-510/10 af 26.04.2012 (DR og TV2 Danmark) præmis 33.

⁸⁰ Se C-306/05 (SGAE) præmis 31.

⁸¹ En mulig undtagelse: Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, giver ophavsmænd eneret til overføring til almenheden, herunder on demand-tilrådighedsstillelse, dvs. upload til nettet på en sådan måde, at publikum selv kan vælge, hvornår de vil tilgå stoffet. Art. 3, stk. 2, litra d, fortsætter med bl.a. at give eneret til on demand-tilrådighedsstillelse til radio- og fjernsynsforetagender for så vidt angår optagelser af deres udsendelser uden at sige noget om, hvorvidt de også skal have eneret til andre slags fremførelse end on demand-tilrådighedsstillelse. I C-279/13 af 26.03.2015 (Sandberg) afgjorde EU-Domstolen, at EU-landene ikke desto mindre gerne må give radio- og fjernsynsforetagender eneret til andre slags fremførelse end on demand-tilrådighedsstillelse, herunder sådan, så de kan skride ind over for links til hjemmesider, hvor man kan se deres udsendelser live, mens de udsendes. Spørgsmålet til domstolen lød ”Kan medlemsstaterne indføre en mere omfattende eneret for rettighedshaver[ne] ved at lade overføring til almenheden omfatte flere handlinger end dem, der er anført i [...] artikel 3, stk. 2 [...]”. Domstolens svar lød ”artikel 3, stk. 2, [...] [er] ikke [...] til hinder for nationale retsfor skrifter, der giver en mere vidtgående eneret til de radio- og fjernsynsforetagender, der er omhandlet i denne artikel 3, stk. 2, litra d), i forhold til handlinger vedrørende overføring til almenheden, som kan være direkte transmissioner af sportsbegivenheder på internettet [...]”. Man kan spørge, om det betyder, at EU-landene må opfinde deres eget almenhedsbegreb i forbindelse med radio- og fjernsynsforetagenders fremførelser bortset fra on demand-tilrådighedsstillelse, sml. herved *Schønning*, NIR 2015 s. 563 ff. Forf. anser her dommen for at betyde, at EU-landene kan anse linking til radio- og fjernsynsudsendelser for krænkende på andre betingelser, end der gælder efter EU-Domstolens andre domme om linking, dvs. indføre en anden definition på overføring til almenheden, end der ellers gælder, når det handler om radio- og fjernsynsudsendelsers fremførelser bortset fra online-tilrådighedsstillelse. Jeg er for mit vedkommende ikke i tvivl om, at den fortolkning af almenhedsbegrebet, som EU-Domstolen har foretaget i de tidligere nævnte domme, må gælde helt generelt, også i forbindelse med radio- og fjernsynsudsendelsers fremførelser bortset fra online-tilrådighedsstillelse. Man skal i den forbindelse huske, at EU-Domstolen anser maksimal harmonisering og ensretning for en vigtig målsætning, og at domstolen er villig til at strække sig særdeles langt for at realisere den, jf. ovenfor 3.2.1 om effektivitetsprincippet.

Det betyder også, at de nordiske domstole normalt skal bruge de EU-retlige offentlighedskriterier i sager om overføring efter de nordiske ophavsretsloves §§ 2 og 3.

Tingene er måske mere tvivlsomme i forbindelse med nordiske lovregler, der positivt fraviger de EU-retlige offentlighedskriterier. Direktiver har jo som udgangspunkt ikke direkte virkning,⁸² og selvom EU-landene har en vidtgående pligt til at tolke nationale regler i overensstemmelse med EU-retten, kan direktiver ikke føre til, at der i sager mellem private parter ligefrem anlægges fortolkninger *contra legem*.⁸³ På den anden side er der vist kun én nordisk regel, der klart kan ses som en fravigelse af de EU-retlige almenhedskriterier. Det drejer sig om reglen om, at erhvervs-mæssige fremførelser for større kredse altid er offentlige. Se ovenfor afsnit 2.2.1.3 om den danske ophavsretslovs § 2, stk. 4, nr. 2, og den svenske og den finske ophavsretslovs § 2, stk. 4. Derimod er det svært at komme i tanker om andre lovregler, der fraviger de EU-retlige offentlighedskriterier på en måde, man ikke kan tolke sig ud af. Se nedenfor.

Så når det handler om overføring, er det nu de EU-retlige offentlighedskriterier, der sætter dagsordenen. Det er ikke de gamle nordiske offentlighedskriterier. På en række områder har det ingen praktisk betydning, fordi de EU-retlige kriterier fører til samme resultat som de traditionelle nordiske kriterier. Både de traditionelle nordiske kriterier og de nye EU-retlige kriterier fører f.eks. til, at det er offentlig fremførelse at spille musik i radio og tv. Men der er også en række områder, hvor EU-retten fører til andre resultater end dem, der følger af de nordiske kriterier.

Nogle eksempler:

- Det har indtil nu ligget fast i nordisk ret, at erhvervsdrivende, der spiller radio eller tv i deres lokaler, foretager en fornyet offentlig fremførelse. Det gælder som udgangspunkt også efter EU-retten. Se bl.a. de forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League) om musikfremførelse på restaurationer.⁸⁴ Efter EU-Domstolens dom i C-135/10 (SCF) gælder det dog ikke, hvis fremførelsen sker i lokaler, hvor der kun er plads til nogle få mennesker, jf. ovenfor 3.2.2.1. I sagen var det jo ikke overføring til almenheden, at en tandlæge spillede radio i klinikken, bl.a. fordi der kun var plads til nogle få patienter ad gangen, og fordi patienterne derfor ikke levede op til det EU-retlige krav om, at publikum skal udgøre en bred og ubestemt kreds. Det gjaldt ifølge dommen, selvom man bedømte publikums størrelse ”kumula-

⁸² Jf. TEUF art. 288, stk. 3.

⁸³ Jf. bl.a. C-351/12 (OSA) præmis 45 med henvisninger. Ikke-implementerede direktiver kan dog i visse tilfælde have ”indirekte horisontal anvendelighed”, dvs. at de kan påberåbes i private tvister, så længe det ikke påfører parterne rettigheder og pligter, men nøjes med at påvirke deres retsstilling mere indirekte. Se *Engsig Sørensen/Runge Nielsen/Hartig Danielsen*, EU-retten, Kbh. 2014 s. 160 ff., *Craig/de Búrca*, EU Law s. 207 f. og *Chalmers/Davies/Monti*, European Union Law, Cambridge mv. 2010 s. 290 ff. Men principets indhold og rækkevidde er, må det erkendes, tvivlsomt og svært at udtale sig om. Se nærmere gennemgangen i de nævnte bøger. Sml. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret s. 130.

⁸⁴ Se også C-306/05 (SGAE) om hotel-tv og C-351/12 (OSA) om en kurbadeanstalt, der gav patienterne adgang til radio og tv.

tivt”, dvs. tog hensyn til, at der kom nye patienter bagefter, fordi de forskellige patienter sandsynligvis ikke ville komme til at høre de samme udsendelser, jf. nærmere præmis 96. Dommen må også have relevans for andre end tandlæger, der udøver deres erhverv i små lokaler, hvor der ikke er plads til mange ad gangen. Det er derfor f.eks. spørgsmålet, hvad der gælder i forhold til små frisørsaloner o.l. Hvis de pågældende i stedet for radio afspiller værker fra medier, som de kan afspille igen og igen, f.eks. musik fra netbaserede streamingtjenester (Spotify o.l.), og hvis de spiller de samme værker for forskellige kunder, må man sikkert anse fremførelserne for offentlige i henhold til EU-Domstolens ”kumulative” kriterium, der siger, at der skal ses på det samlede antal personer, værket bliver fremført for, selvom fremførelserne sker på forskellige tidspunkter.⁸⁵ Hvis de pågældende nøjes med at have radioen tændt, kan tingene derimod muligvis stille sig anderledes. Spørgsmålet vanskeliggøres af EU-Domstolens upræcise udmeldinger vedr. det kumulative kriterium: Ifølge SCF-dommen er tandlægers brug af radio ikke-offentlig ud fra det kumulative kriterium, fordi de forskellige patienter sandsynligvis ikke hører den samme musik i radioen. Men ifølge OSA-dommen er transmission af radio/tv til værelserne på en kurbadeanstalt offentlig efter det kumulative kriterium, muligvis ud fra en tanke om, at udsendelserne bliver genudsendt. Se ovenfor 3.2.2.1. Man skulle for resten mene, at det kan betyde noget, hvilken type af radiostation der er tale om. Hvis en erhvervsdrivende i et lille lokale har radioen permanent tunet ind på en hit-station, der spiller de seneste hits igen og igen, vil de forskellige kunder jo komme til at høre de samme numre. Og så vil overføringen ske til almenheden pga. det kumulative kriterium.

- Det er fast antaget i Norden, at det er offentlig fremførelse, når ekspedienter i radio- og tv-forhandlere tænder for de forskellige tv’er for at demonstrere billedkvaliteten. Se bl.a. den svenske højesteretsdom i NJA 1986 s. 702 ff./NIR 1987 s. 89 ff. Det er ikke givet, at det er foreneligt med EU-retten, hvis der er tale om demonstrationer over for en enkelt kunde, og hvis de sker i forretningslokaler, hvor der ikke er plads til mange ad gangen. Det må så være tvivlsomt, om der sker fremførelse over for et betydeligt, ubestemt antal potentielle modtagere, sådan som det kræves af EU-Domstolen. Sådan er det vel, selvom man lægger vægt på EU-Domstolens ”kumulative” kriterium, fordi de forskellige kunder vel ikke ser de samme udsendelser (?). EU-Domstolens administration af det kumulative kriterium er dog noget mærkeligt og uforudsigeligt, jf. ovenfor 3.2.2.1.
- I hvert fald i Danmark anses fremførelse af musik i ungdomsklubber ikke for offentlig, jf. UfR 1999.2011 H. Højesteret henviser i den forbindelse bl.a. til, at der er personlige bånd mellem personale og klubmedlemmer, at der kun er få hundrede klubmedlemmer, hvis fremmøde i øvrigt er begrænset, og at opholdet i klubberne er et alternativ til samvær i hjemmet mv. Disse kriterier svarer ikke til de EU-retlige. Efter dem er det afgørende, om publi-

⁸⁵ Jf. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret 2015 s. 181.

kum udgør et betydeligt, ubestemt antal personer målt kumulativt etc. Hvis en ungdomsklubs medlemmer må karakteriseres som en betydelig, ubestemt personkreds – og sådan vil det sikkert normalt være – vil det derfor være offentlig fremførelse at spille musik i klubberne, hvis fremførelsen har karakter af overføring. Det vil den ofte have i dag, hvor meget musik kommer fra streamingtjenester.

- Der findes en omfattende nordisk retspraksis og teori om, hvornår fremførelse i foreninger er offentlig. Se ovenfor 2.2.3. De kriterier, man kan udlede af det, er retshistorie i forbindelse med fremførelser, der har karakter af overføring, f.eks. fremførelse af musik fra streamingtjenester. Flere af de nordiske foreningssager ville derfor nok skulle have et andet udfald i dag. I UfR 2004.2134 H afgjorde den danske Højesteret f.eks., at brug af musik på de enkelte hold i gymnastikforeninger ikke var offentlig fremførelse, bl.a. fordi foreningerne var baseret på frivilligt arbejde og havde rod i lokalsamfundet, og fordi de fremmede sociale relationer mellem medlemmerne mm. Det er ikke givet, at de EU-retlige kriterier ville have ledt til det samme resultat. Det ville de sikkert ikke.
- Efter ophavsretslovene i Danmark, Sverige og Finland er erhvervsmæssige fremførelser, der sker for det, der i den danske ophavsretslov kaldes ”en større kreds”, og som i de svenske og finske love hedder en ”større sluten krets”, pr. definition altid offentlig. I Danmark anses det for at betyde mindst 40 personer, i svensk ret over 50, men ikke under 20 personer. Se ovenfor 2.2.1.3 om den danske lovs § 2, stk. 4, nr. 2 og den svenske og den finske lovs § 2, stk. 4. Efter de EU-retlige kriterier, derimod, har det, når talen er om overføring af egentlige værker, kun en vis vejledende betydning, om fremførelsen sker erhvervsmæssigt, og der er ikke tale om noget ufravigeligt, fast kriterium. Desuden er det tvivlsomt, om de forsøg på kvantificering af begrebet ”en større kreds”, som er foretaget i de danske og svenske forarbejder mv., jf. ovenfor 2.2.1.3, er forenelige med EU-retten. De danske forarbejder siger f.eks., at en større kreds betyder 40 personer eller derover. Men det er ikke givet, at en fremførelse over for f.eks. 41 personer pr. definition er offentlig efter en EU-retlig bedømmelse. De dansk-svensk-finske regler om, at erhvervsmæssige fremførelser for større kredse altid er offentlige, er derfor på kant med EU-retten i sager, hvor fremførelsen har karakter af overføring, herunder ved brug af radio og tv eller fremførelse af værker, der streames fra nettet. Det er tvivlsomt, om de danske, svenske og finske domstole kan tolke sig ud af det problem, eller om der er brug for en lovændring. Der står jo, hvad der står, i loven, og ukorrekt implementerede direktiver kan ikke føre til tolkninger *contra legem* i sager mellem private parter, jf. ovenfor v. note 83. Det bedste vil være at ophæve reglerne snarest muligt. Det er forresten også tvivlsomt, om UfR 2007.1581 H er forenelig med EU-retten. Det var her, den danske Højesteret bestemte, at det ikke var offentlig fremførelse, at 838 medarbejdere i en renovationsvirksomhed kunne lytte til musik via tv-apparater, radioer og cd-afspillere, herunder i kontorer og værksteder med plads til op til 21 medarbejdere, i motionsrum med plads

til op til 3–4 medarbejdere og i lastbiler med plads til op til 2–3 medarbejdere. Baggrunden var et udspekuleret kriterium om, at fremførelserne jo ikke skete i lokaler, der kunne rumme de 40 personer, der efter forarbejderne til den danske § 2, stk. 4, nr. 2, er en større kreds. Det rent kvantitative kriterium er uforeneligt med EU-retten. Og i hvert fald i tilfælde, hvor den samme musik bliver spillet flere gange for forskellige medarbejdere, vil EU-Domstolens ”kumulative” kriterium føre til, at der klart sker offentlig fremførelse, også i små lokaler på arbejdspladser.

- Det er fremførelse at sende radio- og tv-udsendelser, som man har nedtaget vha. en antenne, videre til andre via kabel. I Norden har man prøvet at opstille håndfaste regler for, hvor mange modtagere der skal være tale om, før fremførelsen er offentlig. Se nærmere ovenfor 2.2.1.3. Der gås ganske særligt håndfast til værks i den danske ophavsretslovs § 35, stk. 2, der siger, at den slags fremførelser ikke kræver tilladelse, hvis videresendelsen ikke sker til mere end 2 tilslutninger. Meningen er ifølge forarbejderne at udtrykke en regel om, at videresendelser, der sker til mere end 2 tilslutninger, pr. definition er offentlige. Den modsætningslutning er lodret uforenelig med EU-retten. Men det er et almindeligt princip, at ukorrekt implementerede direktiver ikke må føre til resultater *contra legem* i sager mellem private, jf. ovenfor note 83. Spørgsmålet er, om vi kan tolke § 35, stk. 2, EU-retskonformt uden at bryde med det princip. Svaret må heldigvis være ja: I sager om kabelviderespredning til 2 tilslutninger eller derunder vil både § 35, stk. 2, og EU-retten føre til, at der ikke sker overføring til almenheden. I sager om kabelviderespredning til *mere end* 2 tilslutninger vil EU-retten føre til, at der somme tider sker overføring til almenheden, somme tider ikke. Det må være muligt at nå til samme resultat efter § 35, stk. 2. Den siger jo nemlig faktisk ikke noget om, hvorvidt kabelviderespredning til mere end 2 tilslutninger er offentlig. Den handler kun om sager, hvor der sker kabelviderespredning til 2 tilslutninger eller *derunder*. EU-retskonform tolkning § 35, stk. 2, er dermed ikke *contra legem*. Keine Hexerei, nur Behändigkeit. Det bedste vil dog være at få ophævet § 35, stk. 2, så snart som muligt.

Der kan nævnes mange andre eksempler. Ovenstående er kun toppen af isbjergget.

3.2.2.7 *De EU-retlige kriterier bør også bruges i forbindelse med direkte fremførelse.* De EU-retlige kriterier gælder kun for fremførelser, der har karakter af ”overføring til almenheden”. De gælder derimod ikke for fremførelser, der indebærer ”direkte fremførelse”, dvs. fremførelse, der udgår fra samme sted som der, hvor publikum er. Se ovenfor 3.2.1. Bortset fra et par bestemmelser om ”fremførelse” og ”genanvendelse” i databasedirektivet (96/9 af 11.03.1996) art 5, litra d og e og art. 7, stk. 2, litra b, som muligvis kan tænkes også at omfatte direkte fremførelse, er reglerne om direkte fremførelse nemlig ikke EU-harmoniseret. Det er derfor nærliggende at mene, at vi i de nordiske lande skal nøjes med at bruge de EU-retlige kriterier i forbindelse med overføring til almenheden, men

holde fast i de traditionelle nordiske kriterier i forbindelse med direkte fremførelse.

Men det er ingen holdbar løsning. Sagen er nemlig, at mange former for fremførelse somme tider er overføring og somme tider direkte fremførelse. Snart er der tale om det ene og snart om det andet. Tit er det meget svært at overskue, hvornår der er tale om hvad. Når det i den slags situationer skal vurderes, om en fremførelse er privat eller offentlig, fungerer det ikke at bruge de traditionelle nordiske kriterier i forbindelse med direkte fremførelse og de EU-retlige kriterier i forbindelse med overføring. Det gør reglerne umulige at håndtere på en fornuftig måde.

Eksempel 1: En frisør spiller musik i salonen. Somme tider spiller hun radio, og somme tider slutter hun sin iPhone til stereoanlægget og spiller musik fra Spotify. Hun har indstillet sin Spotify sådan, så de fleste af numrene streames direkte fra internettet, dvs. at de ligger på Spotifys server og hentes ned i iPhonen, efterhånden som de bliver spillet. Andre numre ligger lagret i iPhonen, fordi frisøren har indstillet sin Spotify sådan, at visse numre bliver gemt på den, så hun kan høre dem på steder, hvor internetforbindelsen er dårlig. Juridisk set er der tale om direkte fremførelse, når frisøren spiller de sange, der ligger gemt i iPhonen, for kunderne. Denne direkte fremførelse må være offentlig efter de nordiske kriterier, fordi salonen er åben for alle, jf. UfR 1999.2057 V, og fordi musikken bliver brugt erhvervsmæssigt. Derimod er der tale om overføring, når frisøren spiller radio eller streamer sangene direkte fra nettet. Hvis salonen er lille, sådan så der kun er plads til enkelte kunder ad gangen, er frisørens brug af radio vel ikke-offentlig efter princippet i C-135/10 (SCF). Det var her, EU-Domstolen afgjorde, at det ikke var offentlig fremførelse, at en tandlæge spillede radio i en klinik, hvor der kun var plads til nogle få patienter ad gangen. Det gjaldt, selvom man bedømte publikums størrelse "kumulativt", fordi de forskellige mennesker i klinikken ikke hørte de samme radioudsendelser. I forbindelse med frisørens streaming af musik fra nettet vil EU-Domstolens kumulative kriterium derimod kunne lede til, at der er tale om overføring til almenheden, hvis frisøren spiller de samme numre for tilstrækkeligt mange forskellige kunder. Det er muligt, at det samme gælder musikken i radioen, hvis frisøren har tunet ind på en hit-station, der hele tiden spiller de seneste hits igen og igen. Se ovenfor 3.2.2.6.

Eksempel 2: Medlemmerne af en lille lokal forening af filmentusiaster mødes en lørdag aften for at se en klassisk amerikansk film, der bliver sendt i tv. De har en digital tv-modtager med optagefunktion og optager filmen, så de kan se den igen. Den følgende onsdag er der en række medlemmer, der mødes og ser filmen, som blev optaget om lørdagen. Om lørdagen, hvor foreningen viser filmen for medlemmerne, samtidig med at den bliver sendt i tv, er der tale om overføring. Den er muligvis ikke offentlig efter de EU-retlige kriterier, fordi klubbens medlemmer vel ikke udgør en stort, ubestemt antal personer. Om onsdagen, hvor foreningen spiller filmen igen, er der formentlig tale om direkte fremførelse, i hvert fald hvis tv-modtageren har lagret udsendelsen på en hard-disk, der befinder sig inde i den. Det er muligt, at denne fremførelse er offentlig efter de traditionelle nordiske kriterier om fremførelse i foreninger. Det afhænger af, hvor mange medlemmer foreningen har, om medlemskab er åbent for alle, om kontingentet opkræves effektivt etc., jf. ovenfor 2.2.3 note 30. Der er dog nogle tv-modtagere, hvis

optagefunktion virker sådan, at lagringen sker hos en server hos udbyderen. Hvis det er sådan en modager, filmklubben har, kan man filosofere over, om ikke der også er tale om overføring om onsdagen.

Eksempel 3: En universitetslærer, der skal forelæse på universitetet, krydrer sine PowerPoint-slides med fotografier og film. Han forbereder PowerPoint-showet hjemmefra og har det med til forelæsningen på en USB-klods. Nogle af fotografierne og filmene er sat ind i PowerPoint-showet og lagret på USB-klods. Andre billeder og film ligger på nettet, men bliver, når PowerPoint-showet afvikles, hentet over i det vha. ”embedded linking”, dvs. linking, som får det til at se ud, som om det, man linker til, befinder sig hos én selv. Der er 32 tilmeldte studenter på det hold, læreren skal forelæse for. Juridisk set er der tale om direkte fremførelse, når læreren viser de film og fotos, der ligger på USB-klods. Efter de nordiske offentlighedskriterier er den fremførelse formentlig offentlig, fordi der er tale om en forelæsning på et universitet, hvor der ikke er personlige bånd mellem underviseren og eleverne. Se ovenfor note 26. Derimod må der være tale om overføring, når læreren viser de film og fotos, der hentes over i PowerPoint-showet vha. embedded linking. Det er sandsynligt, at denne overføring ikke sker til almenheden, fordi de 32 tilmeldte studenter vel ikke er et stort, ubestemt antal personer efter EU-Domstolens kriterier.

Der kan nævnes mange andre eksempler. Når det i den slags situationer skal vurderes, om en fremførelse er privat eller offentlig, fungerer det ikke at bruge de traditionelle nordiske kriterier i forbindelse med direkte fremførelse og de EU-retlige kriterier i forbindelse med overføring. For det første fører det somme tider til absurde og urimelige resultater, f.eks. at frisøren i eksempel 1 kun skal betale for halvdelen af sit musikforbrug, at filmklubben i eksempel 2 muligvis kun skal betale til rettighedshaverne om onsdagen, men ikke om lørdagen, eller at det kun er hver anden PowerPoint-slide i eksempel 3, der kræver tilladelse. For det andet gør det selve vurderingen af, om der er tale om offentlig fremførelse eller ej, uhyggeligt indviklet. Det vil gøre det meget svært at arbejde praktisk med reglerne, herunder for de nordiske forvaltningsselskaber. Også jurister, der rådgiver andre om ophavsret, vil blive sat på en hård prøve. Hvor mange af os vil fange de juridiske finesser, som de ovennævnte eksempler afspejler, i en travl hverdag? Hvor sandsynligt er det, at frisøren, filmklubben og universitetslæreren vil få korrekt juridisk rådgivning, hvis de går til en advokat og beder vedkommende fortælle dem, om de skal betale de regninger, de får fra rettighedshaverne?

Retstilstanden bliver umulig, og der er kun en fornuftig løsning. Den er så vidt muligt at lægge de nye, EU-retlige kriterier til grund i alle fremførelsessager, uanset om der er tale om overføring eller direkte fremførelse. Det anbefaler vi derfor nu i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 175 ff. Den anbefaling skal gentages her. Hvis nordisk ophavsret stadig skal være operationel og gennemskuelig, går det simpelthen ikke, at der gælder ét kompliceret sæt offentlighedskriterier i forbindelse med direkte fremførelse og et andet lige så kompliceret sæt offentlighedskriterier i forbindelse med overføring. Det fungerer ikke i en virkelighed, hvor fremførelser snart har karakter af

det ene snart det andet, uden at man kan overskue, hvornår der er tale om hvad. Hvis ikke retstilstanden skal blive forplumret og umulig, er der kun plads til ét sæt af kriterier. Det er nødt til at være det EU-retlige.

I mange tilfælde vil de EU-retlige kriterier føre til samme resultater som de traditionelle nordiske kriterier. Både efter EU-retten og traditionel nordisk ret vil der f.eks. være tale om offentlig fremførelse, hvis man spiller musik til offentlige koncerter. Derimod vil man være i privatsfæren, hvis en folkeskolelærer læser historier for eleverne i klassen, eller hvis man læser godnathistorier for sine børn. Der vil dog også være tilfælde, hvor de EU-retlige kriterier fører til andre resultater end de nordiske. Se bl.a. eksemplerne ovenfor.

3.3 Spredning. Efter de traditionelle nordiske kriterier retter en spredning sig mod almenheden, hvis den sker over for mennesker, som den, der er ansvarlig for spredningen, ikke er knyttet til ved personlige bånd. I den forbindelse har man bl.a. antaget, at spredning, der kun sker over for en enkelt person, kan være offentlig. Se ovenfor 2.3. Spørgsmålet er, om det er foreneligt med EU-retten.

Spredningsretten er harmoniseret af en række EU-direktiver og traktater:

Efter *låne- og lejedirektivets* art. 1 ff. skal medlemsstaterne have regler, der medfører eneret til udlån og udleje af værker og visse naboretligt beskyttede fænomener, uden at det udtrykkeligt specificeres, at udlånet/udlejen skal rette sig mod almenheden. I art. 9, derimod, hedder det, at "Medlemsstaterne giver [...] eneret til at gøre [en række naboretligt beskyttede fænomener] tilgængelige for almenheden ved salg eller på anden måde; denne ret benævnes i det følgende "spredningsret", sml. også samme direktivs art. 2, der definerer "udlån" som visse former for tilrådighedsstillelse på "offentligt tilgængelige institutioner". I *infosoc-direktivets* art. 4, stk. 1 hedder det, at "Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden ved salg eller på anden måde ...". Se også *database-direktivets* art. 5 litra e, der giver ophavsmænd til databaser, der beskyttes som værker, eneret til "eksemplarfremstilling, spredning, tilgængeliggørelse, visning eller fremførelse til almenheden" i forskellige nærmere opregnede tilfælde, og art. 7, stk. 2, litra b, jf. stk. 1, der giver rettighedshavere til naboretligt beskyttede "sui generis"-databaser ret til "genanvendelse" defineret som "enhver form for tilgængeliggørelse for almenheden af hele databasens indhold eller en væsentlig del deraf ved spredning af eksemplarer, udlejning, online-transmission eller på anden måde". Se videre *programdirektivets*⁸⁶ art. 4, stk. 1, litra c, der giver ophavsmænd til computerprogrammer eneret til bl.a. "offentlig spredning". I *satellit- og kabeldirektivets* artikel 8, jf. art. 1, stk. 3, omtales "viderespredning pr. kabel". Ved det forstås dog ikke spredning i normal forstand, men derimod overføring, jf. ovenfor afsnit 3.2.1. I de ophavsretlige traktater er spredningsretten omtalt i WCT art. 6, stk. 1, der definerer spredningsret som retten til "the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership". Se også WPPT art. 8, stk. 1, og art. 12, stk. 1, om udøvende kunstnere og fonogramfremstilleres ret til "making available to the public [...]"

⁸⁶ Direktiv 91/250 af 14.5.1991, nu afløst af et kodificeret direktiv 2009/24 af 23.4.2009.

through sale or other transfer of ownership”, og art. 9, stk. 1, og 13, stk. 1, om sammes ret til at tillade ”commercial rental to the public”. Efter Bernerkonventionens art. 14, stk. 1, nr. 1, har ophavsmænd eneret til ”kinematografisk bearbejdelse og gengivelse af disse værker samt spredning af de således bearbejdede eller gengivne værker”.

EU-Domstolen har udtalt, at begrebet spredning til almenheden i infosoc-direktivets art. 4 skal fortolkes på samme måde som i WCT art. 6, og at der sker spredning til almenheden, hvis et eksemplar sælges og leveres til, eller er omfattet af et juridisk bindende salgstilbud rettet mod, ”et medlem af almenheden”, eller hvis der sker reklamering over for ”medlemmer af almenheden”.⁸⁷ Mens overføringer kun sker til almenheden, hvis de retter sig mod et betydeligt, ubestemt antal personer etc., kan spredning, der har karakter af fremsættelse af et bindende salgstilbud eller et bindende salg, altså anses for at ske til almenheden, selvom medkontrahenten kun er en enkelt person. Men bortset fra det virker det sandsynligt, at selve begrebet ”almenheden” må have samme indhold, uanset om der er tale om spredning eller overføring. Reglerne om spredning til almenheden findes jo i de samme direktiver som reglerne om overføring til almenheden. Og det skulle være mærkeligt, hvis EU-Domstolen f.eks. skulle nå frem til, f.eks. at ordet almenheden betyder noget andet i infosoc-direktivets art. 4 end i infosoc-direktivets art. 3, eller at der gælder forskellige almenhedsbegreber i relation til de forskellige dele af databasedirektivets art. 5 om ”spredning, tilgængeliggørelse, visning eller fremførelse til almenheden”. Der må derfor være stor sandsynlighed for at spredning i form af reklamering kun sker til almenheden, hvis den retter sig mod en ubestemt kreds bestående af et betydeligt antal personer målt kumulativt etc. Derimod vil reklamering i mere lukkede kredse, f.eks. blandt kollegerne på en mindre arbejdsplads, nok ikke være offentlig efter de EU-retlige kriterier.⁸⁸

3.4 Visning. Der findes nogle enkelte omtaler af visningsretten i databasedirektivet og programdirektivet: Databasedirektivets art. 5, litra d, giver ophavsmænd til ophavsretligt beskyttede databaser eneret til ”tilgængeliggørelse, visning eller fremførelse til almenheden”, se også litra e, der siger, at de skal have eneret til ”eksemplar fremstilling, spredning, tilgængeliggørelse, visning eller fremførelse til almenheden” af bearbejdede version af databaserne. Måske fremgår der også en visningsret af art. 7, stk. 2, litra b), der definerer ”genanvendelse” af sui generis-databaser som ”enhver form for tilgængeliggørelse for almenheden [...] ved spredning af eksemplarer, udlejning, online transmission eller på anden måde”, kursivering her.⁸⁹ Men grundlæggende er visningsretten ikke EU-har-

⁸⁷ Se nærmere C-516/13 af 13.05.2015 (Dimensione Direct Sales) præmis 23 ff., C-5/11 af 21.06.2012 (Donner) præmis 23 ff. og C-98/13 af 06.02.2014 (Blomqvist) præmis 28.

⁸⁸ Se *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret s. 174 f og 178.

⁸⁹ Sml. programdirektivets art. 4, litra a, der giver eneret til eksemplar fremstillinger, der er nødvendige for at foretage ”visning på skærm”. Det, bestemmelsen giver eneret til, er ikke selve skærmvisningen, men den eksemplar fremstilling, der er nødvendig for den. Det er i øvrigt nærliggende at argumentere for, at visning på skærm ikke er visning, men fremførelse i ophavsretlig forstand.

moniseret. I de nordiske lande står det os derfor principielt frit for at fastholde det traditionelle nordiske offentlighedsbegreb, når det skal afgøres, hvornår en visning er sket til almenheden.

Men det er et væsentligt hensyn, at de ophavsretlige regler ikke må være for komplicerede at arbejde med. Som beskrevet ovenfor 3.2.2.7 bør de EU-retlige offentlighedskriterier derfor efter min mening bruges i relation til alle former for fremførelse, uanset om der er tale om direkte fremførelse eller overføring. Ellers bliver retstilstanden så kompliceret, at det er umuligt at arbejde med den. Af samme grund bør man efter min mening så vidt muligt lægge de EU-retlige offentlighedskriterier til grund i relation til visningsretten.⁹⁰

Det er efter de traditionelle nordiske kriterier tvivlsomt, om det er visning at vise et eksemplar for en enkelt person, jf. ovenfor 2.4. Det vil det ikke være, hvis man lægger de EU-retlige kriterier til grund, fordi de kræver, at publikum skal udgøres af et betydeligt antal personer, jf. ovenfor 3.2.2.1. Det kumulative kriterium vil dog lede til, at der er tale om visning, hvis man viser samme eksemplar for forskellige personer en række gange efter hinanden. Bortset fra det vil de EU-retlige kriterier nok normalt lede til samme resultat som de traditionelle nordiske.

3.5 Eksemplarfremsstilling til privat brug. Reglerne om eksemplarfremsstilling til privat brug er EU-harmoniseret af infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b. Det hedder her:

”Stk. 2. Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i den i artikel 2 nævnte ret til reproduktion med hensyn til:

[...]

- b) reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation, i forbindelse med hvilken der tages hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse af de i artikel 6 nævnte tekniske foranstaltninger på det pågældende værk eller den pågældende frembringelse”.

Desuden er reglerne harmoniseret af databasedirektivets art. 6, stk. 2, litra a, og art. 9, litra a, der giver adgang til at indføre undtagelser om henholdsvis ”eksemplarfremsstilling til privat brug” og ”udtræk til privat brug” af ikke-elektroniske databaser. I programdirektivet er privatkopiering ikke nævnt, hvoraf må følge, at programmer ikke kan kopieres til privat brug, jf. *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, baggrundsafsnittet vedr. § 12. I låne- og lejedirektivet giver § 10, stk. 1, ret til privatkopiering af visse fænomener beskyttet af naborettigheder. På traktatplan er privatkopiering omfattet af nogle helt overordnede og generelle bestemmelser i Bernerkonventionens art. 9, stk. 2, og WCT art. 10, der muliggør undtagelser om eksemplarfremsstilling i respekt for den såkaldte ”tre trins-test” om, at undtagelser ikke må være for indgribende i forhold

⁹⁰ *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret s. 175 og 177 f.

til ophavsmændene, men uden at specificere nærmere, hvilke typer af undtagelser man kan indføre.

EU-Domstolen har endnu ikke beskæftiget sig med, hvad eksemplarfremsstilling til ”privat brug” er. Da begreberne ”offentlig” og ”privat” begrebsmæssigt er komplementære, kan man spørge, om man evt. kan tage udgangspunkt i EU-Domstolens kriterier for, hvornår overføring sker til almenheden. Hvis man gør det, vil al eksemplarfremsstilling, der ikke foretages til brug for et stort, ubestemt antal personer, ske til privat brug. En sådan tolkning vil indebære en udvidelse af adgangen til privatkopiering i forhold til, hvad der traditionelt har gjaldt i nordisk ret. Efter den traditionelle nordiske opfattelse sker eksemplarfremsstilling jo kun til privat brug, hvis kopierne skal bruges af den kopierende selv eller familie og venner, nære kolleger m.fl., jf. ovenfor 2.5. Desuden plejer man i nordisk ret at mene, at offentlighedsbegrebet er snævrere i forbindelse med privatkopiering end i forbindelse med offentlig fremførelse, og at der er tilfælde, hvor fremførelse over for et bestemt publikum er privat, selvom kopiering til samme publikum ikke er, se ovenfor 2.5. Det vil vel være slut med det, hvis man lægger de EU-retlige almenhedskriterier til grund, når man skal vurdere, hvornår der sker eksemplarfremsstilling til privat brug.

På den anden side er det usandsynligt, at de EU-retlige almenhedskriterier, der gælder i forbindelse med overføring, kan bruges i forbindelse med eksemplarfremsstilling til privat brug. Det skyldes, at retten til eksemplarfremsstilling til privat brug begrebsmæssigt er en undtagelse til ophavsretten, og at ophavsretlige undtagelser helt generelt skal fortolkes snævert og rettighedshavervenligt. Baggrunden er den nævnte ”tre-trins-test”, der går ud på, at man kun kan gøre undtagelser til eneretten i særlige tilfælde (trin 1), som ikke påvirker den normale udnyttelse af værket på en skadelig måde (trin 2), og som ikke på en urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser (trin 3). Tre-trinstesten er oprindeligt opfundet i Bernerkonventionens art. 9, stk. 2, og er siden gentaget i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5, TRIPS-aftalens art. 13 og WCT art. 10, stk. 1. Samme resultat følger af et generelt EU-retligt princip om, at undtagelser fra en hovedregel i et direktiv skal fortolkes snævert. Se f.eks. C-5/08 af 16.7.2009 (Infopaq) præmis 56 og C-435/12 af 10.4.2014 (Stichting de Thuiskopie) præmis 22. Det må derfor antages, at vi i de nordiske lande skal blive ved med at lægge det traditionelle kriterium om personlige bånd til grund, når vi vurderer, om eksemplarfremsstilling sker til privat brug eller ej. Det må være det rigtige, indtil EU-Domstolen fortæller os andet.

3.6 Opsummering. Efter det EU-retlige offentlighedsbegreb retter fremførelser, der har karakter af *overføring*, sig altså mod almenheden, hvis:

- Fremførelserne retter sig mod et ubestemt antal potentielle modtagere, der udgør et betydeligt antal personer. Det kan evt. måles ”kumulativt”, sådan så det ikke alene er afgørende, hvor mange personer der har adgang til værket på én gang, men også hvor mange der har adgang til værket efter hinanden.
- Fremførelsen skal ske bevidst.

- Overføringer, der sker ved, at nogen videretransmitterer en fremførelse, som andre har sat i gang, skal rette sig mod et ”nyt publikum”.
- Det har en vis vejledende betydning, om fremførelsen sker for vindings skyld.

Begrebet overføring omfatter ikke alene selve det at udsende værker i radio og tv og på nettet, men også fornyet fremførelse af værker, som nogen har udsendt der, herunder for gæster på restauranter, elever i skoler m.m. Det EU-retlige offentlighedsbegreb indebærer en række ændringer i den nordiske retstilstand. Meget af det, der før var offentlig fremførelse, er det ikke mere, og omvendt. Se eksemplerne ovenfor 3.2.2.6.

Offentlighedsbegrebet er ikke EU-harmoniseret i relation til fremførelser, der ikke har karakter af overføring, men af *direkte fremførelse* for et tilstedeværende publikum. I relation til dem kan vi derfor principielt fastholde det traditionelle nordiske offentlighedsbegreb. Men det vil i høj grad forplumre retstilstanden og gøre den svær at arbejde med. Man bør derfor så vidt muligt bruge det EU-retlige offentlighedsbegreb også i relation til direkte fremførelse. Se ovenfor 3.2.2.7.

Spredningsretten er harmoniseret af en række EU-direktiver og traktater. EU-Domstolen har udtalt, at spredning i form af salg sker til almenheden, hvis et eksemplar sælges og leveres til, eller er omfattet af et juridisk bindende salgstilbud rettet mod, ”et medlem af almenheden”, eller hvis der sker reklamering over for ”medlemmer af almenheden”. Selve begrebet almenheden må dog betyde det samme som i relation til overføring, sådan så spredning i form af reklamering kun sker til almenheden, hvis den retter sig mod en ubestemt kreds bestående af et betydeligt antal personer målt kumulativt etc.

Visningsretten er kun EU-harmoniseret i meget begrænset omfang. Ovenfor 3.4. anbefales dog, at vi så vidt muligt lægger det EU-retlige almenhedsbegreb til grund i nordisk ret, når det skal afgøres, hvornår visninger sker til almenheden.

Reglerne om eksemplar fremstilling til privat brug er EU-harmoniseret, men EU-Domstolen har ikke udtalt sig om, hvad ”privat brug” vil sige i relation til reglerne om det. Af de grunde, der beskrives ovenfor 2.5, må det imidlertid antages at de nordiske privatbrugsregler er i overensstemmelse med EU-retten.

4. Afslutning

Engang gik der år imellem, at EU-Domstolen afsagde domme om ophavsret. Nu afsiger den et tocifret antal domme om året. Det betyder, at ophavsret i højere grad end før er blevet en EU-retlig disciplin. Før i tiden afgang de ophavsretlige resultater først og fremmest af nordiske domme og lovforarbejder m.m. Nu kan man ikke udtale sig sikkert om et ophavsretligt spørgsmål, før man har kontrolleret, om der er kommet praksis fra EU-Domstolen. Meget, der har stået fast i mange år, bliver lige pludselig anderledes.

Det gælder blandt andet i forbindelse med sondringen mellem offentlig og privat. De traditionelle nordiske kriterier, som vi har udviklet i løbet af 1900-

478 M. Rosenmeier

tallet, er i vidt omfang erstattet af EU-ret. Det er vi nødt til at være opmærksomme på, hvis vi vil håndtere retsområdet på den rigtige måde. Det er en af de priser, vi betaler for EU-medlemsskabet.