



EU og de ophavsretlige undtagelser

Rosenmeier, Morten

Published in:
Nordiskt Immateriellt Rättsskyd

Publication date:
2020

Document version
Også kaldet Forlagets PDF

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

Citation for published version (APA):
Rosenmeier, M. (2020). EU og de ophavsretlige undtagelser. *Nordiskt Immateriellt Rättsskyd*, 1(2020), 110-116.

EU og de ophavsretlige undtagelser

*Af professor Morten Rosenmeier**

1. Indledning

Hvis ikke ophavsretten skal gå over gevind, er man nødt til at have nogle ophavsretlige undtagelser, altså nogle regler, der siger, at noget som udgangspunkt er forbudt, men man må godt alligevel. Man har fx undtagelsesregler om kopiering til privat brug, citat og så videre.

Set fra en EU-synsvinkel er det vigtigt, at medlemslandenes ophavsretlige undtagelser ikke stikker for meget af fra hinanden. EU har derfor harmoniseret, hvilke undtagelser medlemslandene må have i deres nationale ophavsretslove. Harmoniseringen findes først og fremmest i infosoc-direktivet. Det er alt sammen barnemad for sådan nogle ophavsretseksperter som jer.

Spørgsmålet er, hvor meget EU-harmoniseringen af de ophavsretlige undtagelser binder medlemslandene, herunder os nordiske lande. Der står i infosoc-direktivet, at vi må have undtagelser om det og det. Hvor stor valgfrihed har medlemslandene så ved implementeringen? I hvilket omfang har vi frihed til at bestemme, hvordan undtagelserne konkret kan se ud? Er vi EU-retligt forpligtet til, at undtagelserne skal se ud på en ganske bestemt måde? Eller har vi et skøn ved implementeringen?

Det traditionelle nordiske svar er, at EU-retten sætter de overordnede rammer, men vi medlemslande skal nok selv udfylde dem. Før i tiden tog vi derfor ret afslappet på EU-retten. Vores holdning har været den, at EU er en god ting, men ikke noget, der skal tage overhånd, og at vi derfor skal passe på ikke at afgive for meget magt til dem. Tag bare Axhamns interessante foredrag fra for lidt siden! Axhamn omtalte bl.a. forarbejderne til den lov, der implementerede infosoc-direktivet i Sverige i 2004. Her understregede man i fuldt alvor, at infosoc-direktivet jo bare var et *minimumsdirektiv*. Sådan tænkte man så sent som i 2004.

Den afslappede holdning til EU-regler har også afspejlet sig i den måde, vi har undervist de jurastuderende på på universiteterne. Fra min egen stud.jur.-tid kan jeg f.eks. levende huske, hvordan vores forelæser i EU-ret – en virkeligt stor ping fra Udenrigsministeriet – forklarede os håbefulde unge mennesker, hvordan man

* Københavns Universitet, Center for Informations- og Innovationsret (CIIR). Ved siden af universitetsarbejdet udfører jeg praktisk ophavsretsarbejde, bl.a. som medlem af (og i visse tilfælde formand eller næstformand for) bestyrelserne for forskellige ophavsretlige forvaltningsorganisationer, herunder Copydan, Gramex mm. Herudover er jeg formand for Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA), som varetager de ophavsretspolitiske interesser for de danske akademikere, og for Dansk Selskab for Ophavsret mv. Se nærmere mit CV på www.jura.ku.dk/mortenrosenmeier.

fra dansk side somme tider indførte afgifter, hvis forhold til EU-retten gjorde dem til "EU-retlige grænsetilfælde" for at sige det mildt. Den snedige finte var, at hvis Kommissionen opdagede det og kom efter os, tog det 10 år, før sagen var slut. Og til den tid lavede vi så bare en anden afgift...

Den slags ting her er en naturlig reaktion, når nogen prøver at bestemme over os! Kommunerne vil gerne bestemme så meget, de kan, uden indblanding fra staten. Lokalfdelinger af firmaer vil ikke afgive alt for meget magt til hovedkontoret. Ansatte vil gerne have, at ledelsen giver dem valg og ansvar og indflydelse i stedet for irriterende *micromanagement*. Den lille hund vil ikke domineres alt for meget af den store hund. Der er tale om helt naturlige, psykologiske mekanismer.

På EU-området har det betydet, at medlemslandene altid har kæmpet for at bevare så meget suverænitet som muligt selv. EU, derimod, har det modsatte udgangspunkt. Før i tiden var det medlemslandene, der havde fat i den lange ende. Men nu er vi så langt i den EU-retlige integrationsproces, at bordet er vendt. EU får mere og mere magt. Medlemslandenes indflydelse bliver mindre og mindre og mindre.

Også inden for ophavsretten. Der kommer flere og flere domme fra EU-Domstolen, der slår fast, at EU's ophavsretsregler skal fortolkes på en ganske bestemt måde, som ikke giver medlemslandene nogen valgfrihed eller noget skøn, når reglerne skal omskrives til national ret. Men problemet er, at langt de fleste regler i i hvert fald den danske ophavsretslov er skrevet på et tidspunkt, hvor vi troede, at det forholdt sig modsat. Det er derfor et reelt spørgsmål, i hvilket omfang reglerne i den danske ophavsretslov implementerer de bagvedliggende EU-direktiver korrekt.

2. CIIRs undersøgelse af forholdet mellem dansk ophavsret og EU-ret

Det har jeg været med til at undersøge sammen med en række kolleger fra mit forskningscenter i København. De pågældende kolleger er Jørgen Blomqvist og Thomas Riis, som også er med her på symposiet, og Jens Schovsbo, Henrik Udsen og Sebastian Schwemer. Vi har skrevet en fælles artikel, der hedder *Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn – hvor går grænserne for "dansk ophavsret"?* Artiklen er trykt i NIR 2018 s. 291–357 ff. I artiklen holder vi bestemmelseerne i den danske ophavsretslov op imod EU-retten, og så undersøger vi, om de førstnævnte holder sig på den rigtige side af den sidstnævnte. Svaret er i vidt omfang nej.

Dele af artiklens undersøgelser viderefører analysen i Dan Stausholm, *Info-Soc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser*, Kbh. 2018.¹ Artiklen danner også grundlag for nogle indledende beskrivelser af forholdet mellem EU-ophavsret og national ophavsret i Rosenmeier/Szkalej/Wolk, *EU Copyright Law*, Alphen aan den Rijn 2019.

¹ Bogen kan downloades gratis som e-bog på www.ubva.dk under punktet "Publikationer".

3. Totalharmonisering eller minimumsharmonisering?

Når man skal beskrive, hvor meget EU-regler binder medlemslandene, plejer man, som I givetvis ved, at sondre mellem ”minimumsharmonisering” og ”totalharmonisering”. Minimumsharmonisering vil så sige, at EU-reglerne stiller visse mindstekrav, men så længe medlemslandene opfylder dem, bestemmer de selv resten. Totalharmonisering, derimod, vil sige, at medlemslandene skal indføre en ganske bestemt retstilstand, hverken mere eller mindre.

Da mine kolleger og jeg gik i gang med artiklen og lagde de metodiske rammer for den, var det et spørgsmål, om vi skulle tage udgangspunkt i den traditionelle sondring mellem minimumsharmonisering og totalharmonisering. Bl.a. på baggrund af de meget overbevisende analyser i Dan Stausholm-Nielsens bog fandt vi dog ud af, at det var en u hensigtsmæssig fremgangsmåde. Den traditionelle sondring mellem minimumsharmonisering og totalharmonisering er nemlig på mange måder uklar og upræcis. Bl.a. kan EU-retten indskrænke medlemslandenes valgfrihed på flere forskellige måder. Et direktiv kan derfor være udtryk for ”minimumsharmonisering” i visse relationer, mens det er udtryk for ”totalharmonisering” på andre punkter.

I artiklen droppede vi derfor sondringen mellem minimumsharmonisering og totalharmonisering. I stedet opdeler vi spørgsmålet om, hvor meget EU-regler binder medlemslandene, i tre underspørgsmål:

1. I hvilket omfang skal ord og begreber i ophavsretsdirektiver fortolkes ens i medlemslandene?
2. I hvilket omfang må medlemslandene supplere et ophavsretsdirektivs regler med egne regler?
3. I hvilket omfang må medlemslandene konkretisere generelt formulerede bestemmelser i ophavsretsdirektiver ved at supplere bestemmelsernes kriterier med flere kriterier?

Det mener vi giver mere præcise resultater.

Vi nåede frem til følgende:

4. I hvilket omfang skal ord og begreber i ophavsretsdirektiver fortolkes ens i medlemslandene?

Det første spørgsmål er, hvor stor frihed medlemslandene har, når det kommer til, hvordan man skal fortolke ord og begreber i direktiver. Der står et ord i et direktiv. Hvem skal bestemme, hvordan det skal tolkes, medlemslandene eller EU? Det traditionelle nordiske svar er, at vi medlemslande må have en vis rimelig frihed ved tolkningen. Det har sikkert spillet en rolle i den forbindelse, at direktiver ikke er direkte anvendelige, jf. TEUF art. 288, og at meningen med at udstede direktiver i stedet for forordninger jo er, at medlemslandene så selv må vælge ”form og midler for gennemførelsen”. I relation til de ophavsretlige direktiver er det også muligt, at medlemslandene har ladet sig påvirke af den kendsgerning, at det i vidt omfang er op til de kontraherende stater selv at fortolke

begreber i Bernerkonventionen og andre ophavsretlige traktater.² Måske kan der også være andre forklaringer.

Men det holder ikke efter aktuel EU-ret. EU-Domstolen har nemlig udtalt i en række domme, at medlemslandene *skal anlægge ensartede, EU-retskonforme fortolkninger af ord og begreber i direktiver, medmindre direktiverne undtagelsesvis siger andet*. Trods dette vidtgående, bombastiske udgangspunkt er der dog ord og begreber, der er så luftige og abstrakte, at de nødvendigvis må give medlemslandene et skøn, også selvom direktiverne ikke udtrykkeligt siger det. Det har EU-Domstolen nikked til i en række andre domme. Men det skal man ikke lade sig narre af. For Domstolens klare udgangspunkt er, at ord og begreber skal fortolkes ens i medlemslandene. Og selv i tilfælde, hvor medlemslandene undtagelsesvis har et skøn, har EU-Domstolen for vane at blande sig intenst i den måde, skønnet skal udøves på. Så den klare EU-retlige hovedregel er: Det er EU, og ikke medlemslandene, der bestemmer, hvordan man skal fortolke ord og begreber i direktiverne.³ Og selv i de få tilfælde, hvor medlemslandene undtagelsesvist har et skøn, er det ofte stærkt indskrænket.

5. Må medlemslandene supplere et ophavsretsdirektivs regler med egne regler?

Det er herudover et selvstændigt spørgsmål, om medlemslandene må supplere de ophavsretsregler, de har pligt til at have ifølge EU-retten, med andre nationale regler om samme emne som dem, direktivet handler om. Eksempel: Efter direktiverne skal medlemslandene give naboretlig beskyttelse til udøvende kunstnere og fremstillere af lydoptagelser mv. Må medlemslandene så også gerne give naboretigheder til f.eks. forlæggere, selvom der ikke står noget om det i direktiverne?

Det er et spørgsmål, som EU-retten ikke giver noget generelt svar på. Spørgsmålet har været forelagt EU-Domstolen en række gange. I visse domme har Domstolen besvaret det med ja. I andre tilfælde har den besvaret det med nej. Se nærmere den udførlige dokumentation i NIR 2018 s. 301 ff. Det er derfor ikke muligt at sige noget generelt om det. Som vi konkluderer i NIR 2018 s. 303, må spørgsmålet afgøres ved fornuftig fortolkning fra gang til gang. Men i en række tilfælde har EU-Domstolen meldt ud, at medlemslandene ikke må supplere et ophavsretsdirektivs regler med andre regler om samme emne. Også i den relation indskrænker EU-retten altså medlemslandenes bevægelsesfrihed til en vis grad.

² Se nærmere *Axhamn i Karnell m.fl. (red.)*, Liber Amicorum Jan Rosén, Visby 2016 s. 36 f. og 46.

³ Se nærmere den udførlige dokumentation i NIR 2018 s. 297 ff. Siden artiklen blev offentliggjort, har EU-Domstolen afsagt nye domme på området, nemlig C-469/17 af 29.7.2019 (Funke Medien) præmis 43 og C-516/17 af 29.7.2019 (Spiegel Online), præmis 28. Medlemslandene fik her en ”betydelig skønsmargen” mht., hvad det skal sige at gengive værker ved redegørelse for dagsbegivenheder ”i ... et omfang som det informative formål berettiger til” i infosoc.-direktivets art. 5(3)(c), og at citater er ”i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til” i infosoc.-direktivets art. 5(3)(d). Men det skal man ikke lægge for meget i. Hovedreglen er stadig, at det er EU, ikke medlemslandene, der sætter den fortolkningsmæssige dagsorden. Tvivlere henvises til NIR 2018 anf. sted.

6. Må medlemslandene konkretisere generelt formulerede direktivbestemmelser?

Det er for det tredje et spørgsmål, om medlemslandene må konkretisere og indsnævre bestemmelser i de ophavsretlige direktiver ved at supplere bestemmelsernes kriterier med flere kriterier. Eksempel: Efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, kan der indføres undtagelser om ”reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle”. I Danmark er reglen implementeret i ophavsretslovens § 12. Den opstiller en række supplerende kriterier, herunder at der kun må kopieres enkelte eksemplarer, og at de ikke må være lånte eller lejede mm. Spørgsmålet er, om vi må det.

Det udviklede svar er:

For så vidt angår den obligatoriske undtagelse om konsumtion af spredningsretten i infosoc-direktivets art. 4, stk. 1, har EU-Domstolen fremsat udtalelser, der muligvis betyder, at reglen skal implementeres, præcis som den står i direktivet. Måske gælder det samme i relation til den obligatoriske undtagelse om midlertidig eksemplar fremstilling i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1.

Når det handler om EU-regler, der definerer *andre ophavsretlige undtagelser, herunder de fakultative undtagelser i infosoc-direktivets art. 5, stk. 2-4*, må medlemslandene derimod normalt gerne konkretisere undtagelserne ved at forsyne dem med betingelser ud over dem, der fremgår af direktiverne. Det er derfor f.eks. i orden, at den danske ophavsretslovs § 12 stiller krav om, at der kun må kopieres enkelte eksemplarer, og at de ikke må være lånte eller lejede mm.

Når det handler om regler, der *ikke* er udtryk for undtagelser, må medlemslandene derimod med stor sandsynlighed ikke supplere reglerne med egne kriterier.

Se nærmere den udførlige dokumentation i NIR 2018 s. 303 ff.

7. Er dansk ophavsret i overensstemmelse med EU-retten?

Udgangspunktet for undersøgelsen i NIR 2018 var altså følgende erkendelser:

- Ord og begreber i de ophavsretlige direktiver skal normalt undergives den samme EU-retlige fortolkning i alle medlemslandene, medmindre der er tale om specielle særtilfælde. Og selv i de tilfælde er medlemslandenes skønsmargen normalt begrænset
- Medlemslandene er i et vist omfang afskåret fra at supplere de regler, der fremgår af et direktiv om ophavsret, med andre regler om samme emne
- Når det handler om konkrete og klare direktivbestemmelser, der ikke har karakter af undtagelsesregler, kan medlemslandene ikke supplere bestemmelsernes kriterier med andre kriterier

Da vi havde fastlagt det, holdt vi alle paragrafferne i den danske ophavsretslov op imod det. Dermed kom det frem, at der er problemer eller i hvert fald udfordringer på følgende områder:

- Værksbegrebet og originalitetskravet, jf. ophavsretslovens §§ 1, 4, stk. 1, og 5

- Fortolkningen af begreberne overføring og spredning til almenheden, jf. ophavsretslovens § 2
- Beskyttelsens ”bredde” i forbindelse med ophavsretlige krænkelsesvurderinger, jf. ophavsretslovens § 2 og 4
- Princippet om parodiers lovlighed, jf. ophavsretslovens §§ 2 og 4
- Den manglende beskyttelse af love og domme mv., jf. ophavsretslovens § 9
- § 11 a om midlertidig eksemplarfremsstilling
- § 12 om kopiering til privat brug
- § 13, stk. 4, om lærere og elevers optagelser af egne fremførelser
- § 15 om eksemplarfremsstilling på sygehuse mv.
- § 16 a om gennemsyn af værker på biblioteker mv.
- ”Antologireglen” i § 18
- § 19 om konsumtion af spredningsretten
- § 21 om fremførelse ved gratisarrangementer, gudstjeneste og undervisning
- § 22 om citat
- § 23, stk. 1, om brug af billeder mv. i videnskabelige eller kritiske fremstillinger
- § 23, stk. 3, om underordnet gengivelse af værker i andre medier
- § 24 om gengivelse af kunstværker i kataloger
- § 24, stk. 3, om fri adgang til at afbilde bygninger
- § 26 om gengivelse af offentlige forhandlinger
- § 31 om efemære optagelser
- § 32 om gengivelse af værker i tv-udsendelser
- § 34 om radio/tv-foretagenders udlevering af optagelser
- § 35, stk. 2, om kabelretransmission til maksimum 2 modtagere
- De minimis-princippet
- § 39 ff. om blankbåndsvederlag
- § 71 om beskyttelse af databaser
- § 83 om udmåling af erstatning for den lidte skade
- § 86 om lovens anvendelsesområde vedr. udøvende kunstnere
- § 92 om opretholdelse af tidligere privilegier

Det er muligt, at vi har overset noget. Det kan derfor godt ske, at der er problemer eller i hvert fald udfordringer i forbindelse med endnu flere regler end dem, vi har med i artiklen.

Spørgsmålet er så, hvad vi i Danmark skal gøre ved det.

I nogle tilfælde kan man løse de EU-retlige udfordringer ved at tolke de ophavsretlige regler på nye, EU-retskonforme måder. Det følger f.eks. af retspraksis fra EU-Domstolen, at det ophavsretlige originalitetskrav nu er harmoniseret. Den traditionelle nordiske lære om, at der gælder særligt skrappe originalitetskrav til visse værkstyper, er derfor i strid med EU-retten, men det kan man tolke sig ud af uden lovændringer. Det kræves bare, at man forstår originalitetskravet på en ny, mild måde i domme og juridisk litteratur.

Men der er også tilfælde, hvor reglerne i den danske ophavsretslov strider så klart mod EU-retten, at man kun kan fortolke sig ud af det vha. fortolknings-

manøvrer, der er så håndfaste, at de virker mærkelige eller direkte bizarre. Her er det nærliggende at mene, at ophavsretsloven bør ændres. Og endelig er der tilfælde, hvor striden mellem EU-retten og de danske ophavsretsregler er så eklatant og synlig, at man ikke kan fortolke sig ud af det, hvor gerne man end vil. Her er vi nødt til at få ændret ophavsretsloven. Og hellere i dag end i morgen, hvis I spørger mig. Ophavsretsloven skal jo helst være et dokument, der oplyser borgerne om deres rettigheder og pligter. Hvis lovparagrafferne er direkte misvisende og vildledende, er det derfor noget forholdsvis kedeligt noget.

Siden NIR-artiklen blev offentliggjort, har vi, der skrev den, været inviteret til kaffe i Kulturministeriets Ophavsretskontor og uddybet vores synspunkter. Ministeriet lovede at overveje, om der er grund til lovændringer. Vi følger udviklingen med spænding.

NIR-artiklen fokuserer kun på, i hvilket omfang EU-retten er korrekt implementeret i dansk ophavsret. Det er et interessant spørgsmål, hvordan det er i de andre nordiske lande. Det håber vi, at nogle af vores nordiske kolleger vil se at få kigget på.