



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

G. HOGAN

fremSAT den 23. september 2021¹

Sag C-433/20

**Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte
Gesellschaft mbH**

mod

Strato AG

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien, Østrig))

»Præjudiciel forelæggelse – tilnærmelse af lovgivningerne – ophavsret og beslægtede rettigheder – direktiv 2001/29/EF – artikel 2 – ret til reproduktion – artikel 5, stk. 2, litra b) – undtagelse for privatkopiering – servere, som besiddes af tredjemænd og stilles til rådighed for fysiske personer til privat brug – levering af en cloud computing-tjeneste – fortolkning af udtrykket »på ethvert medium« – rimelig kompensation«

I. Indledning

1. Indførelsen af den kommercielle fotokopimaskine i slutningen af 1950'erne var måske kun den første i en række teknologiske udviklinger, der udfordrede den traditionelle forståelse af ophavsret og beslægtede rettigheder og navnlig undtagelserne herfra og begrænsningerne heraf. Fremkomsten af fotokopimaskinen betød, at ophavsretligt beskyttet materiale let kunne reproducere på en måde, der var praktisk taget umulig at overvåge eller opdage. Den digitale revolution, der har været i gang siden fremkomsten af internettet og World Wide Web i begyndelsen af 1990'erne, har stillet denne klassiske forståelse over for endnu større udfordringer.

2. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse indeholder et andet aspekt af dette nyopståede problem. Har en fysisk person, der lovligt er i besiddelse af ophavsretligt beskyttet materiale, ret til at fremstille en kopi af dette materiale til sine egne rent private formål og mod betaling af en afgift arkivere det på en kommerciel server ved hjælp af cloud computing-teknikker, og hvis det er tilfældet, hvilken betaling skal der så eventuelt erlægges til indehaveren af ophavsretten? Dette er i det væsentlige det spørgsmål, som Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien, Østrig) har rejst i den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, der blev indleveret til Den Europæiske Unions Domstols Justitskontor den

¹ – Originalsprog: engelsk.

15. september 2020. Anmodningen vedrører fortolkningen af artikel 5, stk. 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet².

3. Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side ophavsretsforvaltningsselskabet Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH (herefter »Austro-Mechana«) og på den anden side selskabet Strato AG (herefter »Strato«), der har hjemsted i Tyskland, og som driver en tjeneste til lagring af data via cloud computing. Sagen ved den forelæggende ret vedrører spørgsmålet, om Strato skal betale kompensation for udnyttelse af retten til reproduktion med hensyn til den cloudbaserede lagringsplads, som selskabet stiller til rådighed for fysiske personer til privat brug i Østrig.

4. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse giver Domstolen lejlighed til at undersøge spørgsmålet om fysiske personers kopiering til privat brug i det digitale miljø og nærmere bestemt reproduktion eller lagring via cloud computing³ af ophavsretligt beskyttet indhold.

5. Det er vigtigt at fremhæve, at når en »privatkopieringsundtagelse« fra eneretten til reproduktion i artikel 2 i direktiv 2001/29 er blevet indført af en medlemsstat i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), er en sådan kopiering lovlig, *forudsat* at der til rettighedshaveren betales en såkaldt rimelig kompensation. Hvis den pågældende medlemsstat derimod ikke gør brug af undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), vil en sådan reproduktion af ophavsretligt beskyttet materiale uden rettighedshaverens samtykke være åbenbart ulovlig og i strid med artikel 2⁴.

6. I den foreliggende sag anmodes Domstolen for det første om at undersøge, om, og i givet fald i hvilket omfang, undtagelsen for privatkopiering ligeledes finder anvendelse på reproduktioner via cloud computing, som fysiske personer foretager af ophavsretligt beskyttet indhold til privat brug. Såfremt Domstolen måtte være af den opfattelse, at undtagelsen for privatkopiering ligeledes finder anvendelse på sådanne reproduktioner, skal den undersøge spørgsmålet om, hvilken (eventuel) »rimelig kompensation« der i henhold til bestemmelserne i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 skal betales til rettighedshavere med hensyn til cloudlagring, som internetudbydere stiller til rådighed for fysiske personer til privat brug.

² – EFT 2001, L 167, s. 10.

³ – For en beskrivelse af cloud computing jf. generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, punkt 1-3). Begrebet cloud computing blev af US National Institute of Standards and Technology (NIST) i september 2011 i det væsentlige defineret som »en model, der tillader lettilgængelig og letanvendelig on demand-netværksadgang til en fælles pulje af konfigurerbare computerressourcer (f.eks. netværk, servere, lagring, applikationer og tjenesteydelser), som hurtigt kan leveres og idriftsættes med et minimum af administration eller interaktion med leverandøren. [...]«. Tilgængelig på <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. Ophavsmændene til denne definition anførte, at »cloud computing er et paradigme under udvikling«. Der synes ikke at være nogen almindeligt anerkendt *retlig* definition af cloud computing eller cloudbaserede tjenester. Dette skyldes utvivlsomt den lettilgængelige karakter og hastige udvikling af denne teknologi og de dermed forbundne tjenester. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at begrebet »cloudlagring« er rammende beskrevet af Michael Muchmore og Jill Duffy i deres artikel »The Best Cloud Storage and File-Sharing Services for 2021« som »lagring af ens filer et andet sted end på ens egen computers harddisk, normalt på udbyderens servere. Som en teknikekspert har udtrykt det: »Der er ingen sky. Det er bare en andens computer.« Ved at have data i skyen har man mulighed for at få adgang til disse filer via internettet«. Tilgængelig på <https://www.pcmag.com/picks/the-best-cloud-storage-and-file-sharing-services>

⁴ – Medmindre en af de andre undtagelser eller indskrænkninger, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 2001/29, finder anvendelse.

7. Da fysiske personer ved erhvervelsen af apparater, medier eller udstyr – såsom smartphones, tablets eller computere⁵ – der gør det muligt at arkivere og dermed reproducere ophavsretligt beskyttet indhold via cloud computing, allerede kan have betalt en afgift, hvorved rettighedshavere har fået en (rimelig) kompensation for den skade, der er lidt som følge af kopieringen, opstår dernæst det spørgsmål, om internetudbydere, som stiller cloudlagring til rådighed af det samme indhold, skal betale en (yderligere) afgift som den »rimelige kompensation«, der kræves i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29.

8. Inden disse spørgsmål undersøges, er det imidlertid nødvendigt først at redegøre for den retlige ramme, som den foreliggende sag indgår i.

II. Retsforskrifter

A. Direktiv 2001/29

9. 2., 5., 9., 10., 31., 32., 35., 38. og 44. betragtning til direktiv 2001/29 har følgende ordlyd:

»(2) Det Europæiske Råd har på sit møde den 24. og 25. juni 1994 på Korfu understreget behovet for at skabe en generel og fleksibel retlig ramme på fællesskabsniveau for at fremme udviklingen af informationsområdet i Europa. Dette kræver blandt andet, at der findes et indre marked for nye varer og tjenester. Der findes allerede, eller der er ved at blive indført en betydelig fællesskabslovgivning med et sådant regelsæt. Ophavsret og beslægtede rettigheder spiller en afgørende rolle i denne forbindelse, idet disse rettigheder beskytter og fremmer udviklingen og markedsføringen af nye varer og tjenester samt skabelsen og udnyttelsen af deres kreative indhold.

[...]

(5) Den teknologiske udvikling har øget og diversificeret mulighederne for skabelse, produktion og udnyttelse. Der er ikke behov for nye begreber inden for ophavsretlig beskyttelse, men de nugældende retsregler vedrørende ophavsret og beslægtede rettigheder bør tilpasses og suppleres for at tage passende hensyn til de økonomiske realiteter, f.eks. nye former for udnyttelse.

[...]

(9) Udgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau, da sådanne rettigheder er af afgørende betydning for den intellektuelle skabelsesproces. En sådan beskyttelse bidrager til at bevare og udvikle kreativiteten til gavn for ophavsmænd, kunstnere, producenter, forbrugere, kulturen, industrien og almenheden generelt. Intellektuel ejendomsret er derfor blevet anerkendt som en integrerende del af ejendomsretten.

⁵ – Tidligere var de medier, der kunne vælges, »tomme« fysiske lagringsmedier såsom kassette- og videobånd, derefter CD'er og DVD'er og i nyere tid USB-nøgler. Apparater såsom computere, smartphones og eksterne harddiske anvendes ligeledes i dag ved siden af cloudbaserede lagringstjenester.

(10) Hvis ophavsmænd og kunstnere skal kunne fortsætte deres kreative og kunstneriske arbejde, er det nødvendigt, at de modtager et passende vederlag for anvendelsen af deres værker, og det samme gælder producenterne, der skal kunne finansiere dette arbejde. [...]

[...]

(31) Det er nødvendigt at bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og brugere af beskyttede frembringelser. [...]

(32) Direktivet indeholder en udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden. Nogle undtagelser og indskrænkninger finder i givet fald kun anvendelse på retten til reproduktion. Listen tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner, samtidig med at den tilsigter at sikre det indre markeds funktion. Det er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis, hvilket vil blive vurderet i forbindelse med den fremtidige gennemgang af gennemførelseslovgivningen.

[...]

(35) I visse undtagelsestilfælde bør rettighedshavere have en rimelig kompensation for anvendelsen af deres beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser. Når det fastsættes, hvilken form en sådan rimelig kompensation skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal have, bør der tages hensyn til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde. I forbindelse med vurderingen af disse omstændigheder kan det være relevant som kriterium at lægge til grund, om rettighedshaverne eventuelt har lidt skade som følge af den pågældende handling. I visse sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift, bør der ikke forfalde specifik eller særskilt betaling. Ved fastsættelsen af størrelsen af den rimelige kompensation bør der tages hensyn til, i hvor stor udstrækning der anvendes tekniske beskyttelsesforanstaltninger som nævnt i dette direktiv. I visse situationer, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal, bør der ikke være betalingspligt.

[...]

(38) Medlemsstaterne bør have mulighed for at indføre en undtagelse eller indskrænkning med hensyn til retten til reproduktion mod en rimelig kompensation for visse former for reproduktion af lyd-, video- og audiovisuelt materiale til privat brug. Dette kan indebære indførelse af eller fortsat anvendelse af vederlagsordninger som kompensation for rettighedshavernes tab. [...]

[...]

(44) Når undtagelserne og indskrænkningerne som omhandlet i dette direktiv anvendes, bør det ske i overensstemmelse med internationale forpligtelser. Sådanne undtagelser og indskrænkninger må ikke anvendes på en sådan måde, at det skader rettighedshavernes legitime interesser eller er i strid med en normal udnyttelse af de pågældende værker og frembringelser. Medlemsstaternes bestemmelser om sådanne undtagelser eller indskrænkninger bør navnlig på behørig vis afspejle de forøgede økonomiske følger,

sådanne undtagelser eller indskrænkninger kan få i forbindelse med det nye elektroniske samfund. Det kan derfor blive nødvendigt at begrænse visse undtagelsers eller indskrænkningers anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser.«

10. Artikel 2 i direktiv 2001/29 med overskriften »Retten til reproduktion« bestemmer:

»Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

- a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker
- b) for udøvende kunstnere for så vidt angår optagelser af deres fremførelser
- c) for fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer
- d) for producenter af den første filmoptagelse for så vidt angår den originale film eller eksemplarer heraf, og
- e) for radio- og fjernsynsforetagender for så vidt angår optagelser af deres udsendelser, hvad enten der er tale om trådbunden eller trådløs transmission, herunder via kabel eller satellit.«

11. Artikel 3 i direktiv 2001/29 med overskriften »Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser« bestemmer:

»1. 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.

2. Medlemsstaterne indfører en 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:

- a) for udøvende kunstnere for så vidt angår optagelser af deres fremførelser
- b) for fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer
- c) for producenter af den første filmoptagelse for så vidt angår den originale film eller eksemplarer heraf, og
- d) for radio- og fjernsynsforetagender for så vidt angår optagelser af deres udsendelser, hvad enten der er tale om trådbunden eller trådløs transmission, herunder via kabel eller satellit.

3. Rettighederne efter stk. 1 og 2 udtømmes ikke af en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden i henhold til denne artikel.«

12. Artikel 5 i direktiv 2001/29 med overskriften »Undtagelser og indskrænkninger« bestemmer i stk. 2, litra b):

»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.«

13. Direktivets artikel 5, stk. 5, bestemmer:

»Undtagelser og indskrænkninger efter stk. 1, 2, 3 og 4 må kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.«

B. Østrigsk ret

14. § 42b, stk. 1, i Urheberrechtsgesetz (den østrigske lov om ophavsret)⁶ (herefter »UrhG«) i den affattelse, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen⁷, bestemmer:

»1. For så vidt angår et værk [...] vedrørende hvilket det på grundlag af dets karakter må påregnes, at det [...] vil blive reproduceret ved optagelse på et lagringsmedium til egen eller privat brug, har ophavsmanden krav på et rimeligt vederlag (lagringsmedievederlag), såfremt lagringsmedier af enhver art, der er egnede til at foretage sådanne reproduktioner, markedsføres i indlandet i forretningsmæssigt øjemed.«

III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen og den præjudicielle forelæggelse

15. Austro-Mechana er et ophavsretsforvaltningsselskab, som varetager brugsrettigheder og vederlagskrav vedrørende musikværker (med og uden tekst), der er overladt det til administration, i eget navn, men i de tilsluttede rettighedshaveres interesse og på disses vegne. Forvaltningsselskaber, såsom Austro-Mechana, har navnlig ansvar for at forvalte de lovbestemte krav på vederlag i henhold til UrhG's § 42b, stk. 1, dvs. retten til lagringsmedievederlag.

⁶ – 9.4.1936 (BGBl. nr.111/1936).

⁷ – 16.8.2018 (BGBl. I nr. 63/2018). I anmodningen om præjudiciel afgørelse har den forelæggende ret anført, at den østrigske lovgiver ved Urheberrechtsgesetznovelle (lov om ændring af ophavsretsloven) 1980, BGBl. nr. 321/1980, fastsatte en ret til et rimeligt vederlag, der kan gøres gældende over for alle, der i indlandet i forretningsmæssigt øjemed markedsfører bestemte lagringsmedier med henblik på reproduktion og arkivering. Denne ordning er efterfølgende blevet tilpasset de ændrede forhold og EU-retlige forskrifter ved Urheberrechts-Novelle (lov om ændring af ophavsretslovgivningen, herefter »Urh-Nov«) 2015, BGBl. I nr. 99/2015, hvorved især harddisken på computere blev omfattet af denne lovgivning som »lagringsmedier af enhver art«.

16. Austro-Mechana anlagde sag ved Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien, Østrig) mod selskabet Strato, der har hjemsted i Tyskland, og som driver en tjeneste under navnet »HiDrive«. Den pågældende tjeneste beskrives af udbyderen som »et virtuelt lagringsmedium, der fungerer så hurtigt som en (ekstern) harddisk«. Strato reklamerer med, at lagringspladsen »har tilstrækkelig kapacitet til at lagre fotografier, musik og film centralt på samme sted«.

17. Austro-Mechana nedlagde påstand om fakturering og efterfølgende betaling af et lagringsmedievederlag, som Strato skyldte i henhold til UrhG's § 42b, stk. 1. Selskabet gjorde gældende, at formuleringen i UrhG's § 42b, stk. 1, bevidst er holdt i generelle vendinger, således at lagringsmedievederlaget ligeledes finder anvendelse, når lagringsmedier af enhver art – på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form – »markedsføres« i indlandet i forretningsmæssigt øjemed, hvilket omfatter tilrådighedsstillelse af lagringsplads via en cloud computing-tjeneste. Ifølge selskabet henviser begrebet »markedsføres« ikke blot til den fysiske udbredelse, men giver bevidst mulighed for at medtage alle transaktioner, der i sidste ende stiller lagringsplads til rådighed for brugere i indlandet med henblik på reproduktion til (egen eller) privat brug. Desuden præciserer UrhG's § 42b, stk. 3, at det ikke er relevant, om markedsføringen finder sted fra indlandet eller udlandet.

18. Strato bestred påstanden. Selskabet anførte, at den gældende affattelse af UrhG ikke fastsætter et vederlag for cloudtjenester, og at lovgiver – med kendskab til de tekniske muligheder – bevidst ikke har indføjet denne mulighed. Ifølge Strato kan cloudtjenester og fysiske lagringsmedier ikke sammenlignes. En fortolkning, der også omfatter cloudtjenester, er ikke mulig, da der ikke er tale om markedsføring af lagringsmedier, men alene om, at der stilles lagringsplads til rådighed. Strato gjorde gældende, at selskabet ikke sælger eller udlejer fysiske lagringsmedier i Østrig, men alene udbyder online lagringsplads på sine servere i Tyskland. Strato anførte ligeledes, at selskabet allerede indirekte har betalt ophavsretsafgiften for sine servere i Tyskland (fordi dette af producenten/importøren er internaliseret i prisen). Desuden havde de østrigske brugere allerede betalt en ophavsretsafgift for de apparater, som overhovedet gør det muligt at lagre indhold via cloud computing-tjenesten. Et yderligere lagringsmedievederlag for cloudlagring ville ifølge Strato medføre en dobbelt – eller sågar tredobbelt – afgiftspligt.

19. Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien) gav ikke medhold i søgsmålet. Den fandt i det væsentlige, at indehavere af ophavsret og beslægtede rettigheder (herefter »rettighedshavere«) har ret til et rimeligt vederlag, når lagringsmedier (fra et sted i indlandet eller udlandet) markedsføres i forretningsmæssigt øjemed i indlandet, såfremt det for så vidt angår en beskyttet frembringelse på grundlag af dens karakter må påregnes, at den vil blive reproduceret ved optagelse på et lagringsmedium til egen eller privat brug (på en måde, der er tilladt i henhold til UrhG's § 42, stk. 2-7) – og dette med hensyn til lagringsmedier af enhver art, der er egnede til en sådan reproduktion.

20. Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien, Østrig) anførte, at UrhG's § 42b, stk. 1, der udtrykkeligt henviser til »lagringsmedier af enhver art«, omfatter – interne og eksterne – harddiske til computere. Retten anførte ligeledes, at cloudtjenester findes i de mest forskelligartede former. Sådanne tjenesters substans er at sikre, at brugeren råder over en bestemt lagringskapacitet, uden at vedkommende har krav på, at indholdet arkiveres på en bestemt server eller bestemte servere, idet brugeren må nøjes med at kunne benytte udbyderens lagringskapacitet »et eller andet sted i clouden«. Ifølge denne ret stiller Strato således ikke nogen lagringsmedier til rådighed for sine kunder, men stiller i form af en tjenesteydelse lagringskapacitet til rådighed på

internettet. Den anførte, at det i den sagkyndige undersøgelse af udkastet til Urh-Nov⁸ udtrykkeligt og med forslag til affattelse blev anbefalet, at der blev taget hensyn til cloudlagring. Lovgiver har imidlertid bevidst valgt ikke at medtage en sådan ordning.

21. Austro-Mechana har iværksat appel til prøvelse af denne dom ved den forelæggende ret. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at spørgsmålet, om artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 omfatter lagring af ophavsretligt beskyttet indhold via cloud computing, ikke er helt klart. I denne henseende har den forelæggende ret anført, at Domstolen i dom af 29. november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, herefter »VCAST-dommen«), fastslog, at lagring af beskyttet indhold via cloud computing skal anses for at være en udnyttelse af rettigheder, som er forbeholdt ophavsmanden.

22. På baggrund af ovenstående betragtninger har Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien, Østrig) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal udtrykket »på ethvert medium« i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv [2001/29] fortolkes således, at det også omfatter servere, som besiddes af tredjemænd, der (til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle) stiller lagerplads på disse servere til rådighed for fysiske personer (kunder) til privat brug, som kunderne anvender til reproduktion ved arkivering (»cloud computing«)?
- 2) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende: Skal den i spørgsmål 1 nævnte bestemmelse fortolkes således, at den finder anvendelse på en national lovgivning, hvorefter ophavsmanden har ret til et rimeligt vederlag (lagringsmedievederlag), såfremt:
 - det for så vidt angår et værk (der er blevet udsendt i radioen, stillet til rådighed for almenheden eller optaget på et i kommercielt øjemed fremstillet lagringsmedium) vedrørende hvilket det på grundlag af dets karakter må påregnes, at det til egen eller privat brug vil blive reproduceret, idet det arkiveres på et »lagringsmedium af enhver art, der er egnet til en sådan reproduktion og markedsføres i indlandet i forretningsmæssigt øjemed [...]«,
 - og den i spørgsmål 1 beskrevne arkiveringsmetode anvendes med henblik herpå?«

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

23. Austro-Mechana, Strato, den danske, den franske, den nederlandske og den østrigske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

24. I retsmødet for Domstolen den 7. juli 2021 afgav alle mundtlige indlæg med undtagelse af den danske regering.

⁸ – Inden det blev forelagt det østrigske parlament som lovforslag.

V. Bedømmelse

A. Det første spørgsmål

25. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om undtagelsen for privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 omfatter reproduktioner, der foretages af fysiske personer til privat brug på lagringsplads eller -kapacitet (via cloud computing), som stilles til rådighed eller leveres af tredjemand, der er internetudbyder. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om udtrykket »reproduktioner på ethvert medium« i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 omfatter reproduktion, som foretages via cloud computing-tjenester, der leveres af tredjemand.

26. Det fremgår af sagsakterne for Domstolen, at det første præjudicielle spørgsmål er opstået bl.a. på grund af anvendelsen af udtrykket »markedsføres i indlandet« i UrhG's § 42b, stk. 1. Strato har såvel for den forelæggende ret som for Domstolen gjort gældende, at den østrigske lovgiver med anvendelsen af dette udtryk klart har haft til hensigt at indføre en model for kompensation til rettighedshavere, som udelukkende fokuserer på markedsføringen af fysiske lagringsmedier og således udelukker anvendelsen af cloud computing-tjenester, der leveres af tredjemænd⁹.

27. Det synes ligeledes at fremgå af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at den forelæggende ret ønsker en præcisering af VCAST-dommen og navnlig af, i hvilket omfang denne dom kan anvendes på de faktiske omstændigheder og på tvisten i hovedsagen.

28. Det skal nævnes, at i modsætning til undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, der har bindende karakter, er undtagelserne eller indskrænkningerne i dette direktivs artikel 5, stk. 2 og 3, med hensyn til retten til reproduktion blot fakultative for medlemsstaterne¹⁰.

29. I forslaget til afgørelse VG Wort (C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:34, punkt 35-37) anførte generaladvokat Sharpston, at undtagelsernes eller indskrænkningernes fakultative karakter giver medlemsstaterne en vis handlefrihed på dette område. Hun var således af den opfattelse, at en medlemsstat kunne indføre en foranstaltning, som ikke går så vidt som de pågældende bestemmelser. Ifølge generaladvokat Sharpston kan en medlemsstat på grundlag af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 fastsætte en undtagelse for reproduktioner, der er fremstillet af en fysisk person, når de kun er fremstillet på papir og udelukkende med henblik på private studier, eftersom denne undtagelses omfang er snævrere end, men fortsat fuldt ud omfattet af det tilladte.

⁹ – Jeg vil indledningsvis nævne, at lagring af ophavsretligt beskyttet indhold via cloud computing efter min opfattelse udgør en reproduktion af dette indhold. Den danske regering har anført, at »cloudlagring [sker] ved, at en bruger fra et lagringsmedium med internetadgang og integreret hukommelse, f.eks. en smartphone eller computer, sender det valgte indhold til lagring på cloudtjenestens server. Ved denne handling foretager brugeren samtidig en digital reproduktion af det valgte indhold, da indholdet nu både er lagret på brugerens lagringsmedium og cloudtjenestens server. Brugeren kan herefter enten beholde indholdet på sit eget lagringsmedium eller slette det, f.eks. for at frigøre lagringsplads på sit lagringsmedium, så det udelukkende ligger på cloudtjenesten. Brugeren kan herefter tilgå indholdet på cloudtjenestens server fra alle enheder, der kan kobles op til tjenesten, hvilket igen typisk sker fra et af brugerens egne lagringsmedier og i mange tilfælde formentlig fra selvsamme lagringsmedium, som brugeren initierede lagringen med«. Min fremhævelse.

¹⁰ – I dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 21), fastslog Domstolen, at i henhold til artikel 2 i direktiv 2001/29 giver medlemsstaterne ophavsmændene en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis for så vidt angår deres værker, idet medlemsstaterne i medfør af samme direktivs artikel 5, stk. 2, forbeholdes *muligheden* for at indføre undtagelser til eller indskrænkninger i nævnte reproduktionsret.

30. Det skal imidlertid nævnes, at Domstolen senere i dom af 5. marts 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 33), fastslog, at medlemsstaterne ikke kan fastsætte bestemmelser om rimelig kompensation, der indfører en *uberettiget* ulige behandling mellem forskellige kategorier af erhvervsdrivende, der markedsfører sammenlignelige varer, som er omfattet af undtagelsen for privatkopiering, eller mellem forskellige kategorier af brugere af beskyttede frembringelser.

31. Jeg er af den opfattelse, at den samme tilgang bør finde anvendelse på tjenester. Det kan mere generelt siges, at selv om medlemsstaterne har en vid skønsmargen¹¹ med hensyn til, hvordan de gør brug af undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), i deres nationale lovgivning, kan de dog ikke i dette øjemed lovgive på en måde, der strider mod eller på anden måde afviger fra det underliggende formål med direktiv 2001/29¹². Det er f.eks. vigtigt at fremhæve, at medlemsstater, der vælger at gøre brug af undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), skal gøre det teknologisk neutralt¹³.

32. Der er således i den foreliggende sag tale om det faktiske *anvendelsesområde* for artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 og ikke det *omfang*, hvori dets anvendelsesområde kan begrænses af en medlemsstat, når den gennemfører denne bestemmelse i national ret, idet den – måske uberettiget – kun anvender en afgift for privatkopiering på visse varer eller tjenesteydelser. Her er ordlyden af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 helt klar: Medlemsstaterne *kan* indføre en undtagelse fra den i dette direktivs artikel 2 nævnte *eneret til reproduktion* med hensyn til reproduktioner *på ethvert medium* foretaget af en fysisk person¹⁴ til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, forudsat at indehaverne af eneretten modtager en rimelig kompensation¹⁵.

33. Det følger af Domstolens faste praksis, at bestemmelser som artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, der fraviger den i dette direktivs artikel 2 fastsatte ret til reproduktion, skal fortolkes strengt, således at der ikke må anlægges en fortolkning, der rækker ud over de tilfælde, som udtrykkeligt er fastsat¹⁶. Domstolen har ligeledes fastslået, at en fysisk persons privatkopiering skal anses for en handling til skade for den pågældende rettighedshaver, når dette sker uden forudgående tilladelse fra denne rettighedshaver¹⁷. Desuden har Domstolen fastslået, at selv om artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 skal forstås således, at undtagelsen om privatkopiering ganske vist forbyder rettighedshaveren at påberåbe sig sin eneret til at tillade eller forbyde reproduktioner over for personer, som foretager privatkopiering af deres værker, skal

¹¹ – Dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

¹² – Jf. ligeledes artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29.

¹³ – Princippet om teknologisk neutralitet kræver, at fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2001/29 ikke begrænser innovation og teknologiske fremskridt. Jf. analogt dom af 15.4.2021, Eutelsat (C-515/19, EU:C:2021:273, præmis 48).

¹⁴ – Juridiske personer er udelukket fra at drage fordel af denne undtagelse og har ikke ret til at foretage privatkopiering uden først at opnå tilladelse fra indehaverne af rettighederne over de pågældende værker eller frembringelser. Domstolen har således fastslået, at det ikke er foreneligt med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2001/29 at pålægge afgifter for privatkopiering, herunder i forhold til udstyr, apparater og medier til digital reproduktion, der er erhvervet af andre personer end fysiske personer til formål, der er en sådan privatkopiering åbenbart uvedkommende. Dom af 9.6.2016, EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:418, præmis 30 og 31). I dom af 11.7.2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, præmis 37), fastslog Domstolen imidlertid, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en ordning i en medlemsstat, hvorefter der uden forskel anvendes en afgift for privatkopiering ved den første markedsføring i inddlandet i erhvervsøjemed mod vederlag af medier, der er egnede til reproduktion, og hvorefter der samtidig fastsættes en ret til tilbagebetaling af vederlag, der er blevet betalt i det tilfælde, hvor den endelige brug af disse medier ikke er omfattet af det tilfælde, der er omhandlet i den nævnte bestemmelse, når – under hensyntagen til de særlige omstændigheder i hver enkelt national ordning og de grænser, som dette direktiv fastsætter – praktiske vanskeligheder begrunder en sådan finansieringsordning for den rimelige kompensation, og *når denne ret til tilbagebetaling er effektiv og ikke gør tilbagebetalingen af den betalte afgift uforholdsmæssigt vanskelig*.

¹⁵ – Dom af 21.10.2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, herefter »Padawan-dommen«, præmis 30).

¹⁶ – Dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁷ – Padawan-dommen, præmis 45.

bestemmelsen ikke forstås således, at den ud over nævnte udtrykkeligt fastsatte begrænsning pålægger indehaveren af ophavsretten at tolerere de tilsidesættelser af vedkommendes rettigheder, som kan følge af privatkopiering¹⁸.

34. Den forelæggende ret har i sin anmodning om præjudiciel afgørelse anført, at UrhG's § 42b, stk. 1, gennemfører undtagelsen for privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29. Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 indeholder imidlertid intet udtryk, der svarer til udtrykket »markedsføres i indlandet« i UrhG's § 42b, stk. 1. Der er heller intet, der tyder på, at EU-lovgiver har haft til hensigt at begrænse anvendelsesområdet for artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 til kun at omfatte fysiske medier.

35. I stedet får man det klare indtryk, at anvendelsen af det brede og teknologisk neutrale udtryk – »reproduktioner på ethvert medium«¹⁹ – i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, taler imod en sådan fortolkning²⁰. En ordlydsfortolkning af dette udtryk alene²¹ sikrer efter min opfattelse, at undtagelsen ikke er begrænset til reproduktioner på fysiske medier eller i en analog eller ikke-digital form²². Undtagelsen omfatter således bl.a. reproduktioner i både analog og digital form²³ og reproduktioner på et fysisk medium som papir eller CD'er/DVD'er eller på et noget mere immaterielt medium som i forbindelse med hovedsagen, hvor lagringsplads eller -kapacitet²⁴ stilles til rådighed af en internetudbyder via cloud computing. I denne henseende

¹⁸ – Jf. i denne retning VCAST-dommen, præmis 32-34 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes analogt dom af 10.11.2016, Vereninging Openbare Bibliotheek (C-174/15, EU:C:2016:856, præmis 70).

¹⁹ – Min fremhævelse.

²⁰ – Det skal nævnes, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret. I denne henseende følger det i henhold til fast retspraksis såvel af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en EU-retlig bestemmelse, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen. Jf. analogt Padawan-dommen, præmis 31-33, vedrørende begrebet »rimelig kompensation« i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29. Jeg er derfor af den opfattelse, at udtrykket »reproduktioner på ethvert medium« skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen.

²¹ – Jf. derimod dom af 19.12.2019, Nederlands Uitgeversverbond og Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, præmis 37). I denne sag fastslog Domstolen, at det ikke fremgik klart af ordlyden af bl.a. artikel 4 i direktiv 2001/29 eller af nogen anden bestemmelse i dette direktiv, om levering af en e-bog ved download med henblik på tidsbegrænset anvendelse udgør en overføring til almenheden i henhold til dette direktivs artikel 3, og nærmere bestemt en tilrådighedsstillelse for almenheden af et værk på en sådan måde, at enhver har adgang til det på et individuelt valgt sted og tidspunkt, eller en spredningshandling som omhandlet i dette direktivs artikel 4. Under hensyntagen til bl.a. de formål, der forfølges med artikel 3 og 4 i direktiv 2001/29, WIPO-traktaten om ophavsret (herefter »WCT-traktaten«), vedtaget i Genève den 20.12.1996, som blev godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16.3.2000 (EFT 2000, L 89, s. 6), og som trådte i kraft for så vidt angår Den Europæiske Union den 14.3.2010 (EUT 2010, L 32, s. 1), samt forarbejderne til direktiv 2001/29 fastslog Domstolen, at levering til almenheden af en e-bog ved download med henblik på tidsbegrænset anvendelse er omfattet af begrebet »overføring til almenheden« som omhandlet i dette direktivs artikel 3, stk. 1.

²² – Selv om undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 skal fortolkes strengt, afspejler indholdet i denne bestemmelse ikke desto mindre i vidt omfang den tilsvarende bredt definerede og teknologisk neutrale eneret til reproduktion i artikel 2 i direktiv 2001/29. I henhold til denne bestemmelse skal medlemsstaterne indføre en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form. Jf. ligeledes artikel 9, stk. 1, i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24.7.1971), som ændret den 28.9.1979.

²³ – I dom af 27.6.2013, VG Wort m.fl. (C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:426, præmis 67), udelukkede Domstolen ethvert ikke-analogt medium, dvs. bl.a. digitalt, fra anvendelsesområdet for artikel 5, stk. 2, litra a), i direktiv 2001/29, for så vidt som et substrat for at kunne være lignende papir som et reproduktionsmedium skal kunne indeholde en fysisk gengivelse, som kan opfattes af menneskets sanser. Jf. derimod dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 25), hvori Domstolen fastslog, at hvis udstyret, apparaterne og medierne til digital reproduktion stilles til rådighed for fysiske personer som private brugere, er det forhold, at de kan anvendes til at fremstille reproduktioner, tilstrækkeligt til at begrunde anvendelsen af vederlaget for privatkopiering.

²⁴ – Formuleringen »noget mere immaterielt medium« er ganske vist bevidst upræcist. Selv når der er tale om cloud computing og cloud- eller internetbaserede lagringstjenester bliver de pågældende data – som kan indeholde eller ikke indeholder ophavsretligt beskyttet indhold – i sidste ende af udbyderen af cloud computing-tjenesten lagret i digitalt format på fysiske medier såsom servere.

skal ordlyden af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 sammenholdes med dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra a), da sidstnævnte udtrykkeligt fastsætter, at dets anvendelsesområde er begrænset til »reproduktioner på papir eller lignende«²⁵.

36. Denne konklusion understøttes endvidere af et af hovedformålene med direktiv 2001/29, nemlig at sikre, at den ophavsretlige beskyttelse i Unionen ikke blev forældet og utidssvarende på grund af den teknologiske udvikling og fremkomsten af nye former for udnyttelse af ophavsretligt beskyttet indhold²⁶. Dette formål ville imidlertid blive undergraved, hvis de undtagelser og indskrænkninger til denne beskyttelse, der i henhold til 31. betragtning til direktiv 2001/29 blev vedtaget på baggrund af den nye elektroniske udvikling, blev fortolket på en sådan måde, at en lignende hensyntagen til en sådan teknologisk udvikling og navnlig fremkomsten af digitale medie- og cloud computing-tjenester ville være udelukket²⁷.

37. Min konklusion i denne forbindelse ændres ikke af den omstændighed, at det ophavsretligt beskyttede indhold er reproduceret på lagringsplads via cloud computing, som stilles til rådighed eller leveres af tredjemand, der er internetudbyder. I VCAST-dommen²⁸, som også vedrørte cloud computing-tjenester – om end i en anden sammenhæng med hensyn til muliggørelse af ulovlig download af ophavsretligt beskyttet TV-materiale – gentog Domstolen sin faste praksis, hvorefter det for at kunne påberåbe sig artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 ikke er nødvendigt, at de pågældende fysiske personer besidder udstyr til reproduktion. Apparater eller *kopieringsservice* kan således udbydes af tredjemand, hvilket udgør den nødvendige faktiske forudsætning for, at disse fysiske personer kan komme i besiddelse af private kopier²⁹.

38. Som jeg netop har anført, anvendte VCAST i den sag, der gav anledning til VCAST-dommen, cloudteknologi til på kommercielt grundlag at give adgang til (ophavsretligt beskyttede) TV-udsendelser, der var produceret af italienske TV-selskaber. I den pågældende sag gav VCAST

²⁵ – Min fremhævelse. I dom af 27.6.2013, VG Wort m.fl. (C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:426, præmis 65 og 66), præciserede Domstolen, at det fremgår af ordlyden af artikel 5, stk. 2, litra a), i direktiv 2001/29, der specifikt nævner papir, at medier, der ikke har karakteristika, der kan sammenlignes med og svarer til papirs karakteristika, falder uden for anvendelsesområdet for den med denne bestemmelse fastsatte undtagelse. I modsat fald ville denne undtagelses effektive virkning nemlig ikke kunne garanteres, bl.a. når henses til undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, der vedrører »reproduktioner på ethvert medium«. I forslaget til afgørelse VG Wort (C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:34, punkt 39) anførte generaladvokat Sharpston, at mens definitionen i artikel 5, stk. 2, litra a), kun er afgrænset i henhold til reproduktionsmidlerne og det anvendte medium, henviser definitionen i artikel 5, stk. 2, litra b), udelukkende til identiteten af den person, som fremstiller reproduktionen, og formålet med reproduktionen. Vedrørende en vurdering af forskellen mellem anvendelsesområdet for artikel 5, stk. 2, litra a), og artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, jf. ligeledes generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:389, punkt 35-54). Jf. ligeledes dom af 12.11.2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, præmis 28-43), om overlappningen mellem anvendelsesområdet for henholdsvis artikel 5, stk. 2, litra a), og artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29.

²⁶ – Jf. femte betragtning til direktiv 2001/29.

²⁷ – I 31. betragtning til direktiv 2001/29 henvises der specifikt til den omstændighed, at de i medlemsstaterne gældende undtagelser og indskrænkninger til rettighederne må nyvurderes på baggrund af den nye elektroniske udvikling. I denne henseende præciserede Domstolen i dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 161-164), med hensyn til den *obligatoriske* undtagelse fra retten til reproduktion, der er fastsat i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, at fortolkningen af betingelserne i denne bestemmelse skal gøre det muligt at sikre den således fastlagte undtagelses effektive virkning og at overholde dens formål, således som dette bl.a. fremgår af 31. betragtning til dette direktiv. Domstolen fastslog endvidere følgende: »I overensstemmelse med dens formål skal denne undtagelse derfor muliggøre og sikre nye teknologiers udvikling og funktion samt bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem på den ene side rettighedshavere og på den anden side brugere af beskyttede værker, der ønsker at benytte disse nye teknologier.« Jf. ligeledes dom af 5.6.2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, præmis 24). Jeg ser ingen grund til at fravige denne tilgang i den foreliggende sag trods den fakultative karakter af undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 og kravet om en streng fortolkning af dens rækkevidde.

²⁸ – Jf. præmis 35 i VCAST-dommen og den deri nævnte retspraksis.

²⁹ – I dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 86), bemærkede Domstolen, at ordlyden af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 på ingen måde præciserer kendetegnene ved de anordninger, hvorfra eller ved hjælp af hvilke kopierne til privat brug fremstilles. Der nævnes navnlig intet om den retlige art af den forbindelse der – såsom ejendomsretten – kan forene den fysiske person, som foretager den private reproduktion, og den anordning, som bruges af denne. Domstolen fastslog endvidere i dommens præmis 91, at direktiv 2001/29 ikke er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter en rimelig kompensation for reproduktioner af beskyttede værker, der foretages af en fysisk person fra eller ved hjælp af en anordning, der tilhører tredjemand.

via en cloud computing-tjeneste på internettet på en lagringsplads ulovligt sine kunder adgang til et system til videooptagelse³⁰. I modsætning hertil vedrører hovedsagen blot tilrådighedsstillelse af lagringskapacitet via cloud computing og fysiske personers *potentielle* lagring til privat brug af lovligt erhvervet ophavsretligt beskyttet materiale på tjenesteyderens computere/servere. Disse moderne teknologiske fremskridt må dog ikke skjule den omstændighed, at dette juridisk set kan svare til at fotokopiere en hel bog eller »brænde« en kopi af en CD på en computers harddisk, når bogen og CD'en – i de nævnte eksempler – begge er blevet købt af den pågældende forbruger³¹.

39. Den krænkelse af ophavsretten, der fremgik af VCAST-dommen, var ganske vist mere eklatant og skadelig for rettighedshaveren end den krænkelse, der eventuelt er fremgået af de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, da overføringen til almenheden i den pågældende sag havde form af en ulovlig udsendelse, som rettighedshaveren ikke havde givet tilladelse til. Det forholder sig ikke desto mindre således, at der i begge sager er tale om en fysisk persons reproduktion af det ophavsretligt beskyttede indhold på et »medium«. Det fremgår således klart af VCAST-dommen (og ligeledes den tidligere retspraksis), at Domstolen allerede implicit har anerkendt, at denne retspraksis og artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 finder anvendelse på sådanne reproduktioner af ophavsretligt beskyttet indhold via en cloud computing-tjeneste³². Man må dog heller ikke se bort fra den omstændighed, at i de tilfælde, hvor en medlemsstat gør brug af muligheden i artikel 5, stk. 2, litra b), er en fysisk persons reproduktion til private formål ikke ulovlig³³, men at der i så fald skal betales en rimelig kompensation.

40. Udbyderen af sådanne reproduktionsapparater eller en sådan kopieringsservice må imidlertid ikke stille ophavsretligt beskyttet indhold til rådighed uden tilladelse fra rettighedshaveren. Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 forudsætter således, at rettighedshaveren ikke på anden vis berøves sin ret til at forbyde eller tillade adgang til det beskyttede indhold, som fysiske personer måske ønsker at kopiere til privat brug i overensstemmelse med bestemmelserne heri³⁴. I dom af 10. april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 41), fastslog Domstolen således, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den ikke omfatter privatkopiering, der foretages fra en ulovlig kilde³⁵.

³⁰ – I VCAST-dommens præmis 15 fastslog Domstolen, at »brugeren i praksis vælger en udsendelse på VCAST's internetside, der indeholder alle de programmer, som udbydes af de fjernsynskanaler, der indgår i den af selskabet udbudte tjeneste. Brugeren kan enten angive en bestemt udsendelse eller et tidsrum. VCAST's system opfanger derefter fjernsynssignalet ved hjælp af sine egne antenner og optager via en cloud computing-tjeneste det valgte udsendelsestidspunkt på den lagringsplads, som brugeren har valgt. *Sidstnævnte køber denne lagringsplads hos en anden leverandør*«. Min fremhævelse.

³¹ – Den franske regering har anført, at en privatperson kan tilføje sit *lovligt* erhvervede musik- eller videobibliotek til en cloud computing-tjeneste for at have let adgang hertil uden at skulle anvende disse værkers fysiske medium.

³² – I forslaget til afgørelse VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, punkt 23-28) fandt generaladvokat Szpunar, at der ikke forelå oplysninger, der synes at antyde, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 er til hinder for, at en reproduktion i henhold til den undtagelse, der er fastsat i denne bestemmelse, foretages på en lagringsplads, der stilles til rådighed via en cloud computing-tjeneste. Generaladvokat Szpunar anerkendte, at fremstillingen af reproduktioner og lagringen heraf via en cloud computing-tjeneste kræver medvirken fra en tredjemand. Han fandt imidlertid, at denne reproduktionsform ikke bør udelukkes fra anvendelsesområdet for undtagelsen for privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 alene af den grund, at en tredjemand medvirker i et omfang, der går ud over blot at stille medier eller udstyr til rådighed. Ifølge generaladvokat Szpunar er der – så længe det er brugeren, der tager initiativet til at foretage reproduktionen og bestemmer, hvad der skal reproducere, og hvorledes dette skal ske – ikke nogen afgørende forskel mellem en sådan handling og den reproduktion, som den samme bruger foretager ved hjælp af udstyr, som den pågældende har direkte kontrol over.

³³ – Forudsat at de har lovlig adgang til det ophavsretligt beskyttede indhold.

³⁴ – VCAST-dommen, præmis 39.

³⁵ – I dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 82), bekræftede Domstolen, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 fastsætter en undtagelse fra en indehavers eneret til at tillade eller forbyde reproduktionen af det omhandlede værk. Dette forudsætter nødvendigvis, at genstanden for den reproduktion, der er omhandlet i samme bestemmelse, er et beskyttet værk, *der ikke er forfalsket eller piratkopieret*.

41. I overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 vedrører den deri fastsatte undtagelse eller indskrænkning udelukkende retten til reproduktion i dette direktivs artikel 2³⁶. Den omfatter bl.a. *ikke* retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser som omhandlet i dette direktivs artikel 3.

42. Det fremgår klart af de faktiske omstændigheder i VCAST-dommen, at internetudbyderen i den pågældende sag havde udbudt to tjenester, der bestod i *reproduktion og tilrådighedsstillelse af de værker og frembringelser, som var omfattet af tjenesten*, og som efterfølgende blev lagret på en lagringsplads via en cloud computing-tjeneste, som *brugeren havde købt hos en anden leverandør*³⁷. Som jeg allerede har anført, fremgår det ikke af de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har fremført, at Strato udbød andre tjenester til fysiske personer til privat brug end lagringskapacitet via cloud computing.

43. På baggrund af ovenstående betragtninger er jeg af den opfattelse, at udtrykket »reproduktioner på ethvert medium« i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 omfatter reproduktion, som foretages via cloud computing-tjenester, der leveres af tredjemand.

B. Det andet spørgsmål

44. I lyset af min konklusion vedrørende det første præjudicielle spørgsmål er det nødvendigt at besvare den forelæggende rets andet spørgsmål. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 kræver, at en national lovgivning om privatkopiering, såsom UrhG's § 42b, stk. 1, skal fastsætte betaling af en rimelig kompensation til rettighedshavere for lagringskapacitet via cloud computing, som tredjemænd stiller til rådighed for fysiske personer til privat brug. Dette spørgsmål er stillet i lyset af, at UrhG's § 42b, stk. 1, ikke foreskriver betaling af afgifter med hensyn til cloudd tjenester. Denne bestemmelse foreskriver imidlertid betaling af afgifter med hensyn til en række medier.

45. I denne henseende skal det nævnes, at Strato for den forelæggende ret har gjort gældende, at selskabet »allerede indirekte har betalt ophavsretsafgiften for sine servere i Tyskland (fordi dette af producenten/importøren er internaliseret i prisen), og at de (østrigske) brugere allerede har betalt en ophavsretsafgift for de apparater, som overhovedet gør det muligt at lagre indhold via cloud computing-tjenesten. Et yderligere lagringsmedievederlag for cloudlagring ville medføre en dobbelt – eller sågar tredobbelt – afgiftspligt«.

1. Argumenter

46. Austro-Mechana er af den opfattelse, at reproduktioner via cloud computing skader rettighedshavere på samme måde som distribution af optagelsesmedier, reproduktionsapparater eller levering af reproduktionstjenester og således skal omfattes af en rimelig kompensation.

³⁶ – Jf. 32. betragtning til direktiv 2001/29, hvoraf følgende bl.a. fremgår: »Nogle undtagelser og indskrænkninger finder i givet fald kun anvendelse på retten til reproduktion.« Undtagelsen for privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 finder anvendelse på reproduktion af værker, optagelser af fremførelser, fonogrammer, filmoptagelser og optagelser af udsendelser.

³⁷ – VCAST gav via en cloud computing-tjeneste på internettet på en lagringsplads sine kunder adgang til et system til videooptagelse af jordbaserede fjernsynsprogrammer, der blev udsendt af italienske TV-selskaber. Brugeren valgte en udsendelse eller et tidsrum på VCAST's websted. VCAST's system opfangede derefter fjernsynssignalet og optog via en cloud computing-tjeneste det valgte udsendelsestidspunkt på den lagringsplads, som brugeren havde valgt. *Brugeren købte denne lagringsplads hos en anden leverandør*. Den forelæggende sag er således ny, da VCAST – i modsætning til Strato – ikke selv stillede lagringsplads til rådighed.

Selskabet er derfor af den opfattelse, at UrhG's § 42b, stk. 1, skal fortolkes i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, således at den deri fastsatte rimelige kompensation skal betales for levering af tjenester til reproduktion via cloud computing.

47. Strato er af den opfattelse, at den østrigske lovgiver udtrykkeligt udelukkede cloud computing-tjenester fra UrhG's § 42b, stk. 1, for at undgå betaling af dobbelte eller endog tredobbelte afgifter. I denne forbindelse har selskabet anført, at for at der kan gøres brug af cloud computing-tjenester, skal det beskyttede materiale befinde sig på et lagringsmedium, inden det kan uploades til skyen. Efter østrigsk ret skal der betales en ophavsretsafgift for det lagringsmedium – mobiltelefon, computer, tablet – ved hjælp af hvilket privatkopieringen foretages. Ifølge Strato betaler brugeren desuden en royalty for at få adgang til originalen. Strato har endvidere gjort gældende, at brugeren ikke kan gøre meget med selve lagringen af den private kopi via cloud computing. I stedet anvender den private bruger cloud computing for at få adgang til det downloadede indhold på andet terminaludstyr eller til at gemme det dér. Sådant udstyr har imidlertid egne lagringsmedier, som er underlagt en afgift. Ifølge Strato har rettighedshavere alene på brugersiden således op til tre indtægtskilder: for det første den indledende erhvervelse af værket, for det andet lagring på det terminaludstyr, der anvendes til upload og er underlagt en afgift, og for det tredje lagring på det terminaludstyr, der anvendes til download og ligeledes er underlagt en afgift. Strato er i medfør af en analogi af dom af 27. juni 2013, VG Wort m.fl. (C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:426, præmis 78), desuden af den opfattelse, at i tilfælde, hvor en kombination af apparater anvendes til at fremstille en privatkopi, kan kravet om rimelig kompensation pålægges ét af apparaterne i denne kombination.

48. Den østrigske regering er af den opfattelse, at en server, der anvendes til at udbyde cloud computing-tjenester til privatpersoner, udgør et optagelsesmedium, for hvilket producenten eller importøren er forpligtet til at betale et vederlag. Dette vederlag væltes over på udbyderen af cloud computing-tjenesterne. Et yderligere krav om betaling af vederlag over for udbyderen af cloudtjenesterne er derfor ikke nødvendig og risikerer at give anledning til overkompensation.

49. Den danske regering er af den opfattelse, at cloudtjenester ikke kan sidestilles med at stille udstyr, apparater og medier til digital reproduktion til rådighed for privatpersoner eller at tilbyde dem kopieringsservice. Den er derfor af den opfattelse, at Padawan-dommen, som finder anvendelse på fysiske lagringsmedier som CD'er og DVD'er og blev afsagt, inden der fandtes cloudtjenester, ikke lader sig overføre på situationen i nærværende sag. Ifølge den danske regering er en cloudtjeneste ikke nødvendig for, at fysiske personer kan komme i besiddelse af private kopier. En cloudtjeneste er blot et digitalt opbevaringsrum til digitalt indhold, og det indhold, privatpersonerne lagrer, kan kun tilgås igen via de typer af lagringsmedier, der i første omgang kan initiere lagringen, f.eks. smartphones eller computere. Det er således disse første lagringsmedier – og ikke cloudtjenesten – der udgør den nødvendige faktiske forudsætning for, at fysiske personer kan komme i besiddelse af private kopier. En ordning, hvorefter cloud computing-tjenester afgiftspålægges, synes således ikke at være i overensstemmelse med kravet om en »rimelig balance« i 31. betragtning til direktiv 2001/29. Den danske regering er af den opfattelse, at der synes at være en nærliggende risiko for overkompensation jo flere gange, der betales for den samme privatkopi. Dette kan særligt forekomme i tilfælde, hvor der både betales afgift for lagringsmediet, hvorpå fremstillingen af kopien sker, og for den efterfølgende tjenesteydelse bestående i opbevaringen heraf (f.eks. en cloud computing-tjeneste).

50. Den franske regering har anført, at servere, der anvendes af tjenesteudbydere, selv om de er underlagt en afgift for privatkopiering, ikke nødvendigvis bringes i omsætning og erhverves på den medlemsstats område, der er berørt af privatkopieringen. Den omstændighed, at en dobbelt

kompensation ikke kan udelukkes, bør derfor ikke føre til, at medlemsstaterne fratages muligheden for at pålægge udbydere af cloudbaserede lagringstjenester, der leverer tjenester til brugere bosat på deres område, at betale afgift. I modsat fald kunne den faktiske kompensation for det tab, som privatkopieringen fører til i denne sammenhæng, være ikke-eksisterende³⁸. Under alle omstændigheder udgør afgifter for privatkopiering, der er betalt i den pågældende medlemsstat for de apparater, der er nødvendige for at uploade indhold fra en cloudtjeneste, ikke en dobbelt betaling i forhold til det vederlag, som udbyderen af denne tjeneste skal betale. Reproduktioner, der foretages på disse apparater, og som fører til afgiften for privatkopiering, udgør privatkopieringshandlinger, der er forskellige fra de reproduktioner, der foretages via cloudtjenesten. Hver af disse reproduktionshandlinger fører til en bestemt skade i den pågældende medlemsstat og kræver betaling af en rimelig kompensation.

2. *Padawan-dommen*

51. Da hele dette spørgsmål om privatkopiering og rimelig kompensation blev behandlet første gang af Domstolen i *Padawan-dommen*, kan det være hensigtsmæssigt at se lidt nærmere på denne afgørelse.

52. I denne sag krævede et spansk organ for forvaltning af ophavsrettigheder betaling af, hvad der blev beskrevet som en afgift for privatkopiering i henhold til spansk ret, fra en enhed, der markedsførte CD'er, DVD'er og MP3-afspillere. Dette blev anfægtet med den begrundelse, at anvendelsen af denne afgift på digitale medier uden forskel og uafhængigt af deres tilsigtede funktion var i strid med direktiv 2001/29.

53. Domstolen bemærkede indledningsvis, at en »fysisk persons privatkopiering [herved] skal [...] anses for en handling til skade for ophavsmanden til det beskyttede værk«³⁹. Selv om den erkendte, at det i princippet påhvilede denne person at erstatte »det tab, der er forbundet med denne reproduktion, ved at finansiere den godtgørelse, der udbetales til den pågældende indehaver«⁴⁰, gjorde den ligeledes opmærksom på de betydelige praktiske vanskeligheder med at identificere private brugeres krænkelse samt den omstændighed, at den som følge af sådanne individuelle krænkelse påførte skade kan vise sig blot at være minimal og derfor ikke vil give anledning til en betalingsforpligtelse.

54. Domstolen præciserede dernæst, at det står »medlemsstaterne frit med henblik på finansieringen af den rimelige kompensation at indføre en »afgift på privatkopiering« ikke blot for de pågældende privatpersoner, men for personer, der råder over udstyr, apparater og medier til digital reproduktion, og som i den forbindelse retligt eller faktisk giver privatpersoner adgang til dette udstyr eller tilbyder disse kopieringsservice. Inden for rammerne af en sådan ordning påhviler betalingen af afgiften for privatkopiering de personer, der råder over sådant udstyr. Inden for en sådan ordning er det ganske vist ikke brugerne af de beskyttede værker, der fremstår som de betalingspligtige i forhold til finansieringen af den rimelige kompensation, i modsætning til hvad der synes at være et krav i henhold til betragtning 31 til direktiv 2001/29. Det skal imidlertid nævnes, at for det første udgør det forhold, at de giver private brugere adgang til udstyr, apparater og medier til reproduktion, eller den kopieringsservice, de tilbyder, den nødvendige faktiske forudsætning for, at fysiske personer kan komme i besiddelse af private

³⁸ – Den franske regering har henvist til dom af 11.7.2013, *Amazon.com International Sales m.fl.* (C-521/11, EU:C:2013:515, præmis 64 og 65), hvori der henvises til muligheden for, at en person, der forud herfor har betalt denne afgift i en medlemsstat, der ikke har stedlig kompetence, kan anmode denne om tilbagebetaling heraf i overensstemmelse med dens nationale lovgivning.

³⁹ – *Padawan-dommen*, præmis 44.

⁴⁰ – *Padawan-dommen*, præmis 45.

kopier. For det andet er det intet til hinder for, at de betalingspligtige lader afgiftsbeløbet for privatkopiering indgå i prisen for adgangen til nævnte udstyr, apparater og reproduktionsmedier eller i prisen på kopieringsservicen. På den måde bliver byrden ved afgiften i sidste ende båret af den private bruger, der betaler denne pris. Under sådanne omstændigheder skal den private bruger, til hvis fordel udstyret, apparaterne og medierne til digital reproduktion stilles til rådighed, eller som er modtager af en kopieringsservice, reelt anses for den »indirekte betalingspligtige« for den rimelige kompensation⁴¹.

55. Domstolen konkluderede dernæst, at eftersom afgiftsordningen gør det muligt for den person, der har pligt til at betale kompensation til de forvaltningsselskaber, som handler på rettighedshavernes vegne, at overvælte disse omkostninger på private brugere ved erhvervelse af f.eks. optagelsesudstyr, må en sådan ordning anses for i princippet at være i overensstemmelse med den rimelige balance, som skal findes mellem rettighedshavernes og andres interesser⁴².

56. Domstolen fastslog ligeledes, at der var en nødvendig sammenhæng mellem anvendelsen af afgiften på private forbrugere og den eventuelle skade, som privatkopiering kunne påføre rettighedshavere. Da der foreligger en formodning om, at disse forbrugere drager fordel af og »udnytte[r] alle de til nævnte udstyr knyttede funktioner, herunder reproduktionsfunktionen«, fulgte det heraf, at sådant udstyrs eller sådanne apparaters anvendelighed til at udføre kopier »i sig selv er tilstrækkelig til at begrunde afgiften for privatkopiering, forudsat at nævnte udstyr eller apparater er blevet stillet til rådighed for fysiske personer som private brugere«⁴³.

3. Bedømmelse

57. Som det er fremgået, bestemmer artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, at medlemsstater, der vælger at indføre en undtagelse for »privat brug«, er forpligtet til inden for rammerne af deres kompetence at sikre, at der reelt betales en rimelig kompensation med henblik på at holde rettighedsindehaverne skadesløse⁴⁴. Da artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 er valgfri og heller ikke præciserer de forskellige elementer i den ordning for rimelig kompensation, som den pålægger at indføre, er det klart, at medlemsstaterne nødvendigvis har en bred skønsmargen med henblik på at afgrænse disse elementer i deres nationale ret⁴⁵. Medlemsstaterne kan således afgøre,

⁴¹ – Padawan-dommen, præmis 46-48.

⁴² – Padawan-dommen, præmis 49. Bestræbelsen for en rimelig balance i forbindelse med ophavsretten kan ligeledes sætte fokus på nødvendigheden af at forene de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er sikret ved artikel 17, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), ytrings- og informationsfriheden, der er sikret ved chartrets artikel 11, og ligeledes den almene interesse. Jf. dom af 9.3.2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis). For en generel drøftelse af arten og kompleksiteten af de undtagelser og indskrænkninger, der er fastsat i artikel 5, stk. 2 og 3, i direktiv 2001/29, jf. ligeledes dom af 29.7.2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, præmis 34-54). Domstolen har endvidere anført, at de undtagelser, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 2001/29, skal anvendes under hensyntagen til ligebehandlingsprincippet, som er fastslået i chartrets artikel 20, og som ifølge Domstolens faste praksis kræver, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet. Dom af 22.9.2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, præmis 44).

⁴³ – Padawan-dommen, præmis 55 og 56.

⁴⁴ – Dom af 9.6.2016, EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:418, præmis 21).

⁴⁵ – Rækkevidden af den skønsmargen, som medlemsstaterne råder over ved gennemførelsen i national ret af en særlig undtagelse eller indskrænkning som omhandlet i artikel 5, stk. 2 eller 3, i direktiv 2001/29, skal bedømmes fra sag til sag i forhold til navnlig den omhandlede bestemmelses ordlyd, idet harmoniseringsgraden hvad angår de af EU-lovgiver fastsatte undtagelser og indskrænkninger bør baseres på deres følger for det indre markeds funktion, således som det anføres i 31. betragtning til direktiv 2001/29. Dom af 29.7.2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, præmis 40).

hvilke personer der skal betale denne rimelige kompensation⁴⁶, og fastsætte, hvilken form kompensationen skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og hvilket omfang den skal have under overholdelse af direktiv 2001/29 og mere generelt EU-retten, selv om spørgsmålet om rimelig kompensation – som Domstolen allerede har fastslået – selv er et selvstændigt EU-retligt begreb⁴⁷. Som det fremgår af 35. og 38. betragtning til direktiv 2001/29, er dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), udtryk for EU-lovgivers hensigt om at fastsætte en særlig kompensationsordning, der under visse omstændigheder udløses på grundlag af en afkræftelig formodning om, at rettighedshaverne har lidt skade, og som i princippet skaber en forpligtelse for brugerne til at kompensere disse⁴⁸.

58. Da potentialet for kopiering – navnlig på det digitale område – er allestedsnærværende og vidt udbredt, indførte EU-lovgiver undtagelsen for privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 som middel til at sikre, at rettighedshaverne ikke lider uretmæssig skade⁴⁹ som følge af en sådan kopiering⁵⁰. Når medlemsstater vælger at gennemføre undtagelsen for privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 i deres nationale lovgivning, er de navnlig forpligtet til at fastsætte bestemmelser om betaling af en *rimelig* kompensation til rettighedshaveren.

59. En rimelig kompensation er en kompensation, som hverken *over- eller underkompenserer*⁵¹ rettighedshaverne for skaden som følge af privatkopiering. Det skal i denne henseende nævnes, at kravet om en rimelig kompensation med hensyn til en sådan kopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 efter sin art træder i stedet for eller omtrent i stedet for den skade, som rettighedshaverne har lidt. På grund af en sådan kopierings private karakter er den vanskelig – hvis ikke praktisk talt umulig – at overvåge eller opdage, og Domstolen har derfor givet medlemsstaterne mulighed for inden for rammerne af deres skøn at opstille visse afkræftelige formodninger med hensyn til privatkopiering⁵².

60. Som Domstolen bemærkede i præmis 51 i dom af 11. juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515), er vederlagsordninger for privatkopiering på nuværende tidspunkt *nødvendigvis upræcise* med hensyn til størstedelen af medierne, eftersom det i praksis

⁴⁶ – Under forudsætning af, at kompensationen *i sidste ende bliver båret af de private brugere*. Henset til de praktiske vanskeligheder ved at opkræve den rimelige kompensation hos private brugere har Domstolen fastslået, at medlemsstaterne kan finansiere denne rimelige kompensation ved at pålægge personer, der giver fysiske personer adgang til udstyr, apparater og reproduktionsmedier, en afgift. Da afgiften for privatkopiering kan overvælttes på den private bruger ved at lade den indgå i prisen for adgangen til udstyr, apparater og reproduktionsmedier eller i prisen på den ydede reproduktionservice, er en sådan ordning acceptabel, da byrden ved afgiften i sidste ende bliver båret af den private bruger. Derimod er artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 til hinder for en ordning om rimelig kompensation for privatkopiering, der finansieres af statens generelle budget, hvorved det ikke er muligt at sikre, at omkostningerne til denne rimelige kompensation bæres af brugerne af private kopier. Jf. i denne retning dom af 9.6.2016, EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:418, præmis 33-42).

⁴⁷ – Padawan-dommen, præmis 37.

⁴⁸ – Jf. dom af 11.7.2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, præmis 40), og af 22.9.2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, præmis 26).

⁴⁹ – Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 pålægger den medlemsstat, som har indført undtagelsen for privatkopiering i sin nationale lovgivning, en resultatforpligtelse, således at denne medlemsstat inden for rammerne af sine beføjelser skal sikre en effektiv opkrævning af den rimelige kompensation, som skal udgøre erstatningen for den lidt skade til indehaverne af eneretten til reproduktion, navnlig hvis skaden er opstået på den pågældende medlemsstats område. I denne henseende antages det, at skaden for rettighedshaveren som følge af privatkopieringen opstår i den medlemsstat, hvor slutbrugeren er bosiddende. Dom af 11.7.2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, præmis 57 og 58 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁰ – Det skal erindres, at en undtagelse for privatkopiering kun finder anvendelse, når en reproduktion til privat brug foretages fra en *lovlig kilde*. I dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254), fastslog Domstolen, at en ordning for afgift for privatkopiering, som ikke sonderer mellem reproduktioner fra en lovlig kilde og reproduktioner fra en ulovlig kilde, ikke overholder den rimelige balance mellem rettighedshaveren og brugerne.

⁵¹ – Sådanne situationer overholder ikke den »rimelige balance«, der kræves i 31. betragtning til direktiv 2001/29. Dom af 12.11.2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, præmis 86), og af 22.9.2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, præmis 51).

⁵² – Dom af 11.7.2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, præmis 41-45 og den deri nævnte retspraksis).

ikke er muligt at fastlægge, hvilket værk der er blevet reproduceret af hvilken bruger og ved hjælp af hvilket medium⁵³. Domstolen har præciseret med hensyn til udstyr, apparater og medier til digital reproduktion, at det er underforstået, at beløbet på en sådan afgift, der fastsættes forudgående, ikke kan fastsættes på baggrund af kriteriet om den faktiske skade, da omfanget af skaden på det tidspunkt, hvor de omhandlede apparater bringes i omsætning på det nationale område, er ukendt. Denne afgift må således nødvendigvis være udformet som en standardsats⁵⁴.

61. I 35. betragtning til direktiv 2001/29 præciseres det ligeledes, at i de sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget »en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift«, bør der ikke forfalde specifik eller særskilt betaling⁵⁵. Som det præciseres i 35. betragtning til direktiv 2001/29, bør der således i visse situationer, hvor »skaden for rettighedshaveren er minimal, [...] ikke være betalingspligt«. Det skal endvidere nævnes, at i overensstemmelse med artikel 6 i direktiv 2001/29, som fortolket af Domstolen i dom af 5. marts 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 72), kan den berørte medlemsstat lade det konkrete niveau for den kompensation, der tilkommer rettighedshaverne, afhænge af, hvorvidt tekniske foranstaltninger er anvendt, med henblik på at sidstnævnte opfordres til at træffe sådanne foranstaltninger, og at de således frivilligt bidrager til en korrekt anvendelse af undtagelsen for privatkopiering.

62. I præmis 78 i dom af 27. juni 2013, VG Wort m.fl. (C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:426), fastslog Domstolen endvidere, at i »tilfælde, hvor de omhandlede reproduktioner fremstilles i forbindelse med en enkeltstående proces ved hjælp af en kombination af apparater, kan medlemsstaterne ligeledes gå tilbage til etaper, der ligger forud for fremstillingen af kopien, og i givet fald indføre en ordning, hvorved den rimelige kompensation betales af de personer, der råder over et af apparaterne i denne kombination, der på ikke-selvstændig vis har bidraget til processen, for så vidt som disse personer har mulighed for at overvælte omkostningen ved afgiften på deres kunder. Den rimelige kompensations endelige beløb, der tilkommer rettighedshaverne som en modydelse for den skade, de lider ved udførelsen af en sådan enkeltstående proces, må ikke i det væsentlige afvige fra den, der er fastsat for reproduktioner, der er fremstillet på baggrund af et enkelt apparat«.

63. Som en sidebemærkning kan jeg ikke andet end få det indtryk, at EU-lovgiver med fordel kunne genoverveje dette aspekt af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29⁵⁶. Udtrykket »rimelig kompensation« er så bredt og åbent, at en vis grad af subjektiv bedømmelse er uundgåelig. Bortset fra den vejledning, der fremgår af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, og visse betragtninger til dette

⁵³ – Jf. ligeledes dom af 22.9.2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, præmis 35). Det er derfor korrekt, at ud fra et rent teoretisk standpunkt kan den omstændighed, at en sådan afgift betales, ikke træde i stedet for en individuel vurdering af den skade, som rettighedshaverne har lidt i hvert enkelt tilfælde.

⁵⁴ – Dom af 12.11.2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, præmis 70 og 71).

⁵⁵ – I forslaget til afgørelse Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2014:2001, punkt 60 og 61) anførte generaladvokat Cruz Villalón, at 35. betragtning til direktiv 2001/29 præciserer, at »[i] visse sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift, bør der ikke forfalde specifik eller særskilt betaling«. Han fandt, at det »kan udledes af denne betragtning, at direktiv 2001/29 overlader det til medlemsstaterne af fastsætte mulighed for at undgå overkompensation, dvs. at sørge for, at brugerne ikke sættes i en situation, hvor de skal betale vederlaget for privatkopiering, der skal finansiere den rimelige kompensation, to gange; første gang i forbindelse med den lovlige erhvervelse i handelen af filer, der indeholder værkerne, og anden gang i forbindelse med erhvervelsen af reproduktionsmedier, således som det synes at kunne være tilfældet i hovedsagen«.

⁵⁶ – Endvidere skal de retningslinjer, der er fastsat i Padawan-dommen, ikke desto mindre læses i sammenhæng med og i lyset af den teknologi og de brugervaner, der fandtes i 2010, da dommen blev afsagt, selv om afgørelsen i denne dom konsekvent er blevet præciseret af Domstolen i senere sager.

direktiv, navnlig 31. og 35. betragtning, findes der få andre retsregler, som hensigtsmæssigt kan vejlede enten nationale retter eller Domstolen med hensyn til, hvilken kompensation der (i givet fald) kan anses for »rimelig« i den foreliggende sammenhæng⁵⁷.

64. I denne henseende fastsætter artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 i det væsentlige, at den undtagelse eller indskrænkning, der er fastsat i dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), ikke må stride mod den *normale udnyttelse*⁵⁸ af værket eller andre frembringelser og ikke indebære urimelig skade for rettighedshaverens *legitime interesser*⁵⁹.

4. Anvendelse af disse principper på den foreliggende sag

65. Hvad angår den foreliggende sag er det nødvendigt at vurdere, i hvilket omfang rettighedshaverne – hvis i det hele taget – har ret til at modtage en (yderligere) kompensation for lagringskapacitet via cloud computing, som stilles til rådighed for fysiske personer til privat brug⁶⁰, da den nationale lovgivning som i den foreliggende sag allerede synes at foreskrive betaling af afgifter for en meget lang række nærmere angivne medier.

66. Hvert trin i processen med at uploade og downloade ophavsretligt beskyttet indhold via cloud computing fra apparater eller medier som f.eks. smartphones udgør en reproduktion af dette indhold, der i princippet er i strid med artikel 2 i direktiv 2001/29, medmindre en sådan reproduktion er begrundet i en undtagelse eller en indskrænkning i henhold til dette direktivs artikel 5. Da artikel 5, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 ligeledes sigter mod at undgå både en under- og overkompensation af rettighedshaveren og således sikre en rimelig balance mellem den private bruger og rettighedshaveren, rejser der sig det spørgsmål, om der skal betales en særskilt afgift for hvert trin i denne rækkefølge af kopier, herunder reproduktion/lagring via cloud computing, eftersom brugeren allerede *kan* have betalt en passende afgift på apparater og medier, som denne anvender i rækkefølgen⁶¹.

67. I retsmødet den 7. juli 2021 har både Austro-Mechana og den østrigske regering anført, at der i Østrig ikke skal betales en afgift for privatkopiering på apparater, *men udelukkende med hensyn til medier*. Med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse bekræftes denne konstatering af Private Copying Global Study 2020⁶². Det skal imidlertid nævnes⁶³, at ifølge dette studie skal der betales afgifter med hensyn til en meget lang række medier⁶⁴. Således synes der at skulle betales

⁵⁷ – Medlemsstaternes skønsmargen med henblik på at gennemføre de undtagelser og indskrænkninger, som er omhandlet i artikel 5, stk. 2 og 3, i direktiv 2001/29, er således betydelig, selv om den ikke kan anvendes på en måde, der bringer dette direktivs formål i fare, og som vedrører indførelse af et højt beskyttelsesniveau for ophavsænd og sikring af det indre markeds funktion. Dom af 29.7.2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen har endvidere præciseret, at det fremgår 44. betragtning til direktiv 2001/29, at hensigten hos EU-lovgiver har været, at undtagelsers eller indskrænkningers anvendelsesområde kunne begrænses yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker eller frembringelser. Jf. dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 27).

⁵⁸ – Dette udtryk er heller ikke defineret.

⁵⁹ – Dette udtryk er heller ikke defineret.

⁶⁰ – Og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle.

⁶¹ – Eksistensen af sådanne afgifter synes at variere betydeligt mellem medlemsstaterne, eftersom det er muligt, at et bestemt apparat (f.eks. en personlig computer eller smartphone) kan være underlagt en afgift i én medlemsstat og ingen i en anden. Det samme kan gælde for størrelsen af en sådan afgift, som kan variere fra medlemsstat til medlemsstat. Jf. i denne henseende Private Copying Global Study 2020. Tilgængelig på https://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/sg20-1067_private_copying_global_study_2020_2020-11-23_en.pdf. Det fremgår eksempelvis af denne undersøgelse, at Irland har en undtagelse for privatkopiering i henhold til artikel 101 i Copyright and Related Rights Act 2000 (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder af 2000), men at der ikke er fastsat en afgift for privatkopiering.

⁶² – Jf. undersøgelsens s. 286-296.

⁶³ – Jf. undersøgelsens s. 286-296.

⁶⁴ – I denne henseende fremlagde Strato ligeledes i et bilag til sine bemærkninger en oversigt over Austro-Mechanas takster for lagringsmedier, der er markedsført fra den 1.1.2018. Jf. bilag 12.

en afgift bl.a. for integreret hukommelse i mobiltelefoner med musik- og/eller videoafspilning, integreret hukommelse i en række computere og tablets, smartwatches med integreret hukommelse, DVD'er, USB-nøgler osv. Der skal ikke betales afgift for tilrådighedsstillelse af lagringskapacitet via cloud computing⁶⁵. I denne undersøgelse er det med hensyn til Østrig i afsnittet med overskriften »Redegørelse for udviklingen« ligeledes anført, at »salget af fysiske medier, med undtagelse af mobiltelefoner, imidlertid er faldet betydeligt. Der anvendes i stadig højere grad cloud computing til privatkopiering og/eller streamingtjenester. En afgift på privatkopiering via cloud computing er derfor Austro-Mechanas umiddelbare strategiske mål«.

68. Det synes således at fremgå af sagsakterne for Domstolen – med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse – at den adfærd, der udvises af fysiske personer med hensyn til privatkopiering, er under forandring⁶⁶, idet der i højere grad anvendes et begrænset antal apparater og medier som f.eks. smartphones og tablets sammen med cloud computing-tjenester og ikke kun en lang række apparater og medier. Endvidere ser det ud til, at apparater og medier i højere grad er underlagt afgifter end cloud computing-tjenester, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

69. Retten til en rimelig kompensation i henhold til artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 udløses på grundlag af en under visse omstændigheder afkræftelige formodning om, at rettighedshaverne har lidt skade, og skaber i princippet en forpligtelse for brugerne til at kompensere disse. I denne henseende foreligger der i forbindelse med vurderingen af den skade, som rettighedshaverne har lidt, navnlig en afkræftelig formodning om, at fysiske personer fuldt ud udnytter kapaciteten til reproduktion og lagring i elektroniske apparater eller medier, som stilles til rådighed for dem⁶⁷. Endvidere antages det, at skaden for rettighedshaveren som følge af privatkopieringen opstår i den medlemsstat, hvor slutbrugeren er bosiddende⁶⁸.

70. I betragtning af den *nødvendigvis upræcise* karakter af standardafgifter på apparater eller medier bør der efter min opfattelse udvises forsigtighed, inden sådanne standardafgifter kombineres med andre vederlagsordninger eller pålægges andre afgifter med hensyn til cloudtjenester, uden at der først foretages en empirisk undersøgelse af spørgsmålet – og navnlig uden at det fastslås, om rettighedshaverne lider yderligere skade som følge af den kombinerede anvendelse af sådanne apparater/medier og tjenester – da dette kan føre til overkompensation og forstyrre den i 31. betragtning til direktiv 2001/29 omhandlede rimelige balance mellem rettighedshavere og brugere.

71. Hvis der ikke tages hensyn til reproduktion/lagring via cloud computing, kan der være risiko for, at rettighedshaveren underkompenseres for skaden. Da uploading og downloading af ophavsretligt beskyttet indhold til skyen ved hjælp af apparater eller medier kan kvalificeres som en *enkelt proces med henblik på privatkopiering*, er det ikke desto mindre op til medlemsstaterne

⁶⁵ – Strato har anført, at ingen medlemsstat på nuværende tidspunkt foreskriver en afgift for privatkopiering for cloudbaserede tjenester. Den franske regering har i retsmødet den 7.7.2021 anført, at Frankrig foreskriver en afgift for netværksbaserede personlige videooptagertjenester.

⁶⁶ – I det mindste i Østrig, men jeg formoder i alle medlemsstater.

⁶⁷ – Jeg har visse vanskeligheder med sådanne formodninger i betragtning af, at fremkomsten af onlinetjenester, som giver licens til ophavsretligt beskyttet indhold som bøger, musik og film, i vidt omfang kan begrænse fysiske personers kopiering af beskyttet indhold i strid med artikel 2 i direktiv 2001/29. Efter min opfattelse skal afgifter fastsættes således, at der tages hensyn til dette fænomen og den omstændighed, at apparater og medier i stigende grad kan anvendes til lagring af indhold, der ganske enkelt ikke krænker retten til reproduktion, såsom private fotos, der er taget af ejeren af et apparat.

⁶⁸ – Med hensyn til dette sidstnævnte punkt er den omstændighed, at Strato, således som selskabet har gjort gældende, kan have betalt afgifter for sine servere i Tyskland, stort set irrelevant i forbindelse med den foreliggende sag. Såfremt der skal betales afgifter for tilrådighedsstillelse af cloud computing-tjenester, som leveres til fysiske personer, der er bosiddende i Østrig, skal de betales i Østrig. I overensstemmelse med dom af 11.7.2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, præmis 37), kan Strato imidlertid anmode om tilbagebetaling af (en del af) den afgift, der er betalt i Tyskland.

henset til den vide skønsmargen, som de råder over, i givet fald at indføre en ordning, hvor en rimelig kompensation kun betales for apparater eller medier, som udgør en nødvendig del af denne proces, forudsat at dette afspejler den skade, som rettighedshaveren har lidt som følge af den pågældende proces.

72. Sammenfattende skal der derfor ikke betales en særskilt afgift for en fysisk persons reproduktion til personligt brug, som foretages via cloud computing-tjenester, der leveres af tredjemand, forudsat at de afgifter, der er betalt med hensyn til apparater/medier i den pågældende medlemsstat, ligeledes afspejler den skade, som rettighedshaveren har lidt som følge af en sådan reproduktion. Hvis en medlemsstat faktisk har valgt at foreskrive en afgiftsordning for apparater/medier, kan den forelæggende ret i princippet med rette formode, at dette i sig selv udgør en »rimelig kompensation« som omhandlet i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, medmindre rettighedshaveren (eller dennes repræsentant) klart kan godtgøre, at en sådan betaling i lyset af sagens omstændigheder vil være utilstrækkelig.

73. Denne vurdering – som kræver en betydelig økonomisk ekspertise og kendskab til en række forskellige industrigrene – skal foretages på nationalt plan af den forelæggende ret.

VI. Forslag til afgørelse

74. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien, Østrig) forelagte spørgsmål således:

»Udtrykket »reproduktioner på ethvert medium« i artikel 5, stk. 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet omfatter reproduktion, som foretages via cloud computing-tjenester, der leveres af tredjemand.

Der skal ikke betales en særskilt afgift for en fysisk persons reproduktion til personligt brug, som foretages via cloud computing-tjenester, der leveres af tredjemand, forudsat at de afgifter, der er betalt med hensyn til apparater/medier i den pågældende medlemsstat, ligeledes afspejler den skade, som rettighedshaveren har lidt som følge af en sådan reproduktion. Hvis en medlemsstat faktisk har valgt at foreskrive en afgiftsordning for apparater/medier, kan den forelæggende ret i princippet med rette formode, at dette i sig selv udgør en »rimelig kompensation« som omhandlet i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, medmindre rettighedshaveren (eller dennes repræsentant) klart kan godtgøre, at en sådan betaling i lyset af sagens omstændigheder vil være utilstrækkelig.«