

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

N. JÄÄSKINEN

fremsat den 10. marts 2011¹

1. Den foreliggende sag vedrører fortolkningen af begrebet »rimelig kompensation« i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29/EF². Mens definitionen af, hvem der er ansvarlig for at betale en sådan kompensation, for ny- lig er blevet behandlet i Padawan-dommen³, adskiller den foreliggende præjudicielle fore- læggelse sig fra nævnte sag, da den forelig- gende sag indeholder et grænseoverskriden- de element. Med det nye spørgsmål ønskes det således oplyst, om national lovgivning til gennemførelse af direktivet som følge af ar- tikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 skal fortol- kes på en sådan måde, at en virksomhed, der beskæftiger sig med distancehandel, hvorved virksomheden sælger varer via internettet til kunder i en medlemsstat, hvor der er fastsat bestemmelser om erlæggelse af en rimelig kompensation i den nationale lovgivning, er forpligtet til at betale kompensationen i en af de to medlemsstater.

I — Retsforskrifter

*EU-retten*⁴

2. Artikel 17, stk. 2, i Den Europæiske Uni- ons charter om grundlæggende rettigheder bestemmer, at intellektuel ejendomsret er beskyttet⁵.

3. Artikel 28 EF forbyder kvantitative ind- førselsrestriktioner såvel som alle foranstalt- ninger med tilsvarende virkning. Artikel 30 EF indeholder undtagelser fra forbuddet mod sådanne restriktioner og giver udtrykkeligt mulighed for undtagelser begrundet i hensy- net til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.5.2001 om har- monisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede ret- tigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10).

3 — Dom af 21.10.2010, sag C-467/08, Sml. I, s. 10055.

4 — Eftersom spørgsmålene i den foreliggende sag blev forelagt, før traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT 2008 C 115, s. 47) trådte i kraft, er henvisninger til artikler i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fælles- skab (EFT 2002 C 325, s. 33) bevaret i hele teksten.

5 — EFT 2000 C 364, s. 1.

4. 35., 38. og 39. betragtning i præamblen til direktiv 2001/29 har følgende ordlyd:

»(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.

indskrænkning med hensyn til retten til reproduktion mod en rimelig kompensation for visse former for reproduktion af lyd-, video- og audio-visuelt materiale til privat brug. Dette kan indebære indførelse af eller fortsat anvendelse af vederlagsordninger som kompensation for rettighedshavernes tab. Selv om forskelle mellem sådanne vederlagsordninger påvirker det indre markeds funktion, vil disse forskelle, når der er tale om analog privat reproduktion, ikke få væsentlige følger for udviklingen af informationssamfundet. Digital privatkopiering kan formodes at vinde større udbredelse og få større økonomiske konsekvenser. Der bør derfor tages passende hensyn til forskellene mellem digital og analog privatkopiering, og der bør i visse henseender skelnes mellem dem.

[...]

(38) Medlemsstaterne bør have mulighed for at indføre en undtagelse eller

(39) Hvis undtagelsen eller indskrænkningen anvendes på privatkopiering, bør medlemsstaterne tage behørigt hensyn til den teknologiske og økonomiske udvikling, navnlig for så vidt angår digital privatkopiering og vederlagsordninger, når der findes effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger. Sådanne undtagelser eller indskrænkninger bør

hverken hindre anvendelsen af tekniske foranstaltninger eller deres gennemførelse over for ulovlig omgåelse.«

6. I artikel 5 fastsættes undtagelser og indskrænkninger. Nævnte artikel bestemmer i de relevante dele:

5. I artikel 2 i direktiv 2001/29 fastsættes de almindelige regler vedrørende retten til reproduktion. I nævnte artikel bestemmes:

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

»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) 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

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.«

5. 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.«

National ret

7. Artikel 16c i ophavsretsloven (Auteurswet) bestemmer følgende:

»1. Fuldstændig eller delvis reproduktion af et litterært, videnskabeligt eller kunstnerisk værk betragtes ikke som en krænkelse af ophavsretten til værket, når værket reproduceres på et medium, der er bestemt til at gengive et værk, og når reproduktionen sker uden direkte eller indirekte kommercielle formål, men udelukkende til øvelses- studie- eller anden brug for den fysiske person, der har foretaget reproduktionen.

2. For den i stykke 1 omhandlede reproduktion skal der til ophavsmanden eller dennes retlige efterfølger erlægges en rimelig kompensation. Kompensationens betaling påhviler fabrikanten eller importøren af de i stykke 1 omhandlede medier.

3. Fabrikantens betalingsforpligtelse opstår på det tidspunkt, hvor de af ham fremstillede medier kan bringes i handelen. For importøren opstår forpligtelsen på indførselstidspunktet.

[...]«

8. I henhold til ophavsretslovens artikel 16d er Stichting de Thuis kopie (herefter »Thuis kopie«) ansvarlig for opkrævningen af den rimelige kompensation, der omhandles i samme lovs artikel 16c, stk. 2.

II — De faktiske omstændigheder og de forelagte spørgsmål

9. Opus GmbH har hjemsted i Tyskland. Selskabet udbyder tomme medier bl.a. via netsider på nederlandsk og netsider, der er rettet til Nederlandene. I dets almindelige handelsbetingelser, som man kan få kendskab til ved at klikke på de pågældende netsider, er det anført:

»Bestillinger afgives af kunden direkte til Opus Supplies Deutschland GmbH, Heinsberg, Tyskland.

[...]

De angivne priser er uden Levy, Auvibel, Thuis kopie, GEMA eller andre afgifter. Varerne forsendes i opdrag af kunden med TPG Post eller DHL Express og altid i kundens navn. Dette kan medføre, at De i Deres land vil blive anset for at være importør [...]«

10. Siden slutningen af 2003 har Opus GmbH solgt tomme medier til priser, der ifølge den forelæggende ret ikke indeholder nogen afgift for privatkopiering, da priserne generelt er lavere end det beløb, der i Nederlandene danner grundlaget for afgiften for privatkopiering for den pågældende kategori af medier.

11. Bestillinger, der indkommer via de nævnte netsider, bekræfter Opus GmbH med en e-mail til kunden. Efterfølgende behandles bestillingen i Tyskland og varerne gøres klar til forsendelse, hvorefter de af transportører, der er bestilt af Opus GmbH, som postforsendelse sendes til bl.a. Nederlandene.

12. Kunderne kan bestille medier online uden nødvendigvis at få kendskab til de almindelige handelsbetingelser på Opus GmbH's netside. Betaling kan ske til en nederlandsk bankkonto. Returvarer kan sendes til en adresse i Nederlandene.

13. Hverken Opus GmbH eller kunderne i Nederlandene betaler afgift til ThuisKopie for medierne. Opus GmbH betaler heller ikke i Tyskland nogen tilsvarende afgift for privatkopiering for tomme medier solgt til kunder i Nederlandene.

14. Foruden Opus GmbH er medindstævnt i sagen Opus Supplies BV, som beskæftigede sig med salg af tomme medier til kunder i Nederlandene, samt Mijndert van der Lee og Hananja van der Lee, som indirekte leder begge virksomheder.

15. ThuisKopie anlagde den 26. juli 2005 sag mod alle tre parter ved Rechtbank 's-Gravenhage (byretten i Haag) med påstand om fastsættelse af foreløbige retsmidler. Ved kendelse af 16. september 2005 afviste retten sagen. ThuisKopie appellerede denne kendelse til Gerechtshof 's-Gravenhage (den regionale appelret i Haag). Ved dom af 12. juli 2007 stadfæstede Gerechtshof 's-Gravenhage underinstansens kendelse i sagen om foreløbige retsmidler. ThuisKopie har iværksat kassationsanke til Hoge Raad der Nederlanden, som herefter har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

16. Som begrundelse for sin anmodning om præjudiciel afgørelse har Hoge Raad der Nederlanden anført, at leveringen ifølge kontrakten sker ved den fysiske overdragelse, og at denne i henhold til kontrakten sker i Tyskland, eftersom kunden er ansvarlig for transporten af varerne. Eftersom det bestemmes i den nederlandske lovgivning, at det er importøren, der skal betale den rimelige kompensation, betyder dette, at forpligtelsen i den foreliggende sag ligger hos kunden i Nederlandene og ikke hos Opus GmbH. Den forelæggende ret ønsker derfor oplyst, om direktiv 2001/29 kræver, at begrebet »importør«, som anvendes i den nationale lovgivning, skal fortolkes på en måde, der ikke er i overensstemmelse med den sædvanlige betydnings.

17. På denne baggrund har Hoge Raad anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Afgiver direktiv [2001/29], i særdeleshed dets artikel 5, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 5, holdepunkter for besvarelsen af det spørgsmål, hvem der efter den nationale lovgivning må betragtes som skyldner for den i artikel 5, stk. 2, litra b), omhandlede »rimelige kompensation«? Hvis spørgsmålet besvares bekræftende, hvilke?

2) Såfremt der er tale om distancekøb, hvor køber er hjemmehørende i en anden medlemsstat end sælger, kræver artikel 5, stk. 5, i [direktiv 2001/29] da en så vid fortolkning af de nationale retsregler, at den i artikel 5, stk. 2, litra b), omhandlede »rimelige kompensation« ved distancekøbet skal erlægges af en kommercielt handlende skyldner herfor i mindst et af de i distancekøbet involverede lande?»

om direktiv 2001/29 fastsætter, hvem der skal være ansvarlig for betaling af en rimelig kompensation i de tilfælde, hvor en undtagelse fra den generelle regel i artikel 2 i nævnte direktiv finder anvendelse.

19. Det er korrekt, at direktiv 2001/29 ikke udtrykkeligt bestemmer, hvem der skal betale den rimelige kompensation. I direktivet anføres blot det tilsigtede resultat, nemlig at en medlemsstat, som tillader en undtagelse fra den generelle regel i nævnte direktivs artikel 2, skal sikre, at der betales en rimelig kompensation, undtagen i de tilfælde, hvor rettighedshaveren lider minimal skade.

20. Derfor har medlemsstaterne en stor skønsmargen ved fastlæggelsen af, hvem der skal betale en sådan kompensation.

21. Ifølge Domstolens praksis skal spørgsmålet om, hvem der skal betale en rimelig kompensation, fortolkes ensartet i hele EU med henblik på at opfylde formålene i direktiv 2001/29, nemlig harmonisering af visse aspekter i ophavsretslovgivningen for at sikre, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrejes⁶.

22. Dette skal ske under behørig hensyntagen til direktivets formål og den omhandlede bestemmelse. Formålet med den rimelige kompensation i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv

III — Bedømmelse

A — Det første spørgsmål

18. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst,

6 — Padawan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 32, 33 og 35.

2001/29 er at kompensere ophavsmændene tilstrækkeligt for anvendelse af deres beskyttede værker uden tilladelse og den skade, de lider som følge af den pågældende handling⁷.

23. For ganske nylig behandlede Domstolen i Padawan-dommen spørgsmålet om, hvem der skal betale kompensation. Domstolen fastslog, at den person, der har givet anledning til skaden for indehaveren af eneretten til reproduktion, er den, som foretager en sådan reproduktion af et beskyttet værk uden at søge forudgående tilladelse fra nævnte indehaver, og det påhviler følgelig i princippet denne person at erstatte tabet⁸. Imidlertid accepterede Domstolen også, at medlemsstaterne under hensyntagen til de praktiske vanskeligheder med at identificere de private brugere, kan bestemme, at personer, der råder over udstyr, apparater og medier, og som giver private brugere adgang til dette udstyr, også kan blive ansvarlige for at betale den rimelige kompensation⁹.

24. Af denne dom fremgår det således klart, at en rimelig kompensation i princippet kan påhvile både den privatperson og den virksomhed, der sælger den pågældende vare, som forårsager eller kan forårsage skade for rettighedshaveren.

25. En medlemsstat kan ikke tillade privatkopiering og pålægge private en kompensationsforpligtelse, medmindre der etableres systemer, der effektivt sikrer, at kompensationen erlægges. Ellers vil der ikke kunne opnås en effektiv virkning af artikel 2 og af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2001/29. Endvidere ville rettighedshaverne blive frataget den beskyttelse, der ydes dem i henhold til artikel 17, stk. 2, i charteret om grundlæggende rettigheder.

26. Efter min opfattelse kan de nævnte bestemmelsers effektive virkning ikke nås i praksis, medmindre medlemsstaten skaber et system, hvorefter rettighedshaverne bliver kompenseret gennem en kollektiv ordning. Under hensyntagen til den konklusion, som Domstolen drog i Padawan-dommen, at det i princippet er den enkelte, der skal godtgøre skaden, er det logisk, at den økonomiske kompensation bør komme fra denne. Den kompensationsordning, som en medlemsstat måtte have etableret for at tillade undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, bør derfor sikre, at kompensationen opkræves fra slutbrugerne, hvilket i praksis betyder, at kompensationen bør indgå i den pris, som disse personer betaler, når de erhverver de pågældende medier.

27. Denne konklusion berøres ikke af Kommissionens argument om restriktioner i de frie varebevægelser.

7 — Padawan-dommen, ibidem, præmis 39 og 40.

8 — Padawan-dommen, ibidem, præmis 44 og 45.

9 — Padawan-dommen, ibidem, præmis 46.

28. Kommissionen gør gældende, at direktiv 2001/209 skal fortolkes på en måde, der ikke strider mod den primære ret¹⁰, dvs. artikel 28 EF og 30 EF om varernes frie bevægelighed. I henhold til Kommissionen er der forskellige måder, hvorpå det kan sikres, at der faktisk ydes kompensation, og direktiv 2001/29 synes at foretrække de former for rimelig kompensation, som ikke har nogen forbindelse til selve varerne, således at den grænseoverskridende handel ikke påvirkes¹¹. Spørgsmålet om, hvem der skal betale den rimelige kompensation, skal således ikke tillægges større betydning end, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet med den rimelige kompensation i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29.

29. Det første aspekt er i denne forbindelse, om de relevante bestemmelser i direktiv 2001/29 er forenelige med EF-traktatens bestemmelser om varernes frie bevægelighed.

30. Eftersom artikel 30 EF tillader nationale restriktioner begrundet i hensynet til beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, kan der efter min mening ikke være nogen tvivl om, at EU-lovgiver er berettiget til at

harmonisere betingelserne for udøvelsen af sådanne rettigheder med henblik på at sikre en effektiv håndhævelse deraf.

31. Det andet aspekt vedrører spørgsmålet, om en kompensationsordning, som gælder for reproduktionsmedier importeret fra andre medlemsstater, er forenelig med bestemmelserne om varernes frie bevægelighed i betragtning af, at der påstås at findes mindre indgribende løsninger for at nå målet om rimelig kompensation¹².

32. Det er rigtigt, at afledt ret skal fortolkes i overensstemmelse med traktaten. Dette betyder imidlertid ikke, at medlemsstaterne er udelukket fra at udnytte det spillerum for gennemførelsen, som tilkommer dem ifølge EU-lovgiver, medmindre direktivet — ved at tildele et sådant spillerum — selv strider mod traktaten.

10 — Dom af 29.6.1995, sag C-135/93, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1651, præmis 37.

11 — Jf. til støtte herfor første, tredje og sjette betragtning i præamblen til direktiv 2001/29, hvori det anføres, at (i) harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om ophavsret bidrager til at opnå et indre marked, (ii) direktiv 2001/29 vil medvirke til gennemførelsen af de fire friheder og sikre respekten af de grundlæggende retsprincipper, og (iii) harmonisering vil sikre, at der ikke vil ske en ny opdeling af det indre marked som følge af betydelige forskelle i medlemsstaternes beskyttelsesniveau.

12 — Som et alternativ, der i mindre grad begrænser varernes frie bevægelighed, har Opus GmbH angivet muligheden af at etablere en kompensationsfond til fordel for rettighedshaverne. Såfremt en sådan fond udelukkende skulle finansieres af indenlandske producenter eller forhandlere, ville det være problematisk ud fra hensynet til ikke-forskelsbehandling. Hvis fonden blev finansieret af skatteyderne, synes der at være et problem med statsstøttere reglerne, idet der således ville være etableret en selektiv støtteordning til fordel for de erhvervsdrivende, der forhandlede reproduktionsmedier, som ikke ville være forpligtet til at tillægge produkternes priser en kompensation for skaden forårsaget af de købere, der måtte bruge dem til privat kopiering af beskyttede værker og andre frembringelser.

33. En anden konklusion ville efter min opfattelse være uforenelig med selve direktivets natur. Der er ofte mange forskellige måder, hvorpå et direktiv kan implementeres i den nationale lovgivning. I sådanne tilfælde ville argumenter om, at disse alternativer ikke er ligeværdige med hensyn til de principper, der er inkorporeret i traktaten, være i strid med det udtrykkelige valg, EU-lovgiver har truffet om at tillade mere end en enkelt metode for gennemførelsen. Det ville altså stille spørgsmålstegn ved de konstitutionelle principper, der gælder for udøvelsen af den lovgivningsmæssige kompetence i EU-lovgivningen og fordelingen af kompetencer mellem EU-lovgiveren og medlemsstaterne.

34. Efter min opfattelse forbyder hverken EF-traktaten eller direktiv 2001/29 kompensationsordninger baseret på princippet om, at sælgerne af reproduktionsmedier betaler kompensationen til forvaltningsselskaber, der repræsenterer rettighedshaverne. Direktivet bestemmer ikke, at import af reproduktionsmedier fra andre medlemsstater skal undtages fra den rimelige kompensation, og jeg tvivler på, at EU-lovgiver kunne have fastsat en sådan bestemmelse uden at overtræde de internationale konventioner om ophavsret, som også binder EU. Det kan dermed ikke være uforholdsmæssig. Når dette er sagt, skal det understreges, at den foreliggende præjudicielle forelæggelse kun vedrører fortolkningen af begrebet »importør« i forbindelse med distancehandel, og ikke princippet om,

at kompensation også skal betales for importerede reproduktionsmedier.

35. For det tredje skal det understreges, at artikel 2 i direktiv 2001/29 giver rettighedshaverne ret til at tillade eller forbyde reproduktion. En fravigelse af denne ret kan kun tillades på betingelse af, at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation.

36. Det følger heraf, at rettighedshavernes ret til at modtage en sådan kompensation i henhold til EU-retten ikke kan nægtes, blot fordi der kan have været en bedre måde til gennemførelse af denne ret end den, der er vedtaget af den pågældende medlemsstat. Herudover indeholder direktiv 2001/29 ingen angivelser om, at visse reproduktionsmedier, som er markedsført i medlemsstaten, kunne fritages fra anvendelsesområdet for retten til en rimelig kompensation, blot fordi de har været markedsført via en kommerciel teknik, som ikke sikrer betaling af kompensationen.

B — *Det andet spørgsmål*

37. Det andet spørgsmål vedrører anvendelsen af den tretrins-test, der er omhandlet i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, og den forpligtelse, som denne test medfører for den forelæggende ret ved fortolkningen af den nationale lovgivning. Den forelæggende ret

ønsker i det væsentlige oplyst, om denne test indebærer, at en sælger, der i forbindelse med en distancehandelsaftale er etableret i en anden medlemsstat, skal betale en rimelig kompensation i mindst én af de medlemsstater, der berøres af distancehandlen.

38. Den forelæggende ret antager med sit spørgsmål, at sælger kan være forpligtet til at betale en rimelig kompensation i en sådan situation. Faktisk fastslog Domstolen i Padawan-dommen, som blev afsagt, efter at den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse var blevet indgivet, at en virksomhed kan være pligtig til i henhold til direktiv 2001/29 at betale en rimelig kompensation¹³. Den foreliggende sag er imidlertid en anden, eftersom det grænseoverskridende element giver anledning til spørgsmålet om, på hvilken stats område den rimelige kompensation i henhold til direktiv 2001/29 skal erlægges.

39. Ifølge den forelæggende ret fremgår det af ordlyden af den nederlandske lovgivning, at en privat køber som importør af medierne til Nederlandene er forpligtet til at betale den rimelige kompensation. Som følge heraf er den i praksis ikke til at inddrive. Den forelæggende ret er således usikker på, om dette resultat er foreneligt med direktiv 2001/29, eller om direktivet kræver, at udtrykket »importør« skal fortolkes mere bredt end den betydning, udtrykket er tillagt i henhold til den nationale lovgivning, derved at der også

tages hensyn til den endelige anvendelse af medierne, en brug, som også er indlysende for erhvervsdrivende.

40. Det er korrekt, at den nationale ret i henhold til fast retspraksis i videst muligt omfang skal fortolke den nationale lovgivning på en sådan måde, at det sikres, at formålene i det pågældende direktiv opfyldes¹⁴. Den nationale ret er dog ikke forpligtet til at fortolke den nationale lovgivning *contra legem*¹⁵.

1. Anvendeligheden af tretrins-testen i den foreliggende sag

41. Tretrins-testen tager i almindelighed sigte på de nationale lovgivere, som skal opfylde bestemmelserne deri, når de i den nationale lovgivning fastsætter de undtagelser og indskrænkninger, som er omhandlet i artikel 5 i direktiv 2001/29¹⁶.

42. Nationale dommere skal imidlertid fortolke de nationale bestemmelser i lyset af denne test, når den nationale lovgivning er tvetydig eller giver mulighed for forskellige resultater. Selv om standarden altså først og fremmest er rettet til lovgiver, skal

13 — Padawan-dommen, ibidem, præmis 46-49.

14 — Dom af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 108, og af 19.1.2010, sag C-555/07, Küçükdeveci, Sml. I, s. 365, præmis 48.

15 — Dom af 24.6.2010, sag C-98/09, Sorce, Sml. I, s. 5837, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis.

16 — M. Walter, *European Copyright Law: A commentary*, OUP, 2010, punkt 11.5.79.

tretrins-testen også anvendes af de nationale retter for at sikre, at den praktiske anvendelse af undtagelsen fra artikel 2 i direktiv 2001/29, der er fastsat i den nationale lovgivning, forbliver inden for de tilladte grænser i henhold til direktivets artikel 5.

bør være betalingspligt¹⁷. I betragtning af den delvist harmoniserede karakter af artikel 5 i direktiv 2001/29 er det tvivlsomt, hvorvidt og under hvilke omstændigheder en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat har pligt til at betale en sådan kompensation.

2. Kræver direktiv 2001/29, at sælgeren i en distancehandelsaftale betaler en rimelig kompensation i mindst én af medlemsstaterne?

43. Først skal det bemærkes, at direktiv 2001/29 ikke tillader nogen undtagelser fra beskyttelsen af rettighedshavernes rettigheder i forbindelse med distancehandelsaftaler.

44. Artikel 5 i direktiv 2001/29 er særegen, idet artiklen kun sikrer et delvist harmoniseret system. I henhold til dette system har medlemsstaterne mulighed for at vælge, om de vil indføre en undtagelse fra den generelle regel ved at tillade privatkopiering af beskyttede værker og andre frembringelser uden tilfaldelse fra rettighedshaverne.

45. Når de gør dette, er de naturligvis forpligtet til at sikre, at der betales en rimelig kompensation, medmindre skaden for rettighedshaveren er minimal, i hvilket tilfælde der ikke

46. Efter min opfattelse er der ikke i henhold til direktiv 2001/29 krav om at betale en rimelig kompensation i *alle* distancehandler, der involverer forskellige medlemsstater, navnlig fordi sådanne handler kan være målrettet mod kunder i medlemsstater, der ikke tillader privat kopiering.

47. For det første ville en sådan konklusion risikere at fordreje konkurrencen på det indre marked. For eksempel er der praktiske problemer ved at identificere alle de virksomheder, der sælger tomme medier til kunder i Nederlandene. Uden muligheden for at identificere alle de virksomheder i medlemsstaterne, som sælger reproduktionsmedier i den medlemsstat, hvor den rimelige kompensation skal erlægges, vil en sådan sontring finde sted på et vilkårligt grundlag og stride mod selve formålet med direktiv 2001/29, som skal

¹⁷ — Sidste sætning i 35. betragtning til direktiv 2001/29. Jf. også Padawan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 39 og 46.

sikre, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrejes¹⁸.

48. Endvidere er det efter min mening ikke nødvendigt at kræve, at alle virksomheder beskæftiget med distancehandel betaler den rimelige kompensation, som er pligtig i de medlemsstater, hvor kunderne befinder sig, eftersom skaden i disse tilfælde kan være minimal. Faktorer såsom sproglige forskelle, brug af forskellige domænenavne, som forbrugerne ikke kender, og højere forsendelsesomkostninger vil betyde, at forbrugere i en medlemsstat kun i begrænset omfang vil købe fra virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater. I de tilfælde, hvor en virksomhed ikke er målrettet mod forbrugerne i en bestemt medlemsstat, og hvor skaden er minimal, opstår der også praktiske problemer ved at skulle opkræve meget små beløb fra virksomheder, der kun har solgt et eller to medier til en kunde i den medlemsstat.

49. Hertil kommer, at salg af varer via internettet giver anledning til mange spørgsmål med hensyn til, hvilke forpligtelser der påhviler de virksomheder, hvis produkter er tilgængelige online. Eftersom internettet gør varer umiddelbart tilgængelige i hele EU, opstår spørgsmålet, under hvilke omstændigheder virksomheden skal være ansvarlig. Efter min opfattelse må der nødvendigvis være nogle begrænsninger, idet en virksomhed

ellers ville være ansvarlig i alle retssystemer i verden. Rådets forordning (EF) nr. 44/2001¹⁹ regulerer udtrykkeligt en sådan situation ved at fastsætte, at det kun er i tilfælde, hvor en virksomhed er målrettet mod et bestemt område, at den retlige kompetence bør eksistere.

50. Selv om denne forordning tilsigter at regulere et andet lovområde end det, som direktiv 2001/29 regulerer, er det hensigtsmæssigt at inddrage dens fortolkning, idet problemet er det samme, nemlig under hvilke omstændigheder en virksomhed i en anden medlemsstat kan blive ansvarlig eller, som i det foreliggende tilfælde, pålægges en afgift for varer, som den sælger over internettet til en forbruger i en anden medlemsstat.

51. Problemerne vedrørende distancehandel kombineret med den delvise harmonisering, der er forudsat i direktiv 2001/29 betyder, at det kun er i situationer, hvor en virksomhed i en anden medlemsstat er målrettet mod forbrugerne i den forelæggende rets medlemsstat, at den bør være forpligtet til at betale en rimelig kompensation.

52. Det er endvidere i denne situation, at skaden sandsynligvis vil være størst, og at den rimelige kompensation er berettiget. Uden at blive modsagt på dette punkt har Thuiskopie i den foreliggende sag eksempelvis anført,

18 — Padawan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 35. Jf. også dom af 12.9.2006, sag C-479/04, Laserdisken, Sml. I, s. 8089, præmis 26 og 31-34.

19 — Forordning af 22.12.2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1).

at Opus GmbH's salg udgør omkring en tredjedel af alle tomme medier, der sælges i Nederlandene.

for forbrugere med hjemsted i andre medlemsstater, (v) anvendelse af et andet topniveauudomænenavn end det, der anvendes i den medlemsstat, hvor den erhvervsdrivende er etableret, og (vi) omtale af et internationalt klientel bestående af kunder hjemmehørende i forskellige medlemsstater²⁰.

53. For så vidt angår kriterierne for at afgøre, om en virksomhed er målrettet mod en bestemt medlemsstats marked, kan der hentes inspiration fra Domstolens nylige fortolkning af betydningen af aktivitet »rettet mod« forbrugernes bopælsmedlemsstat, jf. forordning 44/2001, idet der skal henvises til at direktiv 2001/29 ikke anvender dette udtryk.

54. I denne henseende opstillede Domstolen i dommen i sagen Pammer og Hotel Alpelhof en ikke-udtømmende liste over kriterier, der kan udgøre bevis for, at en erhvervsdrivendes aktivitet var rettet mod en bestemt medlemsstat. Ifølge denne sag skal det undersøges, om der før indgåelsen af en hvilken som helst aftale med forbrugeren forelå holdepunkter ud fra netsider og den erhvervsdrivendes samlede aktiviteter, der godtgør, at den erhvervsdrivende havde til hensigt at handle med forbrugere med bopæl i en eller flere medlemsstater, herunder den medlemsstat, på hvis område den pågældende forbruger har sin bopæl. De kriterier, der skal tages i betragtning, og som er særligt relevante for den foreliggende sag, omfatter (i) brugen af et andet sprog eller en anden valuta end det sprog eller den valuta, der normalt anvendes i den medlemsstat, hvor den erhvervsdrivende er etableret, (ii) muligheden for at foretage og bekræfte reservationen i dette andet sprog, (iii) omtale af telefonnumre med en international landekode, (iv) udlæg af udgifter til en internet-service for at lette adgangen til den erhvervsdrivendes netside eller en mellemmands netside

55. Efter min opfattelse skal der også lægges vægt på, at en virksomhed ikke bør være forpligtet til at betale en rimelig kompensation, hvis den allerede har gjort det i en anden medlemsstat. Hvis den medlemsstat, hvor virksomheden er etableret, kræver betaling af en rimelig kompensation, og virksomheden betaler denne kompensation, så er rettighedshavernes rettigheder i henhold til direktiv 2001/29 tilstrækkeligt beskyttet. Dette gælder også, hvis sælgeren har betalt kompensation i sin hjemstat på frivillig basis, og dermed har overladt det til opkrævning-organisationen, der repræsenterer rettighedshaverne i den pågældende stat, at distribuere kompensationsbeløbene til organisationerne i de lande, sælgerens virksomhed er målrettet imod. En anden regulering ville medføre, at der blev erlagt dobbelt kompensation, hvilket ikke ville være påkrævet for at opfylde direktivets formål.

56. Endelig er det vigtigt at understrege, at en virksomhed ikke kan aftale sig ud af sine bindende forpligtelser i henhold til EU-retten.

20 — Dom af 7.12.2010, forenede sager C-585/08 og C-144/09, Pammer mod Hotel Alpelhof, Sml. I, s. 12527, præmis 75-76, 80-81 og 84.

57. I den foreliggende sag udnytter Opus GmbH og deres kunder deres aftaleretlige frihed med henblik på at fastsætte, at aftalen gennemføres uden for Nederlandene med den virkning, at »importøren«, som er forpligtet til at betale kompensationsafgiften i overensstemmelse med den nederlandske ophavsretslov, ikke er sælger, men køber. Det lader til, at denne løsning hviler på den temmelig usædvanlige konstruktion, hvor sælgeren står for transporten af varerne til forbrugeren som agent for sidstnævnte og ikke på egne vegne.

58. Efter min opfattelse kan sælgerne af medierne og deres kunder ikke ved aftale undlade at opfylde kravet om retten til en rimelig kompensation i henhold til artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29. Sådanne aftaler tilstræber at undvige virkningerne af EU-lovgivningen. Som følge heraf kan den nationale lovgivning til gennemførelse af direktiv 2001/29 sammen med den nationale aftaleret ikke fortolkes på en måde, der fører til et sådant resultat.

3. Kræver tretrins-testen, at sælgeren i en distancehandelsaftale betaler en rimelig kompensation i mindst en af medlemsstaterne?

59. National lovgivning skal fortolkes på en måde, der sikrer, at tretrins-testen er overholdt, hvilket betyder, at undtagelsen anvendes i begrænset omfang, ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller

andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.

60. I den foreliggende sag peger de første to kriterier mod den konklusion, at der skal erlægges en rimelig kompensation i forbindelse med alle distancehandelsaftaler i mindst én medlemsstat. For så vidt angår det første kriterium berører spørgsmålet om en rimelig kompensation ikke undtagelsens grænser, men henviser blot til den form for afhjælpning, der følger af undtagelsen. For så vidt angår det andet kriterium vil det helt sikkert stride mod den normale udnyttelse af værket, hvis der ikke skal betales en rimelig kompensation, eftersom rettighedshaveren hverken vil have ret til at tillade reproduktion og brug af sit værk eller ret til kompensation.

61. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at der — medmindre virksomheden er målrettet mod forbrugere i den pågældende medlemsstat — ikke foreligger nogen urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser, eftersom den lidte skade som anført ovenfor er minimal.

62. Af disse grunde kræver tretrins-testen efter min mening ikke, at alle virksomheder, der beskæftiger sig med grænseoverskridende distancehandel af reproduktionsmedier mellem medlemsstaterne, skal betale den rimelige kompensation, men udelukkende de virksomheder, der målretter virksomheden mod den pågældende medlemsstats forbrugere.

IV — Forslag til afgørelse

63. Afslutningsvis vil jeg foreslå Domstolen at give et enkelt svar på de to præjudicielle spørgsmål som følger:

»Artikel 5, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 5, 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 pålægger ikke medlemsstaterne at opstille en enkelt løsning på, hvordan betalingen af en rimelig kompensation til rettighedshaverne sikres i det tilfælde, hvor medlemsstaten har benyttet sig af muligheden for at tillade privat kopiering af ophavsretligt beskyttede værker og andre beskyttede frembringelser. Disse bestemmelser udelukker enhver fortolkning af den relevante nationale lovgivning, der ikke faktisk sikrer, at en sælger af medier til reproduktion af sådanne værker eller andre beskyttede frembringelser i en distancehandel, der er målrettet mod kunder i den pågældende medlemsstat, betaler en rimelig kompensation, medmindre sælgeren allerede har betalt en sammenlignelig kompensation i den medlemsstat, hvor handlen finder sted.«