



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALAVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 7. september 2017¹

Sag C-265/16

**VCAST Limited
mod
R.T.I. SpA**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale di Torino (retten i Torino, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – intellektuel og industriel ejendomsret – ophavsret og beslægtede rettigheder – reproduktionsret – undtagelse – reproduktion til privat brug – levering af tjenesteydelse i form af fjernstyret videooptagelse (cloud computing) med henblik på reproduktion til privat brug af fjernsynsudsendelser uden ophavsretsindehavernes samtykke – tjenesteyderens medvirken i forbindelse med denne optagelse – tilrådighedsstillelse af sådanne udsendelser«

Indledning

1. SkyIt-tjenester i »skyen«, der er bedre kendt under det engelske udtryk »cloud computing«, defineres som muligheden for via et telekommunikationsnet (internet) at få on demand-adgang gennem en selvbetjeningsløsning til delbare og konfigurerbare it-ressourcer. Der er således tale om en omlægning af it-infrastrukturen². Cloud computing har det særtræk, at brugeren i modsætning til, hvad der er tilfældet for den traditionelle brug af it-infrastrukturen, ikke erhverver eller lejer fysisk it-udstyr, men anvender en tjeneste i form af en infrastrukturkapacitet, der tilhører en tredjepart, hvis placering ikke er kendt for brugeren og i øvrigt kan variere. Fra brugerens synspunkt befinder denne kapacitet sig derfor »et eller andet sted i skyen« (ikke en sky i atmosfæren, men naturligvis en »it-sky«). En sådan konfiguration sikrer en bedre ressourceudnyttelse og en automatisk tilpasning efter ændringer i efterspørgslen.

2. De tjenester, der leveres via cloud computing, har meget forskellig karakter og kan antage form af alt fra levering af it-infrastruktur, software og kommunikationsmidler (e-mail) til mere sofistikerede tjenester. Blandt de cloud computing-tjenester, der leveres til forbrugere, er en af de mest udbredte lagring af data. Flere leverandører tilbyder således lagringskapacitet af forskellig størrelse, som er gratis eller leveres mod betaling, på forskellige forretningsvilkår. Denne lagringskapacitet anvendes hovedsageligt til privat brug, men den kan også give adgang til delingsfunktionaliteter. Lagringstjenester tilbyder ofte forbundne ydelser, såsom indeksering af de lagrede data eller databehandling, f.eks. billedbehandlingsredskaber.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Opslag om »cloud computing« i den franske udgave af Wikipedia.

3. De data, der lagres gennem cloud computing, kan bl.a. indeholde reproduktioner af ophavsretligt beskyttede værker, der er foretaget af brugerne af disse lagringstjenester i henhold til den såkaldte undtagelse for privatkopiering. Det er imidlertid i modsætning til, når der er tale om brug af reproduktionsmateriale, som kopisten har direkte adgang til, normalt nødvendigt, at leverandøren af lagringstjenesten eller en anden person medvirker, når reproduktionen foretages i forbindelse med en cloud computing-tjeneste. Det er derfor berettiget at spørge, om reproduktionen i en sådan situation fortsat foretages »af« den person, der er omfattet af undtagelsen for privatkopiering, således som det kræves i lovgivningen. Det er dette spørgsmål, der er genstand for drøftelse i den foreliggende sag.

4. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at dette spørgsmål, når der henses til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, rejser et mere grundlæggende spørgsmål, nemlig spørgsmålet om, hvor grænserne for undtagelsen for privatkopiering går med hensyn til oprindelsen af det værk, der er genstand for reproduktion. Domstolen har allerede behandlet dette spørgsmål i en række sager, der vedrører afgiftssystemet i forbindelse med undtagelsen for privatkopiering. Efter min opfattelse er der behov for at foretage visse præciseringer af retspraksis på området.

Retsforskrifter

EU-retten

5. Artikel 3, stk. 2 og 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«)³ bestemmer:

»2. Medlemsstaterne må ikke af grunde, der henhører under det koordinerede område, begrænse adgangen til at levere informationssamfundstjenester fra en anden medlemsstat.

3. Stk. 1 og 2 finder ikke anvendelse på de områder, der er nævnt i bilaget.«

6. Første led i bilaget til direktiv 2000/31, der har overskriften »Undtagelser fra artikel 3«, har følgende ordlyd:

»De i artikel 3, stk. 3, omhandlede områder, som artikel 3, stk. 1 og 2, ikke finder anvendelse på:

– ophavsret og beslægtede rettigheder [...]«

7. Artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet⁴ 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

3 – EFT 2000, L 178, s. 1.

4 – EFT 2001, L 167, s. 10.

- 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.«

8. Artikel 5, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 bestemmer:

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

[...]

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

[...]

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.«

Italiensk ret

9. Ophavsretten er i italiensk ret reguleret ved legge n. 633/1941 – Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (lov nr. 633/1941 om beskyttelse af ophavsret og andre rettigheder, der er forbundet med dens udøvelse) af 22. april 1941 (herefter »ophavsretsloven«). Undtagelsen for privatkopiering er fastsat i denne lovs artikel 71e, der har følgende ordlyd:

»1. Privat reproduktion af fonogrammer og videogrammer på ethvert medium, foretaget af en fysisk person alene til eget brug, er tilladt, forudsat at den sker uden gevinst for øje og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, samt under overholdelse af de i artikel 102c nævnte tekniske foranstaltninger.

2. Reproduktion, jf. stk. 1, kan ikke foretages af tredjemand. Levering af tjenester, der har til formål at give en fysisk person adgang til at foretage reproduktion af fonogrammer og videogrammer til privat brug, udgør en reproduktionshandling, der er reguleret i artikel 13, 72, 78a, 79 og 80.

[...]

4. Bortset fra de tilfælde, der er nævnt i stk. 3, skal rettighedshaveren, uden at dette berører anvendelsen af teknologiske foranstaltninger i henhold til artikel 102c, tillade, at en fysisk person, der lovligt har erhvervet et eksemplar af det beskyttede værk eller materiale eller har lovlig adgang hertil, kan fremstille en kopi, herunder en analog kopi, af dette værk eller materiale til privat brug, forudsat at denne mulighed ikke er i strid med den normale ret til at udnytte værket eller andre materialer og ikke udgør en uberettiget berigelse til skade for rettighedshaveren.«

10. Denne lovs artikel 71f fastsætter en ret til kompensation for ophavsretsindehaverne i medfør af undtagelsen for privatkopiering. Denne kompensation finansieres ved en afgift, der opkræves af salgsprisen på apparater og medier, der gør det muligt at fremstille kopier af ophavsretligt beskyttede værker. Denne artikels stk. 1, sidste punktum, har følgende ordlyd:

»Med hensyn til systemer til fjernstyret videooptagelse skal kompensationen i dette stykke betales af tjenesteyderen og stå i forhold til indtjeningen i forbindelse med leveringen heraf.«

11. Dette sidste punktum blev indsat ved en lovændring af 31. december 2007. Det fremgår af de oplysninger, som den italienske regering har fremlagt, at indføjelsen af dette punktum førte til, at Europa-Kommissionen anlagde et traktatbrudssøgsmål om tilsidesættelse af artikel 2 med overskriften »Reproduktionsretten« og artikel 3 med overskriften »Retten til overføring til almenheden [...]« i direktiv 2001/29. De italienske myndigheder besluttede som følge af Kommissionens påstande ikke at fastsætte en afgift for fjernstyrede optagelsestjenester. De italienske retsinstanser har fastslået, at denne løsning er lovlig. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) har bl.a. fastslået, at myndighederne »helt i overensstemmelse med loven har besluttet midlertidigt at udsætte anvendelsen af det nævnte stk. 1, sidste punktum«.

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

12. VCAST Limited er et engelsk selskab, der ved hjælp af en cloud computing-tjeneste giver sine brugere adgang til et system til videooptagelse af frit tilgængelig, jordbaserede fjernsynsprogrammer, der udsendes af italienske fjernsynsforetagender, herunder R.T.I. SpA (herefter »RTI«). Dette foregår i praksis således, at brugeren vælger en udsendelse på VCAST's internetside, der indeholder alle de programmer, der udbydes af de fjernsynskanaler, der indgår i tjenesten. Brugeren kan enten vælge en bestemt udsendelse eller et bestemt tidsrum, idet det i det førstnævnte tilfælde er det tidsrum, i hvilket den valgte udsendelse bliver vist, som vil blive optaget. VCAST's system opfanger derefter fjernsynssignalet ved hjælp af sine egne antenner og optager via en cloud computing-tjeneste den valgte udsendelse på den lagringsplads, som brugeren har valgt. Denne lagringsplads stilles til rådighed af uafhængige leverandører og ikke af VCAST⁵. De audiovisuelle data, der således registreres, stilles derefter til rådighed for brugeren på de betingelser, som udbyderen af lagringstjenesten har fastsat. VCAST's tjenester kan opdeles i tre pakker: en reklamefinansieret pakke, som er gratis for brugeren, og to betalingspakker.

13. VCAST har anlagt sag mod RTI ved den forelæggende ret, Tribunale di Torino (retten i Torino, Italien), og har anmodet denne ret om at fastslå, at selskabets aktiviteter er fuldt lovlige, i givet fald efter at have indbragt et spørgsmål om, hvorvidt ophavsretslovens artikel 71, stk. 2, er forenelig med forfatningen, eller efter at have forelagt et præjudicielt spørgsmål for Domstolen om fortolkning af EU-retten. VCAST har i det væsentlige anført, at selskabets aktiviteter er omfattet af undtagelsen for privatkopiering, idet det er brugeren, der i virkeligheden foretager optagelsen, og at VCAST udelukkende stiller det nødvendige udstyr til rådighed, dvs. det fjernstyrede videooptagelsesudstyr. VCAST har anført, at virksomheden udbyder lovlige tjenester, hvilket bekræftes af bl.a. ophavsretslovens artikel 71f, stk. 1, sidste punktum, der ved at fastsætte en afgift for fjernstyrede videooptagelsestjenester sidestiller sådanne tjenester med udnyttelsen af undtagelsen for privatkopiering.

14. RTI, der er sagsøgt i hovedsagen, har anfægtet lovligheden af VCAST's aktiviteter. RTI har fremsat et modkrav og nedlagt påstand om forbud mod at fortsætte den omhandlede virksomhed og påstand om erstatning som følge heraf. Ved kendelse af 30. oktober 2015 har den forelæggende ret iværksat foreløbige foranstaltninger, herunder bl.a. pålagt VCAST ikke at fortsætte sin virksomhed for så vidt angår udsendelsen af RTI's fjernsynskanaler.

5 – Der er tale om almindelige cloud-baserede lagringstjenester, såsom Google Drive.

15. Da Tribunale di Torino (retten i Torino) er af den opfattelse, at det for at løse tvisten er nødvendigt med en fortolkning af EU-retten, navnlig artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, har denne ret besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er en national lovgivning, som forbyder en erhvervsdrivende til privatpersoner at udbyde såkaldte cloud computing-tjenester til fjernstyret videooptagelse med henblik på privatkopiering af ophavsretligt beskyttede værker, via den erhvervsdrivendes aktive medvirken i forbindelse med optagelse og uden rettighedshaverens samtykke, forenelig med [EU-]retten – og i særdeleshed artikel 5, stk. 2, litra b), i [...] direktiv 2001/29 [...] (og [...] direktiv 2000/31 [...])?
- 2) Er en national lovgivning, hvorefter en erhvervsdrivende til privatpersoner kan udbyde såkaldte cloud computing-tjenester til fjernstyret videooptagelse med henblik på privatkopiering af ophavsretligt beskyttede værker, selv om dette indebærer en aktiv medvirken fra den erhvervsdrivende side i forbindelse med optagelse, herunder også uden rettighedshaverens samtykke, mod en fast kompensation til rettighedshaveren, idet den erhvervsdrivende i det væsentlige omfattes af en tvangslicensordning, forenelig med EU-retten – og i særdeleshed artikel 5, stk. 2, litra b), i [...] direktiv 2001/29 [...] (og [...] direktiv 2000/31 [...])?«

16. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 12. maj 2016. Der er indgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, den italienske, den franske og den portugisiske regering samt af Kommissionen. Parterne i hovedsagen, den italienske regering og Kommissionen deltog i retsmødet, der blev afholdt den 29. marts 2017.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger

17. De to præjudicielle spørgsmål drejer sig reelt om den samme problemstilling, der betragtes ud fra to forskellige synsvinkler. Spørgsmålet er nærmere bestemt, om de EU-retlige bestemmelser, der fremgår af de nævnte spørgsmål, kræver eller tværtimod forbyder de medlemsstater, der i deres nationale retsorden har gennemført undtagelsen for privatkopiering, at tillade aktiviteter, der består i uden ophavsretsindehavernes samtykke at udbyde en online cloud computing-tjeneste til videooptagelse af frit tilgængelige, jordbaserede fjernsynsprogrammer, der udsendes inden for den berørte medlemsstats område.

18. Hvad angår fastlæggelsen af de EU-retlige bestemmelser, som Domstolen anmodes om at fortolke, er det alene artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, der udtrykkeligt er nævnt.

19. Hvad angår direktiv 2000/31 er det direktivets artikel 3, stk. 2, der forbyder medlemsstater at begrænse adgangen til at levere informationssamfundstjenester fra en anden medlemsstat, der eventuelt kan finde anvendelse i det foreliggende tilfælde. Den tjeneste, som VCAST udbyder, synes nemlig at opfylde kriterierne for definitionen af en informationssamfundstjeneste. Det fremgår imidlertid af den samme artikels stk. 3, sammenholdt med bilaget til direktiv 2000/31, at de begrænsninger, der følger af beskyttelsen af ophavsret og beslægtede rettigheder, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for dette forbud. Det er imidlertid netop på dette grundlag, af VCAST's virksomhed kan anses for ulovlig i henhold til italiensk ret. Artikel 3, stk. 2, i direktiv 2000/31 synes derfor ikke at finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

20. Hvad angår »oprettelsestraktaten« bemærkes endvidere, at hverken de præjudicielle spørgsmåls ordlyd eller den redegørelse, der er indeholdt i anmodningen om præjudiciel afgørelse, giver præcise oplysninger, der gør det muligt at identificere den bestemmelse i primærretten, som den forelæggende ret har henvist til. Som RTI har anført i sit indlæg, rejser dette i øvrigt tvivl om, hvorvidt de

præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som de vedrører »oprettelsestraktaten«. Som udtryk for velvilje og i tråd med den argumentation, der er anført i det foregående punkt med hensyn til direktiv 2000/31, antager jeg, at den bestemmelse, som den forelæggende ret har ønsket at henvise til, er bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i artikel 56 TEUF. Da VCAST er et selskab, der er stiftet efter engelsk ret, leverer dette selskab grænseoverskridende tjenesteydelser, hvilket giver det mulighed for at påberåbe sig denne frihed.

21. Det fremgår imidlertid under alle omstændigheder af fast retspraksis, at beskyttelsen af ophavsretten udgør et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion for den frie bevægelighed for tjenesteydelser⁶. Der er i øvrigt tale om et harmoniseret område, inden for hvilket det er tilstrækkeligt at konstatere, at en bestemt virksomhed er i strid med en EU-retlig bestemmelse, for at den deraf følgende restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser kan anses for begrundet. Henset til den besvarelse af de præjudicielle spørgsmål, som jeg således vil foreslå Domstolen, er en eventuel restriktion for den frie udveksling af de tjenesteydelser, som VCAST udbyder, i høj grad begrundet i formålet om at sikre en effektiv beskyttelse af ophavsretten.

22. På baggrund af ovenstående betragtninger vil jeg derfor udelukkende behandle de præjudicielle spørgsmål i lyset af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29. Denne bedømmelse skal for at give et nyttigt svar med henblik på at løse tvisten i hovedsagen, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt de af VCAST udbudte tjenesteydelser er lovlige, tage hensyn til den særlige måde, som denne tjeneste fungerer på.

Om spørgsmålet om, hvorvidt optagelse via en cloud computing-tjeneste er omfattet af undtagelsen for privatkopiering

23. Det bemærkes, at privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 er defineret som »reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle«⁷. Det er imidlertid ubestridt, at fremstillingen af reproductioner og lagringen heraf via en cloud computing-tjeneste kræver medvirken fra en tredjemand, nemlig i første omgang fra den person, der leverer lagringskapaciteten, og eventuelt fra andre personer. Det er derfor berettiget at spørge, om og i hvilket omfang den ovenfor nævnte bestemmelse tillader en sådan medvirken.

24. Hvad for det første angår ejerskabet til og tilrådighedsstillelsen af lagringskapaciteten synes Domstolens praksis vedrørende den kompensation, der ydes i forbindelse med undtagelsen for privatkopiering, at give ganske klare retningslinjer. Det fremgår nemlig af denne praksis, at selv om de personer, der skal betale kompensationen, i princippet er de brugere, der fremstiller reproductioner i henhold til denne undtagelse, har medlemsstaterne af praktiske grunde ret til at opkræve den nævnte kompensation hos de personer, der stiller optagelsesmedier og -udstyr til rådighed for almenheden⁸. Selv om denne tilrådighedsstillelse i de fleste tilfælde sker i forbindelse med salget af medier eller udstyr, idet kompensationen opkræves af salgsprisen for disse varer, er der efter min opfattelse i princippet intet til hinder for, at dette kan ske i forbindelse med tilrådighedsstillelse af lagringskapacitet via en cloud computing-tjeneste. Denne opfattelse bekræftes af Domstolens praksis, hvorefter kompensationen for undtagelsen for privatkopiering kan vedrøre reproductioner, der foretages af en fysisk person fra eller ved hjælp af en anordning, der tilhører tredjemand⁹.

6 – Jf. bl.a. dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

7 – Min fremhævelse.

8 – Jf. bl.a. dom af 21.10.2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, præmis 45 og 46).

9 – Dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 91).

25. Hvad for det andet angår tredjemands medvirken i selve reproduktionshandlingen er det min opfattelse, at en uforholdsmæssig streng fortolkning af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 ikke er begrundet. Det er klart, at reproduktionen af et værk, der fremstilles i henhold til undtagelsen for privatkopiering og optagelsen heraf via en cloud computing-tjeneste, dvs. optagelse på en lagringsplads, som den bruger, der foretager reproduktionen, ikke har direkte adgang til, kræver medvirken fra en tredjemand, uanset om det er udbyderen af lagringspladsen eller en anden person. Når brugeren igangsætter reproduktionshandlingen, udløser dette en række mere eller mindre automatiske processer, der fører til oprettelsen af en kopi af det pågældende værk. Efter min opfattelse bør denne reproduktionsform ikke udelukkes fra anvendelsesområdet for undtagelsen for privatkopiering alene af den grund, at en tredjemand medvirker i et omfang, der går ud over blot at stille medier eller udstyr til rådighed. Så længe det er brugeren, der tager initiativet til at foretage reproduktionen og bestemmer, hvad der skal reproducere, og hvorledes dette skal ske, er der efter min opfattelse 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 over¹⁰. Det fremgår i øvrigt udtrykkeligt af den retspraksis, der er henvist til i det foregående punkt, at kompensationen for undtagelsen for privatkopiering vedrører reproduktioner, der foretages som et led i leveringen af kopieringsservice¹¹.

26. Den omstændighed, at en tredjemands medvirken i forbindelse med reproduktionshandlingen sker mod vederlag, afkræfter ikke denne konstatering, idet kravet i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 om, at der ikke er tale om et kommercielt formål, ikke vedrører en tredjemands eventuelle medvirken, men den brug af kopien, der foretages af den person, som er omfattet af den omhandlede undtagelse.

27. Jeg skal endelig bemærke, at den omstændighed, som RTI henviste til under retsmødet, at brugeren kan dele det indhold, der er optaget via en cloud computing-tjeneste, med andre internetbrugere, efter min opfattelse ikke er relevant. Datalagrings-tjenester, der udbydes via en cloud computing-tjeneste, indeholder ofte funktionaliteter, der gør det muligt at dele sådanne data. Når en privat kopi af et beskyttet værk er blevet optaget inden for rammerne af en sådan tjeneste, er det således teknisk muligt for brugeren at dele denne kopi med et potentielt meget stort ubegrænset antal tredjemænd. En sådan deling kan falde uden for rammerne af den tilladte anvendelse til privatkopiering og af denne grund anses for en ulovlig tilrådighedsstillelse. Denne mulighed følger imidlertid ikke af selve optagelsen via en cloud computing-tjeneste, idet hver enkelt kopi, herunder navnlig digitale kopier, på nuværende tidspunkt nemt kan deles ved hjælp af internettet i strid med ophavsretten. Det er brugernes ansvar ikke at begå sådanne overtrædelser. Jeg er derimod ikke overbevist om, at eksistensen af denne teoretiske mulighed indebærer, at en optagelse via en cloud computing-tjeneste er udelukket fra undtagelsen for privatkopiering.

28. Efter min opfattelse foreligger der således ikke 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 artikel, foretages på en lagringsplads, der stilles til rådighed via en cloud computing-tjeneste.

10 – Jeg tilføjer, selv om dette ikke er genstand for den foreliggende sag, at en fortolkning af undtagelsen for privatkopiering, der udelukker enhver form for medvirken fra tredjemand, i dag også giver anledning til andre vanskeligheder. Det forekommer nemlig i stadig stigende grad, at det ikke kun er lagringsplads, der udbydes som tjenester, men også de computerprogrammer, der er nødvendige for at foretage reproduktioner. En reproduktion af et værk fra et fysisk medie (f.eks. en CD), der tilhører den pågældende bruger, og som lagres på harddisken i den pågældendes computer, hvilket udgør et klart eksempel på en handling, der er omfattet af undtagelsen for privatkopiering, kan således foretages ved hjælp af et program til dataoptagelse, der ikke er installeret på den nævnte brugers computer, men er stillet til rådighed af en tjenesteyder i form af en tjeneste. Denne tjenesteyders medvirken er derfor nødvendig for, at reproduktionen kan finde sted. Det ville imidlertid ikke være logisk at udelukke en sådan reproduktion fra anvendelsesområdet for undtagelsen for privatkopiering, når en reproduktion, der foretages ved hjælp af et program, der er installeret på brugerens computer, er omfattet af denne undtagelse.

11 – Dom af 21.10.2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, præmis 46).

Om spørgsmålet om adgangen til genstanden for reproduktion

29. Situationen synes at blive mere kompliceret, når oprindelsen til de værker, der reproduceres i henhold til undtagelsen for privatkopiering, tages i betragtning. Selv om det ifølge Domstolens praksis er tilladt at foretage privatkopiering ved hjælp af en anordning, der tilhører tredjemand, kræves det samtidig i henhold til denne praksis, at brugeren har fået lovlig adgang til genstanden for reproduktionen. Jeg tvivler på, at en tjeneste som den, der udbydes af VCAST, opfylder denne sidstnævnte betingelse.

Adgangen til genstanden for reproduktionen i henhold til Domstolens praksis

30. Domstolen havde allerede lejlighed til at besvare spørgsmålet om, hvorvidt artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 var til hinder for en national lovgivning, der fastsatte en kompensation for kopier af beskyttede værker, som blev foretaget ikke blot ved hjælp af en anordning, der tilhørte tredjemand, men også fra en sådan ordning¹². Domstolen besvarede dette spørgsmål benægtende, idet den fastslog, at denne bestemmelse ikke på nogen måde regulerede den retlige forbindelse mellem den person, der foretager reproduktionen i henhold til undtagelsen for privatkopiering, og den anordning, som bruges til dette formål¹³, og at den anvendte anordning derfor meget vel kan tilhøre en tredjemand¹⁴.

31. Denne konstatering fra Domstolen kan give anledning til den opfattelse, at alle kopier, der fremstilles til privat brug af en fysisk person, er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29. Denne konklusion skal imidlertid nuanceres.

32. Domstolen har nemlig endvidere fastslået, at muligheden for at gøre undtagelsen for privatkopiering gældende er betinget af, at den kilde, fra hvilken reproduktionen foretages, er lovlig¹⁵. Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 forudsætter med andre ord »nødvendigvis, at genstanden for den reproduktion, der er omhandlet i [denne] bestemmelse, er et beskyttet værk, der ikke er forfalsket eller piratkopieret«¹⁶.

33. Før en bruger har ret til at foretage en reproduktion til privat brug, skal den pågældende således have haft lovlig adgang til det pågældende værk. Som jeg har anført ovenfor, skal denne adgang ikke nødvendigvis været opnået ved, at den pågældende har købt et fysisk medie, der indeholder værket. Det kan ske inden for rammerne af en overføring af værket til almenheden med ophavsretsindehavernes samtykke. Jeg antager, at denne adgang også kan opnås i henhold til en af de undtagelser til ophavsretten og de beslægtede rettigheder, der er fastsat i EU-lovgivningen. Det er derimod ikke muligt at opnå adgang til et værk med henblik på at gøre undtagelsen for privatkopiering gældende i forbindelse med en spredning eller en overføring af værket til almenheden uden ophavsretsindehavernes samtykke.

34. I lyset af disse betragtninger skal der foretages en analyse af de betingelser, hvorunder brugerne får adgang til fjernsynsudsendelserne inden for rammerne af den optagelsestjeneste, som VCAST udbyder.

12 – Jf. dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 80).

13 – Jf. dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 86).

14 – Jf. dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 89).

15 – Jf. dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 41).

16 – Dom af 5.3.2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 82).

Adgangen til genstanden for reproduktionen i forbindelse med den tjeneste, som VCAST udbyder

35. Det bemærkes, at det fremgår af den i anmodningen om præjudiciel afgørelse indeholdte beskrivelse af den tjeneste, som VCAST udbyder, og som parterne ikke har bestridt, at brugeren af denne tjeneste vælger den fjernsynskanal og det tidsrum, hvor der skal foretages en optagelse på VCAST's internetside. VCAST opfanger derefter ved hjælp af sit eget modtagelsesudstyr det fjernsynssignal, der udsendes via et jordbaseret fjernsynssignal (dvs. via luften) og optager i det tidsrum, som brugeren har valgt, på den cloud-baserede lagringstjeneste, som den pågældende har angivet.

36. Det fremgår derfor efter min opfattelse klart af denne beskrivelse, at muligheden for at få adgang til den reproduktion, som VCAST foretager, ikke på nogen måde er betinget af, at brugeren forudgående har haft adgang til de jordbaserede fjernsynsudsendelser i Italien. Det er således muligt, at brugeren slet ikke har adgang til disse udsendelser og hverken råder over en antenne eller et fjernsyn, idet VCAST giver brugeren denne adgang ved at stille de valgte udsendelser til dennes rådighed. Det er klart, at VCAST ikke derved foretager en viderespredning af hele programudbuddet på de italienske fjernsynskanaler. Dette har imidlertid ingen betydning for det spørgsmål, der skal tages stilling til i det foreliggende tilfælde, som ikke vedrører muligheden for at se fjernsyn i almindelighed, men adgangen til de udsendelser, der reproduceres i forbindelse med den af VCAST udbudte tjeneste.

37. Den omstændighed, at det er VCAST, der er kilden til brugernes adgang til de udsendelser, der er genstand for reproduktion, understøttes af den omstændighed, som blev bekræftet under retsmødet, at den af VCAST udbudte tjeneste ikke (eller i hvert fald ikke på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen) er begrænset til det italienske område. For at få adgang til denne tjeneste er det således ikke nødvendigt, at brugerne befinder sig inden for de italienske fjernsynsudsendelsers dækningsområde¹⁷. VCAST's tjeneste er med andre ord ikke begrænset til de personer, der faktisk har adgang til de italienske jordbaserede fjernsynsudsendelser, eller de personer, der teoretisk set kunne have adgang til disse udsendelser.

38. VCAST's repræsentant forklarede imidlertid under retsmødet, at tjenesten efter behov kan begrænses geografisk. Vanskeligheden består imidlertid ikke i at vide, om denne tjeneste er geografisk begrænset eller ej. En sådan begrænsning ville i øvrigt kunne være i strid med ordlyden af eller i det mindste ånden bag bestemmelserne om det indre marked¹⁸. Den blotte omstændighed, at den omhandlede tjeneste kan fungere uden for de italienske jordbaserede fjernsynsudsendelsers dækningsområde, viser nemlig, at denne tjeneste ikke er baseret på den logik, der ligger til grund for undtagelsen for privatkopiering, idet denne undtagelse forudsætter, at brugeren har haft en forudgående lovlig adgang til det værk, der er genstand for reproduktion. Det er imidlertid i forbindelse med denne tjeneste selve reproduktionen, der udgør brugerens eneste mulighed for at få adgang til det reproducerede værk.

39. Hvilken rolle spiller VCAST? Svaret er ikke entydigt, idet selskabet på én og samme tid udfører en tilrådighedsstillelsehandling og en reproduktionshandling. Efter min opfattelse skal der anlægges en for VCAST fordelagtig fortolkning, hvorefter det er muligt for brugeren at foretage privatkopiering. Min bedømmelse er derfor som følger.

17 – Dette dækningsområde er i det store hele normalt begrænset til hver enkelt stats område. Programmerne kan naturligvis viderespredes på licens i andre stater, bl.a. via kabel eller satellit. I dette tilfælde opnås adgangen til udsendelserne imidlertid gennem den tjeneste, som udbydes af den operatør, der udfører viderespredningen, og som normalt har karakter af en betalingstjeneste.

18 – Jf. dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 87-89). Jeg vil ikke redegøre nærmere for dette emne, idet det ikke vedrører de retlige spørgsmål, der er rejst i den foreliggende sag.

40. VCAST stiller udsendelser fra italienske fjernsynsforetagender til rådighed for sine brugere, hvilket udgør en form for overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3 i direktiv 2001/29. Brugeren får adgang til udsendelsen ved at bestille en reproduktion af udsendelsen, som foretages på selskabets cloud-baserede lagringsplads. Selv om selve reproduktionshandlingen i princippet kan være omfattet af undtagelsen for privatkopiering, er dette ikke tilfældet for den handling, der går forud for tilrådighedsstillelsen, som udgør kilden til denne reproduktion. For at hver enkelt handling kan anses for lovlig, er det således nødvendigt, at tilrådighedsstillelsen har været lovlig, idet en ulovlig tilrådighedsstillelse udelukker, at undtagelsen kan finde anvendelse¹⁹.

41. VCAST stiller udsendelserne til rådighed for sine brugere uden ophavsretsindehavernes samtykke. Såfremt der havde været tale om værker, der normalt udbydes i handelen mod vederlag, som betales til rettighedshaverne, såsom fonogrammer og videogrammer, ville der efter min opfattelse ikke herske nogen tvivl om, at denne tilrådighedsstillelse udgjorde en krænkelse. Det særlige ved den foreliggende sag består i den omstændighed, at der er tale om jordbaserede fjernsynsudsendelser, som er frit tilgængelig for alle de brugere, der befinder sig inden for udsendelsernes dækningsområde²⁰. Det skal derfor undersøges, om dette særlige forhold er afgørende for, hvorledes problemet skal løses.

Beskyttelse af rettigheder, der indehaves af fjernsynsforetagender, som udbyder frit tilgængelige fjernsynsudsendelser

42. Jeg skal indledningsvis bemærke, at dette spørgsmål efter min opfattelse af en række grunde skal besvares benægtende.

– Tjenestens geografiske rækkevidde

43. Som jeg har anført i de foregående punkter, var den tjeneste, som VCAST udbyder, i det mindste på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen ikke begrænset til det italienske område, der endvidere er sammenfaldende med de jordbaserede italienske fjernsynsudsendelsers dækningsområde. Hver enkelt internetbruger i hele verden kan således anmode om, at en fjernsynsudsendelse, som de uden VCAST's tjeneste ikke ville have haft adgang til, bliver optaget på selskabets cloud-baserede lagringsplads. Denne omstændighed er efter min opfattelse ikke i sig selv tilstrækkelig til at udelukke en sådan tjeneste fra anvendelsesområdet for undtagelsen for privatkopiering. Den omstændighed, at disse udsendelser er frit og gratis tilgængelige, påvirker ikke denne konstatering, idet denne adgang og dermed den eventuelle begrænsning af ophavsretsindehavernes eneret er begrænset til de jordbaserede fjernsynsudsendelsers dækningsområde og ikke kan få nogen virkninger uden for dette område.

– Beskyttelse mod krænkelse af radio- og fjernsynsforetagendernes ophavsret

44. Uafhængigt af den geografiske rækkevidde af den tjeneste, som VCAST udbyder, er den fortolkning af bestemmelserne i direktiv 2001/29, der følger af Domstolens praksis, efter min opfattelse i strid med konstateringen af, at fjernsynsforetagenderne fratages deres ophavsret som følge af, at der gives fri adgang til deres udsendelser.

19 – Det er endvidere muligt at anlægge en anden forståelse, hvorefter VCAST ikke foretager en forudgående tilrådighedsstillelse, men en reproduktion af udsendelsen fra et fjernsynssignal, som selskabet selv opfanger, og som det ved den samme reproduktionshandling med vinding for øje stiller til rådighed for brugeren (idet reproduktionen optages direkte på den lagringstjeneste, som brugeren har adgang til). Det er imidlertid klart, at det i en sådan situation er VCAST og ikke brugeren af selskabets tjeneste, der er den egentlige ophavsmand til reproduktionen, hvilket helt udelukker muligheden for at anvende undtagelsen for privatkopiering.

20 – Betaling af en obligatorisk afgift udgør ikke en modydelse for offentlig radiovirksomhed og er ikke en betingelse for at få adgang hertil (jf. dom af 22.6.2016, Český rozhlas, C-11/15, EU:C:2016:470, præmis 23-27).

45. Hvad angår retten til at foretage overføring af værker til almenheden (som er beskyttet i henhold til artikel 3 i direktiv 2001/29) har Domstolen nemlig fastslået, idet den hovedsageligt henviste til Bernerkonventionen²¹ og den forklarende vejledning hertil, at en overføring, der foretages af en anden retransmissionsorganisation end den oprindelige, skal anses for at være foretaget for et andet publikum end det publikum, som den oprindelige overføring af værket var rettet mod, dvs. for et nyt publikum²². Dette følger efter Domstolens opfattelse af den omstændighed, at ophavsmanden, når han giver tilladelse til udsendelse af værket i radio og/eller fjernsyn, kun regner med de direkte brugere, dvs. de indehavere af modtagerapparater, som modtager programmerne individuelt eller i privat, eventuelt familiemæssig, sammenhæng. Så snart programmerne udsendes med et bredere publikum for øje – og under tiden med henblik på økonomisk udbytte – vil et nyt udsnit af det publikum, der modtager dem, have mulighed for at høre eller se værket²³.

46. Domstolen konkluderede på denne baggrund, at den retransmission af fjernsynssignalet, som et hotel foretager i værelserne på hotellet, udgjorde en overføring til almenheden, der krævede ophavsretsindehavernes samtykke. Gæsterne på dette hotel udgjorde nemlig stadig ifølge Domstolen et nyt publikum, der, hvis hotellet ikke havde foretaget denne handling, selv om de befandt sig inden for den oprindelige udsendelses dækningsområde, i princippet ikke havde adgang til værket²⁴. Den af Domstolen anlagte opfattelse er efterfølgende blevet bekræftet med hensyn til andre typer virksomheder²⁵.

47. Det samme gør sig efter min opfattelse gældende for en tjeneste som den, VCAST udbyder. Dette selskab er uden tvivl en anden form for selskab end de fjernsynsforetagender, der udbyder de oprindelige fjernsynsudsendelser. Uafhængigt af, om brugerne af denne tjeneste befinder sig inden eller uden for de oprindelige udsendelsers dækningsområde, udgør de således et nyt publikum, som ophavsretsindehaverne ikke tog hensyn til, da de gav deres samtykke til at udsende disse udsendelser. Denne tjeneste leveres desuden med henblik på at opnå økonomisk udbytte²⁶. Det følger heraf, at den tilrådighedsstillelse af fjernsynsudsendelser, som VCAST foretager, udgør en krænkelse af fjernsynsforetagendernes og eventuelt andre rettighedshaveres ophavsret, såfremt dette sker uden deres samtykke.

48. Denne tilrådighedsstillelse er endvidere ulovlig, når der henses til Domstolens konklusion i dommen i sagen ITV Broadcasting m.fl.²⁷. I denne sag, der vedrørte viderespredning på internettet af tv-udsendelser, og som derfor ligner hovedsagen, fastslog Domstolen, at EU-lovgiver ved at regulere de situationer, hvori et givent værk anvendes på flere forskellige måder, havde ønsket, at hver transmission eller retransmission af et værk, som gør anvendelse af en specifik teknisk fremgangsmåde, i princippet skulle tillades individuelt af ophavsmanden til det omhandlede værk. Henset til, at en tilrådighedsstillelse af værker gennem en viderespredning på internettet af en jordbaseret tv-udsendelse sker ved at følge en særlig teknisk fremgangsmåde, der er forskellig fra den oprindelige overføring, måtte den imidlertid anses for en overføring i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29²⁸.

21 – Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24.7.1971), i den affattelse, der følger af ændringen af 28.9.1979.

22 – Dom af 7.12.2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 40).

23 – Dom af 7.12. 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 41).

24 – Dom af 7.12.2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 42).

25 – Jf. bl.a. dom af 31.5.2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis, og præmis 62).

26 – Afhængigt af, hvilken pakke brugeren vælger, kan denne tjeneste have karakter af enten en betalingstjeneste eller en reklamefinansieret tjeneste.

27 – Dom af 7.3.2013 (EU:C:2013:147).

28 – Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 24 og 26).

49. Domstolen nåede til denne konklusion, selv om den i denne sag omhandlede tjeneste sikrede sig, at brugerne kun fik adgang til indhold, som de allerede lovligt kunne se i den berørte medlemsstat (Det Forenede Kongerige) via deres tv-licens²⁹, og at det ifølge disse tjenesteyderes argumentation ikke kunne anses for et nyt publikum i forhold til det publikum, som de oprindelige udsendelser var rettet mod. Domstolen fastslog nemlig, at når der var tale om transmission af jordbaserede tv-udsendelser og om tilrådighedsstillelse af samme værker over internettet, skulle hver af disse to transmissioner tillades individuelt og særskilt af de pågældendes ophavsmænd, henset til, at hver enkelt af disse transmissioner blev foretaget under specifikke tekniske forhold efter en forskellig form for transmission af de beskyttede værker, og hver enkelt var rettet mod et andet publikum. På denne baggrund er det ikke længere fornødent at undersøge betingelsen om et nyt publikum, som kun er relevant i de tilfælde, hvor det tekniske kommunikationsmiddel er det samme³⁰.

50. Domstolen fastslog endelig, at begrebet overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skulle fortolkes således, at det omfatter en retransmission af værker, der medtages i en jordbaseret tv-udsendelse

- der foretages af en anden organisation end det oprindelige fjernsynsforetagende
- ved hjælp af streaming over internettet, der stilles til rådighed for denne organisations abonnenter, som kan modtage denne retransmission ved at logge sig på organisationens server
- selv om disse abonnenter befinder sig i modtageområdet for den pågældende jordbaserede tv-udsendelse og lovligt kan modtage denne på en tv-modtager³¹.

51. Det er tilstrækkeligt at erstatte det andet led i det foregående punkt med »ved hjælp af reproduktioner, der stilles til rådighed for denne organisations abonnenter, som kan modtage denne retransmission ved at logge sig på organisationens *lagringstjeneste*« for, at denne retspraksis fuldt ud finder anvendelse i den foreliggende sag. Det skal endvidere bemærkes, at VCAST ikke selv kontrollerer, at selskabets brugere har ret til at modtage de jordbaserede italienske fjernsynsudsendelser og det tekniske udstyr, der kræves hertil.

– *Den manglende mulighed for at anvende »AKM-undtagelsen«*

52. Det er korrekt, at Domstolen i den nyligt afsagte AKM-dom har modereret sit standpunkt i et vist omfang³². Domstolen fastslog nemlig i denne dom, at samtidig, fuldstændig og uændret overføring af radio- eller fjernsynsudsendelser fra den nationale radio- og fjernsynsorganisation ved hjælp af kabler på det nationale område, dvs. via et andet teknisk middel end det, der blev anvendt i forbindelse med den oprindelige radio- eller fjernsynsudsendelse, ikke udgjorde en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, idet den almenhed, som de nævnte værker blev overført til, ikke kunne anses for en ny almenhed³³. Denne løsning hviler imidlertid efter min opfattelse på den forudsætning, som det tilkom den forelæggende ret at efterprøve, at ophavsretsindehaverne havde taget hensyn til den pågældende retransmission, da de gav deres samtykke til den oprindelige udsendelse³⁴.

29 – Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 10).

30 – Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 39).

31 – Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting m.fl. (EU:C:2013:147, præmis 40 og punkt 1 i domskonklusionen).

32 – Dom af 16.3.2017 (C-138/16, EU:C:2017:218).

33 – Dom af 16.3.2017, AKM (C-138/16, EU:C:2017:218, præmis 18, 26, 29 og 30).

34 – Jf. dom af 16.3.2017, AKM (C-138/16, EU:C:2017:218, præmis 28 og 29 samt punkt 1 i domskonklusionen).

53. Den omhandlede dom er ikke helt klar på dette punkt. Enhver anden fortolkning ville imidlertid indebære en væsentlig ændring af den regel, der følger af dommen i sagen ITV Broadcasting m.fl.³⁵, hvorefter spørgsmålet om, hvorvidt der findes et nyt publikum, ikke er relevant, når der er tale om en anden teknisk fremgangsmåde³⁶. Der er imidlertid i den nævnte dom ikke holdepunkter for at antage, at Domstolen ønskede at foretage en sådan ændring.

54. En general regel om, at overføring af et værk, der er foretaget af et andet radio- og fjernsynsforetagende end det oprindelige, ikke udgør en overføring til almenheden, synes i øvrigt at være i strid med Bernerkonventionens artikel 11a, stk. 1, nr. 2), som giver ophavsmanden eneret til at tillade »enhver offentlig gengivelse [...] af det radioudsendte værk, når denne gengivelse iværksættes af en anden organisation end den oprindelige«. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at fortolkning af begrebet overføring til almenheden som omhandlet i nævnte artikel 3 i direktiv 2001/29 skal ske i overensstemmelse med den nævnte konventionsbestemmelse³⁷.

55. Det skal endvidere bemærkes, at AKM-dommen³⁸ vedrører samtidig, fuldstændig og uændret genudsendelse af radio- og fjernsynsudsendinger³⁹. Brugere kan i forbindelse med en sådan overføring tilgå udsendingerne på de samme betingelser som de oprindelige radio- og fjernsynsudsendinger. Når der er tale om en tjeneste som den, VCAST udbyder, råder brugerne derimod over en digital kopi af udsendingen, som de kan se på et hvilket som helst tidspunkt og så mange gange, de ønsker, og som de kan reproducere og overføre til et hvilket som helst andet udstyr. Denne situation kan derfor ikke sidestilles med den situation, der forelå i AKM-dommen. VCAST har i hovedsagen under alle omstændigheder ikke hævdet, at selskabet har indhentet ophavsretsindehavernes samtykke til at stille de værker, som de italienske fjernsynsforetagender har udsendt over fjernsyn, til rådighed for sine brugere. VCAST kan derfor ikke påberåbe sig AKM-dommen⁴⁰.

56. Som afslutning på dette afsnit er det i lyset af Domstolens praksis min klare opfattelse, at VCAST ved at stille fjernsynsudsendinger til rådighed for de brugere, der anvender selskabets tjeneste, uden ophavsretsindehavernes samtykke, har krænket sidstnævntes ophavsret, til trods for den omstændighed, at der er tale om frit tilgængelige udsendinger, og uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt denne tilrådighedsstillelse er begrænset til disse udsendingers dækningsområde. Den reproduktion af disse udsendinger, der foretages fra en ulovlig kilde inden for rammerne af denne samme tjeneste, kan derfor ikke være omfattet af undtagelsen for privatkopiering.

Tretrinstesten

– Indledende bemærkninger

57. Artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 indfører en indskrænkning i medlemsstaternes mulighed for i den nationale lovgivning at fastsætte de i denne artikel nævnte undtagelser, idet det fremgår af denne bestemmelse, at disse undtagelser kun må anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for

35 – Dom af 7.3.2013 (C-607/11, EU:C:2013:147).

36 – Denne regel er efterfølgende blevet bekræftet, jf. bl.a. dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

37 – Jf. senest den samme dom af 16.3.2017, AKM (C-138/16, EU:C:2017:218, præmis 21).

38 – Dom af 16.3.2017 (C-138/16, EU:C:2017:218).

39 – Dom af 16.3.2017, AKM (C-138/16, EU:C:2017:218, præmis 18).

40 – Dom af 16.3.2017 (C-138/16, EU:C:2017:218).

rettighedshaverens legitime interesser. Baggrunden for denne bestemmelse skal findes i Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2, der således begrænser muligheden for at fastsætte undtagelser til reproduktionsretten⁴¹. Disse tre betingelser, der skal være opfyldt for at anvende undtagelserne, benævnes i almindelighed »tretrinstesten« eller »tripletesten«.

58. Det er korrekt, at Domstolen har fastslået, at artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 ikke ændrer indholdet af de undtagelser, der er fastsat i denne artikel⁴². Når dette er sagt, har Domstolen i samme forbindelse fastslået, at denne bestemmelse først finder anvendelse på det tidspunkt, hvor medlemsstaterne anvender disse undtagelser⁴³. Bestemmelsen tjener derfor som et pejlemærke for fortolkningen af disse undtagelser, når de anvendes i medlemsstaternes nationale lovgivning, men også for Domstolens fortolkning af bestemmelserne i direktiv 2001/29. Domstolen har således vedrørende undtagelsen for privatkopiering under henvisning til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 fastslået, at denne undtagelse kun finder anvendelse på reproduktioner, der foretages fra en lovlig kilde⁴⁴.

59. Det følger heraf, at der også skal tages hensyn til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 i forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt en tjeneste som den, VCAST udbyder, i medlemsstaternes nationale lovgivning kan være omfattet af den undtagelse til reproduktionsretten, der har grundlag i dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b).

– *Anvendelsen i specielle tilfælde og forbuddet mod urimelig skade*

60. Det første og sidste »trin« i tretrinstesten består i at kontrollere, at undtagelsen finder anvendelse i specielle tilfælde, der ikke medfører en urimelig skade for ophavsretsindehaverne. Da enhver undtagelse til ophavsmandens eneret, der udgør en indskrænkning af den pågældendes rettigheder, forvolder den pågældende en vis skade, er det ifølge denne regel et krav, at anvendelsen af en bestemt undtagelse alene sker i de tilfælde, hvor en sådan anvendelse er begrundet i selve formålet med undtagelsen. Det er nemlig alene dette formål, der kan begrunde den skade, som anvendelsen af den pågældende undtagelse har forvoldt.

61. Selv om begrundelsen for undtagelsen for privatkopiering kan findes i en række forskellige faktorer, er det almindeligt kendt, at hovedbegrundelsen for denne undtagelse beror på den omstændighed, at det er umuligt eller i det mindste meget vanskeligt for ophavsretsindehaverne at kontrollere, hvorledes de personer, der har fået lovlig adgang til ophavsretsindehavernes beskyttede værker, gør brug heraf. En sådan kontrol kan i øvrigt udgøre et uacceptabelt indgreb i brugernes privatliv⁴⁵.

62. Denne begrundelse kan imidlertid ikke anvendes på den situation, hvor der foreligger en tjeneste som den, VCAST udbyder. Denne tjeneste er nemlig ikke begrænset af brugernes privatsfære, idet den fase, der går forud for fremstillingen af reproduktionen, dvs. den omstændighed, at VCAST giver adgang til fjernsynsudsendelserne, sker offentligt som et led i dette selskabs økonomiske aktiviteter og nemt kan kontrolleres af ophavsretsindehaverne. Der er således intet, der forhindrer disse rettighedshavere i at kræve, at der skal indhentes samtykke til den nævnte tjeneste, og at VCAST skal anmode om et sådant samtykke. Formålet med undtagelsen for privatkopiering kan derfor ikke begrunde den skade, som ophavsretsindehaverne måtte lide som følge af, at denne undtagelse anvendes på tjenester som dem, VCAST udbyder.

41 – Denne bestemmelse har følgende ordlyd: »Det er forbeholdt [...] lovgivning[en i de lande, der deltager i den ved Bernerkonventionen oprettede union] at tillade reproduktion af sådanne værker i visse særlige tilfælde, under forudsætning af, at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser«.

42 – Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 25 og 26).

43 – Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 25 in fine).

44 – Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 38-41).

45 – For en nærmere redegørelse for udviklingen og de forskellige opfattelser i retslitteraturen, jf. mit forslag til afgørelse EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:24, punkt 15).

63. Jeg bemærker, at VCAST's situation adskiller sig fra situationen hos de operatører, der stiller optagelsesudstyr- eller medier til rådighed for brugerne, eller som udbyder reproduktionstjenester. Dette udstyr, disse medier eller disse tjenester kan nemlig anvendes til at reproducere beskyttede værker, men kan også anvendes til andre formål. Det er endvidere ikke på forhånd kendt, hvilke værker der eventuelt måtte blive reproduceret, og dermed heller ikke, hvilke ophavsretsindehavere der måtte være tale om. Det ville derfor ikke give mening at kræve, at de nævnte operatører skulle anmode om ophavsretsindehavernes samtykke til at sælge eller udleje sådant udstyr eller til at udbyde sådanne tjenester. En tjeneste som den, VCAST udbyder, har derimod som eneste formål at gøre det muligt at tilgå og reproducere beskyttede værker, der faktisk er kendt på forhånd (fordi de fremgår af fjersynskanalernes programoversigt), og hvor ophavsretsindehaverne også er kendt.

64. Domstolen har for så vidt angår tilfælde, hvor kopier af et værk er foretaget fra ulovlige kilder, fastslået, at anvendelsen af undtagelsen for privatkopiering kan resultere i, at ophavsretsindehaverne påføres en uberettiget skade, idet de ud over den brug, som brugerne foretager i deres privatsfære, tvinges til at acceptere piratkopiering⁴⁶. Anvendelsen af undtagelsen for privatkopiering på de tjenester, der uden tvivl er omfattet af ophavsretsindehaverens normale eneret, kan på samme måde påføre dem en urimelig skade.

– *Den normale udnyttelse af værket*

65. Vurderingen af det andet trin i testen, der stiller krav om, at der ikke må foreligge et indgreb i den normale udnyttelse af værket, besvarer spørgsmålet om, hvilken konkret skade ophavsretsindehaverne skal have lidt.

66. Den blotte omstændighed, at det for ophavsretsindehaverne er umuligt at kontrollere, hvorledes tredjemand udnytter deres værker, som følge af, at der er anlagt en al for bred definition af undtagelsen for privatkopiering, udgør allerede et indgreb i den normale udnyttelse af værket, idet en sådan kontrol ud over, hvad der med føje kan anses for at henhøre under brugerens privatsfære, er omfattet af denne normale udnyttelse.

67. Dertil kommer, at optagelsen af en fjernsynsudsending gør det muligt, for det første, at se denne udsending uden for det tidsrum, hvor den er programsat, og, for det andet, at bevare en kopi for at se den på et senere tidspunkt eller for at overføre den til andet udstyr end fjernsynsapparatet, f.eks. til en bærbar enhed. Dette udgør således en supplerende tjeneste i forhold til den oprindelige udsending. Fjernsynsforetagenderne kan selv have et ønske om at udbyde en sådan tjeneste og således udnytte de værker, som de har rettighederne til, og dermed oppebære yderligere indtægter. Den omstændighed, at denne tjeneste udbydes af VCAST uden samtykke fra de nævnte fjernsynsforetagender, udgør derfor et indgreb i denne form for udnyttelse af værkerne.

68. Bortset fra public service-virksomheder, der har mulighed for at opkræve licensafgift, oppebærer de fjernsynsforetagender, der tilbyder frit tilgængelige udsendinger, i øvrigt hovedsageligt deres finansiering gennem reklameindtægter. Disse indtægter udgør modydelsen for udnyttelsen af de værker, som disse foretagender har ophavsretten til. Spredningen af værkerne tiltrækker nemlig seere, hvilket skaber en interesse hos annoncørerne for at købe reklametid. Som RTI har anført i sit indlæg, konkurrerer VCAST imidlertid direkte med disse foretagender på reklamemarkedet. Såfremt VCAST uden samtykke udnytter de værker, som fjernsynsforetagenderne har ophavsretten til, vil der opstå illoyal konkurrence. Det ville nødvendigvis udgøre et indgreb i den normale udnyttelse af disse værker, såfremt en sådan konkurrence kunne tillades ved at anvende undtagelsen for privatkopiering.

46 – Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 31 og 40).

69. Det vil således efter min opfattelse ikke være foreneligt med de krav, der fremgår af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 at anvende den undtagelse for privatkopiering, der er fastsat i samme direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), på tjenester som dem, der udbydes af VCAST.

Afsluttende bemærkninger

70. Jeg kan sammenfatte mine betragtninger om fortolkningen af undtagelsen for privatkopiering i forbindelse med en tjeneste som den, VCAST udbyder, således, at anvendelsen af denne undtagelse forudsætter, at brugeren har haft lovligt adgang til det værk, fra hvilket reproduktionen foretages. Det er imidlertid inden for rammerne af den omhandlede tjeneste selve reproduktionen, der giver brugeren adgang til det reproducerede værk. Denne tjeneste udgør derfor en form for tilrådighedsstillelse, som foretages af tjenesteyderen. Denne tilrådighedsstillelse er ulovlig, for så vidt som den foretages uden ophavsretsindehavernes samtykke, hvilket udelukker anvendelsen af undtagelsen for privatkopiering. Anvendelsen af denne undtagelse på en sådan tjeneste er desuden i strid med de krav, der fremgår af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29.

Forslag til afgørelse

71. På baggrund af disse betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Tribunale di Torino (retten i Torino, Italien) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»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 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er tilladt uden ophavsretsindehavernes samtykke at udbyde en internettjeneste til videooptagelse af jordbaserede fjernsynsudsendelser, der er frit tilgængelige inden for denne medlemsstats område, når det er udbyderen af den nævnte tjeneste, og ikke brugeren, der opfanger det jordbaserede fjernsynssignal, fra hvilket optagelsen foretages.«