



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
E. SHARPSTON  
fremsat den 24. januar 2013<sup>1</sup>

**Forenede sager C-457/11 – C-460/11**

**Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)**  
**mod**  
**KYOCERA Document Solutions Deutschland GmbH m.fl.**  
**Canon Deutschland GmbH**  
**Fujitsu Technology Solutions GmbH**  
**Hewlett-Packard GmbH**  
**mod**  
**Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)**

(anmodninger om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (Tyskland))

»Ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet — den tidsmæssige virkning af direktiv 2001/29/EF — reproduktionsretten — undtagelser eller indskrænkninger — rimelig kompensation — begrebet »reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning« — reproduktioner fremstillet ved hjælp af printere eller personlige computere — reproduktioner fra en digital kilde — reproduktioner fremstillet ved hjælp af en apparatkombination — følger af manglende anvendelse af tekniske foranstaltninger, der er til rådighed, og som kan forhindre eller begrænse handlinger, der ikke er tilladte — følger af stiltiende eller udtrykkelig tilladelse til at fremstille reproduktioner«

1. Direktiv 2001/29<sup>2</sup> pålægger medlemsstaterne at indføre en eneret for ophavsmænd til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion for så vidt angår deres værker på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis. De kan dog også fastsætte undtagelser fra og indskrænkninger i denne ret i visse tilfælde, navnlig hvad angår »reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning« og »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.

2. I Tyskland opnås rimelig kompensation derved, at der opkræves en afgift hos dem, der fremstiller, importerer eller sælger apparater, der kan anvendes til fremstilling af reproduktioner. I retsforhandlingerne i hovedsagerne skal Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen) afgøre, om afgiften skal opkræves på printere eller personlige computere, der kun kan anvendes til at fremstille reproduktioner, når de er koblet til et eller flere andre apparater, såsom scannere, som i sig selv kan være pålagt den samme afgift. Retten har derfor forelagt to spørgsmål vedrørende fortolkningen af

<sup>1</sup> — Originalsprog: engelsk.

<sup>2</sup> — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10) (herefter »direktivet«).

direktivet, som tilsigter at belyse problemstillingen. Retten ønsker også oplyst, hvordan muligheden for at anvende tekniske foranstaltninger til at forhindre eller begrænse kopiering<sup>3</sup> og den udtrykkelige eller stiltiende tilladelse til reproduktion, påvirker retten til rimelig kompensation. Endelig har Retten stillet et spørgsmål vedrørende direktivets tidsmæssige anvendelsesområde.

3. Selv om disse spørgsmål umiddelbart kan forekomme forholdsvis ligetil, rejser de faktisk komplekse problemstillinger vedrørende interaktionen mellem direktivet og den tyske lovgivning og mellem de forskellige bestemmelser i hver af dem.

## EU-retten

### *Direktivet*

4. Direktivets artikel 2, der har overskriften »Retten til reproduktion«, bestemmer:

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

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

[...]«

5. Artikel 5, stk. 2, bestemmer bl.a.:

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

a) reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning, bortset fra trykte noder, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation

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

c) særlige reproduktionshandlinger, som foretages af offentligt tilgængelige biblioteker, uddannelsesinstitutioner eller museer, eller af arkiver, og som ikke har til formål at opnå direkte eller indirekte økonomiske eller kommercielle fordele

[...]«

3 — I dette forslag til afgørelse vil jeg anvende ordene »kopi(ering)« og »reproduktion« som i det væsentlige ensbetydende.

6. Artikel 5, stk. 3, bestemmer bl.a.:

»Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:

- a) hvis der udelukkende er tale om anvendelse til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning eller med henblik på videnskabelig forskning, såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og det sker i et omfang, som det ikke-kommercielle formål berettiger til

[...]

- n) hvis der er tale om anvendelse i form af overføring eller tilrådighedsstillelse med henblik på forskning eller privat studium for enkeltpersoner i almenheden ved dertil indrettede terminaler på stedet i de institutioner, der er nævnt i stk. 2, litra c), af værker og andre frembringelser, som de har i deres samlinger, og som ikke er genstand for salg eller licens

[...]«

7. De øvrige tilfælde, der er opregnet i artikel 5, stk. 2 og 3<sup>4</sup>, vedrører alle brug, der ikke er kommerciel eller i det store og hele i almenhedens interesse. Den betingelse, at rettighedshaverne *skal* modtage rimelig kompensation, finder kun anvendelse i situationerne i artikel 5, stk. 2, litra a), b) og e)<sup>5</sup>, men 36. betragtning til direktivet angiver klart, at det er meningen, at medlemsstaterne skal *kunne* fastsætte bestemmelser om en sådan kompensation med hensyn til enhver af eller alle de andre fakultative bestemmelser om undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten<sup>6</sup>.

8. Artikel 5, stk. 5, specificerer:

»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.«

9. Det skal bemærkes, at bestemmelsen i direktivets artikel 5, stk. 5, der ofte kaldes »tretrins-testen«, gengiver den næsten identiske ordlyd af artikel 9, stk. 2, i Bernerkonventionen (1967-udgaven)<sup>7</sup>, artikel 13 i TRIPs-aftalen (1994)<sup>8</sup> og artikel 10, stk. 2, i WIPO's traktat om ophavsret (1996)<sup>9</sup>. I forbindelse med TRIPs er de tre trin blevet fortolket af et WTO-panel<sup>10</sup>. Panelets synspunkt var

4 — Artikel 5, stk. 2, vedrører kun undtagelser fra og indskrænkninger i reproduktionsretten i henhold til artikel 2. Artikel 5, stk. 3, vedrører også undtagelser fra og indskrænkninger i retten til overføring eller tilrådighedsstillelse i henhold til artikel 3, som ikke er særskilt omtvistet i hovedsagerne. Med undtagelse af artikel 5, stk. 2, litra a), defineres alle de i henhold til artikel 5, stk. 2 eller 3, tilladte indskrænkninger eller undtagelser (der er 20 i alt) i henhold til det formål, med henblik på hvilket reproduktionen fremstilles. Identiteten af den person, som fremstiller reproduktionen, er et kriterium i flere tilfælde (f.eks. fysiske personer, offentlige biblioteker, uddannelsesinstitutioner eller museer, radio- og fjernsynsforetagender eller pressen). Kun i to tilfælde, bortset fra artikel 5, stk. 2, litra a), henvises der til et teknisk kriterium [efemere optagelser i artikel 5, stk. 2, litra d), og overføring ved dertil indrettede terminaler i artikel 5, stk. 3, litra n)].

5 — Artikel 5, stk. 2, litra e), omhandler »reproduktioner af radio- og fjernsynsudsendelser foretaget af sociale institutioner med ikke-kommercielle formål som f.eks. hospitaler eller fængsler«.

6 — Artikel 5, stk. 1, som ikke er omtvistet i denne sag, *kræver*, at visse midlertidige reproduktioner, som udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, og som ikke har selvstændig økonomisk værdi, undtages fra reproduktionsretten. Der er imidlertid ikke fastsat nogen kompensation i sådanne tilfælde.

7 — Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (1886), kompletteret i Paris (1896), revideret i Berlin (1908), kompletteret i Bern (1914), revideret i Rom (1928), i Bruxelles (1948), i Stockholm (1967) og i Paris (1971) og ændret i 1979 (Bernunionen). Alle medlemsstaterne er parter i Bernerkonventionen.

8 — Aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, bilag 1C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (WTO), underskrevet i Marrakech den 15.4.1994 og godkendt ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguayrundens regi (1986-1994) (EFT L 336, s. 1).

9 — WIPO-traktat om ophavsret (WCT), Genève (1996) (EFT 2000 L 89, s. 8). Traktaten trådte i kraft for både EU og alle medlemsstaterne, som alle er parter i WCT, den 14.3.2010 (EUT 2010 L 32, s. 1).

10 — USA – Section 110(5) i USA's Copyright Act, WT/DS160/R, 15.6.2000, punkt 6.97 ff.

meget kort sagt, at de tre betingelser var kumulative, at den første betingelse (visse specielle tilfælde) kræver, at en indskrænkning eller undtagelse skal være klart defineret og have et snævert anvendelsesområde og rækkevidde, at den anden betingelse (ikke strider mod den normale udnyttelse) betyder, at en undtagelse eller indskrænkning ikke må tillade en brug, der er i økonomisk konkurrence med de måder, hvorpå rettighedshaverne sædvanligvis får økonomisk udbytte fra deres værk, og at den tredje betingelse (ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser) udelukker enhver undtagelse eller indskrænkning, som forvolder eller kan forvolde rettighedshaveren et urimeligt indtægtstab.

10. Direktivets artikel 6, stk. 3, definerer »tekniske foranstaltninger« som »teknologier, anordninger eller komponenter, der under deres normale funktion har til formål at forhindre eller begrænse handlinger i forbindelse med værker eller andre frembringelser, som indehaveren af [...] ophavsrettigheder eller ophavsretsbeslægtede rettigheder [...] ikke har givet tilladelse til. Tekniske foranstaltninger skal anses som »effektive«, hvis anvendelsen af beskyttede værker eller andre frembringelser styres af rettighedshaveren ved anvendelse af en adgangskontrol- eller beskyttelsesforanstaltning, f.eks. kryptering, scrambling eller anden omdannelse af værket eller andre frembringelser eller en kopikontrolanordning, der opfylder beskyttelsesformålet«. Artikel 6 kræver i sin helhed i det væsentlige, at medlemsstaterne yder rettighedshaverne en passende retlig beskyttelse mod enhver omgåelse af sådanne tekniske foranstaltninger, som rettighedshaverne frivilligt måtte anvende, eller som kan anvendes ved gennemførelsen af foranstaltninger, som medlemsstaterne selv har truffet.

11. Direktivets artikel 10 har overskriften »Tidsmæssig anvendelse«. I henhold til artikel 10, stk. 1, finder direktivets bestemmelser anvendelse på de værker, som den 22. december 2002 er beskyttet efter medlemsstaternes lovgivning om ophavsret og beslægtede rettigheder. Artikel 10, stk. 2, bestemmer: »Dette direktiv berører ikke handlinger foretaget og rettigheder erhvervet inden den 22. december 2002.«

12. I henhold til artikel 13, stk. 1, skulle medlemsstaterne sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet før den 22. december 2002. I henhold til artikel 14 trådte direktivet i kraft på dagen for offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, nemlig den 22. juni 2001.

#### *Padawan-dommen*

13. Domstolen har fortolket direktivets bestemmelser i en række domme, hvoraf den mest relevante for disse retsforhandlinger nok er Padawan-dommen<sup>11</sup>, som omhandlede artikel 5, stk. 2, litra b), der ofte omtales som undtagelsen om »privatkopiering«.

14. Sagen vedrørte en afgift, som i Spanien blev opkrævet på digitale optagelsesmidler<sup>12</sup>, i sammenhæng med en national undtagelse om privatkopiering og dermed direktivets artikel 5, stk. 2, litra b). Domstolen fulgte ikke Kommissionens anbringende, hvorefter det, da metoden til finansiering af den rimelige kompensation ikke er reguleret i direktivet, står medlemsstaterne frit for at fastsætte den (kun under hensyn til de grænser, der navnlig er opstillet i grundlæggende rettigheder og almene retsprincipper). Det er med andre ord deres pligt at opnå et defineret resultat snarere end at gøre det med definerede midler<sup>13</sup>. Domstolen indtog snarere det synspunkt, at en person, der gør brug af

11 — Dom af 21.10.2010, sag C-467/08, Sml. I, s. 10055, navnlig præmis 38-50; jf. også dom af 16.6.2011, sag C-462/09, Stichting de Thuiskopie, Sml. I, s. 5331, præmis 18-29.

12 — CD-R'er, CD-RW'er, DVD-R'er og MP3-afspillere. Selv om sådanne medier kan anvendes til at lagre digitale kopier af tekst eller grafiske dokumenter, anvendes de almindeligvis til at reproducere lyd eller audiovisuelt materiale, såsom musik eller film.

13 — Jf. generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse, punkt 32. Kommissionen har opretholdt dette standpunkt, og Kyocera har talt for et tilsvarende synspunkt under disse retsforhandlinger (jf. punkt 92 nedenfor). I dommen i sagen Stichting de Thuiskopie (nævnt ovenfor i fodnote 11) fremhævede Domstolen resultatforpligtelsen (jf. dommens præmis 34 og 39).

undtagelsen om privatkopiering, og forvolder rettighedshaveren en skade, for hvilken denne har ret til rimelig kompensation, skal erstatte dette tab ved at finansiere godtgørelsen<sup>14</sup>. Domstolen antog således, at der er en nødvendig sammenhæng mellem anvendelsen af en afgift på udstyr, apparater og medier til digital reproduktion og brugen heraf til privatkopiering<sup>15</sup>. Da det imidlertid ikke er praktisk at knytte afgiften til faktisk brug, kan fysiske personer forventes at udnytte alle funktionerne ved udstyr, som de har til rådighed som private brugere. Det forhold, at apparaterne er i stand til at lave kopier, kan således begrunde anvendelsen af en afgift på privatkopiering<sup>16</sup>. Anvendelse uden forskel af en sådan afgift på udstyr, apparater og medier, der ikke stilles til rådighed for private brugere og klart er forbeholdt til anden brug end fremstilling af kopier til privat brug, er ikke desto mindre ikke i overensstemmelse med direktivet<sup>17</sup>.

## Relevant tysk ret

15. § 53 i Urheberrechtsgesetz<sup>18</sup> opstiller visse situationer, hvor det – som en undtagelse fra de sædvanlige ophavsretlige regler – er tilladt at reproducere beskyttet materiale.

16. UrhG's § 53, stk. 1, har siden den 13. september 2003 tilladt fysiske personer at fremstille enkelte kopier til privat brug på ethvert medium, forudsat at der ikke er noget direkte eller indirekte kommercielt formål, og at originalen ikke åbenbart er blevet uretmæssigt fremstillet, hvilken undtagelse i vidt omfang svarer til undtagelsen i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b). Før den dato var undtagelsen imidlertid ikke begrænset til fysiske personer. Herudover kan en person, der har tilladelse til selv at fremstille kopier, også lade en anden fremstille kopier til ham, enten hvis der ikke sker betaling – hvilken betingelse er udtrykkeligt fastsat i direktivet – eller, siden den 13. september 2003, hvis kopierne fremstilles på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkninger – hvilken betingelse gentager artikel 5, stk. 2, litra a).

17. § 53, stk. 2, har en mere kompleks opbygning. Den tillader personer (ikke begrænset til fysiske personer) at fremstille eller lade fremstille enkelte kopier til eget brug: (i) til videnskabelig brug i nødvendigt omfang, (ii) til medtagelse i personens eget arkiv i nødvendigt omfang, forudsat at originalen også tilhører personen, (iii) til oplysning om aktuelle begivenheder, hvor originalen blev udsendt, og (iv) af artikler, uddrag af offentliggjorte værker eller værker, som har været udsolgt i mindst to år. Disse undtagelser svarer åbenbart ikke til nogen undtagelser i direktivet: For så vidt som de ikke er begrænset til fysiske personer, går de længere end artikel 5, stk. 2, litra b), og for så vidt som de er betinget af brug til egne formål, er de mere restriktive end undtagelserne i andre litra.

18. Indtil 2003-ændringen af UrhG var undtagelserne i § 53, stk. 2, ikke underlagt yderligere betingelser. Ved ændringen blev undtagelsen i nr. (ii) underlagt mindst én af de følgende betingelser: Kopieringen skal være på papir eller lignende, og den skal ske ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning; der skal finde en udelukkende analog brug sted<sup>19</sup>, og/eller arkivet skal være i almenhedens interesse og ikke have noget kommercielt eller økonomisk formål. Undtagelserne i nr. (iii) og (iv) blev underlagt den betingelse, at mindst én af de første to af disse betingelser er opfyldt.

14 — Dommens præmis 40 og 45, jf. også præmis 24 og 26 i dommen i sagen Stichting de Thuis Kopie, nævnt ovenfor i fodnote 11.

15 — Dommens præmis 52.

16 — Dommens præmis 46, 55 og 56.

17 — Dommens præmis 59.

18 — Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 9.9.1965 i den affattelse, der fandt anvendelse før den 1.1.2008 (herefter »UrhG«). Ifølge den tyske regering blev UrhG bragt helt i overensstemmelse med direktivet med virkning fra den 13.9.2003 ved Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (lov om regulering af ophavsretten i informationssamfundet). For så vidt som det er relevant for de af Bundesgerichtshof nævnte bestemmelser, synes den lov at have ændret UrhG's § 53, stk. 1-3.

19 — Jf. punkt 48 ff. nedenfor.

19. UrhG's § 53, stk. 3, omhandler igen artikler eller uddrag sammen med kortere værker og tillader kopiering til eget brug (igen er der ingen begrænsning til fysiske personer) til uddannelsesformål eller til forberedelse til eksaminer, navnlig inden for uddannelsesinstitutioner af enhver art. Dens indhold synes delvis at svare til indholdet af direktivets artikel 5, stk. 2, litra c), og artikel 3, litra a).

20. I henhold til UrhG's § 54a, stk. 1, kan ophavsmanden, når det efter værkets art må forventes, at det vil blive reproduceret ved fotokopiering eller en anden proces med tilsvarende virkning – en betingelse, som igen gentager direktivets artikel 5, stk. 2, litra a) – til de formål, der er opstillet i § 53, stk. 1-3, kræve en »angemessene Vergütung«<sup>20</sup> fra producenter, importører eller forhandlere af apparater, der er »beregnet til at fremstille sådanne reproduktioner«. I henhold til § 54g, stk. 1, kan ophavsmanden kræve, at personer, der skal betale et sådant vederlag, giver ham oplysninger. I henhold til UrhG's § 54h, stk. 1, er det dog kun godkendte rettighedshaverorganisationer, der har ret til at opkræve vederlaget eller at kræve de pågældende oplysninger udleveret.

21. I henhold til UrhG's § 54d og bilag II hertil er afgiften på de apparater, der er henvist til i § 54a, stk. 1, fastsat til et beløb fra 38,35 EUR til 613,56 EUR afhængigt af antallet af kopier, der kan fremstilles i minuttet, og muligheden for farvekopiering eller ej. Der kan dog fastsættes andre beløb efter aftale.

### De faktiske forhold, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

22. Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) er en godkendt rettighedshaverorganisation. Den har eneret til at repræsentere forfattere og forlæggere af litterære værker i Tyskland. Den har derfor ret til at kræve vederlag fra producenter, importører eller forhandlere af apparater, der er underlagt kravet om betaling af vederlag til ophavsmænd i henhold til UrhG's § 54a, stk. 1. Den har i eget navn og på vegne af andre rettighedshaverorganisationer, som repræsenterer dem, der har rettigheder til grafiske værker af enhver art, forsøgt at kræve et sådant vederlag fra de andre parter i hovedsagen (herefter »leverandørerne«)<sup>21</sup> i form af en afgift på personlige computere, printere og/eller plottere<sup>22</sup>, der blev markedsført i Tyskland mellem begyndelsen af 2001 og slutningen af 2007. De krævede beløb bygger på de takster, der er aftalt mellem de to rettighedshaverorganisationer og offentliggjort i *Bundesanzeiger* (forbundslovtidende).

23. Leverandørerne har navnlig argumenteret for, at printere og plottere i sig selv ikke er i stand til at reproducere nogen værker. De kan kun gøre det, når de er forbundet med et apparat, som kan anvende en fotografisk teknisk eller en anden proces med tilsvarende virkning, med henblik på at skabe et billede af værket. Der bør således kun fastsættes kompensation for så vidt angår sådanne apparater og ikke for så vidt angår printere eller plottere. Dette synspunkt er i overensstemmelse med tidligere retspraksis, hvori Bundesgerichtshof har antaget, at når apparater, såsom en scanner, en computer og en printer er forbundet med hinanden med henblik på at kopiere et dokument, er det kun det for det apparat, som mest åbenbart kendetegner den fotografiske teknik – nemlig scanneren – der skal betales vederlag for.

20 — Udtrykket »angemessene Vergütung« anvendes i tiende betragtning til direktivet, hvor det på engelsk er gengivet som »appropriate reward« og på fransk som »rémunération appropriée«. Tiende betragtning synes at henvise til sædvanlig ophavsretsudnyttelse snarere end til undtagelserne i artikel 5, stk. 2 og 3. Det tyske udtryk for »fair compensation« (»compensation équitable«) i direktivet er »gerechte Ausgleich«. For at komplicere tingene yderligere anvendes »angemessene Vergütung« i den tyske udgave af Bernerkonventionens artikel 11a, stk. 2, og artikel 13, stk. 1 (nævnt ovenfor i fodnote 7) for det, der på engelsk og fransk kaldes henholdsvis »equitable remuneration« og »rémunération équitable«. Udtrykket anvendes også som ensbetydende med disse udtryk i visse andre EU-direktiver inden for den intellektuelle ejendomsrets område.

21 — KYOCERA Document Solutions Deutschland GmbH, Epson Deutschland GmbH og Xerox GmbH (sag C-457/11) og Canon Deutschland GmbH (sag C-458/11) (herefter samlet »Kyocera«), Fujitsu Technology Solutions GmbH (herefter »Fujitsu«) (sag C-459/11) og Hewlett Packard GmbH (herefter »Hewlett Packard«) (sag C-460/11).

22 — En plotter er en slags printer, jf. nærmere i punkt 54 nedenfor.

24. Efter den nationale domstols opfattelse opstår der to yderligere spørgsmål vedrørende beregningen af det skyldige vederlag. Hvis de tekniske foranstaltninger, der er beregnet til at forhindre kopiering, er til rådighed, men ikke anvendes, eller hvis der på nogen måde er givet tilladelse til kopieringen, skal der da stadig betales et rimeligt vederlag i forhold til de pågældende originaler? Herudover er det ikke helt klart, fra hvilken dato og for hvilke begivenheder den nationale lov skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet.

25. Bundesgerichtshof har derfor spurgt<sup>23</sup>:

- »1) Skal der tages hensyn til direktivet ved fortolkningen af national ret for så vidt angår begivenheder, der fandt sted efter direktivets ikrafttræden, den 22. juni 2001, men inden det tidspunkt, fra hvilket det har fundet anvendelse, nemlig den 22. december 2002?
- 2) Udgør reproduktioner ved hjælp af printere [eller personlige computere] reproduktioner ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 2, litra a)?
- 3) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende: Er direktivets krav om en rimelig kompensation for undtagelser fra eller indskrænkninger i retten til reproduktion ifølge direktivets artikel 5, stk. 2 og 3, når henses til den grundlæggende ret til ligebehandling ifølge EU-grundrettighedscharterets artikel 20, ligeledes opfyldt, såfremt [det] passende [vederlag]<sup>24</sup> ikke skal betales af producenter, importører og forhandlere af printere [eller personlige computere], men af producenter, importører og forhandlere af et andet apparat eller flere andre apparater, der i en egnet apparatkombination kan anvendes til reproduktion?
- 4) Bevirker allerede muligheden for at anvende tekniske foranstaltninger som omhandlet i direktivets artikel 6, at betingelsen om en rimelig kompensation i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), bortfalder?
- 5) Bortfalder betingelsen om [jf. direktivets artikel 5, stk. 2, litra a) og b)] og muligheden for (jf. 36. betragtning til direktivet) en rimelig kompensation, såfremt rettighedshaveren udtrykkeligt eller stiltiende har givet [tilladelse] til reproduktion af værkerne?«

26. VG Wort, leverandørerne, Finland, Tyskland, Irland, Litauen, Nederlandene, Polen, Spanien og Det Forenede Kongerige samt Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger. Under retsmødet den 22. oktober 2012 afgav VG Wort, Fujitsu, Hewlett Packard, Kyocera, Den Tjekkiske Republik, Tyskland, Nederlandene, Østrig, Det Forenede Kongerige og Kommissionen mundtlige indlæg.

## Bedømmelse

27. Bundesgerichtshof ønsker at fortolke visse bestemmelser i UrhG i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivet, for så vidt som en sådan fortolkning er påkrævet i henhold til EU-retten. Retten har derfor stillet et spørgsmål om direktivets tidsmæssige anvendelse og fire spørgsmål om fortolkningen af materielle bestemmelser. Eftersom det er ubestridt, at direktivet er relevant for hovedparten af den periode, der er omfattet af tvisterne i hovedsagerne, vil jeg først behandle de materielle problemstillinger. Før jeg gør dette, kan det dog være nyttigt at behandle nogle generelle punkter vedrørende direktivet og dets forhold til den tyske lovgivning.

23 — De fem præjudicielle spørgsmål i sagerne C-457/11 og C-458/11 er identiske og vedrører i det andet og tredje spørgsmål printere. De præjudicielle spørgsmål i sag C-459/11 er de samme, med den undtagelse, at det andet og tredje spørgsmål vedrører personlige computere i stedet for printere. I sag C-460/11 er det kun de første tre spørgsmål, der er forelagt, under henvisning til printere.

24 — »Angemessene Vergütung«, jf. fodnote 20 ovenfor.

### *Indledende bemærkninger*

Forholdet mellem betragtningerne til direktivet og dets dispositive del

28. Et karakteristisk træk ved direktivet er længden af de yderst detaljerede betragtninger hertil, som er ca. 40% længere end den dispositive del. Under retsforhandlingerne for Domstolen er der i meget stort omfang blevet henvist til visse af betragtningerne til direktivet, og Domstolen har i betydeligt omfang støttet sig på sådanne betragtninger i sine domme<sup>25</sup>.

29. Det fremgår klart af betragtningerne til direktivet, at lovgiver ikke kun tilsigtede at opnå så meget som mulig af den ensartethed, der er nødvendig for det indre marked<sup>26</sup>, men også at give mulighed for tilpasning til nye former for udnyttelse, nye anvendelser og teknologiske udviklinger<sup>27</sup>. Der er derfor en vis berettigelse i at anvende en progressiv, tilpasningsdygtig og harmoniserende fremgangsmåde ved fortolkningen af direktivet.

30. På den anden side skal det erindres, at medlemsstaterne er overladt et vidt skøn, og at mange aspekter ikke er harmoniserede. Hvor stor en kompensation er f.eks. rimelig, og hvordan skal den stilles til rådighed? Og den blotte eksistens af 20 fakultative undtagelser fra eller indskrænkninger i reproduktionsretten, hvoraf 17 medfører en yderligere mulighed for rimelig kompensation, synes – idet den langt fra forfølger ensartethed eller harmonisering – i praksis at udgøre et afkald på disse mål. Når lovgiver således bevidst har givet medlemsstaterne valgmuligheder, forekommer det ikke hensigtsmæssigt, hvis Domstolen lukker ned for disse valgmuligheder for at opnå en større harmonisering.

31. Endvidere er retssikkerhed en forudsætning for den harmonisering, der skal opnås på det indre marked<sup>28</sup>, og en progressiv og tilpasningsdygtig fremgangsmåde ved fortolkningen er ikke gunstig for den største retssikkerhed. Når der er indbyrdes sammenhængende udviklinger i både teknologi og forretningspraksis, er der grænser for, hvor langt Domstolen kan gå ved sikringen af, at lovgivningen fortolkes, således at der tages hensyn til disse udviklinger. Der kommer et tidspunkt, hvor det kun er lovgiver, der har kompetence til at sikre den udvikling.

32. Endelig vil jeg anbefale, at der udvises forsigtighed således, at man ikke i overdreven grad sætter sin lid til betragtningerne til direktivet i modsætning til dets dispositive del. Det er korrekt, at der ved fortolkningen af en foranstaltning skal tages hensyn til den begrundelse, der førte til vedtagelsen heraf<sup>29</sup>. Jeg erindrer dog om punkt 10 i den interinstitutionelle overenskomst om fælles retningslinjer for EF-lovgivningens affattelse<sup>30</sup>, som bestemmer: »Betragtningerne har til formål koncist at begrunde de væsentligste bestemmelser i den dispositive del uden at gengive eller omskrive teksten. De må ikke indeholde normative bestemmelser eller politiske ønsker.« Selv om disse retningslinjer ikke er retligt bindende, må det dog antages, at de institutioner, som vedtog dem ved en fælles aftale (Parlamentet, Rådet og Kommissionen), følger dem, når de udarbejder lovgivning<sup>31</sup>.

25 — Jf. f.eks. Padawan-dommen og dommen i sagen Stichting de Thuiskopie, nævnt ovenfor i fodnote 11.

26 — Jf. også Padawan-dommen, præmis 35 og 36.

27 — Jf. f.eks. 5.-7., 39., 44. og 47. betragtning til direktivet.

28 — Jf. f.eks. 4. og 21. betragtning til direktivet.

29 — Jf. f.eks. dom af 29.4.2004, sag C-298/00 P, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4087, præmis 97.

30 — Af 22.12.1998 (EFT 1999 C 73, s. 1).

31 — Jf. f.eks. dom af 12.7.2005, forenede sager C-154/04 og C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 92, og af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 76.



## Forholdet mellem direktivet og den tyske lovgivning

33. Direktivet beskytter først og fremmest ophavsmandens grundlæggende ret til at tillade eller forbyde reproduktion af hans værker. Selv om direktivet ikke omhandler licensaftaler, har det udgangspunktet, at ophavsmænd kan forhandle vederlag som modydelse for at tillade reproduktion af deres værker. I tiende betragtning til direktivet anføres det, at de skal modtage et »passende vederlag« for anvendelsen af deres værker<sup>32</sup>.

34. Medlemsstaterne kan ikke desto mindre bestemme, at nogen af eller alle de undtagelser fra eller indskrænkninger i retten til at tillade eller forbyde reproduktion, der er udtømmende opregnet, skal gælde. I tre af disse tilfælde skal de (og i de resterende kan de) sikre, at ophavsmændene modtager en rimelig kompensation for et sådant indgreb i deres rettigheder<sup>33</sup>. Af disse tre tilfælde vedrører disse præjudicielle forelæggelser hovedsagelig direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), som giver mulighed for en undtagelse eller indskrænkning for reproduktioner »på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning«, og artikel 5, stk. 2, litra b), for reproduktioner »på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle«. Bundesgerichtshofs tredje spørgsmål henviser imidlertid udtrykkeligt til hele artikel 5, stk. 2 og 3, som opregner 20 situationer, der ofte overlapper hinanden, og hvor en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten er tilladt<sup>34</sup>, og den grundlæggende problemstilling i rettens femte spørgsmål (spørgsmålet om rettighedshaveres tilladelse) kan være relevant for alle disse situationer.

35. Det skal erindres, at bestemmelserne i artikel 5, stk. 2 og 3, alle er fakultative, og at der i alle tilfælde kan indføres en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten. Undtagelsernes eller indskrænkningernes fakultative karakter giver medlemsstaterne en vis handlefrihed på dette område, som er afspejlet i betragtningerne til direktivet, navnlig i 34., 36.-40., 51. og 52. betragtning hertil.

36. Jeg drager visse konklusioner af det ovenstående.

37. For det første er en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten, som går længere end det tilladte i henhold til en af bestemmelserne i artikel 5, stk. 2 eller 3, uforenelig med direktivet. Henset til bestemmelsernes fakultative karakter og muligheden for at indføre en indskrænkning i stedet for en undtagelse kan en foranstaltning, som går mindre vidt, dog være forenelig med direktivet. En medlemsstat kan f.eks. ikke på grundlag af artikel 5, stk. 2, litra b), fastsætte en undtagelse for alle reproduktioner, der er fremstillet af en fysisk person på ethvert medium uden henvisning til det formål, med hvilket de blev fremstillet, eftersom dette ville udstrække undtagelsens omfang videre end det ved denne (eller enhver anden) bestemmelse tilladte. Omvendt kan medlemsstaten – stadig på grundlag af artikel 5, stk. 2, litra b) – fastsætte en undtagelse for reproduktioner, der er fremstillet af en fysisk person, når de kun er fremstillet på papir og udelukkende med henblik på private studier, eftersom denne undtagelses omfang er snævrere end, men fortsat fuldt ud omfattet af det tilladte.

32 — Jf. fodnote 20 ovenfor.

33 — I denne henseende kan der henvises til artikel 17 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som beskytter retten bl.a. til at anvende og disponere over lovligt erhvervet ejendom, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder, og anfører, at ingen må berøves sin ejendom, »medmindre det skønnes nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet«, jf. også artikel 1 i den første protokol til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

34 — I 32. betragtning til direktivet anføres det, at listen er udtømmende, og at den »tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner«. Den synes med andre ord i virkeligheden at være en sammenstilling af allerede eksisterende undtagelser og indskrænkninger i henhold til forskellige nationale retsordninger, hvilket måske kan forklare de overlappende områder (Kommissionens oprindelige direktivforslag indeholdt kun otte mulige undtagelser eller indskrænkninger. Listen blev længere og mere detaljeret under lovgivningsprocessen).

38. For det andet skal der tages hensyn til, at de forskellige situationer overlapper hinanden, ved bedømmelsen af foreneligheden af en national bestemmelse eller fortolkningen heraf i national ret med direktivet. Direktivet kræver ikke, at nationale undtagelser eller indskrænkninger skal udformes således, at de passer til hvert enkelt tilfælde inden for en enkelt af de 20 situationer, der er opstillet i artikel 5, stk. 2 og 3. En national undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten kan derfor være forenelig med direktivet, selv hvis den medtager elementer fra to eller flere af bestemmelserne i artikel 5, stk. 2 eller 3. Eftersom den ikke må gå længere end det ved disse bestemmelser tilladte, skal det imidlertid omhyggeligt sikres, at alle sådanne »hybride« undtagelser ikke kombinerer betingelser på en sådan måde, at de dækker et område, der ikke er omfattet af de ved direktivet tilladte.

39. I denne henseende bemærker jeg, at definitionerne i artikel 5, stk. 2, litra a) og b), som bygger på ganske forskellige – endog modstridende – kriterier, faktisk i betydelig grad overlapper hinanden hvad angår de reproduktionshandlinger, som de dækker. Mens definitionen i artikel 5, stk. 2, litra a), kun er afgrænset i henhold til reproduktionsmidlerne og det anvendte medium, henviser definitionen i artikel 5, stk. 2, litra b), udelukkende til identiteten af den person, som fremstiller reproduktionen, og formålet med reproduktionen.

40. En undtagelse for reproduktioner, der fremstilles af en fysisk person på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle – hvilket dermed omfatter den meste private fotokopiering af ophavsretligt beskyttet materiale – er imidlertid omfattet af enten den ene eller begge bestemmelser. Reproduktioner, der fremstilles af andre end en fysisk person ved hjælp af andre midler, er derimod ikke omfattet af nogen af bestemmelserne. De skal være omfattet af et andet af litraerne i artikel 5, stk. 2 eller 3, hvis en undtagelse for dem skal være forenelig med direktivet.

41. UrhG's § 53, stk. 1-3, som Bundesgerichtshof og parterne i hovedsagerne har nævnt som relevant for løsningen af tvisten i disse sager, synes at dække både områder af direktivets artikel 5, stk. 2, litra a) og b), der overlapper hinanden, og som ikke overlapper hinanden. De er også i det mindste delvist udstrakt til visse andre undtagelser, såsom undtagelserne vedrørende uddannelsesformål og videnskabelige formål, for hvilke rimelig kompensation er fakultativ snarere end obligatorisk. § 54a, nr. 1, og artikel 54d, sammenholdt med bilag II, pålægger en enkelt afgiftssats på apparater, der kan fremstille fotokopier, eller apparater, der er tilsvarende, af beskyttet materiale under de omstændigheder, der er opregnet i § 53, stk. 1-3<sup>35</sup>. Den deraf følgende manglende parallelitet mellem direktivet og UrhG gør det ikke lettere at efterprøve, om fortolkningen af UrhG er forenelig med direktivet. Når den nationale lovgivning blander forskellige undtagelser, kan spørgsmålet om dens forenelighed med direktivet endda stilles i visse tilfælde. (Jeg kan tilføje, at brugen af udtrykket »angemessene Vergütung« i UrhG § 54a, stk. 1, som synes at kunne skabe forveksling med andre begreber end »rimelig kompensation« i direktivets forstand<sup>36</sup>, komplicerer tingene yderligere).

42. For så vidt som afgiften kun pålægges apparater, der kan fremstille »reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning«, er de pågældende reproduktionshandlinger alle omfattet af direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), selv hvis nogle af dem også kan være omfattet af andre undtagelser, såsom undtagelsen om privatkopiering. For at sikre sammenhæng skal de betingelser, der regulerer denne afgift, derfor altid være i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra a).

35 — Jf. punkt 15-21 ovenfor.

36 — Jf. fodnote 20 ovenfor.

## Forholdet mellem afgiften og den rimelige kompensation

43. Det fjerde og femte spørgsmål omhandler groft sagt eftervirkningerne af en vis adfærd fra rettighedshavernes side – nemlig manglende anvendelse af tekniske foranstaltninger, som kan forhindre eller begrænse kopiering, og den stiltiende eller udtrykkelige tilladelse til kopiering – på deres ret til rimelig kompensation i en situation, der er omfattet af en undtagelse eller indskrænkning, som er indført i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2 eller 3. Disse problemstillinger opstår med hensyn til beregningen af beløbet for den afgift, der pålægges apparater, og som skal finansiere en sådan rimelig kompensation, og ikke i sammenhæng med en tvist vedrørende en individuel rettighedshavers rettigheder. Spørgsmålene forudsætter imidlertid, at de pålagte afgifter tjener til at betale rettighedshaverne og derfor beregnes på grundlag af beløbet for den rimelige kompensation, der overordnet skal betales.

44. Det skal dog bemærkes, at afgifterne på apparater og blankmedier i flere medlemsstater (men dog åbenbart ikke i Tyskland) ikke kun anvendes til at betale rettighedshaverne en rimelig kompensation, men også til kollektive eller kulturelle formål, såsom fremme af litterær, musisk eller audiovisuel produktion<sup>37</sup>.

45. Problemstillingen med forholdet mellem afgifter, rimelig kompensation og sådanne kollektive eller kulturelle formål er ikke rejst i de foreliggende sager, men Domstolen har henvist hertil i en anden præjudiciel sag fra den østrigske Oberster Gerichtshof (højesteret), der verserer i øjeblikket<sup>38</sup>. Jeg vil ikke foregribe denne problemstilling i den foreliggende sag, men det kan være ønskeligt at huske herpå ved undersøgelsen af spørgsmålene i de foreliggende retsforhandlinger. For så vidt som afgifterne beregnes på grundlag af behovet for at yde rettighedshaverne en rimelig kompensation i direktivets forstand, er den frihedsgrad, som medlemsstaterne kan have ved fastsættelsen af det, der kan udgøre rimelig kompensation, relevant – uanset om en sådan kompensation er begrænset til at godtgøre den »skade«, der er henvist til i 35. betragtning til direktivet og i præmis 39 ff. i Padawan-dommen<sup>39</sup>, eller om den også kan ydes som et mere generelt bidrag til rettighedshavernes kollektive fordel.

46. Jeg vender mig nu mod Bundesgerichtshofs spørgsmål, og jeg vil begynde med de fire materielle spørgsmål.

*Det andet spørgsmål: kriteriet i artikel 5, stk. 2, litra a)*

47. I direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), omfatter »reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning« da de reproduktioner, der er fremstillet ved hjælp af printere eller personlige computere (i det væsentlige i kombination)?

48. Spørgsmålet drejer sig om sondringen mellem kopier af et originalt »analogt« dokument (i det væsentlige et dokument, som selv er på papir eller lignende, og som kopieres ved en »analog til analog« proces, f.eks. en fotokopi) og reproduktioner af et »digitalt« dokument (et dokument, som findes i elektronisk form, der printes ud ved »digital til analog« kopiering, f.eks. udprintning fra en hjemmeside). Eftersom de reproduktioner, der er henvist til, defineres i henhold til tekniske kriterier, forekommer det mig ved behandlingen af dette spørgsmål ønskeligt at huske på nogle begreber om, hvordan de omtvistede processer og apparater virker<sup>40</sup>.

37 — Jf. *International Survey on Private Copying Law & Practice*, Stichting de Thuiskopie, 2012, s. 9.

38 — Sag C-521/11, Amazon.com International Sales m.fl. Det fremgår, at 50% af de opkrævede beløb i Østrig er øremærket til sociale eller kulturelle formål i henhold til loven.

39 — Jf. punkt 13 og 14 ovenfor. I den dom er der, har jeg bemærket, henvist til betragtningerne, måske uforvarende, som »bestemmelser« i direktivet.

40 — Den følgende beskrivelse tilsigter ikke at være autoritativ eller fuldstændig, men snarere at skitsere en ramme, som i vidt omfang dækker de former for situationer, der er relevante for behandlingen af de præjudicielle spørgsmål.

49. Fotografi består generelt forstået i det væsentlige deri, at der ved hjælp af optiske midler indfanges et bestemt syn (det, man har set gennem kameralinsen på det relevante tidspunkt), og i at resultatet gemmes med henblik på senere reproduktion heraf som et billede. Billedet kan være af et dokument, og jeg vil anvende ordet »billede« som omfattende en reproduktion af enhver form for dokument, uanset om det er tekst eller grafik.

50. I traditionel fotografi udsættes en lysfølsom negativfilm for lys fra et faktisk syn og anvendes efter fremkaldelse som et filter til at projicere det tilsvarende billede over på et stykke lysfølsomt papir, på hvilket positivkopier printes. Det indfangede og reproducerede billede er en analog af det syn, der blev set gennem linsen.

51. Digital fotografering optager ikke billedet i analog form, men som et meget stort antal pixels, der er af forskellig farve og størrelse. De digitale oplysninger kan så overføres (ved en direkte forbindelse, herunder en trådløs forbindelse, eller via et bærbart apparat, såsom et hukommelseskort) til andre apparater, der kan reproducere et analogt billede på forskellige former for medier. Digitale kameraer findes i dag også på andre apparater, herunder mange (måske hovedparten af) mobiltelefoner og »tablet«-PC'er.

52. I xerografiske (dvs. de mest moderne) kopimaskiner projiceres klart lys over på et dokument og reflekteres over på en elektrostatiske cylinder, som tiltrækker eller afviser toner (blæk i puddeform) alt efter intensiteten af det lys, der falder på hver bestanddel, hvorved der dannes et analogt billede, som så overføres til papir. Ingen af de parter, der har fremsat bemærkninger, har bestridt, og der synes heller ikke at være mulighed for at bestride, at en sådan proces er en »fotografisk teknik« eller »proces med tilsvarende virkning« i den i direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), omhandlede forstand.

53. En scanner indfanger et syn af et dokument (også fra en projicering af lys) i form af digitale oplysninger, som kan overføres til andre apparater, der kan lagre dem og/eller reproducere et analogt billede på forskellige former for medier.

54. En printer fremstiller billeder fra digitale oplysninger, som den modtager fra en anden kilde, såsom en computer, et digitalt kamera eller en bærbar hukommelsesanordning (f.eks. et hukommelseskort, et USB-stik eller en CD-rom). Forskellige former for printere anvender forskellige processer: Laserprintere fremstiller – ligesom xerografiske kopimaskiner – fra en digital kilde et analogt billede på en cylinder, og billedet overføres så til papir, mens blækprintere skaber billedet direkte på papir fra digitale oplysninger. De fleste printere fremstiller billeder på forskellige slags papir, nogle kan printe på andre medier, såsom klæde eller gennemsigtig film. Plottere er i det væsentlige specialiserede printere beregnet til grafisk anvendelse. Oprindeligt fremstillede de billeder ved at bevæge en lyspen hen over papir, men de kan nu anvende teknikker, der nærmere svarer til andre printeres.

55. En scanner og en printer, der samvirker, udfører den samme overordnede funktion som en kopimaskine. I nogle tilfælde skal de begge være forbundet med en computer herfor, mens de i andre tilfælde kan være direkte forbundet med hinanden, eller oplysninger kan blive ført fra den ene til den anden af dem på en bærbar hukommelsesanordning. Printere med flere funktioner eller all-in-one (herefter »AIO«) apparater kombinerer funktionerne for (bl.a.) scanner, printer og kopimaskine. De har begrænset og specialiseret hukommelses- og bearbejdningskapacitet, idet en computers er meget større og mindre specialiseret.

56. Digitale billedoplysninger kan indtastes på en computer (direkte f.eks. fra et digitalt kamera eller en scanner eller indirekte via en bærbar hukommelsesanordning eller internettet), hvor det kan memoreres, måske manipuleres og sendes til en ydre enhed (såsom en skærm eller en printer) for at reproducere et analogt billede. Et scannet billede lagres sædvanligvis på en sådan måde, at reproduktionen er en visuel gengivelse af originalen. Software til optisk skriftlæsning (OCR) kan imidlertid anvendes til at omdanne trykt tekst til neutrale digitale oplysninger, hvorfra de kan

reproduceres i en form, der er visuelt anderledes end originalen. Digitale oplysninger, der gengiver et tekstdokument eller et grafisk billede, kan også skabes i en computer uden et originalt billede ved hjælp af et tastatur eller en mus sammen med den rette software. Uden ydre enheder, der giver input eller output, kan en computer imidlertid ikke i sig selv indfange eller reproducere noget billede.

57. De måder, hvorpå et billede kan reproduceres ved hjælp af et eller flere af ovennævnte apparater, kan således beskrives skematisk som omfattende et trin med input, et mellemliggende trin og et trin med output. Trinnet med input kan omfatte optisk input fra en analog original eller ikke-optisk skabelse af en digital original. Det mellemliggende trin kan omfatte en eller flere transaktioner med lagring, overføring eller manipulation i enten analog eller digital form. Trinnet med output omfatter fremstillingen af et billede i synlig, analog form<sup>41</sup>.

58. Med dette in mente hvordan skal »reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning« da fortolkes i sammenhæng med direktivets artikel 5, stk. 2, litra a)? Bundesgerichtshof har spurgt, om sådanne reproduktioner (det skal erindres, at de ikke er begrænset til privatkopiering) omfatter reproduktioner fremstillet ved hjælp af printere (herunder plottere) eller computere. Det underliggende spørgsmål er, om de omfatter kopier fremstillet fra en digital kilde eller kun kopier fra en analog original.

59. VG Wort, Østrig, Den Tjekkiske Republik og Det Forenede Kongerige er af den opfattelse, at kopier fra en digital kilde er omfattet. Tyskland har ikke besvaret spørgsmålet. De resterende medlemsstater, Kommissionen og leverandørerne er alle af den modsatte opfattelse (som den forelæggende ret også synes at foretrække).

60. På en vis måde synes svaret at være forholdsvist simpelt.

61. Hvis man tager definitionen i sin helhed, forekommer det mig, at hovedbetydningen i det væsentlige dækker analog til analoge kopier, der fremstilles ved brug af en kopimaskine – ved reprografi for nu at anvende udtrykket i 37. betragtning til direktivet<sup>42</sup>. Der er imidlertid ingen væsentlig forskel mellem sådanne kopier og kopier, der er fremstillet ved anvendelse af f.eks. en scanner eller et digitalt kamera forbundet med en printer (via en computer eller på anden måde) eller et AIO-apparat. Selv hvis billedet går gennem et mellemliggende trin med digital kryptering og lagring, forbliver input og output analogt ligesom med en kopimaskine. Processen adskiller sig ikke mere fra xerografisk fotokopiering, end digital fotografering adskiller sig fra traditionel fotografering. Det kan ikke antages, at virkningen ikke er »tilsvarende« hvad angår artikel 5, stk. 2, litra a).

62. Computere og printere kan derfor anvendes til at fremstille reproduktioner, således som defineret i direktivets artikel 5, stk. 2, litra a). Det spørgsmål, der skal besvares for at løse tvisten i hovedsagerne, går imidlertid længere end det. Hvis de digitale oplysninger, på grundlag af hvilke printeren fremstiller det trykte dokument, ikke kommer fra en scanner, som den er forbundet med, men blot fra en computer, der kan have modtaget oplysningerne fra en fjern kilde (f.eks. som download fra en hjemmeside eller som en vedhæftning til en e-mail), er situationen da også omfattet af artikel 5, stk. 2, litra a)? Det spørgsmål er forbundet med det tredje spørgsmål, som rejser problemstillingen, om det er

41 — I ovenstående sammenfatning har jeg til beskrivelsen af analoge billeder anvendt visuelle begreber, men sammenlignelige teknikker finder anvendelse i tilfælde af reproduktioner til synshandicappede. Braille-værktøj fremstiller en tekst fra digitale oplysninger på nogenlunde samme måde, som printere og anvender papir som et output-medium. Andre apparater kan fremstille prægede versioner af billeder, som kan opfattes visuelt af personer, der ikke har et synshandicap. Det er ikke min opfattelse, at sådanne reproduktioner ikke er omfattet af reproduktionsretten eller således af direktivets artikel 5, stk. 2 eller 3. De bør formodes at være omfattet af min analyse, selv om jeg for den sproglige enkeltheds skyld vil fortsætte med alene at henvise til analogt input og output hovedsageligt med visuelle begreber.

42 — I begrundelsen til det oprindelige forslag angav Kommissionen: »Bestemmelsen er begrænset til reprografi, dvs. teknikker, der muliggør en faksimile, med andre ord et papirprint. Der lægges ikke vægt på den anvendte teknik, men det opnåede resultat, der altså skal være i papirform.« Selv om den udtalelse er koncentreret om output snarere end input, forekommer det mig, at udtrykket »faksimile« nødvendigvis indebærer en ækvivalens mellem input og output for så vidt angår formen.

korrekt at antage, at det i en kombination bestående af scanner, computer og printer er scanneren, der mest åbenbart er typisk for den fotografiske teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning, og som dermed alene bør tjene som grundlag for enhver afgift, der tilsigter at give ophavsmændene rimelig kompensation.

63. For det første forkaster jeg VG Worts forslag, hvorefter en kopi fremstillet på et digitalt optagelsesmiddel hvad angår direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), kan anses for at være en reproduktion »på papir eller lignende«, fordi det kan tjene som en forløber eller en funktionel erstatning for sidstnævnte. En sådan fortolkning ser ganske enkelt bort fra betydningen af »papir« og »lignende« og indebærer, at alle former for optagelsesmidler kan anvendes. Efter min opfattelse er det åbenbart, at et substrat for at kunne være lignende papir som et reproduktionsmedium skal kunne indeholde og faktisk skal indeholde en fysisk gengivelse, som kan opfattes og fortolkes af menneskets sanser.

64. Hvad angår direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), er det dog ikke tilstrækkeligt, at et billede, der reproducere en ophavsretsbeskyttet original, fremstilles på »papir eller lignende«. Det skal også fremstilles »ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning«. En scanner indfanger billeder ved anvendelse af en fotografisk teknik, men kan ikke i sig selv reproducere dem. En almindelig printer kan reproducere dem, men kan ikke indfange dem, og en computer kan ikke i sig selv gøre nogen af delene, men kan udføre en mellemliggende funktion mellem disse to.

65. Hvis en apparatkombination, såsom en scanner forbundet med en printer via en computer, i princippet kan anses for at fremstille reproduktioner, der er omfattet af direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), kan det samme da antages, når de digitale oplysninger, som gengiver det originale ophavsretligt beskyttede materiale, kommer ind i computeren fra en anden kilde (f.eks. som download fra internettet eller som en vedhæftning til en e-mail), eller når det behandles (f.eks. ved OCR-software), således at outputtet ikke er en faksimile af originalen?

66. Min første bemærkning her er, at sådanne situationer åbenbart ikke er omfattet af bestemmelsens ordlyd, hvis man ser på udtrykkenes sædvanlige betydning. Der er heller intet i lovgivningens tilblivelseshistorie, der antyder, at det nogensinde blev overvejet, at disse udtryk skulle udstrækkes længere end reprografisfæren, således som den sædvanligvis forstås, eller endog (i modsætning til artikel 5, stk. 2, litra b), der henviser til anvendelsen af tekniske foranstaltninger), at der skulle tages hensyn til fremtidig teknisk udvikling inden for reprografi.

67. For det andet skal direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), idet den fastsætter en undtagelse fra hovedreglen i artikel 2, hvorefter ophavsmændene har en eneret til reproduktion, principielt fortolkes strengt.

68. For det tredje pålægger artikel 5, stk. 5, udtrykkeligt en indskrænkende fortolkning snarere end en udvidende fortolkning<sup>43</sup>. Dens betydning i denne henseende synes så meget desto større, som det af alle de ved artikel 5, stk. 2 og 3, tilladte undtagelser og indskrænkninger, kun er artikel 5, stk. 2, litra a), der kan dække reproduktioner fremstillet med kommercielt formål for øje. Hvis man ser specifikt på tretrins-testen i artikel 5, stk. 5, er det ikke sandsynligt, at en fortolkning af artikel 5, stk. 2, litra a), som ikke indfører nogen begrænsning hvad angår kildedokumentets art, opfylder det første af testens trin, nemlig »visse specielle tilfælde« – i praksis er alle reproduktioner (bortset fra trykte noder), som kan fremstilles på papir eller lignende, omfattet af undtagelsen. For så vidt som sådanne reproduktioner ikke er af begrænset antal eller begrænset med hensyn til det formål, for hvilke de fremstilles, er der herudover en meget større sandsynlighed for konflikter med den normale udnyttelse af værket og ophavsmandens lovlige interesser og dermed med testens andet og tredje trin.

43 — Jf. punkt 9 ovenfor.

69. Jeg har derfor lidt vanskeligt ved at tilslutte mig hovedparten af de for Domstolen fremsatte bemærkninger om dette spørgsmål, hvorefter direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), kun omfatter analog til analog kopiering. Ordet »fotografisk« kræver nødvendigvis optisk input fra en analog original, og behovet for papir eller lignende betyder, at outputtet også skal være analogt. Det forhold, at der argumenteres for, at sætningen »med tilsvarende virkning« blot betyder »det resultat, der er tilsvarende et resultat, der kunne have været fremstillet ved hjælp af en fotografisk teknik«, ville fratage ordet »fotografisk« enhver betydning – enhver reproduktion på papir eller lignende kan beskrives som »tilsvarende« en reproduktion, der er fremstillet ved en fotografisk teknik. Efter min opfattelse skal en virkning, der er tilsvarende en fotografisk tekniks virkning, opfattes som en virkning, der er tilsvarende teknikken i sin helhed. Der skal være en reproduktion af noget, som kan opfattes i den fysiske verden. Den omstændighed, at der skal være tale om analog til analog kopiering, fremgår ud over af selve bestemmelsens klare ordlyd også åbenbart af brugen af ordet »reprografi« i 37. betragtning til direktivet og i forarbejderne<sup>44</sup> og bekræftes af det forhold, at henvisninger til digital kopiering er begrænset til sfæren med privatkopiering [i 38. betragtning til direktivet og gennem omtalen af »tekniske foranstaltninger« i artikel 5, stk. 2, litra b)].

70. VG Wort synes at være bekymret for, at omfattende kopiering af digitalt ophavsretligt beskyttet materiale måske ikke skal pålægges en afgift, der tilsigter at yde ophavsmændene rimelig kompensation, hvis direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), fortolkes således, at den kun omfatter analog til analog kopiering. Det er korrekt, at i henhold til den fortolkning, som jeg er fortaler for, medfører digital til analog kopiering ikke en pligt til at yde rimelig kompensation, medmindre kopieringen foretages af en fysisk person til private og ikke kommercielle formål i den i artikel 5, stk. 2, litra b), omhandlede forstand. Dette skyldes, at en sådan kopiering ikke er omfattet af en undtagelse eller indskrænkning i overensstemmelse med direktivet. Den skal derfor være genstand for enten aftalt vederlag eller retsforhandlinger for at opnå erstatning for krænkelse i sammenhæng med den eneret til reproduktion, som er hovedreglen i henhold til direktivet. Det forekommer berettiget, hvis det erindres, at rækkevidden af artikel 5, stk. 2, litra a), for så vidt som den ikke er overlappende med rækkevidden af nogen anden tilladt undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten, i det væsentlige er begrænset til reproduktioner til andre formål end privatkopiering eller brug i almenhedens interesse – kort sagt, dens specifikke rækkevidde er sandsynligvis begrænset til reproduktioner til formål, som er direkte eller indirekte kommercielle. Derimod forekommer det ikke berettiget i henhold til en nødvendigvis streng og endda restriktiv fortolkning at fratage ophavsmændene deres eneret til reproduktion af en betydelig samling af materiale til sådanne formål.

71. Jeg har indtil videre det synspunkt, at direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), skal fortolkes således, at den er begrænset til analog til analog kopiering, og digital til analog kopiering er udelukket herfra. Jeg har dog også overvejet, at begrebet analog til analog kopiering ikke kan være så snævert, at det udelukker metoder, som omfatter et mellemliggende digitalt stadium – f.eks. når et scannet dokument memoreres i en computer, eller et digitalt fotograferet dokument overføres til en computer via et hukommelseskort, inden det printes ud på en forbundet printer – med andre ord analog til digital til analog kopiering.

72. Når dette er tilfældet, synes det nødvendigt at sondre mellem den sidstnævnte kategori [som efter min opfattelse er omfattet af definitionen i direktivets artikel 5, stk. 2, litra a)] og simpel digital til analog kopiering (som efter min opfattelse ikke er det). Digitale dokumenter, der er afledt fra en analog original, kan være lagret på en computer og efterfølgende printes ud under omstændigheder, som ligger langt fra det, der sædvanligvis anses for reprografi – f.eks. når en scannet original uploades til en hjemmeside af en person og efterfølgende downloades til en anden persons computer. Sådanne omstændigheder er efter min opfattelse ikke omfattet af definitionen i artikel 5, stk. 2, litra a), selv om

<sup>44</sup> – Grøn bog – om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder i informationssamfundet (KOM(95) 382 endelig), Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (KOM(97) 628 endelig) (jf. også fodnote 42 ovenfor), Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (KOM(99) 250 endelig).

processen som helhed kan anses for at være analog til digital til analog kopiering. Hvis de blev anset for at gøre dette, ville der også i dette tilfælde være risiko for, at den første betingelse i tretrins-testen i artikel 5, stk. 5, ikke ville blive opfyldt, idet definitionen ville blive for vid til at kunne begrænses til »visse specielle tilfælde«.

73. Med henblik på at foretage den nødvendige afgrænsning er det ikke hensigtsmæssigt at støtte sig på kriteriet om »flygtige eller tilfældige« reproduktionshandlinger, der anvendes i direktivets artikel 5, stk. 1, idet det er åbenbart, at lagring af et digitalt billede på en harddisk eller anden hukommelsesanordning, selv om den blot er et mellemliggende trin mellem input (scanning eller fotografi) og output (printning), ikke kan beskrives som »flygtig«<sup>45</sup>.

74. Det forekommer mig derfor, at rækkevidden af den i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), tilladte undtagelse eller indskrænkning, selv om den omfatter situationer, hvor en analog til analog reproduktion omfatter en mellemliggende digital fase, skal forstås således, at den udelukker situationer, hvor processen som helhed hverken udføres af den samme person eller ved en enkelt transaktion.

*Det tredje spørgsmål: reproduktioner, der involverer en apparatkombination*

75. Hvis (således som jeg antager) de omfattede reproduktioner indbefatter reproduktioner fremstillet ved anvendelse af printere eller computere, kan der da opkræves en afgift for at yde rimelig kompensation – henset til ligebehandlingsprincippet – fra producenter, importører eller forhandlere, ikke af printerne eller computerne, men af en eller flere andre genstande i en kombination, der kan fremstille de relevante reproduktioner?

76. Den nationale rets tredje spørgsmål er formelt formuleret således, at det kun stilles, hvis det andet spørgsmål – som kun vedrører direktivets artikel 5, stk. 2, litra a) – besvares bekræftende. Det henviser ikke desto mindre til alle tilfælde, hvor en medlemsstat i henhold til artikel 5, stk. 2 eller 3, har valgt at gennemføre en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten med rimelig kompensation til rettighedshaverne. Således som jeg har fremhævet<sup>46</sup>, finder den pågældende nationale afgift imidlertid helt anvendelse inden for de i artikel 5, stk. 2, litra a), opstillede grænser og kan finde anvendelse uden for de i andre litra opstillede grænser. For at sikre en både sammenhængende og direktivkonform anvendelse er det derfor nødvendigt at give et svar, der frem for alt bygger på artikel 5, stk. 2, litra a).

77. Den grundlæggende problemstilling for den nationale ret synes at være, om – således som leverandørerne har argumenteret for – Bundesgerichtshofs tidligere praksis, hvorefter afgiften hvad angår analog til analog kopiering ved anvendelse af en apparatkombination (f.eks. scanner, computer og printer) kun bør opkræves på det apparat, der kan danne et billede af det originale dokument (i dette eksempel scanneren), er forenelig med direktivet, eller om – således som VG Wort har argumenteret for – afgiften bør fordeles på alle apparaterne i kombinationen alt efter, hvor meget de anvendes. Bundesgerichtshof er bekymret for, om en afgift på alle apparater krænker ligebehandlingsprincippet, navnlig fordi det er vanskeligt at fastlægge det omfang, som personlige computere og printere anvendes ved analog kopiering. VG Wort er derimod af den opfattelse, at denne fastlæggelse ikke er vanskelig, og at det vil gøre scannere uoverkommeligt dyre, hvis de pålægges afgift, og computere og printere ikke pålægges afgift, samtidig med at man tillader, at reproduktioner fremstilles fra en digital kilde uden noget bidrag til den rimelige kompensation til ophavsmændene.

45 – Jf. også dom af 16.7.2009, sag C-5/08, Infopaq International, Sml. I, s. 6569, præmis 64.

46 – Jf. punkt 41 og 42 ovenfor.



78. I Padawan-dommen<sup>47</sup> godtog Domstolen i sammenhæng med direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), at medlemsstaterne har et vidt skøn ved fastlæggelsen af, hvorledes den rimelige kompensation skal organiseres, at en sådan kompensation i princippet skal betales til de ophavsmænd, der har lidt skade ved indførelsen af undtagelsen om privatkopiering, af de personer, der har fremstillet kopier i henhold til den undtagelse, men det er lovligt at opkræve en afgift med dette formål hos dem, der fremstiller kopier for andre, eller som stiller udstyr, apparater eller medier til rådighed for dem med henblik herpå, idet afgiften da kan overføres på den pris, der opkræves. Hvis disse principper finder anvendelse i forbindelse med artikel 5, stk. 2, litra b), skal de efter min mening også finde anvendelse, når det drejer sig om artikel 5, stk. 2, litra a).

79. Domstolen fandt dog videre, at en anvendelse uden forskel af en afgift for privatkopiering, navnlig med hensyn til udstyr, apparater og medier til digital reproduktion, der ikke stilles til rådighed for private brugere og klart er forbeholdt til anden brug end fremstilling af kopier til privat brug, ikke er i overensstemmelse med direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), selv om det, når fysiske personer har fået adgang til det omtvistede udstyr til privat brug, er unødvendigt at bevise, at de faktisk har fremstillet private kopier ved hjælp af det udstyr og derfor faktisk har påført ophavsmanden til det beskyttede værk en skade<sup>48</sup>. Der kan således opkræves en afgift på udstyr, apparater eller medier, ikke på grundlag af faktisk brug til reproduktion af beskyttet materiale, men af potentiel brug, og den skal udelukkes, når en sådan brug i sig selv er udelukket. Det synes igen, at det samme må gælde, når det drejer sig om analog kopiering inden for rækkevidden af artikel 5, stk. 2, litra a).

80. I lyset af det svar, som jeg har foreslået på det andet spørgsmål, bør det derfor i princippet være lovligt at opkræve en afgift på fremstillingen, importen eller salget, ikke kun af apparater, såsom kopimaskiner og AIO-apparater, som selv kan fremstille analoge kopier, men også af apparater, der kan bruges til at fremstille sådanne kopier, når de er forbundet i en kombination, men ikke individuelt.

81. For så vidt som en sådan afgift opkræves i henhold til direktivet og dermed ved gennemførelse af EU-retten, skal medlemsstaterne overholde de almindelige EU-retlige principper ved udøvelsen af de valgmuligheder, de har til rådighed<sup>49</sup>.

82. Ved opkrævning af en afgift på en apparatkombination, ville det synes at være uoverensstemmende med ligebehandlingsprincippet eller proportionalitetsprincippet – eller endog med ethvert begreb om rimelig kompensation eller rimelig balance mellem rettighedshavere og brugere<sup>50</sup> – hvis hver af kombinationens bestanddele pålægges den samme afgift som et enkeltstående apparat, såsom en kopimaskine. En sådan fremgangsmåde ville betyde, at en bruger ville skulle betale yderst forskellige bidrag til den rimelige kompensation afhængigt af hans valg af udstyr, hvilket ikke forekommer »rimeligt«, men derimod ville kunne fordreje konkurrencen mellem leverandører af forskellige apparater.

83. VG Worts fremgangsmåde med at fordele afgiften mellem apparaterne synes således ikke umiddelbart uoverensstemmende med direktivet. Det synes imidlertid heller ikke umiddelbart uoverensstemmende med direktivet, hvis afgiften alene afholdes af et apparat i kombinationen. Tingene er dog mere komplicerede end som så, navnlig hvis ligebehandlingsprincippet, som Bundesgerichtshof har henvist til, skal tages i betragtning.

47 — Præmis 38-50; jf. også dommen i sagen Stichting de Thuiskopie, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 18-29.

48 — Padawan-dommen, præmis 51-59.

49 — Jf. f.eks. dom af 29.1.2008, sag C-275/06, Promusicae, Sml. I, s. 271, præmis 68.

50 — Jf. 31. betragtning til direktivet.

84. For det første kan der utvivlsomt findes statistiske oplysninger om det gennemsnitlige omfang, som kopimaskiner eller AIO-apparater anvendes til at reproducere beskyttet materiale, og det er kun på grundlag af sådanne oplysninger, at en afgift (eller i det mindste en afgift af den art, der blev overvejet i Padawan-dommen) på sådanne apparater, der er beregnet til at yde ophavsmænd rimelig kompensation, kan beregnes. Det skal dog overvejes, om sådanne oplysninger kan ekstrapoleres til en apparatkombination, såsom en scanner, en computer og en printer. Det synes usandsynligt, at en sådan kombination hovedsagelig er beregnet til analog til analog kopiering, som kopimaskiner eller AIO-apparater er meget bedre egnede til. Hvis den i det hele taget anvendes til dette formål, synes det sandsynligt, at anvendelsen er begrænset til den specifikke rækkevidde af direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), snarere end af artikel 5, stk. 2, litra a), eftersom andre personer end fysiske personer eller dem, der fremstiller kopier til andre formål end private og ikke-kommercielle formål, sandsynligvis vil vælge mindre besværlige metoder til analog til analog kopiering – med andre ord fotokopiering eller måske endog en form for offsetprint. Hvad angår den faktiske (forstået som den statistisk gennemsnitlige) brug til sådan kopiering, forekommer det derfor vanskeligt at ligestille en kombination af tre apparater, der hver udfører en del af processen, med et enkelt apparat, der udfører hele processen.

85. Hvis for det andet en scanner, personlig computer og printer kan anvendes sammen til at fremstille analog til analog kopier, skal input-apparatet ikke nødvendigvis være en scanner. Digitale kameraer, herunder kameraer, der er indbygget i andre apparater, kan også anvendes til dette formål. Hvis der skal opkræves en afgift på scannere (uanset om afgiften står i forhold til deres del af funktionen inden for kombinationen eller ikke), bør den da ikke også opkræves på tilsvarende input-apparater?

86. For det tredje kan kombinationen af tre apparater, som Bundesgerichtshof har henvist til, også ses (og vil måske nærmere blive anvendt) som to par af apparater – nemlig scanner-computer-kombinationen, computer-printer-kombinationen – som hver fremstiller kopier, der ikke er analog til analog og derfor i overensstemmelse med mit foreslåede svar på det andet spørgsmål ikke er omfattet af direktivets artikel 5, stk. 2, litra a). For så vidt som en sådan anvendelse er omfattet af andre undtagelser i artikel 5, stk. 2 eller 3, forekommer det åbenbart, at det kan være berettiget med en afgift, der skal yde rimelig kompensation – men som er anderledes end en afgift, der skal yde rimelig kompensation for analog til analog kopiering (reproduktion ved fotokopiering eller en anden proces med tilsvarende virkning i henhold til UrhG).

87. Hvad for det fjerde angår den specifikke anvendelse af afgiften, således som beskrevet i detaljer i bilag II til UrhG, er det vanskeligt at se, hvordan kriteriet om antal kopier pr. minut og muligheden for farver let kan anvendes på en apparatkombination, uanset om afgiften fordeles på kombinationen eller opkræves på et enkelt apparat, medmindre apparatet i det sidstnævnte tilfælde er printeren.

88. Der opstår således en række vanskeligheder med hensyn til det spørgsmål, der skal besvares i hovedsagen. De skyldes i vidt omfang det overlap, der er mellem undtagelserne i direktivets artikel 5, stk. 2 og 3, sammen med den måde, hvorpå den omtvistede tyske afgift sidder akavet overtværs af flere af disse undtagelser. De fremhæver dog også en vis indre konflikt i Domstolens fremgangsmåde i Padawan-dommen, der måske ikke fremgik umiddelbart af sammenhængen i den sag.

89. Domstolen havde i den dom det synspunkt, at der var (i) en nødvendig forbindelse mellem kopieringsbehandlingen og ansvaret for at finansiere en rimelig kompensation til rettighedshaverne, (ii) en formodning for, at apparater, der kan anvendes til kopiering, anvendes hertil, og (iii) et forbud mod at opkræve en afgift på apparater, der klart ikke er omfattet af rækkevidden af den særlige undtagelse, som direktivet har tilladt<sup>51</sup>.

51 — Jf. punkt 13 og 14 ovenfor.

90. Dette synspunkt var efter min opfattelse nemmere at nå frem til og at opretholde i sammenhæng med Padawan-dommen end i de foreliggende sager. Navnlig vedrørte Padawan-dommen kun undtagelsen om privatkopiering i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), og kun genstande, der hovedsageligt blev anvendt til kopiering, og som kan falde ind under den undtagelse. Den underliggende tvist i de nationale sager og Domstolens ræsonnement ved besvarelsen af de stillede spørgsmål var formodningen (som uden tvivl var berettiget under omstændighederne) om en klar sondring mellem privatkopiering, der er omfattet af definitionen i artikel 5, stk. 2, litra b), og professionel kopiering, som ikke er det. De foreliggende sager vedrører imidlertid en afgift, der er beregnet til at finansiere rimelig kompensation på tværs af en række undtagelser, der løst overlapper hinanden, hvoraf mange ikke er omfattet af definitionen i artikel 5, stk. 2, litra b), men som alle skal være omfattet af definitionen i artikel 5, stk. 2, litra a). Endvidere ønsker man at opkræve afgiften på apparater, hvis tilsigtede og faktiske anvendelse almindeligvis udstrækker sig længere end det, der er omhandlet i de pågældende undtagelser, og som ofte anvendes i forskellige konfigurationer, der ikke er omfattet af det fælles overlappende område, uden at der er nogen åbenbar måde i forbindelse med købet af apparatet, hvorpå man kan identificere den brug, der vil blive gjort heraf.

91. Hvis den i Padawan-dommen anvendte fremgangsmåde skal opretholdes i sin helhed, forekommer det mig, at den måske skal begrænses til nationale undtagelser, som udelukkende er omfattet af definitionen i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), og til afgifter på apparater eller medier, der kan adskilles i henhold til deres anvendelse til privatkopiering eller ikke-privatkopiering. Hvad angår den her omtvistede afgift er det min opfattelse, at det kan være ønskeligt med en mere nuanceret fremgangsmåde, som måske overlader medlemsstaterne et større spillerum.

92. Jeg hælder til at være enig med Kommissionen og Kyocera i, at selv om rimelig kompensation i direktivets forstand utvivlsomt tilsigter at opveje den skade, som kopiering forvolder, og som rettighedshaverne på grund af en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten er frataget kontrollen med, er der intet i direktivet, som kræver, at kompensationen altid skal finansieres af dem, der foretager den pågældende kopiering. En sådan finansiering er selvfølgelig heller ikke på nogen måde udelukket, men spørgsmålet, om det er den mest hensigtsmæssige fremgangsmåde, må afhænge af omstændighederne for hver undtagelse eller indskrænkning. Når det er en hensigtsmæssig fremgangsmåde, kan spørgsmålet, om en afgift på kopimaskiner eller -medier er det mest passende middel til at opnå dette, også afhænge af omstændighederne. F.eks. kan en afgift på tomme DVD'er være passende til at yde rimelig kompensation for privatkopiering af film, mens en afgift på hvidt papir kan være mindre passende end en afgift på kopimaskiner i sammenhæng med en undtagelse for fotokopiering. I tilfælde af andre undtagelser – f.eks. citater med henblik på kritik eller anmeldelse eller med henblik på karikatur, parodi eller pastiche – kan det sagtens være, at der ikke er noget element, hvorpå det giver mening at opkræve afgiften.

93. I lyset af den form for vanskeligheder, som jeg har redegjort for ovenfor, er jeg af den opfattelse, at det må tilkomme den nationale ret at foretage en mere detaljeret undersøgelse af den i henhold til UrhG indførte afgift, end Domstolen har mulighed for at gøre dette. Retten skal se på den måde, hvorpå afgiften beregnes for kopimaskiner, og undersøge, hvor langt denne beregning kan overføres på en apparatkombination, der sammen kan fremstille sammenlignelige kopier, men hvoraf intet enkeltstående apparat kan gøre dette uafhængigt, og hvert apparat almindeligvis anvendes til andre formål. Retten skal overveje, om opkrævningen af afgiften på en sådan kæde af apparater eller på individuelle apparater i kombinationen medfører en rimelig balance mellem rettighedshavernes og brugernes rettigheder og interesser. Hvad angår ligebehandlingsprincippet, som er Bundesgerichtshofs væsentligste bekymring, bør retten efter min opfattelse navnlig overveje aspektet med ligebehandling af køberne af apparater (herunder andre apparater med sammenlignelige funktioner) og ikke blot ligebehandlingen af importører eller forhandlere, eftersom afgiftsbyrden i sidste ende bliver båret af køberne.

*Det fjerde spørgsmål: tekniske foranstaltninger til bekæmpelse af kopiering, der ikke er givet tilladelse til*

94. Hvad angår privatkopiering kræver direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation, som tager hensyn til anvendelsen eller ikke-anvendelsen af tekniske foranstaltninger<sup>52</sup> på det pågældende beskyttede materiale. Tekniske foranstaltninger er foranstaltninger, der er beregnet til at forhindre eller begrænse handlinger, som rettighedshaveren ikke har givet tilladelse til, og som anses for effektive, når materialets anvendelse kontrolleres af en adgangskontrol eller beskyttelsesproces (såsom kryptering eller scrambling) eller en mekanisme til kopikontrol. Er muligheden for at anvende sådanne foranstaltninger – i modsætning til deres faktiske anvendelse – tilstrækkelig til at medføre, at betingelsen om rimelig kompensation i artikel 5, stk. 2, litra b), ikke finder anvendelse?

95. I sammenhæng med de nationale bestemmelser, der er omtvistet i hovedsagen, er spørgsmålet relevant for afgiftens beregning (på grundlag af fastlæggelsen af de personer, der har ret til at modtage rimelig kompensation)<sup>53</sup>.

96. Jeg skal dog igen understrege, at disse bestemmelser omhandler en afgift, der pålægges for reproduktionshandling, som både er omfattet og ikke er omfattet af rækkevidden af undtagelsen om privatkopiering i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), som kun kræver, at der skal tages hensyn til anvendelsen eller ikke-anvendelsen af tekniske foranstaltninger. Endvidere er de pågældende handlinger, hvis mit svar på det andet spørgsmål er korrekt, begrænset til analog til analog kopiering. Det er korrekt, at visse foranstaltninger kan gøre en sådan kopiering vanskelig<sup>54</sup>, men de anvendes i vidt omfang til at bekæmpe forfalskning af officielle dokumenter eller til at sikre forretningshemmeligheder snarere end at beskytte ophavsretligt materiale. De i direktivet omhandlede tekniske foranstaltninger er nærmere bestemt de foranstaltninger, som forhindrer eller begrænser reproduktion fra digitale kilder. Som et eksempel kan nævnes, at et dokument kan læses på en computer i en form, som forhindrer lagring eller printning uden et kodeord. Brugere kan få kodeordet efter registrering hos rettighedshaveren, idet de accepterer visse betingelser og betaler et gebyr.

97. Jeg tvivler derfor på, at svaret på det fjerde spørgsmål er relevant for den afgift, der er omtvistet i hovedsagerne. (Jeg er dog ikke enig i Fujitsus anbringende, hvorefter det er irrelevant, fordi artikel 5, stk. 2, litra b), ikke vedrører reproduktioner på »ethvert medium«, men kun på »reproduktioner på analoge/digitale lyd-, video- eller audiovisuelle optagelsesmidler«, som var den oprindelige ordlyd i Kommissionens forslag, der blev ændret af Rådet, kun »for at forenkle teksten«<sup>55</sup>. Direktivet anvender ordene »ethvert medium« og kan ikke fortolkes i strid med deres klare betydning. Under alle omstændigheder er papir faktisk et »analogt audiovisuelt optagelsesmiddel«, selv hvis få sædvanligvis ville beskrive det på denne måde). Jeg vil ikke desto mindre og på trods af min tvivl behandle spørgsmålet, således som det er stillet.

98. Med undtagelse af Fujitsus anbringende vedrørende spørgsmålets irrelevans udgør de foreslåede svar tre hovedgrupper. Hewlett Packard, Kyocera, Litauen, Nederlandene og Det Forenede Kongerige er alle af den opfattelse, at den blotte mulighed for at anvende »tekniske foranstaltninger« til at beskytte et værk er tilstrækkelig til at udelukke ethvert krav om at yde rimelig kompensation for reproduktioner af værket. Irland er i det væsentlige af samme opfattelse, men har talt for en konkret fremgangsmåde. Derimod er VG Wort, Tyskland, Polen og Kommissionen af den opfattelse, at kun

52 — Det er i flere af indlæggene bemærket, at den tyske version af artikel 5, stk. 2, litra b), er anderledes: Den kræver, at der skal tages hensyn til, om der er blevet anvendt sådanne foranstaltninger (»ob technische Maßnahmen [...] angewendet wurden«). Den spanske sprogversion er tilsvarende (»si se aplican o no«), men andre versioner ligger tættere på den mere neutrale engelske eller franske formulering.

53 — I 35. betragtning til direktivet anføres det: »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.«

54 — Tilstedeværelsen af sådanne foranstaltninger (som omfatter brugen af hologrammer, vandmærker og særlig blæk) kan forklare henvisningen til artikel 5, stk. 2, litra a), i direktivets artikel 6, stk. 4, første afsnit, i forbindelse med den beskyttelse, der skal ydes mod omgåelse af effektive tekniske foranstaltninger.

55 — Jf. Rådets fælles holdning (EF) nr. 48/2000 (EFT C 344, s. 1, punkt 24 i Rådets begrundelse).

den faktiske anvendelse af sådanne foranstaltninger skal have den virkning. Spanien og Finland er på den anden side af den opfattelse, at direktivet er tilstrækkeligt udtrykkeligt, og at problemstillingen skal afgøres af medlemsstaterne. (Alle parter synes imidlertid at være enige om, at når der faktisk er gennemført effektive tekniske foranstaltninger, er der ingen ret til rimelig kompensation).

99. De anbringender, der taler for det første synspunkt, støtter sig i væsentligt omfang på 35. og 39. betragtning til direktivet, som henviser til behovet for at tage hensyn til henholdsvis »i hvor stor udstrækning der anvendes tekniske beskyttelsesforanstaltninger« og den tekniske udvikling, »når der findes effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger«. Det er også blevet understreget, at rettighedshaverne, hvis de kunne kræve kompensation blot på grundlag af, at de har valgt ikke at indføre sådanne foranstaltninger, ikke ville blive opfordret til at beskytte eller i øvrigt udøve deres intellektuelle ejendomsrettigheder i overensstemmelse med direktivets hovedformål, men blot kunne støtte sig til en generel afgift for at opnå kompensation, som muligvis ikke står i forbindelse med den faktiske efterspørgsel efter deres materiale. Flere parter har henvist til et udkast til et arbejdsdokument fra Kommissionens ansatte<sup>56</sup>, som synes at støtte dette synspunkt. De har også fremhævet Domstolens udtalelse i Padawan-dommen<sup>57</sup>, hvorefter rimelig kompensation skal anses for en modydelse for ophavsmandens skade og skal beregnes på dette grundlag. Når en rettighedshaver har stillet en digital kopi af sit arbejde til rådighed og ikke har forsøgt at beskytte det mod kopiering ved tekniske midler, kan han ikke siges at have lidt skade, hvis værket kopieres.

100. De, der har talt for det modsatte synspunkt, henviser navnlig til den klare brug af ordene »anvendelse eller ikke-anvendelse«<sup>58</sup> i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), og til henvisningen til »effektive« tekniske foranstaltninger i artikel 6, stk. 3, som begge synes at udelukke, at der tages hensyn til den blotte mulighed for anvendelse af tekniske foranstaltninger.

101. Jeg kan forstå tiltrækningen ved en politik, i henhold til hvilken en rettighedshaver, som tillader offentlig adgang til sit værk, men som ikke gennemfører de midler, der er til rådighed til at kontrollere kopiering i overensstemmelse med hans reproduktionsret, der er den væsentligste ret i direktivets ordning, bør miste retten til rimelig kompensation, der er en sekundær ret, når der sker privatkopiering. Det er imidlertid ikke Domstolens rolle at træffe afgørelse for eller imod en sådan politik, men at fortolke direktivets ordlyd, således som det er indført.

102. Ordlyden af direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), henviser ikke til noget kriterium om, at tekniske foranstaltninger står til rådighed eller ikke står til rådighed. Bestemmelsen henviser udtrykkeligt og udelukkende til anvendelse eller ikke-anvendelse heraf (eller om de anvendes eller ikke anvendes). Hvis der tages hensyn til, om anvendelsen af sådanne foranstaltninger på ophavsretligt materiale har en særlig virkning på rettighedshaverens ret til rimelig kompensation, så kan en hensyntagen til deres ikke-anvendelse (uanset af hvilken årsag) ikke have den samme virkning, hvis den sidste bestemmelse i artikel 5, stk. 2, litra b), overhovedet skal give nogen mening.

103. Det er korrekt, at der er visse indikationer i betragtningerne, som kan støtte et andet synspunkt. Jeg kan dog ikke læse udtrykket »i hvor stor udstrækning der anvendes« i 35. betragtning således, at det har nogen følger, når foranstaltninger står til rådighed, men ikke anvendes. 39. betragtning taler ikke om tilgængelighed. Det anføres heri: »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.« Dette er dog efter min opfattelse langt fra en angivelse af, at rimelig kompensation skal udelukkes, når foranstaltninger står til rådighed, men ikke anvendes.

56 — *Fair compensation for private copying in a converging environment*, december 2006, fremlagt af Fujitsu, s. 60 og 61.

57 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 40 og 42. (Den engelske version af dommen henviser i præmis 40 til »recompense« for den lidte skade, men dette udtryk forekommer mig ikke at afspejle det franske »contrepartie« eller det spanske »contrapartida«).

58 — Jf. også fodnote 53 ovenfor. Den tyske version synes at støtte dette synspunkt i endnu stærkere grad.

Jeg kan heller ikke finde nogen indikation andre steder i direktivet eller i forarbejderne af, at et sådant resultat var tilsigtet. Endelig er det ikke min opfattelse, at der kan støttes ret på et arbejdsdokument fra ansatte, som aldrig synes at være blevet til andet end et udkast, og som klart ikke repræsenterer Kommissionens synspunkter, således som de er fremstillet for Domstolen.

104. Jeg er imidlertid heller ikke overbevist om, at direktivet kræver, at der skal ydes rimelig kompensation i alle medlemsstater, hvor rettighedshaverne har undladt at forhindre eller begrænse kopiering, der ikke er givet tilladelse til, med de midler, de har til rådighed. Ordlyden »rimelig kompensation, i forbindelse med hvilken der tages hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse af [...] tekniske foranstaltninger« kan også omfatte muligheden for, at ikke-anvendelse af til rådighed værende foranstaltninger ikke nødvendigvis fører til rimelig kompensation. Ordlyden af 39. betragtning til direktivet kan ligeledes, eller endog nærmere, omfatte en sådan mulighed. Herudover bemærker jeg, at 39. betragtning ikke (således som 35. betragtning f.eks. gør) fremsætter en generel erklæring om direktivets indhold, men snarere angiver, at »medlemsstaterne [bør] tage behørigt hensyn [...]«. En sådan ordlyd er typisk for disse betragtninger, som henviser til det skøn, som medlemsstaterne har<sup>59</sup>. Eftersom spørgsmålet her i det væsentlige er et spørgsmål om politik, som ikke er klart fastsat i direktivet, er det min opfattelse, at den korrekte fortolkning af artikel 5, stk. 2, litra b), giver medlemsstaterne mulighed for at vælge, om og i hvilket omfang der skal ydes rimelig kompensation, når tekniske foranstaltninger er til rettighedshavernes rådighed, men de ikke har anvendt dem.

*Det femte spørgsmål: rimelig kompensation i tilfælde af tilladelse til kopiering*

105. Når en medlemsstat har gennemført en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten med ret (uanset om den er obligatorisk eller fakultativ) til en rimelig kompensation, finder denne ret da anvendelse, når rettighedshaverne udtrykkeligt eller stiltiende har givet tilladelse til reproduktion af deres værker?

106. Dette spørgsmål er igen relevant for beregningen af afgiften under henvisning til identifikationen af dem, der er berettiget til at modtage rimelig kompensation. Det rejser også en principiel problemstilling vedrørende forholdet mellem på den ene side den grundlæggende ret til at tillade eller forbyde reproduktion og den ledsagende ret til at forhandle vederlag for kopiering eller søge erstatning for krænkelse og på den anden side de undtagelser, der er fastsat i national ret med deres ledsagende ret til rimelig kompensation.

107. Bundesgerichtshof har anført, at Padawan-dommen<sup>60</sup> understreger forbindelsen mellem kompensationen og den skade, der er forvoldt rettighedshaverne ved kopiering af deres værker, men at en rettighedshaver ikke kan forvoldes skade ved kopiering af hans værk, der er sket med hans tilladelse. Bundesgerichtshof hælder imidlertid til det synspunkt, at en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2 eller 3, fratager rettighedshaveren retten til at tillade eller forbyde reproduktion i henhold til artikel 2, således at enhver tilladelse er uden virkning i direktivets ordning.

108. VG Wort, Tyskland og Polen er i det væsentlige enige i Bundesgerichtshofs foreløbige synspunkt. Kommissionen har anvendt en lignende, men noget mere nuanceret fremgangsmåde, mens leverandørerne og alle de resterende medlemsstater, der har fremsat bemærkninger, i det væsentlige er af den opfattelse, at enhver rettighedshaver, som ved udøvelsen af den ret, han er garanteret i

59 — Jf. punkt 35 ovenfor.

60 — Præmis 39, 40 og 45.

direktivets artikel 2, tillader kopiering af sit værk (uanset om det er udtrykkeligt eller stiltiende, og uanset om der betales et vederlag eller ikke), fortaber enhver ret til rimelig kompensation, der ellers skulle betales i medfør af en undtagelse fra eller indskrænkning i hans ret, der er indført i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2 eller 3.

109. Denne principielle problemstilling kan udtrykkes ganske simpelt. Hvis en rettighedshaver påstås at udøve sin ret til at tillade eller forbyde reproduktion under omstændigheder, der er omfattet af en undtagelse i national lovgivning fra denne ret, hvilken af disse to vejer da tungest: reproduktionsretten eller undtagelsen?

110. Svaret synes også ganske simpelt, i det mindste i princippet. Når en person har en lovfæstet ret, men denne ret er underlagt undtagelser eller indskrænkninger, der også er fastsat i lovgivningen, kan retten ikke udøves, når og i det omfang undtagelserne eller indskrænkningerne finder anvendelse. Enhver påstået udøvelse af retten har ingen retsvirkninger, ud over dem, der er fastsat i de regler, som regulerer disse undtagelser eller indskrænkninger. Dette er netop situationen mellem den reproduktionsret, som medlemsstaterne skal fastsætte i henhold til direktivets artikel 2, og de undtagelser eller indskrænkninger, som de kan indføre i henhold til artikel 5, stk. 2 og 3, for så vidt som de giver mulighed for sidstnævnte.

111. Hvis en medlemsstat f.eks. opstiller en simpel undtagelse fra reproduktionsretten uden bestemmelse om rimelig kompensation, når der fremstilles fotokopier i skoler, som anvendes til undervisningsbrug [således som den kan gøre det i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2, litra c)], har rettighedshaverne intet at skulle have sagt i denne henseende. De kan ikke forbyde fotokopiering, og enhver tilladelse, som de måtte påstås at give, er både overflødig og uden retsvirkninger. Den situation kan ikke ændres, hvis medlemsstaten i stedet vælger at indføre den samme undtagelse, men med ret til rimelig kompensation. Den eneste forskel er, at rettighedshaverne vil have ret til denne kompensation i henhold til de betingelser, der måtte være fastsat i national ret. Situationen kan heller ikke være anderledes i tilfælde [såsom de i artikel 5, stk. 2, litra a) og b), fastsatte], når medlemsstaten ikke har noget andet valg end at yde rimelig kompensation.

112. Sagt på en anden måde, hvis en medlemsstat i overensstemmelse med direktivets artikel 5, stk. 2 eller 3, indfører en undtagelse fra reproduktionsretten i henhold til artikel 2, kan rettighedshavere i princippet ikke blot genoplive denne ret og underkende undtagelsen.

113. Dette skal efter min opfattelse være det grundlæggende standpunkt og i det mindste udgangspunktet for svaret på det femte spørgsmål. Det kan ikke desto mindre være hensigtsmæssigt at kvalificere dette standpunkt i lyset af et eller flere af de andre argumenter, der er fremsat.

114. For det første har Fujitsu og Hewlett Packard argumenteret for, at Bundesgerichtshofs fortolkning griber ind i den ejendomsret, der er garanteret i artikel 17 i chartret om grundlæggende rettigheder<sup>61</sup>, idet den forhindrer rettighedshaverne i at give gratis licenser til kopiering af deres værker. Selv om det ganske rigtigt griber ind i den ret, er et sådant indgreb imidlertid efter min opfattelse åbenbart tilladt i henhold til chartrets artikel 17, stk. 1, andet punktum, for så vidt som det er »i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov«, og der betales en rimelig kompensation.

115. For det andet har leverandørerne og flere af medlemsstaterne fremsat argumenter vedrørende visse udtalelser i Padawan-dommen. I dommens præmis 39 udtalte Domstolen, at den rimelige kompensation har til formål at kompensere ophavsmændene for anvendelse *uden tilladelse* af deres beskyttede værker, i præmis 40 bekræftede Domstolen, at rimelig kompensation har tilknytning til den skade, der påføres ophavsmanden som følge af, at hans beskyttede værk *uden hans tilladelse*

61 — Jf. fodnote 33 ovenfor.

reproduceres med henblik på privat brug, og i præmis 45, at en person, der har givet anledning til skade for indehaveren af eneretten til reproduktion, er en, som foretager en sådan reproduktion af et beskyttet værk *uden at søge forudgående tilladelse fra indehaveren*. Der er derfor blevet argumenteret for, at der ikke skal betales rimelig kompensation, når der er blevet anmodet om tilladelse, og den er givet, uanset om dette er sket uden betaling eller mod vederlag. Der kan derfor i sådanne tilfælde ikke blive forvoldt skade, og rettighedshaveren er heller ikke berettiget til nogen (yderligere) kompensation, som under alle omstændigheder ikke kunne være »rimelig«.

116. Jeg er ikke overbevist om, at de citerede afsnit nødvendigvis skal læses helt på den foreslåede måde. I domskonklusionens punkt 2 udtalte Domstolen, at rimelig kompensation skal beregnes på grundlag af kriteriet om skade for ophavsmændene til de beskyttede værker *som følge af indførelsen af undtagelsen for privatkopiering*. De tidligere henvisninger til manglende tilladelse skal efter min opfattelse læses i dette lys. Tilladelse kan ikke gives, fordi retten til at give eller nægte den er blevet frataget rettighedshaveren, og det er på grund af denne fratagelse, at der skal betales rimelig kompensation.

117. For det tredje og vigtigere er der imidlertid gjort opmærksom på flere afsnit i betragtningerne til direktivet. I 30. betragtning anføres det: »De rettigheder, der omhandles i direktivet, kan overdrages, tildeles eller indrømmes ved aftalelicenser, uden at det berører de relevante nationale bestemmelser om ophavsret og beslægtede rettigheder.« Hvad angår undtagelser eller indskrænkninger indeholder 35. betragtning følgende sætning: »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.« I 44. betragtning anføres det: »[...] undtagelser og indskrænkninger må ikke anvendes på en sådan måde, at det [...] er i strid med en normal udnyttelse af de pågældende værker og frembringelser«. I 45. betragtning angives følgende: »Undtagelserne og indskrænkningerne i artikel 5, stk. 2, 3 og 4, bør [...] ikke være til hinder for, at der kan fastlægges kontraktmæssige vilkår med henblik på at sikre en rimelig kompensation for rettighedshavere i det omfang, det er tilladt i henhold til national lovgivning.« Hvad angår anvendelsen af tekniske foranstaltninger, der er beregnet til at forhindre eller begrænse kopiering, anføres det i 51. betragtning: »Medlemsstaterne bør fremme rettighedshavernes frivillige initiativer, herunder indgåelse og gennemførelse af aftaler mellem rettighedshavere og andre involverede parter, til at stræbe efter at opfylde formålene med visse undtagelser og indskrænkninger i henhold til national lovgivning i overensstemmelse med dette direktiv«. I 52. betragtning tilføjes det: »Ved gennemførelse af undtagelser eller indskrænkninger i forbindelse med privatkopiering i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra b), bør medlemsstaterne også fremme anvendelse af frivillige foranstaltninger for at få opfyldt formålene med sådanne undtagelser eller indskrænkninger.«

118. Endvidere specificerer direktivets artikel 5, stk. 5, at undtagelserne eller indskrænkningerne i navnlig artikel 5, stk. 2 og 3, kun skal finde anvendelse »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«<sup>62</sup>. Og artikel 6, stk. 4, nævner i forbindelse med tekniske foranstaltninger beregnet til at forhindre eller begrænse kopiering og i sammenhæng med de undtagelser eller indskrænkninger, der er fastsat i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra a), c), d) eller e), eller artikel 3, litra a), b) eller e), »frivillige foranstaltninger, herunder aftaler mellem rettighedshaverne og andre involverede parter«.

62 — Jf. punkt 9 ovenfor.



119. I lyset af disse betragtninger og bestemmelser synes det nødvendigt at kvalificere det grundlæggende standpunkt i en vis udstrækning. Selv om jeg ikke er af den opfattelse, at lovgiver har villet, at 30. betragtning skulle henvise til de undtagelser og indskrænkninger, der er indført i henhold til direktivet, var det lovgivers klare hensigt, at der i et vist omfang skulle være mulighed for, at aftalemæssige ordninger kan sameksistere med sådanne undtagelser eller indskrænkninger. Grænserne for denne sameksistens er imidlertid ikke klart defineret eller endog indikeret i brede vendinger. Medlemsstaterne skal derfor efter min opfattelse have et vist skøn.

120. Der skal ikke desto mindre være grænser for dette skøn, og det forekommer mig, at Kommissionens fremgangsmåde er korrekt, navnlig henset til det grundlæggende princip, som jeg har identificeret som udgangspunktet for bedømmelsen. Denne fremgangsmåde er i det væsentlige som følger. Alle normerede undtagelser eller indskrænkninger skal forblive sådanne. Når de finder anvendelse, og inden for grænserne for deres anvendelse, kan rettighedshaverne ikke længere tillade eller forbyde andres kopiering eller at søge erstatning for reproduktion, der ikke er givet tilladelse til. Når der ikke kræves eller er fastsat rimelig kompensation, er der intet yderligere at sige. Når der imidlertid er fastsat rimelig kompensation (enten fordi det kræves i direktivet, eller fordi medlemsstaten har valgt at fastsætte en sådan), kan medlemsstaterne bestemme, at rettighedshaverne enten kan give afkald på ethvert krav på rimelig kompensation eller stille deres værker til rådighed for kopiering i henhold til aftalemæssige ordninger (såsom en passende stigning i den grundlæggende pris), som gør dem i stand til at modtage rimelig kompensation for fremtidig kopiering fra dem, som erhverver deres værker.

121. Det er klart, at rettighedshavere, som vælger en af disse fremgangsmåder, ikke kan kræve nogen betaling fra fonde, således som de betalinger, der udgøres af den i hovedsagerne omtvistede afgift, og afgiften skal beregnes på en sådan måde, at den kun yder rimelig kompensation til de rettighedshavere, som ikke har valgt sådanne fremgangsmåder. Det forholder sig også således, at, når der indgås aftalemæssige ordninger mellem rettighedshaverne og dem, der erhverver deres værker, så må de hverken begrænse de rettigheder, som de sidstnævnte afleder af de undtagelser eller indskrænkninger, der finder anvendelse, eller omfatte betalinger, som overstiger en »rimelig kompensation« i direktivets forstand.

*Det første spørgsmål: relevansen af direktivets tidsmæssige anvendelse*

122. Det skal endelig overvejes, i hvilket omfang fortolkningen af direktivet skal tages i betragtning i den periode, der er af relevans for tvisterne i hovedsagerne.

123. I henhold til sagsakterne omhandler disse sager apparater, der blev markedsført mellem den 1. januar 2001 og den 31. december 2007.

124. Direktivet var ikke offentliggjort og trådte ikke i kraft før den 22. juni 2001. Det er derfor ikke af relevans for fortolkningen af national ret hvad angår begivenheder før den dato.

125. Medlemsstaterne skulle sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet før den 22. december 2002. Tyskland afsluttede imidlertid åbenbart først den proces den 13. september 2003<sup>63</sup>.

126. Ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter skal en national ret ikke desto mindre i videst muligt omfang fortolke dem i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes og for dermed at handle i overensstemmelse med artikel 288 TEUF<sup>64</sup>. Denne forpligtelse indtræder dog først fra tidspunktet for udløbet af gennemførelsesfristen for

63 — Jf. fodnote 18 ovenfor.

64 — Se for et nyere eksempel sag C-97/11, Amia, præmis 28.

direktivet<sup>65</sup>. Indtil da og fra ikrafttrædelsesdatoen er det eneste krav, at nationale retsinstanser så vidt muligt skal afholde sig fra en fortolkning, der kan bringe det mål, som direktivet tilstræber, i alvorlig fare efter udløbet af gennemførelsesfristen<sup>66</sup>. Endvidere er det ikke kun de nationale bestemmelser, der udtrykkeligt har til formål at gennemføre et direktiv, der er omfattet af dets anvendelsesområde, men ligeledes – regnet fra den dato, hvor direktivet træder i kraft – de tidligere gældende nationale bestemmelser, der kan sikre national rets forenelighed med direktivet<sup>67</sup>.

127. Alle relevante bestemmelser i national ret skal derfor fortolkes i overensstemmelse med direktivet for alle perioder efter den 22. december 2002. Hvad angår perioden fra den 22. juni 2001 til den 22. december 2002 skal de ikke fortolkes på den måde, forudsat at fortolkningen heraf ikke bringer den efterfølgende opnåelse af det forfulgte formål i alvorlig fare – selv om der ikke er noget generelt princip eller nogen generel bestemmelse i EU-retten, som udelukker en national ret fra at fortolke national ret i overensstemmelse med et direktiv før udløbet af perioden for dets gennemførelse.

128. Det betyder bl.a., at når en medlemsstat har fastsat en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten i overensstemmelse med direktivets artikel 5, stk. 2, litra a) og/eller b), skal den sikre, at rettighedshaverne modtager rimelig kompensation for de relevante begivenheder efter den 22. december 2002, men i princippet ikke nødvendigvis før.

129. I henhold til artikel 10, stk. 2, berører direktivet imidlertid ikke handlinger foretaget og rettigheder erhvervet inden den dato. Dette er en særregel, som synes at udelukke, at national ret fortolkes i overensstemmelse med direktivet, hvis en sådan fortolkning vil påvirke »handling foretaget« før den 22. december 2002.

130. Det er ikke umiddelbart indlysende, hvad »handling foretaget« betyder, når der opnås rimelig kompensation gennem en afgift på salg af apparater, der er beregnet til at fremstille reproduktioner, snarere end på selve reproduktionerne. Langt hovedparten af de apparater, der blev markedsført mellem den 22. juni 2001 og den 22. december 2002, vil have været i stand til og anvendt til at fremstille reproduktioner efter den sidstnævnte dato<sup>68</sup>.

131. Under retsmødet henviste Kommissionen Domstolen til direktivets tilblivelseshistorie.

132. I både det oprindelige og det ændrede forslag (idet hverken Det Økonomiske og Sociale Udvalg eller Parlamentet kommenterede på den pågældende bestemmelse) bestemte artikel 9, stk. 2-4:

»2. Dette direktiv berører ikke udnyttelser, der er sket før [datoen for direktivets gennemførelse].

3. Dette direktiv påvirker ikke kontrakter, der er indgået, og rettigheder, der er erhvervet, forud for ikrafttrædelsesdatoen.

4. Uanset stk. 3 finder dette direktiv anvendelse på kontrakter om udnyttelse af værker og andre frembringelser, der er i kraft på [gennemførelsesdatoen] fra den dato, der ligger fem år efter ikrafttrædelsesdatoen, hvis de ikke er udløbet før førstnævnte dato.«

65 — Jf. dom af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 113-115.

66 — Jf. dommen i sagen Adeneler m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 123, og dom af 23.4.2009, forenede sager C-261/07 og C-299/07, VTB-VAB og Galatea, Sml. I, s. 2949, præmis 39.

67 — Jf. dommen i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 69, præmis 35.

68 — Flere af indlæggene angiver, at printere og personlige computere gennemsnitligt har en levetid på tre til fire år. Den samme form for betragtning (dog ikke nødvendigvis samme gennemsnitlige levetid) ville finde anvendelse på afgifter på tomme optagelsesmidler for at yde rimelig kompensation for reproduktion af audio eller audiovisuelt materiale, når afgiften opkræves på salget af optagelsesmidlet, for reproduktioner finder sted.

133. Det var angivet i begrundelsen til det oprindelige forslag, at:

- »2. Stk. 2 afspejler et generelt princip, nemlig at direktivet ikke har tilbagevirkende kraft og ikke finder anvendelse på udnyttelse af beskyttede værker og andre frembringelser, der er sket før datoen for [...] gennemførelse[n] af direktivet [...]
- 3. Stk. 3 og 4 indeholder et andet generelt princip, ifølge hvilket indgåede kontrakter og opnåede rettigheder, der ligger forud for det tidspunkt, hvor parterne kunne have fået kendskab til vedtagelsen af direktivet, ikke er omfattet af sidstnævnte, hvilket udelukker visse »gamle kontrakter« fra direktivets anvendelsesområde. [...]

134. Den formulering, der i sidste ende blev vedtaget, afspejlede Rådets fælles holdning af 28. september 2000, hvori den anførte: »I artikel 10 har Rådet foretrukket at slå en del af stk. 3 i artikel 9 i Kommissionens ændrede forslag sammen med stk. 2 og udelade resten af stk. 3 samt hele stk. 4, da det finder, at spørgsmål vedrørende fortolkningen af kontrakter bør overlades til den nationale lovgivning«<sup>69</sup>.

135. Det synes derfor åbenbart, at lovgivers hensigt med artikel 10, stk. 2, var, at direktivet ikke skulle påvirke udnyttelseshandlinger, dvs. reproduktion i den foreliggende sammenhæng, der var foretaget før den 22. december 2002.

136. Det er endvidere nødvendigt at tage hensyn til det forhold, at Tyskland sikrer sådan kompensation ved hjælp af en afgift på markedsføring af apparater, der kan anvendes til reproduktion i flere år, og til det forhold, at Tyskland havde en sådan ordning, selv forud for direktivets ikrafttræden og til Domstolens praksis, som udelukker fortolkning i gennemførelsesperioden, der kan bringe opfyldelsen af det forfulgte formål i alvorlig fare, efter at gennemførelsesperioden er udløbet. Det forekommer mig derfor, at den mest logiske fortolkning er, at der skal tages hensyn til direktivet fra datoen for dets ikrafttræden den 22. juni 2001 ved fortolkningen af national lovgivning, som fastsætter en rimelig kompensation, på en sådan måde, at det sikres, at formålet med at yde en sådan kompensation for reproduktionshandlinger, der finder sted den 22. december 2002 eller derefter, ikke bringes i alvorlig fare af den måde, hvorpå den afgift, som er beregnet til at yde rimelig kompensation, opkræves på salg af apparater forud for den sidstnævnte dato. Direktivet omhandler imidlertid ikke reproduktionshandlinger, der fandt sted før den 22. december 2002.

### Forslag til afgørelse

137. I lyset af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen skal besvare Bundesgerichtshofs spørgsmål således:

- »– I artikel 5, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådet direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet skal ordene »reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning« fortolkes således, at de kun henviser til reproduktioner af analoge originaler, hvoraf et billede indfanges ved optiske midler. De dækker reproduktion ved processer, der som et mellemliggende trin omfatter lagring af et digitalt billede på en computer eller hukommelsesanordning, forudsat at processen i sin helhed udføres af en enkelt person og/eller som en enkelt transaktion.
- Når en medlemsstat i henhold til artikel 5, stk. 2 eller 3, i direktiv 2001/29 har fastsat en undtagelse fra eller indskrænkning i den i direktivets artikel 2 fastsatte reproduktionsret, og når der ydes rimelig kompensation for analog kopiering i henhold til denne undtagelse eller

69 — Begrundelsens punkt 51.

indskrænkning ved hjælp af en afgift på apparater, der kan fremstille sådanne kopier, bør en national ret, som ønsker at efterprøve, om den afgift er forenelig med ligebehandlingsprincippet i sager, hvor kopierne fremstilles ved anvendelse af en kombination af apparater, der er forbundet med hinanden, undersøge, hvordan afgiften beregnes med hensyn til kopimaskiner, og i hvilket omfang denne beregning kan overføres på en sådan apparatkombination. Retten bør overveje, om anvendelsen af afgiften på en sådan apparatkombination eller på individuelle apparater inden for kombinationen tilvejebringer en rimelig balance mellem rettighedshaveres og brugeres rettigheder og interesser. Den bør navnlig efterprøve, at der ikke sker en uberettiget forskelsbehandling, ikke kun mellem importører eller forhandlere af apparater (herunder andre apparater med sammenlignelige funktioner), men også mellem købere af forskellige former for apparater, der i sidste ende bærer afgiftsbyrden.

- Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 giver medlemsstaterne mulighed for at vælge, om og i hvilket omfang der skal ydes rimelig kompensation, når rettighedshaverne har tekniske foranstaltninger til rådighed, men ikke har anvendt dem.
- Når en medlemsstat i henhold til artikel 5, stk. 2 eller 3, i direktiv 2001/29 har fastsat en undtagelse fra eller indskrænkning i den i direktivets artikel 2 fastsatte reproduktionsret, er det ikke længere muligt for de pågældende rettighedshavere at udøve nogen kontrol over kopieringen af deres værker ved at give eller nægte at give tilladelse. Medlemsstaterne kan ikke desto mindre, når de yder rimelig kompensation under sådanne omstændigheder tillade rettighedshaverne at give afkald på ethvert krav om rimelig kompensation eller at stille deres værker til rådighed i henhold til aftalemæssige ordninger, som giver dem mulighed for at modtage rimelig kompensation for fremtidig kopiering. I begge sidstnævnte tilfælde skal rettighedshaverens ret til rimelig kompensation anses for udtømt, og der skal ikke tages hensyn hertil ved beregningen af finansieringen af en generel ordning med rimelig kompensation.
- Der skal tages hensyn til direktiv 2001/29 fra datoen for dets ikrafttræden den 22. juni 2001 ved fortolkningen af national lovgivning, som yder rimelig kompensation, på en sådan måde, at det sikres, at formålet med at yde rimelig kompensation for reproduktionshandlinger, der finder sted den 22. december 2002 eller derefter, ikke bringes i alvorlig fare af den måde, hvorpå den afgift, som er beregnet til at yde rimelig kompensation, opkræves på salg af apparater forud for den sidstnævnte dato. Direktivet omhandler dog ikke reproduktionshandlinger, der fandt sted før den 22. december 2002.«