



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 18. juni 2014¹

Sag C-463/12

**Copydan Båndkopi
mod
Nokia Danmark A/S**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Østre Landsret (Danmark))

»Intellektuelle ejendomsrettigheder — ophavsret og beslægtede rettigheder — direktiv 2001/29/EF — harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet — eneret til reproduktion — artikel 5, stk. 2, litra b) — artikel 5, stk. 5 — undtagelser og begrænsninger — undtagelsen for privatkopiering — rimelig kompensation — anvendelsesområde — national lovgivning, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på flytbare reproduktionsmedier — anvendelse på hukommelseskort i mobiltelefoner — udelukkelse af ikke-flytbare reproduktionsmedier — princippet om kohærens — betydning af hukommelseskorts primære funktion — betydning af, at skaden er minimal — betydning af, at der foreligger en tilladelse til reproduktion, for hvilken der er eller ikke er betalt vederlag — betydning af anvendelsen af effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger — betydning af, at reproduktionskilden er ulovlig — skyldner for vederlaget til finansieringen af kompensationen«

1. Domstolen skal i den foreliggende sag behandle en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet², som vedrører meget forskellige aspekter og således – forudsat at de kan antages til realitetsbehandling – giver Domstolen mulighed for at udfylde og præcisere sin praksis betydeligt.

2. Det vigtigste spørgsmål, der er rejst i tvisten i hovedsagen, er, om vederlaget for privatkopiering, der er indført ved den omhandlede nationale lovgivning, som skal finansiere den rimelige kompensation, der kræves i henhold til artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 som modydelse for undtagelsen til rettighedshavernes eneret til reproduktion, kan opkræves på hukommelseskort i mobiltelefoner. Det er imidlertid ikke så meget opkrævningen af vederlaget for privatkopiering som sådan, der rejser problemer, som den omstændighed, at det kan opkræves for de nævnte hukommelseskort uden at blive det for andre medier, såsom MP3-afspillere eller iPods, og opkrævningens »inkonsekvente« eller »vilkårlige« karakter, henset til formålet med direktiv 2001/29.

3. Østre Landsrets spørgsmål går imidlertid langt ud over dette centrale problem, idet de meget generelt kommer ind på visse mere ømtålelige – og til tider kontroversielle – aspekter ved gennemførelsen af den undtagelse for privatkopiering, der er indført ved artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, og berører visse generelle aspekter ved dennes ordning eller dens opkrævningsmåder.

¹ — Originalsprog: fransk.

² — EFT L 167, s. 10.

4. Domstolen bliver således bl.a. foranlediget til at undersøge spørgsmålene, om vederlaget for privatkopiering kan opkræves på reproduktioner, som rettighedshaverne giver tilladelse til mod vederlag, om vederlaget kan opkræves på reproduktioner til privat brug, der er foretaget ved hjælp af kilder tilhørende tredjemand eller ved hjælp af ulovlige kilder, om eksistensen og/eller anvendelsen af effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger har nogen betydning i den forbindelse, og om medlemsstaterne kan opkræve vederlaget for privatkopiering i det tilfælde, hvor den skade, der pådrages rettighedshaverne, er minimal.

I – Retsgrundlaget

A – EU-retten

5. Det er i det væsentlige bestemmelserne i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, der skal fortolkes i den foreliggende sag. Disse bestemmelser fastsætter:

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

[...]

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

[...]«

6. De vigtigste betragtninger til direktiv 2001/29, der er relevante for løsningen af tvisten i hovedsagen, vil blive citeret efter behov i den følgende gennemgang.

B – Dansk ret

7. Vederlagsordningen for privatkopiering, der er reguleret ved §§ 12 og 39 i lovbekendtgørelse nr. 202 om ophavsret af 27. februar 2010 (herefter »ophavsretsloven«), blev indført i dansk lovgivning i 1992.

8. Ophavsretslovens § 12 bestemmer følgende:

»1. Af et offentliggjort værk må enhver fremstille eller lade fremstille enkelte eksemplarer til sin private brug, såfremt det ikke sker i erhvervsøjemed. Sådanne eksemplarer må ikke udnyttes på anden måde.

2. Bestemmelsen i stk. 1 giver ikke ret til at

[...]

- 4) fremstille eksemplarer i digital form af databaser, når eksemplarfremstillingen sker på grundlag af en gengivelse af databasen i digital form, eller
- 5) fremstille enkelte eksemplarer i digital form af andre værker end edb-programmer og databaser, medmindre det udelukkende sker til personlig brug for fremstilleren eller dennes husstand.

3. Uanset bestemmelsen i stk. 2, nr. 5, er det ikke tilladt uden ophavsmandens samtykke at fremstille eksemplarer i digital form på grundlag af et eksemplar, der er lånt eller lejet.

4. Bestemmelsen i stk. 1 giver ikke ret til at benytte fremmed medhjælp ved eksemplarfremstillingen, når der er tale om

1) musikværker

2) filmværker

[...]«

9. Ophavsretslovens § 39, der har overskriften »Vederlag for eksemplarfremstilling til privat brug«, bestemmer følgende:

»1. Den, der erhvervsmæssigt fremstiller eller indfører lyd- eller videobånd eller andre indretninger, hvorpå lyd eller billeder kan optages, skal betale vederlag til ophavsmændene til de i stk. 2 nævnte værker.

2. Vederlaget skal betales for bånd m.v., der er egnet til fremstilling af eksemplarer til privat brug, og kun for værker, som er udsendt i radio eller fjernsyn, eller som er udgivet på fonogram, film, videogram eller lignende.

[...]«

10. Ophavsretslovens § 40 fastsætter følgende:

»1. Vederlaget udgør for 2006 pr. minut spilletid for analoge lydbånd 0,0603 kr. og for analoge videobånd 0,0839 kr.

2. Vederlaget udgør for 2006 for digitale lydmedier 1,88 kr. pr. stk., for digitale billedmedier 3 kr. pr. stk. og for digitale hukommelseskort 4,28 kr. pr. stk.

[...]«

II – De faktiske omstændigheder i hovedsagen

11. Copydan Båndkopi er en organisation, der repræsenterer indehaverne af rettigheder til lyd- og videoproduktioner og er godkendt af det danske Kulturministerium til at opkræve, administrere og distribuere vederlaget for privatkopiering, der er fastsat i ophavsretslovens § 39.

12. Nokia Danmark A/S (herefter »Nokia Danmark«) udbyder mobiltelefoner og hukommelseskort til brug for disse mobiltelefoner i Danmark til erhvervskunder, der sælger dem videre til andre erhvervskunder eller til private brugere.

13. Idet Copydan Båndkopi var af den opfattelse, at alle typer hukommelseskort til mobiltelefoner var omfattet af anvendelsesområdet for vederlagsordningen for privatkopiering, anlagde organisationen den 19. april 2010 sag mod Nokia Danmark ved den forelæggende ret med påstand om, at Nokia Danmark i henhold til ophavsretslovens § 39 skulle tilpligtes at betale organisationen et beløb på 14 826 828,99 DKK som vederlag for privatkopiering, der skyldtes for de hukommelseskort til de mobiltelefoner, som Nokia Danmark havde importeret og markedsført i Danmark mellem 2004 og 2009.

III – De præjudicielle spørgsmål og sagen for Domstolen

14. Efter at Nokia Danmark havde anmodet om, at Domstolen skulle forelægges en præjudiciel anmodning, efterkom Østre Landsret dette og besluttede ved kendelse af 10. oktober 2012, indgået til Domstolen den 16. oktober 2012, at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er det foreneligt med direktiv [2001/29], at medlemsstaterne har en lovgivning, der sikrer kompensation til rettighedshaverne for reproduktioner foretaget på baggrund af følgende kilder:
- [a)] filer, hvor den pågældende brug er godkendt af rettighedshavere, og som kunden betaler for (licenseret indhold fra f.eks. internetbutikker)
 - [b)] filer, hvor den pågældende brug er godkendt af rettighedshaverne, og som kunden ikke betaler for (licenseret indhold f.eks. i forbindelse med marketingstiltag)
 - [c)] brugerens egen dvd, cd, MP3-afspiller, computer m.v., hvor der ikke anvendes effektive tekniske foranstaltninger
 - [d)] brugerens egen dvd, cd, MP3-afspiller, computer m.v., hvor der anvendes effektive tekniske foranstaltninger
 - [e)] tredjemands dvd, cd, MP3-afspiller, computer eller lignende
 - [f)] ulovligt kopierede værker fra internettet eller andre kilder
 - [g)] filer, der på anden måde kopieres lovligt fra f.eks. internettet (fra lovlige kilder, hvor der ikke er givet licens)?
- 2) Hvordan skal der tages hensyn til effektive tekniske foranstaltninger, jf. [...] artikel 6 [i direktiv 2001/29], i medlemsstaternes lovgivning om kompensation til rettighedshaverne, jf. direktivets artikel 5(2)(b)?
- 3) Ved beregningen af kompensation for privatkopiering, jf. [...] artikel 5(2)(b) [i direktiv 2001/29], hvad udgør så »situationer, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal« i direktivets betragtning 35 med den konsekvens, at det ikke vil være foreneligt med direktivet, at medlemsstaterne har en lovgivning, som indebærer kompensation til rettighedshaverne for denne kopiering til privat brug, jf. herved den i [forelæggelseskendelsens] pkt. 2 nævnte undersøgelse?
- 4) a) Hvis det lægges til grund, at mobiltelefoners hukommelseskorts primære eller væsentligste funktion ikke er privatkopiering, er det så foreneligt med direktivet, at medlemsstaterne har en lovgivning, der sikrer kompensation til rettighedshaverne for kopiering på mobiltelefoners hukommelseskort?
- b) Hvis det lægges til grund, at privatkopiering er en blandt flere af de primære eller væsentligste funktioner i mobiltelefoners hukommelseskort, er det så foreneligt med [direktiv 2001/29], at medlemsstaterne har en lovgivning, der sikrer kompensation til rettighedshaverne for kopiering på mobiltelefoners hukommelseskort?

- 5) Er det foreneligt med begrebet »rimelig balance« i betragtning 31 til direktivet og med den ensartede fortolkning af begrebet »rimelig compensation«, jf. direktivets artikel 5(2)(b), som skal være baseret på »skaden«, at medlemsstaterne har en lovgivning, hvorefter der opkræves vederlag for hukommelseskort, hvorimod der ikke opkræves vederlag for intern hukommelse såsom MP3-afspillere eller iPods, der er beregnet til og primært anvendes til lagring af private kopier?
- 6)
 - a) Er [direktiv 2001/29] til hinder for, at medlemsstaterne har en lovgivning, der indebærer opkrævning af vederlag for privatkopiering fra en producent og/eller importør, der sælger hukommelseskort til erhvervsvirksomheder, som videresælger hukommelseskortene til både privat- og erhvervskunder, uden at producenten og/eller importøren har kendskab til, om hukommelseskortene er solgt til privat- eller erhvervskunder?
 - b) Påvirker det svaret på spørgsmål 6(a), hvis der i medlemsstatens lovgivning er fastsat bestemmelser, som sikrer, at producenter, importører og/eller distributører ikke skal indbetale vederlag for hukommelseskort, der anvendes til professionelle formål, at producenter, importører og/eller distributører, såfremt vederlaget alligevel er indbetalt, kan få tilbagebetalt vederlag for hukommelseskort i det omfang, de anvendes til professionelle formål, og at producenter, importører og/eller distributører kan sælge hukommelseskort til andre virksomheder, der er anmeldt til den organisation, der administrerer vederlagsordningen, uden indbetaling af vederlag?
 - c) Påvirker det svaret på spørgsmål 6(a) og 6(b)
 - 1) hvis der i medlemsstatens lovgivning er fastsat bestemmelser, som sikrer, at producenter, importører og/eller distributører ikke skal indbetale vederlag for hukommelseskort, der anvendes til professionelle formål, men begrebet »professionelle formål« fortolkes som værende en fradragsmulighed, der kun finder anvendelse for virksomheder, der er godkendt af Copydan [Båndkopi], hvorimod vederlag skal betales for hukommelseskort, der anvendes professionelt af andre erhvervskunder, som ikke er godkendt af Copydan [Båndkopi]
 - 2) hvis der i medlemsstatens lovgivning er fastsat bestemmelser, som sikrer, at producenter, importører og/eller distributører, såfremt vederlaget alligevel er indbetalt (teoretisk) kan få tilbagebetalt vederlag for hukommelseskort i det omfang, de anvendes til professionelle formål, men
 - a) det i praksis alene er køberen af hukommelseskortet, der kan få tilbagebetalt vederlag, og
 - b) køberen af hukommelseskort skal sende en anmodning om tilbagebetaling af vederlag til Copydan
 - 3) hvis der i medlemsstatens lovgivning er fastsat bestemmelser, som sikrer, at producenter, importører og/eller distributører kan sælge hukommelseskort til andre virksomheder, der er anmeldt til den organisation, der administrerer vederlagsordningen, uden indbetaling af vederlag, men
 - a) Copydan er organisationen, der administrerer vederlagsordningen, og
 - b) de anmeldte virksomheder ikke har kendskab til, om hukommelseskortene er solgt til privat- eller erhvervskunder?»

15. Copydan Båndkopi, Nokia Danmark, den franske, den italienske, den nederlandske, den østrigske og den finske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

16. Copydan Båndkopi, Nokia Danmark, den franske, den nederlandske og den østrigske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har ligeledes afgivet mundtlige indlæg under det offentlige retsmøde den 16. januar 2014. De har under dette retsmøde – efter opfordring fra Domstolen – haft mulighed for at udtale sig om betydningen af dommen i sagen VG Wort m.fl.³ og af dommen i sagen Amazon.com International Sales m.fl.⁴ for besvarelsen af de forelagte spørgsmål.

IV – Indledende bemærkninger

17. Den forelæggende rets forskellige spørgsmål rejser tre kategorier af hovedspørgsmål, der skal prioriteres, omorganiseres og i et vist omfang forenkles.

18. Med den første kategori af spørgsmål (det fjerde og det femte spørgsmål), der særligt vedrører hukommelseskort i mobiltelefoner i direkte sammenhæng med de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen, og som vil blive behandlet først, anmoder den forelæggende ret i det væsentlige Domstolen om at redegøre for princippet om en opkrævning af vederlag for privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner.

19. Inden for rammerne af tvisten i hovedsagen kræver Copydan Båndkopi nemlig efterbetaling af vederlag fra Nokia Danmark for privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner, som Nokia har importeret mellem 2004 og 2009, hvilket sidstnævnte anfægter i flere henseender. Hovedproblemet, der er rejst i hovedsagen, består således i at fastlægge, om vederlaget for privatkopiering kan opkræves på multifunktionelt udstyr som hukommelseskort i mobiltelefoner, henset til, at vederlaget i medfør af den danske lov normalt opkræves på flytbare registreringsmedier (CD-ROM, DVD), men ikke på udstyr med integreret (ikke flytbar) lagringskapacitet, i første række MP3-spillere og andre iPods.

20. Med den anden kategori af spørgsmål (det første til det tredje spørgsmål), der ikke specifikt henviser til hukommelseskort i mobiltelefoner, og som vil blive behandlet i anden omgang, stiller den forelæggende ret i mere generelle vendinger Domstolen spørgsmål om betydningen for vederlagsordningen for privatkopiering af forskellige parametre, som den opregner, der vedrører kilden til reproduktioner, som er fremstillet privat, eksistensen og/eller anvendelsen af tekniske beskyttelsesforanstaltninger samt intensiteten af den skade, som rettighedshaverne har lidt.

21. Med den tredje kategori af spørgsmål anmoder den forelæggende ret endelig Domstolen om at forsyne den med et vist antal retningslinjer om de måder, hvorpå vederlaget for privatkopiering kan opkræves (det sjette spørgsmål).

V – Om princippet om opkrævning af vederlag for privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner (det fjerde og det femte spørgsmål)

22. Med det fjerde og det femte spørgsmål spørger den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen om, hvorvidt direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstat fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner, når der ikke opkræves et sådant vederlag på visse lagringsmedier, såsom MP3-spillere og iPods. Retten er ud fra denne synsvinkel i tvivl om, hvorvidt der skal tages hensyn til disse hukommelseskorts primære eller væsentligste funktion.

3 — C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:426.

4 — C-521/11, EU:C:2013:515.

A – De principper, der er opstillet i Domstolens praksis

23. Det skal indledningsvis bemærkes, at medlemsstaterne i medfør af artikel 2 i direktiv 2001/29 bl.a. tillægger de rettighedshavere, der er omhandlet i denne bestemmelse, eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis, for så vidt angår deres værker.

24. I henhold til dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), kan medlemsstaterne imidlertid indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i den nævnte eneret til reproduktion, bl.a. når der er tale om reproduktioner på ethvert medium foretaget af en fysisk person til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, hvilket udgør den såkaldte undtagelse for »privatkopiering«.

25. Ifølge nævnte direktivs artikel 5, stk. 5, er indførelsen af undtagelsen for privatkopiering imidlertid underlagt tre betingelser, nemlig for det første, at denne undtagelse kun anvendes i visse specielle tilfælde, for det andet, at den ikke må være i strid med den normale udnyttelse af værket, og endelig at den ikke må indebære urimelig skade for ophavsrettighedshaverens legitime interesser⁵.

26. Domstolen har med hensyn hertil udtalt, at når medlemsstaterne beslutter at indføre undtagelsen for privatkopiering i deres nationale lovgivning, er de ikke blot i henhold til artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 forpligtede til at fastsætte bestemmelser om udbetaling af en »rimelig kompensation« til fordel for indehaverne af eneretten til reproduktion⁶, men de er ligeledes – da denne bestemmelse ellers ikke ville have nogen effektiv virkning – underlagt en resultatforpligtelse, dvs. de er forpligtede til inden for rammerne af deres kompetencer at sikre en effektiv opkrævning af den rimelige kompensation, som skal udgøre de krænkede ophavsmænds erstatning for den lidt skade⁷.

27. Det fremgår af 35. og 38. betragtning til direktiv 2001/29, som fortolket af Domstolen, at den rimelige kompensation, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), har til formål på tilfredsstillende vis at udgøre erstatningen for den skade, som ophavsmændene til de beskyttede værker har lidt på grund af reproduktionen af disse uden deres tilladelse med henblik på privat brug⁸. Denne kompensation udgør modydelsen for ophavsmændenes skade⁹.

28. Det fremgår endvidere af 31. betragtning til direktiv 2001/29 og af Domstolens praksis, at den »rimelige balance«, der med hensyn til rettigheder og interesser skal opretholdes mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og brugerne af beskyttede genstande, indebærer, at den rimelige kompensation nødvendigvis skal beregnes på grundlag af kriteriet om skade for ophavsmændene til de beskyttede værker som følge af indførelsen af undtagelsen for privatkopiering¹⁰.

29. Størrelsen af den rimelige kompensation skal navnlig som relevant kriterium tage hensyn til rettighedshavernes eventuelle skade som følge af disse reproduktionshandlinger, idet der dog for en minimal skade ikke bør være betalingspligt¹¹.

5 — Dom Stichting de Thuiskopie (C-462/09, EU:C:2011:397, præmis 21).

6 — Domme Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, præmis 30), Stichting de Thuiskopie (EU:C:2011:397, præmis 22) og Amazon.com International Sales m.fl. (EU:C:2013:515, præmis 19).

7 — Jf. domme Stichting de Thuiskopie (EU:C:2011:397, præmis 34) og Amazon.com International Sales m.fl. (EU:C:2013:515, præmis 57).

8 — Dom Padawan (EU:C:2010:620, præmis 39 et 40).

9 — Domme Padawan (EU:C:2010:620, præmis 40), VG Wort m.fl. (EU:C:2013:426, præmis 31, 49 og 75), Amazon.com International Sales m.fl. (EU:C:2013:515, præmis 47) og dom ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 50).

10 — Dom Padawan (EU:C:2010:620, præmis 42 og 50).

11 — Domme Padawan (EU:C:2010:620, præmis 39) og Amazon.com International Sales m.fl. (EU:C:2013:515, præmis 47).

30. Domstolen har endvidere haft lejlighed til at anføre, at medlemsstaterne har en vid skønsmargin ved fastlæggelsen af, hvem der skal betale denne rimelige compensation, hvilken form den skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal have¹², idet der skal tages hensyn til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde¹³, dog forudsat at de forbliver inden for de grænser, der er fastsat ved EU-retten¹⁴, dvs. at de ud over »tretrinstesten«, der er fastsat ved bestemmelserne i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29¹⁵, respekterer de krav, der følger af princippet om lighed for loven, der er forankret i artikel 20 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder¹⁶, og at de præciserer parametrene på konsekvent vis¹⁷.

31. I lyset af disse betragtninger vil jeg i to omgange tage fat på de forskellige spørgsmål, der er blevet rejst af den forelæggende ret i det fjerde og det femte spørgsmål.

32. Jeg vil i første omgang behandle spørgsmålet, om opkrævningen af vederlaget for privatkopiering på hukommelseskortene i princippet kan tillades, henset til bestemmelserne i direktiv 2001/29. Jeg vil dernæst i anden omgang behandle spørgsmålet, om den danske lovgivning, for så vidt som den fastsætter opkrævningen af vederlaget for privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner, men ikke fastsætter dette for visse lagringsmedier som MP3-spillere og iPods, kan anses for at være i overensstemmelse med EU-retten og med formålene i direktiv 2001/29, dvs., for at være helt præcis, om denne lovgivning er konsekvent og ikke vilkårlig.

B – Spørgsmålet, om princippet om opkrævning af vederlaget for privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner kan tillades

33. Det fremgår meget generelt af Domstolens praksis, der er anført ovenfor, at de medlemsstater, der har valgt at indføre undtagelsen for privatkopiering, som er fastsat i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 har en meget vid skønsmargin ved fastlæggelsen og organisationen af den finansieringsordning for den rimelige compensation, som den skal ledsages af, for så vidt som sidstnævnte indfører en tilstrækkelig sammenhæng mellem den skade, som rettighedshaverne har lidt, der følger af indførelsen af undtagelsen, og den anvendelse, der er gjort af de beskyttede værker af de fysiske personer, som handler med private formål, og sikrer en effektiv erstatning af den nævnte skade.

34. Domstolen har bl.a. udtalt, at en finansieringsordning for den rimelige compensation, der hviler på opkrævningen af et vederlag for privatkopiering på udstyr, apparater og medier til reproduktion, kun er forenelig med kravene til »rimelig balance«, hvis sidstnævnte kan tænkes anvendt til privatkopiering og dermed forvolde skade på indehaverne af rettighederne til de beskyttede værker¹⁸.

35. Den omstændighed alene, at et udstyr eller et apparat kan fremstille kopier, er således i princippet tilstrækkeligt til at begrunde anvendelsen af vederlaget for privatkopiering på den betingelse, at det nævnte udstyr eller de nævnte apparater er blevet stillet til rådighed for fysiske personer som private brugere, uden at det er nødvendigt at bevise, at disse faktisk har fremstillet private kopier ved hjælp af

12 — Jf. 35. betragtning til direktiv 2001/29 og domme Stichting de Thuiskopie (EU:C:2011:397, præmis 23) og Amazon.com International Sales m.fl. (EU:C:2013:515, præmis 20 og 40).

13 — Jf. dom Amazon.com International Sales m.fl. (EU:C:2013:515, præmis 22).

14 — Ibidem (præmis 21).

15 — Jf. i denne henseende dom ACI Adam m.fl. (EU:C:2014:254, præmis 38-40) og mit forslag til afgørelse i denne sag (C-435/12, EU:C:2014:1).

16 — Jf. dom VG Wort m.fl. (EU:C:2013:426, præmis 73 og 79).

17 — Jf. 32. betragtning til direktiv 2001/29 og domme Padawan (EU:C:2010:620, præmis 36) og ACI Adam m.fl. (EU:C:2014:254, præmis 49).

18 — Jf. dom Padawan (EU:C:2010:620, præmis 52).

sidstnævnte og således faktisk har påført rettighedshaverne en skade¹⁹. Denne holdning hviler på idéen om, at de fysiske personer legitimt formodes fuldt ud at drage fordel af og at udnytte alle apparaternes og udstyrenes reproduktionsfunktioner²⁰. Denne formodning finder anvendelse både på reproduktionsapparater og -udstyr og på reproduktionsmedier.

36. Eftersom det på ingen måde er blevet anfægtet, at hukommelseskortene til mobiltelefoner kan anvendes af fysiske personer som medier til reproduktion af værker eller andre beskyttede frembringelser, kan opkrævningen af vederlaget for privatkopiering på sidstnævnte følgelig ikke anses for at være ulovlig, i det omfang den opkræves effektivt hos fysiske personer, som er de eneste, der skal betale for den anvendelse, de gør deraf til private formål²¹.

37. Det følger heraf, at hukommelseskort i mobiltelefoners primære eller væsentligste funktion ikke som sådan kan komme i betragtning i denne henseende. Nærmere bestemt er den omstændighed, at privatkopieringen ikke er en af de primære eller væsentligste funktioner for hukommelseskort i mobiltelefoner, forudsat at dette kunne bevises, ikke som sådan til hinder for opkrævningen af den rimelige kompensation på de nævnte kort, for så vidt som de kan anvendes til disse formål.

38. Det kan i denne henseende bemærkes, at selv om direktiv 2001/29 i 38. betragtning hertil præciserer, at der skal tages passende hensyn til forskellene mellem digital og analog privatkopiering, for så vidt som »[d]igital privatkopiering kan formodes at vinde større udbredelse og få større økonomiske konsekvenser«, opstiller direktivet ingen sondring afhængigt af, om der er tale om reproduktionsmediers primære eller væsentligste funktion, men kun afhængigt af, om disse er analoge eller digitale. Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 omfatter derimod ethvert medium uden sondring.

39. Det kan således konkluderes, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den i princippet ikke er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på hukommelseskort til mobiltelefoner, for så vidt som der sikres en rimelig balance, som skal opretholdes mellem de forskellige kategorier af rettighedsindehavere og brugerne af beskyttede genstande, og der følgelig er en sammenhæng mellem denne opkrævning og den formodede brug af disse kort til privat reproduktion, idet de nævnte korts primære eller væsentligste funktion ikke har nogen betydning i denne forbindelse.

C – Den danske lovgivnings sammenhængende karakter, henset til formålene med direktiv 2001/29

40. I 31. betragtning til direktiv 2001/29 anføres det i det væsentlige, at forskellene mellem medlemsstaternes lovgivninger hvad angår undtagelser og indskrænkninger af rettigheder har direkte negative følger for det indre marked, og at de vil kunne blive endnu mere udtalte i takt med videreudviklingen af den grænseoverskridende udnyttelse af værker. I 32. betragtning til direktiv 2001/29 anføres det endvidere, at den udtømmende liste over undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten, som direktivet fastsætter, tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner, samtidig med at den tilsigter det indre markeds funktion. I betragtningen præciseres det endvidere, at »[d]et er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis«.

19 — Ibidem (præmis 53 og 54).

20 — Ibidem (præmis 55 og 56).

21 — Den forelæggende rets sjette spørgsmål vedrører netop dette aspekt og vil blive behandlet under punkt VI.

41. Domstolen har i denne forbindelse udtalt, at denne liste over undtagelser »skal sikre en balance mellem medlemsstaternes forskellige retlige traditioner og det indre markeds funktion«. Dette indebærer bl.a., at selv om medlemsstaterne har mulighed for at indføre eller ikke at indføre disse undtagelser i overensstemmelse med deres retlige traditioner, skal de dog, når de én gang har valgt at indføre en bestemt undtagelse, anvende denne på en sammenhængende måde, »således at den ikke kan være til skade for de mål, som forfølges med direktiv 2001/29, og som består i at sikre det indre markeds funktion«²².

42. Det tilkommer således den forelæggende ret at undersøge, om det valg, som den danske lovgiver har foretaget, og som består i at opkræve vederlaget for privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner, men ikke på medier som MP3-spillere og iPods, kan anses for at være sammenhængende, dvs. således at det bl.a. ikke kan påvirke det indre markeds funktion. Når dette er sagt, synes det hensigtsmæssigt at forsyne den forelæggende ret med nogle retningslinjer vedrørende vilkårene for og intensiteten af den kontrol, som det i denne forbindelse tilkommer den at foretage.

43. Det er i første omgang helt klart, at de medlemsstater, der har besluttet at tilvejebringe en ordning for den rimelige kompensation, i mangel af forskrifter i direktiv 2001/29 i den henseende har en vid skønsmargin til at definere vederlaget for privatkopiering, der skal finansiere denne kompensation, idet dette f.eks. både kan opkræves på de apparater, der gør det muligt at reproducere, og på de medier, der skal modtage disse reproduktioner.

44. I det foreliggende tilfælde har den danske lovgiver på helt lovlig vis valgt at opkræve vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på et bestemt antal medier til registrering af lyd og billeder, der er egnede til fremstilling af kopier af beskyttede værker til privat brug, hos producenter og importører.

45. Denne vide skønsmargin, der er tillagt medlemsstaterne, begrænses dog af den forpligtelse, som de er pålagt til at sikre, at denne kompensation er adækvat, dvs. at den form, den skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og det omfang, som den skal have, skal fastlægges bl.a. under hensyn til den eventuelle skade, som rettighedshaverne lider på grund af reproduktionen af deres værker eller deres beskyttede genstande²³.

46. 38. betragtning til direktiv 2001/29, der særligt vedrører undtagelsen til eneretten til reproduktion af lyd-, video- og audiovisuelt materiale til privat brug, giver nogle retningslinjer vedrørende elementer, der kan tages i betragtning i forbindelse med den undersøgelse, der skal foretages i denne henseende, navnlig vedrørende nødvendigheden af at sondre mellem private kopier på et analogt medium og private kopier på et digitalt medium²⁴.

47. Det fremgår imidlertid af forelæggelsesafgørelsen og af de forskellige skriftlige og mundtlige indlæg, der er afgivet til Domstolen, at den ordning for rimelig kompensation, der er tilvejebragt i Danmark, indfører en sontring mellem de forskellige medier, der ikke er afhængig af, om de er analoge eller digitale, men tilsyneladende alene afhængigt af, om de er flytbare (lydbånd, CD, DVD, hukommelseskort til mobiltelefoner), eller om de er integreret i andet udstyr eller apparater (MP3-afspillere, iPods). Det fremgår i øvrigt ikke af sagen og er ikke på noget tidspunkt blevet hævdet, at denne sontring skulle være støttet på den relative betydning, der er objektivt bevist ved statistiske oplysninger, af anvendelsen af forskellige medier til reproduktioner af værker eller andre beskyttede genstande og deres respektive økonomiske betydning for rettighedshaverne.

22 — Jf. dom ACI Adam m.fl. (EU:C:2014:254, præmis 33 og 34).

23 — I overensstemmelse med 35. betragtning til direktiv 2001/29, som fortolket af Domstolen.

24 — Det kan ud fra dette synspunkt fremhæves, at der kan ses en teknologisk konvergens i de masselagerenheder, der er indbygget i de forskellige digitale medier, da de nyeste harddiske til computere (benævnt SSD-drev (Solid State Drive)) f.eks. er sammensat af flere kredsløb med flash hukommelser (EEPROM eller Electrically-erasable programmable read-only memory), ligesom hukommelseskortene til mobiltelefoner og de vigtigste digitale musikafspillere af typen iPod.

48. Som den finske regering har gjort gældende, kan det ganske vist ikke udelukkes, at den differentierede behandling af hukommelseskort i mobiltelefoner kan være begrundet i en objektiv forskel vedrørende bl.a. de særlige egenskaber ved selve mediet, det særlige ved dets brug eller de væsentligste kendetegn ved den indførte kompensationsordning.

49. En kompensationsordning, der udelukker opkrævningen af vederlaget for privatkopiering på computere, som udgør digitalt reproduktionsudstyr eller -apparater, kunne således, som den finske regering har gjort gældende, være begrundet af to årsager. Den kunne for det første være begrundet i den omstændighed, at de medier, der skal anvendes sammen med de nævnte computere til at fremstille reproduktioner til private formål, selv er underlagt det nævnte vederlag. Den kunne for det andet være begrundet i det forhold, at det kan anses for at være vanskeligt eller umuligt at sondre mellem privat brug og erhvervsmæssig brug af computere og således at opfylde de krav, der følger af Padawan-dommen²⁵.

50. En ordning for rimelig compensation, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere denne, alene på grundlag af de flytbare reproduktionsmedier, men som udelukker denne opkrævning på ikke-flytbare medier, som er integreret i apparater eller udstyr, kan imidlertid hverken anses for at være forenelig med formålene i direktiv 2001/29 eller for at være af en sådan art, at den kan opfylde den resultatforpligtelse, der påhviler medlemsstaterne.

51. I hovedsagen opkræves vederlaget for privatkopiering på alle reproduktionsmedierne med undtagelse af de medier, der er integreret i bestemte apparater og udstyr, såsom MP3-spillere og andre iPods, som er specifikt udformet til særligt at læse lydige eller billedlige værker, og med hensyn til hvilke det legitimt kan formodes, at de, idet de erhverves af privatpersoner, hovedsagligt eller udelukkende anvendes som reproduktionsmedier til private formål.

52. Set i dette perspektiv kan det vanskeligt ved første øjekast antages, at vederlaget for privatkopiering, der er indført ved den danske lovgivning, er egnet til at gennemføre det formål, der forfølges med artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, som er at sikre rettighedshaverne en rimelig compensation, som er adækvat og effektiv i forhold til den eventuelle skade, som de påføres på grund af reproduktionen af deres værker eller af deres beskyttede genstande, samtidig med at hindringerne for det indre markeds funktion begrænses, og udviklingen af informationssamfundet i Den Europæiske Union fremmes. I tilknytning hertil synes den omstændighed, at der ikke tages hensyn til ikke-flytbare reproduktionsmedier, heller ikke at være i overensstemmelse med forpligtelsen for medlemsstaterne til at tage behørigt hensyn til bl.a. den teknologiske udvikling, navnlig for så vidt angår digital privatkopiering²⁶.

53. Som konklusion foreslår jeg Domstolen, at den fastslår, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige compensation, på flytbare reproduktionsmedier, såsom hukommelseskort i mobiltelefoner, samtidig med at den udelukker denne for ikke-flytbare medier, der er integreret i apparater eller i udstyr, som er specifikt udformet og hovedsagligt anvendes som reproduktionsmedier til private formål, uden at denne udelukkelse er objektivt begrundet. Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere de eventuelle objektive begrundelser for denne udelukkelse og at drage konsekvenserne deraf.

25 — EU:C:2010:620, præmis 52. Om dette aspekt ved problemet, jf. gennemgangen af det sjette spørgsmål nedenfor.

26 — Jf. 5. og 39. betragtning til direktiv 2001/29.

VI – Om de generelle aspekter ved vederlagsordningen for privatkopiering (det første til det tredje spørgsmål)

54. Den forelæggende rets første tre spørgsmål rejser, som jeg allerede har fremhævet, forskellige meget generelle problemer vedrørende vederlagsordningen for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, idet denne ret navnlig stiller spørgsmål vedrørende betydningen for opkrævningen af vederlaget for privatkopiering af reproduktionskilden, idet den sonderer mellem forskellige tænkte tilfælde (det første spørgsmål), af eksistensen af effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger (det andet spørgsmål) eller af omfanget af den lidte skade (det tredje spørgsmål).

55. I forbindelse med det første spørgsmål sonderer den forelæggende ret således mellem de tilfælde, hvor reproduktioner fremstilles ved hjælp af filer, hvor den pågældende brug er tilladt, afhængigt af, om den nævnte tilladelse har givet anledning til betaling af vederlag eller ikke [det første spørgsmål, litra a) og b)]. Den modstiller derefter de reproduktioner, der er blevet fremstillet ved hjælp af filer, der er lagret på forskellige medier (CD-ROM, DVD, MP3-spillere, computere), afhængigt af, om de er beskyttet ved effektive tekniske foranstaltninger eller ikke [det første spørgsmål, litra c) og litra d)], og det andet spørgsmål]. Endelig omtaler den reproduktioner, der er fremstillet ved hjælp af filer, der er lagret på tredjemands medier [det første spørgsmål, litra e)], reproduktioner, der er fremstillet ved hjælp af ulovlige kilder, der hidrører fra bl.a. internettet [det første spørgsmål, litra f)], og reproduktioner, der på anden måde er fremstillet fra lovlige kilder [det første spørgsmål, litra g)].

56. Det skal allerede nu bemærkes, at Domstolen allerede har haft lejlighed til at udtale sig om de forskellige tænkte tilfælde, der er omtalt i det første spørgsmål, litra c) og d)²⁷ samt litra f)²⁸, og – i det mindste delvist – i det første spørgsmål, litra a) og b)²⁹.

A – Betydningen af en tilladelse til reproduktion mod betaling af vederlag eller ikke [det første spørgsmål, litra a) og b)]

57. Med det første spørgsmål, litra a) og b), ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at lovgivningen i en medlemsstat kan fastsætte opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på private reproduktioner, som rettighedshaverne har givet tilladelse til, idet denne tilladelse i givet fald kan være mod betaling af vederlag.

58. I dommen i sagen VG Wort m.fl.³⁰ udtalte Domstolen generelt, at inden for rammerne af en undtagelse eller en indskrænkning, der er fastsat i henhold til artikel 5, stk. 2 eller 3, i direktiv 2001/29, har en eventuel handling, hvorved en rettighedshaver giver tilladelse til reproduktion af sit værk eller en anden beskyttet frembringelse, ingen indvirkning på den rimelige kompensation.

59. Imidlertid udtalte Domstolen sig i den nævnte dom kun om betydningen af en tilladelse for den rimelige kompensation, men ikke om betydningen af en tilladelse i givet fald sammen med et vederlag eller – mere præcist – om en tilladelse, der gives mod betaling af et vederlag, eller som udtrykkeligt omfatter en rimelig kompensation som omhandlet i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, der er det tænkte tilfælde, som den forelæggende ret udtrykkeligt sigter til i det første spørgsmål, litra a). Den har mere generelt endnu ikke haft lejlighed til at udtale sig om betydningen for opkrævningen af

27 — Dom VG Wort m.fl. (EU:C:2013:426, præmis 48-58).

28 — Dom ACI Adam m.fl. (EU:C:2014:254, præmis 20-58).

29 — Dom VG Wort m.fl. (EU:C:2013:426, præmis 30-40).

30 — EU:C:2013:426, punkt 2 i domskonklusionen.

vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, af licensaftaler om anvendelse, der er indgået mod betaling mellem rettighedshaverne og brugerne, og navnlig af licenser om anvendelse og reproduktion af filer med værker, der er erhvervet lovligt i handelen på de lovlige downloading-platformer, der særligt er omhandlet i forelæggelsesafgørelsen.

60. Det skal i denne henseende bemærkes, at 35. betragtning til direktiv 2001/29 præciserer, at »[i] visse sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift, bør der ikke forfalde specifik eller særskilt betaling«.

61. Det kan udledes af denne betragtning, at direktiv 2001/29 overlader det til medlemsstaterne af fastsætte mulighed for at undgå overkompensation, dvs. at sørge for, at brugerne ikke sættes i en situation, hvor de skal betale vederlaget for privatkopiering, der skal finansiere den rimelige kompensation, to gange; første gang i forbindelse med den lovlige erhvervelse i handelen af filer, der indeholder værkerne, og anden gang i forbindelse med erhvervelsen af reproduktionsmedier, således som det synes at kunne være tilfældet i hovedsagen.

62. Brugen af konditionalis³¹ og navnlig fraværet af enhver anden præcision og udtrykkelig bestemmelse i direktiv 2001/29 taler nemlig til fordel for en anerkendelse af ikke blot den største fleksibilitet for medlemsstaterne i denne henseende, men også af en fuldstændig skønsbeføjelse.

63. En sådan fortolkning af direktiv 2001/29 forekommer mig imidlertid ikke at kunne opretholdes, da den ville gå imod de formål, som direktivet forfølger. Den ville nærmere bestemt påvirke selve princippet om en rimelig kompensation, der tilsigter en adækvat erstatning for den skade, rettighedshaverne er blevet påført på grund af den private reproduktion. Den ville mere generelt komme i modstrid med kravet om opretholdelse af en »rimelig balance« mellem de tilstedeværende rettigheder og interesser, som indebærer, at den rimelige kompensation udgør modydelsen for denne skade og beregnes og opkræves som konsekvens heraf.

64. Det skal i denne henseende bemærkes, at 45. betragtning til direktiv 2001/29 præciserer, at »[u]ndtagelserne og indskrænkningerne i artikel 5, stk. 2, 3 og 4[, i direktiv 2001/29] [...] ikke [bør] 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«.

65. Det følger heraf, at i det – mere eller mindre sandsynlige – tilfælde, hvor det kunne bevises, at privat reproduktion af beskyttede værker er særligt tilladt af rettighedshaverne, og at denne tilladelse i denne forbindelse giver anledning til en betaling af vederlag eller enhver anden form for tilsvarende rimelig kompensation, kan en sådan reproduktion ikke give anledning til opkrævningen af en yderligere rimelig kompensation³².

31 — Det er i det mindste sådan jeg læser 35. betragtning til direktiv 2001/29 på trods af de variationer, der kan konstateres i de forskellige sprogversioner. Jf. f.eks. den spanske version (»puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado«), den tyske version (»kann gegebenenfalls keine spezifische oder getrennte Zahlung fällig sein«) eller den franske version (»un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû«) og den engelske version (»no specific or separate payment may be due«) eller den italienske version (»ciò non può comportare un pagamento specifico o a parte«).

32 — Det kan bemærkes, at efter opfordring fra Kommissionen, som i sin meddelelse af 24.5.2011 med titlen »A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe« [KOM(2011) 287 endelig, punkt 3.3.4] havde tilkendegivet sin intention om at udnævne en uafhængig mægler på højt niveau, som skulle få interessenterne til at blive enige om visse aspekter om vederlaget for privatkopiering, fremsatte António Vitorino anbefalinger, hvoraf en af dem præcis vedrører dette punkt. Det foreslås nemlig i den første af hans anbefalinger, at det klart medgives, at private reproduktioner af værker, der erhverves i forbindelse med online-tjenester, og således er dækket af rettighedshavernes licens, ikke pådrager de sidstnævnte nogen skade, og således ikke medfører nogen kompensation i form af et vederlag for privatkopiering (jf. navnlig punkt 6-8). Jf. dokumentet med titlen »Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies« på internetadressen http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf

66. Tilvejebringelsen af en vederlagsordning for privatkopiering med henblik på finansieringen af den rimelige kompensation, der er omhandlet i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, som sikrer, at denne ikke opkræves på private reproduktioner, der fremstilles ved hjælp af filer, med hensyn til hvilke der er givet tilladelse til privatkopiering mod et vederlag, der svarer til den nævnte kompensation, medfører ganske vist åbenbart betydelige og meget konkrete praktiske vanskeligheder, navnlig når det nævnte vederlag opkræves på reproduktionsmedierne hos deres producenter og hos deres importører, således som det er tilfældet i hovedsagen, på grundlag af en formodning om fysiske personers brug af de nævnte medier til private formål³³.

67. Disse praktiske vanskeligheder kan imidlertid ikke under de omstændigheder, der er anført i punkt 66 i dette forslag til afgørelse, begrunde opkrævningen af en dobbelt rimelig kompensation³⁴. Det tilkommer tværtimod medlemsstaterne inden for rammerne af deres territoriale kompetencer bl.a. at fastsætte mulighed for, at enhver fysisk person, der skal betale den skyldige rimelige kompensation to gange på en privat reproduktion af et beskyttet værk, kan anmode om og opnå tilbagebetaling.

68. Det fremgår af redegørelsen ovenfor, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for en medlemsstats lovgivning, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), på de reproduktioner til privat brug, som rettighedshaverne særligt har givet tilladelse til, og som i denne forbindelse har givet anledning til betaling af et vederlag eller enhver anden form for rimelig kompensation.

B – Betydningen af tekniske beskyttelsesforanstaltninger [det første spørgsmål, litra c) og d), og det andet spørgsmål]

69. Med det første spørgsmål, litra c) og d), ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), på reproduktioner til privat brug af filer med beskyttede værker afhængigt af, om sidstnævnte er beskyttede ved effektive tekniske foranstaltninger eller ikke. Med det andet spørgsmål ønsker retten bl.a. oplyst, på hvilken måde lovgivningen i en medlemsstat vedrørende den rimelige kompensation, der er fastsat i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, skal tage hensyn til de effektive tekniske foranstaltninger, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 6.

70. I dommen i sagen VG Wort m.fl.³⁵ præciserede Domstolen først, at de tekniske foranstaltninger, som artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 henviser til, har til formål at begrænse handlinger, som rettighedshaveren ikke har givet tilladelse til, dvs. at sikre en korrekt anvendelse af denne bestemmelse, og således at forhindre handlinger, der ikke overholder de strenge betingelser, som denne bestemmelse pålægger.

33 — Spørgsmålet behandles mere indgående nedenfor under punkt VI.

34 — Det skal bemærkes, at Domstolen allerede har givet idéen om, at direktiv 2001/29 er til hinder for enhver dobbelt betaling af en rimelig kompensation og kan pålægge en tilbagebetalingsforpligtelse, fylde, bl.a. i dom Amazon.com International Sales m.fl. (EU:C:2013:515, præmis 65). I denne dom udtalte den nemlig, at en person, der skulle betale vederlaget for privatkopiering på et reproduktionsmedium, der var blevet anvendt i en medlemsstat, men som var blevet købt på internettet i en anden medlemsstat, skulle kunne anmode om og opnå tilbagebetaling af det vederlag, som der eventuelt var blevet betalt i den anden medlemsstat.

35 — EU:C:2013:426, præmis 51. Jf. ligeledes dom ACI Adam m.fl. (EU:C:2014:254, præmis 43).

71. Den udtalte derefter i det væsentlige, at hverken den omstændighed, at en medlemsstat ikke har sikret den korrekte anvendelse af den undtagelse for privatkopiering, som den har indført, ved at begrænse de handlinger, som rettighedshaverne ikke har givet tilladelse til³⁶, eller den omstændighed, at de nævnte rettighedshavere ikke har anvendt de tekniske beskyttelsesforanstaltninger, som de frivilligt kan anvende,³⁷ kunne medføre, at betingelsen om rimelig kompensation i dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), bortfaldt.

72. Det følger således af denne dom, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den tillader opkrævning af vederlaget for privatkopiering uafhængigt af, om rettighedshaverne anvender effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger eller ikke, hvilket besvarer i det mindste den forelæggende rets første spørgsmål, litra c) og d).

73. Det følger mere præcist heraf, at den omstændighed, at rettighedshaverne – med det formål at hindre enhver brug af deres beskyttede værker uden tilladelse – har anvendt de effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger, der er til rådighed, eller at de ikke har anvendt dem, ikke har nogen betydning for forpligtelsen om, at de i medfør af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 skal sikres en rimelig kompensation for de reproduktioner af deres værker, som fremstilles til private formål. Rimelig kompensation og effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger kan således udmærket eksistere side om side, idet anvendelsen af sådanne foranstaltninger i givet fald kun har betydning for niveauet for den rimelige kompensation, dvs. for dens beregning og dens størrelse³⁸.

74. Det er imidlertid denne betydning, som den forelæggende rets andet spørgsmål vedrører.

75. Det skal i denne henseende bemærkes, at direktiv 2001/29 pålægger medlemsstaterne, at de, hvis undtagelsen for privatkopiering anvendes, skal tage behørigt hensyn til den teknologiske og økonomiske udvikling, navnlig for så vidt angår digital privatkopiering og vederlagsordninger, når der findes effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger³⁹.

76. Selv om direktiv 2001/29 henviser til nødvendigheden af at tage hensyn til tekniske foranstaltninger ved anvendelsen af den rimelige kompensation⁴⁰ og til at tage hensyn til den rimelige kompensation i forbindelse med brugen af tekniske foranstaltninger⁴¹, foretager det imidlertid ikke nogen præcisering med hensyn til, hvad denne hensyntagen konkret omfatter, hverken i det ene eller det andet tilfælde.

77. Det følger heraf, at medlemsstaterne, således som generaladvokat Sharpston fremhævede i forslaget til afgørelse i sagen VG Wort m.fl.⁴², har en skønsmargen til at definere, hvilke nærmere fremgangsmåder der skal gælde for denne hensyntagen, og intensiteten af denne hensyntagen, idet de skal overholde både formålet med direktiv 2001/29 og – mere generelt – EU-retten.

78. Ud fra dette synspunkt tilkommer det ikke Domstolen over for den forelæggende ret, således som denne har foreslået i det andet spørgsmål, at angive, på hvilken måde medlemsstaterne konkret skal gennemføre denne forskrift. Domstolen kan højst forsyne den med en række holdepunkter, der gør det muligt for den i givet fald at afgøre, om den måde, hvorpå denne hensyntagen er indført i den nationale ret og konkret er gennemført, er forenelig med direktiv 2001/29, hvilken kontrol det kun tilkommer denne at foretage.

36 — Jf. domme VG Wort m.fl. (EU:C:2013:426, præmis 52-54) og ACI Adam m.fl. (EU:C:2014:254, præmis 44).

37 — Jf. dom VG Wort m.fl. (EU:C:2013:426, præmis 55-57).

38 — Jf. i denne retning ligeledes generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sag VG Wort m.fl. (EU:C:2013:34, punkt 95).

39 — Jf. 5. og 39. betragtning til direktiv 2001/29.

40 — Jf. 35. og 39. betragtning.

41 — Jf. 52. betragtning.

42 — EU:C:2013:34, præmis 104.

79. Jeg er derfor af den opfattelse, at der ikke er anledning til – ud over det forslag, som jeg har anført ovenfor i punkt 72 i dette forslag til afgørelse – at give et specifikt svar på den forelæggende rets andet spørgsmål.

80. Jeg foreslår derfor, at Domstolen udtaler, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at hverken anvendelsen af eller undladelsen af at anvende effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger for filer med beskyttede værker har nogen betydning for opkrævningen af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 5, stk. 2, litra b).

C – Betydningen af kilden til privatkopiering [det første spørgsmål, litra e)-g)]

81. Med det første spørgsmål, litra e)-g), ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering på reproduktioner til privat brug, der er fremstillet ved hjælp af tredjemands kilder [det første spørgsmål, litra e)], ulovlige kilder [det første spørgsmål, litra f)] og lovlige kilder [det første spørgsmål, litra g)].

82. I dommen i sagen ACI Adam m.fl.⁴³ udtalte Domstolen, at en national ordning, som ikke foretager en sondring mellem den situation, hvor den kilde, fra hvilken en reproduktion til privat brug foretages, er lovlig, og den situation, hvor denne kilde er ulovlig, ikke er forenelig med artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29. Det første spørgsmål, litra f), kan således besvares med en henvisning til den nævnte dom og nærmere bestemt til punkt 1 i denne doms konklusion.

83. For så vidt som den forelæggende ret ikke giver nogen indikation med hensyn til de situationer, der er omhandlet i det første spørgsmål, litra g), er det derimod vanskeligt for Domstolen at forsyne den med et nyttigt og detaljeret svar.

84. Den forelæggende ret har nemlig ikke præciseret, hvad der skal forstås ved »filer, der [...] kopieres lovligt«, »fra lovlige kilder« eller »hvor der ikke er givet licens«, som den henviser til. Den har navnlig hverken angivet, under hvilke omstændigheder eller under hvilke betingelser sådanne filer kan erhverves, bruges eller i givet fald kopieres. Det er således ikke muligt at afgøre, om privat reproduktion af disse kan påføre rettighedshaverne skade og således begrunde opkrævning af en rimelig kompensation i henhold til de principper, der er anført ovenfor, som Domstolen har udviklet bl.a. i Padawan-dommen⁴⁴ og i dommen i sagen Stichting de Thuisakopie⁴⁵.

85. Under disse betingelser og af de samme grunde kan der derfor ikke gives et svar på dette spørgsmål ved en modsætningsslutning af dommen i sagen ACI Adam m.fl.⁴⁶. Den blotte omstændighed, at de kopierede filer til private formål ikke er ulovlige i denne doms forstand, er ikke tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at de kan give anledning til opkrævningen af en rimelig kompensation.

86. Tilbage står behandlingen af det første spørgsmål, litra e), vedrørende reproduktioner til privat brug fremstillet ved hjælp af tredjemands kilder.

43 — EU:C:2014:254.

44 — EU:C:2010:620.

45 — EU:C:2011:397.

46 — EU:C:2014:254.

87. Det bemærkes først, at dette spørgsmål, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, ikke omhandler den situation, hvor en person for sin regning lader en tredjemand foretage en reproduktion af beskyttede værker til private formål⁴⁷. Det fremgår derimod klart af selve dets ordlyd, at det vedrører situationer, hvor en person fremstiller reproduktioner af værker eller beskyttede objekter ved hjælp af kilder, »tilhørende« tredjemand, dvs. i det væsentlige CD-ROM'er eller DVD'er, der er og vedbliver at være tredjemands ejendom, eller filer med beskyttede værker, hvis licensaftaler om anvendelse er tredjemands ejendom i forhold til den person, der får fremstillet den private reproduktion.

88. Det kunne ud fra denne synsvinkel overvejes at besvare det første spørgsmål, litra e), på samme måde som det første spørgsmål, litra f), hvis og i det omfang det ville blive accepteret, at de vedrører lignende situationer.

89. Det kunne således antages, at de reproduktioner, der fremstilles ved hjælp af filer fra DVD'er, CD-ROM'er, MP3-spillere eller computere tilhørende tredjemand, for at gengive den forelæggende rets opregning, i princippet er klart sammenlignelige med reproduktioner fremstillet ved hjælp af værker, der spredes ulovligt på internettet⁴⁸.

90. De personer, der fremstiller sådanne reproduktioner, er i disse tilfælde ikke ejere (med hensyn til de fysiske genstande som CD-ROM'erne og DVD'erne) eller indehavere af licenser om anvendelse (med hensyn til ikke-fysiske genstande som filer, der er lovligt downloaded på salgswebsteder) af disses kilder, således at de reproduktioner, der er fremstillet under sådanne omstændigheder, ikke i noget tilfælde kan være omfattet af reproduktion til private formål.

91. En sådan sidestilling er dog ikke en fuldstændig selvfølge.

92. Det kan på den ene side ikke benægtes, at en tilrådighedsstillelse af beskyttede værker på internettet (»uploading«) uden tilladelse fra rettighedshaverne, som er frit tilgængelig for et ubestemt og ubegrænset antal personer, ikke er sammenlignelig med et lån af en eller flere CD-ROM'er eller DVD'er inden for en privat kreds, familien eller endda venner, der i alle tilfælde er begrænset. Det kan heller ikke benægtes, at de reproduktioner, der fremstilles ved hjælp af filer, der er frit tilgængelige på internettet (»downloading«), ikke er sammenlignelige med de reproduktioner, der fremstilles ved hjælp af en eller endda flere CD-ROM'er eller DVD'er, der lånes af en forælder, en ven eller et bekendtskab.

93. Der kan på den anden side ikke ses bort fra, at lån af et apparat eller et udstyr, der er udstyret med en massehukommelse (computere, harddisks, MP3-spillere eller andre iPods eller hukommelseskort med stor kapacitet), som indeholder filer med beskyttede værker og reproduktionen af disse filer foretaget af tredjemand, dvs. af personer, der ikke er indehaver af licenser om anvendelse af de filer, som de indeholder, udgør mellemsituationer, der hverken er sammenlignelige med det ene (»uploading« eller »downloading« på internettet) eller det andet (lån og kopier af fysiske medier i privatsfæren) af de to tænkte tilfælde, der er angivet ovenfor.

94. Formuleret på en anden måde forekommer det ikke muligt at give et enkelt og ensartet svar på den forelæggende rets spørgsmål, og det er nødvendigt med et vist antal sondringer og præcisioner med hensyn til bl.a. reproduktionskilderne og de situationer, hvori reproduktionerne sker.

47 — Det bemærkes, at selv om ophavsretslovens § 12, stk. 1, gør det muligt at »lade fremstille« kopier, begrænser denne paragrafs stk. 4 denne mulighed betydeligt, idet den udelukker retten til at benytte fremmed medhjælp ved eksemplarfremstillingen, bl.a. når der er tale om musikværker, filmværker eller litterære værker.

48 — Ifølge det udtryk, der blev brugt af Domstolen i dom ACI Adam m.fl. (EU:C:2014:254, præmis 35).

95. Når dette er præciseret, forekommer det mig, at den danske lovgivning indeholder visse svarelementer i denne henseende. Ophavsretslovens § 12, stk. 1, tillader således kun »enkelte« eksemplarer til privat brug, der ikke udnyttes på anden måde. Ved således at henvise til enkelte eksemplarer forekommer den danske lovgivning mig at sondre mellem punktuelle reproduktioner af begrænsede værker, der er omfattet af privatkopiering, og massive reproduktioner af mange værker, der ikke er omfattet heraf. I øvrigt fastsætter ophavsretslovens artikel 12, stk. 3, udtrykkeligt, at »[det] ikke [er] tilladt uden ophavsmandens samtykke at fremstille eksemplarer i digital form på grundlag af et eksemplar, der er lånt eller lejet«. Den danske lovgivning synes således at udelukke reproduktioner fremstillet ved hjælp af eksemplarer tilhørende tredjemænd uden dog at præcisere, om der er tale om tredjemænd, der handler erhvervsmæssigt eller handelsmæssigt, eller om alle tredjemænd, herunder forældre, venner eller bekendtskaber, der handler privat.

96. Det tilkommer under alle omstændigheder den forelæggende ret, som er den eneste, der har kompetence til at fortolke den nationale ret, at fastlægge, hvad der skal forstås ved »enkelte eksemplarer« og »eksemplar, der er lånt«, idet det påhviler denne at fortolke den nævnte nationale ret i lyset af direktiv 2001/29 og at undersøge de forskellige opregnede tænkte tilfælde på grundlag af de principper, der er anført ovenfor, som Domstolen har udviklet i Padawan-dommen⁴⁹ og i dommen i sagen Stichting de Thuiskopie⁵⁰ og under hensyntagen til bestemmelserne i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29.

D – Betydningen af, at skaden er minimal (det tredje spørgsmål)

97. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige compensation, på private reproduktioner, der kun medfører en minimal skade for rettighedshaverne. Den er i denne henseende særligt i tvivl om, hvad der skal forstås ved det i 35. betragtning til direktiv 2001/29 anførte.

98. Direktiv 2001/29 henviser i 35. betragtning hertil til medlemsstaternes mulighed for i visse tilfælde, hvor skaden for rettighedshaverne er minimal, at fastsætte, at der ikke skal opkræves en rimelig compensation, dog uden at hverken de tilfælde, der således er omhandlede, eller de kriterier, der gør det muligt at fastslå, at skaden er minimal, defineres⁵¹.

99. Det kan udledes deraf, at de medlemsstater, der har valgt at indføre undtagelsen for privatkopiering, råder over en betydeligt større skønsmargen til at vedtage bestemmelser, der fraviger fra opkrævningen af en rimelig compensation, når der er tale om en minimal skade, idet det er præciseret, at der under alle omstændigheder blot er tale om en mulighed og ikke en forpligtelse. Det kan under disse omstændigheder ikke foreholdes en medlemsstat, at den ikke har fastsat en sådan fravigelse.

100. Den omstændighed, at privatkopiering på hukommelseskort i mobiltelefoner kun udgør en minimal skade for rettighedshaverne, forudsat at dette bevises, er derfor i princippet ikke i sig selv til hinder for en medlemsstats opkrævning af vederlaget for privatkopiering på disse.

49 — EU:C:2010:620.

50 — EU:C:2011:397.

51 — Forarbejderne til direktiv 2001/29 giver ikke flere holdepunkter. Domstolen har indtil nu ikke virkelig haft lejlighed til at udtale sig i denne henseende, selv om den henviser til den minimale skade i præmis 39 og 46 i dom Padawan (EU:C:2010:620).

101. Som følge heraf foreslår jeg Domstolen, at den udtaler, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på private reproduktioner, der kun medfører en minimal skade for rettighedshaverne.

VII – Om måderne, hvorpå vederlaget for privatkopiering kan opkræves (det sjette spørgsmål)

102. Den forelæggende rets sjette spørgsmål indeholder flere underspørgsmål, der hænger uløseligt sammen, og som vedrører alle måderne for opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, der er fastsat i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29.

103. Den forelæggende ret stiller først spørgsmålet [det sjette spørgsmål, litra a)], om direktiv 2001/29 nærmere bestemt skal fortolkes således, at det er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter en ubetinget forpligtelse for producenter og/eller importører af hukommelseskort til mobiltelefoner til at betale vederlaget for privatkopiering på disse kort, dvs. uden at disse, der sælger disse kort til erhvervskunder, er i stand til at vide, om de vil blive videresolgt af de nævnte erhvervskunder til privatpersoner eller til erhvervskunder.

104. Den ønsker derefter nærmere bestemt oplyst, om og i hvilket omfang svaret på dette principielle spørgsmål ville være anderledes, hvis en sådan forpligtelse i visse tænkte tilfælde ikke var ubetinget [det sjette spørgsmål, litra b) og c)]. Den overvejer således forskellige tilfælde, hvor producenten, importøren og/eller distributøren enten ikke skulle betale vederlaget for privatkopiering eller kunne opnå tilbagebetaling af det vederlag for privatkopiering, som blev betalt, da hukommelseskortene blev solgt til professionelle formål under bestemte omstændigheder, under bestemte betingelser og på bestemte måder, som den opregner.

105. Det følger af Domstolens praksis, som anført ovenfor i punkt 23-32 i dette forslag til afgørelse, og navnlig af Padawan-dommen⁵², at en national lovgivning, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, der er omhandlet i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, på reproduktionsmedier, kun er forenelig med kravene til en rimelig balance, hvis de nævnte medier kan tænkes anvendt til privatkopiering, hvis der er en nødvendig sammenhæng mellem på den ene side anvendelsen af det nævnte vederlag med hensyn til de nævnte medier og på den anden side deres anvendelse til privat reproduktion.

106. Det følger heraf, at et vederlag for privatkopiering, der, ligesom det i hovedsagen omhandlede, opkræves hos producenter og importører af reproduktionsmedier, uden at der tages hensyn til hverken, hvilken person der erhverver mediet i sidste ende, eller den brug, der gøres deraf, og nærmere bestemt uden at der sondres mellem de tilfælde, hvor de erhverves af fysiske personer med henblik på privatkopiering, og de tilfælde, hvor de erhverves af andre personer til helt andre formål end privatkopiering, ikke er i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29.

107. I Padawan-dommen⁵³ anerkendte Domstolen ganske vist, at det under hensyntagen til de praktiske vanskeligheder med at identificere de private brugere og forpligte disse til at godtgøre rettighedsindehaverne den skade, som privatkopieringen har påført dem, stod medlemsstaterne frit for med henblik på finansieringen af den rimelige kompensation at indføre et vederlag for privatkopiering for andre personer end de private brugere, for så vidt som de nævnte personer kunne overvælte omkostningerne ved det nævnte vederlag på de nævnte private brugere.

52 — EU:C:2010:620, præmis 52 og 53.

53 — EU:C:2010:620, præmis 46-50. Jf. ligeledes dom Stichting de Thuiskopie (EU:C:2011:397, præmis 27 og 28).

108. Under disse omstændigheder kan det ikke fuldstændig udelukkes, at en national lovgivning, der, som den i tvisten i hovedsagen omhandlede, fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på reproduktionsmedierne hos producenter og importører af disse, kan være i overensstemmelse med den rimelige balance, der skal findes mellem rettighedshavernes interesser og brugerne af de beskyttede genstande, for så vidt som de nævnte producenter og importører faktisk kan overvælte dette på de brugere, der erhverver de nævnte medier og bruger dem til privatkopiering, eller kan opnå tilbagebetaling heraf, når de nævnte medier erhverves til helt andre formål end privatkopiering.

109. Den forelæggende ret har imidlertid ikke forsynet Domstolen med nogen oplysninger, der gør det muligt for den præcist og detaljeret at afgøre, om den nationale lovgivning, der finder anvendelse på tvisten hovedsagen, sikrer, at vederlaget for privatkopiering, som den indfører, i sidste ende faktisk betales af de personer, som det i princippet påhviler at finansiere den rimelige kompensation, der kræves i nævnte artikel 5, stk. 2, litra b), dvs. i det foreliggende tilfælde af de fysiske personer, der erhverver reproduktionsmedier med henblik på at fremstille reproduktioner af beskyttede værker til deres private brug.

110. Den forelæggende ret begrænser sig således til at citere ophavsretslovens § 39, der bestemmer, at den, der erhvervsmæssigt fremstiller eller indfører lyd- eller videobånd eller andre indretninger, hvorpå lyd eller billeder kan optages, skal betale et vederlag. Ud over de forskellige tilfælde, der sigtes til i selve det sjette spørgsmål, indeholder forelæggelsesafgørelsen derimod ingen konkret og præcis angivelse hverken af de omstændigheder, hvorunder det eventuelt er muligt for producenterne, importørerne eller distributørerne at blive fritaget for at betale vederlaget, eller af de konkrete måder, hvorpå det eventuelt er muligt for dem at opnå tilbagebetaling.

111. Det tilkommer imidlertid under alle omstændigheder alene den forelæggende ret i lyset af de fortolkningselementer for direktiv 2001/29, som Domstolen har givet, at vurdere, om den nationale lovgivning er forenelig med forskrifterne i direktiv 2001/29.

112. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare den forelæggende rets sjette spørgsmål med, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det i princippet ikke er til hinder for en national ordning som den i tvisten i hovedsagen omhandlede, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på reproduktionsmidler hos producenter og importører af disse, for så vidt som de nævnte producenter og importører faktisk kan overvælte disse på de brugere, der erhverver de nævnte medier med henblik på privatkopiering, eller opnår tilbagebetaling deraf, når de nævnte medier er erhvervet med helt andre formål end til privatkopiering. Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere disse omstændigheder og at drage konsekvensen deraf.

VIII – Forslag til afgørelse

113. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare de af Østre Landsret forelagte spørgsmål således:

- »1) Artikel 5, stk. 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet skal fortolkes således, at den i princippet ikke er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på hukommelseskort til mobiltelefoner, for så vidt som der sikres en rimelig balance, som skal opretholdes mellem de forskellige kategorier af rettighedsindehavere og brugerne af beskyttede genstande, og der følgelig er en sammenhæng mellem denne opkrævning og den formodede brug af disse kort til privat reproduktion, idet de nævnte korts primære eller væsentligste funktion ikke har nogen betydning i denne forbindelse.

Direktiv 2001/29 skal imidlertid fortolkes således, at det er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på flytbare reproduktionsmedier, såsom hukommelseskort i mobiltelefoner, samtidig med at den udelukker denne for ikke-flytbare medier, der er integreret i apparater eller i udstyr, som er specifikt udformet og hovedsagligt anvendes som reproduktionsmedier til private formål, uden at denne udelukkelse er objektivt begrundet.

Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere de eventuelle objektive begrundelser for denne udelukkelse og at drage konsekvenserne deraf.

- 2) Direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for en medlemsstats lovgivning, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), på de reproduktioner til privat brug, som rettighedshaverne særligt har givet tilladelse til, og som i denne forbindelse har givet anledning til betaling af et vederlag eller enhver anden form for rimelig kompensation.
- 3) Direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at hverken anvendelsen af eller undladelsen af at anvende effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger for filer med beskyttede værker har nogen betydning for opkrævningen af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b).
- 4) Direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for lovgivningen i en medlemsstat, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på private reproduktioner, der kun medfører en minimal skade for rettighedshaverne.
- 5) Direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det i princippet ikke er til hinder for en national ordning, som den i tvisten i hovedsagen omhandlede, der fastsætter opkrævning af vederlaget for privatkopiering, som skal finansiere den rimelige kompensation, på reproduktionsmidler hos producenter og importører af disse, for så vidt som de nævnte producenter og importører faktisk kan overvælge disse på de brugere, der erhverver de nævnte medier med henblik på privatkopiering, eller opnår tilbagebetaling deraf, når de nævnte medier er erhvervet med helt andre formål end til privatkopiering.

Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere disse omstændigheder og at drage konsekvensen deraf.«