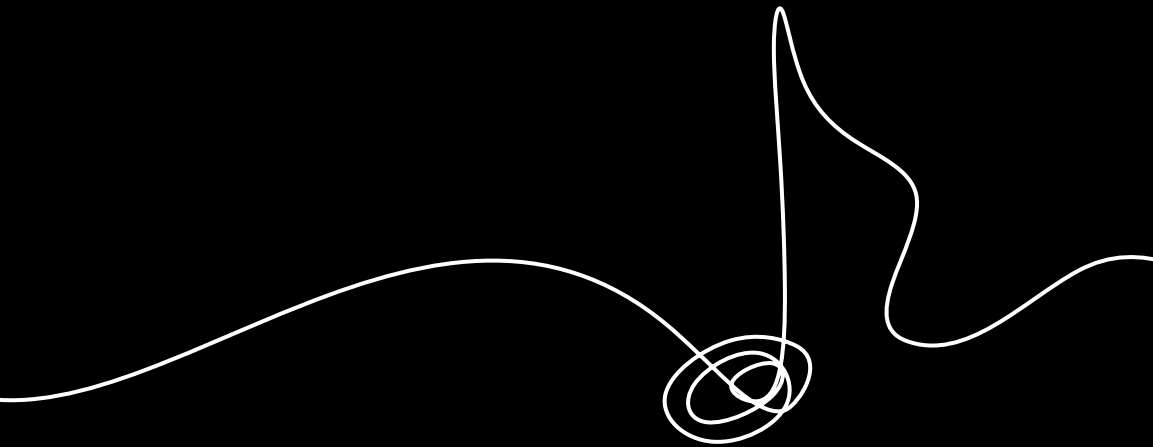


Helene May Kristensen

Musikselskabets retsstilling ved brug af musik i radio og tv



Brug af musik efter tvangslicens-
reglen i ophavsretslovens § 68

Helene May Kristensen

Musikselskabets retsstilling ved brug af musik i radio og tv

Brug af musik efter tvangslicensreglen
i ophavsretslovens § 68



Djøf Forlag
2022

Helene May Kristensen
Musikskelskabets retsstilling ved brug af musik i radio og tv
– Brug af musik efter tvangslicensreglen i ophavsretslovens § 68

1. udgave, 1. oplag

© 2021 by Djøf Forlag

Bogen ligger som e-bog på www.ubva.dk
Brugen af e-bogs-udgaven sker på de vilkår, der fastsættes af UBVA.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra den trykte udgave af denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tinkov
Sats: Christensen Grafisk
Tryk: Ecograf

Printed in Denmark 2021
ISBN 978-87-574-5163-4
E-bog ISBN 978-87-719-8581-8

Bogen er udgivet med økonomisk støtte fra
Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA)
under hovedorganisationen Akademikerne

Djøf Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	9
Kapitel I – Introduktion	11
1.1. Indledning	11
1.2. Problemformulering	12
1.3. Afgrænsning og definitioner	13
1.4. Systematik	14
Kapitel II – Retsgrundlaget	15
2.1. Den ophavsretlige regulering	15
2.2. Musikselskabets enerettigheder – OPHL § 66	16
2.3. Indskrænkninger i musikselskabets enerettigheder	18
2.3.1. Offentlig fremførelse	18
2.3.1.1. Tvangslicensreglen i OPHL § 68	18
2.3.2. Eksemplar fremstilling	20
2.3.2.1. Optagereglen i OPHL § 31	20
2.3.2.2. Tvangslicensreglen i OPHL § 68	22
2.3.3. Særligt om OPHL § 68, stk. 4	22
Kapitel III – Synkronisering	23
3.1. Problemstillingen	23
3.2. Synkronisering i egenproduktioner	24
3.2.1. U 2003.280 H	24
3.2.2. Dobbelt hjemmelsgrundlag	25
3.2.3. Bemærkninger til dommen	27
3.2.4. Sammenfatning	28
3.3. Synkronisering i entreprisproduktioner	29
3.3.1. Clearing af musikværker i entreprisproduktioner	30
3.3.1.1. U 2014.2442 H og C-510/10 (NCB)	30

Indholdsfortegnelse

3.3.1.2.	»Ved hjælp af egne midler«	31
3.3.1.3.	Højesterets afgørelse	33
3.3.1.4.	Sammenfatning	33
3.3.2.	Clearing af masterrettigheder i entreprisproduktioner	34
3.3.2.1.	OPHL § 31?	34
3.3.2.2.	OPHL § 68?	36
3.3.2.3.	Anvendelsesbegrebet i OPHL § 68	36
3.3.2.4.	Betalingsforholdet	37
3.3.2.5.	Egen- eller entreprisproduktion	37
3.3.2.6.	Leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, og InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2	38
3.3.2.7.	Sammenfatning på entreprisproduktioner	39
3.4.	Undtagelsen i OPHL § 68, stk. 4	40
3.4.1.	Rækkevidden af OPHL § 68, stk. 4	40
3.4.2.	C-147/19 (Atresmedia)	42
3.4.2.1.	OPHL § 68, stk. 4, i lyset af C-147/19 (Atresmedia)	43
3.4.3.	Sammenfatning	44
3.5.	Sammenfatning på synkroniseringsproblemstillingen	45
Kapitel IV – Udgivelseskriteriet	47
4.1.	Problemstillingen	47
4.2.	Indledende bemærkninger om udgivelsesbegrebet	48
4.3.	Er udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, og OPHL § 68 det samme?	49
4.3.1.	Lovmotiverne om udgivelsesbegrebet	49
4.3.2.	Sammenfatning	51
4.4.	Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?	51
4.4.1.	Ordlyden af OPHL § 8, stk. 2	51
4.4.1.1.	Spredningsbegrebet	52
4.4.1.2.	Eksemplarbegrebet	53
4.4.1.3.	Udgivelsesbegrebet i øvrig nordisk ret	55
4.4.1.4.	Sammenfatning	56
4.4.2.	Restriktiv fortolkning af udgivelsesbegrebet	57
4.4.3.	Forarbejderne til 1998-loven	60
4.4.4.	Betænkning 1064/1986 om ophavsret og edb	62
4.4.5.	Forarbejderne til 2002-loven og 2004-loven	64
4.4.6.	Forarbejderne til revidering af blankmedieordningen	65
4.4.7.	Det internationale udgivelsesbegreb – Bernerkonventionen	66

4.4.7.1. Positiv og negativ afgrænsning af udgivelsesbegrebet	66
4.4.7.2. Udgivelseskriteriets funktion i Bernerkonventionen	67
4.4.7.3. Sammenfatning	68
4.4.8. Det internationale udgivelsesbegreb – WPPT	69
4.4.8.1. WPPT's udgivelsesbegreb	69
4.4.8.2. Minimumsbeskyttelse	70
4.4.9. Det EU-retlige udgivelsesbegreb	71
4.4.9.1. Leje- og lånedirektivet	71
4.4.9.2. Beskyttelsestidsdirektivet	72
4.4.9.3. EU-Domstolens retspraksis	73
4.5. Sammenfatning på udgivelseskriteriet	77
Kapitel V – Afslutning	81
5.1. Konklusion	81
5.2. Retspolitiske betragtninger i relation til Gramex' forvaltning af OPHL § 68	84
English summary	87
Litteraturliste	89

Forord

Denne bog er en revideret udgave af min specialeafhandling, som jeg forsvarede ved Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet i februar 2021 som afslutning på min cand.jur.-grad. Bogen udgives med økonomisk støtte fra Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA). Jeg vil derfor gerne takke UBVA, uden hvem bogen ikke var blevet en realitet. En varm tak skal også lyde til professor Morten Rosenmeier for hans til enhver tid kyndige og kvalificerede vejledning, gode indspark og kritiske spørgsmål. Derudover skal der lyde en særlig tak til Jakob Plesner Mathiasen for idéen til afhandlingens emne og for at dele ud af sin anseelige viden om musikrettigheder.

København, oktober 2021

Helene May Kristensen

KAPITEL I

Introduktion

1.1. Indledning

Brug af musik har siden visningen af de tidligste sort/hvid-film været en uundværlig bestanddel i film- og tv-produktioner. Oprindeligt blev musikken anvendt ved, at et orkester var stillet op på sidelinjen af biografskærmen og spillede live-musik, som ikke altid var komponeret på forhånd. De sidste 100 år har måden, hvorpå musik anvendes i film- og tv-produktioner, dog ændret sig markant, og anvendelsen af musik er i dag usammenlignelig med de første lydfilm.

I dag produceres der dagligt utallige film og tv-programmer, og produktionsmetoderne har ændret sig kolossalt i takt med den teknologiske udvikling. Synkronisering af musik er blevet en fast bestanddel af de fleste film- og tv-produktioner, og den i produktionen anvendte musik vil ofte være indspillet og distribueret forud for integreringen i produktionen. Distributionsmetoderne er ligeledes forandret i takt med medieudviklingen. Hvor musik tidligere blev distribueret gennem fysisk salg af vinylplader og senere CD'er, har digital distribution i dag gennemsyret markedet bl.a. gennem musikstreamingtjenester og digitale købsplatforme.

Disse er blot få eksempler på, hvordan den teknologiske udvikling udfordrer den ophavsretlige regulering, og udfordres lovgivningen, kan det potentielt påvirke den kollektive forvaltning af konkrete rettighedsområder. Et af disse områder er forvaltningen af musikselskabers rettigheder i medfør af tvangslicensreglen i ophavsretslovens (fremadrettet OPHL) § 68. Efter denne bestemmelse opkræver den kollektive forvaltningsorganisation Gramex årligt betydelige vederlagsbeløb til musikselskaber, når disses udgivne musikindspilninger anvendes til radio- og tv-udsendelser. Området er af stor økonomisk betydning for musikselskaberne, hvilket er tydeliggjort af, at musiksel-

Kapitel I Introduktion

skaberne i 2020 modtog omtrent 90 mio. kr. alene for Gramex' forvaltning af OPHL § 68-området.¹

I takt med den teknologiske udvikling og OPHL § 68's økonomiske betydning forekommer det således tiltagende relevant at undersøge rækkevidden af bestemmelsens eksisterende regulering, hvilket har været motivationen for nærværende fremstilling. Der er valgt et fokus på to udvalgte problemstillinger i relation til tvangslicensreglen, som begge udspringer af den teknologiske udvikling, og som potentielt kan påvirke Gramex' forvaltning af musikselskabernes rettigheder. Dels vil fremstillingen undersøge OPHL § 68's rækkevidde i relation til synkronisering i tv-produktioner og dernæst rækkevidden af bestemmelsens udgivelseskriterie.

1.2. Problemformulering

Efter OPHL § 68, stk. 1, »(...) må udgivne lydoptagelser anvendes til radio- og fjernsynsudsendelse og til andre offentlige fremførelser«. Bestemmelsen indebærer overordnet set, at musik kan anvendes i radio og tv under nærmere betingelser og begrænsninger. Adgangen til at anvende musik efter bestemmelsen forudsætter, at de udøvende kunstnere og musikselskaberne bag musikken modtager vederlag for brugen, og det er gennem forvaltningsorganisationen Gramex, at ordningen administreres.

Det ønskes med denne fremstilling at foretage en vurdering af musikselskabers rettigheder ved brug af musik i radio og tv efter OPHL § 68. Fremstillingen beror på en undersøgelse af to udvalgte problemstillinger, som fremstår væsentlige at undersøge i relation til Gramex' forvaltning af OPHL § 68-området; synkronisering og udgivelseskriteriet.

Fremstillingen beror således først og fremmest på en vurdering af, om synkronisering af musik i tv-produktioner kan foretages efter tvangslicensen i OPHL § 68 og således uden at indhente individuelle tilladelser fra musikselskaberne. Kernen i vurderingen angår, hvorvidt synkroniseringshandlingen falder inden for tvangslicensreglen der, som ordlyden anfører, relaterer sig til *offentlig fremførelse*. Dernæst vil fremstillingen vurdere rækkevidden af tvangslicensreglens udgivelseskriterie, herunder om udgivelseskriteriet indebærer, at brug af musik i radio og tv er afgrænset til musikindspilninger, som er fysisk distribueret, eller om indspilninger, som alene er digitalt distribueret, også kan anses for udgivne.

1. Før fratræk af omkostninger, jf. Gramex' årsrapport for året 2020.

1.3. Afgrænsning og definitioner

Fremstillingens indhold retter sig som udgangspunkt mod indholdet af OPHL § 68. Fokus vil således være på den nationale retstilstand og tager derfor primært afsæt i reguleringen efter den danske lovgivning. Som det vil blive gennemgået, er ophavsretten dog stærkt præget af EU-retlige og folkeretlige retskilder, og den nationale regulering vurderes derfor i lyset af disse.

OPHL § 68 relaterer sig til både musikselskaber og udøvende kunstnere, men fremstillingens fokus er på musikselskabernes rettigheder. Selvom fremstillingen er afgrænset til denne rettighedshavergruppe, skal det dog bemærkes, at de udøvende kunstners retsstilling vil være stort set identisk. Da OPHL § 68 alene relaterer sig til disse to rettighedsgrupper, vil øvrige rettighedshaveres retsstilling i øvrigt ikke være genstand for fremstillingen.² Retspraksis, der har behandlet øvrige rettighedshaveres retsstilling, vil imidlertid blive inddraget, når dette forekommer relevant for vurderingen af musikselskabernes retsstilling.

OPHL § 68 regulerer brug af musik i både radio og tv. Da udgivelseskriteriet er en forudsætning for enhver musikbrug efter OPHL § 68, er fremstillingens undersøgelse af udgivelseskriteriet derfor relevant for brug af musik i både radio- og tv-sammenhænge. Fremstillingens undersøgelse af synkroniseringsproblemstillingen er derimod afgrænset til tv-området. I den forbindelse retter vurderingen sig mod musikbrug i både egenproduktioner og entreprisproduktioner.

Ved egenproduktioner forstås tv-stationers interne produktioner, hvor tv-stationen selv producerer det pågældende tv-program, hvorimod entreprisproduktioner er karakteriseret ved, at et eksternt produktionsselskab producerer et tv-program til en tv-station på bestilling og finansiering af tv-stationen. Omfattet af begrebet entreprisproduktioner er også co-produktioner, som er karakteriseret ved et samarbejde mellem tv-stationen og produktionsselskabet, og hvor tv-stationen foruden sit finansielle bidrag også bidrager med et redaktionelt indhold til produktionen.³

2. En musikbruger skal dog være opmærksom på, at hvis denne ønsker at anvende musik i radio eller tv, skal alle rettigheder knyttet til den pågældende musik clears, herunder også sangskriverens, komponistens mv.
3. Definitionerne er udledt af tidligere kulturminister Mette Bocks besvarelse af spørgsmål nr. 9 (alm. del) af 9. november 2017:
<https://www.ft.dk/samling/20171/almindel/kuu/spm/9/svar/1441086/1815416/index.htm>.

Kapitel I Introduktion

I relation til synkroniseringsspørgsmålet er OPHL § 68 i retspraksis blevet sammenholdt med OPHL § 31. Sidstnævnte bestemmelse inddrages derfor i vurderingen af synkroniseringsproblemstillingen.

1.4. Systematik

Fremstillingen er opbygget i fem kapitler angivet i romertal, hvoraf nærværende introduktionskapitel udgør kapitel I. Kapitel II består indledningsvis af en kort gennemgang af retsgrundlaget relevant for besvarelsen af fremstillingens problemfelt. Herefter vil musikselskabets retsstilling gennemgås i relation til musikselskabets eneret efter OPHL § 66 og relevante indskrænkninger til eneretten, herunder OPHL §§ 31 og 68. I kapitel III behandles synkroniseringsproblemstillingen, og i kapitel IV vurderes rækkevidden af udgivelseskriteriet i OPHL § 68. Afslutningsvis vil kapitel V bestå af en samlet konklusion på de to udvalgte problemstillinger, og fremstillingen afrundes med en retspolitisk overvejelse af problemstillingernes betydning i relation til Gramex' forvaltning af OPHL § 68.

KAPITEL II

Retsgrundlaget

Nærværende kapitel indeholder en kort gennemgang af det nationale, EU-retlige og internationale ophavsretlige retsgrundlag, som danner grundlag for den videre fremstilling. Dernæst gennemgås musikselskabets retsstilling efter OPHL i relation til brug af musik i radio og tv.

2.1. Den ophavsretlige regulering

I national henseende findes de ophavsretlige regler i ophavsretsloven (OPHL)⁴ (senest revideret i 2021). Den danske ophavsretlige regulering går flere århundreder tilbage til en forordning fra 1741,⁵ men den nuværende OPHL er baseret på ophavsretsloven fra 1961⁶ (herefter 1961-loven), som var resultatet af et fælles nordisk lovsamarbejde. Siden er regelsættet blevet ændret og udvidet yderligere, og OPHL blev senest grundlæggende revideret ved en lovændring i 1995⁷ (herefter 1995-loven), som den nuværende OPHL i dag har sine rødder i.

Som følge af Danmarks deltagelse i EU er dansk ophavsret stærkt præget af EU-direktiver, som de danske regler skal fortolkes i lyset af. EU-lovgiver har udstedt flere direktiver, bl.a. direktiv 2006/115/EF (leje- og lånedirektivet),⁸ direktiv 2001/29/EF (InfoSoc-direktivet),⁹ direktiv 2006/116/EF (be-

4. Lov nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret.

5. Forordning af 7. januar 1741.

6. Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.

7. Lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret.

8. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlåns- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodificeret udgave).

skyttelsestidsdirektivet)¹⁰ m.fl., som er implementeret i dansk ret.¹¹ I relation til forholdet mellem dansk ret og EU-ret følger det af det grundlæggende EU-retlige princip om forrang, at EU-retten står over dansk ret, og medlemsstaterne skal derfor anvende EU-retten i tilfælde af modstrid mellem national ret og EU-ret.¹² Derudover har EU-Domstolens afgørelser bindende virkning, og EU-retspraksis spiller derfor også en central rolle i dansk ret.

Ud over den EU-retlige regulering er ophavsretten i vidt omfang præget af internationale konventioner og traktater. En af de første på området var Bernerkonventionen,¹³ som Danmark tiltrådte i 1903, og som stiller en række minimumskrav til den nationale beskyttelse af litterære og kunstneriske værker. Med Romkonventionen af 1961,¹⁴ som blev ratificeret af Danmark i 1964, blev også musikselskabers musikindspilninger beskyttet på internationalt niveau. Romkonventionen blev i 1996 suppleret af WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer¹⁵ (fremadrettet WPPT) i en erkendelse af, at Romkonventionen ikke omfavnede den teknologiske udvikling, og denne blev ratificeret af Danmark og EU i 2009.¹⁶

2.2. Musikselskabets enerettigheder – OPHL § 66

Når et musikselskab indspiller musik, nyder musikselskabet en producentbeskyttelse til indspilningen efter OPHL § 66.

Producentbeskyttelsen i OPHL § 66 er placeret i OPHL kapitel 5 om 'Andre rettigheder' og udgør en af de såkaldte *nærtstående rettigheder*, også kaldet naboretigheder. Nabobetegnelsen afspejler, at rettighederne i kapitel 5

9. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.
10. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (kodificeret udgave).
11. For en samlet liste over de indtil nu gennemførte direktiver om ophavsret, se Schovsbo, J.; Rosenmeier, M.; Petersen, S. C. (2021). *Immaterielret*.
12. EU-Domstolen har stadfæstet princippet i sag 6/64, Costa mod Enel, 15. juli 1964.
13. Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886 som revideret senest i Paris den 24. juli 1971.
14. International konvention af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender (Romkonventionen).
15. WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer (WPPT), Genève (1996).
16. Da WPPT yder en bredere beskyttelse end Romkonventionen, er Romkonventionen udeladt af fremstillingens undersøgelse.

2.2. Musikselskabets enerettigheder – OPHL § 66

nyder en svagere beskyttelse end de egentlige litterære og kunstneriske værker beskyttet efter lovens kapitel 1, og beskyttelsen derfor nærmere er *naboretlig* end ophavsretlig.¹⁷

Efter producentbeskyttelsen har musikselskabet en række rettigheder til indspilningen. Af OPHL § 66, stk. 1, følger det nemlig, at lydoptagelser ikke uden fremstillernes samtykke må eftergøres eller gøres tilgængelige for almenheden inden for beskyttelsesperioden.¹⁸ Bestemmelsen er udtryk for musikselskabets enerettigheder (også kaldt masterrettighederne), og indebærer, at musikindspilninger ikke kan udnyttes af andre, uden at musikselskabet først har givet tilladelse.¹⁹ Som det fremgår af ordlyden, relaterer enerettighederne sig overordnet til to former for udnyttelsesformer, nemlig »eftergørelse« og »tilgængeliggørelse for almenheden«. Disse begreber er defineret nærmere i OPHL § 2, stk. 2-4, som tillige gælder for masterrettighederne, jf. henvisningen i OPHL § 66, stk. 2.

For det første indebærer masterrettighederne, at musikselskabet har eneret til at udnytte sine indspilninger til eksemplar fremstilling (jf. ordlyden »eftergørelse«). Begrebsmæssigt omfatter retten til eksemplar fremstilling »(...) enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form«, jf. OPHL § 66, stk. 2, jf. § 2, stk. 2.

For det andet indebærer masterrettighederne, at musikselskabet har eneret til at tilgængeliggøre sine indspilninger for almenheden. Tilgængeliggørelsesretten omfatter både spredning, visning og offentlig fremførelse, jf. OPHL § 66, stk. 2, jf. § 2, stk. 3. Retten til offentlig fremførelse omfatter trådbunden eller trådløs tilrådighedsstillelse til almenheden, herunder udsendelse i radio eller fjernsyn, og tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. OPHL § 2, stk. 4, nr. 1. Ordlyden »tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på individuelt valgt sted og tidspunkt« in-

17. Den svagere beskyttelse ligger bl.a. i, at musikselskaber (ligesom de øvrige naboretigheder) ikke er beskyttet mod efterligninger, som litterære og kunstneriske værker er. Musikselskabets eneret til eksemplar fremstilling er således alene beskyttet mod andres direkte kopiering.
18. Beskyttelsesperioden er som udgangspunkt 50 år fra udgangen af det år, hvor optagelsen fandt sted. Er lydoptagelsen udgivet eller offentliggjort inden for det tidsrum, gælder beskyttelsen i 70 år fra udgangen af det år, hvor udgivelsen eller offentliggørelsen fandt sted.
19. Når musikselskabet giver tilladelse til en brug, som denne har eneret til efter OPHL § 66, kaldes dette også »clearing på eneretsgrundlag« eller »individuel clearing«. Disse terminologier vil tillige benyttes i fremstillingen.

Kapitel II Retsgrundlaget

debærer, at musikselskaberne har eneret til at udnytte deres musikindspilninger gennem on demand-brug.²⁰

Musikselskabets rettigheder i OPHL § 66 har baggrund i Romkonventionen og er ligeledes reguleret gennem WPPT. På EU-niveau er producentbeskyttelsen reguleret gennem en række direktiver, herunder bl.a. leje- og lånedirektivet (for udlejnings- og udlånsituationer) og InfoSoc-direktivet (for eksemplar fremstillingstilfælde m.m.).

2.3. Indskrænkninger i musikselskabets enerettigheder

Som anført i afsnit 2.2 har musikselskabet som udgangspunkt eneret til både eksemplar fremstilling og offentlig fremførelse af sine musikindspilninger efter OPHL § 66. En brug, som falder inden for musikselskabets eneret, skal musikselskabet derfor give tilladelse til.

Musikselskabets eneret er imidlertid ikke ubegrænset. For det første gælder en række af OPHL's indskrænkninger og undtagelser i kapitel 2 også for masterrettighederne, da OPHL § 66, stk. 2, henviser til flere af disse regler med en angivelse af, at de finder tilsvarende anvendelse. For det andet gælder den særlige tvangslicensregel i OPHL § 68.

I det følgende introduceres indskrænkninger og undtagelser til producentbeskyttelsen af relevans for fremstillingens problemformulering.

2.3.1. Offentlig fremførelse

2.3.1.1. Tvangslicensreglen i OPHL § 68

OPHL § 68 er udtryk for en særlig indskrænkning i musikselskabets eneret efter producentbeskyttelsen i OPHL § 66. Bestemmelsen implementerer leje- og lånedirektivets vederlagsregel i artikel 8, stk. 2, og i internationale retskilder er vederlagsretten reguleret i Romkonventionens artikel 12 og WPPT artikel 15.

OPHL § 68 er udtryk for en tvangslicensregel, hvilket betyder, at musikindspilninger under visse forudsætninger må bruges på visse måder, uden at musikselskabet bag indspilningen skal give tilladelse til udnyttelsen. Det følger af bestemmelsen, at »(...) udgivne lydoptagelser [må] anvendes til radio- og fjernsynsudsendelse og til andre offentlige fremførelser«, uanset musikselskabets eneret efter OPHL § 66.

20. Begrebsmæssigt dækker »on demand« over aktiviteter, hvor det er muligt for en bruger at tilgå musikken, hvor og hvornår vedkommende ønsker det.

2.3. Indskrænkninger i musikselskabets enerettigheder

I praksis betyder reglen, at radio- og tv-stationer kan udsende radio- og tv-programmer med musik uden at indhente særskilt tilladelse fra musikselskaberne bag de pågældende musikindspilninger. Som nævnt i afsnit 2.2. er udsendelse en form for offentlig fremførelse, jf. OPHL § 66, stk. 2, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, og OPHL § 68 udgør derfor en indskrænkning i musikselskabets eneret til offentlig fremførelse.

OPHL § 68 finder kun anvendelse for »udgivne« lydoptagelser. Det betyder, at radio- og tv-stationer ikke kan henholde sig til tvangslicensreglen, når de anvender ikke-udgivne musikindspilninger. Er en indspilning således ikke udgivet, skal stationen i stedet sørge for at klare rettighederne på eneretsgrundlag efter OPHL § 66, dvs. indgå individuel aftale med det relevante musikselskab om musikbrugen. Den indholdsmæssige afgrænsning af udgivelseskriteriet i tvangslicensreglen er en af fremstillingens to udvalgte problemstillinger og vil blive behandlet i kapitel IV.

Tvangslicensreglen gælder ikke for udsendelser stillet til rådighed on demand, jf. ordlyden i OPHL § 68, stk. 1, 2. pkt., hvoraf det fremgår, at bestemmelsen ikke finder anvendelse »(...) på offentlig fremførelse i form af tilrådighedsstillelse af udgivne lydoptagelser på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, 2. led.« Ordlyden indebærer, at tvangslicensreglen er afgrænset til situationer, hvor musik anvendes i flow-udsendelser.²¹ Ønsker en radio- eller tv-station derfor, udover at udsende et program på flow-tv eller flow-radio, også at tilgængeliggøre det pågældende program on demand, skal stationen klare musikselskabets on demand-rettigheder på eneretsgrundlag efter OPHL § 66.

Eftersom OPHL § 68 er udtryk for en tvangslicensregel, kan musikselskabet ikke modsætte sig musikbrugen. Indskrænkningen modsvares dog af en vederlagsret, jf. OPHL § 68, stk. 2, hvorefter radio- og tv-stationerne er forpligtet til at betale vederlag til musikselskabet, når der udsendes programmer med musik indeholdt. Som nævnt indledningsvis administreres tvangslicensordningen af Gramex, som derfor forestår vederlagsopkrævningen og i den henseende repræsenterer musikselskaberne. Om Gramex skal det kort bemærkes, at hovedområdet for organisationens arbejde er opkrævning efter

21. Flow er udtryk for, at en radio- eller tv-station har tilrettelagt en bestemt rækkefølge for, hvilke programmer som udsendes i radioen/fjernsynet og hvornår. Modsvaret til flow er eksempelvis streaming og on demand, hvor brugeren selv beslutter, hvilket program som skal lyttes/vises og på hvilket tidspunkt.

tvangslicensreglen, men at Gramex også kan licensere og opkræve vederlag for andre områder, såfremt musikselskaberne giver mandat hertil.²²

2.3.2. Eksemplarfremsstilling

2.3.2.1. Optagereglen i OPHL § 31

En anden væsentlig indskrænkning i musikselskabets enerettigheder er optagereglen i OPHL § 31, som finder tilsvarende anvendelse for masterrettighederne, jf. henvisningen i OPHL § 66, stk. 2. Denne indskrænkning er behandlet i retspraksis i relation til synkroniseringsproblemstillingen, hvorfor indholdet heraf gennemgås i nedenstående med fokus på tv-stationer.

Efter OPHL § 31, stk. 1, må tv-stationer til brug i deres udsendelser optage værker på bånd, film eller anden indretning, der kan gengive dem, under forudsætning af, at de har ret til at udsende de pågældende værker. Kulturministeren har efter OPHL § 31, stk. 2, mulighed for at fastsætte nærmere regler om vilkårene for at foretage sådanne optagelser og om brugen og opbevaringen af disse, men muligheden har aldrig været udnyttet.

OPHL § 31 bygger på Bernerkonventionens artikel 11, stk. 3, og blev indført i dansk ret med 1961-loven (i daværende § 22, stk. 2-3). Bestemmelsen blev videreført med uvæsentlige ændringer i 1995-loven. Siden er området blevet reguleret på EU-niveau gennem InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d.

Indholdet af OPHL § 31, stk. 1, betyder, at tv-stationer må optage musikindspilninger til brug i deres udsendelser uden at indhente tilladelse fra musikselskabet. Bestemmelsen indebærer således, at når en tv-station sender et program med musik indeholdt i tv, må tv-stationen foretage kopiering (og dermed en eksemplarfremsstilling) af musikindspilningen, hvilket ellers som udgangspunkt er forbeholdt musikselskabet efter OPHL § 66. Bestemmelsen udgør derfor en indskrænkning i musikselskabernes eneret til eksemplarfremsstilling.

Baggrunden for bestemmelsen er, at tv-stationers udsendelser sjældent finder sted direkte. Tværtimod foretages udsendelser oftest på baggrund af forudgående optagelser, og reglen er derfor indført for at muliggøre, at bl.a. tv-stationer på forhånd kan optage tv-programmer med musik indeholdt med henblik på senere udsendelse.²³ Som anført af P. Schønning giver bestemmel-

22. Gramex har bl.a. fået mandat til at administrere rettigheder, når der kopieres indspillet musik til brug for offentlig fremførelse i butikker, restauranter mv., teater og jukebokse, jf.

<https://gramex.dk/jeg-udgiver-musik/udbetaling/hvad-udbetaler-vi-for/mandater/>.

23. FT 1959-1960, tillæg A, sp. 2723-2724.

2.3. Indskrænkninger i musikselskabets enerettigheder

sen ikke tv-stationer ret til en selvstændig udnyttelse af musikken, men gør det dog muligt for tv-stationer at foretage tekniske kopieringer, som er nødvendige for tv-stationens udsendelsesvirksomhed.²⁴

En række betingelser skal dog være opfyldt, før bestemmelsen kan finde anvendelse:

Tv-stationen må alene foretage kortvarige/forbigående optagelser i henhold til OPHL § 31. At optagelsesadgangen er afgrænset til kortvarige optagelser, fremgår ikke direkte af ordlyden i OPHL § 31. Dog følger det af bemærkningerne til 1961-loven, at bestemmelsen bygger på Bernerkonventionen, hvorefter der er adgang til at fastsætte bestemmelser med hensyn til »midlertidigt prægede optagelser«. Derudover følger det nu direkte af InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, som OPHL § 31 implementerer, hvorefter »medlemslandene kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger til (...) [reproduktionsretten] med hensyn til *efemere* optagelser (egen fremhævelse). Efemberbegrebet betyder i almindelig sprogbrug, at noget er af meget kort varighed, forbigående og/eller flygtigt.

Hverken InfoSoc-direktivets efemberbetingelse eller Bernerkonventionens betingelse om midlertidigt prægede optagelser er dog nærmere afgrænset end beskrevet ovenfor. Hvorledes optageadgangen i OPHL § 31, stk. 1, skal afgrænses, er derfor uklart, hvorfor fremstillingen vil berøre emnet i kapitel III.

Herudover skal de efemere optagelser være foretaget ved brug af tv-stationens egne midler og til brug for tv-stationens egne udsendelser, jf. InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, og Bernerkonventionens artikel 11 bis, stk. 3. Begrebet »egne midler« har givet anledning til uklarhed, for så vidt angår synkronisering i entreprisproduktioner, og spørgsmålet er også blevet behandlet af EU-Domstolen i C-510/10 (NCB).²⁵ Begrebets rækkevidde i relation til synkronisering vil blive behandlet i kapitel III.

Derudover må tv-stationer alene optage musikindspilninger, som tv-stationerne har *ret* til at udsende. En tv-station kan have udsendelsesret som følge af aftale (enten individuel eller kollektiv) eller af øvrige bestemmelser i OPHL.²⁶ Eksempelvis kan en tv-stations udsendelsesret følge af tvangslicensen i OPHL § 68. Det vil sige, at hvis en tv-station kan udsende en musikindspilning efter tvangslicensreglen, må tv-stationen tillige foretage kortvarige optagelser af indspilningen som led i sin udsendelsesvirksomhed efter OPHL § 31, stk. 1.

24. Schönning, P. (2021). *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 460.

25. C-510/10, DR og TV 2 Danmark A/S mod NCB – Nordisk Copyright Bureau, 26. april 2012.

26. Schönning, P. (2021). *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 460.

Kapitel II Retsgrundlaget

2.3.2.2. Tvangslicensreglen i OPHL § 68

Som gennemgået i afsnit 2.3.1.1. udgør OPHL § 68, stk. 1, en indskrænkning i musikselskabets eneret til offentlig fremførelse. Selvom ordlyden i bestemmelsen alene synes at indskrænke musikselskabers eneret til offentlig fremførelse af dets musikindspilninger, er det dog fastslået i retspraksis, at OPHL § 68, stk. 1, tillige udgør en indskrænkning i musikselskabernes eneret til eksemplar fremstilling i relation til synkronisering, jf. U 2003.280 H.²⁷ Synkroniseringsproblemstillingen behandles dybdegående i kapitel III.

2.3.3. Særligt om OPHL § 68, stk. 4

I OPHL § 68, stk. 4, er indeholdt en særlig regel, som i relation til synkroniseringsspørgsmålet kom under behandling af Højesteret i U 2003.280 H.

Efter OPHL § 68, stk. 4, følger det nemlig, at tvangslicensen efter stk. 1 og 2 ikke gælder »(...) for udsendelse i fjernsyn og andre offentlige fremførelser af filmværker, såfremt lyd og billede udsendes eller fremføres samtidig«.

OPHL § 68, stk. 4, er en undtagelse til indskrænkningen i OPHL § 68, stk. 1 og 2. Det betyder, at hvis OPHL § 68, stk. 4, finder anvendelse, gælder tvangslicensreglen i OPHL § 68, stk. 1-2 ikke.

Baggrunden for bestemmelsens behandling i U 2003.280 H er, at ordlyden umiddelbart lægger op til, at der ikke kan foretages synkronisering efter OPHL § 68, stk. 1, idet det fremgår, at filmværker, hvori lyd og billede udsendes/fremføres samtidig, ikke er omfattet. Dette syntes netop at rette sig mod synkroniseringstilfælde, da resultatet af en synkronisering netop er, at lyd og billede kan afspilles »samtidig«. Ud fra denne betragtning er det nærliggende at antage, at en synkronisering – hvis den ikke kan omfattes af tvangslicensreglen – i så fald skal cleares på eneretsgrundlag efter OPHL § 66. Højesteret mente imidlertid ikke i U 2003.280 H, at bestemmelsen skulle forstås således, hvilket fremstillingen vil behandle yderligere i kapitel III.

27. Højesterets afgørelse i H.D. 5. november 2002 i sag 97/2001 (2. afd.) (U 2003.280 H).

KAPITEL III

Synkronisering

3.1. Problemstillingen

Musik er for de fleste tv-produktioner et meget betydningsfuldt filmisk virkemiddel, da musik kan være med til at underbygge fortællingen i en historie, forstærke en stemning og binde en tv-produktion sammen. Ofte indebærer musikbrug i sådanne produktioner, at tv-producenten foretager en *synkronisering*, hvorved lyd og levende billeder »sammenstilles«. Synkronisering dækker begrebsmæssigt over en teknisk handling, som er udtryk for, at der foretages en lydfæstning på en billedside, hvorefter lyd og video kan afspilles samtidig.

Ved en sådan lydfæstning foretages en (særlig form for) eksemplar fremstilling af musikindspilningen, og den, der udfører synkroniseringen, skal derfor sikre, at de nødvendige rettigheder knyttet til indspilningen er clearet, for at kunne foretage synkroniseringen.

Som anført i kapitel II har musikselskaberne eneret til eksemplar fremstilling af deres indspilninger efter OPHL § 66, stk. 2, jf. § 2, stk. 2. Det er således det klare udgangspunkt, at synkronisering kræver clearing på eneretsgrundlag over for musikselskabet. I praksis kan denne clearing ske ved, at tv-producenten retter henvendelse til det relevante musikselskab med henblik på indgåelse af en aftale om, at retten til at foretage synkronisering af den pågældende musikindspilning overdrages til tv-producenten (i praksis ofte benævnt synkroniseringsaftaler²⁸).

28. Det bemærkes, at tv-producenter i praksis ofte indgår synkroniseringsaftaler, som (trods ordlyden af en sådan aftale) ofte også vedrører clearing af øvrige udnyttelser end blot synkronisering, f.eks. brug on demand.

Kapitel III Synkronisering

Retsstillingen er imidlertid ikke så sort/hvid, hvilket skal ses i lyset af OPHL § 68, der, sammenholdt med OPHL § 31, har været i spil i retspraksis i relation til synkroniseringsproblemstillingen.

Nærværende kapitel vil undersøge, hvorledes OPHL § 68 er anvendelig i relation til masterrettigheder, når der foretages synkronisering af musik i tv-produktioner. Afsnit 3.2. og 3.3. vil indeholde domsanalyser af U 2003.280 H, U 2014.2442 H²⁹ og C-510/10 (NCB) med henblik på at afdække musikselskabets retsstilling ved musikbrug i egenproduktioner henholdsvis entreprisproduktioner. Derudover vil afsnit 3.4. behandle betydningen af den særlige regel i OPHL § 68, stk. 4, for tv-produktioner med musik indeholdt, herunder med inddragelse af C-147/19 (Atresmedia).³⁰

3.2. Synkronisering i egenproduktioner

Nærværende afsnit vil vurdere Højesterets afgørelse i U 2003.280 H, som var det første eksempel i dansk ret, hvor der blev taget stilling til synkroniseringsspørgsmålet.

3.2.1. U 2003.280 H

I sagen fik Højesteret første gang mulighed for at tage stilling til synkroniseringsspørgsmålet i en tvist mellem Danmarks Radio (DR) og en række musikselskaber angående DR's brug af musik ved produktionen af tv-serien *Charlot og Charlotte*. Tv-serien indeholdt en intens brug af underlægningsmusik, hvortil de pågældende musikselskaber havde masterrettighederne, og musikbrugen indebar, at DR havde foretaget eksemplar fremstilling af musikken i form af synkronisering, eftersom musikken blev sammenkoblet med tv-seriens billedside.

Musikselskaberne påstod, at DR's brug af musikken var i strid med musikselskabernes eneret til eksemplar fremstilling, og at brugen skulle have været clearet på eneretsgrundlag efter OPHL § 66. Musikselskaberne anførte endvidere, at brugen ikke var omfattet af OPHL § 68, stk. 1, eftersom tvangslicensreglen, ifølge musikselskaberne, alene fandt anvendelse for offentlig fremførelse af lydoptagelser.

29. Højesterets afgørelse i H.D. 21. maj 2014 i sag 70/2013 og 71/2013 (1. afd.) (U 2014.2442 H).

30. C-147/19, Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA mod AGEDI og AIE, 18. november 2020.

3.2. Synkronisering i egenproduktioner

Musiksselskaberne påstod derudover, at indholdet af OPHL § 68, stk. 4, (daværende stk. 3) måtte betyde, at DR ikke kunne foretage synkronisering efter bestemmelsens stk. 1. Ræsonnementet herfor var, at indholdet af OPHL § 68, stk. 4, retter sig mod tilfælde, hvor der sker en »samtidig« udsendelse af lyd og billede i filmværker. Musiksselskabernes fortolkning af bestemmelsen var derfor, at bestemmelsen sigtede mod filmværker, hvori der var foretaget en synkronisering, da resultatet af en synkronisering netop er, at lyd og billede kan afspilles »samtidig«, og da et tv-program i ophavsretlig forstand udgør et filmværk, måtte OPHL § 68, stk. 4, derfor betyde, at tv-programmet *Charlotte og Charlotte* var undtaget fra anvendelsesområdet i OPHL § 68, stk. 1-2.

Spørgsmålet i sagen var derfor, om den af DR foretagne synkronisering kunne foretages uden tilladelse fra musiksselskaberne efter OPHL § 68, stk. 1, eller om DR skulle have været cleareret synkroniseringen med musiksselskaberne på eneretsgrundlag efter OPHL § 66.

Det bemærkes, at sagen blev procederet, som var det DR's egenproduktion, men i virkeligheden havde DR udliciteret produktionen af tv-serien til et eksternt produktionsselskab, hvorfor det i realiteten ikke var DR – men produktionsselskabet – som foretog synkroniseringen.³¹ Højesterets vurdering angik derfor *tv-stationers* adgang til at synkronisere. Var sagen blevet procederet som en entreprisproduktion, havde spørgsmålet (og udfaldet formentlig) været et andet.

3.2.2. Dobbelt hjemmelsgrundlag

Højesteret afgjorde sagen med henvisning til både OPHL § 68 og § 31.

På baggrund af en bred ordlydsfortolkning af OPHL § 68, stk. 1, fastslog Højesteret, at tv-stationers adgang til at »anvende« musik i tv-udsendelser efter bestemmelsen ikke er afgrænset til offentlig fremførelse af musikken. Anvendelsesbegrebet i OPHL § 68, stk. 1, omfatter, ifølge Højesteret, også en adgang for tv-stationer til at foretage kopiering, herunder synkronisering. Rettens begrundelse herfor var, at OPHL § 68, stk. 1, ikke angiver nogen begrænsninger i anvendelsesadgangen, samt at bestemmelsen alene beskytter musiksselskabernes økonomiske interesser, eftersom de ideelle rettigheder i OPHL § 3 ikke er gjort anvendelige for lydoptagelser (idet OPHL § 66, stk. 2, ikke henviser til OPHL § 3). Retten mente derfor, at de økonomiske rettigheder varetages gennem det vederlag, som musiksselskaberne modtager efter OPHL § 68, stk. 2.

31. Tv-serien blev produceret af Thura Film.

Kapitel III Synkronisering

Derudover henviste Højesteret til optagereglen i OPHL § 31, stk. 1, hvorefter tv-stationer må optage lydoptagelser til brug for tv-stationens udsendelser, hvis tv-stationen har ret til at udsende lydoptagelserne. Højesteret anlagde en bred fortolkning af OPHL § 31, stk. 1, og anførte, at retten til at foretage optagelser efter bestemmelsen måtte antages også at give ret til reproduktion. Højesteret begrundede dette med, at cd-indspilninger mv. allerede er »optaget«. Med andre ord indebærer dette, at hvis en tv-station har ret til at udsende en musikindspilning i et tv-program (f.eks. efter OPHL § 68), har tv-stationen, ifølge Højesteret, også adgang til at optage indspilningen til brug for udsendelsen og lovligt reproducere, herunder synkronisere, indspilningen. Det fremgår dog ikke af afgørelsen, hvorfor Højesteret lagde vægt på lige netop det forhold, at cd-indspilninger mv. allerede er »optaget« og derfor må reproducere efter OPHL § 31, stk. 1.

Afslutningsvis fastslog Højesteret, at OPHL § 68, stk. 4, ikke var til hinder for, at DR kunne synkronisere efter OPHL § 68, stk. 1-2. Højesteret tiltrådte i den relation landsrettens afgørelse, som havde afvist musikselskabernes påstand herom med henvisning til lovmotiverne til 1995-loven.³² Af forarbejderne fremgår bl.a. følgende:

»[v]ederlagsordningen efter forslaget i stk. 1 (...) med hensyn til genstanden for beskyttelsen (lydoptagelser) [har] samme anvendelsesområde som forslaget til § 66, stk. 1. Lydsiden af en film omfattes således også af vederlagsretten i stk. 1.«³³ (Egen fremhævelse og tilføjelse).

Retten henviste derudover til en udtalelse i Kulturudvalgets betænkning om OPHL § 68, stk. 4 (daværende stk. 3, som blev indsat efter førstebehandlingen af lovforslaget):

»Der er tale om et teknisk ændringsforslag. Danmarks Radio har over for Kulturministeriet påpeget, at forslaget til § 68, stk. 1 og 2, kunne lede til den misforståelse, at tvangslicensen for brug af lydoptagelser i radio og tv efter § 68 også skulle gælde i tilfælde, hvor lyd og billede udsendes samtidigt i tv, og hvor rettighederne til udsendelse af videogrammet som helhed er klareret på et eneretsgrundlag. Det præciseres derfor i forslaget til et nyt § 68, stk. 3, at tvangslicensen ikke skal gælde i sådanne situationer.«³⁴ (Egen fremhævelse).

På baggrund af lovmotiverne stadfæstede Højesteret landsrettens afgørelse om, at OPHL § 68, stk. 4, ikke begrænser adgangen til at synkronisere musik i tv-udsendelser efter OPHL § 68, stk. 1. Rækkevidden af den særlige regel i

32. FT 1994-1995, tillæg A, sp. 1311.

33. Ibid., sp. 140.

34. FT 1994-1995, tillæg B, sp. 799.

3.2. Synkronisering i egenproduktioner

OPHL § 68, stk. 4, giver dog anledning til en række yderligere spørgsmål, som er særskilt behandlet i afsnit 3.4.

3.2.3. Bemærkninger til dommen

Generelt bemærkes det om Højesterets henvisning til OPHL § 31, stk. 1, at denne forekommer ubegrundet, hvilket også er anført i litteraturen.³⁵ Dette beror på, at det ikke umiddelbart var nødvendigt at henvise til optagereglen, da Højesteret allerede havde fastslået, at OPHL § 68, stk. 1, i sig selv omfatter en eksemplarfremsstillingsadgang. En mulig forklaring på henvisningen til OPHL § 31, stk. 1, var, hvis formålet var at omfatte musikindspilninger, som faldt uden for OPHL § 68, stk. 1 (f.eks. ikke-udgivne indspilninger). Sådanne musikindspilninger var dog ikke til påkendelse i U 2003.280 H.

Endvidere inddrog Højesteret, som eneste betingelse for anvendelsen af OPHL § 31, stk. 1, om tv-stationen havde ret til at udsende de pågældende lydoptagelser. Retten tog derimod ikke stilling til, hvorvidt de nærmere betingelser for anvendelsen af OPHL § 31, stk. 1, var opfyldt, herunder om de foretagne synkroniseringer var efemere i overensstemmelse med InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d. Højesteret anførte, at Danmarks internationale forpligtelser ikke er til hinder for optagelsesadgangen, og retten tillagde således heller ikke Bernerkonventionens betingelse om midlertidigt prægede lydoptagelser nogen betydning.

Ræsonnementet for ikke at vurdere de underliggende betingelser i OPHL § 31, stk. 1, navnlig i relation til det EU-retlige efemerbegreb, kan ikke påvises, men forklaringen kan muligvis findes i afgørelsens alder. Der er sket meget siden dommens afsigelse i 2003, hvor det ophavsretlige område i større udstrækning er blevet reguleret på EU-plan. Nutidig dansk retspraksis bærer derfor også i højere grad præg af, at de danske domstole har lagt en mere EU-konform linje på det ophavsretlige område, jf. bl.a. U 2014.2442 H, som gennemgås i afsnit 3.3.

Såfremt domstolene i dag skulle tage stilling til OPHL § 31, stk. 1, i relation til synkroniseringsspørgsmålet, må det derfor formodes, at domstolene ville foretage den fornødne vurdering af de underliggende betingelser til bestemmelsen.

En sådan vurdering ville antageligvis resultere i en konklusion om, at synkroniseringshandlingen ikke lever op til efemer-kriteriet og dermed ikke er omfattet af optageadgangen. Dette skyldes, at hensynet bag OPHL § 31,

35. Læs mere hos Rosenmeier, M. m.fl. (2018). 'Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for »dansk ophavsret«?'. NIR 3/2018.

Kapitel III Synkronisering

stk. 1, ikke tilsiger en videre adgang til kopiering end teknisk nødvendige optagelser, og at synkronisering ikke er en teknisk nødvendig optagelse. Derudover antages det, at domstolene – i lyset af EU-retten og international ret – i dag vil anlægge en restriktiv fortolkning af OPHL § 31, stk. 1. Dette skyldes, at både det EU-retlige efemerbegreb og Bernerkonventionens betingelse om »midlertidigt prægede optagelser« forudsætter en grad af *ophør*, som dermed ikke kan omfatte optagelser, som er af vedvarende eller permanent karakter. En synkronisering har til formål at binde lyd og video sammen i en produktion, og selvom kopieringen er en engangskopiering, er formålet en permanent integrering af musikken i tv-produktionen. På den baggrund synes synkroniseringshandlingen ikke at kunne karakteriseres som hverken kortvarig eller midlertidig, hvorfor denne særlige eksemplarfremsstillingsform ikke kan omfattes af OPHL § 31, stk. 1.

Tilsvarende formodes det, at EU-Domstolen, såfremt denne får lejlighed til at vurdere efemerbegrebet, vil anlægge en restriktiv fortolkning af begrebet og fastslå, at optagelsen skal være midlertidig og kortvarig. Dette er bestyret, efter EU-Domstolen i C-147/19 (Atresmedia) fastslog, at der altid skal indgås synkroniseringsaftaler ved brug af musik i tv-produktioner. Se afsnit 3.4., hvor afgørelsen gennemgås.

3.2.4. Sammenfatning

Med U 2003.280 H blev det fastslået, at tv-stationer kan foretage synkronisering af musikindspilninger uden at cleare musikselskabernes rettigheder på eneretsgrundlag. Hjemlen hertil skulle, ifølge dommen, findes i både OPHL §§ 68 og 31, og den nuværende retsstilling indebærer således, at tv-stationer ikke behøver indgå synkroniseringsaftaler med musikselskaber om brug af musik i tv-programmer produceret af tv-stationerne selv.

I praksis modtager musikselskaberne vederlag for tv-stationers musikbrug gennem Gramex. Det skal dog bemærkes, at tv-stationernes betaling for synkronisering p.t. bliver dækket af tv-stationernes betaling for offentlig fremførelse, og der foretages derfor ikke en selvstændig betaling for synkronisering.³⁶ Dette skal formentlig ses i lyset af Højesterets argumentation i U 2003.280, hvor synkroniseringsadgangen anses som en accessorisk ret for tv-stationerne i forhold til udsendelsesretten, som er hovedelementet i OPHL § 68.

Derudover skal det bemærkes, at afgørelsen alene vedrører *udsendelse* af tv-programmer. Eftersom on demand-aktiviteter ikke er omfattet af hverken

36. Gramex' gennemsigtighedsrapport for året 2020.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

OPHL §§ 68 eller 31, jf. afsnit 2.3., gælder der således ikke synkroniseringsadgang i tv-produktioner, som tilgængeliggøres on demand. Dette var ikke en del af problemstillingen i U 2003.280 H, og på tidspunktet for dommens afsigelse fandtes der reelt set heller ikke særligt mange on demand-tilbud. I dag befinder vi os derimod i en medievirkelighed, som bevæger sig fra flow til on demand, og det er derfor ofte det praktiske udgangspunkt, at tv-stationer foruden at udsende deres programmer i tv også (eller udelukkende) tilgængeliggør deres programmer i et on demand-univers. Dette betyder reelt, at anvendelsesområdet for afgørelsen er forholdsvis indskrænket.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

Som nævnt i afsnit 3.2. har tv-stationer adgang til at synkronisere musik og henholde sig til OPHL §§ 68 og 31 i relation til masterrettighederne bag den anvendte musik. I praksis er det imidlertid ofte tilfældet, at tv-stationer udliciterer en produktion til eksterne tv-produktionsselskaber i en såkaldt entreprisproduktion, hvor det derfor ikke er tv-stationen selv, som foretager synkroniseringen.³⁷

Det er dog uklart ud fra bestemmelsernes indhold, om produktionsselskaber i entrepriseproduktioner – på tilsvarende vis som tv-stationer – kan synkronisere musik og henholde sig til det dobbelte hjemmelsgrundlag i relation til masterrettighederne. I praksis er holdningen forskellig afhængigt af den enkelte tv-station og det enkelte produktionsselskab, og derfor er fremgangsmåderne for clearing af masterrettighederne ikke ens for sådanne produktioner. Hvor nogle produktionsselskaber clearer masterrettighederne direkte med musikselskabet, er der andre produktionsselskaber og tv-stationer, som anser produktionsselskabets synkronisering for omfattet af tv-stationens betaling efter OPHL § 68 og derfor ikke foretager en selvstændig betaling for produktionsselskabets synkronisering.

Synkronisering i entrepriseproduktioner er blevet behandlet af Højesteret i U 2014.2442 H i relation til OPHL § 31 isoleret. Genstanden for afgørelsen var musikværker, og afgørelsen relaterer sig derfor ikke direkte til masterrettigheder, men ophavsrettigheder efter OPHL §§ 1-2. Det i dommen behandlede retsgrundlag gælder imidlertid også for musikselskaber, hvorfor følgende afsnit vil indeholde en analyse af dommen med henblik på at vurdere mu-

37. Eksempelvis har Danmarks Radio udliciteret tv-produktion for 440 mio. kr. til eksterne producenter i 2019, jf. DR's Public Service Redegørelse af 2019, s. 41.

siksselskabers retsstilling, når musikindspilninger synkroniseres i entrepriseproduktioner.

3.3.1. Clearing af musikværker i entrepriseproduktioner

3.3.1.1. U 2014.2442 H og C-510/10 (NCB)

I U 2014.2442 H behandlede Højesteret den situation, hvor en tv-station indgår aftale med et eksternt produktionsselskab om bestilling af en produktion af et tv-program til brug for udsendelse hos tv-stationen. Sagens omdrejningspunkt var, hvorvidt der i sådanne produktioner kunne foretages synkronisering af musikværker med henvisning til OPHL § 31, stk. 1, således at individuel clearing af rettighederne kunne undlades.

Sagen udsprang af en tvist mellem Nordisk Copyright Bureau (NCB) og DR samt TV 2 angående en række tv-programmer, som de nævnte tv-stationer havde bestilt og fået produceret hos eksterne produktionsselskaber. Tvisten angik produktionsselskabernes synkronisering af musikværker, og kernen i sagen var derfor clearing af sangskriveres, komponisters og musikforlags rettigheder efter OPHL §§ 1-2.

I den pågældende sag var tv-stationerne af den holdning, at også eksterne produktionsselskaber kan foretage synkronisering efter OPHL § 31, stk. 1, hvor NCB modsat anførte, at eksterne produktionsselskabers synkronisering ikke kan omfattes af bestemmelsens anvendelsesområde, uanset at optagelsen er bestilt af en tv-station.

Med InfoSoc-direktivets udstedelse er indholdet af OPHL § 31, stk. 1, også reguleret gennem EU-retten i direktivets artikel 5, stk. 2, litra d. Artikel 5, stk. 2, litra d, betyder, at tv-stationer kan foretage efemere optagelser af værker uden at spørge ophavsmanden om tilladelse hertil, forudsat at optagelsen foretages ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser. Disse nærmere angivne betingelser fremgår, som tidligere nævnt, dog ikke af ordlyden i OPHL § 31, stk. 1. Kerne i U 2014.2442 H var derfor, om betingelsen »ved hjælp af egne midler« skulle indfortolkes i OPHL § 31, stk. 1, og i bekræftende fald, hvordan betingelsen skulle forstås i relation til entrepriseproduktioner, hvor produktionsselskabet foretager synkroniseringen.

Eftersom afgørelsen beroede på en fortolkning af EU-retten, blev problemstillingen forelagt for EU-Domstolen til præjudiciel afgørelse, jf. TEUF artikel 267, og blev afgjort i C-510/10 (NCB).

Spørgsmålet om efemerbegrebets indhold blev ikke forelagt EU-Domstolen, og domstolen tog således ikke stilling til, om synkroniseringshandlingen overhovedet falder indenfor området af InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d. Som anført i afsnit 3.2.3. er der dog en formodning for, at EU-Domstolen, såfremt domstolen måtte få mulighed for at tage stilling her-

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

til, vil anlægge en streng fortolkning af efemerbegrebet og derfor næppe vil anse synkroniseringshandlingen for omfattet.

3.3.1.2. »Ved hjælp af egne midler«

Indledningsvis fastslog EU-Domstolen, at begrebet »ved hjælp af egne midler« er et selvstændigt EU-retligt begreb, som skal fortolkes ensartet i EU.³⁸ Uanset at begrebet således ikke er indeholdt i ordlyden i OPHL § 31, stk. 1, skal bestemmelsen undergives en EU-konform fortolkning og forstås i lyset af begrebet efter InfoSoc-direktivet.

Indholdet af begrebet (og rækkevidden af artikel 5, stk. 2, litra d) afgjorde EU-Domstolen i lyset af betragtning 41, hvoraf følgende fremgår:

»Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar«³⁹ (egen fremhævelse).

Selvom præambelen efter den danske oversættelse (og flertallet af andre sprogversioner) efter sin ordlyd forudsætter to kumulative betingelser opfyldt, lagde EU-Domstolen det modsatte til grund. EU-Domstolen anførte, at præambelen ikke indebærer, at en tredjemand *både* handler på tv-stationens vegne og under tv-stationens ansvar, men at de to betingelser er ligestillede og af alternativ karakter.⁴⁰ Betragtning 41 skal derfor forstås således, at artikel 5, stk. 2, litra d, omfatter midler, som tilhører en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendes vegne *og/eller* under foretagendets ansvar.

Det indebærer, at der er to muligheder for, at et eksternt produktionsselskabs optagelser falder indenfor anvendelsesområdet af artikel 5, stk. 2, litra d:

Den ene mulighed er, hvis produktionsselskabet handler »på vegne af tv-stationen«. Det vil være tilfældet, hvis der er en direkte og umiddelbar forbindelse mellem produktionsselskabet og tv-stationen.⁴¹ En sådan forbindelse indebærer, at produktionsselskabet i princippet ikke råder over en selvstændig

38. C-510/10, DR og TV 2 Danmark A/S mod NCB – Nordisk Copyright Bureau, 26. april 2012, præmis 34 og 37.

39. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, betragtning 41.

40. C-510/10, DR og TV 2 Danmark A/S mod NCB – Nordisk Copyright Bureau, 26. april 2012, præmis 56.

41. Ibid., præmis 53.

Kapitel III Synkronisering

beføjelse, hvilket må antages at være tilfældet, når alle væsentlige beslutninger forbundet med produktionen træffes af tv-stationen. Om et produktionsselskab handler på vegne af en tv-station, vil, ifølge EU-Domstolen, almindeligvis fremstå klart, og det blev derfor ikke fundet nødvendigt at opstille særlige kriterier for vurderingen.⁴² På den baggrund antages det, at vurderingen sandsynligvis er nogenlunde simpel.

Den anden mulighed er, hvis produktionsselskabet handler »under tv-stationens ansvar«. I modsætning til den situation, hvor produktionsselskabet handler (direkte) på vegne af tv-stationen, omfatter denne situation tilfælde, hvor produktionsselskabet har en vis frihed i anvendelsen af sine midler i relation til produktionen af det pågældende program. Det vil sige, hvor der er en mere indirekte og kompleks forbindelse mellem parterne.⁴³

I sådanne tilfælde anses et produktionsselskab for at handle under tv-stationens ansvar, hvis: *»(...) [tv-stationen] er erstatningspligtig for enhver handling, som [produktionsselskabet] har foretaget i tilknytning til reproduktionen af det beskyttede værk, bl.a. over for ophavsmænd, der er indehavere af de omhandlede rettigheder«*⁴⁴ (egen tilføjelse).

I den forbindelse anfører EU-Domstolen, at det er en vigtig omstændighed, at tv-stationen over for tredjemænd, hvis rettigheder kan krænkes af en ulovlig optagelse af deres værk, er forpligtet til at erstatte enhver skade, som er forvoldt af produktionsselskabets handlinger eller undladelser, som om handlingen/undladelsen var tv-stationens egen.⁴⁵ Med andre ord kan produktionsselskabet alene anses for at handle under en tv-stations ansvar, hvis tv-stationen bærer det erstatningsretlige ansvar over for eventuelle tredjemænd for ophavsretskrænkelser. Det er derimod ikke afgørende for vurderingen, hvem af parterne der træffer de endelige kunstneriske og redaktionelle beslutninger vedrørende indholdet af produktionen⁴⁶ (som ellers anført af generaladvokaten i sit forslag til afgørelse⁴⁷).

42. Ibid., præmis 61.

43. Ibid., præmis 54.

44. Ibid., præmis 63.

45. Ibid., præmis 64.

46. C-510/10, DR og TV 2 Danmark A/S mod NCB – Nordisk Copyright Bureau, 26. april 2012, præmis 65.

47. Forslag til afgørelse fra generaladvokat V. Trstenjak, fremsat den 17. januar 2012, sag C-510/10, DR og TV 2 Danmark A/S mod NCB, præmis 87.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

3.3.1.3. Højesterets afgørelse

På baggrund af EU-Domstolens fortolkning af InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, traf Højesteret afgørelse om indholdet af OPHL § 31, stk. 1, i den konkrete tvist mellem NCB og DR samt TV 2.

I sagen var der forelagt en række produktionsaftaler indgået med forskellige produktionsselskaber, som alle indeholdt klausuler om ansvarsfordelingen for tredjemandskrav. Højesteret konkluderede, at tv-stationernes ansvar efter kontrakterne ikke var ubetinget og ikke stillede enhver tredjemand, som om de skadevoldende handlinger var tv-stationernes egne. Derfor kunne produktionsselskaberne hverken anses for at handle på vegne af eller under tv-stationernes ansvar, og derfor kunne produktionsselskaberne ikke anvende musikken efter OPHL § 31, stk. 1.

På baggrund heraf er der en klar formodning om, at det skal fremgå utvetydigt af parternes produktionsaftaler, at tv-stationen bærer det fulde og ubetingede ansvar for ophavsretskrænkelser, førend et produktionsselskab kan foretage optagelser efter OPHL § 31, stk. 1. I dansk aftalepraksis er det imidlertid sjældent tilfældet, at tv-stationerne ønsker at tage dette ansvar på sig, når tv-produktioner udliciteres til eksterne produktionsselskaber.

Eksempelvis fremgår det af en af TV 2's standardentreprisekontrakter, at »[d]et påhviler producenten at klare og afregne alle rettigheder (...). Producenten friholder TV 2 NETWORKS for ethvert retmæssigt krav fra tredjemand som følge af produktionsforløbet, anvendelse af optagelserne samt TV 2 NETWORKS' udnyttelse af produktionen i henhold til denne aftale.«⁴⁸ Til lige fremgår det af DR's standardentreprisekontrakt om tredjemandsrettigheder, at »[p]roducenten friholder DR for ethvert berettiget krav (...) fra tredjemand i forbindelse hermed, medmindre sådant krav skyldes DR's forhold.«⁴⁹

3.3.1.4. Sammenfatning

Med U 2014.2442 H blev det fastslået, at eksterne produktionsselskaber ikke kan optage musikværker efter OPHL § 31, stk. 1, blot fordi den pågældende produktion produceres for en tv-station. OPHL § 31, stk. 1, skal forstås i overensstemmelse med InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, hvorefter

48. TV 2's standardentreprisekontrakter, pkt. 15:
<https://producent.tv2.dk/media/1016/entreprisekontrakt-tv-2-networks-af-18-oktober-2019.pdf>.

49. DR's standardentreprisekontrakt, pkt. 5:
<https://www.dr.dk/om-dr/eksterne-partnere/eksterne-producenter/drs-standardkontrakter>.

det er et krav, at optagelsen sker for tv-stationens »egne midler«, jf. C-510/10 (NCB). »Egne midler« omfatter også de tilfælde, hvor eksterne producenter bruger egne midler til produktionen, men forudsætter, at produktionsselskabet enten kan anses for at handle på vegne af tv-stationen eller under tv-stationens ansvar. Foreligger ingen af disse tilfælde, skal produktionsselskabet klare musikbrugen på eneretsgrundlag.

I afsnit 3.3.2. vurderes det, hvilken betydning C-510/10 (NCB) og U 2014.2442 H har i relation til clearing af masterrettigheder i entreprisproduktioner.

3.3.2. Clearing af masterrettigheder i entreprisproduktioner

Med henvisning til både OPHL §§ 68 og 31 blev det i U 2003.280 H fastslået, at tv-stationer kan undlade individuel clearing af masterrettighederne, når en tv-station har synkroniseret musikindspilninger i en tv-produktion. Efter som sagen blev procederet som en egenproduktion, selvom der reelt var tale om en entreprisproduktion, vurderede Højesteret ikke det dobbelte hjemmelsgrundlags anvendelighed for eksterne produktionsselskabers synkronisering.

Det blev dog i U 2014.2442 H fastslået, at eksterne produktionsselskaber kan foretage optagelser i entreprisproduktioner efter OPHL § 31, stk. 1, for så vidt angår musikværker, hvis optagelsen sker for tv-stationens »egne midler«, som dette skal forstås efter InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, og C-510/10 (NCB).

Retspraksis har således ikke direkte taget stilling til retsstillingen for masterrettigheder i entreprisproduktioner, og det er derfor uklart, hvorledes eksterne produktionsselskaber skal klare musikproduktions selskabers rettigheder, når produktionsselskaber synkroniserer musikindspilninger. Dette vil blive vurderet i de følgende afsnit med inddragelse af tidligere gennemgået retspraksis.

3.3.2.1. OPHL § 31?

Som anført i afsnit 3.2.3. har EU-Domstolen ikke taget stilling til, om synkroniseringshandlingen overhovedet kan omfattes af InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, og hermed OPHL § 31, stk. 1. Selvom der er en stærk formodning for, at EU-Domstolen vil komme frem til, at efemerbegrebet ikke kan omfatte synkronisering, er spørgsmålet dog fortsat uafklaret. Nedenfor skal det derfor overvejes, om produktionsselskaber potentielt vil kunne synkronisere musikindspilninger efter OPHL § 31, stk. 1, som var den ene del af hjemmelsgrundlaget i Højesterets afgørelse i U 2003.280 H.

Ordlyden af OPHL § 31, stk. 1, relaterer sig til »radio- og tv-foretagender«. Da produktionsselskaber efter ordlyden af OPHL § 31, stk. 1,

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

ikke er retssubjekter efter bestemmelsen, kan produktionsselskaber som udgangspunkt ikke have adgang til at foretage synkronisering efter bestemmelsen.

Selvom OPHL § 31, stk. 1, ved sin ordlyd er begrænset til tv-stationer, kan et produktionsselskabs optagelser dog godt falde inden for bestemmelsen, når denne producerer et program til en tv-station, hvis synkroniseringen foretages for tv-stationens »egne midler«, jf. U 2014.2442 H og C-510/10 (NCB).

Selvom U 2014.2442 H og C-510/10 (NCB) vedrørte musikværker beskyttet efter OPHL §§ 1-2 og ikke musikselskabers rettigheder efter OPHL § 66, er afgørelserne tillige anvendelige for masterrettighederne. Dette skyldes, at OPHL § 31, stk. 1, gælder tilsvarende for musikselskaber, jf. OPHL § 66, stk. 2, som henviser til OPHL § 31, stk. 1. Henset hertil må retsstillingen efter OPHL § 31, stk. 1, være den samme for musikindspilninger som for musikværker.

Som udledt af de nævnte afgørelser kan et produktionsselskab således synkronisere efter OPHL § 31, stk. 1, hvis produktionsselskabet har en tilstrækkelig direkte eller indirekte forbindelse med tv-stationen, som det kræves efter InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d. Sådanne forbindelser indebærer enten, at produktionsselskabet ingen selvstændige beføjelser har over produktionen (direkte forbindelse), eller at tv-stationen har overtaget det fulde erstatningsretlige ansvar for eventuelle ophavsretskrænkelser (indirekte forbindelse).

Hvis der er en sådan direkte forbindelse mellem tv-stationen og produktionsselskabet, at produktionsselskabet ingen selvstændige beføjelser har over produktionen, er det dog muligt, at der opstår tvivl, om produktionen reelt set er en entrepriseproduktion eller snarere har karakter som tv-stationens egenproduktion. Dette synes umiddelbart at være tilfældet i U 2003.280 H, hvor sagen blev procederet som en egenproduktion, selvom det omhandlede tv-program i realiteten var en entrepriseproduktion. Hvis der derfor er en så tæt forbindelse mellem tv-stationen og produktionsselskabet, at produktionen må anses som tv-stationens egenproduktion, vil det ikke være et spørgsmål om *produktionsselskabets* clearing af rettigheder, men *tv-stationens* – og som fastslået i U 2003.280 H kan tv-stationer synkronisere musikselskabers rettigheder efter OPHL § 31 sammenholdt med OPHL § 68.

Som anført i afsnit 3.3.1.3. er det endvidere ikke det praktiske udgangspunkt, at tv-stationer bærer det erstatningsretlige ansvar for ophavsretskrænkelser i entrepriseproduktioner. Som tidligere anført foregår det tværtimod sådan i praksis, at tv-stationerne friholder sig fra eventuelt erstatningsansvar. Det praktiske udgangspunkt er derfor, at der ikke foreligger en tilstrækkelig indirekte forbindelse mellem parterne.

Kapitel III Synkronisering

Samlet set må ovenstående betyde, at det praktiske udgangspunkt er, at eksterne produktionsselskaber ikke kan foretage synkronisering af musikindspilninger efter OPHL § 31, stk. 1.

3.3.2.2. OPHL § 68?

Dernæst må det overvejes, om produktionsselskaber kan synkronisere musikindspilninger efter OPHL § 68, stk. 1, som var anden del af hjemmelsgrundlaget i Højesterets afgørelse i U 2003.280 H.

Et argument, som taler for at omfatte produktionsselskaber af OPHL § 68, stk. 1, er bestemmelsens ordlyd. Bestemmelsen begrænser ikke – ligesom OPHL § 31 – anvendelsesområdet til tv-stationer, da det blot anføres, at »(...) *udgivne lydoptagelser [må] anvendes til radio- og fjernsynsudsendelse (...)*«.

I U 2003.280 H fastslog Højesteret tv-stationers synkroniseringsadgang efter OPHL § 68, stk. 1, men tog ikke direkte stilling til, hvilke aktører der er omfattet af bestemmelsen. Da ordlyden af OPHL § 68 heller ikke giver et klart svar på, hvilke aktører som er omfattet, er der derfor anledning til at overveje, om produktionsselskaber i entreprisproduktioner har en selvstændig adgang til at foretage synkronisering efter bestemmelsen.

3.3.2.3. Anvendelsesbegrebet i OPHL § 68

OPHL § 68, stk. 1, indebærer, at musikindspilninger må anvendes til »*udsendelse og til andre offentlige fremførelser.*«

På den baggrund er der en formodning for, at den accessoriske kopieringsadgang, som Højesteret i U 2003.280 H har fastslået gælder efter OPHL § 68, er bundet op på, at der foretages en offentlig fremførelse, dvs. at kopieringsadgangen knytter sig til en udsendelse (eller anden offentlig fremførelse). Eftersom der er en sådan tilknytning mellem den offentlige fremførelse og kopieringsadgangen, må det formodes, at der skal være sammenfald i identiteten på den aktør, som foretager kopieringen, og den aktør, som forestår den offentlige fremførelse. Ved vurderingen af, hvem der må foretage den accessoriske kopieringsadgang, som gælder efter OPHL § 68, stk. 1, må det derfor være afgørende, *hvem* som anvender musikken til udsendelsen.

I entreprisproduktioner foretager produktionsselskabet synkroniseringen som led i produktionen af det pågældende tv-program, men det er tv-stationen, der forestår den offentlige fremførelse ved udsendelse af programmet i fjernsyn. Eftersom det ikke er produktionsselskabet, som offentligt fremfører musikindspilningen, må det således antages, at produktionsselskabet ikke har den accessoriske ret til kopiering, som gælder efter OPHL § 68, stk. 1.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

At produktionsselskabets kopiering kan siges at blive foretaget *med henblik på* en offentlig fremførelse, eftersom det givne tv-program produceres for en tv-station, som skal udsende programmet, kan ikke indebære anden fortolkning af OPHL § 68. Da »anvendelsen« efter OPHL § 68 er knyttet til en offentlig fremførelse, er det alene den aktør (tv-stationen), som udsender musikindspilningen, som må anvende (og ifølge Højesteret synkronisere) musikindspilningen.

Ovenstående taler for, at et produktionsselskabs synkronisering skal cleares på individuelt grundlag efter OPHL § 66 og således ikke kan ske efter OPHL § 68, stk. 1.

3.3.2.4. Betalingsforholdet

Et yderligere aspekt, som taler for, at produktionsselskabers synkronisering ikke falder inden for OPHL § 68, stk. 1, er betalingsforholdet.

Ved en tv-stations udsendelse af et eksternt produceret tv-program er det i praksis tv-stationen, som betaler vederlag til Gramex efter OPHL § 68, stk. 2 – og ikke produktionsselskabet. Det fremgår bl.a. af DR's standardentreprisekontrakter, at »[d]et påhviler (...) DR at afregne (...) Gramex-afgifter i forbindelse med DR's udnyttelse af sine rettigheder (...)«.⁵⁰ I en af TV 2's standard entreprisekontrakter fremgår tillige, at »TV 2 NETWORKS afholder omkostninger i henhold til aftalen med Gramex ud over kontraktsummen«.⁵¹

At produktionsselskaberne ikke er betalingssubjekt i praksis, taler for, at produktionsselskaberne ikke kan synkronisere efter OPHL § 68, stk. 1.

3.3.2.5. Egen- eller entrepriseproduktion

Et andet aspekt, som kan inddrages, er kriterierne fastlagt af EU-Domstolen i C-510/10 (NCB). Selvom afgørelsen rettede sig mod vurderingen af »egne midler«-betingelsen i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, synes afgørelsen også at tage stilling til, hvornår en produktion skal betragtes som en egenproduktion eller en entrepriseproduktion. I den relation forekommer det nærliggende, hvis en tilsvarende vurdering skal foretages efter OPHL § 68, da det modsatte vil indebære en skævvridning af de forskellige rettighedshaveres retstilling.

50. DR's standardentreprisekontrakter, pkt. 5:
<https://www.dr.dk/om-dr/eksterne-partnere/eksterne-producenter/drs-standardkontrakter>.

51. TV 2's standardentreprisekontrakt for nichekanaler, pkt. 15.b:
<https://producent.tv2.dk/media/1016/entreprisekontrakt-tv-2-networks-af-18-oktober-2019.pdf>.

Kapitel III Synkronisering

I relation til OPHL § 68 vil denne vurdering indebære, at der alene kan foretages synkronisering efter tvangslicensreglen i entreprisproduktioner, hvis produktionsselskabet ikke råder over selvstændige beføjelser, eller hvis produktionsselskabet ikke bærer det erstatningsretlige ansvar for eventuelle op-havsretskrænkelser, jf. C-510/10 (NCB).

I tilfælde, hvor produktionsselskabet ikke råder over selvstændige beføjelser, er det dog nærliggende at anse produktionen som en egenproduktion snarere end en egentlig entreprisproduktion, jf. tilsvarende argumentation i afsnit 3.3.2.1. Hvis dette må lægges til grund, bliver det praktiske spørgsmål derfor irrelevant, fordi det således er tv-stationen, som anses for at synkronisere efter OPHL § 68, stk. 1, og ikke produktionsselskabet. Dertil kommer også, at det snarere er undtagelsen end reglen for entreprisproduktioner i praksis, at tv-stationer overtager det fulde immaterialretlige ansvar, som også anført i afsnit 3.3.1.3., hvilket understøtter, at produktionsselskabers synkronisering ikke kan omfattes af OPHL § 68, stk. 1.

Selv hvis aftalepraksis i fremtiden måtte ændre sig, således at produktionselskaber kan anses for at handle enten på vegne af eller under tv-stationernes ansvar, vil produktionsselskabernes synkronisering under ingen omstændigheder kunne ske efter OPHL § 68, stk. 1. Dette følger af, at produktionsselskabernes aktiviteter ikke er omfattet af »anvendelsesbegrebet« i OPHL § 68, stk. 1, da det ikke er produktionsselskaberne, som offentligt fremfører musikindspilningerne, men tv-stationerne jf. afsnit 3.3.2.3.

3.3.2.6. Leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, og InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2

OPHL § 68 implementerer leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, hvorfor det ligeledes er relevant at undersøge rækkevidden af reguleringen efter EU-retten med henblik på at vurdere, om OPHL § 68 kan omfatte eksterne produktionsselskabers synkronisering.

Af artikel 8, stk. 2, følger det, at: »*Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere og fonogramfremstillere ret til vederlag, som deles mellem dem, således at brugeren betaler et rimeligt, samlet vederlag, hvis et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden.*« (Egen fremhævelse).

Bestemmelsen hjemler således en vederlagsret for musikselskaber, når disses indspilninger anvendes i tv-programmer. Hvad der indholdsmæssigt er omfattet af anvendelsesbegrebet efter leje- og lånedirektivet, fremgår dog ikke af direktivteksten.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

Imidlertid er det væsentligt at holde sig for øje, at leje- og lånedirektivets overordnede formål er regulering af offentlig fremførelse, hvilket taler imod, at synkronisering overhovedet kan være omfattet af anvendelsesbegrebet i artikel 8, stk. 2. Måtte EU-Domstolen således i fremtiden få anledning til at tage stilling til begrebets rækkevidde, er det derfor ikke nærliggende, at EU-Domstolen skulle indfortolke en eksemplarfremsstillingsadgang. Tværtimod må det antages, at Domstolen – i modsætning til Højesteret i U 2003.280 H – vil anlægge en snæver fortolkning af anvendelsesbegrebet, således at artikel 8, stk. 2, ikke omfatter en synkroniseringsadgang – hverken for tv-stationer eller eksterne produktionsselskaber.

Et forhold, der understøtter, at leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, ikke omfatter synkronisering, er InfoSoc-direktivet. Sidstnævnte direktiv har netop til overordnet formål at regulere eksemplarfremsstilling, og artikel 5, stk. 2, indeholder en udtømmende⁵² opregning af indskrænkninger og undtagelser til rettighedshavernes eneret til eksemplarfremsstilling. I artikel 5, stk. 2, litra d, følger det, at tv-stationer kan foretage efemere optagelser af musikværker, og i C-510/10 (NCB) har EU-Domstolen fastslået, at eksterne produktionsselskabers optagelser er omfattet, hvis produktionsselskabet handler på vegne af eller under tv-stationens ansvar. Uden for disse tilfælde kan et eksternt produktionsselskab således ikke foretage optagelser uden tilladelse.

3.3.2.7. Sammenfatning på entrepriseproduktioner

Sammenfattende kan det lægges til grund, at eksterne produktionsselskabers synkronisering skal cleares på eneretsgrundlag efter OPHL § 66, eftersom Højesterets afgørelse i U 2003.280 H ikke kan udstrækkes til at gælde for eksterne producenteres synkronisering.

Dette følger for det første af, at produktionsselskaber ikke kan henholde sig til OPHL § 31, stk. 1, idet entrepriseproduktioner og sådanne produktions underliggende aftalegrundlag i praksis indebærer, at produktionsselskaber ikke handler på vegne af eller under tv-stationernes ansvar som krævet efter InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, jf. EU-Domstolens afgørelse i C-510/10 (NCB). Det følger for det andet af, at produktionsselskabet heller ikke kan henholde sig til OPHL § 68, fordi et produktionsselskabs aktiviteter i relation til musik i entrepriseproduktioner ikke er omfattet af anvendelsesbegrebet i bestemmelsen. Derudover omfatter leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, (som OPHL § 68 implementerer) næppe en synkroniseringsadgang, og såfremt EU-Domstolen måtte få mulighed for at tage stilling hertil, er det

52. Det følger af betragtning 32, at opregningen er udtømmende.

Kapitel III Synkronisering

således nærliggende, at denne vil nå frem til et andet resultat, end Højesteret gjorde i U 2003.280 H, angående OPHL § 68.

3.4. Undtagelsen i OPHL § 68, stk. 4

I afsnit 3.2. og 3.3. er det fastslået, at der er tilfælde efter gældende dansk ret, hvor musik kan synkroniseres i tv-programmer, uden man behøver indhente individuel tilladelse fra musikselskabet bag musikindspejlingen. I forbindelse med domstolens stillingtagen hertil har Højesteret behandlet den særlige regel i OPHL § 68, stk. 4. I U 2003.280 H blev det af Højesteret fastslået, at OPHL § 68, stk. 4, ikke er til hinder for, at tv-stationer kan synkronisere musik efter bestemmelsens stk. 1. OPHL § 68, stk. 4, giver dog anledning til en række yderligere spørgsmål, hvorfor nærværende afsnit vil foretage en nærmere vurdering af bestemmelsens rækkevidde, herunder med inddragelse af EU-Domstolens afgørelse i C-147/19 (Atresmedia).

3.4.1. Rækkevidden af OPHL § 68, stk. 4

Som tidligere anført i afsnit 2.3.3. lægger ordlyden af OPHL § 68, stk. 4, umiddelbart op til, at tvangslicensreglen ikke gælder i tilfælde, hvor der er blevet synkroniseret musik i en tv-produktion. Det skyldes, at indholdet af bestemmelsen retter sig mod tilfælde, hvor der sker en »samtidig« udsendelse af lyd og billede i filmværker. Ud fra en ordlydsfortolkning forekommer sigtet med bestemmelsen således at være filmværker, hvori der er foretaget en synkronisering, da resultatet af en synkronisering netop er, at lyd og billede kan afspilles (og udsendes) »samtidig«. Da et tv-program i ophavsretlig forstand udgør et filmværk, synes indholdet af OPHL § 68, stk. 4, derfor at undtage ethvert tv-program med musik synkroniseret fra anvendelsesområdet i OPHL § 68, stk. 1-2.

Højesteret afviste imidlertid denne fortolkning af reglen i U 2003.280 H med henvisning til lovmotiverne til bestemmelsen. Af lovmotiverne fulgte det bl.a., at OPHL § 68, stk. 4, blev indført for at præcisere, at OPHL § 68, stk. 1-2, ikke finder anvendelse »(...) i tilfælde, hvor lyd og billede udsendes samtidigt i tv, og hvor rettighederne til udsendelse af videogrammet som helhed er klareret på et eneretsgrundlag«. ⁵³

På baggrund af udtalelsen i lovmotiverne er det i den juridiske litteratur antaget, at sigtet med bestemmelsen er tilfælde, hvor en tv-station har erhver-

53. FT 1994-1995, tillæg B, sp. 799.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

vet et tv-program fra en tredjemandsproducent (indkøbte produktioner).⁵⁴ Baggrunden for synspunktet er formentlig, at det i praksis er sådan, at masterrettigheder i indkøbte produktioner ofte vil være clearet »som helhed« gennem aftaler mellem tredjemandsproducenten og musikselskaberne, før en tv-station køber produktionen. Derfor vil tv-stationens brug af det indkøbte program (med musik indeholdt) ikke være genstand for vederlag efter tvangslicensreglen.

Hvis en tv-station således ikke skal betale vederlag efter OPHL § 68, stk. 1-2, for brug af musik i indkøbte produktioner, bliver spørgsmålet herefter, om tv-stationen er forpligtet til at klare brugen på eneretsgrundlag. Hvis en produktion falder uden for tvangslicensområdet, vil udgangspunktet nemlig være, at masterrettighederne skal klare på eneretsgrundlag.

Det må dog formodes, at hvis masterrettighederne allerede »som helhed« er clearet på eneretsgrundlag gennem aftalen mellem tredjemandsproducenten og musikselskabet, og hvis en tv-station erhverver programmet (med musikken indeholdt), skal tv-stationen derfor ikke (også) klare musikselskabets rettigheder på eneretsgrundlag. Rationalet er, at musikselskabets rettigheder allerede »som helhed« er clearet og betalt for gennem aftalen, hvorfor tv-stationen ikke også er forpligtet til at betale. Med andre ord skal tv-stationen ikke »tilbage« til musikselskabet og klare enerettighederne efter OPHL § 66, da musikselskabet allerede har udnyttet sin eneret, og det modsatte ellers vil resultere i en dobbeltbetaling til musikselskabet.

Konsekvensen bliver, at musikselskaber kun modtager vederlag for indkøbte produktioner på grundlag af aftalen indgået med tredjemandsproducenten. I praksis kan det dog være tilfældet, at aftalen mellem producenten og musikselskabet blot angår en overdragelse af retten til at foretage synkronisering og ikke retten til udsendelse. Det må derfor være en forudsætning, at musikselskabets rettigheder reelt er blevet clearet »som helhed« gennem aftalen, før OPHL § 68, stk. 4, finder anvendelse, og tv-stationen kan udsende den indkøbte produktion i tv. Såfremt dette ikke er tilfældet, må tv-stationen være forpligtet til at klare rettighederne over for musikselskabet, før tv-stationen kan udsende programmet i tv, hvilket tv-stationen selvsagt vil kunne gøre efter OPHL § 68, stk. 1-2.

Det bør i øvrigt overvejes, om OPHL § 68, stk. 4, alene sigter på indkøbte produktioner, eller om der skal anlægges en bred fortolkning af forarbejderne til reglen. Indimellem vil der nemlig også i egenproduktioner og entrepriseproduktioner være indgået individuelle aftaler med musikselskaber om mu-

54. Schönning, P. (2021). *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 736f.

Kapitel III Synkronisering

sikbrug (f.eks. hvis produktionen tillige ønskes solgt til udlandet, og det derfor er nødvendigt at frikøbe musikselskabets rettigheder hertil). Såfremt musikselskabers rettigheder i sådanne produktioner »som helhed« er clearat gennem en aftale, må det tillige formodes, at OPHL § 68, stk. 4, finder anvendelse. Det vil sige, at hvis et musikselskab gennem en aftale har udnyttet sine enerettigheder og modtaget vederlag herfor, vil tv-stationen ikke være forpligtet til også at betale vederlag for tv-stationens udsendelse efter OPHL § 68, stk. 1-2, da dette ville medføre en dobbeltbetaling af musikselskabet. Med andre ord synes der ikke at være hensyn, der tilsiger, at retsstillingen skal være anderledes for indkøbte produktioner, egenproduktioner eller entreprisproduktioner.

3.4.2. C-147/19 (Atresmedia)

Ved afklaringen af rækkevidden af OPHL § 68, stk. 4, er det ligeledes relevant at nævne C-147/19 (Atresmedia), hvori EU-Domstolen har taget stilling til udsendelse af tv-programmer med musik i relation til leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, som OPHL § 68 implementerer.

Afgørelsen, som blev afsagt den 18. november 2020, handlede om, hvorvidt en spansk tv-station skulle betale rimeligt vederlag i henhold til den spanske implementering af leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, når tv-stationen udsendte tv-programmer med musik indeholdt, eller om der var sket en tilstrækkelig betaling af de pågældende musikselskaber og udøvende kunstnere ved synkroniseringen af musikken i tv-programmerne. Selve synkroniseringen var sket med rettighedshavernes samtykke og mod betaling af et vederlag på grundlag af en række aftaler.

EU-Domstolen fastslog, at når musik integreres (læs: synkroniseres) i et audiovisuelt værk, skal rettighedshaverne ikke modtage vederlag for tv-stationens udsendelse af det audiovisuelle værk med musikken indeholdt.⁵⁵ Domstolen henviste til, at vederlagsretten efter artikel 8, stk. 2, kun gælder for fonogrammer eller reproduktioner af fonogrammer, og at når et fonogram integreres i et audiovisuelt værk, er der ikke »længere« tale om et »fonogram«. ⁵⁶ Hensynet til rettighedshaverne var, ifølge EU-Domstolen, tilstrækkeligt varetaget, eftersom rettighedshaverne havde mulighed for at få betaling i forbindelse med indgåelse af aftalerne om selve synkroniseringen.⁵⁷

55. C-147/19, Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA mod AGEDI og AIE, 18. november 2020, præmis 52-53.

56. Ibid., præmis 51.

57. Ibid., præmis 55.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

EU-Domstolens afgørelse vedrørte således ikke, hvorvidt der er en synkroniseringsadgang efter leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2. Domstolen lagde blot til grund, at et musikselskab ikke (også) skal modtage vederlag for tv-produktionens senere udsendelse i tv efter artikel 8, stk. 2, fordi musikselskabet kan iagttage sine økonomiske interesser gennem synkroniseringsaftaler.

Spørgsmålet er herefter, hvilken betydning dommen har for dansk ret og for fortolkningen af OPHL § 68, stk. 4, jf. nedenfor.

3.4.2.1. OPHL § 68, stk. 4, i lyset af C-147/19 (Atresmedia)

På den ene side synes afgørelsen at understøtte en ordlydsfortolkning af OPHL § 68, stk. 4, jf. musikselskabernes påstand i U 2003.280 H. I C-147/19 (Atresmedia) fastlægger EU-Domstolen nemlig, hvad der skal forstås ved et »fonogram« efter artikel 8, stk. 2, herunder at synkronisering af et fonogram i et audiovisuelt værk indebærer, at fonogrammet ikke »længere« udgør et »fonogram« efter synkroniseringen. EU-Domstolens opfattelse i C-147/19 (Atresmedia) forekommer derfor umiddelbart på linje med musikselskabernes ordlydsfortolkning af OPHL § 68, stk. 4, i U 2003.280 H, hvorefter synkronisering i filmværker ikke kan omfattes af tvangslicensreglen.

I den forbindelse er det væsentligt at holde sig for øje, at EU-retten og dansk ret ikke udløser samme konsekvens. Efter leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, vil konsekvensen være, at musikselskabets vederlagsret bortfalder, hvorimod musikselskabet efter dansk ret vil falde tilbage på sine eneretigheder i OPHL § 66. Dette følger af, at artikel 8, stk. 2, er udtryk for en minimumsharmonisering, og at dansk ret yder en bedre beskyttelse gennem musikselskabets eneret. Konsekvensen for musikselskabet efter dansk ret (såfremt synkronisering ikke kan foretages efter OPHL § 68, stk. 1-2, jf. stk. 4) bliver derfor, at clearingens skal ske på eneretsgrundlag.

På den anden side bygger EU-Domstolens argumentation i C-147/19 (Atresmedia) på en forudsætning om, at der er indgået synkroniseringsaftaler med rettighedshaverne, som ikke tillige er indeholdt i ordlyden af OPHL § 68, stk. 4 (men i en vis grad indeholdt i forarbejderne til OPHL § 68, stk. 4, hvorefter bestemmelsens anvendelsesområde er afgrænset til tilfælde, hvor der er indgået aftale med musikselskaberne om rettighederne). Indholdet af C-147/10 (Atresmedia) og fortolkningen af OPHL § 68, stk. 4, efter forarbejderne, er imidlertid ikke 1:1. Mens forarbejderne præciserer, at tilfælde, hvor musikselskabet har indgået en aftale og som helhed har fået clearret sine rettigheder, falder uden for tvangslicensen, fastlægger EU-Domstolen blot, at musikselskaber ikke skal modtage rimeligt vederlag for udsendelsen, da synkroniseringsaftaler iagttager hensynene til musikselskaberne. Ifølge EU-

Kapitel III Synkronisering

Domstolen betyder synkroniseringsaftaler nemlig, at hensynet til musikselskabet er tilstrækkeligt varetaget, da musikselskabet ved indgåelsen af sådanne aftaler har mulighed for at sikre sig betaling for udnyttelsen af musikken (herunder den senere udsendelse).

EU-Domstolen har dog ikke taget højde for, at synkroniseringsaftaler ikke altid indgås, og selv hvis de gør, er aftalerne ikke altid udtryk for en fuldstændig eller ubegrænset overdragelse af rettigheder. Hvis en synkronisering f.eks. foretages uden aftale med musikselskabet pga. påstået synkroniseringshjemmel i OPHL § 68, stk. 1, kan der ikke herske tvivl om, at den efterfølgende udsendelse kræver clearing, og sådanne situationer kan derfor ikke være omfattet af dommen. Og selv hvis der *er* indgået en synkroniseringsaftale, vil sådanne aftaler i praksis ofte tage specifikt stilling til, at visse rettigheder ikke overdrages. Dommen kan derfor heller ikke omfatte tilfælde, hvor et musikselskab f.eks. har taget forbehold om udsendelsesrettighederne i en synkroniseringsaftale.

Selvom argumentationen er baseret på en forudsætning om, at der indgås synkroniseringsaftaler, må det derfor formodes, at dommens konklusion ikke er anvendelig i tilfælde, hvor der ikke er indgået synkroniseringsaftale eller hvis aftalen indeholder forbehold for visse rettigheder. Ud fra denne formodning synes C-147/19 (Atresmedia) derfor ikke at tilføje noget nyt til den danske retstilstand. Derudover vil dommen næppe få særlig stor betydning i dansk ret, henset til at dommen vedrører udsendelsesvirksomhed og ikke on demand-aktiviteter, som ikke er omfattet af leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2. Dette følger af, at de fleste tv-stationer også tilgængeliggør deres tv-programmer on demand, og derfor vil tv-stationerne i disse tilfælde under alle omstændigheder skulle klare rettighederne hertil med musikselskaberne.

3.4.3. Sammenfatning

OPHL § 68, stk. 4, er en særlig regel, som berører synkroniseringsspørgsmålet. Mens bestemmelsen på den ene side, efter en ordlydsfortolkning, kan forstås således, at synkronisering i filmværker ikke er omfattet af tvangslicensreglen (og dermed skal cleares på individuelt grundlag), kan bestemmelsen i lyset af forarbejderne på den anden side forstås således, at der ikke skal betales tvangslicensvederlag, hvis der er indgået aftale med musikselskabet, hvor masterrettighederne »som helhed« er clearet. Højesteret har i U 2003.280 H lagt til grund, at OPHL § 68, stk. 4, skal fortolkes i lyset af forarbejderne, men som anført i afsnit 3.4.1., er der tvivl om, hvorvidt OPHL § 68, stk. 4, alene er anvendelig for indkøbte tv-produktioner eller tillige tv-stationers egenproduktioner og entreprisproduktioner.

3.3. Synkronisering i entrepriseproduktioner

Ifølge EU-Domstolen og dennes afgørelse i C-147/19 (Atresmedia) skal der ikke efter leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, betales rimeligt vederlag for udsendelse af tv-programmer, hvori der er synkroniseret musik. Dette skyldes dels, at EU-Domstolen ikke anser et fonogram for at være et fonogram, når det er blevet integreret i en tv-produktion, og dels bygger konklusionen på en forudsætning om, at musikselskaberne iagttager deres rettigheder gennem synkroniseringsaftaler. EU-Domstolen har imidlertid ikke taget højde for alle aspekter i aftalepraksis omkring synkroniseringsaftaler, og derfor synes dommen ikke at tilføje noget nyt til den danske retstilstand.

3.5. Sammenfatning på synkroniseringsproblemstillingen

Som udgangspunkt nyder et musikselskab en beskyttelse efter OPHL § 66, som hindrer, at andre kan bruge musikselskabets indspilninger til eksemplar fremstilling og offentlig fremførelse. Udgangspunktet er derfor også, at synkronisering af musikindspilninger, som er en særlig form for eksemplarfremstilling, er omfattet af musikselskabets eneret efter OPHL § 66, hvorfor en sådan brug skal cleares på eneretsgrundlag.

Uanset musikselskabets eneret er der, for så vidt angår synkronisering af musik i tv, efter gældende ret visse situationer, hvor en musikbruger i forhold til selve synkroniseringshandlingen ikke behøver indgå individuel aftale.

I relation til tv-stationer er dette fastslået i U 2003.280 H. Heraf følger det, at tv-stationer i deres egenproduktioner kan synkronisere med henvisning til et dobbelt hjemmelsgrundlag, jf. OPHL §§ 68 og 31. Begrundelsen for dette er for det første, at anvendelsesbegrebet i OPHL § 68, ifølge Højesteret, omfatter en accessorisk ret til kopiering, og for det andet, at tv-stationer har adgang til at foretage optagelser efter OPHL § 31, stk. 1, hvilket tillige omfatter synkronisering.

Når en tv-station udliciterer produktionen til et eksternt produktionsselskab, kan produktionsselskabets synkronisering ikke cleares på tilsvarende vis som for tv-stationer efter det dobbelte hjemmelsgrundlag.

Det følger for det første af, at produktionsselskabets synkronisering kun kan ske uden tilladelse fra musikselskabet, hvis synkroniseringen foretages for tv-stationens »egne midler«, jf. OPHL § 31, stk. 1. Dette blev fastslået i U 2014.2442 H samt C-510/10 (NCB), som indfortolker »egne midler«-betingelsen, uanset at den ikke er direkte indeholdt i ordlyden i OPHL § 31. »Egne midler«-betingelsen er opfyldt, såfremt produktionsselskabet ingen selvstændige beføjelser har i forhold til produktionen, eller hvis tv-stationen har det fulde og ubetingede ansvar for ophavsretlige krænkelse. Disse betin-

Kapitel III Synkronisering

gelses er imidlertid ikke opfyldt i dansk aftalepraksis, hvorfor udgangspunktet er, at produktionsselskaber ikke kan synkronisere efter OPHL § 31, stk. 1.

Det følger for det andet af, at produktionsselskaber heller ikke kan synkronisere efter OPHL § 68, stk. 1. Den accessoriske kopieringsadgang, som gælder efter OPHL § 68, er bundet op på, at der foretages en offentlig fremførelse af indspilningen. Eftersom produktionsselskabers aktiviteter i relation til musikindspilningen alene knytter sig til selve produktionen (eksemplarfremsstillingen) og ikke en offentlig fremførelse, er det således alene tv-stationen (som udsender indspilningen i tv), der har adgang til at synkronisere efter OPHL § 68.

For synkronisering i entreprisproduktioner er det derfor det praktiske udgangspunkt, at synkronisering skal cleares på eneretsgrundlag efter OPHL § 66, og der skal derfor indgås en synkroniseringsaftale med musikselskabet.

Selvom Højesteret i U 2003.280 H har fastslået en synkroniseringsadgang, er der vægtige argumenter for, at synkroniseringshandlingen slet ikke kan omfattes af hverken OPHL § 68 eller § 31 i lyset af EU-retten. For så vidt angår OPHL § 68, er bestemmelsen en implementering af leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, som overordnet har til formål at regulere offentlig fremførelse. Der er derfor en stærk formodning for, at EU-Domstolen ikke vil anse synkroniseringshandlingen for omfattet af artikel 8, stk. 2. Dette bestyrkes af EU-Domstolens afgørelse af C-147/19 (Atresmedia), hvori det indirekte blev fastslået, at musikselskaber altid skal indgå synkroniseringsaftaler ved brug af musik i tv-produktioner. For så vidt angår OPHL § 31, er der tilsvarende en stærk formodning for, at denne ikke kan omfatte synkronisering pga. efemerbetingelsen i InfoSoc-direktivet artikel 5, stk. 2, litra d, som OPHL § 31 implementerer.

OPHL § 68, stk. 4, indeholder en særlig regel i relation til udsendelse af tv-programmer, hvor der sker en samtidig udsendelse af lyd og billede, hvilket synes at relatere sig til synkroniseringstilfælde. Bestemmelsens indhold er uklar, da indholdet er forskelligt, afhængigt af om bestemmelsen bedømmes efter dens ordlyd, forarbejder eller i lyset af C-147/19 (Atresmedia). Højesteret har imidlertid fastslået, at bestemmelsen skal fortolkes i lyset af forarbejderne. Det er ikke afklaret i dansk retspraksis, om og i så fald hvordan og i hvilken udstrækning EU-Domstolens afgørelse i C-147/19 (Atresmedia) vil påvirke fortolkningen af OPHL § 68, stk. 4, men afgørelsen formodes ikke at ændre på den danske retstilstand.

KAPITEL IV

Udgivelseskriteriet

4.1. Problemstillingen

Som anført i kapitel III kan musik, hvortil et musikselskab har rettighederne, under visse forudsætninger bruges efter tvangslicensreglen i OPHL § 68. En af disse forudsætninger er, at der er tale om »udgivne« lydoptagelser. Det betyder, at en musikindspilning kun kan bruges efter OPHL § 68, hvis den pågældende indspilning kan anses for »udgivet«.

Udgivelsesbegrebet blev allerede i 1961 indføjet i OPHL⁵⁸ og derfor i en tid, hvor den teknologiske udvikling ikke var på det stadie, den befinder sig på i dag. Oprindeligt blev begrebet »udgivelse« forstået i en kontekst, hvor musik blev distribueret ved fysisk salg af vinylplader o.l., men i takt med den teknologiske udvikling er situationen i dag en anden. Nu udgives og distribueres der også musik på internettet og på digitale platforme såsom YouTube, Spotify, Apple Music, TDC Play mv., uden at der samtidig eller på et senere tidspunkt sker en fysisk spredning af den enkelte musikindspilning. Dette giver anledning til at overveje, om sådanne indspilninger kan anses for udgivet, som begrebet skal forstås efter OPHL § 68.

Nærværende kapitel vil derfor undersøge, om musik, som kun er digitalt distribueret, er omfattet af udgivelsesbegrebet i OPHL § 68. Den afledte konsekvens heraf vil være, at Gramex kan opkræve vederlag for indspilningerne, når disse anvendes i medfør af OPHL § 68. Er indspilningerne derimod ikke

58. Lovforslaget til 1961-loven blev fremsat og vedtaget på baggrund af lovforslaget fra folketingsåret 1959-1960, jf. FT 1959-1960 tillæg A, sp. 2657, som dog ikke blev færdigbehandlet inden folketingsårets udgang. Det fremgår af lovforslaget fra FT 1960-1961, tillæg A, sp. 31, at lovforslaget »i det væsentlige [er] i overensstemmelse med det tidligere fremsatte«, hvorfor disse bemærkninger lægges til grund.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

omfattet af OPHL § 68, vil anvendelsen, som udgangspunkt, skulle klare sig med musikselskaberne på eneretsgrundlag efter OPHL § 66.⁵⁹

4.2. Indledende bemærkninger om udgivelsesbegrebet

Af OPHL § 68, stk. 1, følger det, at »(...) *udgivne lydoptagelser [må] anvendes til radio- og fjernsynsudsendelse og til andre offentlige fremførelser*« (egen tilføjelse). Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, indeholder bestemmelsen imidlertid ikke en nærmere definition af udgivelsesbegrebet.

Begrebet er derimod defineret i OPHL § 8, stk. 2, hvoraf det følger, at et værk anses for udgivet »(...) *når eksemplarer af værker med ophavsmandens samtykke er bragt i handelen eller på anden måde spredt blandt almenheden*«.

OPHL § 8, stk. 2, blev indført med 1961-loven. Bestemmelsens formål var at afgrænse udgivelsesbegrebet til tilfælde, hvor der var sket spredning af fysiske eksemplarer, hvilket skal ses i lyset af det teknologiske stadie på daværende tidspunkt, hvor digitalisering var et fremmedord inden for ophavsretten. Dette understreges af bemærkningerne til 1961-loven, hvorefter udgivelse »(...) *forudsætter 1) en fiksering af det pågældende åndsværk i eksemplarer (nye eksemplarer) i bogform, som trykte noder, som tidsskriftartikel, som brugsgenstand, som grammofonplade, som film, på stålband, ved hjælp af andre tekniske reproduktionsmetoder mv. samt 2) at de fremstillede eksemplarer bringes i handelen eller på anden måde udbredes blandt almenheden, f.eks. ved uddeling, udlån, udlejning eller udstilling*«.⁶⁰

Bemærkningerne anførte endvidere eksempler på, hvad der kunne være udgivelse i ophavsretlig forstand, herunder »(...) *at et skrift udsendes i bogform (f.eks. i henhold til en forlagskontrakt), at et musikværk bringes i handelen som trykte noder, at et kunstværk udsendes som reproduktion i et større antal eksemplarer, at en artikel trykkes i en avis eller et tidsskrift, eller at et litterært eller musikalsk værk overføres på bånd eller plader, som derefter bringes i handelen*«.⁶¹

59. Selv hvis digitalt distribueret musik falder uden for tvangslicensområdet, kan musikselskaberne (og de udøvende kunstnere), som også anført i afsnit 2.3.1.1., give mandat til Gramex til at opkræve for området, hvorved ikke-udgivne musikindspilninger således alligevel vil kunne anvendes efter tvangslicensreglen.

60. FT 1959-1960, tillæg A, sp. 2700.

61. Ibid., sp. 2700.

4.3. Er udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, og OPHL § 68 det samme?

Efter den traditionelle forståelse af udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, vil musik, som kun er digitalt distribueret, således ikke være »udgivet« i bestemmelsens forstand, eftersom der ikke er sket en spredning af fysiske eksemplarer.

Det er dog et grundlæggende ophavsretligt princip, at ophavsretten må tilpasses det teknologiske stadie, som den befinder sig på,⁶² og det er derfor ikke givet, at den traditionelle forståelse af OPHL § 8, stk. 2, kan eller skal opretholdes. Der melder sig derfor en overvejelse af, om OPHL § 8, stk. 2, kan omfatte rent digitalt distribuerede eksemplarer, eller om »udgivelse« kun anses for sket, hvis der er sket en spredning af fysiske eksemplarer. Endvidere bør det overvejes, om OPHL § 68 skal forstås i lyset af definitionen i OPHL § 8, stk. 2, eller om udgivelsesbegrebet i OPHL § 68 kan omfatte digital distribution, uanset at det ikke måtte være omfattet af definitionen i OPHL § 8, stk. 2.

I nærværende kapitel vurderes det indledningsvist i afsnit 4.3., om der gælder samme udgivelsesbegreb efter OPHL §§ 8, stk. 2, og 68. Afsnit 4.4. vil dernæst vurdere, om digital distribution kan være omfattet af udgivelsesbegrebet.

4.3. Er udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, og OPHL § 68 det samme?

Henset til OPHL § 8, stk. 2,'s beskrivende karakter er det nærliggende at anse indholdet i bestemmelsen som en generel definition for udgivelsesbegrebet, således at definitionen efter OPHL § 8, stk. 2, også skal gælde for andre bestemmelser i OPHL, som indeholder et udgivelseskriterie.

Imidlertid tvinger ordlyden af OPHL § 8, stk. 2, ikke til den fortolkning, at bestemmelsen rent faktisk har funktion som en generel definition for begrebet. I de følgende afsnit inddrages argumenter for og imod at anse udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, som en generel definition for begrebet efter OPHL, herunder OPHL § 68.

4.3.1. Lovmotiverne om udgivelsesbegrebet

Med vedtagelsen af OPHL i 1961 blev udgivelse en forudsætning for flere bestemmelsers anvendelse. Eftersom begrebet var indeholdt i flere bestem-

62. Schönning, P. (2001). *Komponistrettighederne 1926-2001*, s. 9.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

melser, fandt lovgiver det derfor nødvendigt at definere begrebet nærmere, jf. følgende udtalelse fra bemærkningerne til lovforslaget:

*»Lovforslaget anvender i en række paragraffer udtrykkene »offentliggjort« og »udgivet«, og knytter visse retsvirkninger til offentliggørelsen eller udgivelsen, jfr. eksempelvis i § 11, i § 17, i § 18 og i § 44. Man har derfor fundet det nødvendigt at definere de nævnte udtryk«.*⁶³

Den tidligere OPHL § 68 (1961-lovens § 47) indeholdt dog ikke et kriterie om udgivelse. Derudover var udgivelsesbegrebet på daværende tidspunkt kun indeholdt i bestemmelser i lovens kapitel 1-4 om litterære og kunstneriske værker, hvilket kan tale for, at OPHL § 8, stk. 2, kun gælder for bestemmelser, som regulerer værker. Dette understøttes af ordlyden i OPHL § 8, stk. 2, som kun refererer til »værker« og »ophavsmænd«. OPHL § 68 relaterer sig derimod til »lydoptagelser« og er placeret i OPHL's kapitel 5, som regulerer beskyttelsen af naborettighederne. Ordlyden og placeringen af de to bestemmelser taler derfor imod at anse OPHL § 8, stk. 2, som en generel definitionsbestemmelse for OPHL § 68.

I lovmotiverne til lovforslaget er der dog ikke holdepunkter for, at lovgiver har haft til hensigt, at OPHL skulle indeholde forskellige udgivelsesbegreber. Derudover afgrænser lovmotiverne ikke anvendelsen af OPHL § 8, stk. 2, til de oplistede bestemmelser, men holder det åbent, jf. ordlyden »eksempelvis«, at øvrige bestemmelser også skal ses i lyset af udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2. Dette taler for, at lovgiver har ønsket at definere udgivelsesbegrebet for alle bestemmelser med begrebet indeholdt og ikke kun for de i lovmotiverne oplistede. Imidlertid er det ikke klart, om lovgiver med OPHL § 8, stk. 2, også har haft til hensigt at definere udgivelsesbegrebet i bestemmelser, som ikke relaterer sig til værker, såfremt sådanne bestemmelser på et senere tidspunkt måtte få indføjet et udgivelseskriterie – hvilket netop blev tilfældet for tvangslicensreglen.

Et andet aspekt, som understøtter argumentet om, at der ikke gælder samme udgivelsesbegreb for musikindspilninger, er den manglende henvisning mellem OPHL § 66 og § 8, stk. 2. Når visse bestemmelser fra kapitel 1-4 skal finde tilsvarende anvendelse for naborettighederne i OPHL's kapitel 5, henvises der nemlig til de konkrete bestemmelser, og for så vidt angår masterrettighederne, er sådanne henvisninger indeholdt i OPHL § 66, stk. 2. Dog indeholder OPHL § 66, stk. 2, ikke en henvisning til OPHL § 8, stk. 2. I forbindelse med lovrevisionen til 1995-loven blev det endda foreslået at tilføje en

63. FT 1959-1960, tillæg A, sp. 2699.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

sådan henvisning i OPHL § 66 (daværende § 46), jf. betænkning 962/1982,⁶⁴ men forslaget blev ikke medtaget i den videre behandling af lovforslaget.

Selvom henvisningen ikke blev indsat, blev følgende dog udtalt i bemærkningerne til 1995-loven angående OPHL § 68:

»Ved »udgivne lydoptagelser« forstås cd'er, lp'er o.lign., der i et større antal har været bragt på markedet med henblik på salg til almenheden, jf. bestemmelsen i lovforslagets § 8, stk. 2. (...) Ikke-udgivne lydoptagelser er omfattet af de foreslåede nye rettigheder i lovforslagets §§ 65 og 66.«⁶⁵ (Egen fremhævelse).

Selvom det således ikke fremgår direkte i lovteksten, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, også gælder for masterrettighederne, taler bemærkningerne til 1995-loven for, at OPHL § 68 skal forstås i lyset af OPHL § 8, stk. 2.

4.3.2. Sammenfatning

Sammenfattende må det konkluderes, at det ikke uden videre kan lægges til grund, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, er det samme som efter OPHL § 68. Mens 1995-lovmotiverne taler for, at lovgiver har anerkendt, at dette er tilfældet, taler den konkrete ordlyd og placeringen af bestemmelserne imod, at der gælder samme udgivelsesbegreb.

Selvom der ikke er et klart svar på spørgsmålet, vil det i afsnit 4.4. undersøges, om udgivelsesbegrebet udelukkende skal forstås som omfattende tilfælde, hvor der er sket en spredning af fysiske eksemplarer, eller om rent digitalt distribuerede eksemplarer kan anses for udgivet.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

4.4.1. Ordlyden af OPHL § 8, stk. 2

Som anført i de indledende bemærkninger har udgivelse traditionelt været afgrænset til spredning af fysiske eksemplarer, hvilket skal ses i lyset af det teknologiske stadie på tidspunktet for indførelsen af OPHL § 8, stk. 2. Spørgsmålet er herefter, om denne forståelse af bestemmelsen skal opretholdes, eller om ordlyden af OPHL § 8, stk. 2, kan omfatte digitale distributionsformer.

64. 3. delbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. *Beskytelse af kunstneriske præstationer*. Betænkning nr. 962. København 1982, s. 101.

65. FT 1994-95, tillæg A, sp. 1311.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

Efter OPHL § 8, stk. 2, er det en forudsætning for, at der er sket udgivelse, at »*eksemplarer (...) er bragt i handelen eller på anden måde spredt blandt almenheden*« (egen fremhævelse).

Som det fremgår af ordlyden, gælder der således både et sprednings- og et eksemplarbegreb, og det vil i det følgende undersøges, om distribution af digitale eksemplarer kan udgøre en sådan eksemplarspredning.

Indledningsvis skal det bemærkes, at digital distribution af musik kan ske gennem forskellige kanaler og på forskellige måder. Musik kan enten streames eller downloades, hvilket teknisk set udgør to vidt forskellige handlinger. Når en bruger streamer musik på f.eks. Spotify, TDC Play o.l., foretages en midlertidig kopiering af musikken, idet små »bidder« af musikken kopieres i takt med afspilningen. I dette tilfælde bliver eksemplaret ikke gemt permanent på brugerens enhed, men de enkelte »bidder« af musikken kopieres midlertidigt til brugerens enheds RAM-hukommelse, som muliggør afspilningen. Ønsker brugeren således at genlytte musikken, skal brugeren foretage en ny streaming (og dermed en ny midlertidig eksemplarfremstilling). Når en bruger derimod downloader musik f.eks. gennem køb i iTunes eller via streamingtjenesters offline-funktion, foretages en permanent kopiering af musikken, idet brugeren lagrer et eksemplar på brugerens enhed. Brugeren kan herefter tilgå eksemplaret på sin enhed, indtil brugeren aktivt sletter musikken fra sin enhed.

Spørgsmålet er, om disse digitale distributionsformer opfylder sprednings- og eksemplarbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, jf. straks nedenfor.

4.4.1.1. Spredningsbegrebet

Spredningsbegrebet er ikke defineret i OPHL § 8, stk. 2. På grund af det ordlydsmæssige sammenfald med OPHL § 2, stk. 3, nr. 1, om *eksemplarspredningsretten*, er det dog nærliggende at forstå begrebet i lyset heraf.

Efter eksemplarspredningsretten foreligger spredning ved salg, udlejning, udlån og gave, og det er den generelle opfattelse, at bestemmelsen er afgrænset til spredning af fysiske eksemplarer, jf. bl.a. Schönning, som har anført, at »(...) *overføring af værker i digitale net og lignende [ikke] repræsenterer (...) eksemplarspredning, som alene relaterer sig til spredning af genstande i materiel (fysisk/rørlig) form*«.⁶⁶

Henset til det ordlydsmæssige sammenfald i OPHL § 2, stk. 3, nr. 1, og OPHL § 8, stk. 2, er der således en formodning for, at spredningsbegrebet efter OPHL § 8, stk. 2, også er afgrænset til fysiske eksemplarer.

66. Schönning, P. (2021). *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 195.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

Dog er det væsentligt at holde for øje, at bestemmelserne ikke bygger på samme retsgrundlag. Eksemplarspredningsretten er en implementering af InfoSoc-direktivet, mens udgivelseskriteriet i OPHL § 8, stk. 2, ikke er et EU-harmoniseret begreb. Derfor kan spredningsbegrebet i OPHL § 2, stk. 3, nr. 1, ikke nødvendigvis begrunde, at spredning efter OPHL § 8, stk. 2, tillige er fysisk afgrænset.⁶⁷

Samtidig skal det holdes for øje, at mens eksemplarspredningsretten omfatter tilfælde, hvor blot ét eksemplar er spredt til almenheden, medfører spredning af ét eksemplar ikke, at eksemplaret anses for udgivet. Udgivelse forudsætter derimod, at der spredes en vis mængde af eksemplaret, før der er tale om, at eksemplaret er udgivet. Dette taler umiddelbart for, at spredningsbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, skal forstås mere snævert end efter OPHL § 2, stk. 3, nr. 1.

Uanset om OPHL § 8, stk. 2, er afgrænset på tilsvarende vis som efter OPHL § 2, stk. 3, nr. 1, er det i litteraturen anført, at OPHL § 8, stk. 2, heller ikke isoleret set kan omfatte digital distribution.⁶⁸ Rationalet herfor er, at den måde, hvorpå musik i dag distribueres på internettet, nærmere har karakter af en tilrådighedsstillelse af en mulighed for brugeren til at foretage eksemplar-fremstilling end en egentlig spredningshandling.⁶⁹ Argumentet forekommer umiddelbart velbegrundet, men samtidig er det væsentligt at være opmærksom på, at spredningsbegrebet ikke nødvendigvis forudsætter en bestemt handlingsrækkefølge, hvor det er rettighedshaveren, som fremstiller en række eksemplarer for derefter at distribuere dem. Dette understøttes bl.a. af forarbejderne til 1998-loven og betænkning 1064/1986, som gennemgås i afsnit 4.4.3.-4.4.4., hvorfor der henvises hertil.

4.4.1.2. Eksemplarbegrebet

For så vidt angår eksemplarbegrebet, er dette ikke defineret i OPHL § 8, stk. 2. Det er dog nærliggende at afgrænse eksemplarbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, i lyset af *eksemplarfremstillingsretten* i OPHL § 2, stk. 2. Herefter er eksemplarer til stede ved enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplarfremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, herunder også tilfælde, hvor eksemplaret overføres på indretninger, som kan gengive det.

67. Gjessing, I. (2012). 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 491.

68. Ibid., s. 491.

69. Ibid., s. 491.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

Såfremt eksemplarbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, skal forstås lige så bredt som efter eksemplar fremstillingsretten, må det formodes, at OPHL § 8, stk. 2, også omfatter digitale eksemplarer.

Der kan imidlertid også argumenteres for det modsatte grundet OPHL § 8's sondring mellem offentliggørelsessituationen og udgivelsessituationen i stk. 1 og stk. 2. Hvor der sker offentliggørelse af et eksemplar, når blot ét eksemplar er gjort tilgængeligt for almenheden, kræver udgivelse, som tidligere nævnt, at der er sket en spredning af flere eksemplarer. I litteraturen tales der i denne henseende om, at udgivelse er et kvalificeret offentliggørelseskriterie.⁷⁰ Såfremt udgivelsesbegrebet er af kvalificeret beskaffenhed, kan eksemplarbegrebet i OPHL § 2, stk. 2, muligvis ikke bruges til at afgrænse eksemplarbegrebet i OPHL § 8, stk. 2.⁷¹

I relation til streaming-tilfælde, hvor musik midlertidigt kopieres, er det kvalificerende element i OPHL § 8, stk. 2, næppe opfyldt. I denne situation sker der ikke en permanent fremstilling af et eksemplar, da musikken kun kopieres i »bidder« og i forbindelse med selve lytningen af musikken. I dette tilfælde bruges musikken således i takt med, at musikken midlertidigt kopieres, men vil brugeren genlytte musikken, skal brugeren starte en ny streaming og dermed foretage en ny eksemplar fremstilling. På linje hermed er det i litteraturen anført, at situationen snarere er beslægtet med offentliggørelsessituationen end udgivelsessituationen.⁷²

I relation til download-tilfælde, hvor musik permanent kopieres, forekommer det mere nærliggende at anse det kvalificerede element i OPHL § 8, stk. 2, for til stede. I dette tilfælde har brugeren adgang til at foretage en eksemplar fremstilling ved downloadet, og brugeren får, som følge af downloadet, rådighed over et afgrænset eksemplar, som er permanent lagret på brugers rørlige enhed. Denne situation fremstår analog med den situation, hvor brugeren køber en CD eller vinylplade, og som anført i litteraturen vil sondringen mellem disse to distributionsformer nærmere være et spørgsmål om værkspræsentation.⁷³ Derfor kan det ikke umiddelbart afvises, at sådanne filbaserede downloads kan udgøre en digital distribution, som opfylder udgivelsesbegrebets eksemplarbegreb.

70. Gjessing, I. (2012). 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 492.

71. Ibid., s. 492.

72. Ibid., s. 492.

73. Ibid., s. 493.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

4.4.1.3. Udgivelsesbegrebet i øvrig nordisk ret

I lyset af, at ophavsretlige kilder fra de andre nordiske lande må antages at have en vis retskildemæssig betydning i dansk ret, er det endvidere relevant at inddrage kilder fra disse lande ved afklaringen af udgivelsesbegrebet efter OPHL § 8, stk. 2, jf. straks nedenfor.

Den retskildemæssige værdi af nordiske retskilder skal ses i lyset af, at den danske ophavsretslov er resultatet af et fælles reformsamarbejde med de øvrige nordiske lande,⁷⁴ hvilket også kommer til udtryk, ved at de nordiske landes ophavsretslovgivninger på flere punkter er identiske. Henset hertil kan de nordiske landes retskilder have en betydning for fortolkningen af det danske udgivelsesbegreb, og retskilderne kan potentielt understøtte lovgivers eller en dansk domstols stillingtagen til spørgsmålet.

Det er således væsentligt at bemærke, at det i svensk ret er blevet fastslået af Högsta Domstolen i NJA 2010, s. 135, at udgivelse skal forstås som spredning af fysiske eksemplarer.

Afgørelsen vedrørte upload på en hjemmeside af en række billeder, hvortil en fotograf havde ophavsrettighederne, og handlede om, hvorvidt uploadet var lovligt uden fotografens tilladelse efter den svenske upphovsrättslagen⁷⁵ § 20 a. Upphovsrättslagen § 20 a er en undtagelsesbestemmelse, hvorefter det er tilladt at foretage en underordnet brug af udgivne kunstværker i film- og tv-programmer, og retten tog i den forbindelse stilling til bestemmelsens udgivelsesbegreb. I sin afgørelse henviste retten til upphovsrättslagen § 8, stk. 2, som er identisk med den danske ophavsretslovs § 8, stk. 2, og fastslog følgende:

»Utgivningsbegreppet är gammalt och det är väl etablerat att uttrycket avser spridning av (i regel) ett flertal fysiska exemplar till allmänheten (se t.ex. Henry Olsson, Copyright, 8 uppl. 2009, s. 70). Frågan om utgivning även ska omfatta tillgängliggöranden via Internet torde kräva överväganden av ett slag som lämpligen sker inom ramen för ett lagstiftningsärende.«⁷⁶ (Egen fremhævelse).

Domstolen fastholdt således, at udgivelse er afgrænset til tilfælde, hvor der er sket en spredning af fysiske eksemplarer. Dog taler domstolens formulering »i regel« for, at der muligvis kan forekomme tilfælde, hvor udgivelsesbegrebet ikke er afgrænset til fysisk distribution. Samtidig understregede domstolen, at et spørgsmål om, hvorvidt udgivelse også foreligger ved til-

74. FT 1959-1960, tillæg A, sp. 2700.

75. Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, t.o.m. SFS 2020:872.

76. NJA 2010, s. 135, præmis 22.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

gængeliggørelse via internettet, er et spørgsmål for lovgivningsmagten og ikke domstolene.

Eftersom den svenske og den danske § 8, stk. 2, ved ordlyden er identiske, er det nærliggende, at en dansk domstol på linje med den svenske domstol vil afgrænse udgivelse til tilfælde, hvor der er sket spredning af fysiske eksemplarer.

Til sammenligning har norsk ret derimod taget udtrykkeligt stilling til udgivelsesbegrebets rækkevidde og omfattet digital distribution af udgivelsesbegrebet. Af den norske åndsverkloven § 10, stk. 2, fremgår det nu, at:

»Et åndsverk er utgitt når et rimelig antall eksemplar av verket med samtykke av opphaveren er brakt i handelen, eller på annen måte er spredt blant allmennheten. Et åndsverk er også utgitt når det med opphaverens samtykke er gjort tilgjengelig for allmennheten på Internett, i annet elektronisk kommunikasjonsnett eller i database, på en slik måte at brukeren kan fremstille eksemplar av verket og selv velger tid og sted for tilgangen til verket«⁷⁷ (egen fremhævelse).

Inden den lovmæssige ændring blev det dog allerede i norske lovmotiver fra 1998 og 2005 anført, at digital distribution var omfattet, jf. bl.a. følgende udtalelse: *»Verk som med opphavsmannens samtykke gjøres tilgjengelig for allmennheten i digitale nettverk, med muligheter for lokal fremstilling av eksemplar hos brukeren, vil for alle praktiske formål være å anse som utgitt i lovens forstand«⁷⁸.*

Det forhold, at norsk ret har anerkendt, at digital distribution er omfattet af udgivelsesbegrebet, allerede inden det blev direkte tilføjet i den norske ophavsretslov, taler for, at også det danske udgivelsesbegreb kan omfatte digital distribution, selvom det ikke eksplicit fremgår af OPHL § 8, stk. 2.

4.4.1.4. Sammenfatning

Taget ordlyden af OPHL § 8, stk. 2, herunder eksemplar- og spredningsbegrebet, i betragtning, taler dette for, at OPHL § 8, stk. 2, skal underlægges den traditionelle forståelse, hvor udgivelse er afgrænset til tilfælde, hvor der er sket spredning af fysiske eksemplarer. Denne tolkning af bestemmelsen understøttes af svensk retspraksis, hvor udgivelsesbegrebet er blevet behandlet i relation til den svenske ophavsretslovs § 8, stk. 2.

77. Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), LOV-2018-06-15-40.

78. Ot. Prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m. afsnit 3.4.1.5 og Ot. Prp. Nr. 85 (1997-1998) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser), afsnit 4.1.4.1.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

Det bemærkes samtidig, at der er holdepunkter for, at tilfælde, hvor et eksemplar fremstilles på baggrund af en brugers download, muligvis kan være udgivelse efter OPHL § 8, stk. 2. Dette argument understøttes af den norske lovtekst, herunder lovmotiverne hertil, hvori digital distribution blev anset for omfattet af udgivelsesbegrebet, også inden det udtrykkeligt blev omfattet af den norske lovtekst.

Uanset om det måtte være tilfældet, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, ikke kan omfatte digital distribution, er det dog, som nævnt under afsnit 4.3., ikke afklaret, om der gælder samme udgivelsesbegreb efter OPHL § 68. Selvom OPHL § 8, stk. 2, således ikke måtte omfatte digitalt distribuerede eksemplarer, kan det derfor ikke uden videre lægges til grund, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 68 ikke kan.

4.4.2. Restriktiv fortolkning af udgivelsesbegrebet

Indholdet af OPHL § 68 indebærer, at tv-stationer kan anvende udgivne musikindspilninger uanset musikselskabets eneret efter OPHL § 66. Musikselskabet kan således ikke modsætte sig en brug, som falder inden for OPHL § 68, forudsat at musikselskabet modtager et rimeligt vederlag for brugen efter OPHL § 68, stk. 2. Henset til tvangselementet i OPHL § 68 anses bestemmelsen som en indskrænkning i musikselskabets enerettigheder og den retsstilling, der som udgangspunkt gælder efter OPHL § 66.

Ud over i OPHL § 68 er udgivelsesbegrebet også anvendt i en række andre regler, som i et omfang begrænser den ophavsretlige beskyttelse, f.eks. OPHL § 13 (brug af udgivne værker i undervisningssammenhæng), OPHL § 14 (brug af udgivne værker i erhvervsvirksomhed mv.), OPHL § 16, stk. 4, og OPHL § 16 b (bibliotekers brug af udgivne værker), OPHL § 17 (brug af udgivne værker for handicapgrupper), OPHL § 18 (brug af værker i antologier i undervisningssammenhæng mv.), OPHL § 20 (visning af udgivne værker), OPHL § 21 (offentlig fremførelse af udgivne værker), OPHL § 23, stk. 3, (gengivelse af udgivne værker) m.fl.

Det er et grundlæggende ophavsretligt princip, at undtagelser og indskrænkninger skal fortolkes restriktivt. Det følger bl.a. af lovmotiverne til 1961-loven, hvori det udtales, at sådanne regler i tvivlstilfælde skal fortolkes »(...) på en sådan måde, at de formål, de tjener, virkelig kan ske fyldest, men på den anden side hellere ikke videre«. ⁷⁹

Princippet om en snæver fortolkning af undtagelsesregler er også indeholdt på internationalt plan, oprindeligt i Bernerkonventionen. Heraf fremgår

79. FT 1959-1960, tillæg A, sp. 2703.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

det, at medlemslandene kan tillade eksemplarfremsstilling af værker »(...) under forudsætning af, at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser«. ⁸⁰ Konventionen refererer dog kun til eksemplarfremsstillingstilfælde. Imidlertid fremgår en mere generel regel af WPPT artikel 16, stk. 2, hvorefter: »De kontraherende parter indskrænker eventuelle begrænsninger af eller undtagelser fra de i denne traktat indrømmede rettigheder til visse særlige tilfælde, som ikke hindrer en normal udnyttelse af fremførelsen eller fonogrammet, og som ikke på urimelig måde skader den udøvende kunstners eller fremstillernes legitime interesser.« ⁸¹

På EU-retligt plan er det også et almindeligt princip, at undtagelser og indskrænkninger skal underkastes en snæver fortolkning. Bl.a. følger det af InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 5, og leje- og lånedirektivets artikel 10, stk. 3, hvor det af sidstnævnte fremgår, at »[i]ndskrænkningerne (...) [kun] anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af frembringelsen og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshavernes legitime interesser« ⁸² (egen tilføjelse). Derudover har EU-Domstolen flere gange fastslået princippet, bl.a. i C-5/08 (Infopaq I), ⁸³ C-435/12 (Stichting de Thio-skopie) ⁸⁴ og C-166/15 (Ranks og Vasiļevičs). ⁸⁵

Taget i betragtning, at udgivelsesbegrebet er indeholdt i en række indskrænkninger og undtagelsesregler, herunder OPHL § 68, taler dette for, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, skal fortolkes snævert. Såfremt der skal anlægges en snæver fortolkning af bestemmelsen, vil dette potentielt indebære, at begrebet alene relaterer sig til spredning af fysiske eksemplarer og ikke digital distribution.

Dog relaterer udgivelsesbegrebet sig ikke kun til de indskrænkninger og undtagelsesregler, som er oplistet ovenfor. Begrebet er bl.a. også indeholdt i repræsentationsreglen i OPHL § 7, stk. 2, om udgiverens/forlæggerens ret til

80. Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886 som revideret senest i Paris den 24. juli 1971, artikel 9, stk. 2.

81. WIPO-traktat om fremførelser og fonogrammer (WPPT), Genève (1996) artikel 16, stk. 2.

82. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlåns- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodificeret udgave), artikel 10, stk. 3.

83. C-5/08, Infopaq International A/S mod Danske Dagblades Forening, 16. juli 2009, præmis 56.

84. C-435/12, ACI Adam BV m.fl. mod Stichting de Thuiskopie, 10. april 2014, præmis 22.

85. C-166/15, Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasiļevičs, 12. oktober 2016, præmis 42.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

at handle på ophavsmandens vegne, OPHL § 64 om udgivelse af nyopdagede værker, OPHL § 65-67 om beskyttelsestiden for naborettighederne og OPHL § 73 om titelbeskyttelse m.fl. På den baggrund kan et argument om snæver fortolkning af OPHL § 8, stk. 2, næppe fastholdes.

Spørgsmålet bliver herefter, om der skal anlægges en snæver fortolkning af udgivelsesbegrebet i OPHL § 68. Som tidligere anført i afsnit 4.3., er det uklart, om der gælder samme udgivelsesbegreb efter OPHL §§ 8, stk. 2, og 68. Selv hvis OPHL § 8, stk. 2, ikke skal fortolkes snævert, kan det derfor ikke uden videre lægges til grund, at OPHL § 68 ikke er genstand for snæver fortolkning, og henset til OPHL § 68's funktion som en indskrænkning i musikselskabets enerettigheder efter OPHL § 66, forekommer det nærliggende at fortolke OPHL § 68 snævert.

Der er dog også forhold, der taler imod en snæver fortolkning af OPHL § 68, jf. nedenfor.

For det første er det væsentligt at holde sig for øje, at selvom OPHL § 68 er udformet som en indskrænkning pga. bestemmelsens tvangselement, er reglen en implementering af en vederlagsret. Tvangslicensreglen implementerer leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, og WPPT artikel 15, der begge er udformet som en ret for musikselskaberne og de udøvende kunstnere til at modtage vederlag, når musik offentligt fremføres, og ikke som en decideret indskrænkning. Vederlagsretten efter artikel 8, stk. 2, og WPPT artikel 15 vil derfor næppe blive fortolket snævert efter leje- og lånedirektivets artikel 10, stk. 3, eller WPPT artikel 16, stk. 2.

For det andet vil det muligvis ikke være i overensstemmelse med formålet bag en snæver fortolkning at fortolke OPHL § 68 snævert. Formålet med at anlægge en snæver fortolkning af en given retsregel er netop at beskytte rettighedshaveren imod en skade, og spørgsmålet bliver derfor, om tvangslicensreglen i realiteten »skader« musikselskaberne eller de udøvende kunstnere, hvis *ikke* bestemmelsen fortolkes snævert. Med andre ord skal det overvejes, om det vil påføre musikselskaberne eller de udøvende kunstnere en skade, hvis digitalt distribuerede musikindspilninger falder inden for tvangslicensen i OPHL § 68.

På den ene side kan det næppe antages at skade rettighedshaverne, hvis digitale eksemplarer er omfattet af OPHL § 68. Konsekvensen herved er nemlig, at musikselskaberne og de udøvende kunstnere modtager vederlag gennem Gramex' forvaltning af området, og som tidligere anført er Gramex' forvaltning af OPHL § 68-området årligt genstand for betydelige vederlag til både musikselskaberne og de udøvende kunstnere. Det skal i den relation bemærkes, at selv hvis digitale eksemplarer falder uden for OPHL § 68 (og således falder tilbage på eneretten i OPHL §§ 65-66), kan rettighedshaverne

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

under alle omstændigheder henlægge forvaltningen til Gramex ved at give mandat hertil.

På den anden side bør det overvejes, om rettighedshaverne vil stå bedre, hvis digitale eksemplarer falder uden for tvangslicensen. I dette tilfælde vil brug af digitale eksemplarer skulle cleares på eneretsgrundlag efter OPHL §§ 65-66, hvorefter rettighedshaverne derfor selv skal forhandle med tv-stationerne om musikbrug. Såfremt rettighedshaverne vil kunne forlange et større vederlag end det, som Gramex opkræver efter OPHL § 68, vil det tale for, at rettighedshaverne lider en »skade«, hvis ikke OPHL § 68 fortolkes snævert. Det er dog en forudsætning for dette argument, at rettighedshaverne rent faktisk kan forhandle sig til større vederlagsbeløb på eneretsgrundlag end efter OPHL § 68-området. Det bemærkes, for så vidt angår de udøvende kunstnere, at disse sandsynligvis i vidt omfang vil overdrage deres rettigheder til offentlig fremførelse af indspilninger, som falder uden for OPHL § 68, til musikselskaberne. Det vil i så fald være musikselskaberne, som forhandler med tv-stationerne, og de udøvende kunstners økonomiske stilling afhænger således af deres individuelle aftaler med musikselskaberne.⁸⁶

For det tredje synes Højesteret i U 2003.280 H, som gennemgået i kapitel III, at fortolke OPHL § 68 udvidende. Selvom sagen ikke omhandlede udgivelseskriteriet, anlagde Højesteret en bred fortolkning af anvendelsesbegrebet i OPHL § 68, hvilket muligvis kan tale for, at heller ikke udgivelseskriteriet vil blive fortolket snævert, hvis bestemmelsen måtte blive genstand for domstolsbehandling.

4.4.3. Forarbejderne til 1998-loven

Et argument, som taler for, at udgivelsesbegrebet omfatter digitalt distribuerede eksemplarer, er forarbejderne til lovforslaget til 1998-loven.⁸⁷

Lovforslaget angik bl.a. en ændring af aftalelicensreglen i OPHL § 13, stk. 1, efter hvilken det er muligt at indgå licensaftaler om brug af udgivne værker i undervisningssammenhæng.⁸⁸ Med lovforslaget blev det foreslået, at undervisningsinstitutioners fotokopieringsadgang efter OPHL § 13, stk. 1,

86. I Reinbothe, J; Von Lewinski, S. (2015) *The WIPO Treaties on Copyright*, s. 394 antages det, at de udøvende kunstnere står i en svag forhandlingsposition overfor musikselskaberne, og derfor vil være bedre stillet gennem en lovbestemt vederlagsret end efter en eneret.

87. FT 1997-1998, tillæg A, sp. 2063.

88. Licensaftaler efter OPHL § 13, stk. 1, indgås med Copydan Tekst & Node, som varetager rettighederne på vegne af rettighedshaverne.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

skulle udvides til også at omfatte digitale kopieringsteknikker, og om udgivelsesbegrebet blev følgende udtalt i lovforslaget:

»Udgivelse efter § 8, stk. 2, foreligger ikke alene i tilfælde, hvor der er sket en spredning af fysiske eksemplarer blandt almenheden i form af en forlagsmæssig udgivelse, men kan også foreligge i tilfælde, hvor et værk er stillet til rådighed for almenheden, fx via internettet, på en sådan måde, at det har været muligt for almenheden på grundlag af et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke fra ophavsmanden at fremstille eksemplarer af værket. Sådanne tilfælde vil kunne indgå i den foreslåede aftalelicensordning, ligesom ordningen også vil kunne omfatte tilfælde, hvor et værk er udgivet i fysisk form forud for værkets medtagelse i en online transmission.«⁸⁹ (Egen fremhævelse).

Som det fremgår af forarbejderne, er udgivelse efter OPHL § 8, stk. 2, ikke begrænset til traditionelle spredningstilfælde, men vil også kunne foreligge i situationer, hvor et værk er stillet til rådighed digitalt. Forarbejderne lægger derfor op til, at der ikke kan fastholdes en traditionel forståelse af udgivelsesbegrebet, men at begrebet tværtimod må tilpasses og forstås ud fra det aktuelle teknologiske stadie. I lyset heraf må der gælde en tilsvarende fortolkning af udgivelsesbegrebet i OPHL § 68.

Derudover understøtter forarbejderne det tidligere anførte argument om, at download af musikindspilninger muligvis skal betragtes på linje med den situation, hvor en bruger køber en CD eller vinylplade, jf. ovenfor afsnit 4.4.1.2.

Selvom forarbejdernes udtalelse omhandler udgivelsesbegrebet efter OPHL § 8, stk. 2, er udtalelsen dog placeret som en specifik bemærkning til OPHL § 13. Som anført i litteraturen kan dette tale for, at udtalelsen alene skal anses som rettet mod det konkrete begreb i OPHL § 13 og ikke som en tolkning af OPHL § 8, stk. 2, som generel definition for udgivelsesbegrebet.⁹⁰ Tages det endvidere i betragtning, at det pågældende lovforslag hviler på et hensyn til at regulere adgangen til at bruge værker i undervisningssammenhænge, taler dette også for, at udtalelsen i lovforslaget ikke kan tages til indtægt for en generel fortolkning af OPHL § 8, stk. 2.⁹¹

Uanset om forarbejderne påvirker fortolkningen af OPHL § 8, stk. 2, er det som nævnt i afsnit 4.3. uklart, om udgivelsesbegrebet i OPHL §§ 8, stk. 2, og 68 er det samme, eller om begreberne i de to bestemmelser har hver deres selvstændige indhold. Gælder der samme udgivelsesbegreb i bestemmelserne, og er forarbejderne til 1998-loven en fortolkning af udgivelsesbegrebet i

89. FT 1997-1998, tillæg A, sp. 2072.

90. Gjessing, I. (2012), 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 489.

91. Ibid., s. 489.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

OPHL § 8, stk. 2, taler forarbejdernes udtalelse for et digitalt udgivelsesbegreb efter OPHL § 68. Er forarbejderne af isoleret betydning for OPHL § 13, er det usikkert, om forarbejderne kan tages til indtægt for et digitalt udgivelsesbegreb efter OPHL § 68.

4.4.4. Betænkning 1064/1986 om ophavsret og edb

Et yderligere argument, som taler for, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, (og OPHL § 68) omfatter digital distribution, er 7. delbetænkning 1064/1986 om ophavsret og edb.⁹² Betænkningen var en del af grundlaget for 1995-lovens revision og indeholdte overvejelser om den ophavsretlige regulering af edb. I betænkningen blev det bl.a. overvejet, hvordan udgivelseskriteriet skal forstås, når værker udnyttes i databaser med henvisning til de ophavsretlige indskrænkninger. I betænkningen blev følgende udtalt om OPHL § 8, stk. 2:

»Selve det, at et værk er indlæst i en database er (...) ikke i sig selv nok til at konstituere en udgivelse, fordi den hertil krævede eksemplarspredning ikke behøver at have fundet sted. Forholdene kan her være forskellige. Ved nogle databaser – vistnok de fleste – vil brugerne være berettiget til at lave udskrifter af indholdet, ved andre kan det være forbudt. Indlæggelsen af et værk i en af de sidstnævnte baser kan ikke antages at medføre, at det må anses for udgivet, fordi en eventuel fremstilling af udskrifter ikke sker med ophavsmandens samtykke, jfr. OL § 8, stk. 2. Indlægges et værk derimod i en base, hvorfra brugerne har tilladelse til at fremstille udskrifter – evt. i begrænset omfang og mod betaling – er det nærliggende at behandle forholdet analogt med den situation, hvor eksemplarer er bragt i handelen. Afgørende er derfor ikke, om nogen fremstiller eksemplarer, hvor mange der fremstilles eller hvornår dette sker, men alene at almenheden får tilbudet [sic] om at kunne gøre det. I denne situation anses værket derfor som offentliggjort fra det øjeblik, hvor det gennem den pågældende base tilbydes almenheden. Denne fortolkning betyder desuden, at de eksemplarer, som brugerne er berettiget til at fremstille, anses for udgivne. (...)

Man kan diskutere, om denne fortolkning burde klargøres gennem en tilføjelse til OL § 8, stk. 2. Udvalget har imidlertid (...) ikke fundet dette nødvendigt.«⁹³ (Egen fremhævelse).

92. 7. delbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. *Ophavsret og edb*. Betænkning nr. 1064. København 1986.

93. 7. delbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. *Ophavsret og edb*. Betænkning nr. 1064. København 1986, s. 25-27.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

Ifølge betænkningen kan udgivelse foreligge i tilfælde, hvor et værk er indlæst i en database, hvorfra brugerne har mulighed for at fremstille eksemplarer af værket. Afgørende er i den forbindelse, at brugeren har ret til at foretage eksemplar fremstillingen. Betænkningen afspejler således en bred teknologisk forståelse af udgivelsesbegrebet og taler for, at digital tilrådighedsstillelse kan udgøre udgivelse efter OPHL § 8, stk. 2, og muligvis også efter OPHL § 68. Derudover understøtter betænkningen argumentet om, at filbase-rede downloads af musikindspilninger muligvis skal betragtes analogt med den situation, hvor en bruger køber en CD eller vinylplade, jf. ovenfor afsnit 4.4.1.2.

Det bør imidlertid holdes for øje, at betænkningen alene vedrører databaser, og at betænkningen er udarbejdet i 1986, dvs. på et tidligt stadie af den teknologiske udvikling, som vi i dag kender. Som det også er anført i litteraturen, var de tilsigtede fremstillingstilfælde derfor formentlig fysiske udskrifter,⁹⁴ hvilket taler imod, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, (og evt. OPHL § 68) kan udstrækkes til at omfatte digital distribution. Tages disse forhold i betragtning, kan betænkningen muligvis ikke tillægges en særlig tungtvejende retskildemæssig værdi i relation til udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2.⁹⁵

Derudover er det, som nævnt i afsnit 4.3., uklart, hvorvidt OPHL §§ 8, stk. 2, og 68 indeholder samme udgivelsesbegreb. Har OPHL § 68 et selvstændigt udgivelsesbegreb, kan betænkningen næppe tages til indtægt for, at digital distribution er omfattet.

Sammenholdes 1986-betænkningen med 1998-lovmotiverne, afspejler begge retskilder en bred teknologisk forståelse af udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, som adresseres direkte i begge retskilder. Både 1998-motiverne og betænkningen inddrager det som et afgørende aspekt for at anse et værk som udgivet, at brugeren kan foretage eksemplar fremstilling af de tilgængelige værker. Dog bemærkes det, at retskilderne adskiller sig på det punkt, at 1998-lovmotiverne anvender OPHL § 8, stk. 2, direkte, mens betænkningen derimod trækker på en analog anvendelse af OPHL § 8, stk. 2. Selvom retskilderne således synes at være på linje med hinanden, i forhold til OPHL § 8, stk. 2,'s rækkevidde, er retskilderne ikke på linje med hinanden, hvad angår OPHL § 8, stk. 2,'s anvendelse,⁹⁶ hvilket tydeliggør udtalelsernes svage retskildemæssige værdi.

94. Gjessing, I. (2012), 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 490.

95. Ibid., s. 490.

96. Ibid., s. 490.

4.4.5. Forarbejderne til 2002-loven og 2004-loven

Udgivelsesbegrebet blev også behandlet i forarbejderne til 2002-loven⁹⁷ i forbindelse med en foreslået ændring af den dagældende OPHL § 21, stk. 3 (nu OPHL § 16 a).

I OPHL § 16 a er indeholdt en regel om, at offentlige arkiver og biblioteker m.fl. kan gøre offentliggjorte værker tilgængelige for personligt gennemsyn. I den tidligere OPHL § 21, stk. 3, omfattede bestemmelsen kun biblioteker, og det var endvidere et kriterie, at værkerne var udgivet. Sidstnævnte blev ændret på baggrund af lovforslaget, hvori følgende blev anført:

»Efter § 21, stk. 3, 1. pkt., kan udgivne eksemplarer af filmværker, musikværker og værker i digital form stilles til rådighed for enkeltpersoner på offentlige biblioteker til personligt gennemsyn eller studium på stedet ved hjælp af teknisk udstyr. Eksemplar fremstilling er ifølge 2. pkt. ikke tilladt. Et værk anses for udgivet, når eksemplarer af værket med ophavsmandens samtykke er bragt i handelen eller på anden måde spredt blandt almenheden, jf. ophavsretslovens § 8, stk. 2. Det er således ikke tilstrækkeligt, at værket er offentliggjort, dvs. lovligt er gjort tilgængeligt for almenheden, jf. § 8, stk. 1. (...)

*Da bestemmelsen i § 21, stk. 3, udelukkende omfatter udgivne eksemplarer af visse værksarter, har bibliotekerne ikke fri adgang til at gøre værker, der kun er offentliggjorte, fx i fjernsynet, i radioen eller på internettet, tilgængelige for enkeltpersoner på stedet. En sådan adgang kræver individuel klargøring, hvilket er en meget omfattende opgave i forhold til det store antal værker, som offentliggøres særligt på internettet uden samtidig at være udgivet. (...)*⁹⁸ (egen fremhævelse).

Ifølge forarbejderne vil værker, som alene er distribueret digitalt, således ikke anses for udgivne, men derimod offentliggjorte, og forarbejderne taler dermed for en fastholdelse af et fysisk afgrænset udgivelsesbegreb i OPHL § 8, stk. 2.

Som tidligere nævnt i afsnit 4.3. er det dog uklart, om der gælder samme udgivelsesbegreb efter OPHL §§ 8, stk. 2, og 68. Selvom OPHL § 8, stk. 2, ikke måtte omfatte digital distribution, betyder det således ikke nødvendigvis, at OPHL § 68 ikke kan omfatte indspilninger distribueret digitalt.

OPHL § 21, stk. 3, blev ved 2004-loven ændret til også at omfatte flere offentlige institutioner, ligesom indholdet blev rykket til OPHL § 16 a. I forarbejderne blev bestemmelsens indhold beskrevet på følgende måde:

97. FT 2002-2003, tillæg A, sp. 226.

98. Ibid., sp. 250.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

»§ 16 a, stk. 1, giver ikke hjemmel til nogen form for eksemplarfremsstilling. Udgangspunktet er, at det er originalmateriale, der stilles til rådighed, dvs. udgivne eksemplarer af fx film og elektroniske bøger samt realtimegen- givelse af radio- og tv-udsendelser og internetmateriale.«⁹⁹

Som det fremgår af ovenstående udtalelse, sonderer forarbejderne mellem udgivne eksemplarer og internetmateriale. Sondringen taler til støtte for, at materiale, der kun er distribueret på internettet, ikke kan anses for udgivet. Imidlertid fremgår det af udtalelsen, at »elektroniske bøger« kan udgøre udgivne eksemplarer, hvilket modsat kan tale til støtte for et digitalt udgivelsesbegreb. Det er dog uklart, hvorfor forarbejderne lige præcis lader elektroniske bøger være omfattet af udgivelsesbegrebet, men ikke internetmateriale. Om forarbejdernes tvetydige formulering har I. Gjessing anført følgende:

»Siger formuleringen mod e-bøger, der downloades via internettet, kan motiverne tale for, at download er omfattet af udgivelsesbegrebet, mens internetmateriale, der alene fremtræder på baggrund af midlertidige eksemplarfremsstillinger, ikke er udgivne. (...) På den anden side kan de udgivne elektroniske bøger ligeledes henvise til fx lydbøger eller elektroniske ord- bøger købt på cd-rom. Er dette tilfældet, er de elektroniske bøgers udgivelse støttet på et fysisk element i form af spredning af et fysisk gode. Sidstnævnte opfattelse taler til støtte for et fysisk afgrænset udgivelseskriterium (...).«¹⁰⁰

Et klart svar kan derfor ikke umiddelbart udledes af forarbejderne.

4.4.6. Forarbejderne til revidering af blankmedieordningen

I efteråret 2021 sendte Kulturministeriet et lovforslag i høring¹⁰¹ om ændring af OPHL i relation til den såkaldte »blankmedieordning« reguleret i OPHL §§ 39-46a. Blankmedieordningen har til formål at kompensere rettighedshaverne for lovlig privatkopiering af ophavsretligt beskyttet materiale, når kopieringen foretages på andre lagringsmedier, der kan bruges til kopiering, f.eks. CD'er, DVD'er mv. Ordningen har imidlertid ikke omfattet lagringsmedier med integreret lagringsplads, såsom computere, tablets, smartphones mv., hvilket nu er foreslået omfattet med lovforslaget.¹⁰²

99. FT 2004-2005, tillæg A, sp. 2263.

100. Gjessing, I. (2012), 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 491.

101. Udkast til Forslag til Lov om ændring af lov om ophavsret (Revision af blankmedieordningen), sendt i høring den 9. september 2021.

102. Det forhold, at dansk ret ikke har omfattet lagringsmedier med integreret lagringsplads, indebærer, at dansk ret ikke har været i overensstemmelse med EU-retten. Efter InfoSoc-direktivet artikel 5, stk. 2, litra b, skal rettighedshaverne som udgangspunkt

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

I forarbejderne til lovforslagets § 39, stk. 2, foreslås det, at de værker, som fremadrettet skal være genstand for kompensation efter ordningen, er:

»(...) værker, som er udsendt i radio eller fjernsyn eller som er udgivet på fonogram, film, videogram eller lignende, eller som er stillet til rådighed på en sådan måde, at almenheden har adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

(...) Den foreslåede tilføjelse af, at vederlaget også skal betales for værker, der er stillet til rådighed på en sådan måde, at almenheden har adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt betyder, at tilgængeliggjorte musik- og filmværker mv., der ikke er udgivet fysisk, vil danne baggrund for vederlag på samme måde som musik- og filmværker mv., forudsat at tilrådhedsstillelsen er sket af ophavsmanden eller med dennes samtykke.

Begrundelsen herfor er, at afgrænsningen i forhold til værker udgivet på fonogram, film, videogram eller lignende i lyset af den teknologiske udvikling ikke længere er dækkende, idet musik og film i dag ofte gøres tilgængeligt på andre måder end de nævnte, herunder bl.a. udelukkende digital tilgængeliggørelse uden udgivelse af fysiske eksemplarer¹⁰³ (egen understregning).

Udkastet til lovforslag sonder skarpt mellem udgivelsestilfælde (som ifølge ovenstående udtalelse relaterer sig til fysiske eksemplarer) og tilfælde, hvor indhold gøres tilgængelig på anden måde, herunder bl.a. ved en ren digital tilgængeliggørelse af indholdet. Det bemærkes, at udkastet til lovforslaget ikke henviser direkte til udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, hvilket i nærværende kontekst synes at tale for, at udgivelsesbegrebet helt generelt skal forstås som fysisk afgrænset.

4.4.7. Det internationale udgivelsesbegreb – Bernerkonventionen

Da Danmark har tiltrådt Bernerkonventionen, er OPHL udformet i overensstemmelse med de krav til minimumsbeskyttelse, som konventionen stiller. På den baggrund må udgivelseskriteriet i OPHL ses i lyset af begrebet, som dette kommer til udtryk i Bernerkonventionens art. 3, stk. 3.

4.4.7.1. Positiv og negativ afgrænsning af udgivelsesbegrebet

Af Bernerkonventionens artikel 3, stk. 3, fremgår følgende:

»Ved udtrykket »udgivne værker« forstås værker, der er udgivet med ophavsmandens samtykke, uanset på hvilken måde eksemplarerne er fremstillet,

komponeres for kopiering på »ethvert medium«, og således ikke blot »løse« lagringsmedier som CD'er mv.

103. Udkast til Forslag til Lov om ændring af lov om ophavsret (Revision af blankmedieordningen), sendt i høring den 9. september 2021, s. 21.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

under forudsætning af, at eksemplarerne er gjort tilgængelige på en sådan måde, at almenhedens rimelige behov opfyldes under hensyn til værkets art. Fremførelse af et dramatisk, musikdramatisk, kinematografisk eller musikalsk værk, offentlig oplæsning af et litterært værk, trådovertføring eller udsendelse i radio af et litterært eller kunstnerisk værk, udstilling af et kunstværk og opførelse af et arkitektonisk værk anses ikke for udgivelse.»¹⁰⁴ (Egen fremhævelse).

Som det fremgår af ordlyden, indeholder bestemmelsen både en positiv og en negativ afgrænsning af udgivelsesbegrebet. I første led defineres det, hvilke værker der er omfattet af begrebet, og dernæst specificeres visse handlinger, som er undtaget fra udgivelsesbegrebet. Bernerkonventionens definition synes at kunne fortolkes på to måder i relation til, om digital distribution er omfattet.

På den ene side taler første led af bestemmelsen for at omfatte digital distribution af udgivelsesbegrebet. Dette, dels fordi det er underordnet, på hvilken måde eksemplarerne er fremstillet, og dels fordi det alene er en forudsætning, at eksemplarerne er »gjort tilgængelige på en sådan måde, at almenhedens rimelige behov opfyldes«. I lyset heraf er det nærliggende at opfatte digital distribution som en tilgængeliggørelse, der kan være omfattet af udgivelsesbegrebet.

På den anden side er kommunikation af værker ved »trådovertføring« undtaget fra udgivelsesbegrebet i bestemmelsens andet led. Det er nærliggende at tolke bestemmelsens andet led således, at internetadgang falder under begrebet »trådovertføring«, hvorved digital distribution ikke kan være omfattet.

Hvorvidt det er den ene eller den anden fortolkning, som skal lægges til grund, lader sig ikke umiddelbart besvare ud fra bestemmelsens ordlyd, men kan muligvis besvares ud fra formålet med Bernerkonventionen, herunder den funktion, som udgivelsesbegrebet har i konventionen, jf. straks nedenfor.

4.4.7.2. Udgivelseskriteriets funktion i Bernerkonventionen

Bernerkonventionen anvender udgivelseskriteriet til at afgøre, hvilket unionsland et værk skal anses for at have som hjemland. I artikel 5, stk. 4, litra a, fremgår det nemlig, at det land, hvor et værk første gang er udgivet, skal anses som værkets hjemland. Med omtanke på, at upload af værker på internettet i realiteten kan indebære, at værket tilgængeliggøres i alle lande med internetadgang, melder sig dog et væsentligt spørgsmål, for hvis digital distributi-

104. Bernerkonventionen af 9. september 1886, senest revideret i Paris den 24. juli 1971.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

on af et værk konstituerer udgivelse, vil alle unionslande med adgang til internettet da have hjemlandsstatus?

Hvis alle unionslande har hjemlandsstatus, vil dette indebære, at det enkelte unionsland skal beskytte værket efter dets nationale lovgivning, jf. artikel 5, stk. 3, men uden iagttagelse af Bernerkonventionens mindsterettigheder, som kun skal iagttages i øvrige unionslande, jf. artikel 5, stk. 1. Med andre ord skal et unionsland alene iagttage Bernerkonventionens mindsterettigheder i relation til »fremmede« værker, dvs. værker, som har andre lande som hjemland. Men hvis alle unionslande har hjemlandsstatus, bestemmes beskyttelsen af det enkelte unionslands nationale lovgivning, og derved risikeres det, at et værk ikke nyder konventionens minimumsbeskyttelse i noget land. Dette er næppe en acceptabel konsekvens i lyset af konventionens formål.

Det kan også overvejes, om hjemlandsspørgsmålet skal bevares efter artikel 5, stk. 4, litra b. Efter denne bestemmelse fremgår det, at hvis et værk er udgivet samtidigt i flere unionslande, vil hjemlandet være det unionsland, som yder den korteste beskyttelse. Dette synes dog ikke at udgøre en holdbar løsning set i lyset af konventionens artikel 7, som regulerer beskyttelsestiden. Artikel 7, stk. 8, foreskriver nemlig, at hvis beskyttelsestiden i hjemlandet er kortere end i det unionsland, hvor beskyttelsen kræves, er det hjemlandets beskyttelsestid, som finder anvendelse, og ikke det unionsland, hvor beskyttelsen kræves. Konsekvensen vil derfor være, at alle digitalt distribuerede værker vil have hjemland i et unionsland, som yder den korteste beskyttelse.¹⁰⁵ Dette kan formentlig heller ikke have været hensigten med Bernerkonventionen.

Det synes derfor bedst overensstemmende med konventionens formål, at ét unionsland skal have hjemlandsstatus – men hvordan afgøres det, hvilket unionsland som et værk *først* er udgivet i, når et værk distribueres på internettet? Er det det land, hvorfra værket første gang uploades, det land, hvor serveren befinder sig, eller et helt tredje?¹⁰⁶ Spørgsmålet kan vanskeligt besvares, og derfor er det nærliggende at anse udgivelseskriteriet i Bernerkonventionen for afgrænset til fysisk distribution, hvor tilknytningen til et land nemt kan påvises.

4.4.7.3. Sammenfatning

Sammenfattende forekommer det ikke klart, om Bernerkonventionens udgivelsesbegreb kan rumme digital distribution. Uanset at Bernerkonventionens

105. Ricketson, S, Ginsburg, C. J. (2005). *International Copyright and Neighbouring Rights*, s. 287-288.

106. Gjessing, I. (2012), 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 494.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

artikel 3, stk. 3, ud fra en ordlydsfortolkning taler for at omfatte digital distribution, synes udgivelseskriteriets funktion i Bernerkonventionen at tale for et fysisk afgrænset udgivelsesbegreb.

Det skal dog holdes for øje, at sigtet med Bernerkonventionen er beskyttelse af *værker* – og ikke lydoptagelser. Derudover er det, som anført i afsnit 4.3., uklart, om der gælder samme udgivelsesbegreb efter OPHL §§ 8, stk. 2, og 68. Hvis dette ikke er tilfældet, har Bernerkonventionens fortolkning af udgivelsesbegrebet næppe tungtvejende retskildemæssig betydning, for så vidt angår rækkevidden af begrebet i OPHL § 68.

4.4.8. Det internationale udgivelsesbegreb – WPPT

Danmark har endvidere tiltrådt WPPT, som indebærer en vis minimumsbeskyttelse for musikselskaber. Ud over Danmark har også EU tiltrådt traktaten. Det skal således bemærkes, at selvom traktaten ikke er inkorporeret i dansk ret, kan traktaten have en væsentlig betydning ved fortolkningen af dansk ret både som folkeretlig kilde og i kraft af EU's tiltrædelse af traktaten.

4.4.8.1. WPPT's udgivelsesbegreb

I WPPT artikel 2, litra e, er udgivelse defineret som »(...) offentlig udbud af kopier af den optagne fremførelse eller fonogrammet med samtykke fra indehaveren af rettighederne på betingelse af, at der offentligt udbydes et tilstrækkeligt antal kopier«. ¹⁰⁷ Der stilles således et mængdemæssigt eksemplarkrav for at anse et fonogram for udgivet, og udgivelseskriteriet efter WPPT synes derfor som udgangspunkt fysisk afgrænset.

Situationen er dog en anden efter WPPT artikel 15, stk. 1. Efter denne har fonogramfremstillere »(...) ret til et enkelt rimeligt vederlag for direkte eller indirekte brug af et i kommercielt øjemed udgivet fonogram til radio- eller fjernsynsudsendelse eller anden overføring til almenhed«. ¹⁰⁸ Af artikel 15, stk. 4, fremgår det endvidere, at »[f]onogrammer, der ved trådoverføring eller trådløst er gjort tilgængelige for almenheden på en sådan måde, at den enkelte kan få adgang hertil fra et sted og på et tidspunkt, som vedkommende selv kan vælge, anses i forbindelse med denne artikel for at være udgivet i kommercielt øjemed«. ¹⁰⁹

I relation til vederlagsretten i artikel 15 stilles der således ikke – som efter artikel 2, litra e – et mængdemæssigt eksemplarkrav. Tværtimod fremgår det direkte af artikel 15, stk. 4, at digital tilrådighedsstillelse er omfattet af udgi-

107. WIPO-traktat om fremførelser og fonogrammer (1996), artikel 2, litra e.

108. Ibid., artikel 15, stk. 1.

109. Ibid., artikel 15, stk. 4.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

velsesbegrebet. I litteraturen er det anført, at hensynet bag artikel 15, stk. 4, netop er at sikre: »(...) *that the remuneration is also due where phonograms 'published' only online are used (...)*«. ¹¹⁰

Indholdsmæssigt er vederlagsretten i artikel 15 afspejlet i OPHL § 68, og det er derfor nærliggende, at OPHL § 68 skal fortolkes i overensstemmelse med artikel 15, stk. 4, således at digital distribution udgør udgivelse efter OPHL § 68. Undtages digital distribution fra udgivelsesbegrebet i OPHL § 68, kan der således argumenteres for, at Danmark ikke opfylder sine folkeretlige forpligtelser efter WPPT.

4.4.8.2. Minimumsbeskyttelse

Der kan imidlertid også argumenteres for, at Danmark opfylder sine folkeretlige forpligtelser efter WPPT, selv hvis OPHL § 68 ikke omfatter digital distribution.

I et Agreed Statement¹¹¹ angående WPPT fremgår det nemlig, at medlemslandene kan indføre en bedre retsbeskyttelse end den, som kræves efter traktaten. Traktaten er således udtryk for minimumsrettigheder, som Danmark er forpligtet til at iagttage, men der er samtidig intet til hinder for, at dansk ret indfører en bedre retsstilling for rettighedshaverne end den, som følger af WPPT – hvilket netop er gjort i dansk ret, jf. nedenfor.

I tilfælde, hvor OPHL § 68 ikke er anvendelig, falder musikselskabet nemlig tilbage på sin eneret i OPHL § 66. Efter OPHL § 66 har musikselskaber en bred eneret til tilgængeliggørelse af disses musikindspilninger. Tilgængeliggørelse omfatter nemlig både spredning, visning og offentlig fremførelse, herunder udsendelse i radio eller fjernsyn og trådbunden eller trådløs tilrådighedsstilling på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. OPHL § 66, jf. § 2, stk. 3 og 4.

Tilsvarende retsstilling gælder derimod ikke efter WPPT. Efter WPPT har musikselskaberne en række enerettigheder, som dog er snævrere end efter OPHL § 66, da WPPT alene sikrer enerettigheder til spredning ved salg, udlejning og trådoverførende eller trådløs tilgængeliggørelse på et individuelt valgt sted og tidspunkt. WPPT sikrer således ikke offentlig fremførelse i almindelighed, men sikrer blot en vederlagsret for musikselskaberne ved udsendelse og anden offentlig fremførelse efter artikel 15.

110. Lewinski, S. (2008). *International Copyright Law and Policy*, s. 476.

111. Agreed Statement vedrørende WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer vedtaget af den diplomatiske konference den 20. december 1996.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

Derudover beskytter WPPT artikel 15, stk. 1, kun fonogrammer udgivet i kommercielt øjemed, hvorimod OPHL § 66 både beskytter kommercielt og ikke-kommercielt udgivne musikindspilninger.

På den baggrund yder dansk ret en bredere beskyttelse af musikindspilninger end efter WPPT. Selv hvis digitalt distribuerede musikindspilninger ikke anses for udgivet efter OPHL § 68, har musikselskaberne nemlig enerettigheden i OPHL § 66 at falde tilbage på, som er bredere end den beskyttelse, der gælder efter WPPT. Dette taler for, at udgivelsesbegrebet i WPPT artikel 15, stk. 4, ikke spiller en afgørende rolle for, hvordan begrebet i OPHL § 68 skal fortolkes, hvilket er på linje med argumenter fremført i litteraturen.¹¹²

Det kan dog tale i modsat retning, hvis der opstår tilfælde, hvor de udøvende kunstnere overdrager deres enerettigheder efter OPHL § 65 til musikselskaberne og modtager mindre vederlag efter aftalen med musikselskaberne, end de ville have gjort fra Gramex i henhold til vederlagsretten i OPHL § 68. Der henvises til diskussionen herom i afsnit 4.4.2.

4.4.9. Det EU-retlige udgivelsesbegreb

4.4.9.1. Leje- og lånedirektivet

OPHL § 68 er en implementering af leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2. Efter bestemmelsen har udøvende kunstnere og fonogramfremstillere ret til vederlag, hvis »(...) *et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden* (...)«.¹¹³

Direktivet indeholder imidlertid ikke en nærmere definition af udgivelsesbegrebet, og det er derfor uklart, om musikindspilninger, som kun er digitalt distribueret, anses for udgivet efter leje- og lånedirektivet.

Som nævnt i afsnit 4.4.8. har EU tiltrådt WPPT, og dette taler for, at artikel 8, stk. 2, skal forstås i lyset af WPPT's artikel 15, stk. 4, som omfatter digital distribution. I C-135/10 (*Società Consortile Fonografica*) har EU-Domstolen dog anført, at WPPT's bestemmelser ikke har direkte virkning alene ved EU's tiltrædelse af traktaten, da anvendelsen af WPPT's bestemmelser forudsætter udstedelse af yderligere EU-retsakter.¹¹⁴ EU-Domstolen anerkender derimod, at leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, skal fortolkes

112. Gjessing, I. (2012), 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 495.

113. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlænings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodificeret udgave), artikel 8, stk. 2.

114. C-135/10, *Società Consortile Fonografica (SCF) mod Marco Del Corso*, 15. marts 2012, præmis 48 og 51.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

i lyset af WPPT,¹¹⁵ hvilket er bekræftet i C-147/19 (Atresmedia) om fonogrambegrebet. Det er derfor nærliggende at antage, at EU-Domstolen, såfremt denne får mulighed for det, fortolker udgivelsesbegrebet i overensstemmelse med WPPT artikel 15, stk. 4.

Derudover er leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, inspireret af Romkonventionens artikel 12, som artikel 8, stk. 2, næsten ordret gengiver.¹¹⁶ Eftersom WPPT artikel 15 er en videreførelse af Romkonventionens artikel 12, understøtter dette, at leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, sandsynligvis vil blive fortolket i lyset af WPPT artikel 15, stk. 4.

Skal WPPT artikel 15, stk. 4, således inddrages som fortolkningsbidrag ved forståelsen af udgivelsesbegrebet efter EU-retten, taler dette for, at udgivelse efter vederlagsretten i leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, omfatter musikindspilninger, som kun er digitalt distribueret. I den forbindelse skal det dog holdes for øje, at selv hvis OPHL § 68 ikke omfatter sådanne eksemplarer, er dette ikke ensbetydende med, at leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, ikke er implementeret korrekt. Dette følger af, at artikel 8, stk. 2, er udtryk for en minimumsharmonisering, og at dansk ret yder en bedre beskyttelse gennem musikselskabets eneret i OPHL § 66, som omfatter digitale eksemplarer.

4.4.9.2. Beskyttelsestidsdirektivet

Beskyttelsestidsdirektivet indeholder også et udgivelsesbegreb i relation til beskyttelsestidens varighed for beslægtede rettigheder.

Efter direktivets artikel 3, stk. 2, gælder det, at musikselskabers beskyttelsestid løber enten fra musikindspilningens »første lovlige udgivelse« eller »første lovlige offentliggørelse«. Artiklen er implementeret i OPHL § 66 om musikselskabets eneret.

At beskyttelsestidsdirektivet foretager denne sondring mellem udgivelse og offentliggørelse, synes at lægge op til en traditionel forståelse af udgivelsesbegrebet, jf. tilsvarende argumentation i afsnit 4.4.1.2. om sondringen i OPHL § 8. Som anført tidligere og i litteraturen forekommer en sådan sondring mellem udgivelse og offentliggørelse nemlig kun meningsfuld, hvis hensigten er, at udgivelse skal være af en mere kvalificeret beskaffenhed, f.eks. hvis udgivelse kræver, at der er sket spredning af fysiske eksemplarer.¹¹⁷ Da artiklen er implementeret i OPHL § 66, stk. 1, hvor tilsvarende

115. Ibid., præmis 55 og 70.

116. Ibid., præmis 73.

117. Gjessing, I. (2012), 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 494.

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

sondring fremgår, må det indebære, at udgivelsesbegrebet efter OPHL § 66 skal undergives samme fortolkning.

Selvom udgivelsesbegrebet måtte være fysisk afgrænset efter beskyttelses-tidsdirektivet artikel 3, stk. 2, og OPHL § 66, er det dog ikke ensbetydende med, at det samme udgivelsesbegreb gør sig gældende for OPHL § 68. Som nævnt i afsnit 4.3. er det nemlig uklart, hvorvidt der gælder samme udgivel-sesbegreb i OPHL § 68 som efter øvrige bestemmelser i OPHL. Modsat er det derimod nærliggende at antage, at der gælder samme udgivelsesbegreb efter OPHL § 66 og § 68, idet begge bestemmelser angår masterrettig-hederne.

4.4.9.3. EU-Domstolens retspraksis

Udgivelse efter OPHL § 8, stk. 2, forudsætter, at der er sket *spredning* af fy-siske eksemplarer, og efter eksemplarspredningsdefinitionen i OPHL § 2, stk. 3, nr. 1, forstås spredning som (udbud til) salg, udlejning, udlån eller ved gave – og således ikke digital distribution.¹¹⁸ Spørgsmålet om, hvorvidt spredningsbegrebet er afgrænset til fysiske eksemplarer, har EU-Domstolen taget stilling til i en række sager i relation til konsumptionsprincippet. Neden-for foretages en undersøgelse af disse sager med henblik på at vurdere bety-dningen i relation til udgivelsesbegrebet.

4.4.9.3.1. Spredningsbegrebet i relation til konsumptionsprincippet

Konsumptionsprincippet er hjemlet i InfoSoc-direktivets artikel 4, stk. 2, og implementeret i OPHL § 19, og indebærer, at et eksemplar må viderespredes, når eksemplaret med rettighedshaverens samtykke er solgt eller endeligt overdraget. Princippet indebærer, at rettighedshaverens spredningsret bliver »udtømt«/«konsumeret», og som følge af konsumptionsprincippet er det der- for muligt f.eks. at videresælge en CD uden at skulle indhente tilladelse fra rettighedshaverne bag.

For så vidt angår konsumptionsreglens anvendelse har det også været den traditionelle antagelse, som har været gældende, dvs. at spredningsbegrebet er afgrænset til fysiske eksemplarer. Dette fremgår bl.a. af motiverne til 2002-loven om InfoSoc-direktivet:

»Det følger af direktivets betragtning nr. 29, at konsumtion kun er rele-vant ved distribution af fysiske medier, ikke ved tjenester, herunder onlinetje-nester. Der indtræder heller ikke konsumtion f.s.v. angår eksemplarer, der med rettighedshaverens samtykke er fremstillet af en bruger af en onlinetje-

118. Schönning, P. (2021). *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 195f.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

neste, fx en kopi af en database på internettet; her beror adgangen til at sprede eksemplaret til almenheden på aftalen mellem rettighedshaveren og brugeren. Dette svarer til gældende dansk ret.»¹¹⁹

I C-419/13 (Art & Allposters International BV)¹²⁰ har EU-Domstolen bekræftet, at konsumptionsreglens anvendelse er afgrænset til fysiske eksemplarer i relation til InfoSoc-direktivet, jf. ordlyden »(...) udtømningen af spredningsretten omfatter den rørlige genstand, der legemliggør et beskyttet værk eller et eksemplar heraf, såfremt denne er blevet bragt i omsætning med samtykke fra indehaveren af ophavsretten«¹²¹ (egen fremhævelse).

På linje hermed har det været antagelsen, at konsumtion ikke er relevant ved licensoverdragelser, hvor der ikke er sket en fysisk spredning. Eksempelvis er det anført af K. Frost, at hvis en eksemplarerhverver køber og downloader et digitalt værk f.eks. i form af en musikfil, beror erhververens ret til viderespredning af musikfilen på indholdet af (licens)aftalen med ophavsmanden – og ikke på konsumptionsreglen.¹²²

EU-Domstolen har imidlertid fastslået i C-128/11 (UsedSoft),¹²³ at download af edb-programmer fra internettet udgør spredning, og at erhververen derfor på visse betingelser kan videresprede edb-programmet i overensstemmelse med konsumptionsprincippet i edb-programdirektivets¹²⁴ artikel 4, litra c. Sagen omhandlede en erhververs (UsedSoft) videresalg af en udbyders (Oracle) edb-program, som var erhvervet på baggrund af en licensaftale mellem parterne. Erhververen videresolgte (i strid med licensbetingelserne) »brugte« licenser til edb-programmerne, hvilket EU-Domstolen fastslog var lovligt, med henvisning til, at erhververens spredningsret var konsumeret efter konsumptionsprincippet. Domstolens begrundelse gik på, at rettighedshaveren havde overdraget ejendomsretten til kopien af edb-programmet til erhververen, idet erhververen med rettighedshaverens samtykke kunne downloade edb-programmet fra internettet. Endvidere anførte domstolen, at »(...) en overdragelse af ejendomsretten omdanner en »overføring til almenheden« (...) til en spredningshandling, hvilket kan indebære (...) at spredningsretten

119. FT 2002-2003, tillæg A, sp. 249.

120. C-419/13, Art & Allposters International BV mod Stichting Pictoright, 22. januar 2015.

121. Ibid., præmis 40.

122. Frost, K. (2007), 'Om eksemplarfremstilling og spredning af digitale værker', s. 312.

123. C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp., 3. juli 2012.

124. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (kodificeret udgave).

4.4. Omfatter udgivelsesbegrebet digitalt distribueret musik?

udtømmes»¹²⁵ (egen fremhævelse). Domstolen fastslog således, at download af edb-program på baggrund af en licens er omfattet af spredningsbegrebet i konsumptionsreglen efter edb-programdirektivet.

I en anden sag, C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheek),¹²⁶ som dog ikke omhandlede konsumptionsprincippet rækkevidde, men udlånsbegrebet efter leje- og lånedirektivet, har EU-Domstolen også udfordret den traditionelle forståelse af spredningsbegrebet. I sagen fastslog EU-Domstolen, at bibliotekers udlån af digitale bøger (e-bøger) er omfattet af udlånsbegrebet i leje- og lånedirektivet, og EU-Domstolen sidestillede således udlån i digital form med udlån i fysisk form.

C-128/11 (UsedSoft) og C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheek) taler for, at spredningsbegrebet muligvis ikke er afgrænset til spredning af fysiske eksemplarer. Afgørelserne synes derfor at understøtte, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, som tillige indeholder et spredningsbegreb, også kan omfatte digital distribution.

Dog er det væsentligt at holde sig for øje, at C174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheek) vedrørte udlånsbegrebet i leje- og lånedirektivet, og C-128/11 (UsedSoft) angik konsumptionsreglen i edb-programdirektivet. Siden UsedSoft-dommen har det således også været uklart, om UsedSoft-retsstillingen skulle udstrækkes til at gælde for andet ophavsretligt beskyttet materiale end edb-programmer i henhold til InfoSoc-direktivet. Dette er nu blevet afklaret med EU-Domstolens afgørelse i C-263/18 (Tom Kabinet),¹²⁷ som fastslår, spredningsbegrebet efter InfoSoc-direktivet kun omfatter udbredelse af fysiske eksemplarer.

I C-263/18 (Tom Kabinet) fastslog EU-Domstolen nemlig, at levering af e-bøger til download med henblik på tidsbegrænset anvendelse udgør overføring til almenheden og ikke spredning. Sagen vedrørte et firma (Tom Kabinet), som videresolgte »brugte« e-bøger, som firmaet havde erhvervet, og spørgsmålet i sagen angik, om videresalget var omfattet af spredningsretten i InfoSoc-direktivets artikel 4 og således var lovligt med henvisning til konsumptionsprincippet. Domstolen afgjorde, at download af e-bøger udgør overføring til almenheden og ikke spredning, og henviste i den forbindelse til, at spredningsbegrebet i InfoSoc-direktivet alene er tiltænkt til at omfatte værker, som indgår i et fysisk medium, og at det har været EU-lovgivers klare

125. C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp., 3. juli 2012, præmis 52.

126. C-174/15, Vereniging Openbare Bibliotheek mod Stichting Leenrecht, 10. november 2016.

127. C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet m.fl., 19. december 2019.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

hensigt at sondre mellem elektronisk og fysisk spredning af beskyttet materiale.¹²⁸ I sin begrundelse adresserede EU-Domstolen C-128/11 (UsedSoft) og understregede, at der ikke gjaldt samme retsstilling efter InfoSoc-direktivet og edb-programdirektivet. Et afgørende hensyn i C-128/11 (UsedSoft) var nemlig, at salg af edb-program på et fysisk medium og salg ved download ud fra et økonomisk synspunkt måtte anses for ens. Domstolen understregede i den konkrete sag, at samme økonomiske synspunkt ikke gør sig gældende for e-bøger beskyttet efter InfoSoc-direktivet, hvorfor en fysisk afgrænsning af spredningsbegrebet i relation til InfoSoc-direktivet blev fastholdt.¹²⁹

C-263/18 (Tom Kabinet) underbygger den traditionelle forståelse af spredningsbegrebet, hvorefter spredning er afgrænset til fysiske eksemplarer, og afgørelsen taler for, at udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, som forudsætter spredning, ikke kan omfatte digital distribution.

Under alle omstændigheder skal det dog bemærkes, at »spredningsbegrebet« og »udgivelsesbegrebet« ikke bygger på samme underliggende retsgrundlag. Mens spredning er et EU-harmoniseret begreb, er udgivelsesbegrebet ikke harmoniseret eller defineret EU-retligt. Som anført i litteraturen kan der således være differentierede hensyn, som gør sig gældende, når begreberne skal afgrænses, og derfor kan der ikke uden videre sættes lighedstegn mellem begrebernes indhold, selvom udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, indeholder et spredningskriterie.¹³⁰ Et tilsvarende argument kan fremsættes i relation til betydningen af C-263/18 (Tom Kabinet) og taler for, at selvom spredning efter InfoSoc-direktivet ikke omfatter digital distribution, kan udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, muligvis godt omfatte denne form for distribution.

4.4.9.3.2. Sammenfatning

Sammenfattende kan det konkluderes, at EU-Domstolen har fastholdt den traditionelle forståelse af spredningsbegrebet, således at spredning er begrænset til at vedrøre fysiske eksemplarer, jf. C-263/18 (Tom Kabinet). Det bemærkes, at retsstillingen er en anden for edb-programmer beskyttet efter edb-programdirektivet, idet salg ved download af edb-programmer på baggrund af en licensaftale udgør spredning i direktivets forstand, jf. C-128/11 (UsedSoft), ligesom tilrådighedsstillelse af e-bøger kan anses for omfattet af begre-

128. C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet m.fl., 19. december 2019, præmis 51-57.

129. Ibid., præmis 57-58.

130. Gjessing, I. (2012), 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?', s. 491.

4.5. Sammenfatning på udgivelseskriteriet

bet udlån i leje- og lånedirektivet, jf. C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheek). Da udgivelsesbegrebet i OPHL § 8, stk. 2, hviler på en forudsætning om spredning, taler EU-Domstolens retspraksis for, at digital distribution ikke konstituerer udgivelse. Som modargument herfor kan fremføres, at sprednings- og udgivelsesbegreberne hviler på forskellige retsgrundlag. Mens spredningsretten hviler på InfoSoc-direktivets artikel 4, er udgivelse ikke et EU-harmoniseret begreb, og EU-Domstolens retspraksis har derfor ikke nødvendigvis en betydning for rækkevidden af udgivelsesbegrebet.

Derudover er det, som anført i afsnit 4.3., uklart, om der gælder samme udgivelsesbegreb efter OPHL §§ 8, stk. 2, og 68. Selvom OPHL § 8, stk. 2, måtte være afgrænset til fysisk spredning, kan det derfor ikke uden videre lægges til grund, at det samme gør sig gældende for udgivelsesbegrebet i OPHL § 68.

4.5. Sammenfatning på udgivelseskriteriet

En forudsætning for anvendelsen af OPHL § 68 er, at musikindspilningerne kan anses for udgivne. OPHL § 68 indeholder dog ikke en nærmere definition af udgivelsesbegrebet, hvorfor det er uklart, om musikindspilninger, som kun er digitalt distribueret, er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde. Begrebet er derimod nærmere defineret i OPHL § 8, stk. 2.

Hvorvidt udgivelsesbegrebet i OPHL § 68 skal forstås i overensstemmelse med begrebet i OPHL § 8, stk. 2, er dog uklart. Mens ordlyden og placeringen af de to bestemmelser taler imod dette, trækker forarbejderne til 1995-loven i retning af, at lovgiver har haft til hensigt, at der skulle gælde samme udgivelsesbegreb for OPHL §§ 68 og 8, stk. 2.

Såfremt begrebet skal forstås i lyset af OPHL § 8, stk. 2, har spørgsmålet været, om udgivelsesbegrebet kan omfatte rent digitalt distribuerede musikindspilninger. Ordlyden og den oprindelige forudsætning for bestemmelsen taler for at afgrænse anvendelsen til fysisk spredte eksemplarer. Dette ses i lyset af, at udgivelsesbegrebet oprindeligt blev integreret i OPHL i en tid, hvor den teknologiske udvikling ikke var på samme stadie som i dag. Et teknologisk tilpasset udgivelsesbegreb har dog været anført i forarbejderne til 1998-loven og betænkning 1064/1984 om ophavsret og edb, hvilket peger i retning af, at rent digitalt distribuerede musikindspilninger også skal anses for udgivet. Heroverfor er det modsatte dog anført i forarbejderne til 2002-loven og 2004-loven, hvor digital tilrådighedstillelse og internetmateriale ikke anses for udgivet i begrebets forstand.

Kapitel IV Udgivelseskriteriet

Eftersom OPHL § 68 kan siges at være en indskrænkning i musikselskabets enerettigheder efter OPHL § 66, er det nærliggende, at bestemmelsen, herunder udgivelseskriteriet, skal underkastes en snæver fortolkning, således at digital distribution ikke er omfattet. Der er imidlertid vægtige forhold, som taler imod dette argument, bl.a. at OPHL § 68 er en implementering af en vederlagsret på både internationalt og EU-retligt niveau, at en snæver fortolkning af OPHL § 68 næppe vil være i overensstemmelse med formålet bag en sådan fortolkning, og at Højesteret tidligere har fortolket OPHL § 68 udvidende.

På internationalt plan er udgivelsesbegrebet bl.a. indeholdt i Bernerkonventionen og WPPT. Henset til begrebets funktion i Bernerkonventionen i relation til tilknytningskriterierne for værker, forekommer det nærliggende at anse begrebet for fysisk afgrænset. I relation til WPPT er det dog direkte anført for vederlagsretten i artikel 15, stk. 4, at digital tilrådighedstillelse er omfattet af udgivelsesbegrebet. Mens sidstnævnte taler for, at tilsvarende fortolkning må gælde i dansk ret, skal det holdes for øje, at WPPT indeholder en minimumsbeskyttelse, og der således intet er til hinder for, at dansk ret indfører en bedre beskyttelse end efter WPPT. Eftersom dansk ret gennem eneretten i OPHL § 66 yder en bedre retsbeskyttelse af musikindspilninger, vil et fysisk afgrænset udgivelsesbegreb i OPHL § 68 således ikke resultere i Danmarks manglende overholdelse af internationale forpligtelser efter WPPT. På den baggrund har WPPT formentlig ikke en afgørende betydning for fortolkningen af udgivelsesbegrebet i OPHL § 68.

Udgivelse er ikke et EU-harmoniseret begreb, men det er indeholdt i en række direktiver, bl.a. leje- og lånedirektivet artikel 8, stk. 2, som implementer OPHL § 68, og beskyttelsestidsdirektivet. Taget i betragtning, at EU har tiltrådt WPPT, og at WPPT artikel 15 er en videreførelse af Romkonventionens artikel 12, som leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, er inspireret af, er det nærliggende, at EU-lovgiver vil inddrage WPPT som fortolkningsbidrag ved fortolkningen af artikel 8, stk. 2. I den henseende kan leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, muligvis omfatte digitalt distribuerede musikindspilninger. For så vidt angår beskyttelsestidsdirektivet, er udgivelsesbegrebet anvendt til at sondre mellem udgivelsessituationen og offentliggørelsessituationen, hvilket taler for, at udgivelsesbegrebet må være af en mere kvalificeret beskaffenhed end offentliggørelsesbegrebet. På grund af direktivets sondring er det derfor nærliggende at afgrænse udgivelsessituationen til tilfælde, hvor der er sket spredning af fysiske eksemplarer.

EU-Domstolen har ikke behandlet udgivelsesbegrebets rækkevidde efter EU-retten, men har dog behandlet spredningsbegrebet efter InfoSoc-direktivet og edb-programdirektivet i relation til konsumptionsprincippet

4.5. *Sammenfatning på udgivelseskriteriet*

samt udlånsbegrebet efter leje- og lånedirektivet. Da udgivelseskriteriet hviler på en forudsætning om spredning, kan disse afgørelser muligvis have en betydning for rækkevidden af udgivelsesbegrebet. I C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheken) er det fastslået, at udlånsbegrebet i leje- og lånedirektivet kan omfatte digitalt udlån. Med C-128/11 (UsedSoft) fastslog EU-Domstolen tillige, at digital distribution kan udgøre spredning i relation til edb-programdirektivet, men i relation til InfoSoc-direktivet har EU-Domstolen i C-263/18 (Tom Kabinet) fastholdt den traditionelle forståelse af spredningsbegrebet, således at spredning er afgrænset til fysiske eksemplarer.

Sammenfattende er der forhold, der både taler for og imod at omfatte digital distribution af udgivelsesbegrebet i OPHL § 68, og det modstridende retsgrundlag lader ikke umiddelbart spørgsmålet besvare. Om end der forekommer flest argumenter for et fysisk afgrænset udgivelsesbegreb, opkræver Gramex i praksis vederlag for brug af musik, hvad enten musikken er fysisk eller kun digitalt distribueret. Denne praksis er potentielt ikke i overensstemmelse med OPHL § 68, hvilket i realiteten kan indebære, at Gramex skal have mandat fra musikselskaberne for at fortsætte forvaltningen. En endelig afklaring på området forekommer derfor utvivlsomt påkrævet.

KAPITEL V

Afslutning

5.1. Konklusion

Nærværende fremstilling har haft til formål at undersøge musikselskabers rettigheder ved brug af musik efter tvangslicensreglen i OPHL § 68. Fremstillingen har fokuseret på to udvalgte problemstillinger, herunder synkronisering i tv-produktioner og rækkevidden af udgivelseskriteriet.

Det konkluderes, at der er situationer efter dansk ret, hvor en musikbruger kan foretage synkronisering af musik i tv-produktioner, uden at musikselskabet skal give tilladelse hertil på eneretsgrundlag efter OPHL § 66.

For så vidt angår egenproduktioner, hvor tv-stationer foretager synkroniseringen, har Højesteret fastslået, at synkroniseringen kan ske efter OPHL § 68 sammenholdt med OPHL § 31, jf. U 2003.280 H. Dette følger dels af, at anvendelsesbegrebet i OPHL § 68 omfatter en accessorisk ret til kopiering, og dels af tv-stationers optagelsesret efter OPHL § 31.

For så vidt angår entreprisproduktioner, hvor en tv-station udliciterer produktionen af tv-programmer til eksterne produktionsselskaber, og produktionsselskabet forestår synkroniseringen, konkluderes det, at synkronisering skal ske på eneretsgrundlag efter OPHL § 66.

Dette følger for det første af, at eksterne produktionsselskaber alene kan synkronisere efter OPHL § 31, hvis synkroniseringen foretages ved hjælp af tv-stationens »egne midler«, jf. U 2014.2442 H. Det er i den forbindelse en forudsætning, at produktionsselskabet ingen selvstændige beføjelser har i forhold til produktionen, eller at tv-stationen som minimum har det fulde og ubetingede ansvar for ophavsretskrænkelser i produktionen, jf. C/510-10. På baggrund af offentliggjorte standardaftaledokumenter mellem de største danske tv-stationer og produktionsselskaber kan det konkluderes, at disse forudsætninger ikke er opfyldt i dansk aftalepraksis, hvorfor synkronisering foretaget i entreprisproduktioner ikke kan ske efter OPHL § 31.

Kapitel V Afslutning

At eksterne produktionsselskaber ikke kan foretage synkronisering efter OPHL § 68, følger for det andet af, at den accessoriske kopieringsadgang, som gælder efter OPHL § 68, alene tilkommer det subjekt, som udsender tv-programmet (og musikken) i tv. Da eksterne produktionsselskabers aktiviteter i relation til en musikindspilning knytter sig til selve produktionen (eksemplar fremstillingen), er det således alene tv-stationen (som udsender indspilningen i tv), der kan synkronisere efter OPHL § 68.

Det konkluderes, at der ikke kan findes holdepunkter i EU-retten, som hjemler en synkroniseringsadgang i tv-produktioner. Dette skyldes for det første, at OPHL § 68 implementerer leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, som næppe kan omfatte synkronisering, da denne har til formål at regulere offentlig fremførelse. Dette argument er bestyrket efter EU-Domstolens afgørelse i C-147/19 (Atresmedia), hvor domstolen anså synkroniseringsaftaler som en væsentlig forudsætning for at modtage vederlag for brug af musikindspilninger i tv-produktioner. Det skyldes for det andet, at OPHL § 31 implementerer InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, hvorefter en optagelse skal være efemer, hvilket en synkronisering ikke kan siges at være.

Det kan derudover konkluderes, at OPHL § 68, stk. 4, indebærer, at der ikke skal betales vederlag til musikselskaber for brug af musik i tv-produktioner, hvis musikselskabets rettigheder »som helhed« er clearret, jf. Højesterets fortolkning af forarbejderne i U 2003.280 H. Det formodes, at denne retstilstand gælder for både indkøbte produktioner, tv-stationers egenproduktioner og entreprisproduktioner, såfremt der foreligger sådanne underliggende aftaler med musikselskaberne, som clearer musikselskabernes rettigheder på den angivne måde. Dette forekommer på linje med EU-Domstolens afgørelse i C-147/19 (Atresmedia), som således ikke formodes at ændre på den danske retstilstand.

I relation til OPHL § 68's udgivelseskriterie er udgivelsesbegrebet ikke nærmere defineret i bestemmelsen, hvorfor det er uklart, om begrebet omfatter digitalt distribueret musik. Det må dog konkluderes, at OPHL § 68 muligvis skal forstås i lyset af OPHL § 8, stk. 2, hvilket understøttes af lovmotiver til bestemmelsen. Der er imidlertid også vægtige argumenter imod dette, bl.a. ordlyden og placeringen af de to bestemmelser, samt at OPHL § 66 ikke henviser til OPHL § 8, stk. 2.

Selv hvis OPHL § 68's udgivelsesbegreb skal forstås i lyset af OPHL § 8, stk. 2, må det konkluderes, at lovgivningen generelt er uklar omkring rækkevidden af udgivelsesbegrebet. På den ene side taler ordlyden og den oprindelige forudsætning for OPHL § 8, stk. 2, imod, at digitalt distribuerede eksemplarer kan anses for udgivne. Dette understøttes af forarbejderne til 2002-loven og 2004-loven. På den anden side er det et grundlæggende ophavsret-

ligt princip, at den ophavsretlige regulering må tilpasses det teknologiske stadie, hvilket understøttes af forarbejderne til 1998-loven og betænkning 1064/198, som begge har anført et teknologisk tilpasset udgivelsesbegreb for øvrige bestemmelser i OPHL.

Eftersom OPHL § 68 kan siges at have funktion som en indskrænkning i musikselskabets enerettigheder efter OPHL § 66, er det nærliggende, at bestemmelsen, herunder udgivelseskriteriet, skal underkastes en snæver fortolkning, således at digital distribution ikke er omfattet. Der er imidlertid også vægtige forhold, som taler imod dette argument, og et klart svar kan således ikke udledes.

I relation til Bernerkonventionen konkluderes det, at konventionens udgivelsesbegreb formentlig er fysisk afgrænset. Dette følger af, at udgivelsesbegrebets funktion i Bernerkonventionen forspildes, såfremt digitalt distribuerede eksemplarer er omfattet. Imidlertid er det usikkert, hvorvidt Bernerkonventionen har en betydning for udgivelsesbegrebet i OPHL § 68, eftersom Bernerkonventionen relaterer sig til værker og ikke lydoptagelser. Det konkluderes endvidere, at selvom WPPT anerkender, at digital distribution er omfattet af udgivelsesbegrebet i relation til vederlagsretten i WPPT artikel 15, har WPPT formentlig ikke en afgørende rolle for fortolkningen af begrebet efter OPHL § 68, eftersom WPPT er udtryk for en minimumsregulering, og dansk ret yder en bedre beskyttelse end WPPT.

I relation til rækkevidden af »udgivelse« efter EU-retten konkluderer fremstillingen, at det ikke er eksplicit, hvorvidt »udgivelse« kan omfatte rent digitalt distribuerede eksemplarer. Mens EU's tiltræden af WPPT taler for, at EU-lovgiver muligvis vil fortolke udgivelsesbegrebet i leje- og lånedirektivets artikel 8, stk. 2, i overensstemmelse med WPPT's digitale udgivelsesbegreb, taler beskyttelsestidsdirektivets anvendelse af udgivelsesbegrebet for det modsatte. I lyset af tidligere retspraksis fra EU-Domstolen konkluderer fremstillingen, at udgivelsesbegrebet måske vil blive fortolket på linje med spredningsbegrebet efter InfoSoc-direktivet, som er afgrænset til fysisk distribuerede eksemplarer.

På baggrund af en samlet afvejning af de enkelte retskilder konkluderer fremstillingen, at argumentationen for et fysisk afgrænset udgivelsesbegreb måske er mest tungtvejende. Spørgsmålet lader sig dog ikke med sikkerhed besvare, hvorfor en endelig afklaring må afvente lovgivningsmagtens revidering af OPHL eller domstolens stillingtagen hertil.

5.2. Retspolitiske betragtninger i relation til Gramex' forvaltning af OPHL § 68

Som belyst i fremstillingen er der som følge af både retspraksis og den teknologiske udvikling opstået en praktisk administration i Gramex, som måske rækker ud over indholdet af OPHL § 68. Dette forekommer både juridisk og økonomisk uholdbart for musikselskaberne.

For det første opkræver Gramex i visse tilfælde vederlag for eksterne produktionsselskabers synkronisering, uanset at sådanne aktørers synkronisering ikke kan omfattes af OPHL § 68. Indtil videre er problemstillingen forsøgt løst gennem aftaleforhandlinger mellem musikselskaberne og tv-stationerne, men en endelig afklaring vil kræve lovgivers eller domstolenes stillingtagen hertil. I det hele taget er der vægtige holdepunkter for, at synkronisering i tv-produktioner slet ikke kan foretages uden clearing af musikselskabernes rettigheder på eneretsgrundlag, og dermed at den traditionelle retstilstand, som fastslået af Højesteret i U 2003.280 H, ikke længere er gældende. Som fremhævet i nærværende fremstilling skyldes dette, at der næppe er adgang til synkronisering efter InfoSoc-direktivet og leje- og lånedirektivet (og dermed OPHL § 31 og § 68). Spørgsmålet har dog til gode at blive afklaret af EU-Domstolen.

For det andet er der meget, der tyder på, at rent digitalt distribueret musik ikke falder inden for anvendelsesområdet af OPHL § 68 pga. udgivelseskriteriet. Gramex' nuværende forvaltning rækker således potentielt videre, end hvad der er muligt efter OPHL § 68. Såfremt dette måtte blive bekræftet af lovgiver eller domstolene, kan musikselskaberne overveje, om Gramex kan fortsætte den nuværende forvaltning på eneretsgrundlag gennem tildeling af mandat.

Selv hvis retstilstanden er, at digitalt distribueret musik ikke er omfattet af OPHL § 68, forekommer det ud fra et lovgivningsmæssigt perspektiv ikke hensigtsmæssigt, at det er distributionsrammerne omkring en udgivelse, som afgør, hvorledes masterrettighederne skal cleares. Herved bliver clearingens præget af tilfældighed, når processen er afhængig af, hvordan musikselskaberne har valgt at distribuere sine musikindspilninger.

Ud fra et hensyn til den kollektive forvaltning synes det dog heller ikke hensigtsmæssigt, hvis digitalt distribueret musik falder uden for OPHL § 68. Eftersom mange musikindspilninger i dag distribueres digitalt uden samtidig eller senere at blive fysisk distribueret, vil dette nemlig resultere i en kraftig udhulning af Gramex' forvaltning efter tvangslicensreglen, hvilket næppe er en acceptabel løsning. Et lovteknisk løsningsforslag kunne derfor være at ændre OPHL § 68's udgivelseskriterie til et offentliggørelseskriterie, hvilket

5.2. Retspolitiske betragtninger i relation til Gramex' forvaltning af OPHL

også er foreslået i litteraturen.¹³¹ Dette kan imidlertid give nogle andre udfordringer, i forhold til hvilke musikindspilninger der omfattes af OPHL § 68, f.eks. i relation til katalog- og produktionsmusik.

Under alle omstændigheder står Gramex' forvaltning af OPHL § 68-området aktuelt over for et opbrud i lyset af den nuværende medievirkelighed. Dette skyldes, at radio- og tv-stationer i fortsat højere grad stiller deres produktioner til rådighed on demand med den konsekvens, at endnu flere musikudnyttelser falder uden for OPHL § 68. On demand-aktiviteterne indebærer nemlig, at radio- og tv-stationerne skal indgå individuelle aftaler med musikselskaberne efter OPHL § 66, og i takt hermed vil anvendelsesområdet for tvangslicensreglen blive yderligere indskrænket. Tiden må vise, hvordan den teknologiske udvikling og medieudviklingen vil påvirke Gramex' forvaltning af OPHL § 68-området, og det bliver generelt interessant at følge, om udviklingen i fremtiden vil resultere i en mere individuel forvaltning af masterrettighederne i medfør af OPHL § 66.

131. Gjessing, I. (2012). Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?. s. 497.

English summary

The protection of copyright and related rights is constantly challenged by the digitalization and new technological developments. Consequently, it must be considered how such advances might affect the collective management of certain rights. On this behalf, a specific area of interest is the management of record labels' rights in relation to broadcasting of recordings in radio and television currently managed by Gramex pursuant to the Danish Copyright Act section 68. Ultimately, this thesis sets out to examine the legal scope of the compulsory licensing rule in section 68 in relation to master rights.

The subject of this study is limited to the act of synchronization and the criterion of 'publication' within section 68. First, the analysis explores whether synchronization of recordings in television programs falls within the scope of section 68, which, as the wording states, relates to public performance. Second, the analysis examines whether the notion 'publication' in section 68 entails that the use of recordings in radio and television according to section 68 is limited to recordings that have been physically distributed, or if recordings digitally distributed meet the terms set out for a 'publication' as well.

Based on the findings, it is concluded that broadcasters are able to perform synchronization within section 68 in conjunction with the recording rule in section 31. Furthermore, it is found that if a broadcaster outsources the production of a television program to an external production company, synchronization performed by the latter must be cleared on an exclusive basis. First of all, this is due to the fact that production companies are not subject to section 68, and second of all because production companies cannot be said to have performed the synchronization on behalf of or under the responsibility of the broadcaster in accordance with section 31. An exception does exist, that is, if the broadcaster is at least responsible for any copyright infringement

English summary

made by the production company, which is, however, not the case in Danish contractual practice.

Due to various contradicting sources of law, this thesis furthermore finds that the qualification of the notion of 'publication' cannot be determined with certainty. While the traditional understanding, that publication is limited to physical distribution, is supported by the original premise of the notion and several sources of law, there are various arguments that the notion of 'publication' in the compulsory licensing rule must be subject to a progressive interpretation that covers certain digital distributions.

Based on the findings, this thesis will serve as a contribution to clarify the legal scope of section 68, and thereby examine the existing management in Gramex as to which recordings and exploitations are manageable.

Litteraturliste

Lovgivning, forarbejder mv.

- Agreed Statements vedrørende WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer vedtaget af den diplomatiske konference den 20. december 1996
- Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886 som revideret senest i Paris den 24. juli 1971
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodificeret udgave)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (kodificeret udgave)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (kodificeret udgave)
- Forordning af 7. januar 1741
- FT 1959-1960, tillæg A, sp. 2657, L 146. Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker. Fremsat den 15. januar 1960
- FT 1960-1961, tillæg A, sp. 17, L 94. Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker. Fremsat den 30. november 1960
- FT 1984-1985, tillæg A, sp. 1979, L 113. Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven. Fremsat den 13. december 1984
- FT 1994-1995, tillæg A, sp. 1311, L 119. Forslag til lov om ophavsret. Fremsat den 18. januar 1995
- FT 1994-1995, tillæg B, sp. 793, betænkning til L 119. Afgivet af Kulturudvalget 24. maj 1995
- FT 1997-1998, tillæg A, sp. 2063, L 94. Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (Databaser, digital eksemplarfremstilling til undervisningsbrug mv., gengivelse af kunstværker mv.). Fremsat den 20. november 1997
- FT 2002-2003, tillæg A, sp. 226, L 19, Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af Infosoc-direktivet, nye aftalelicenser mv.). Fremsat den 2. oktober 2002

Litteraturliste

- FT 2004-2005, tillæg A, sp. 2246, L 78. Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (Arkiver, biblioteker og museer samt syns- og læsehændicappede mv.)
International konvention af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender (Romkonventionen)
Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker
Lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret
Lov nr. 1051 af 17. december 2002 om ophavsret
Lov nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret
Lov nr. 1440 af 22. december 2004 om ophavsret
Udkast til Forslag til Lov om ændring af lov om ophavsret (Revision af blankmedieordningen), sendt i høring den 9. september 2021
WIPO-traktat om fremførelser og fonogrammer (WPPT), Genève (1996)
3. delbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. *Beskyttelse af kunstneriske præstationer*. Betænkning nr. 962. København 1982
7. delbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. *Ophavsret og edb*. Betænkning nr. 1064. København 1986

Retspraksis fra Danmark:

- U 2003.280 H
U 2014.2442 H

Retspraksis fra EU:

- C-5/08, Infopaq International A/S mod Danske Dagblades Forening, 16. juli 2009
C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp., 3. juli 2012
C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) mod Marco Del Corso, 15. marts 2012
C-147/19, Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA mod AGEDI og AIE, 18. november 2020
C-166/15, Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasiļevičs, 12. oktober 2016
C-174/15, Vereniging Openbare Bibliotheken mod Stichting Leenrecht, 10. november 2016
C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet m.fl., 19. december 2019
C-419/13, Art & Allposters International BV mod Stichting Pictoright, 22. januar 2015
C-435/12, ACI Adam BV m.fl. mod Stichting de Thuis kopie, 10. april 2014
C-510/10, DR og TV2 Danmark A/S mod NCB – Nordisk Copyright Bureau, 26. april 2012
Sag nr. 6/64, Costa mod Enel, 15. juli 1964

Generaladvokatens forslag til afgørelser:

- Forslag til afgørelse fra generaladvokat V. Trstenjak, fremsat den 17. januar 2012, sag C-510/10, DR og TV 2 Danmark A/S mod NCB

Udenlandsk retspraksis, lovgivning, forarbejder mv.:

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, t.o.m. SFS 2020:872 (den svenske ophavsretslov)

Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), LOV-2018-06-15-40 (den norske ophavsretslov)

NJA 2010

Ot. Prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m

Ot. Prp. Nr. 85 (1997-1998) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)

Litteratur:

Evald, J.; Schaumburg-Müller, S. (2004). *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*. 1. Udgave. Djøf Forlag

Lewinski, V. S. (2008). *International Copyright Law and Policy*, 1. Edition, Oxford

Reinbothe, J; Von Lewinski, S. (2015) *The WIPO Treaties on Copyright*, Oxford

Ricketson, S.; Ginsburg, C. J. (2005). *International Copyright and Neighbouring Rights*, Volume I, Oxford

Schovsbo, J.; Rosenmeier, M.; Petersen, S. C. (2021). *Immaterialret*. 6. Udgave. Jurist- og Økonomforbundets forlag.

Schønning, P. (2001). *Komponistrettighederne 1926-2001*. 1. udgave, Festskrift til Koda. Thomson – GadJura

Schønning, P. (2021). *Ophavsretsloven med kommentarer*. 7. udgave. Karnov Group Denmark A/S

Schønning, P. (2019). *EU-direktiverne om ophavsret*. 2. udgave. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Schønning, P.; Blomquist, J. (2011). *International ophavsret*. 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundets forlag

Walter, M. M.; Lewinski, V. S. (2010). *European Copyright Law, A Commentary*. Oxford

Artikler:

Frost, K. (2007). 'Om eksemplarfremsstilling og spredning af digitale værker'. U 2007 B.309

Gjessing, I. (2012). 'Ophavsretlig udgivelse i åbne netværk?'. U 2012 B.489

Rosenmeier, M. m.fl. (2018). 'Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for »dansk ophavsret«?'. NIR 3/2018

Hjemmesider:

DR's Public Service Redegørelse af 2019. Hentet 24. oktober 2020 fra:

<https://www.dr.dk/om-dr/fakta-om-dr/public-service-redegoerelser>

Gramex. *Mandater*. Hentet 23. oktober 2020 fra:

<https://gramex.dk/jeg-udgiver-musik/udbetaling/hvad-udbetaler-vi-for/mandater/>

Kulturministers Mette Bocks besvarelse af spørgsmål nr. 9 (Alm. Del) af. 9. november 2017. Hentet 19. november fra:

<https://www.ft.dk/samling/20171/almdel/kuu/spm/9/svar/1441086/1815416/index.htm>

Litteraturliste

Øvrige:

DR's standard entreprisekontrakt. Hentet 23. oktober 2020 fra:

<https://www.dr.dk/om-dr/eksterne-partnere/eksterne-producenter/drs-standardkontrakter>

Gramex' gennemsigtighedsrapport 2020.

https://gramex.dk/wp-content/uploads/2021/04/GF21_Gennemsigtighedsrapport-2020.pdf

TV2's standardentreprisekontrakter. Hentet 23. oktober 2020 fra:

<https://producent.tv2.dk/media/1016/entreprisekontrakt-tv-2-networks-af-18-oktober-2019.pdf> pkt. 19