Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 25. oktober 2018 [1]

**Sag C-469/17**

**Funke Medien NRW GmbH**
**mod**
**Bundesrepublik Deutschland**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – ophavsret og beslægtede rettigheder – reproduktionsret – ret til overføring af værker til almenheden og ret til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre beskyttede frembringelser – undtagelser og indskrænkninger – medlemsstaternes gennemførelsesbestemmelser – vurdering i forhold til de grundlæggende rettigheder – udtømmende karakter«

## Indledning

1. »Intet nyt fra Vestfronten« lød det i den formentlig mest kendte militærrapport i litteraturens historie. Denne sætning, der står i Erich Maria Remarques roman af samme navn [2], er naturligvis, sammen med hele værket, ophavsretligt beskyttet. I denne sag har Domstolen fået forelagt et mere komplekst spørgsmål: Kan en militærrapport, der ikke er fiktiv, men virkelig, være omfattet af ophavsretlig beskyttelse, som er harmoniseret i EU-retten, på samme måde som andre litterære værker?

2. Dette spørgsmål rejser to problemstillinger: For det første, om en sådan rapport opfylder de krav, en tekst skal opfylde for at kunne betragtes som et værk, der kan beskyttes af ophavsretten, idet disse krav følger af selve ophavsrettens karakter, men også af Domstolens praksis? For det andet, om andre faktorer, især ytringsfriheden, som er beskyttet ved Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), skal tages i betragtning med henblik på at mindske eller helt udelukke en sådan beskyttelse? Det forekommer mig nødvendigt at besvare disse to spørgsmål for at give den forelæggende ret et brugbart svar.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – E.M. Remarque, *Im Westen nichts Neues*, Propyläen Verlag, Berlin, 1929; dansk oversættelse: T. Kristensen, Gyldendal, København, 1929.

## Retsforskrifter

### *EU-retten*

3. Artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet[3] bestemmer:

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

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

[…]«

4. Dette direktivs artikel 3, stk. 1, bestemmer:

»Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt«.

5. Samme direktivs artikel 5, stk. 3, litra c) og d), fastsætter:

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

[…]

c) hvis der er tale om gengivelse i pressen, overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse af udgivne artikler om aktuelle økonomiske, politiske eller religiøse emner eller af værker eller andre frembringelser af samme karakter, der er udsendt over radio og tv, når en sådan anvendelse ikke udtrykkeligt er beskyttet og kilden, herunder ophavsmandens navn, anføres, eller hvis der er tale om anvendelse af værker eller andre frembringelser i forbindelse med redegørelse for dagsbegivenheder, og det sker i et omfang, som det informative formål berettiger til, og såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt

d) hvis der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis, kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til

[…]«

3 – EFT 2001, L 167, s. 10.

*Tysk ret*

6. Direktiv 2001/29 er gennemført i tysk ret i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 9. september 1965 (herefter »UrhG«). Denne lovs § 2 opregner de forskellige kategorier af beskyttede værker. Lovens § 2, stk. 2, bestemmer:

»Alene personlige intellektuelle frembringelser udgør værker i denne lovs forstand.«

7. Hvad angår beskyttelse af officielle tekster bestemmer lovens § 5 følgende:

»1. Love, dekreter, bekendtgørelser eller officielle meddelelser samt afgørelser og begrundelserne for disse afgørelser er ikke ophavsretligt beskyttet.

2. Andre officielle tekster, som af hensyn til forvaltningen er formidlet til offentligheden til orientering, er heller ikke ophavsretligt beskyttet; dog finder bestemmelserne i § 62, stk. 1-3, og § 63, stk. 1 og 2, om forbud mod at ændre værket og kildeangivelsen tilsvarende anvendelse.

[…]«

8. Ophavsmænds reproduktionsret og ret til overføring til almenheden er beskyttet i medfør af UrhG's § 15, stk. 1 og 2, mens undtagelser for redegørelser for dagsbegivenheder og citater blev fastsat i denne lovs §§ 50 og 51.

**Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål**

9. Revisionsindstævnte, Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tyskland), lader hver uge udarbejde en militær situationsrapport om det tyske forsvars (forbundsværnet, Tuskland) indsatser i udlandet og om udviklingen i indsatsområdet. Disse rapporter sendes, under betegnelsen »Unterrichtung des Parlaments« (underretning til parlamentet, herefter »UdP-rapporter«) til visse medlemmer af Bundestag (Forbundsdagen, Tyskland), til afdelinger af Bundesministerium der Verteidigung (forbundsforsvarsministeriet, Tyskland) og andre forbundsministerier samt til visse tjenestegrene under forbundsministeriet for forsvar. UdP-rapporter betragtes som »klassificerede dokumenter – til tjenestebrug«, som er det laveste fortrolighedsniveau. Sideløbende udsender revisionsindstævnte forkortede versioner af UdP-rapporterne under betegnelsen »Unterrichtung der Öffentlichkeit« (»underretning til offentligheden«, herefter »UdÖ-rapporter«).

10. Appellanten, Funke Medien NRW GmbH (herefter »Funke Medien«), der er et tysk selskab, driver dagbladet *Westdeutsche Allgemeine Zeitungs* websted. Den 27. september 2012 anmodede selskabet om aktindsigt i samtlige UdP-rapporter, der var udarbejdet i perioden fra den 1. september 2001 til den 26. september 2012. Denne anmodning blev afslået med den begrundelse, at udbredelsen af oplysningerne kunne have negative virkninger for forbundsværnets sikkerhedsfølsomme interesser. Appellanten fik dog ad ukendt vej adgang til en stor del af UdP-rapporterne og offentliggjorde flere af dem under betegnelsen »Afghanistan-Papiere« (Afghanistanpapirerne).

11. Forbundsrepublikken Tyskland var af den opfattelse, at Funke Medien dermed havde krænket dens ophavsret til disse rapporter, og anlagde derfor sag med påstand om nedlæggelse af forbud, som blev taget til følge ved Landgericht (den regionale ret i første instans, Tyskland). Funke Mediens appel blev forkastet af appelretten. Ved sin »revisionsappel« gentager Funke Medien sin frifindelsespåstand.

12. På denne baggrund besluttede Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Giver de EU-retlige bestemmelser om ophavsmændenes eneret til reproduktion [artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29[…]] og til overføring af deres værker til almenheden inklusive tilrådighedsstillelse for almenheden (artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29[…]) og undtagelserne eller [indskrænkningerne] af disse rettigheder (artikel 5, stk. 2 og 3, i direktiv 2001/29[…]) et spillerum ved gennemførelsen i national ret?

2) På hvilken måde skal der ved fastsættelsen af rækkevidden af de i artikel 5, stk. 2 og 3, i direktiv 2001/29[…] fastsatte undtagelser eller [indskrænkninger] af ophavsmændenes eneret til reproduktion [artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29[…]] og til overføring af deres værker til almenheden inklusive tilrådighedsstillelse for almenheden (artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29[…]) tages hensyn til de grundlæggende rettigheder i [chartret]?

3) Kan de grundlæggende rettigheder informationsfrihed (artikel 11, stk. 1, andet punktum, i [chartret]) eller pressefriheden (artikel 11, stk. 2, i [chartret]) begrunde undtagelser eller [indskrænkninger] af ophavsmændenes eneret til reproduktion [artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29[…]] og til overføring af deres værker til almenheden inklusive tilrådighedsstillelse for almenheden (artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29[…]) uden for de i artikel 5, stk. 2 og 3, i direktiv 2001/29[…] fastsatte undtagelser eller [indskrænkninger]?«

13. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 4. august 2017. Der er indgivet skriftlige indlæg af Funke Medien, den tyske og den franske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt af Europa-Kommissionen. De samme parter deltog i retsmødet den 3. juli 2018.

## Bedømmelse

### *Formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål*

14. Tvisten i hovedsagen vedrører Funke Mediens overføring til almenheden af UdP-rapporter, dvs. periodiske rapporter med oplysninger om forbundsværnets indsats i udlandet, som Forbundsrepublikken Tyskland hævder at besidde ophavsretten til. Domstolen kender ikke det nøjagtige indhold af disse dokumenter, da Funke Medien blev tvunget til at fjerne dem fra sit websted. Det er imidlertid muligt at konsultere UdÖ-rapporterne, dvs. den offentlige version af UdP-rapporterne. I retsmødet var parterne ikke enige om forskellen mellem de to versioner, idet UdP-rapporterne ifølge den tyske regering er meget mere omfattende end UdÖ-rapporterne, mens UdP-rapporterne ifølge Funke Medien blot indeholder nogle få oplysninger mere end UdÖ-rapporterne. Under alle omstændigheder antyder det forhold, at Funke Medien besluttede at offentliggøre de UdP-rapporter, som det var lykkedes selskabet at få fat i, at de to versioner adskiller sig med hensyn til de indeholdte oplysninger. Selv om oplysningerne i UdP-rapporterne er mere detaljerede, må det dog efter min opfattelse antages, at deres præsentationsform (deres udtryk for at benytte ophavsrettens sprogbrug) er den samme i begge tilfælde. På grund af denne form, som den fremgår af UdÖ-rapporterne, tvivler jeg dog stærkt på, at sådanne dokumenter skal kvalificeres som værker, der er omfattet af ophavsretlig beskyttelse. Det drejer sig nemlig om rent informative dokumenter affattet i et helt neutralt og standardiseret sprog, som præcist redegør for begivenheder eller oplyser om, at der ikke har fundet nogen nævneværdige begivenheder sted [4].

4 – Som eksempel kan jeg nævne et brudstykke af den sidste UdÖ-rapport, der forelå på tidspunktet for udarbejdelsen af dette forslag til afgørelse, UdÖ-rapport nr. 36/18, dateret den 5.9.2018. På dokumentets første side er der et skematisk kort over en del af verden, som viser de lande, hvor forbundsværnet deltager i missioner. Dette kort efterfølges af en liste over disse missioner. Derefter er oplysningerne anført i rækkefølge efter de forskellige missioner, f.eks.:

15. Det er dog et almindeligt anerkendt princip, at ophavsretten ikke beskytter tanker, men udtryk. Tanker er ifølge en klassisk formulering til fri afbenyttelse [5] i den forstand, at de ikke kan monopoliseres gennem ophavsretten, i modsætning til hvad der er tilfældet med bl.a. patenter, som beskytter idéer, opfindelser osv. Ophavsret beskytter udelukkende den måde, hvorpå idéerne er formuleret i et værk. Selve tankerne, som er adskilt fra ethvert værk, kan derfor reproduceres og overføres frit.

16. Denne udelukkelse af tanker fra ophavsretlig beskyttelse omfatter også »ubearbejdede« oplysninger. Selv om disse oplysninger kan foreligge i form af en tekst, er der imidlertid tale om en helt enkel tekst, der begrænser sig til at besvare tre grundlæggende spørgsmål: hvem? hvad? hvornår? Uden nogen form for tilføjelser falder informationsudtrykket således sammen med selve oplysningerne. Hvis udtrykket monopoliseres i kraft af ophavsretten, vil det derfor føre til en monopolisering af oplysningerne. Denne udelukkelse af ubearbejdede informationer fra beskyttelse indgik allerede i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, der blev undertegnet i Bern den 9. september 1886 (Parisakten af 24.7.1971), som ændret den 28. september 1979 (herefter »Bernerkonventionen«), der er det vigtigste internationale instrument til beskyttelse af ophavsret, hvis artikel 2, stk. 8, fastsætter, at »[b]eskyttelsen efter denne konvention [ikke] finder […] anvendelse på dagsnyheder eller blandede meddelelser, som har karakter af almindelige pressemeddelelser [6]«.

»Resolute Support (RS)/NATO-Einsatz in Afghanistan
Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/Deutsches Einsatzkontingent
Die Operationsführung der afghanischen Sicherheitskräfte (Afghan National Defence and Security Forces/ANDSF) in der Nordregion konzentrierte sich im Berichtszeitraum auf die Provinz Faryab mit Schwerpunkt im Raum nördlich von Maimanah. Darüber hinaus wurden Operationen in den Provinzen Baghlan, Badakhshan, Kunduz und Takhar durchgeführt. Für den Bereich Kunduz gilt unverändert, dass das seit November 2016 gültige Sicherheitskonzept der ANDSF für das Stadtgebiet Kunduz für weitgehende Sicherheit und Stabilität sorgt.
Im Verantwortungsbereich des TAAC North kam es im Berichtszeitraum zu verschiedenen Angriffen auf Kontroll- und Sicherungsposten der ANDSF.
Deutsche Beteiligung: 1 124 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).
[NATO's målrettede støttemission, Resolute Support (RS)/Mission, i Afghanistan
Train-Advise-Assist-Command (TAAC) Nord/tysk kontingent
De afghanske sikkerhedsstyrkers operation i den nordlige region var i den betragtede periode koncentreret om Faryabprovinsen med fokus på regionen nord for Maimanah. Desuden blev der gennemført operationer i provinserne Baghlan, Badakhshan, Kunduz og Takhar. I Kunduzregionen har det ANDSF-validerede sikkerhedskoncept for byområdet Kunduz skabt sikkerhed og stabilitet siden november 2016.
Inden for TAAC-Nords ansvarsområde har der i referenceperioden fundet forskellige angreb sted på ANDSF's kontrol- og sikkerhedsposter.
Tysklands bidrag: 1 124 soldater (pr. 3.9.2018)].
Kosovo Force (KFOR)/NATO-Einsatz im Kosovo
Keine berichtenswerten Ereignisse.
Deutsche Beteiligung: 315 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).
[Kosovo Force (KFOR)/NATO's mission i Kosovo
Ingen nævneværdige begivenheder.
Tysklands bidrag: 315 soldater (pr. 3.9.2018)].
[…]«

5 – M. Vivant og J.-M. Buguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, s. 151.

6 – Den Europæiske Union er ikke part i Bernerkonventionen, men den er part i WIPO-traktaten om ophavsret, som blev vedtaget i Genève den 20.12.1996 og trådte i kraft den 6.3.2002, og som forpligter sine underskrivere til at overholde denne konventions artikel 1-12 (jf. Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16.3.2000 om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om udøvende kunstnere og fonogrammer, EFT 2000, L 89, s. 6). EU-retsakter vedrørende ophavsretten skal derfor fortolkes i lyset af den nævnte konvention (jf. dom af 7.12.2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 34 og 35).

17. For at et udtryk skal kunne kvalificeres som et »værk« i ophavsretlig forstand, skal det også være »original[t] i den forstand, at de[t] er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse«[7]. Denne betingelse for anvendelse af ophavsretten, som er harmoniseret i EU-retten, navnlig ved direktiv 2001/29, har Domstolen udledt af opbygningen af dette direktiv samt af opbygningen af Bernerkonventionen. Denne betingelse er dog ikke af den grund en EU-retlig opfindelse, idet den optræder i de fleste medlemsstaters nationale ophavsret, i hvert fald i de kontinentale retssystemer[8]. Den indgår derfor på en vis måde i medlemsstaternes retlige traditioner.

18. I EU-ophavsretten er begrebet »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse« det centrale element i definitionen af værket, som i sig selv er et selvstændigt begreb i EU-retten. Denne definition er siden blevet videreudviklet i Domstolens praksis efter dommen i Infopaq International-sagen[9]. Domstolen har således forklaret, at en intellektuel frembringelse betragtes som ophavsmandens egen, når den afspejler hans personlighed. Dette er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg[10]. Når udtrykket i de elementer, der indgår i den pågældende frembringelse, er bestemt af deres tekniske funktion, er originalitetskriteriet ikke opfyldt, idet de forskellige måder, hvorpå tanken kan virkeliggøres, er så begrænsede, at tanken og udtrykket er sammenfaldende. En sådan situation giver ikke ophavsmanden mulighed for at udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en egen intellektuel frembringelse[11]. Kun ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, jf. ovenfor, bidrager til kvaliteten af det værk, som kan beskyttes ophavsretligt. Elementer som ophavsmandens intellektuelle arbejde og knowhow kan ikke som sådan begrunde, at den pågældende frembringelse omfattes af ophavsretlig beskyttelse, hvis dette arbejde og denne knowhow ikke udtrykker nogen form for originalitet[12].

19. Anvendelsen af disse kriterier på den foreliggende sag rejser alvorlig tvivl om kvalificeringen af de pågældende dokumenter som værker i EU-ophavsretlig forstand som fortolket af Domstolen. Det forekommer mig nemlig lidet sandsynligt, at ophavsmanden eller ophavsmændene til disse dokumenter, som vi ikke kender, men som sandsynligvis er embedsmænd eller officerer i forbundsværnet, har kunnet foretage frie og kreative valg for at udtrykke deres kreative evner ved udarbejdelsen af disse dokumenter. Da det drejer sig om rent informative dokumenter, som nødvendigvis er formuleret i et enkelt og neutralt sprog, bestemmes deres indhold fuldt ud af de informationer, de indeholder, således at disse informationer og udtrykket heraf er sammenfaldende, hvilket udelukker enhver originalitet. Udarbejdelsen af dem kræver sikkert en vis indsats og knowhow, men disse elementer alene vil ikke kunne begrunde en ophavsretlig beskyttelse. Ved diskussionen af dette punkt i retsmødet har parterne ligeledes fremført, at opbygningen af de pågældende dokumenter i sig selv kunne være ophavsretligt beskyttet. Denne opbygning består imidlertid i med jævne mellemrum at præsentere oplysninger vedrørende hver enkelt mission i udlandet, som forbundsværnet deltager i. Opbygningen af disse rapporter forekommer mig derfor ikke at være mere kreativ end deres indhold.

7 – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 37).

8 – Dette er især tilfældet i tysk lovgivning, hvor UrhG's § 2, stk. 2, bestemmer, at »[a]lene personlige intellektuelle frembringelser udgør værker i denne lovs forstand«. Denne tanke kommer til udtryk i begrebet originalitet i fransk ophavsret (dom afsagt af Cour de cassation, Assemblée plénière (kassationsdomstol, plenum), den 7.3.1986 i sagen Babolat mod Pachot, nr. 83-10477, offentliggjort i statstidende) samt i polsk ret [artikel 1, stk. 1, i ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 4.2.1994] eller i spansk ret [artikel 10 i Ley de Propiedad Intelectual (lov om intellektuel ejendomsret) af 24.4.1996]. Det forholder sig anderledes i de angelsaksiske landes *copyright*-systemer.

9 – Dom af 16.7.2009 (C-5/08, EU:C:2009:465).

10 – Dom af 1.12.2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 88 og 89).

11 – Dom af 22.12.2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 49 og 50).

12 – Dom af 1.3.2012, Football Dataco m.fl. (C-604/10, EU:C:2012:115, præmis 33).

20. Tvivlen om kvalificeringen af de omhandlede dokumenter som værker, der kan beskyttes ophavsretligt, er blevet rejst i tvisten i hovedsagen samt i nærværende sag, bl.a. af Funke Medien. Den forelæggende ret har oplyst, at dette spørgsmål ikke er blevet løst ved de lavere retsinstanser i hovedsagen [13]. Den mener dog, at det ikke er hensigtsmæssigt at hjemvise sagen til appelinstansen med henblik på at afklare dette punkt, eftersom det måske følger af Domstolens besvarelse af de præjudicielle spørgsmål, at de nævnte dokumenter ikke kan gives ophavsretlig beskyttelse.

21. Jeg forstår de procesøkonomiske hensyn. Imidlertid rejser de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag nogle væsentlige juridiske problemstillinger vedrørende forholdet mellem ophavsretten og de grundlæggende rettigheder, hvilket kan føre til en anfægtelse af lovligheden eller gyldigheden af ophavsretten i forhold til de grundlæggende rettigheder. Disse problemstillinger følger for en stor dels vedkommende af de pågældende dokumenters usædvanlige karakter som ophavsretlig genstand, idet de har et rent informativt indhold, de hidrører fra staten og forbliver statens ejendom, og de er fortrolige. Inden behandlingen af disse væsentlige problemstillinger vil det derfor efter min opfattelse være ønskeligt at sikre, at de omtvistede dokumenter rent faktisk henhører under ophavsretten og mere generelt under EU-retten.

22. Naturligvis er kvalificeringen af de omhandlede dokumenter som »værker« i ophavsretlig forstand, som harmoniseret i EU-retten, en faktuel vurdering, som det alene påhviler de nationale retsinstanser at foretage. Henset til den tvivl, der er rejst ovenfor, og som den forelæggende ret ligeledes synes at dele, vedrørende anvendelsen af EU-ophavsretten på de nævnte dokumenter er jeg dog af den opfattelse, at Domstolen under anvendelse af fast praksis kan overveje at afvise de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag som hypotetiske på dette trin i hovedsagen, eftersom de er baseret på en forudsætning, der ikke er blevet efterprøvet af den forelæggende ret [14].

23. Såfremt Domstolen ikke accepterer dette forslag, vil jeg nu gå over til vurderingen af sagens realitet.

### *Indledende bemærkninger om de præjudicielle spørgsmåls realitet*

24. I den foreliggende sag er de forelagte spørgsmål alle på den ene eller anden måde knyttet sammen med spørgsmålet om forholdet mellem ophavsret, som harmoniseret ved direktiv 2001/29, og de grundlæggende rettigheder, herunder ytringsfriheden, der er beskyttet ved chartrets artikel 11.

25. Med det første spørgsmål, sammenholdt med retspraksis fra Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland), ønsker den forelæggende ret oplyst, om de tyske bestemmelser til gennemførelse af direktiv 2001/29 alene skal fortolkes i lyset af de grundlæggende rettigheder i henhold til EU-retten eller også i lyset af de grundlæggende rettigheder, der gælder på nationalt forfatningsretligt niveau.

26. Det andet spørgsmål vedrører den måde, hvorpå de grundlæggende rettigheder skal tages i betragtning ved fortolkningen af undtagelser og indskrænkninger i ophavsretten, der er fastsat i direktiv 2001/29. Selv om spørgsmålet ikke stilles udtrykkeligt, viser formuleringen heraf imidlertid, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om en hensyntagen til de grundlæggende rettigheder, nærmere bestemt informationsretten, kan føre til en fortolkning af disse undtagelser, der omfatter anvendelsen af de omtvistede dokumenter i hovedsagen.

13 – Den forelæggende ret har udelukkende oplyst, at disse dokumenter, som officielle publikationer, ikke på forhånd er udelukket fra ophavsretlig beskyttelse i medfør af UrhG's § 5, stk. 2. Dette er indlysende, eftersom det er fortrolige dokumenter, som derfor ikke er bestemt for offentligheden. Imidlertid er det ikke tilstrækkeligt til, at et officielt dokument kan nyde ophavsretlig beskyttelse, at det ikke er udelukket fra denne beskyttelse i henhold til den nævnte bestemmelse. Det skal også opfylde kriterierne for et værk i denne rets forstand. Dette aspekt er dog ikke blevet præciseret i hovedsagen.

14 – Jf. bl.a. dom af 18.12.2014, Schoenimport »Italmoda« Mariano Previti m.fl. (C-131/13, C-163/13 og C-164/13, EU:C:2014:2455, præmis 31 og 39).

27. Endelig rejser det tredje præjudicielle spørgsmål problemstillingen om, hvorvidt der eventuelt findes andre undtagelser eller indskrænkninger i ophavsretten, der ikke er fastsat ved bestemmelserne i direktiv 2001/29 (eller ved nogen anden EU-retsakt), men som ville være afgørende for at sikre overholdelsen af de grundlæggende rettigheder.

28. Disse tre spørgsmål, der stilles i meget generelle vendinger, er også blevet rejst i to andre sager, som i øjeblikket verserer for Domstolen, og som hidrører fra anmodninger om præjudiciel afgørelse fra den samme forelæggende ret[15]. Disse tre sager vedrører dog helt forskellige faktiske omstændigheder og omhandler forskellige grundlæggende rettigheder. De andre mulige faktuelle og retlige konfigurationer, hvor de samme generelle spørgsmål vedrørende forholdet mellem ophavsret og grundlæggende rettigheder kunne opstå, er sandsynligvis uendelige.

29. Det forekommer mig derfor ikke relevant at analysere det problem, der er rejst i hovedsagen, i så generelle vendinger. Ethvert svar, der er formuleret i generelle vendinger og ikke tager hensyn til den konkrete situation, hvor der foreligger en eventuel konflikt mellem ophavsretten og en grundlæggende rettighed, ville efter min opfattelse enten være for ufleksibelt, idet der ikke ville være mulighed for om nødvendigt at tilpasse ophavsretssystemet, eller for slapt, idet det ville kunne anfægtes i en hvilken som helst situation og således ville blive berøvet enhver retssikkerhed.

30. Som jeg vil redegøre for nedenfor, gælder dette så meget desto mere, som ophavsretten selv allerede indeholder mekanismer, der skal tilpasse den overholdelsen af de grundlæggende rettigheder, først og fremmest ytringsfriheden. Generelt bør disse mekanismer være tilstrækkelige, medmindre selve gyldigheden af de ophavsretlige bestemmelser drages i tvivl i lyset af disse grundlæggende rettigheder. Spørgsmålet om gyldigheden af bestemmelserne i direktiv 2001/29 er imidlertid ikke blevet fremført i den foreliggende sag, og jeg finder det ikke nødvendigt at gøre det.

31. Enhver afvejning af ophavsretten i forhold til de grundlæggende rettigheder, der går ud over den blotte fortolkning af bestemmelserne i den nævnte ret, hvilket ligger på grænsen mellem fortolkning og anvendelse af loven, skal derfor efter min opfattelse foretages på baggrund af omstændighederne i hver enkelt sag. Denne behandling fra sag til sag gør det muligt at anvende proportionalitetsprincippet med den største nøjagtighed og således undgå uberettigede krænkelser af både ophavsretten og de grundlæggende rettigheder.

32. Tvisten i hovedsagen vedrører anvendelsen af ophavsretten i en sag, som er særlig i flere henseender. For det første udgøres den beskyttede frembringelse af statslige dokumenter, der, som jeg allerede har bemærket, har en rent informativ karakter. Det er derfor vanskeligt at sondre mellem disse dokumenter som genstand for ophavsret og de oplysninger, de indeholder. For det andet er indehaveren af denne ophavsret staten, dvs. den aktør, som befinder sig i en situation, hvor den pågældende ikke er begunstiget, men forpligtet i henhold til de grundlæggende rettigheder. For det tredje benyttes der her mekanismer til beskyttelse af ophavsretten, men det mål, som åbent forfølges, er ikke at udnytte værket, men at beskytte fortroligheden af de deri indeholdte oplysninger. Hvis man nøjes med at besvare de præjudicielle spørgsmål, som de er formuleret af den forelæggende ret, vil det derfor efter min opfattelse ikke give en passende løsning på det problem, som den forelæggende ret står over for.

15 – Det drejer sig om sag C-476/17, Pelham, og sag C-516/17, Spiegel Online.

33. Med henblik på at give den forelæggende ret et brugbart svar til løsning af den konkrete tvist, der er indbragt for den i hovedsagen, vil jeg derfor foreslå Domstolen at omformulere de præjudicielle spørgsmål, således at de behandles under ét, og ikke tage udgangspunkt i Forbundsrepublikken Tysklands ophavsret, men i Funke Mediens ytringsfrihed. Efter min opfattelse ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om chartrets artikel 11 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en medlemsstat påberåber sig sin ophavsret til dokumenter som de i hovedsagen omhandlede med henblik på at begrænse den ytringsfrihed, der er forankret i denne artikel.

### *Ophavsret og ytringsfrihed*

34. Ifølge chartrets artikel 11 indgår »frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker« i den ytrings- og informationsfrihed, som er forankret i denne artikel. I dens stk. 2 tilføjes mediefrihed. Denne ret findes tilsvarende i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), og som i artikel 10 definerer ytringsfrihed i de samme vendinger, som benyttes i chartrets artikel 11, stk. 1.

35. Derimod giver ophavsretten, som harmoniseret i EU-retten, ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde reproduktion og overføring af deres værker til almenheden. Selv om ophavsretten ikke beskytter de oplysninger eller tanker, der er indeholdt i værkerne, men deres udtryk, således som jeg har redegjort nærmere for nedenfor, vil denne ret uvægerligt komme i konflikt med ytringsfriheden. For det første indgår overføring af et værk, der er omfattet af ophavsret, hvad enten den foretages af ophavsmanden selv eller med eller uden hans tilladelse, naturligvis i anvendelsesområdet for denne frihed. Selv om værket ikke er den eneste eller primære genstand for overføringen, er det for det andet undertiden meget vanskeligt, hvis ikke umuligt, at overføre visse tanker uden samtidig, i det mindste delvis, at overføre en andens værk. Lad os tage eksemplet med kunstkritik. Ved at kræve en forudgående tilladelse fra ophavsmanden (og ved at forbeholde denne muligheden for ikke at give den) begrænser ophavsretten således nødvendigvis ytringsfriheden.

36. Det er almindeligt anerkendt, at ophavsretten selv indeholder mekanismer til at afhjælpe eventuelle uoverensstemmelser mellem de grundlæggende rettigheder, herunder ytringsfriheden, og ophavsretten [16].

37. Det drejer sig for det første om princippet om, at ophavsretten ikke beskytter tanker, men udtryk. På denne måde beskyttes ytringsfriheden for så vidt angår transmission og modtagelse af oplysninger. Jeg har allerede behandlet dette princip i afsnittet om formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål [17], og jeg vil derfor ikke gentage mig selv.

38. For det andet er ophavsretten forenelig med de grundlæggende rettigheder gennem forskellige undtagelser. Disse undtagelser gør det muligt at bruge værker i forskellige situationer, som kan henhøre under de forskellige rettigheder og frihedsrettigheder, uden samtidig at berøve ophavsmændene deres væsentligste rettigheder, dvs. respekten for den forbindelse, der knytter dem til deres værker, og muligheden for at udnytte disse økonomisk.

39. I EU-retten er undtagelserne til ophavsretten harmoniseret, bl.a. ved artikel 5 i direktiv 2001/29. Ganske vist har disse undtagelser fakultativ karakter, idet medlemsstaterne formelt ikke er forpligtet til at indføre dem i deres nationale ret. Det er dog min opfattelse, at det snarere er et middel for EU-lovgiver til at give medlemsstaterne større fleksibilitet i gennemførelsen af disse undtagelser end

16 – Jf. bl.a. J. Barta og R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016, s. 635 ff., og M. Vivant og J.-M. Buguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, s. 519 ff. Jf. ligeledes f.eks. C. Geiger og E. Izyumenko, »Copyright on the human rights' trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression«, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45 (2014), s. 316-342, og A. Lucas og J.C. Ginsburg, »Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen)«, *Revue internationale du droit d'auteur*, vol. 249 (2016), s. 4-153.

17 – Jf. punkt 15 og 16 i dette forslag til afgørelse.

en reel mulighed for at indføre dem eller ej. Ophavsretten fandtes nemlig i medlemsstaternes retssystemer, længe før den blev harmoniseret på EU-plan ved direktiv 2001/29. Dette er også grunden til denne harmonisering [18]. EU-lovgiver har dog tydeligvis ikke ønsket at ødelægge de traditioner og formuleringer af undtagelser, som således har udviklet sig i de nationale retssystemer. Dette ændrer ikke ved, at de fleste af undtagelserne i artikel 5 i direktiv 2001/29 findes i en eller anden form i alle medlemsstaternes nationale ophavsret [19].

40. Under normale omstændigheder gør disse nationale indskrænkninger i ophavsretten det muligt, på en samlet set tilfredsstillende måde, at forene rettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder med ophavsmænds enerettigheder med hensyn til anvendelsen af deres værker. Uanset at disse indskrænkninger findes, er anvendelsen af ophavsretten, som enhver anden lovgivning, ikke desto mindre fortsat underlagt kravet om overholdelse af de grundlæggende rettigheder, idet denne overholdelse kan kontrolleres af domstolene. Hvis det skulle vise sig, at der er systemiske mangler i beskyttelsen af en grundlæggende rettighed i forhold til ophavsretten, ville dette sætte spørgsmålstegn ved gyldigheden af sidstnævnte, og herefter ville det rejse spørgsmålet om en lovændring. Der kan dog være særlige tilfælde, hvor ophavsretten, som under andre omstændigheder helt legitimt kunne være juridisk og retslig beskyttet, skal sættes i baggrunden til fordel for en vigtig interesse vedrørende udøvelse af en rettighed eller en grundlæggende frihedsrettighed.

41. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) fastslog for nylig, at der findes en sådan ekstern indskrænkning af ophavsretten. I to afgørelser [20] har Menneskerettighedsdomstolen fastslået, at det var muligt at kontrollere, om indsatsen for ophavsretlig beskyttelse i en stat, der har tiltrådt EMRK, var i overensstemmelse med ytringsfriheden, som er forankret i EMRK's artikel 10. I ingen de ovennævnte sager fandt Menneskerettighedsdomstolen, at der var sket en krænkelse af ytringsfriheden. Under hensyntagen til arten af de pågældende overføringer (som havde et kommercielt sigte) og andre involverede personers rettigheder (indehaverne af ophavsretten) fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at de sagsøgte (dvs. de stater, der har undertegnet EMRK) havde en vid skønsmargin for så vidt angår nødvendigheden i et demokratisk samfund af de indskrænkninger af denne frihed, der følger af ophavsretten.

42. Resultatet af analysen kan imidlertid under andre omstændigheder end i de to ovennævnte sager være anderledes, navnlig i en situation, hvor overføringen af det angiveligt beskyttede værk som i den foreliggende sag indgik i en debat af almen interesse, og hvor det pågældende værk består af officielle statslige dokumenter af informativ karakter. Jeg foreslår derfor, at Domstolen følger en argumentation svarende til Menneskerettighedsdomstolens.

43. Dette forslag er så meget desto mere berettiget, eftersom det fremgår af chartrets artikel 52, stk. 3, at i det omfang det indeholder rettigheder svarende til de rettigheder, der er sikret ved EMRK, har de samme betydning og samme omfang som i EMRK. Chartrets artikel 11 svarer til EMRK's artikel 10 [21]. Således som den forelæggende ret har anført i sin anmodning, har Domstolen ganske vist fastslået, at EMRK ikke er formelt integreret i Unionens retsorden, og at gyldigheden af såvel EU-retlige

18 – Jf. sjette og syvende betragtning til direktiv 2001/29.

19 – Måske igen med undtagelse af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, hvor der i overensstemmelse med den angelsaksiske tradition for copyright har udviklet sig et koncept for *fair use*, en generel indskrænkning i ophavsretten, som anvendes i hvert enkelt tilfælde.

20 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.1.2013, Ashby Donald m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), og Menneskerettighedsdomstolens afgørelse af 19.2.2013, Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi mod Sverige (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712).

21 – Jf. forklarende bemærkning til chartrets artikel 52.

bestemmelser som national lovgivning derfor udelukkende skal bedømmes i lyset af chartret [22]. Dette betyder imidlertid ikke, at EMRK, som fortolket af Menneskerettighedsdomstolen, ikke skal tages i betragtning ved fortolkningen af chartret med henblik på denne bedømmelse [23]. I så fald ville chartrets artikel 52, stk. 3, også være fuldstændig meningsløs.

### *Ophavsretlig beskyttelse af militærrapporter i lyset af chartrets artikel 11*

44. Ifølge chartrets artikel 51, stk. 1, er chartret bl.a. rettet til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten. Det er klart, at de tyske domstoles anvendelse i hovedsagen af de bestemmelser, der gennemfører direktiv 2001/29, bidrager til gennemførelsen af EU-retten. Den er derfor omfattet af chartrets bestemmelser, herunder forpligtelsen til i forbindelse med denne gennemførelse at respektere Funke Mediens ytringsfrihed som omhandlet i chartrets artikel 11. Imidlertid fører flere elementer i denne sag til den konklusion, at den ophavsretlige beskyttelse af de omhandlede dokumenter ville være i strid med den nævnte artikel i chartret.

#### *De mulige indskrænkninger af ytringsfriheden*

45. Der er efter min opfattelse ingen tvivl om, at offentliggørelsen af fortrolige dokumenter som de i hovedsagen omhandlede henhører under ytringsfriheden [24]. Det er efter min opfattelse også klart, at den ophavsret, som Forbundsrepublikken Tyskland påberåber sig, indskrænker ytringsfriheden [25]. Disse punkter kræver ingen yderligere redegørelse. Sådanne indskrænkninger af denne frihed er ikke absolut forbudt. Såvel EMRK, artikel 10, stk. 2, som chartret, artikel 52, stk. 1, opregner de hensyn, der kan begrunde indskrænkninger i ytringsfriheden og de betingelser, de skal opfylde.

46. Jeg vil ikke gå ind i debatten om, hvorvidt EMRK's grunde til indskrænkning eventuelt har forrang frem for chartrets i de tilfælde, hvor frihedsrettigheder er beskyttet på samme måde af de to instrumenter [26]. Derimod vil jeg hellere foreslå, at de betragtes som ækvivalente, hvilket efter min opfattelse er bedst i overensstemmelse med det udsagn, der er indeholdt i chartrets artikel 52, stk. 3, hvorefter tilsvarende rettigheder i de to instrumenter skal have samme betydning og omfang.

47. For så vidt angår indskrænkning af ytringsfriheden i en situation som den, der foreligger i hovedsagen, forekommer det mig, at den mest indlysende grund må være at forhindre videregivelsen af fortrolige oplysninger i forbindelse med kravene til den nationale sikkerhed. Disse to grunde til at indskrænke ytringsfriheden er udtrykkeligt fastsat i EMRK's artikel 10, stk. 2.

48. Chartret er ikke lige så eksplicit: Chartrets artikel 52, stk. 1, nævner blot generelt »mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen«. Ifølge den forklarende bemærkning til chartrets artikel 52 omfatter disse interesser, ud over de mål for EU, der er anført i artikel 3 TEU, medlemsstaternes interesser, som EU skal respektere. Navnlig nævner bemærkningen udtrykkeligt artikel 346 TEUF, hvorefter »ingen medlemsstat er forpligtet til at meddele oplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod dens væsentlige sikkerhedsinteresser«. Beskyttelse af den nationale sikkerhed kan også findes blandt de »centrale statslige funktioner«, som Unionen skal respektere i medfør af artikel 4, stk. 2, TEU.

22 – Jf. henholdsvis dom af 15.2.2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 45 og 46 samt den deri nævnte retspraksis), og af 5.4.2017, Orsi og Baldetti (C-217/15 og C-350/15, EU:C:2017:264, præmis 15).

23 – Hvilket Domstolen allerede har fastslået, jf. dom af 5.10.2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, præmis 53), og af 22.12.2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, præmis 35).

24 – Jf. navnlig bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 19.1.2016, Görmüş m.fl. mod Tyrkiet (CE:ECHR:2016:0119JUD004908507, § 32).

25 – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.1.2013, Ashby Donald m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 34).

26 – En tilbundsgående analyse af denne problematik er foretaget af S. Peers i S. Peers, m.fl. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 1515-1521.

49. Det følger heraf, at beskyttelsen af fortroligheden af visse oplysninger med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed er en lovlig begrundelse for indskrænkning af ytringsfriheden, både i henhold til EMRK og til chartret. Imidlertid vedrører tvisten i hovedsagen ikke beskyttelse af de pågældende dokumenter som fortrolige oplysninger, men som genstande for ophavsret. For selv om det eneste formål med søgsmålet mod Funke Medien var at beskytte de fortrolige oplysninger, der er indeholdt i de pågældende dokumenter, fandt Forbundsrepublikken Tyskland ifølge den udtrykkelige erklæring i retsmødet fra den tyske regerings repræsentant ikke, at den trussel mod statens sikkerhed, der hidrørte fra offentliggørelsen heraf, var så alvorlig, at det kunne begrunde en krænkelse af ytrings- og pressefriheden. I stedet for at indlede en strafforfølgning for offentliggørelse af fortrolige oplysninger har denne medlemsstat således benyttet et »usædvanligt retsmiddel«, nemlig beskyttelsen af sin ophavsret til disse dokumenter.

50. Det bør derfor afgøres, om beskyttelsen af denne ophavsret kan begrunde indskrænkningen af ytringsfriheden i lyset af EMRK's artikel 10 og chartrets artikel 11.

*Statens ophavsret til militærrapporter som begrundelse for indskrænkning af ytringsfriheden*

51. Udøvelse af ophavsretten som en subjektiv rettighed er normalt ikke af almen interesse. En indehaver, som påberåber sig sin ophavsret, gør det ikke i almenhedens interesse, men i sin egen. Når ophavsretten kan begrunde en indskrænkning af de grundlæggende rettigheder som ytringsfriheden, er det derfor af hensyn til beskyttelsen af andres rettigheder, en begrundelse for indskrænkning, der er fastsat både i EMRK's artikel 10, stk. 2, og i chartrets artikel 52, stk. 1 [27].

52. Disse andres rettigheder omfatter først og fremmest de rettigheder og frihedsrettigheder, der er sikret ved EMRK og chartret. En sådan situation med konflikt mellem forskellige grundlæggende rettigheder kræver en afvejning [28]. Ophavsret skal som en intellektuel ejendomsret med henblik på denne beskyttelse ligestilles med ejendomsretten, der er sikret i henhold til artikel 1 i den første tillægsprotokol til EMRK og chartrets artikel 17 [29]. Domstolen har flere gange anerkendt behovet for at sikre den rette afvejning mellem den intellektuelle ejendomsret, herunder ophavsretten, og andre grundlæggende rettigheder, som sikres ved chartret [30].

53. Imidlertid kan dette ræsonnement efter min opfattelse ikke anvendes i den konkrete situation, hvor indehaveren af ophavsretten er en medlemsstat, som det er tilfældet i den foreliggende sag. Medlemsstaterne og de stater, der er part i EMRK, er ikke begunstigede i forhold til de grundlæggende rettigheder, men forpligtede. De har pligt til at overholde og beskytte disse rettigheder ikke for sig selv, men for borgerne. For mod hvem skulle staterne beskytte deres grundlæggende rettigheder? Naturligvis ikke mod sig selv, men altså mod borgerne. Dette ville være i strid med selve logikken bag de grundlæggende rettigheder, således som den har været formuleret siden erklæringen om menneskets og borgerens rettigheder fra 1789, som ikke er at beskytte statsmagten mod borgeren, men at beskytte borgeren mod statsmagten.

54. Jeg mener naturligvis ikke, at staten ikke kan have en *civilretlig* ejendomsret, herunder en intellektuel ejendomsret. Staten kan derimod ikke påberåbe sig den *grundlæggende* ret til ejendom med henblik på at indskrænke en anden grundlæggende rettighed, som garanteres ved EMRK eller chartret.

27 – Chartret taler nærmere bestemt om »andres rettigheder og friheder«, mens EMRK udelukkende henviser til »andres rettigheder«. Jeg mener imidlertid, at disse begreber svarer til hinanden.

28 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.1.2013, Ashby Donald m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40). Jf. også S. Peers, op.cit., s. 1475.

29 – I chartrets artikel 17 nævnes udtrykkeligt intellektuel ejendomsret i artiklens stk. 2.

30 – Jf., som et nyere eksempel, dom af 15.9.2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, præmis 82-84).

55. Selv hvis man antog, at andres rettigheder, jf. EMRK's artikel 10, stk. 2, og chartrets artikel 52, stk. 1, som en mulig begrundelse for indskrænkning af ytringsfriheden ikke kun omfatter de rettigheder, der beskyttes i disse instrumenter, men også andre rettigheder, mener jeg af de samme grunde som dem, der er anført ovenfor, ikke, at denne begrundelse kan baseres på statens egne rettigheder. Hvis staten således kunne påberåbe sig sine særlige rettigheder ud over almenhedens interesse med henblik på at indskrænke de grundlæggende rettigheder, ville dette medføre en ophævelse af de sidstnævnte.

56. Den eneste grund, som en medlemsstat kan påberåbe sig for at begrunde en indskrænkning af en grundlæggende rettighed, der er sikret ved EMRK eller chartret, er almenhedens interesse. Som nævnt ovenfor var Forbundsrepublikken Tyskland i den foreliggende sag dog af den opfattelse, at den indskrænkning af ytrings- og pressefriheden, som ville følge af en retsforfølgning af Funke Medien for offentliggørelsen af de omtvistede dokumenter i hovedsagen, ikke ville stå i et rimeligt forhold til almenhedens interesse i at beskytte de nævnte dokumenters fortrolige karakter. I en sådan situation kan medlemsstaten ikke påberåbe sig sin ophavsret i stedet for almenhedens interesse.

57. Selv om man overvandt dette problem, f.eks. ved at antage, at det er i almenhedens interesse at beskytte statens ophavsret, hvilket efter min opfattelse er tvivlsomt, kræver såvel EMRK's artikel 10, stk. 2, som chartrets artikel 52, stk. 1, at indskrænkningerne af ytringsfriheden er nødvendige [31]. Denne betingelse er dog efter min mening ikke opfyldt i den foreliggende sag.

*Behovet for ophavsretlig beskyttelse af militærrapporter*

58. Ophavsret har to primære formål. Det første er at beskytte den personlige forbindelse, der knytter ophavsmanden til hans værk som hans intellektuelle frembringelse og derfor til en vis grad afspejler hans personlighed. Det drejer sig primært om området for ideelle rettigheder. Det andet formål er at gøre det muligt for ophavsmændene at udnytte deres værker økonomisk og dermed skabe en indtægt af deres kreative indsats. Det drejer sig om området for økonomiske rettigheder, som er genstand for harmonisering i EU-retten. For at en indskrænkning af ytringsfriheden, der følger af ophavsretten, kan betegnes som nødvendig, skal den opfylde mindst et af disse to formål. Det forekommer mig imidlertid, at den ophavsretlige beskyttelse af militærrapporter som de i hovedsagen omhandlede ikke opfylder nogen af dem.

59. Hvad for det første angår beskyttelsen af ophavsmandens forbindelse til sit værk skal det bemærkes, at selv om Forbundsrepublikken Tyskland ved en slags juridisk fiktion kan være indehaver af ophavsretten til de omhandlede dokumenter, er den af indlysende grunde bestemt ikke ophavsmanden dertil. Den reelle redaktør eller mere sandsynligt de reelle redaktører er helt anonym(e), da de pågældende dokumenter udarbejdes løbende og som alle officielle dokumenter skal gennem en hierarkisk kontrol. Disse redaktører udarbejder ikke dokumenterne eller dele heraf i forbindelse med en personlig kreativ aktivitet, men derimod som led i deres faglige forpligtelser som embedsmænd eller officerer [32]. Der er derfor strengt taget ikke tale om en egentlig ophavsmand til disse dokumenter i denne terms betydning i ophavsretten, og der kan derfor heller ikke være tale om beskyttelse af vedkommendes forbindelse til værket.

31 – I konventionen er der tilføjet »i et demokratisk samfund«, hvilket formentlig tages for givet i chartret. Jeg diskuterer ikke her kravet om indskrænkningernes lovlige karakter, da beskyttelse af ophavsretten ubestrideligt følger af loven.

32 – Jf. også mine bemærkninger om disse dokumenters karakter af værk i afsnittet om formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål i dette forslag til afgørelse.

60. Det er rigtigt, således som det bekræftes i 19. betragtning til direktiv 2001/29, at droit moral ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde og heller ikke af EU-retten generelt. Alligevel har ophavsrettigheder, både ideelle og økonomiske, deres oprindelse og berettigelse i den særlige forbindelse mellem ophavsmanden og hans værk. Så når der ikke er nogen ophavsmand, er der heller ingen ophavsrettigheder, hverken ideelle eller økonomiske.

61. Hvad for det andet angår den økonomiske udnyttelse har det vist sig, at det eneste formål med de foranstaltninger, som Forbundsrepublikken Tyskland traf i hovedsagen, var at beskytte den fortrolige karakter, ikke af de omhandlede dokumenter som helhed, idet en version heraf blev offentliggjort i form af UdÖ-rapporter, men udelukkende af visse oplysninger, der blev anset for at være følsomme. Dette ligger imidlertid helt uden for ophavsrettens formål. Ophavsretten udnyttes derfor her til at forfølge formål, som ligger helt uden for den.

62. Da Forbundsrepublikken Tyskland således var af den opfattelse, at hensynet til beskyttelsen af de pågældende dokumenter som fortrolige oplysninger ikke berettigede den deraf følgende indskrænkning af ytringsfriheden, besluttede den at forsøge at opnå samme resultat ved at påberåbe sig ophavsretten til disse dokumenter, selv om ophavsretten forfølger helt andre formål, og det ikke engang er fastslået, at disse dokumenter er værker som omhandlet i denne lovgivning.

63. Jeg mener ikke, at en sådan praksis kan accepteres.

64. Den indskrænkning af ytringsfriheden, der ville følge af den ophavsretlige beskyttelse af de omhandlede dokumenter, er da heller ikke blot unødvendig i et demokratisk samfund, men ville være stærkt skadelig for samfundet. En af de vigtigste funktioner for ytringsfriheden og mediefriheden, der er et element heri, og som er udtrykkeligt nævnt i chartrets artikel 11, stk. 2, er borgernes kontrol med magthaverne, et helt nødvendigt element i ethvert demokratisk samfund. Denne kontrol kan bl.a. finde sted gennem offentliggørelse af visse oplysninger eller dokumenter, hvis indhold eller eksistens (eller endog manglende eksistens) magthaverne ønsker at holde skjult. Visse oplysninger skal naturligvis forblive hemmelige, selv i et demokratisk samfund, hvis offentliggørelsen heraf ville udgøre en trussel for statens væsentlige interesser og som følge heraf for selve samfundet. De skal derfor klassificeres og beskyttes efter dertil fastlagte procedurer, som anvendes under retsligt tilsyn. Uden for disse procedurer, eller hvis staten selv giver afkald på at anvende dem, kan det dog ikke tillades, at den gør sin ophavsret til et hvilket som helst dokument gældende med henblik på at forhindre, at dens virksomhed kontrolleres.

*Konklusion på denne del*

65. Sammenfattende henhører en eventuel ophavsretlig beskyttelse af de dokumenter, der er omtvistet i hovedsagen, ikke under den grundlæggende ret til intellektuel ejendomsret og skal derfor udelukkende analyseres som en indskrænkning af ytringsfriheden som omhandlet i chartrets artikel 11. Denne indskrænkning er imidlertid ikke nødvendig og tilgodeser faktisk ingen almen interesse og intet behov for beskyttelse af andres rettigheder som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1.

66. Jeg foreslår derfor, at Domstolen, såfremt den beslutter at foretage en tilbundsgående analyse af de præjudicielle spørgsmål i denne sag, svarer, at chartrets artikel 11, sammenholdt med dets artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig ophavsret i henhold til artikel 2, litra a), og artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 med henblik på – i forbindelse med en debat om spørgsmål af almen interesse – at forhindre overføring til almenheden af fortrolige dokumenter, der hidrører fra denne medlemsstat. Denne fortolkning er ikke til hinder for, at denne medlemsstat i overensstemmelse med EU-retten anvender andre bestemmelser i sin nationale ret, herunder bestemmelser vedrørende beskyttelse af fortrolige oplysninger.

### *De præjudicielle spørgsmål*

67. Som jeg anførte i mine indledende bemærkninger, vil jeg foreslå Domstolen at omformulere de præjudicielle spørgsmål med henblik på at foretage en analyse af, om ophavsretten, som den er harmoniseret i EU-retten, kan anvendes på de i hovedsagen omtvistede dokumenter i lyset af ytringsfriheden. Denne analyse og dermed den foreslåede løsning ligger forud for de præjudicielle spørgsmål, således som de er formuleret i forelæggelsesafgørelsen.

68. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører nemlig det spillerum, som medlemsstaterne har med hensyn til gennemførelsen af direktiv 2001/29. Som den forelæggende ret har anført i sin anmodning, er dette spørgsmål stillet i forbindelse med Bundesverfassungsgerichts (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager) retspraksis. I de tilfælde, hvor medlemsstaterne har et vist spillerum ved anvendelsen af EU-retten, skal anvendelsen ifølge denne retspraksis vurderes i lyset af de grundlæggende rettigheder, således som de kommer til udtryk i den tyske forfatning, mens det i mangel af et sådant spillerum alene er chartret, der er relevant som referencepunkt. Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager) har udviklet denne retspraksis i overensstemmelse med Domstolens praksis [33]. Den besvarelse, som jeg vil foreslå at give, følger dog i sin helhed af forholdet mellem bestemmelserne i EU-retten, dvs. direktiv 2001/29 og chartret, uden at det er nødvendigt at analysere medlemsstaternes spillerum.

69. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det er muligt (eller nødvendigt) at tage hensyn til ytringsfriheden med henblik på fortolkningen af de undtagelser til ophavsretten, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 2001/29. Domstolen har ganske vist i dommen i sagen Deckmyn og Vrijheidsfonds [34] anbefalet en sådan hensyntagen. Situationen i denne sag var imidlertid anderledes end i nærværende sag. Løsningen i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Deckmyn og Vrijheidsfonds, var baseret på den antagelse, at den pågældende undtagelse (parodi) kunne anvendes i den foreliggende sag [35]. Spørgsmålet var, om man kunne *undlade* at anvende den, fordi de pågældende ophavsretshaveres legitime interesser var i strid med denne anvendelse [36].

70. I denne sag synes den forelæggende ret at foreslå en bred fortolkning, der er påvirket af ytringsfriheden, af selve omfanget af og betingelserne for anvendelsen af de undtagelser, der kan komme på tale. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at den ophavsretlige beskyttelse i en specifik konfiguration som den i hovedsagen omhandlede skal afslås uanset den eventuelle anvendelse af en undtagelse.

71. Med sit tredje præjudicielle spørgsmål opfordrer den forelæggende ret Domstolen til at overveje muligheden for at anvende andre undtagelser eller indskrænkninger end dem, der er fastsat i direktiv 2001/29, på ophavsretten under henvisning til beskyttelsen af ytringsfriheden. Den besvarelse, som jeg vil foreslå, kan forekomme at være positiv over for det forslag, der er fremført i dette præjudicielle spørgsmål. Der er dog en væsentlig forskel mellem den forelæggende rets tilgang og den, som jeg vil foreslå at anlægge i dette forslag til afgørelse. En ting er nemlig at give ytringsfriheden forrang over ophavsretten i en konkret og meget speciel situation, noget andet er at indføre undtagelser og indskrænkninger, der i kraft af deres natur skal anvendes generelt, i det harmoniserede ophavsretssystem uden for de positive EU-retlige bestemmelser, der regulerer dette område.

33 – Navnlig dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 29).

34 – Dom af 3.9.2014 (C-201/13, EU:C:2014:2132, domskonklusionens punkt 2, stk. 2).

35 – »[S]åfremt den i hovedsagen omhandlede tegning har de væsentligste kendetegn for en parodi […]« (dom af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 2, tredje afsnit, i domskonklusionen).

36 – Dom af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, præmis 30-32).

72. Af disse grunde foreslår jeg, at Domstolen ikke foretager en detaljeret analyse af de præjudicielle spørgsmål. De samme spørgsmål er desuden blevet stillet i to andre sager, som jeg allerede har nævnt, og Domstolen vil derfor få mulighed for at besvare dem dér. Disse to andre sager vedrører typiske situationer for anvendelse af ophavsretten, hvor analysen af disse spørgsmål vil være nyttig.

## Forslag til afgørelse

73. Under hensyntagen til det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen afviser de præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) i denne sag, eller besvarer disse spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 11 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, sammenholdt med chartrets artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig sin ophavsret i henhold til artikel 2, litra a), og artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet for at forhindre overføring til almenheden i forbindelse med en debat om spørgsmål af almen interesse af fortrolige dokumenter, der hidrører fra denne medlemsstat. Denne fortolkning er ikke til hinder for, at medlemsstaten i overensstemmelse med EU-retten anvender andre bestemmelser i national ret, herunder bestemmelser vedrørende beskyttelse af fortrolige oplysninger.«