Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 9. januar 2014[1]

Sag C-435/12

ACI Adam BV,
Alpha International BV,
AVC Nederland BV,
BAS Computers & Componenten BV,
Despec BV,
Dexxon Data Media and Storage BV,
Fuji Magnetics Nederland,
Imation Europe BV,
Maxell Benelux BV,
Philips Consumer Electronics BV,
Sony Benelux BV,
Verbatim GmbH
mod
Stichting de Thuiskopie,
Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene))

»Intellektuel ejendomsret — ophavsret og beslægtede rettigheder — direktiv 2001/29/EF — harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet — eneret til reproduktion — artikel 5, stk. 2, litra b) — artikel 5, stk. 5 — undtagelser og indskrænkninger — undtagelsen om privatkopiering — anvendelsesområde — reproduktion fra en ulovlig kilde — afgift for privatkopiering — direktiv 2004/48/EF — håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder — artikel 14 — sagsomkostninger — anvendelsesområde«

1. Domstolen er i denne sag blevet forelagt en ny række præjudicielle spørgsmål, der primært vedrører fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet[2] og nærmere bestemt dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), som giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte en undtagelse til den eneret til reproduktion, der tilkommer indehavere af ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder[3], i form af privatkopiering.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 167, s. 10. Jf. bl.a. dom af 21.10.2010, sag C-467/08, Padawan, Sml. I, s. 10055, af 16.6.2011, sag C-462/09, Stichting de Thuiskopie, Sml. I, s. 5331, af 9.2.2012, sag C-277/10, Luksan, af 26.4.2012, sag C-510/10, DR og TV2 Danmark, og af 27.6.2013, forenede sager C-457/11 – C-460/11, VG Wort m.fl.

3 — Herefter »rettighedshaverne«.

2. Det hovedspørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt som præjudicielt spørgsmål, vedrører nærmere bestemt spørgsmålet om, hvorvidt undtagelsen om privatkopiering kun finder anvendelse på de reproduktioner, der fremstilles fra en lovlig kilde, og endvidere om afgiften for privatkopiering kun kan beregnes og opkræves under hensyn til de reproduktioner, der er fremstillet fra lovlige kilder [4].

3. Der er således tale om et spørgsmål om fortolkningen af direktiv 2001/29 [5], der er rejst ved flere nationale retter, og som i en række medlemsstater er blevet besvaret af den nationale lovgiver [6] eller de nationale retter [7], men som Domstolen endnu ikke har taget stilling til [8], og som fortsat er omstridt i litteraturen [9], hvorfor det påkalder sig væsentlig interesse.

4. Denne interesse forstærkes af den omstændighed, at visse parter i hovedsagen samt en del af litteraturen fremstiller undtagelsen om privatkopiering som et middel til at yde kompensation til rettighedshaverne for den skade, som de har lidt som følge af den uautoriserede spredning af beskyttede værker og frembringelser på internettet, i det mindste i de tilfælde, hvor der ikke er tilstrækkelige tekniske midler til rådighed til effektivt at forhindre »piratkopiering«.

4 — Det bemærkes i denne henseende, at Domstolen i to andre sager, der i øjeblikket verserer, er blevet forelagt næsten de samme spørgsmål, nemlig det andet præjudicielle spørgsmål i sagen UPC Telekabel Wien (sag C-314/12) og det første præjudicielle spørgsmål [litra f)], der er forelagt i Copydan Båndkopi-sagen (sag C-463/12). I den første sag fremsatte jeg mit forslag til afgørelse den 26.11.2013, hvori jeg fandt, at det ikke var nødvendigt at besvare dette spørgsmål, for at den forelæggende ret kunne løse tvisten i hovedsagen. Der afholdes i øvrigt retsmøde i den anden sag den 16.2.2014, idet mit forslag til afgørelse i den sag vil blive fremsat efterfølgende.

5 — Dette spørgsmål er også rejst uden for Den Europæiske Union. Jf. f.eks. dom af 31.3.2004 afsagt af Federal Court of Canada i sagen BMG Canada inc mod Doe, 2004 FC 488, 2004 3 FCR 241, hvorved det blev fastslået, at undtagelsen om privat brug fandt anvendelse på udveksling af filer over internettet og nærmere bestemt på downloading af værker på peer-to-peer hjemmesider. Federal Appeal Court of Canada underkendte imidlertid afgørelsen ved dom af 19.5.2005 i sagen BMG Canada inc mod Doe, 2005 FCA 193, [2005] 4 RCF 81, præmis 50-52.

6 — I visse medlemsstater (Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Spanien, Den Italienske Republik, Den Portugisiske Republik, Republikken Finland og Kongeriget Sverige) indebærer den lov, der gennemfører direktiv 2001/29, at undtagelsen om privatkopiering ikke kan finde anvendelse på reproduktioner, der er fremstillet fra ulovlige kilder. Jf. G. Westkamp, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, del II, februar 2007 (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf), Commission Staff Working Document, Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Application of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 30.11.2007, SEC(2007) 1556. I Irland og Det Forenede Kongerige findes undtagelsen om privatkopiering ikke. Hvad angår situationen i Det Forenede Kongerige, jf. P.L.C. Torremans, L'exception de copie privée au Royaume-Uni, i A. Lucas, P. Sirinelli, og A. Bensamoun, *Les exceptions au droit d'auteur – États des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, s. 95.

7 — Hvad angår Frankrig, jf. bl.a. Conseil d'Etats dom af 11.7.2008, sag nr. 298779, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels, ECLI:FR:CESSR:2008:298779 20080711, RIDA, juli 2008, nr. 217, s. 279. Hvad angår virkningerne af denne dom, jf. P. Sirinelli, *Chronique de jurisprudence*, RIDA, januar 2013, nr. 235, s. 275. For en gennemgang af praksis fra de civile domstole, jf. L. Thoumyre, Peer-to-peer: l'exception pour copie privée s'applique bien au téléchargement, *Revue Lam de l'immatériel*, juli-august 2005, s. 23.

8 — Jf. dog punkt 78 i generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse af 11.5.2010 i den sag, der gav anledning til Padawan-dommen.

9 — For et overblik over synspunkter og argumenter, jf. bl.a. C. Colin, Étude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet, rapport af 16.9.2011, *Rapport pour la SACD/SCAM – Belgique*, CRIDS (http://www.crids.eu/recherche/publications/textes/synthese-sacd-scam.pdf/at_download/file), og K. More, *Les dérogations au droit d'auteur – L'exception de copie privée*, Presses universitaires de Rennes, 2009, s. 101.

I – Retsforskrifter

A – *International ret*

5. Tre internationale konventioner er relevante for løsningen af tvisten i hovedsagen. Den første konvention, der tillige er den mest relevante, er Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886, som senest ændret ved Parisakten af 24. juli 1971, som ændret den 28. juli 1979 (herefter »Bernerkonventionen«) [10] [11].

6. De to øvrige er dels aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, der udgør bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (WTO), undertegnet i Marrakech og godkendt ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22. december 1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguayrundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence [12], dels Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsrets traktat om ophavsret (WCT), der blev vedtaget i Genève den 20. december 1996 og godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16. marts 2000 om godkendelse af WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer [13], hvis bestemmelser henviser til Bernerkonventionen [14].

B – *EU-retten*

7. Den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkningen af dels artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 og direktivets artikel 5, stk. 5 [15], dels Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder [16] og navnlig dette direktivs artikel 14. I det følgende gennemgås de relevante bestemmelser, hvor dette er nødvendigt for fremstillingen.

C – *Nederlandsk ret*

8. Artikel 1 i den nederlandske ophavsretslov giver frembringeren (eller dennes retlige efterfølger) af et litterært, videnskabeligt eller kunstnerisk værk eneretten til bl.a. at reproducere værket, medmindre loven fastsætter indskrænkninger heri. I det foreliggende tilfælde indeholder den nederlandske ophavsretslov bestemmelser, der fastsætter en undtagelse om privatkopiering og bestemmer, at der som modydelse herfor skal betales en rimelig kompensation i form af en afgift for privatkopiering.

10 — De relevante bestemmelser er navnlig konventionens artikel 9, stk. 1 og 2, der fastlægger indholdet af den eneret til reproduktion, der tilkommer ophavsmænd til beskyttede litterære og kunstneriske værker, og indskrænkninger i denne eneret.

11 — I henhold til artikel 5, stk. 1, litra b), i protokol 28 om intellektuel ejendomsret til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2.5.1992 (EFT 1994 L 1, s. 3, herefter »EØS-aftalen«) skal de kontraherende parter træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at tiltræde Bernerkonventionen inden den 1.1.1995. Jf. endvidere punkt 1 i Rådets resolution af 14.5.1992 om forbedring af beskyttelsen af ophavsret og beslægtede rettigheder (EFT 1992 C 138, s. 1). Hvad angår Domstolens konstatering af, at denne forpligtelse var blevet tilsidesat, jf. Domstolens dom af 19.3.2002, sag C-13/00, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 2943).

12 — EFT L 336, s. 1, herefter »TRIPs-aftalen«.

13 — EFT L 89, s. 6, herefter »WCT«.

14 — TRIPs-aftalens artikel 9, stk. 1, indeholder en henvisning til Bernerkonventionen, og TRIPs-aftalens artikel 13 gengiver i det væsentlige ordlyden af Bernerkonventionens artikel 9. WCT's artikel 1, stk. 4, indeholder også en henvisning til Bernerkonventionen, og WCT's artikel 10 gengiver endvidere i det væsentlige Bernerkonventionens artikel 9. Jf. desuden de fælles erklæringer, der blev vedtaget på diplomatkonferencen den 20.12.1996, og som indgår som bilag til WCT.

15 — Disse bestemmelser skal sammenholdes med bl.a. 21., 22., 32., 38., 39., 44. og 52. betragtning til nævnte direktiv.

16 — EUT L 157, s. 45, berigtiget i EUT L 195, s. 16, og EUT 2007 L 204, s. 27.

9. Den nederlandske ophavsretslovs artikel 16c, stk. 1, der gennemfører artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, har følgende ordlyd:

»Fuldstændig eller delvis reproduktion af et litterært, videnskabeligt eller kunstnerisk værk betragtes ikke som en krænkelse af ophavsretten til værket, når værket reproduceres på et medium, der er bestemt til at gengive et værk, og når reproduktionen sker uden direkte eller indirekte kommercielle formål, men udelukkende til øvelses-, studie- eller anden brug for den fysiske person, der har foretaget reproduktionen.«

10. Den nederlandske ophavsretslovs artikel 16c, stk. 2, bestemmer:

»For den i [artikel 16c, stk. 1] omhandlede reproduktion skal der til ophavsmanden eller dennes retlige efterfølger erlægges en rimelig kompensation. Kompensationens betaling påhviler fabrikanten eller importøren af de i stk. 1 omhandlede medier.«

11. Den nederlandske retsplejelovs artikel 1019h, der gennemfører artikel 14 i direktiv 2004/48, bestemmer:

»Uanset første bog, andet kapitel, tolvte afdeling, andet afsnit, og artikel 843a, stk. 1, pålægges det, for så vidt som dette måtte anses for nødvendigt, den part, der har tabt sagen, at betale rimelige og forholdsmæssigt afpassede sagsomkostninger og andre udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, medmindre billighedshensyn taler imod dette.«

II – De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen

12. De sagsøgte i hovedsagen er organisationen Stichting de Thuiskopie, der har til opgave at opkræve afgifter for privatkopiering i henhold til den nederlandske ophavsretslovs artikel 16c, stk. 2, og fordele kompensationer, og organisationen Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding [17], der har til opgave at fastsætte størrelsen på den afgift, der skal betales for privatkopiering.

13. De selskaber, der er sagsøgere i hovedsagen, er importører og/eller fabrikanter af medier, der er bestemt til reproduktion af værker som omhandlet i den nederlandske ophavsretslovs artikel 16c, stk. 1, og som i denne egenskab har pligt til at betale afgiften for privatkopiering.

14. Da de nævnte sagsøgere i hovedsagen var af den opfattelse, at afgiften for privatkopiering udelukkende har til formål at yde kompensation for den skade, som rettighedshaveren lider ved reproduktioner, der er omfattet af den nederlandske ophavsretslovs artikel 16c, stk. 1, anlagde de sag mod Stichting de Thuiskopie og SONT ved Rechtbank te 's-Gravenhage med påstand om, at der ved beregningen størrelsen af afgiften for privatkopiering ikke skal tages hensyn til den skade, som følger af kopiering fra en ulovlig kilde under tilsidesættelse af ophavsretten.

15. Rechtbank te 's-Gravenhage gav ved dom af 25. juni 2008 [18] ikke sagsøgerne i hovedsagen medhold i den påstand, de havde nedlagt.

16. Der blev iværksat appel ved Gerechtshof te 's-Gravenhage, som den 15. november 2010 [19] heller ikke gav medhold i denne påstand, idet retten fastslog, at den rimelige kompensation i den nederlandske ophavsretslov artikel 16c havde til formål at yde kompensation for den skade, som rettighedshaverne lider ved fremstillingen af de reproduktioner, der er omfattet af den nævnte bestemmelse.

17 — Herefter »SONT«.

18 — Sag 246698/HA ZA 05-2233, LJN BD5690.

19 — Sag 200 018 226/01, LJN BO3982.

17. Det bemærkes, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Gerechtshof te 's-Gravenhage fastslog, at der hverken i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 eller i den nederlandske ophavsretslov artikel 16c foretages en sondring mellem de kilder, der reproduceres fra. Det følger imidlertid af forarbejderne til den nederlandske ophavsretslov, at denne lovs artikel 16c skal fortolkes således, at den tillader reproduktion fra en ulovlig kilde så længe, der ikke findes tekniske midler, som gør det muligt at forhindre ulovlig privatkopiering. Det blev nemlig fastslået, at en ordning, der ikke indebærer et forbud mod at reproducere fra en ulovlig kilde, og som samtidig medfører, at der i forbindelse med disse reproduktioner skal opkræves en afgift for privatkopiering, sikrer en bedre beskyttelse af rettighedshavernes interesser uden at påføre dem en urimelig skade i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29.

18. Sagsøgerne i hovedsagen har iværksat kassationsanke til prøvelse af Gerechtshof te 's-Gravenhages dom ved Hoge Rad der Nederlanden. Stichting de Thuiskopie har endvidere iværksat kassationskontraanke ved Hoge Raad der Nederlanden.

III – De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

19. På den baggrund har Hoge Raad der Nederlanden besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende tre præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal [...] artikel 5, stk. 2, litra b), [i direktiv 2001/29] – alene eller i forbindelse med dets artikel 5, stk. 5, – fortolkes således, at den dér omhandlede indskrænkning af ophavsretten gælder for reproduktioner, der opfylder de krav, der omhandles i bestemmelsen, uden hensyn til, om de eksemplarer af det værk, som reproduktionerne er fremstillet af, er erhvervet retmæssigt – dvs. uden krænkelse af den berettigedes ophavsrettigheder – af den pågældende fysiske person, eller gælder indskrænkningen kun for reproduktioner, som er fremstillet af eksemplarer, som den pågældende person har erhvervet uden krænkelse af ophavsretten?

2) a) Såfremt besvarelsen af spørgsmål 1 lyder som anført i slutningen af spørgsmålet, kan anvendelsen af »tretrins[testen]« i [...] artikel 5, stk. 5, [i direktiv 2001/29] da give anledning til at udvide anvendelsesområdet for indskrænkningen i henhold til artikel 5, stk. 2, eller kan anvendelsen kun føre til, at indskrænkningens rækkevidde begrænses?

2) b) Såfremt besvarelsen af spørgsmål 1 lyder som anført i slutningen af spørgsmålet, er det da i strid med [...] artikel 5 [i direktiv 2001/29] eller med andre EU-retlige regler, såfremt det af en regel i national ret følger, at der skal ydes en rimelig kompensation for reproduktioner, som en fysisk person har fremstilet til privat brug uden noget direkte eller indirekte kommercielt formål, uden hensyn til, om fremstillingen af reproduktionerne er tilladt i henhold til [...] artikel 5, stk. 2, [i direktiv 2001/29], og uden at denne regel krænker rettighedshaverens forbudsret og dennes ret til skadeserstatning?

Er det i lyset af »tretrins[testen]« i [...] artikel 5, stk. 5, [i direktiv 2001/29] af betydning for besvarelsen af dette spørgsmål, at der (endnu) ikke er tekniske midler til rådighed til at forhindre privatkopiering uden tilladelse?

3) Finder direktiv 2004/48 anvendelse på en tvist som den foreliggende, i hvilken – efter at en medlemsstat i medfør af [...] artikel 5, stk. 2, litra b), [i direktiv 2001/29] har forpligtet fabrikanter og importører af medier, der er egnet og bestemt til reproduktion af værker, til at indbetale den rimelige kompensation, der omhandles i bestemmelsen, til en organisation, som denne medlemsstat har udpeget til at indkræve og fordele kompensationen – de til betaling forpligtede personer har nedlagt påstand om, at retten tilpligter den omhandlede organisation, der har taget til genmæle, at anerkende visse omstridte omstændigheder, der har betydning for fastsættelsen af den rimelige kompensation?«

20. Sagsøgerne i hovedsagen, Stichting de Thuiskopie, den nederlandske, den italienske, den litauiske, og den østrigske regering samt Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg.

21. Sagsøgerne i hovedsagen, Stichting de Thuiskopie samt den spanske og den nederlandske regering har fremsat mundtlige bemærkninger under det offentlige retsmøde, der blev afholdt den 9. oktober 2013.

IV – Indledende bemærkninger

22. Den forelæggende rets første og andet spørgsmål, der er tæt forbundet[20], indeholder reelt flere spørgsmål, som giver anledning til at fremsætte nogle indledende bemærkninger, og som med fordel kan omformuleres og opdeles.

23. Hoge Raad der Nederlanden har med det første spørgsmål forelagt Domstolen et spørgsmål om fortolkningen af direktiv 2001/29. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige oplyst, om undtagelsen om privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 finder anvendelse på alle reproduktioner, uanset om de er fremstillet fra en lovlig kilde eller ej (det første fortolkningsalternativ), eller om denne undtagelse tværtimod kun finder anvendelse på de reproduktioner, der er fremstillet fra lovlige kilder (det andet fortolkningsalternativ). Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, hvilken betydning artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 har for fortolkningen af direktivets artikel 5, stk. 2, litra b).

24. Den forelæggende ret har endvidere med det andet præjudicielle spørgsmål forelagt to subsidiære spørgsmål, for så vidt som Domstolen måtte fortolke artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 således, at dette direktiv kun finder anvendelse på reproduktioner, der er fremstillet fra lovlige kilder (det andet fortolkningsalternativ).

25. Den forelæggende ret ønsker for det første [det andet spørgsmål, litra a)] oplyst, om artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, der fastsætter »tretrinstesten«, kan give anledning til at udvide rækkevidden af undtagelsen om privatkopiering i dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), eller om den tværtimod kun kan føre til en begrænsning af denne undtagelse.

26. Den forelæggende ret ønsker endvidere i det væsentlige [det andet spørgsmål, litra b)] oplyst, om en national bestemmelse, der indebærer, at der skal ydes en rimelig kompensation for reproduktioner, som en fysisk person har fremstillet til privat brug uden noget direkte eller indirekte kommercielt formål, uden hensyn til, om fremstillingen af reproduktionerne er tilladt, er forenelig med EU-retten, direktiv 2001/29 eller andre retsregler.

27. Af grunde, som jeg vil redegøre nærmere for i det følgende, kan det første spørgsmål og det andet spørgsmål, litra a), imidlertid kun behandles samlet, idet bestemmelserne i artikel 5, stk. 2, litra b), og artikel 5 i direktiv 2001/29 formelt set er uløseligt forbundet og kun kan læses i sammenhæng og undergives en dynamisk fortolkning.

28. Jeg vil derfor begynde med at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt artikel 5 i direktiv 2001/29 i sin helhed kan fortolkes således, at afgiften for privatkopiering kan opkræves for reproduktioner, der er fremstillet fra ulovlige kilder, dvs. fra kilder, der ikke er fremstillet, udbredt eller gjort tilgængelige for offentligheden med tilladelse fra indehaverne af eneretten til reproduktion [det første spørgsmål og det andet spørgsmål, litra a)].

20 — Den forelæggende ret har angivet, at besvarelsen af det andet spørgsmål er subsidiær og afhænger af besvarelsen af det første spørgsmål.

29. Da dette spørgsmål efter min opfattelse bør besvares benægtende, vil jeg derefter foretage en meget hurtig undersøgelse af spørgsmålet, om artikel 5 i direktiv 2001/29 kan fortolkes således, at en medlemsstat *dog*[21] kan beslutte, at der skal opkræves afgift for privatkopiering, når der fremstilles reproduktioner fra ulovlige kilder. Svaret på dette andet spørgsmål kan nemlig let udledes af de svar, der er givet på det første spørgsmål.

30. Endelig vil jeg give en kortfattet besvarelse af den forelæggende rets tredje spørgsmål om fortolkningen af artikel 14 i direktiv 2004/48.

V – Det første spørgsmål om, hvorvidt afgiften for privatkopiering kan opkræves i forbindelse med reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder [det første spørgsmål og det andet spørgsmål, litra a)]

A – *Sammenfatning af indlæggene*

31. Sagsøgerne i hovedsagen, den spanske, den italienske og den litauiske regering samt Kommissionen er enige om, at undtagelsen om privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i lyset af ordlyden af, ånden bag og formålet med direktiv 2001/29 ikke finder anvendelse på reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder.

32. For det første fremgår en sådan mulighed ikke af artikel 5, stk. 2, litra b), og da denne mulighed udgør en undtagelse til den eneret til reproduktion, der er sikret ved artikel 2 i direktiv 2001/29, skal den, sammenholdt med dette direktivs artikel 5, stk. 5, undergives en streng fortolkning.

33. For det andet er en sådan indskrænkende fortolkning i overensstemmelse med direktiv 2001/29's formål, idet den modsatte løsning ville forstyrre den rimelige balance, der skal opretholdes mellem de forskellige foreliggende rettigheder og interesser. Den rimelige kompensation, der er fastsat i denne bestemmelse, har kun til formål at yde kompensation for den skade, som rettighedshaverne lider »som følge af indførelsen« af undtagelsen om privatkopiering, og ikke for den skade, som rettighedshaverne lider som følge af, at der fremstilles reproduktioner fra ulovlige kilder, og endnu mindre for den skade, der følger af den tidligere udbredelse af ulovlige kopier af deres værker.

34. Selv om Kommissionen i øvrigt har anerkendt, at en sådan indskrænkende fortolkning paradoksalt nok kan vise sig at udgøre en ulempe for rettighedshaverne under visse omstændigheder, er den imidlertid af den opfattelse, at dette forhold ikke kan ændre på denne fortolkning.

35. De sagsøgte i hovedsagen og den nederlandske og den østrigske regering har heroverfor i det væsentlige anført, at hverken ordlyden eller opbygningen af direktiv 2001/29 udelukker, at medlemsstaterne kan anvende undtagelsen om privatkopiering på de reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder, idet en sådan mulighed tværtimod er i overensstemmelse med direktivets formål og gør det muligt at bevare en rimelig balance mellem rettighedshavernes rettigheder og interesser, på den ene side, og brugere af beskyttede værker og frembringelser, på den anden side.

36. De har i denne henseende anført, at der ikke findes tekniske midler, der kan forhindre, at der fremstilles private kopier fra ulovlige kilder, og at opkrævningen af en afgift for privatkopiering i forbindelse med sådanne reproduktioner bidrager til at sikre en normal udnyttelse af de reproducerede værker som omhandlet i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 og dermed udgør det bedste middel til at beskytte rettighedshaverens legitime interesser uden at tilsidesætte tretrinstesten.

21 — Min fremhævelse.

B – *Analyse*

37. Henset til de meget forskellige standpunkter, som sagsøgerne i hovedsagen, medlemsstaterne og Kommissionen har indtaget vedrørende den hovedproblemstilling, som den forelæggende rets to første præjudicielle spørgsmål rejser, skal der indledningsvis redegøres for indholdet af undtagelsen om privatkopiering og den rimelig kompensation, der skal ydes herfor, i henhold til artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29. Fortolkningen af denne bestemmelse er imidlertid uløseligt forbundet med fortolkningen af det nævnte direktivs artikel 5, stk. 5.

1. Undtagelsen om privatkopiering i henhold til direktiv 2001/29

38. Artikel 2 i direktiv 2001/29 pålægger medlemsstaterne for de indehavere af ophavsret og beslægtede rettigheder, som bestemmelsen angiver, at indføre 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 af beskyttede frembringelser, dvs. for så vidt angår deres værker, fonogrammer, film eller udsendelser.

39. Samme direktivs artikel 5, stk. 2, litra b), giver imidlertid medlemsstaterne mulighed for at indføre en undtagelse til den eneret til reproduktion, der er nævnt i artikel 2.

40. Såfremt en medlemsstat indfører undtagelsen om privatkopiering, giver denne undtagelse *fysiske* personer, der ejer værker eller frembringelser, som er beskyttet af ophavsretten eller beslægtede rettigheder, tilladelse til [22] at fremstille en kopi til *privat brug* og til formål, *der hverken direkte eller indirekte er kommercielle* [23]. Undtagelsen om privatkopiering skal typisk gøre det muligt for en person, der erhverver en audio-CD, at fremstille en reproduktion heraf, som den pågældende f.eks. kan lytte til ved hjælp af en digital musikspiller.

41. Undtagelsen om privatkopiering påvirker tilsvarende rettighedshavernes monopol på reproduktion, idet rettighedshaverne påføres en skade, som de anses for at have samtykket i mod betaling af en rimelig kompensation. Denne kompensation skal anses for at udgøre en passende erstatning til rettighedshaverne for den skade, der følger af, at deres beskyttede værker og frembringelser reproduceres [24], snarere end et vederlag.

42. Undtagelsen om privatkopiering udgør endelig i kraft af at være en »erstatningsberettigende undtagelse« en pligt for medlemsstaterne til ikke blot at indføre en rimelig kompensation til rettighedshaverne, men også til at sikre en effektiv opkrævning af denne kompensation [25] og endvidere at foranstalte, at de opkrævede beløb fordeles mellem rettighedshaverne.

43. Denne rimelige kompensation skal betales af den fysiske person, der forvolder en skade hos indehaveren af eneretten til reproduktion ved at fremstille reproduktioner af beskyttede værker eller frembringelser til privat brug og til formål, der ikke er kommercielle, uden at indhente forudgående tilladelse hertil [26]. Af praktiske grunde kan medlemsstaterne imidlertid vælge at opkræve en afgift for privatkopiering hos de personer, der, som sagsøgerne i hovedsagen, stiller de medier til rådighed, som de betalingspligtige fysiske personer anvender til at foretage deres reproduktioner. Den rimelige

22 — I direktiv 2001/29 anvendes udtrykket »ret« til privatkopiering ikke, og derved tages der ikke stilling til den diskussion, der føres i litteraturen om karakteren af undtagelsen om privatkopiering. Jf. bl.a. P. Sirinelli, La reconnaissance d'une garantie d'exception privée, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, oktober 2006, s. 21, jf. ligeledes K. Mores gennemgang, s. 85 ff., der antager, at undtagelsen om privatkopiering skal forstås som en »beskyttet retlig interesse«. Det bemærkes i denne henseende, at direktiv 2001/29 under visse omstændigheder pålægger de medlemsstater, der har valgt at indføre undtagelsen om privatkopiering, inden for en rimelig tid at vedtage foranstaltninger, der gør det muligt for fysiske personer at foretage privatkopiering, jf. 52. betragtning til og artikel 6, stk. 4, i direktiv 2001/29.

23 — Min fremhævelse.

24 — Jf. 35. betragtning til direktiv 2001/29 samt Padawan-dommen, præmis 41 og 42.

25 — Opkrævningspligten udgør en resultatforpligtelse, jf. Stichting de Thuiskopie-dommen, præmis 34.

26 — Jf. Padawan-dommen, præmis 43 og 44.

balance, der skal findes mellem rettighedshavernes interesse og interessen hos brugerne af de beskyttede værker og frembringelser, indebærer imidlertid dels at den reelle byrde ved denne afgift kan væltes over på de nævnte brugere [27], dels at denne afgift kun opkræves for de medier, der stilles til rådighed for disse brugere til deres private brug [28].

44. Inden for en sådan ordning hviler den rimelige kompensation i sidste ende på en antagelse om, at de brugere, der anvender sådanne medier til reproduktion, anvender disse medier til at foretage private kopier af beskyttede værker og fremstillinger.

2. Indledende betragtninger om bestemmelserne i artikel 5, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29

45. Inden jeg giver en konkret besvarelse af de spørgsmål, som denne sag rejser, er det nødvendigt at undersøge forholdet mellem artikel 5, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, idet den forelæggende ret udtrykkeligt ønsker oplyst, om disse bestemmelser skal læses i sammenhæng eller ej.

46. Det nævnte direktivs artikel 5, stk. 5 [29], underlægger indførelsen af de undtagelser, der er nævnt i direktivets artikel 5, stk. 1-4, herunder undtagelsen om privatkopiering i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), tre betingelser, nemlig at denne undtagelse kun anvendes i visse specielle tilfælde, at den ikke må stride mod den normale udnyttelse af værket, og endelig, at den ikke må indebære urimelig skade for ophavsretsindehaverens legitime interesser [30].

47. Anvendelsen af disse tre betingelser, der ikke er nærmere defineret i direktiv 2001/29, skal, som det anføres i 44. betragtning til direktiv 2001/29, ske i overensstemmelse med medlemsstaternes og Unionens internationale forpligtelser og navnlig opfylde de betingelser, der gælder for enhver indskrænkning af ophavsretten i henhold til Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2, der er bedre kendt som »tretrinstesten« [31], som den forelæggende ret har henvist til i sin afgørelse om præjudiciel forelæggelse. Disse betingelser fremgår tillige af TRIPs-aftalens artikel 13 og WCT's artikel 10.

48. I modsætning til, hvad den forelæggende ret synes at foreslå med det første præjudicielle spørgsmål, er der ikke andre muligheder end at foretage en samlet fortolkning af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 og dette direktivs artikel 5, stk. 5. Såfremt den nationale lovgiver indfører undtagelsen om privatkopiering, skal dette under alle omstændigheder ske i overensstemmelse med kravene i nævnte artikel 5, stk. 2, litra b), men en sådan undtagelse skal endvidere samtidig opfylde kravene i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 i overensstemmelse med internationale forpligtelser [32]. Det samme gælder, når de nationale retter anvender undtagelsen om privatkopiering. I modsætning til, hvad den nederlandske regering har hævdet, er artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 ikke kun rettet til den nationale lovgiver.

27 — Ibidem, præmis 46-49.

28 — Ibidem, præmis 51-59.

29 — Jf. endvidere artikel 10, stk. 3, i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19.11.1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT L 346, s. 61), som ændret ved artikel 11, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/29.

30 — Jf. Stichting de Thuiskopie-dommen, præmis 19-21.

31 — Disse betingelser fremgik allerede af Kommissionens forslag, jf. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet af 10.12.1997 (KOM(97) 628 endelig) (EFT 1998 C 108, s. 6) og ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet af 21.5.1999, KOM(1999) 250 endelig (EFT 1999 C 180, s. 6).

32 — Den forbindelse, der består mellem disse bestemmelser, fremgår endvidere af artikel 6, stk. 4, andet afsnit, i direktiv 2001/29 og af 52. betragtning til direktivet.

49. Hvad angår den forelæggende rets andet spørgsmål, litra a), bemærkes, at bestemmelserne i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 ikke kan fortolkes således, at de gør det muligt at udvide rækkevidden af undtagelsen om privatkopiering fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), idet de derimod i givet fald uløseligt indgår i afgrænsningen af det nævnte direktivs anvendelsesområde og rækkevidde.

50. I det foreliggende tilfælde skal de meget klare rammer, der er opstillet for de undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten, der er nævnt i artikel 5 i direktiv 2001/29, i mange henseender forstås som selve gennemførelsen af tretrinstesten [33].

51. Den klare definition af undtagelserne og indskrænkningerne til reproduktionsretten, der fremgår af artikel 5 i direktiv 2001/29, heriblandt undtagelsen om privatkopiering, er således under alle omstændigheder udtryk for en henvisning til første del af »tretrinstesten«, der indebærer, at disse undtagelser og indskrænkninger kun må anvendes i visse specielle tilfælde. Det bemærkes i denne henseende, at den omstændighed, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 indebærer, at retten til privatkopiering kun tilkommer fysiske personer, der handler som privatpersoner og ikke forfølger kommercielle formål, styrker denne betingelse.

52. Ud fra samme synspunkt anføres det endvidere i 38. betragtning til direktiv 2001/29, at selv om medlemsstaterne bør have mulighed for at anvende undtagelsen om privatkopiering mod kompensation for visse former for reproduktion af lyd-, video- og audiovisuelt materiale til privat brug, bør der imidlertid tages passende hensyn til forskellene mellem digital og analog privatkopiering, og der bør i visse henseender skelnes mellem dem, idet digital privatkopiering kan formodes at vinde større udbredelse og få større økonomiske konsekvenser.

53. Undtagelsen om privatkopiering, der ganske givet er et af de »tilfælde«, der udgør en undtagelse til den eneret til reproduktion, der er fastsat i artikel 2 i direktiv 2001/29, skal således udformes af medlemsstaterne og anvendes af de nationale retter under hensyn til de krav, der følger af, at den er begrænset til at finde anvendelse i visse specielle tilfælde [34].

54. Som Domstolen har haft lejlighed til at fastslå, har de medlemsstater, der vælger at indføre undtagelsen om privatkopiering i deres nationale retsorden, endvidere pligt til at fastsætte bestemmelser om udbetaling af en rimelig kompensation til rettighedshaverne. Undtagelsen om privatkopiering kan kun indføres, såfremt der fastsættes bestemmelser om en rimelig kompensation, og såfremt denne faktisk opkræves. Den kompensation, der er nævnt i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, indgår i den tredje del af »tretrinstesten« og vedrører nødvendigheden af, at der ikke forvoldes urimelig skade for ophavsretsindehaverens legitime interesser som nævnt i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 [35].

33 — Jf. i denne retning K. More, s. 48 ff., M. Senftleben, »Ni flexibilité ni sécurité juridique – Les exceptions au regard du triple test«, i A. Lucas, P. Sirinelli og A. Bensamoun, *Les exceptions au droit d'auteur – État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, s. 63.

34 — Jf. i denne retning Y. Gaubiac, La copie privée est-elle un cas spécial, i *Droit et technique, Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Lexis Nexis, 2007, s. 181.

35 — Jf. Stichting de Thuiskopie-dommen, præmis 22.

55. Det bemærkes imidlertid, at direktiv 2001/29 ikke indeholder udtrykkelige henvisninger til den anden betingelse i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, hvorefter undtagelsen til eller indskrænkningen i eneretten til reproduktion ikke må stride mod *den normale udnyttelse* [36] af beskyttede værker eller frembringelser. Den foreliggende sag giver således Domstolen lejlighed til at tage stilling til denne betingelse [37], så vidt muligt under hensyn til international praksis [38].

56. Det er i lyset af ovenstående betragtninger, at der skal gives et konkret svar på den forelæggende rets første spørgsmål.

3. Indskrænkning af anvendelsesområdet for undtagelsen om privatkopiering til området for reproduktion, der er fremstillet fra lovlige kilder

57. Der må tages udgangspunkt i konstateringen af, at artikel 5 i direktiv 2001/29 ikke indeholder udtrykkelige angivelser af, om undtagelsen om privatkopiering finder anvendelse på alle reproduktioner, uanset om disse reproduktioner er fremstillet fra lovlige eller ulovlige kilder, eller om undtagelsen derimod kun finder anvendelse på de reproduktioner, der er fremstillet fra lovlige kilder. Som Domstolen allerede har fastslået indeholder hverken det nævnte direktivs artikel 2 eller direktivets andre bestemmelser en definition af begrebet »reproduktion« [39], der anvendes i direktivets artikel 2, ligesom direktivet ikke indeholder en definition af begreberne »delvis reproduktion« [40], »vederlag« [41], »rimeligt vederlag« [42] eller »rimelig kompensation« [43], der anvendes i direktivets artikel 5, samt begrebet »overføring til almenheden«, der anvendes i direktivets artikel 3, stk. 1 [44], eller af udtrykket »ved hjælp af egne midler«, der anvendes i direktivets artikel 5, stk. 2, litra d) [45].

58. Da disse bestemmelser endvidere ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes lovgivning med henblik på at fastlægge deres betydning og rækkevidde, følger det af såvel kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som lighedsprincippet [46], at dette begreb i hele Unionen skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning [47], som skal søges ikke blot under

36 — Min fremhævelse.

37 — Hvad angår uenigheden om fortolkningen af »tretrinstesten« og navnlig spørgsmålet om, hvorvidt de betingelser, som denne test opstiller, skal anses for kumulative eller ej, hvilket det ikke er nødvendigt at undersøge inden for rammerne af den foreliggende sag, jf. bl.a. M. Ficsor, »Le test des trois étapes: pourquoi on ne signe pas la Déclaration de Munich«, i A. Lucas m.fl. *Les exceptions au droit d'auteur – États des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, s. 55.

38 — Der kan navnlig henvises til rapport af 15.6.2000 fra WTO's specialgruppe »United States – section 110(5) of the US Copyright Act«, WT/DS160/R. Det fremgår af rapporten, navnlig (punkt 6 181), at »undtagelser og indskrænkninger ikke formodes at hindre den normale udnyttelse af værker, såfremt de har en sådan begrænset rækkevidde eller et sådant begrænset omfang, at de ikke konkurrerer med de økonomiske anvendelsesmuligheder, hvor der ikke gælder sådanne undtagelser«. Rapporten nævner bl.a. de forslag, der blev fremsat af den undersøgelsesgruppe, som blev nedsat med henblik på at forberede konferencen om ændring af Bernerkonventionen, der blev afholdt i Stockholm i 1967, og hvoraf følgende fremgår: »Det er i princippet klart, at ophavsmændene bør bevare retten til enhver form for udnyttelse af et værk, der har eller kan få en væsentlig økonomisk eller praktisk betydning. De undtagelser, der indebærer en begrænsning af ophavsmændenes muligheder i sådanne situationer, kan på ingen måde accepteres.«

39 — Jf. dom af 16.7.2009, sag C-5/08, Infopaq International, Sml. I, s. 6569, præmis 31, og af 4.10.2011, forenede sager C-403/08 og C-429/08, Football Association Premier League m.fl., Sml. I, s. 9083, præmis 154.

40 — Jf. Infopaq International-dommen, præmis 27-29 og 31 ff.

41 — Jf. Domstolens dom af 30.6.2011, sag C-271/10, VEWA, Sml. I, s. 5815, præmis 25.

42 — Jf. dom af 6.2.2003, sag C-245/00, SENA, Sml. I, s. 1251, præmis 24.

43 — Jf. Padawan-dommen, præmis 29-32.

44 — Jf. dom af 7.12.2006, sag C-306/05, SGAE, Sml. I, s. 11519, præmis 31 og 33 ff., dommen i sagen Football Association Premier League m.fl., præmis 184, og dom af 24.11.2011, sag C-283/10, Circul Globus Bucureşti, Sml. I, s. 12031, præmis 31 og 32.

45 — Jf. dommen i sagen DR og TV2 Danmark, præmis 34.

46 — Jf. dom af 18.1.1984, sag 327/82, Ekro, Sml. s. 107, præmis 11, og af 19.9.2000, sag C-287/98, Linster, Sml. I, s. 6917, præmis 43, Infopaq International-dommen, præmis 27, VEWA-dommen, præmis 25, og dommen i sagen DR og TV2 Danmark, præmis 33.

47 — Domstolen har i denne henseende fastslået, at disse krav har særlig vægt i relation til direktiv 2001/29, henset til ordlyden af 6. og 21. betragtning hertil, jf. dommen i sagen Infopaq International, præmis 28. Denne ensartede fortolkning er endvidere en betingelse for, at medlemsstaterne kan foretage den sammenhængende anvendelse af undtagelserne og indskrænkningerne i direktiv 2001/29, der er nævnt i 32. betragtning hertil, jf. Padawan-dommen, præmis 35.

hensyntagen til ordlyden af de bestemmelser, som begrebet indgår i, men også den sammenhæng, hvori de indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som de udgør en del af[48], og EU-rettens bestemmelser som helhed[49]. Bestemmelsernes tilblivelse kan ligeledes give relevante elementer med henblik på deres fortolkning[50].

59. EU-retsakter skal i øvrigt så vidt muligt fortolkes i lyset af bestemmelserne i international ret[51], navnlig når sådanne bestemmelser netop har til formål at gennemføre en international aftale indgået med Fællesskabet[52].

60. Det anføres i denne henseende i 15. betragtning til direktiv 2001/29, at direktivet tjener til at gennemføre de internationale forpligtelser, der følger af Unionens vedtagelse af WCT[53], navnlig hvad angår mulighederne for internationalt at bekæmpe digital piratvirksomhed. Domstolen har endvidere fastslået, at Unionen på anvendelsesområdet for direktiv 2001/29 må anses for at være trådt i stedet for medlemsstaterne med henblik på at gennemføre de relevante bestemmelser i Bernerkonventionen[54].

61. I det foreliggende tilfælde definerer direktiv 2001/29 de handlinger, der er omfattet af reproduktionsretten[55], ligesom det nævnte direktiv indeholder en udtømmende opregning af undtagelser til og indskrænkninger i den nævnte ret[56]. Det fremgår endvidere af direktivet, at medlemsstaterne bør have mulighed for at indføre en undtagelse eller indskrænkning med hensyn til retten til reproduktion mod en rimelig kompensation for visse former for reproduktion af lyd-, video- og audiovisuelt materiale til privat brug[57], idet det præciseres, som jeg allerede har nævnt, at medlemsstaterne skal tage hensyn til dels forskellene mellem digital og analog kopiering[58], dels den teknologiske og økonomiske udvikling, når der findes effektive tekniske beskyttelsesforanstaltninger[59].

62. Det fremgår endvidere af direktivet, at den rimelige kompensation, der er nævnt i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), har til formål at give rettighedshaverne en »rimelig kompensation« *for anvendelsen* af deres beskyttede værker og andre frembringelser i henhold til undtagelsen om privatkopiering[60]. Endvidere bør der, når det fastsættes, hvilken form en sådan rimelig kompensation skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal have, tages hensyn til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde, i hvilken forbindelse det kan tillægges vægt, om rettighedshaverne har lidt skade[61].

48 — Jf. bl.a. dom af 17.11.1983, sag 292/82, Merck, Sml. 1983, s. 3781, præmis 12.

49 — Jf. i denne retning dom af 6.10.1982, sag 283/81, Cilfit m.fl., Sml. s. 3415, præmis 20, og af 3.10.2013, sag C-583/11 P, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet, præmis 50.

50 — Jf. i denne retning dom af 27.11.2012, sag C-370/12, Pringle, præmis 135, og dommen i sagen Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet, præmis 50. Jf. endvidere dommen i sagen Circul Globus Bucureşti, præmis 34 og 35.

51 — Jf. bl.a. Infopaq International-dommen, præmis 32, og dom af 3.7.2012, sag C-128/11, UsedSoft, præmis 42.

52 — Jf. bl.a. dom af 14.7.1998, sag C-341/95, Bettati, Sml. I, s. 4355, præmis 20, og af 17.4.2008, sag C-456/06, Peek & Cloppenburg, Sml. I, s. 2731, præmis 30, samt SGAE-dommen, præmis 35.

53 — Jf. dom af 12.9.2006, sag C-479/04, Laserdisken, Sml. I, s. 8089, præmis 39.

54 — Jf. dommen i sagen DR og TV2 Danmark.

55 — Jf. 21. betragtning til og artikel 2 i direktiv 2001/29.

56 — Jf. 32. betragtning til og artikel 5 i direktiv 2001/29.

57 — Jf. 38. betragtning til direktiv 2001/29.

58 — Ibidem.

59 — Jf. 39. betragtning til direktiv 2001/29.

60 — Jf. 35. og 38. betragtning til direktiv 2001/29. Min fremhævelse.

61 — Dette er baggrunden for, at Domstolen har fastslået, at den rimelige kompensation i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 *nødvendigvis* skal beregnes på grundlag af kriteriet om skade for ophavsmænd til beskyttede værker *i forbindelse med indførelsen af undtagelsen for privatkopiering*, jf. Padawan-dommen, præmis 38-42. Min fremhævelse.

63. Det kan således udledes af ordlyden af direktiv 2001/29, at det er den omstændighed, at medlemsstaterne opretholder eller indfører undtagelsen om privatkopiering, der forvolder den skade hos rettighedshaverne, som den rimelige kompensation anses for at udgøre en passende erstatning for [62]. Direktivet indeholder derimod ingen udtrykkelig angivelse af, om den kun finder anvendelse på reproduktioner, der er fremstillet fra lovlige kilder, eller om den også kan anvendes på reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder.

64. I modsætning til, hvad den nederlandske regering har hævdet, kan denne manglende præcisering imidlertid ikke forstås som udtryk for et bevidst ønske [63] fra EU-lovgivers side om at foreskrive, at der skal opkræves en rimelig kompensation for reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder. En sådan forståelse har på ingen måde støtte i direktiv 2001/29 og vil mere grundlæggende være i strid med direktivets artikel 5, stk. 5, og de krav til tretrinstesten, som denne bestemmelse indeholder, og som er i overensstemmelse med Unionens og medlemsstaternes internationale forpligtelser.

65. Den nederlandske regering har med henblik på at godtgøre, at EU-lovgiver har haft et sådant bevidst ønske, henvist til ordlyden af artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29, der henviser til reproduktioner fremstillet fra lovlige kilder, artikel 5, stk. 3, litra e) [64], og artikel 6, stk. 4, andet afsnit, i det nævnte direktiv, der ikke indeholder en sådan henvisning, eller endog Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer [65].

66. Artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 gør det muligt for medlemsstaterne at indføre en undtagelse til reproduktionsretten, når der er tale om citater, der navnlig fremsættes som led i kritik eller anmeldelser, dog forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis.

67. Artikel 5, stk. 3, litra e) i direktiv 2001/29 giver derimod mulighed for at indføre en undtagelse til eneretten til reproduktion, når der er tale om anvendelse af et beskyttet værk eller en beskyttet frembringelse, der sker af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer, men bestemmelsen indeholder ikke en angivelse af, om reproduktionen skal ske fra en lovlig kilde.

68. Artikel 6, stk. 4, i direktiv 2001/29 giver i de tilfælde, hvor rettighedshaverne ikke har truffet frivillige foranstaltninger, medlemsstaterne en generel mulighed for at træffe passende foranstaltninger til at sikre, at den, der nyder godt af en undtagelse eller en indskrænkning i henhold til artikel 5, har midler til at drage fordel af denne undtagelse eller indskrænkning. Artikel 6, stk. 4, andet afsnit, der udelukkende vedrører undtagelsen om privatkopiering, adskiller sig imidlertid fra bestemmelsens første afsnit [66], idet den ikke på nogen måde indeholder en henvisning til den lovlige adgang til det beskyttede værk eller den beskyttede frembringelse.

62 — Det var ligeledes netop, hvad Conseil d'État i Frankrig fastslog vedrørende artikel L. 122-5 og L. 311 i code de la propriété intellectuelle (lov om intellektuelle ejendomsrettigheder), der gennemfører artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29: »Afgiften for privatkopiering har udelukkende til formål at give ophavsmænd, udøvende kunstnere og producenter kompensation for det indtægtstab, der opstår som følge af den lovlige brug af kopier af fonogrammer eller videogrammer til rent private formål og uden deres tilladelse«, jf. Conseil d'États dom af 11.7.2008, sag nr. 298779, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels, ECLI:FR:CESSR:2008:298779 20080711, RIDA, juli 2008, nr. 217, s. 279. Hvad angår virkningerne af denne dom, jf. P. Sirinelli, *Chronique de jurisprudence*, s. 275.

63 — En sådan hensigt fremgår i øvrigt heller ikke af forarbejderne til direktiv 2001/29.

64 — Artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 giver mulighed for at indføre en undtagelse til eneretten til reproduktion, når der er tale om anvendelse af et beskyttet værk eller en beskyttet frembringelse, der sker af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer, men bestemmelsen indeholder ikke en angivelse af, om reproduktionen skal ske fra en lovlig kilde.

65 — EFT L 122, s. 42.

66 — Dette afsnit vedrører de undtagelser, der er nævnt i artikel 5, stk. 2, litra a), c), d) og e), og artikel 5, stk. 3, litra a), b) og e), i direktiv 2001/29.

69. Endelig knæsætter direktiv 91/250 princippet om, at ophavsmanden til et edb-program har eneret til at tillade eller forbyde reproduktion af edb-programmet samtidig med, at der opstilles en undtagelse, som alene giver »den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet«, ret til at fremstille en sikkerhedskopi [67].

70. Anvendelsesområdet og rækkevidden af undtagelsen om privatkopiering kan imidlertid ikke fastlægges med henvisning til bestemmelser, der finder anvendelse i nogle helt andre sammenhænge, og som forfølger deres egne mål.

71. Det bemærkes i denne henseende, at det følger af fast retspraksis, at artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 som en undtagelse [68] til rettighedshavernes eneret til reproduktion, der er sikret ved det nævnte direktivs artikel 2, skal fortolkes indskrænkende. Anvendelsesområdet for undtagelsen om privatkopiering kan derfor ikke udvides til at omfatte situationer, der ikke udtrykkeligt er nævnt i direktiv 2001/29 [69].

72. Den fortolkning, som den nederlandske regering har foreslået, er under alle omstændigheder i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, således som denne bestemmelse skal fortolkes i lyset af Bernerkonventionen, WCT og TRIPs-aftalen, og navnlig betingelsen om, at undtagelser og indskrænkninger ikke må stride mod en normal udnyttelse af det beskyttede værk eller den beskyttede frembringelse.

73. Stichting de Thuiskopie samt den nederlandske og den østrigske regering har i denne henseende i det væsentlige anført, at en lovgivning, der gør det muligt at opkræve en afgift for privatkopiering i forbindelse med fremstilling af reproduktioner fra ulovlige kilder, i mangel af enhver form for pålidelig teknisk foranstaltning, der faktisk kan forhindre offentliggørelsen eller udbredelsen af de nævnte ulovlige kilder og den konstante reproduktion heraf, navnlig inden for det digitale område, udgør den eneste måde, hvorpå der kan ydes erstatning for den skade, som rettighedshaverne har lidt. En sådan lovgivning sikrer i langt højere grad en normal udnyttelse af beskyttede værker og frembringelser end en lovgivning, der indebærer et forbud mod enhver form for reproduktion fra ulovlige kilder, og sikrer balancen med hensyn til rettigheder mellem rettighedshaverne og brugerne af de beskyttede værker og frembringelser.

74. Selv om det antages, at en lovgivning af denne art i sig selv kan udgøre et legitimt og passende middel til at imødegå de krænkelser af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der følger af, at kopier af beskyttede værker og frembringelser ulovligt udbredes på internettet og efterfølgende reproduceres, er det imidlertid ubestridt, at undtagelsen om privatkopiering ikke er indført med et sådant formål, og det er helt udelukket, at dette kan være tilfældet, idet der ellers rejses tvivl om selve det grundlag, som undtagelsen støttes på, uanset om der findes eller ikke findes tekniske foranstaltninger, der gør det muligt at forhindre, at der fremstilles og udbredes ulovlige kopier af beskyttede værker og fremstillinger.

75. Det bemærkes i denne henseende for det første, at den nederlandske regerings argumentation udspringer af den omstændighed, at det i henhold til den nederlandske lovgivning er tilladt at downloade (»downloading«) beskyttede værker og frembringelser, der ulovligt er gjort tilgængelige på internettet, idet det dog ikke er tilladt at uploade (»uploading«) de nævnte beskyttede værker og frembringelser. Kongeriget Nederlandene skaber derved indirekte, men uundgåeligt, mulighederne for en omfattende udbredelse af produkter som følge af, at beskyttede værker og frembringelser udnyttes

67 — Det bemærkes, at der i andre retsakter endvidere henvises til »den, der har ret til at benytte«, jf. 49. og 51. betragtning til og artikel 6 i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11.3.1996 om retlig beskyttelse af databaser (EFT L 77, s. 20).

68 — Jf. bl.a. Infopaq International-dommen, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

69 — Hvad angår undtagelser til reproduktionsretten i henhold til direktiv 2001/29, jf. Luksan-dommen, præmis 101. Hvad angår andre områder, jf. endvidere domme af 26.9.2013, sag C-476/11, HK Danmark, præmis 46 og 47, og sag C-546/11, Dansk Jurist- og Økonomforbund, præmis 41 og 42.

på en måde, der ikke kan anses for normal, dvs. selve årsagen til det fænomen, der har skadelige virkninger for rettighedshaverne, og som denne medlemsstat ønsker at afhjælpe. Den stigende udbredelse af downloading af beskyttede værker og frembringelser, der er udbredt ulovligt på internettet (ved uploading), kan kun skade den normale udnyttelse af disse værker og frembringelser.

76. Det er endvidere tvivlsomt, om opkrævningen af en afgift for privatkopiering i sin foreliggende form på nogen måde giver en passende kompensation for det indtægtstab, som rettighedshaverne lider som følge af den omfattende udbredelse af deres beskyttede værker og frembringelser på internettet, der sker i strid med deres eneret til reproduktion, til overføring til almenheden [70] eller til spredning [71].

77. Medmindre der foretages en grundlæggende ændring af selve undtagelsens berettigelse eller de væsentligste regler for fastlæggelsen af den rimelige kompensation, der skal indføres samtidig med undtagelsen, med alle de følger, som dette indebærer, kan indtægten fra afgiften for privatkopiering ikke kompensere tabet af indtægt for en normal udnyttelse af deres værker på internettet. Det vil sandsynligvis være nødvendigt bl.a. at foreskrive en væsentlig forhøjelse af den afgift, som de brugere, der anvender medier til reproduktion, skal betale, også selv om den pågældende ikke fremstiller reproduktioner fra ulovlige kilder, hvilket indebærer en risiko for, at balancen med hensyn til rettigheder mellem rettighedshaverne og brugerne af de beskyttede værker og frembringelser forstyrres.

78. Det argument, som den nederlandske regering har fremsat, om, at opkrævning af en afgift for privatkopiering i forbindelse med reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder, i øvrigt i højere grad tilgodeser den ret til beskyttelse af privatlivet, der tilkommer brugerne af de beskyttede værker og frembringelser, end indførelsen af foranstaltninger, der har til formål at kontrollere, hvorledes den nævnte brugere udnytter rettighedshavernes værker inden for den private sfære [72], idet der derved sikres en bedre balance med hensyn til rettigheder, kan ikke føre til en anden fortolkning af artikel 5 i direktiv 2001/29. Det bemærkes blot i denne henseende, at der ikke består den nødvendige sammenhæng mellem den omstændighed, at undtagelsen om privatkopiering ikke kan anvendes på reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder, og den eventuelle tilsidesættelse af brugernes ret til respekt for privatlivet [73].

79. Jeg foreslår derfor, at den forelæggende rets første og andet spørgsmål, litra a), besvares med, at artikel 5 i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den i denne bestemmelse fastsatte undtagelse om privatkopiering kun finder anvendelse på reproduktioner fra værker og frembringelser, der er beskyttet i henhold til ophavsretten og de beslægtede rettigheder, og som er fremstillet fra lovlige kilder.

VI – Spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstat kan beslutte at opkræve en afgift for privatkopiering i forbindelse med reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder [det andet spørgsmål, litra b)]

80. Inden for rammerne af det andet spørgsmål, litra b), ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om den omstændighed, at en medlemsstat vedtager en national bestemmelse, der indebærer, at der skal ydes en rimelig kompensation for privatkopiering, uden hensyn til, om fremstillingen af reproduktionerne er tilladt, er forenelig med EU-retten.

70 — Jf. artikel 3 i direktiv 2001/29.

71 — Jf. samme direktivs artikel 4.

72 — Undtagelsen om privatkopiering skal netop anses for at være tilvejebragt for at sikre, at rettighedshaverens monopol ikke omfatter de kopier, som brugerne fremstiller, og som det ikke vil være muligt at forhindre uden at foretage et indgreb i privatlivet, jf. Y. Gaubiac, op.cit., og K. More, op.cit., s. 79 ff.

73 — Domstolen har endvidere fastslået, at direktiv 2001/29 ikke indebærer en pligt for medlemsstaterne til at videregive personoplysninger med henblik på at sikre den effektive beskyttelse af ophavsretten under en civil sag, jf. dom af 29.1.2008, sag C-275/06, Promusicae, Sml. I, s. 271.

81. Det følger af det ovenstående, at det ikke er muligt at indføre en sådan national bestemmelse.

82. For det første og uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt der ved direktiv 2001/29 er foretaget en udtømmende harmonisering af undtagelsen om privatkopiering [74], vil en sådan mulighed mærkbart påvirke et af de formål, der forfølges med direktiv 2001/29, nemlig den sammenhængende anvendelse af den udtømmende opregning af de indskrænkninger og undtagelser til eneretten til reproduktion, der er fastsat i direktivet [75]. Domstolen har allerede i denne henseende fastslået, at hvis medlemsstaterne frit kunne præcisere den rimelige kompensations parametre på uensartet og ikke-harmoniseret vis, ville dette være i strid med det nævnte formål [76]. En sådan foranstaltning vil, som anført af Kommissionen, være ensbetydende med, at der indføres et sui generis-vederlag for de reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder.

83. For det andet – og særligt – vil anerkendelsen af en sådan mulighed på to punkter være i strid med kravene i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29. Dels vil en sådan mulighed udvide anvendelsesområdet for undtagelsen om privatkopiering langt ud over de specielle tilfælde, der er nævnt i direktivet, hvilket vil være i strid med den første betingelse i bestemmelsen. Dels vil en sådan mulighed indirekte berettige, at der foretages et væsentligt indgreb i den normale udnyttelse af beskyttede værker og frembringelser, hvilket vil være i fuldstændig strid med den anden betingelse i bestemmelsen og således indebære, at den rimelige balance, som bestemmelsen skaber mellem rettighedshavernes eneret til reproduktion og dem, der nyder fordel af undtagelsen om privatkopiering, forstyrres.

84. Jeg foreslår derfor, at den forelæggende rets andet spørgsmål, litra b), besvares med, at en medlemsstat i forbindelse med den undtagelse om privatkopiering, som medlemsstaterne kan indføre i henhold til artikel 5 i direktiv 2001/29, kun kan opkræve den afgift, der skal ledsage undtagelsen, for så vidt angår reproduktioner af værker og frembringelser, der er beskyttet i henhold til ophavsretten og de beslægtede rettigheder, og som er fremstillet fra lovlige kilder.

VII – Spørgsmålet, om direktiv 2004/48 finder anvendelse i hovedsagen (det tredje spørgsmål)

85. Den forelæggende ret ønsker med det tredje spørgsmål i det væsentlige oplyst, om direktiv 2004/48, og navnlig direktivets artikel 14 [77], finder anvendelse i hovedsagen.

86. Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen anført, at Stichting de Thuiskopie inden for rammerne af kassationskontraanken har nedlagt påstand om godtgørelse af samtlige sagsomkostninger i henhold til artikel 1019h i Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (lovbog om borgerlige retskrav), der støttes på artikel 14 i direktiv 2004/48. Selv om Stichting de Thuiskopies påstand ganske vist ikke synes at være baseret på en tilsidesættelse af intellektuelle ejendomsrettigheder i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i dette direktivs artikel 2, stk. 1, forholder det sig således, at Stichting de Thuiskopie ved at hævde, at artikel 5 i direktiv 2001/29 finder anvendelse på de reproduktioner, der fremstilles fra ulovlige kilder, fører en form for forsvar af de nævnte rettigheder.

87. Med undtagelse af Stichting de Thuiskopie er alle de parter, der har afgivet indlæg, af den opfattelse, at direktiv 2004/48 ikke finder anvendelse i hovedsagen.

74 — Jf. i denne henseende de forskellige opfattelser hos generaladvokat Trstenjak (punkt 102-106 i det forslag til afgørelse, der blev fremsat den 11.5.2010 i den sag, der gav anledning til Padawan-dommen) og generaladvokat Jääskinen (punkt 44 i det forslag til afgørelse, der blev fremsat den 10.3.2011 i den sag, der gav anledning til Stichting de Thuiskopie-dommen).

75 — Jf. 32. betragtning til direktiv 2001/29.

76 — Jf. Padawan-dommen, præmis 36.

77 — Denne artikel, der har overskriften »Sagsomkostninger«, bestemmer, at: »Medlemsstaterne sikrer, at rimelige og forholdsmæssigt afpassede sagsomkostninger og andre udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, som generel regel bæres af den part, der har tabt sagen, medmindre billighedshensyn taler imod dette.«

88. Det bemærkes i denne henseende, at selv om det generelle formål med direktiv 2004/48, når henses til direktivets genstand [78] og anvendelsesområde [79], er at tilnærme medlemsstaternes lovgivninger for at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau [80], tilsigter direktivet imidlertid ikke at regulere alle aspekter af de intellektuelle ejendomsrettigheder, men alene dem, der vedrører dels håndhævelsen af disse rettigheder, dels krænkelserne af disse ved at forpligte til etablering af effektive retsmidler, der kan forhindre, standse eller rette op på enhver krænkelse af en eksisterende intellektuel ejendomsret [81].

89. Artikel 14 i direktiv 2004/48 har fra denne synsvinkel til formål at styrke beskyttelsesniveauet for intellektuelle ejendomsrettigheder ved at sikre, at en forurettet part ikke opgiver at anlægge retssag med henblik på håndhævelse af sine rettigheder [82], hvilket indebærer, at den part, der krænker de intellektuelle ejendomsrettigheder, i almindelighed skal bære alle de økonomiske konsekvenser af sin adfærd [83].

90. Selv om tvisten i hovedsagen ganske vist generelt omhandler beskyttelsen af de interesser, der tilkommer rettighedshaverne, idet sagen vedrører rækkevidden af anvendelsesområdet for undtagelsen om privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, falder den uenighed, der ligger til grund for sagen, fuldstændig uden for anvendelsesområdet for direktiv 2004/48. Det søgsmål, der ligger til grund for denne tvist, er ikke indgivet af rettighedshaverne [84] for at sikre beskyttelsen af de nævnte rettigheder [85], men af de økonomiske aktører, der pålægges at betale den afgift, som en medlemsstat har vedtaget bestemmelse om som en rimelig kompensation for den undtagelse om privatkopiering, som medlemsstaten har indført.

91. Jeg foreslår derfor, at den forelæggende rets tredje spørgsmål besvares med, at artikel 14 i direktiv 2004/48 skal fortolkes således, at bestemmelsen ikke finder anvendelse på en tvist, der som den i hovedsagen foreliggende ikke som sådan vedrører rettighedshavernes forsvar af de nævnte rettigheder.

VIII – Forslag til afgørelse

92. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Hoge Raad der Nederlanden forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 5 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet skal fortolkes således, at den i denne bestemmelse fastsatte undtagelse om privatkopiering kun finder anvendelse på reproduktioner fra værker og frembringelser, der er beskyttet i henhold til ophavsretten og de beslægtede rettigheder, og som er fremstillet fra lovlige kilder.

2) Artikel 5 i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at en medlemsstat i forbindelse med den undtagelse om privatkopiering, som medlemsstaterne kan indføre i henhold til denne bestemmelse, kun kan opkræve den afgift, der skal ledsage undtagelsen, for så vidt angår reproduktioner af værker og frembringelser, der er beskyttet i henhold til ophavsretten og de beslægtede rettigheder, og som er fremstillet fra lovlige kilder.

78 — Det fremgår af artikel 1 i direktiv 2004/48, at direktivet »vedrører de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder«.

79 — Det fremgår af artikel 2, stk. 1, i direktiv 2004/48, at direktivet finder anvendelse »på enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder«, uanset om disse er fastsat i EU-retten og/eller en medlemsstats nationale ret.

80 — Jf. dom af 18.10.2011, sag C-406/09, Realchemie Nederland, Sml. I, s. 9773, præmis 47.

81 — Dom af 15.11.2012, sag C-180/11, Bericap Záródástechnikai, præmis 75.

82 — Jf. Realchemie Nederland-dommen, præmis 48.

83 — Ibidem, præmis 49.

84 — Jf. Bericap Záródástechnikai-dommen, præmis 78.

85 — Ibidem, præmis 79.

3) Artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder skal fortolkes således, at bestemmelsen ikke finder anvendelse på en tvist, der som den i hovedsagen foreliggende ikke som sådan vedrører indehaverne af ophavsretten eller de beslægtede rettigheders forsvar af de nævnte rettigheder.«