

Festskrift til  
Jørgen Blomqvist





MORTEN ROSENMEIER, THOMAS RIIS,  
JENS SCHOVSBO & HENRIK UDSEN (RED.)

Festskrift til  
Jørgen Blomqvist

ExTuto  
PUBLISHING  
[www.extuto.com](http://www.extuto.com)

Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.)

*Festskrift til Jørgen Blomqvist*

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2021 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion. KATE GILBERT (engelsk) og LINO VOGT (dansk) har været ansvarlige for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m<sup>2</sup> af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2021 the editors and contributing authors severally

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-420-0041-0

### **Ex Tuto Publishing A/S**

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

[www.extuto.com](http://www.extuto.com)



Bogen er udgivet med støtte fra Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) og Dreyers Fond



**dreyers**fond

**Fair**Publishing

DISSE STUDIER TILEGNES  
ADJUNGERET PROFESSOR, LIC.JUR. JØRGEN BLOMQVIST  
I ANLEDNING AF HANS 70 ÅRS FØDSELSDAG DEN 7. MAJ 2021





# Kapiteloversigt

	<b>Forord</b>	<b>xxiii</b>
<b>1</b>	<b>Forfatternes Forvaltningsselskab – skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab</b>	<b>1</b>
	<i>Leder Henrik Faursby Ahlers, UBVA-sekretariatet, &amp; direktør Stig von Hielmcrone, Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA</i>	
<b>2</b>	<b>Ophavsretlig specialisering – fordele og risici</b>	<b>19</b>
	<i>Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet</i>	
<b>3</b>	<b>Copyright and Artificial Intelligence —with a focus on the area of music</b>	<b>33</b>
	<i>Senior Lecturer, Jur. Dr (LL.D.) Johan Axhamn, School of Economics and Management, Lund University</i>	
<b>4</b>	<b>Parodirettslig vakuum i norsk rett</b>	<b>87</b>
	<i>Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo</i>	
<b>5</b>	<b>Do the Right Thing! Authors’ contracts in the 2019 copyright directive</b>	<b>131</b>
	<i>President of ALAI Italia, Stefania Ercolani, SciencesPo Paris, former professor of cultural property law</i>	
<b>6</b>	<b>Half-Opened “Umbrella” —Interpretation problems of Article 8 of the WCT</b>	<b>163</b>
	<i>Member Mihály Ficsor, Hungarian Copyright Council, former Assistant Director General of WIPO</i>	
<b>7</b>	<b>§ 35 gennem 35 år</b>	<b>191</b>
	<i>Advokat og partner Terese Foged, Lassen Ricard advokatfirma</i>	

<b>8</b>	<b>Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada</b>	<b>231</b>
	<i>Professor Ysolde Gendreau, Faculty of Law, Université de Montréal</i>	
<b>9</b>	<b>Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin</b>	<b>253</b>
	<i>Jane C. Ginsburg, Columbia University School of Law</i>	
<b>10</b>	<b>Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura</b>	<b>269</b>
	<i>Konsulent Martin Gormsen</i>	
<b>11</b>	<b>Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union</b>	<b>283</b>
	<i>Professor Emeritus Frank Gotzen, KU Leuven, President of ALAI International</i>	
<b>12</b>	<b>Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder</b>	<b>295</b>
	<i>Advokat Anders Sevel Johnsen, Dansk Journalistforbund</i>	
<b>13</b>	<b>Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder</b>	<b>327</b>
	<i>Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel</i>	
<b>14</b>	<b>Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko</b>	<b>343</b>
	<i>Professor (mso), LL.M., ph.d. Torsten Bjørn Larsen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet.</i>	
<b>15</b>	<b>A Phonogram, to be or not to be?</b>	<b>367</b>
	<i>Professor Dr. Silke von Lewinski, Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, Munich</i>	
<b>16</b>	<b>Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder</b>	<b>381</b>
	<i>Ordförande Jukka Liedes, Upphovsrättsliga Föreningen i Finland</i>	
<b>17</b>	<b>Anne Black-sagen</b>	<b>403</b>
	<i>Professor, ph.d. Bent Ole Gram Mortensen, Syddansk Universitet</i>	
<b>18</b>	<b>Danser la vie</b>	<b>419</b>
	<i>Victor Nabhan</i>	
<b>19</b>	<b>EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder</b>	<b>421</b>
	<i>Juridisk konsulent Dan Stausholm Nielsen, UBVA</i>	



<b>20</b>	<b>Ophavsret og ytringsfrihed</b>	<b>435</b>
	<i>Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen &amp; partner Jakob Plesner, begge Ples&amp;Lindholm</i>	
<b>21</b>	<b>Universitetspersonals opphovsrett och öppen publicering – finsk synpunkt</b>	<b>459</b>
	<i>Professor Rainer Oesch, University of Helsinki</i>	
<b>22</b>	<b>Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner</b>	<b>471</b>
	<i>Direktør Anders Rasch &amp; afdelingschef Martin Kyst, begge Copydan Tekst &amp; Node</i>	
<b>23</b>	<b>Treaty Interpretation and Treaty Making</b>	<b>485</b>
	<i>Professor Emeritus Sam Ricketson, Melbourne Law School, Victoria, Australia</i>	
<b>24</b>	<b>Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten</b>	<b>507</b>
	<i>Professor, dr.jur. Thomas Riis, CIIR, Københavns Universitet</i>	
<b>25</b>	<b>The RAAP Decision of the CJEU —What Happened to Reciprocity?</b>	<b>525</b>
	<i>Professor, dr.juris Ole-Andreas Rognstad, University of Oslo</i>	
<b>26</b>	<b>The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration —Details of the RAAP case</b>	<b>549</b>
	<i>Professor Emeritus, Dr. Jan Rosén, Stockholm University</i>	
<b>27</b>	<b>Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?</b>	<b>569</b>
	<i>Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet</i>	
<b>28</b>	<b>Æres den som æres bør – EU-harmonisering af ophavsftaleretten</b>	<b>597</b>
	<i>Professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo, CIIR, Københavns Universitet</i>	
<b>29</b>	<b>Linking after VG Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story?</b>	<b>623</b>
	<i>Associate Professor, PhD Sebastian Felix Schwemer, CIIR, University of Copenhagen</i>	
<b>30</b>	<b>DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse?</b>	<b>641</b>
	<i>Advokat Peter Schönning</i>	

<b>31</b>	<b>Operationalizing Vigeland —2 x 2 Public Order and Morality Arguments</b>	<b>653</b>
	<i>Professor dr. Martin Senftleben, IViR, University of Amsterdam</i>	
<b>32</b>	<b>Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions</b>	<b>693</b>
	<i>Associate Professor, PhD Stina Teilmann-Lock, Copenhagen Business School</i>	
<b>33</b>	<b>Mellemmandsoverføring?</b>	<b>707</b>
	<i>Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet</i>	
<b>34</b>	<b>Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser</b>	<b>729</b>
	<i>Adjunkt, ph.d. Jøren Ullits, Syddansk Universitet</i>	
<b>35</b>	<b>Titelbeskyttelsen i dansk ret</b>	<b>745</b>
	<i>Advokat (L), ph.d. Knud Wallberg</i>	

# Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura

*Konsulent Martin Gormsen*

*Da jeg var ung advokatfuldmægtig, udtalte jeg i det ophavsretlige miljø en kritik af lovkvaliteten af 1992-loven om vederlag for privatkopiering. Der blev kigget med foragt på mig. Fulgt af bemærkning om, at loven var konciperet af selveste Jørgen Blomqvist som et privat lovforslag, der blev fremsat af Det Radikale Venstre og Socialdemokratiet uden om regeringen. Jeg erfarede senere, at den paragraf, som jeg kritiserede, var indsat under lovbehandlingen og dermed ikke konciperet af Jørgen Blomqvist. Endnu senere erfarede jeg grundlaget for den andægtighed, som Jørgen Blomqvist blev omtalt med. I den festlige anledning, som denne artikel er skrevet i, har jeg tilladt mig et format, der er noget mindre retsdogmatisk end normen og i nogen grad har karakter af personlige refleksioner.*

## 1. Indledning

Denne artikel handler om reglerne om godtgørelse til rettighedshavere, når en stat har valgt at tillade privatkopiering af fx film, tv-programmer og musik. Den handler også om, hvad der sker, når der går politik i ophavsret.

Som jurist af den danske skole er jeg opdraget med, at det er at foretrække, når grundlæggende samfundsafvejninger foretages af folkevalgte politikere frem for af udpegede dommere. Det er en barnetro, der er indgroet. Dette udgangspunkt er ofte blevet brugt som argument

mod domstolsaktivisme, altså situationer hvor domstolene ikke bare afgør juridiske tvivlsspørgsmål og foretager bevisvurderinger, men i højere grad skaber retsreglerne.

Der hviler strenge krav på lovgiver. Lovgiver skal respektere magtens tredeling. Lovgiver skal drage omsorg for, at lovene lever op til basale retsprincipper. Lovgiver skal respektere EU-retten og Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser. Der hviler endnu strengere krav på den udøvende magt; der skal enhver handling have hjemmel i lov.

Domstolene spiller en afgørende rolle i samfundet. Både når det gælder dagligdagsager, hvor det handler om at løse konkrete tvister og skabe klarhed om retsreglerne, og når det handler om sager, hvor der er mere grundlæggende principper på spil. I sidstnævnte situation er domstolene den samfundsstabiliserende faktor, der kan formå at holde den lovgivende magt og den udøvende magt på retsindighedens faktisk ganske brede landevej.

Vi står i mine øjne over for en tid, hvor stadig flere samfundsspørgsmål bliver politiseret. Der er også en tendens til, at det politiske system over hele Europa og i Danmark i stigende grad prøver grænser af og tiltager sig kompetence. Samtidigt indebærer det enorme udbud af information og fragmenteringen af kommunikationskanaler, at videnskab og fakta mere generelt spiller en mindre rolle i de politiske processer. Det er en samfundsudvikling, der i de kommende år også kommer til at sætte domstolssystemet under pres. Det er derfor, at jeg finder anledning til at fremhæve de principper, som nogle måske vil kalde højtravende; jeg synes bare, at de er vigtige.

Godtgørelse for privatkopiering er et område, hvor domstolene har spillet og givetvis også i de kommende år vil spille en afgørende rolle, fordi det er et retsområde, der er præget af politisk dysfunktionalitet. Hvorfor kommer jeg tilbage til om lidt.

## 2. Nærmere om godtgørelse for privatkopiering

Privatkopiering af musik, film og tv er en dagligdagsbegivenhed, som de fleste borgere ikke tænker over. Det kan være kopiering af musiknumre til en playliste, optagelse af musik fra radio, download af en podcast og kopiering af tv-programmer eller spillefilm til en harddisk. Det er typisk noget, der kun kræver få klik med en mus eller behændi-

ge tryk med fingrene på en smartphone. Det er givet svært at opgøre værdien af den samlede privatkopiering, men der er ikke tvivl om, at den er enorm. Eksempelvis har DR's medieforskning opgjort, at ca. 5 % af danskernes tv-forbrug foregår via harddiskoptagere, tv-bokse og VHS-maskiner,<sup>1</sup> hvilket skal ses i forhold til det danske tv-marked har en værdi på ca. 15 mia. kr. om året. Den danske musikbranche omsatte til sammenligning 9.678 mio. kr. i 2019.<sup>2</sup>

En fundamental ret inden for ophavsretten er retten til at tillade eller forbyde fremstilling af eksemplarer. Det er den ophavsretlige beføjelse, der sammen med retten til tilgængeliggørelse for almenheden, sikrer kreative og producenter et økonomisk udkomme af indsats, hvad enten der er tale om selve den kreative indsats eller den økonomiske investering, der er nødvendig for at eksempelvis en film eller et stykke musik kommer ud i verden.

Når privatpersoner foretager eksemplar fremstilling til eget brug, så er det ikke praktisk muligt for den private borger at klarere rettigheder. Derfor er der etableret ordninger, hvor rettighedshaverne godtgøres for de manglende indtægter ved, at de private borgere betaler vederlag, der indbages i prisen for de fysiske medier, som der kopieres på.

Problemet er, at når der indbages en godtgørelse til rettighedshaverne på den måde, så får "afgiften" samme virkning som en skat. De private borgere, der også er vælgere, opfatter slet og ret denne type vederlagsordning som en skat. De private borgere ved af naturlige grunde ikke, at de får en modydelse; det er jo lovligt at kopiere til privat brug.

Det indebærer, at politikerne skal gennemføre noget meget upopulært; nemlig at lægge afgifter på smartphones, tablets og computere. Goder, som vælgerne opfatter som fundamentale, der ikke bør være beskatningsobjekter.

Ganske vist vil vederlagene på grund af deres trods alt beskedne størrelse givetvis ikke have en nævneværdig påvirkning på udsalgsprisen for de fleste former for smartphones, tablets og computere, der ty-

---

1. Se tweet fra DR's medieforskning af 9. november 2018

2. Thomas Riis m.fl. (2017), Fremtidens Danske Indholdsproduktion: Udvalget om finansiering af dansk indholdsproduktion. Kulturministeriet. <[https://kum.dk/fileadm/KUM/Documents/Publikationer/2017/Fremtidens\\_danske\\_indholdsproduktion/Rapport\\_Rapport\\_Fremtidensdanskeindholdsproduktion.PDF](https://kum.dk/fileadm/KUM/Documents/Publikationer/2017/Fremtidens_danske_indholdsproduktion/Rapport_Rapport_Fremtidensdanskeindholdsproduktion.PDF)> og Dansk-Musikomsætning\_2019.pdf> (dansklive.dk) udarbejdet af Rambøll.

pisk koster mange tusinde kroner. Men “perception is reality”, når det handler om politik.<sup>3</sup>

### 3. EU-retten

Store dele af ophavsretten er EU-harmoniseret. Dette er sket i en lang række direktiver, hvor de senest tilkomne, der dog ikke angår privatkopiering, skal implementeres i dansk ret i 2021.

Reglerne om privatkopiering er i EU-retten bygget sådan op, at medlemsstaterne har en fakultativ mulighed for at etablere en undtagelse for privatkopiering. Såfremt en medlemsstat indfører en sådan undtagelse, så er der en pligt til etablering af en vederlagsordning, jf. art. 5, stk. 2, litra b, i direktivet om ophavsretten i informationsområdet.

EU-Domstolen har i en række afgørelser lagt de nærmere rammer for, hvordan sådanne vederlagsordninger skal indrettes. Dette er sket med udgangspunkt i art. 5, stk. 2, litra b, og de præambelbetragtninger, der fulgte direktivet.

EU-domstolspraksis på området har en stor detaljerigdom.<sup>4</sup> Det kan bl.a. udledes af EU-Domstolens praksis: Medlemsstaterne har pligt til at have en kompensationsordning. Der påhviler medlemsstaterne en resultatforpligtelse i relation til en ordnings indretning og håndhævelse (målepunktet er om det endelige vederlag leverer et tilstrækkeligt resultat). Der skal være vederlag på både løse medier og indbyggede medier.

- 
3. At det forholder sig sådan, har ved flere lejligheder også fundet vej til lovbemærkninger. Se eksempelvis de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. L 17 af 8. oktober 2003, Folketingstidende 2003-04, tillæg A, s. 469, hvor det fremgår, at “Kulturministeriet [er] nået til det resultat, at der ikke på nuværende tidspunkt er grundlag for at indføre vederlag på forskellige former for apparatur, der kan anvendes til kopiering. Indførelse af vederlag på apparatur vil i befolkningen blive opfattet som nye afgifter, ligesom vederlag på hardware vil indebære betydelige afgrænsningsvanskeligheder og administrativt besvær for erhvervslivet.” Ved lovændringen i 2006 var essensen i regeringens begrundelse for ikke at indføre vederlag på indbyggede medier, at “det ville stride med regeringens it-politik”. Se nærmere lovforslag nr. L 166 af 1. marts 2006, Folketingstidende 2005-06, tillæg A, s. 5111.
  4. Peter Schönning har i festskrift til Jan Rosén en glimrende oversigtsartikel, der gennemgår den omfattede retspraksis, se <<https://www.jure.se/ns/default.asp?url=visatitel.asp?tuid=21754>>.

Vederlagspligten påhviler også multifunktionelle medier (hvor kopiering ikke er den primære funktion). Den blotte funktionalitet af et medie er tilstrækkelig til, at der udløses vederlagspligt. Udformningen og størrelsen af vederlag skal ske i forhold til den skade, som rettighedshaverne påføres. Der skal være sammenhæng mellem kompensationen og lagringsmedierne, der benyttes til kopiering. Der må ikke ske forskelsbehandling mellem forskellige typer af lagringsmedier. Det er ikke et krav, at mediet eller udstyret selv indeholder lagringskapaciteten (hukommelsen), og der skal også fastsættes vederlag for mediet eller udstyret, hvis det indgår i en kombination af "apparater", som via en "enkeltstående proces" bevirker en fremstilling af privatkopier. Der skal gælde undtagelser for erhvervsmæssig brug (hvor der ikke er tale om privat kopiering). Vederlag skal også betales af sælgere i andre medlemsstater. Undtagelsen om minimal skade gælder kun for medier, hvor nærmest samtlige brugere af mediet undlader at anvende kopieringsfunktionen. Manglende anvendelse af tekniske beskyttelsesforanstaltninger fra en rettighedshavers side medfører ikke bortfald af ret til vederlag. Det er ikke tilladt for medlemsstaterne at have en kompensationsordning, der er finansieret over medlemsstatens generelle budget (finansloven).

Selvom medlemsstaterne fortsat har en bred skønsmargin, og der ikke kun er én mulig vederlagsordning, så er praksis langt hen ad vejen så detaljeret, at EU-Domstolen reelt har etableret en detaljeret udformet europæisk vederlagsordning for privatkopiering. Det er i sig selv tankevækkende, set i betragtning af den relativt vage bestemmelse i art. 5, stk. 2, litra b, og de ikke særligt detaljerede præambelbetragtninger.

Det ligger fjernt fra dansk retstradition med en så udtalt grad af domstolsaktivisme. Helt overordnet er det et vilkår for Danmark, at EU-Domstolen har en retstradition, der adskiller sig fra den danske, der traditionelt set er mere tilbageholdend og forsigtig. At EU-Domstolen netop på dette område har tiltaget sig en retsskabende rolle må dog også ses på baggrund af, at vederlagsordningerne for privatkopiering bredt set har givet anledning til et væld af tvister, og der inden for EU er en betydelig udveksling af film, tv og musik, samtidigt med at der er en betydelig samhandel med såvel løse medier som hardware med indbyggede medier og dermed også en påvirkning af det indre marked.

Det er dele af de principper, der er fastsat af EU-Domstolen, der kan give anledning til diskussion. Det gælder eksempelvis det forhold, at EU-Domstolen i EGEDA-afgørelsen (C-470/14) har fastslået, at det ikke er i overensstemmelse med EU-retten, at staten betaler en samlet godtgørelse over finansloven. EU-Domstolens resultat er forståeligt og forekommer konkret rimeligt, fordi den spanske stat reelt finansierede godtgørelsen til rettighedshaverne med en reduktion i kulturelle støtteordninger. Populært sagt søgte den spanske stat at finansiere godtgørelsen med "hundens egen hale". Der er vel nok også en generel bekymring hos EU-Domstolen for, at statsfinansierede ordninger ikke vil resultere i en reel godtgørelse, der modsvarer værdien af privatkopiering. Det må erindres, at der består en resultatforpligtelse. Det kan imidlertid forekomme noget restriktivt med et forbud, navnlig når kopieringen overvejende finder sted på multifunktionelle indbyggede lagringsmedier som computere og mobiltelefoner, der er hvermandseje, og hvor betalingen alligevel er smurt meget bredt ud. Det er i denne situation svært at forstå, at en statsfinansieret model ikke er acceptabel, hvis der opsættes principper om, at vederlæggelsens samlede størrelse skal hvile på nærmere bestemte objektive principper, at der skal være vandtætte skotter til andre statsfinansierede ordninger, og at der skal gælde et vist forsigtighedsprincip i rettighedshavernes favør. Årsagen hertil er, at EU-Domstolen er kommet frem til, at borgere, der ikke foretager privatkopiering, ikke skal betale vederlaget, og det vil ske, hvis det er en skattefinansieret ordning.

Professor Rognstad har på opdrag fra den norske stat udarbejdet et notat,<sup>5</sup> hvor der argumenteres for, at statsbetalte ordninger er lovlige efter EU-retten, hvis der opfyldes en række nærmere fastsatte kriterier (bl.a. at erhvervsmæssige brugere har mulighed for at søge vederlag betalt tilbage). Efter min opfattelse er velviljen over for statsfinansierede ordninger strakt til det yderste i notatet. Eksempelvis er der lagt en antagelse til grund om, at næsten alle private borgere i Norge foretager privatkopiering. Det er givetvis forkert; selvom det er en meget stor del af befolkningen, der foretager privatkopiering, er det ikke alle eller næsten alle.

---

5. <<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/kompensasjon-for-kopiering-til-privatbruk-offentliggjoring-av-ekstern-juridisk-utredning/id2765352/>>.



## 4. Godtgørelse for privatkopiering i dansk ret

Privatkopieringsordningen kom ind i dansk ret ved 1992-loven. På daværende tidspunkt foregik kopieringen på kassette- og videobånd. Vederlagsordningen nåede et provenu i 1996 på ca. 76 mio. kr. Dette skete trods en betydelig grænsehandel. Årsagen til grænsehandelen var, at basisprisen for løse medier var få kroner pr. stk., og derfor påvirkede vederlagene i væsentlig grad udsalgsprisen for de løse medier. Ovenikøbet var det sådan, at postordresalg fra Tyskland var undtaget betaling i Danmark, fordi der var tale om ikke-erhvervsmæssig import, medens salget efter de tilsvarende tyske regler blev undtaget vederlag i Tyskland, fordi der var tale om eksport.

I første omgang var det netop grænsehandlen, der gjorde, at vederlagsordningen sidst i 1990'erne faldt i politisk unåde. Men allerede fra starten af 00'erne begyndte kopieringen så småt at flytte over til andet end løse medier, og især kopiering på computere og såkaldte mp3-afspillere begyndte at spille en rolle.<sup>6</sup> Altså hardware, hvor mediet, der kopieres på, er indbygget i selve hardwaren. For indbyggede medier er der ikke noget grænsehandelsproblem, fordi vederlagene ville udgøre en lille andel af udsalgsprisen for hardwaren. Der var imidlertid en manifest politisk ulyst til at inkludere hardware med indbyggede medier i vederlagsordningen, fordi det var politisk hensigtsmæssigt at signalere, at it-hardware burde udbredes mest muligt og hurtigst muligt, og fordi vederlagene ville blive opfattet som en skat.

Dette forhold kom til udtryk i 2003-loven og 2006-loven. Der blev gennemført en drastisk reduktion af enhedsvederlagene på løse medier. Betragtningen var, at salget af løse medier ville stige markant, når privatkopieringsvederlaget pr. medie blev nedsat bl.a. som følge af indvundet grænsehandel. Regeringen ønskede ikke at indføre vederlag på hardware med indbyggede medier. Staten gav samtidig i forbindelse med 2006-loven en garanti for et minimumsprovener i relation til blanke DVD'ere (dvs. for såkaldte billedmedier); der blev ikke givet nogen garanti i relation til lydkopieringsmedier.

---

6. Af lovbemærkningerne til 2006-lovændringen fremgår, at Kulturministeriet var opmærksom på, at der i 2005 forventedes solgt 750.000 mp3-afspillere til private.

Siden 2006 er der ikke sket nogen ændring af lovgivningen, trods EU-Domstolen har sat klare rammer for medlemsstaternes forpligtelser til, hvordan en vederlagsordning skal indrettes, og trods hardware med indbyggede medier stort set helt har afløst løse medier. Det forekommer indlysende, at det ikke kan gøre en forskel om privatkopieringen finder sted på løse medier eller indbyggede medier. Det er også med stor klarhed udtrykkeligt slået fast af EU-Domstolen, at vederlagspligten omfatter indbyggede medier; det fremgår både af *Padawan*-dommen fra 2010 og af *Båndkopi*-afgørelsen fra 2015. Det kan næppe heller have undgået den danske stats opmærksomhed, at der i Holland verse-rede en parallel sag om samme emne, der blev afgjort af appeldomstolen i 2012 og højesteret i 2014 (se omtalen nedenfor).

At der ikke er sket en grundlæggende ændring af den danske vederlagsordning, så den er bragt i overensstemmelse med EU-retten, skyldes alene politiske beslutninger. Der foreligger ikke mig bekendt oplysninger, der tyder på, at embedsværket har svigtet i sagen. Det er ikke embedsværket, der beslutter at fremsætte et lovforslag. Såfremt en minister ikke ønsker at fremsætte et lovforslag eller ministeren ikke kan finde politisk flertal for et sådant lovforslag, er det legitimt for embedsværket at håndtere den situation. I denne sag er det sket ved, at der gang på gang er vundet tid ved hjælp af alle forhåndenværende midler: at etablere møderækker, foranstalte endeløse undersøgelser, overlade det til de involverede parter selv at forhandle en ordning og nedsætte udvalg.

Den manglende revision af vederlagsordningen i overensstemmelse med gældende EU-ret må, navnlig når der ses på årsagerne hertil, betegnes som et politisk svigt. Hvis det ikke var for EU-retten, så ville det ganske vist være et legitimt politisk valg, men når EU-retten er, som den er, så er manglende vederlag på indbyggede medier et brud med statens forpligtelser i henhold til EU-retten.

Det er uhyre sjældent, at lovgiver gennem længere tid undlader at bringe dansk ret i overensstemmelse med EU-retten. Det er der gode grunde til. Det er helt fundamentalt for staten at handle i overensstemmelse med retlige forpligtelser, fordi det er en grundlæggende del af samfundsopbygningen, at lov skal holdes. Det politiske råderum er i vores samfundsordning stort, men det er begrænset af loven, og uden overholdelse af loven bliver der skabt usikkerhed om borgernes grund-

læggende rettigheder og uforudsigelighed om grundlæggende forhold, der ikke mindst økonomisk meget let vil kunne få vidtrækkende konsekvenser. Hertil kommer, at det for et lille land er vigtigt at overholde internationale forpligtelser, fordi et lille land er dybt afhængig af internationalt samarbejde og ikke har andre magtmidler end dialog og retsindighed. Det hører derfor også til sjældenhederne, at Danmark ikke overholder overnationale retlige forpligtelser.

Der foreligger en del praksis fra EU-Domstolen om, hvad der gælder, hvis en medlemsstat ikke overholder EU-retten. I henhold til EU-Domstolens faste praksis gælder der et princip om, at en medlemsstat er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten. Dette følger af selve EU-traktatens system. Således har EU-Domstolen ved flere lejligheder fastslået, at skadelidte borgere har ret til erstatning, såfremt følgende tre betingelser er opfyldt:

For det første skal den fællesskabsretlige bestemmelse, der er overtrådt, have til formål at tillægge borgere rettigheder. For det andet skal overtrædelsen være tilstrækkelig kvalificeret. For det tredje skal der være en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelse og det tab, borgerne har lidt.<sup>7</sup>

## 5. Den verserende retssag om manglende overholdelse af de EU-retlige krav til vederlagsordningen

Rettighedshavere inden for film, tv og musik, der har krav på godtgørelse for privatkopiering, har i 2019 sagsøgt staten med krav om erstatning for manglende godtgørelse på indbyggede medier.<sup>8</sup>

I europæisk sammenhæng er sagen ikke enestående. En lignende hollandsk sag i den hollandske højesteret førte til, at den hollandske

---

7. Disse principper følger af Domstolens dom af 19. november 1991 i de forenede sager C-6/90 og C-9/20, *Francoovich*, og er statueret flere gange siden bl.a. i Domstolens dom af 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur og Factortame*, og Domstolens dom af 8. oktober 1996 i de forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, *Dillenkofer*, jf. også Højesterets domme af 26. september 2007 (*UfR 2007.3124*) og 31. maj 2013 (*UfR 2013.2361*)

8. Se fx *Computerworld* 15. maj 2019 "Copydan stævner den danske stat for manglende afgifter på blandt andet smartphones – forlanger 600 mio. kr. i erstatning".

stat betalte en betydelig erstatning til rettighedshaverne for ikke at have indført vederlag på hardware med indbyggede medier i perioden 2007-2012 (for 2013 og frem var den hollandske ordning revideret, så den omfattede indbyggede lagringsmedier).<sup>9</sup>

Der er flere spørgsmål, som det er interessant at følge, hvis ellers domstolene finder, at de grundlæggende erstatningsbetingelser er opfyldt.

Det gælder spørgsmålet om, hvor lang tid en medlemsstat har til at bringe lovgivningen i overensstemmelse med EU-retten, og dermed fra hvilket tidspunkt erstatningspligten begynder at løbe. Det spørgsmål må nødvendigvis bero på en konkret vurdering. Et forhold i denne forbindelse er, hvilken betydning det har, hvis staten ikke har haft nogen intention om at overholde EU-retten; i den situation kan det forekomme stødende, at erstatningsperioden skal reduceres under hensyn til rimelig reaktionstid, hvis staten slet ikke har haft intention eller evne til reelt at opfylde forpligtelserne efter EU-retten.

Et andet interessant spørgsmål er, hvordan og efter hvilke kriterier domstolene vil udmåle en erstatning til de påvirkede rettighedshavere. Dette er et vanskeligt spørgsmål.

Der er næppe tvivl om, at der tilkommer medlemsstaterne en ret betydelig skønsmargin i forbindelse med indretningen af nationale ordninger. Det er givet sådan, at det eksempelvis er lovligt (og måske endda obligatorisk) at tage hensyn til, hvor "tech savvy" befolkningen er og dermed anvendelsesgraden af indbyggede og løse medier, ligesom der også består et skøn over markedspriser for indhold og produktionsomkostninger for indhold.

Domstolenes udfordring er imidlertid, at hvis erstatningsbetingelserne er opfyldt, så har staten undladt at benytte sin skønsmargin. Dermed bliver det domstolenes opgave på grundlag af de kriterier, der er fastsat af EU-Domstolen, at foretage det skøn, som ellers er overladt til medlemsstaterne. Det er selvfølgelig en stor og kompliceret opgave. Det er her mere nærliggende at tage udgangspunkt i de kriterier og generelle hensyn, som er opstillet af EU-Domstolen end at forsøge at vurdere, hvad medlemsstatens lovgiver måtte antages at være kommet frem til.

---

9. ECLI:NL:HR:2014:523 den hollandske højesterets afgørelse af 7. marts 2014.

En variant af spørgsmålet om skønsmargin er at hævde et synspunkt om, at statens erstatningspligt, hvis ellers domstolen finder, at erstatningsbetingelserne er opfyldt, skal udmåles svarende til den mistede indtægt ved den ringest mulige ordning, som ville være lovlig i henhold til de rammer, der er fastsat af EU-Domstolen. Uanset at dette synspunkt kan have en umiddelbar logik, så er det efter min opfattelse åbenlyst ikke holdbart. Det vil være utænkeligt, at EU-Domstolen ville tolerere, at nationale domstole kan indføre en statsbetalt minimumsordning af bagvejen ved slet og ret at undlade at overholde EU-retten. Det vil være i strid med EGEDA-afgørelsen. Der kan også hentes støtte i de erstatningsprincipper, der gælder for krænkelse af ophavsrettigheder. Her er de erstatninger, der udmåles efter retspraksis på den sikre side af den markedspris, som der måtte antages at være, hvis brugen var sket på aftalt grundlag. En krænker kan så at sige ikke forhandle pris i retten. På et mere overordnet plan ville det også være problematisk, hvis medlemsstater ikke har et incitament til at respektere loven, her konkret at overholde EU-retten. En sådan retstilstand ville ikke være befordrende for medlemsstaternes generelle respekt for EU-retten. Det må også holdes for øje, at en medlemsstat når som helst vil kunne bringe erstatningspligten til ophør ved at ændre lovgivningen, så EU-retten overholdes.

Udover selve sagen indeholder nogle store og vanskelige spørgsmål, som de danske domstolene skal tage stilling til, så opstår der nogle vanskelige spørgsmål om forholdet mellem den dømmende og lovgivende magt undervejs.

Et opsigtsvækkende forhold er, at den danske stat i december 2020 har indgivet et procesindlæg i en østrigsk sag, der verserer ved EU-Domstolen.<sup>10</sup> Sagen drejer sig om, at en del af privatkopieringen, der er sket på indbyggede medier, er begyndt at flytte til såkaldt cloudkopiering. Kulturministeriets opfattelse har hidtil været, at det er kopiering, der også skal kompenseres, men cloudkopiering hidtil har været så beskeden, at det falder ind under den såkaldte *de minimis*-regel, hvorefter der kan bortses fra privatkopiering, der kun indebærer minimal skade.

---

10. C-433/20, *Astro-Mechana*.

I det indgivne procesindlæg opfordres EU-Domstolen til at konkludere, at cloudkopiering slet ikke skal kompenseres (*de minimis* eller ej).<sup>11</sup>

At indgive procesindlæg i sager for EU-Domstolen er en ret for medlemslandene, som regeringen frit kan benytte. Det forekommer imidlertid særegent, at staten vælger at indgive et procesindlæg i en situation, hvor udfaldet af sagen kan have konkret betydning for udfaldet af en helt anden sag, som staten selv er part i, uden dette i øvrigt oplyses i procesindlægget. Forholdet er det enkle, at dersom EU-Domstolen kommer frem til, at der ikke skal betales godtgørelse for cloudkopiering, så bliver den erstatning, som staten muligvis skal betale til rettig-hedshaverne i den danske sag alt andet lige mindre. Det må erindres, at Kulturministeriet ikke har normal praksis for at afgive procesindlæg i verserende sager for EU-Domstolen. Alene i de senere år har der været et stort antal sager på ophavsrettens område, herunder også et stort antal, der ville nødvendiggøre ny lovgivning i Danmark, uden staten har indgivet procesindlæg. Der er kun et andet tilfælde, nemlig den såkaldte Tom Kabinet-sag,<sup>12</sup> hvor staten på opfordring fra en lang række organisationer afgav et procesindlæg.

Et sådant forløb kan give det indtryk, at staten er mere motiveret af at varetage statens interesser som sagsøgt end at varetage landets mere generelle interesser.

Kulturministeriet har gennem flere år bebudet et lovforslag om en ændring af reglerne om privatkopiering. Dette har dog ikke ført til, at der rent faktisk er blevet fremsat noget lovforslag i Folketinget endsige sendt et forslag til høring blandt de involverede interessenter.<sup>13</sup> I 2. halvdel af 2020 bebudede regeringen, at der vil blive fremsat et lovforslag i 2021 marts II. Kulturministeren har ultimo februar 2021 offentliggjort en politisk aftale med regeringens støttepartier, der indeholder

---

11. Procesindlægget er kommet til offentlighedens kendskab ved, at den er fremsendt til orientering til Folketingets Kulturudvalg og Europaudvalg – se Kulturudvalget 2020-21 KUU Alm del bilag 69.

12. C-263/18 af 19. december 2019

13. KUU i folketingssalen i 2016 vedtog en beretning om: "Der bør være fundet frem til en ny ordning inden udgangen af folketingsåret 2016-17". <[https://www.ft.dk/ripdf/samling/20151/beslutningsforslag/b113/20151\\_b113\\_beretning.pdf](https://www.ft.dk/ripdf/samling/20151/beslutningsforslag/b113/20151_b113_beretning.pdf)>. Ganske illustrativt for oppositionen i parlamentet, som altid mener, at upopulære, men nødvendige forslag, er den siddende regerings problem.

en beslutning om en moderniseret ordning, der omfatter indbyggede medier, med et årligt provenu på 93 mio. kr. Lovforslaget, der skal realisere den politiske aftale, forventer Kulturministeriet fremsat i 2. halvår af 2021. Ikrafttræden skal ifølge den politiske aftale ske 1. januar 2022. Den politiske aftale har medført en omberømmelse af hovedforhandlingen i den anlagte retssag.

## 6. Afslutning

Sagen om den manglende godtgørelse for privatkopiering, der finder sted på indbyggede medier, er, selvom den er alvorlig og omhandler vigtige principper og store værdier, dog i den fredelige ende set i forhold til de konflikter, der kan tænkes at komme om helt grundlæggende forhold i det danske samfund, herunder befolkningsgrupperes liv og levned.

Sagen er imidlertid illustrativ for de sammenstød, der er mellem den dømmende, den lovgivende og den udøvende magt. Det er bemærkelsesværdigt få sager, der hidtil har været af denne karakter, og der er også bemærkelsesværdigt lidt litteratur, som behandler de atypiske situationer, der kan opstå, når regeringen agerer som regering, samtidig med at der verserer konkrete retssager, der handler om statens egne forpligtelser. Udfordringen er selvsagt, at de almindeligt gældende retsregler ikke er gearret til at håndtere sager, hvor staten ikke selv følger loven.