



**EUROPA-KOMMISSIONEN**

Bruxelles, den 10. februar 2011  
sj.a(2011)167489

**TIL PRÆSIDENTEN FOR DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL  
OG DENNES MEDLEMMER**

**SKRIFTLIGT INDLÆG**

indgivet i henhold til artikel 23, stk. 2, i protokollen vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol af

**EUROPA-KOMMISSIONEN**

ved Julie SAMNADDA og Hans Christian STØVLBÆK, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, med valgt adresse i Luxembourg hos Antonio ARESU, ligeledes Kommissionens Juridiske Tjeneste, Bâtiment BECH, L-2721 Luxembourg,

**i sag C-510/10**

**DR og TV2 Danmark A/S**

**mod**

**NBC**

i en sag forelagt af Østre Landsret om fortolkning af artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktiv 2001/29.

Kommissionen skal hermed afgive følgende indlæg:

## **1. FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER OG DE PRÆJUDICIELLE SPØRGSMÅL**

1. Sagen drejer sig om en tvist mellem på den ene side radio og fjernsynsforetagenderne, DR og TV2 Danmark, og på den anden side NCB (Nordisk Copyright Bureau), der er et copyrightselskab, som administrerer rettighederne til indspilning og kopiering af musik. Tvisten drejer sig om, hvorvidt efemere optagelser, som foretages af eksterne, selvstændigt virkende tv-produktionsselskaber, er omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra d), i Direktiv 2001/29, når optagelserne er bestilt af DR eller TV2 hos de pågældende tv-produktionsselskaber.
2. Ved kendelse af 18. oktober 2010 har Østre Landsret besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

### **Spørgsmål 1**

*Skal udtrykkene "ved hjælp af egne midler" i direktiv 2001/29/EF artikel 5, stk. 1, litra d, og "på radio- og fjernsynsforetagendes vegne og under dette foretagendes ansvar" i samme direktivs betragtning 41 fortolkes i henhold til national ret eller fællesskabsretten?*

### **Spørgsmål 2**

*Skal det, som for eksempel i den danske, engelske og franske sprogversion af direktiv 2001/29/EF artikel 5, stk. 2, litra d, lægges til grund, at ordlyden af bestemmelsen er "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar", eller skal det lægges til grund, som for eksempel i den tyske sprogversion, at ordlyden af bestemmelsen er "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar?"*

### **Spørgsmål 3**

*Under forudsætning af, at de i spørgsmål 1 anførte udtryk skal fortolkes i henhold til fællesskabsretten spørges: Hvilke kriterier skal den nationale domstol lægge til grund ved den konkrete vurdering af, om en optagelse foretaget af tredjemand (herefter kaldet: "Producenten") til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser er foretaget "ved hjælp af egne midler", herunder "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar", således at optagelsen er omfattet af den i artikel 5, stk. 2, litra d, hjemlede undtagelse?*

*Der ønskes ved besvarelsen af dette spørgsmål 3 særligt svar på følgende spørgsmål:*

- a) *Skal begrebet "egne midler" i artikel 5, stk. 2, litra d, i direktiv 2001/29/EF forstås således, at en optagelse foretaget af Producenten til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser alene er omfattet af den ved artikel 5, stk. 2, litra d hjemlede undtagelse, såfremt radio- og fjernsynsforetagendet overfor tredjemand hæfter for Producentens handlinger og undladelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undtagelser?*
- b) *Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages på "radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dettes ansvar", opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt Producenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse?*

*Det ønskes oplyst, om, i bekræftende fald med hvilken vægt, følgende forhold kan eller skal tillægges betydning ved besvarelsen af spørgsmål 3b):*

- i. *Om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller Producenten, der i henhold til disse parters aftale har den sidste og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende det bestilte programs indhold.*
  - ii. *Om radio- og fjernsynsforetagendet overfor tredjemand hæfter for Producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.*
  - iii. *Om Producenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet er kontraktuelt forpligtet til at levere det pågældende program til radio- og fjernsynsforetagendet til en bestemt pris og inden for denne pris er forpligtet til at afholde alle de udgifter, der måtte være forbundet med optagelsen.*
  - iv. *Om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller Producenten, de har ansvaret for den pågældende optagelse overfor tredjemand.*
- c) *Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dettes ansvar", opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt Producenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse, såfremt Producenten i aftale med radio- og fjernsynsforetagendet vedrørende optagelsen har påtaget sig det økonomiske og juridiske ansvar for (i) afholdelse af samtlige de med optagelsen forbundne udgifter mod betaling af et forud fastsat beløb (ii) ansvaret for køb af rettigheder, samt (iii) ansvaret for uforudsete forhold, herunder forsinkelse af optagelsen og misligholdelsesansvar, men uden at radio- og fjernsynsforetagendet overfor tredjemand hæfter for Producentens forpligtelser*

*relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser?*

3. Forelæggelseskendelsen synes alene at indeholde en summarisk beskrivelse af sagens faktum og af tvisten mellem sagens parter. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at DR og TV2's anvendelse af eksterne, selvstændigt virkende tv-produktionsselskaber har accentueret en ældre tvist mellem parterne om, hvorvidt en undtagelse for efemere optagelser, der følger af Berner-konventionen af 1948, også omfatter optagelser, som foretages af eksterne, selvstændigt virkende tv-produktionsselskaber i situationer, hvor de pågældende optagelser er bestilt af DR eller af TV2 hos tv-produktionsselskaberne til førstegangs-udsendelse på DR eller TV2 Danmark.
4. Det fremgår ligeledes af forelæggelseskendelsen, at sagsøgte i sagen ved den nationale domstol, NCB, er et nordisk-baltisk selskab, der i samarbejde med tilsvarende copyrightselskaber verden over administrerer rettighederne til indspilning og kopiering af musik på cd, dvd, film, video, internettet m.v., dvs. de såkaldte mekaniske rettigheder for komponister, sangskrivere og musikforlag. Disse copyrightselskaber administrerer rettighederne for indehaverne og opkræver afgifter for udnyttelse af rettighederne. Sagen indebærer derfor formentlig et spørgsmål om betaling til ophavsmænd, dvs. komponister, sangskrivere og musikudgivere, for udnyttelse af rettigheder til musikværker i forbindelse med reproduktionshandlinger af værkerne.
5. Det må endvidere antages, at tvisten mellem radio- og fjernsynsforetagenderne på den ene side og copyrightselskaberne på den anden side, der handler på vegne af skaberne af musikværkerne, angår musikværker, som indgår som en del af selve tv-optagelserne.
6. Musikværkerne, for hvilke der kræves betaling, kan derfor formentlig afhængig af den pågældende optagelse udgøre den primære del af optagelsen, en tilfældig del eller måske blot udgøre baggrund for optagelsen. Det fremgår ikke klart af forelæggelseskendelsen, om der sondres mellem de forskellige situationer, men det må formentlig antages, at rettighedshaverne ønsker betaling i alle de nævnte tilfælde.

7. I den forbindelse bemærkes, at radio- og fjernsynsforetagenderne og de eksterne selvstændigt virkende tv-produktionsselskaber, formentlig er indehavere af rettighederne til den færdige optagelse. Beskaffenheden og omfanget af rettighederne til den endelige optagelse, vil afhænge af kontraktforholdet mellem radio- og fjernsynsforetagenderne og tv-produktionsselskaberne. Når en dokumentar eller en film optages på vegne af radio- og fjernsynsforetagenderne, vil enten disse eller produktionsselskaberne være indehavere af rettighederne som filmproducent og i så fald indrømme den anden part en licenseret til at anvende værket. Når det drejer sig om musikværker, som synes at være kernen i tvisten, udgør disse alene en del af rettighederne til den endelige optagelse.

## **2. GENERELLE BEMÆRKNINGER**

8. Efter Kommissionens opfattelse berører den konkrete sag en bredere problemstilling om opdeling eller "fragmentering" af håndhævelsen af forskellige ophavsrettigheder (kommunikationsrettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelser og rettigheder til reproduktion). Sammenslutninger, der forestår opkrævning af betaling for rettighederne, handler enten på egen hånd eller på vegne af rettighedsindehavere. Sådanne sammenslutninger har mulighed for at stille krav om betaling for handlinger, der berører rettighederne, også i tilfælde, hvor det retligt set er usikkert, om handlingerne falder ind under en relevant undtagelse, som tilfældet er i den foreliggende sag. Hvis reproduktionshandlingerne er omfattet af en undtagelse, kan der ikke kræves betaling for udnyttelsen, ligesom der kan være spørgsmål om, hvorvidt der allerede er betalt for udnyttelse af de samme rettigheder.
9. I forbindelse med filmproduktion, hvad enten produktionen er udliciteret eller ej, vil det kræve en licens at inkludere musik i filmværket, som omfatter efterfølgende former for udnyttelse af værket, f.eks. til udsendelse på TV. Mange radio- og fjernsynsforetagender forhandler sådanne licens-rettigheder samlet en gang om året og opnår rettigheder til at benytte ethvert musikstykke i film eller til TV-udsendelser.
10. Kommissionen er således bekendt med, at konkurrerende licensgivere, som er indehavere af forskellige rettigheder til værkerne, i stigende grad stiller krav om

betaling for udnyttelse af enerettigheder, selvom der allerede er betalt for udnyttelse af rettighederne i andre sammenhænge (såkaldt "double dibbing").

11. Det er Kommissionens erfaring, med hensyn til håndhævelse af rettigheder i forbindelse med musikværker, at opdelingen af ophavsrettigheder i enkeltdele og håndhævelse heraf, kan have en negativ indflydelse på funktionen af det indre marked for musikbaserede ydelser.
12. I den konkrete sag, der angår musikværker, er radio- og fjernsynsforetagenderne indehaver af en licens, der dækker radio- eller tv-udsendelsen, dvs. videregivelse til offentligheden af musikværket. Der er normalt ikke noget krav om, at radio- og fjernsynsforetagenderne skal være indehavere af yderligere licensrettigheder med hensyn til reproduktionshandlinger, som vedrører en del af selve radio- eller tv-udsendelsen. Det gælder særligt i tilfælde, hvor reproduktionen angår handlinger, som er omfattet af en undtagelse til eneretten.
13. Uden herved at tage stilling til tvisten i den konkrete sag, er det Kommissionens generelle holdning, at "double dibbing" bør begrænses, i det omfang det indenfor de eksisterende retlige rammer er muligt. Det forhold, at der er indført en undtagelse i fællesskabsretten og i relevante internationale konventioner, som f.eks. Bernerkonventionen, viser, at fællesskaberne, i tilfælde af efemere reproduktionshandlinger udført af radio- og fjernsynsforetagender for at muliggøre transmission af et værk, ønsker at sikre, at visse brugere - i dette tilfælde radio- og fjernsynsforetagender - kan udføre bestemte reproduktionshandlinger under særlige omstændigheder og med specifikke formål, uden at der er behov for en licensret hertil. Såfremt reproduktionshandlingen er omfattet af en undtagelse, kan der således ikke kræves betaling for reproduktionshandlingen.
14. Det er vigtigt at understrege, at tvisten ikke angår andre af ophavsmandens rettigheder, f.eks. ophavsmandens enerettigheder til offentliggørelse af værket. Eneretten til at tillade eller forbyde overføring til almenheden følger af artikel 3, stk. 1, i Direktiv 2001/29. Denne eneret har betydning ved overføring af et musikværk, uanset om det udgør en del af en tv-udsendelse eller på anden måde. NCB, der forestår opkrævning af betaling for udnyttelse af rettighederne, har tilsyneladende

ikke mandat til at håndhæve de enerettigheder til overføring til almenheden, som tilkommer ophavsmænd ifølge artikel 3 i Direktivet. For så vidt angår eneretten til overføring af værker til almenheden bemærkes, at der ikke eksisterer en undtagelse, der svarer til undtagelsen i Direktivets artikel 5, stk. 2, litra d)<sup>1</sup>.

### 3. FÆLLESKABSRETEN

15. Artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29 er en af de fakultative undtagelser fra eneretten til reproduktion, der ifølge artikel 2 i direktivet, gælder for alle kategorier af rettighedshavere. Artikel 5, stk. 2, litra d), fastsætter, at:

*"Efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser; bevarelse af sådanne optagelser i officielle arkiver kan tillades, når der er tale om optagelser af exceptionel dokumentarisk karakter".*

16. Artikel 5, stk. 5, præciserer betingelserne for anvendelse af undtagelserne i artikel 5, stk. 1:

*"Undtagelser og indskrænkninger efter stk. 1, 2, 3 og 4 må kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. "*

17. I betragtning 41 til Direktivet, der vedrører bestemmelsen i Artikel 5, stk. 2, litra d), anføres:

*"Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar."*

18. I betragtning 6 til Direktivet omtales behovet for harmonisering:

*"Hvis der ikke sker en harmonisering på fællesskabsniveau, vil de lovgivningsinitiativer, der allerede er taget i en række medlemsstater som svar på den teknologiske udvikling, kunne medføre betydelige forskelle i beskyttelsesniveauet og dermed hindre den frie bevægelighed for varer og tjenester, der indeholder eller*

---

<sup>1</sup> Medlemsstaterne har mulighed for at indføre en undtagelse til eneretten til reproduktionshandlinger og retten til overføring til almenheden, jf. artikel 5, stk. 3, litra i), der vedrører tilfældig medtagelse af et værk eller en anden frembringelse i andet materiale.

*er baseret på intellektuelle ejendomsrettigheder, hvilket vil føre til en ny opdeling af det indre marked og lovgivningsmæssig inkonsekvens. Følgerne af en sådan lovgivningsmæssig forskel og uvished vil få større betydning i takt med videreudviklingen af informationssamfundet, der allerede har betydet en kraftig forøgelse af den grænseoverskridende udnyttelse af intellektuel ejendomsret. Denne udvikling vil og bør styrkes yderligere. Betydelig lovgivningsmæssig forskel og uvished med hensyn til beskyttelsesniveauet kan hindre stordriftsfordele for nye varer og tjenester, der indeholder ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder".*

19. Betragtning 21 indeholder en beskrivelse af handlinger omfattet af reproduktionsretten:

*"Dette direktiv definerer de handlinger, der er omfattet af reproduktionsretten hvad angår de forskellige rettighedshavere. Definitionen bør være i overensstemmelse med gældende fællesskabsret. Det er nødvendigt med en bred definition af disse handlinger for at sikre retssikkerhed i det indre marked."*

20. Artikel 5, stk. 2, litra d) skal fortolkes i lyset af betragtningerne. I sin begrundelse til den fælles holdning (EFT C 344/1) anførte Rådet, at artikel 5, stk. 2, litra d), var medtaget i Kommissionens ændrede forslag på grundlag af et ændringsforslag fra Europaparlamentet. Den fælles holdning præciserede begrebet "ved hjælp af egne midler" med det formål at give medlemsstaterne tilstrækkelig fleksibilitet til at tilpasse deres lovgivning til ændringer i markedet. Rådets begrundelse for den fælles holdning udgør et fortolkningsbidrag til den endelige retsakt.

#### 4. INTERNATIONAL RET

21. I henhold til artikel 9, stk. 1, i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPS-aftalen<sup>2</sup>), fremgår:

*"Medlemmerne skal efterkomme artikel 1 til 21 i Berner-konventionen (1971) og tillægget dertil ..."*

22. Artikel 11 bis (3) i Berner-konventionen fastsætter følgende:

*"In the absence of any contrary stipulation, permission granted in accordance with paragraph 1 of this Article shall not imply permission to record, by means of instruments recording sounds or images, the work broadcast. It shall, however, be a*

---

<sup>2</sup> Bilag 1c til Marakkech-overenskomsten om oprettelse af verdenshandelsorganisationen, som blev godkendt ved Rådets afgørelse 94/80/EC af 22. december 1994 om indgåelse på vegne af det Europæiske Fællesskab for så vidt angår anliggender under dets kompetence, af de aftaler, der blev indgået under Uruguay-rundens multilaterale forhandlinger (1986-1994) (EFT 1994 L 336, C1).



*matter for legislation in the countries of the Union to determine the regulations for ephemeral recordings made by a broadcasting organization by means of its own facilities and used for its own broadcasts. The preservation of these recordings in official archives may, on the ground of their exceptional documentary character, be authorized by such legislation."*

23. Selvom artikel 11 bis (1) og (2) refererer til ophavsmænds ret til at overføre et værk til almenheden refererer undtagelsen i artikel 11 bis (3), som giver de kontraherende partier i Berner-konventionen adgang til at fastsætte en undtagelse for visse handlinger, til "optagelse" dvs. reproduktioner af værket (hvad enten reproduktionen indgår i et program eller ej, og er beregnet til at blive anvendt til udsendelse).

## **5. RETLIGE BEMÆRKNINGER**

### **5.1. Indledning**

24. Det bemærkes indledningsvis, at såfremt Fællesskabsretten ikke indeholder en udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes nationale lovgivning med henblik på fastsættelse af betydningen af rækkevidden af fællesskabsbestemmelser, som det er tilfældet med artikel 5, stk. 2, litra d) i direktiv 2001/29, skal sådanne bestemmelser fortolkes selvstændigt og ensartet i hele fællesskabet, jf. blandt andet sag C-245/00, *Sena*, præmis 23 og sag C-306/05, *SGAE*, præmis 31.
25. Disse betragtninger er af særlig betydning for fortolkningen af artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet set i lyset af ordlyden af betragtning 6 (der vedrører nødvendigheden af at undgå lovgivningsmæssig inkonsekvens blandt medlemsstaterne) og betragtning 21 (der vedrører omfanget af retten til reproduktion) og især betragtning 41 til Direktivet.
26. Det bemærkes yderligere, at denne sag vedrører en undtagelse fra ophavsmandens enerettigheder. Det følger af Domstolens praksis, f.eks. sag C-5/08, *Infopaq*, præmis 57 til 59, at bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindeligt princip i samme direktiv efter retspraksis skal fortolkes indskrænkende (sag C-476/01, *Kapper*, præmis 72 og sag C-36/05, *Kommissionen mod Spanien*, præmis 31).

27. Dette princip gælder også for undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet, der er en undtagelse fra det generelle princip i Direktivet, nemlig kravet om tilladelse fra rettighedshaveren til enhver reproduktionshandling af et beskyttet værk.
28. Dette gælder særligt i betragtning af, at undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra d), skal fortolkes i lyset af artikel 5, stk. 5, som fastslår, at undtagelser og indskrænkninger efter bl.a. artikel 5, stk. 1, kun må anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider imod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelige skader for rettighedsindehaverens legitime interesser.
29. I overensstemmelse med betragtning 4, 6 og 21 i præambelen til Direktivet skal betingelsen for anvendelse af artikel 5, stk. 1, også fortolkes i lyset af behovet for retssikkerhed for ophavsmænd med hensyn til beskyttelse af deres værker.
30. Samtidig må det fremhæves, at også brugere af rettighederne, f.eks. radio- og fjernsynsforetagender, på samme måde har brug for retssikkerhed med hensyn til anvendelse af en undtagelse fra eneretten. En krænkelse af enerettighederne kan således indebære en risiko for radio- og fjernsynsforetagender på samme måde som for enhver anden bruger. Såfremt der mangler klarhed om rækkevidden af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra d), som en bruger, f.eks. et radio- og fjernsynsforetagende, kan påberåbe sig, kan det vanskeliggøre brugernes mulighed for at forsvare sig mod urimelige krav. Det samme er tilfældet, såfremt omfanget af en enerettighed afgrænses på en sådan måde, at brugernes, f.eks. radio- og fjernsynsforetagenders, legitime aktiviteter vanskeliggøres. Det gælder særligt i den foreliggende situation, hvor de musikalske værker, der indgår i det færdige program, udgør en del af det samlede værk, over hvilket andre - herunder radio- og fjernsynsforetagender og tv-produktionsselskaberne - også har rettigheder.
31. Endelig bemærkes, at selvom undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra d) vedrører alle kategorier af rettighedsindehavere fastlagt i artikel 2, herunder radio- og fjernsynsforetagender og tv-produktionsselskaber, drejer tvisten i den konkrete sag sig alene om ophavsmænd. Kommissionens bemærkninger i det følgende vil derfor vedrøre anvendelsen af undtagelsen i relation til ophavsmænd. Det bør imidlertid erindres, at artikel 5, stk. 2, litra d), fortolkes på en måde, der giver mening i praksis,

idet andre, som f.eks. radio- og fjernsynsforetagender og tv-produktionsselskaberne, også kan have rettigheder over musikværker i endelige tv-produktioner, der ligeledes kan være omfattet af anvendelsesområdet for undtagelsen.

## 5.2. Svar på de af Østre Landsret stillede spørgsmål

### 5.2.1. Spørgsmål 1

*Skal udtrykkene "ved hjælp af egne midler" i direktiv 2001/29/EF artikel 5, stk. litra d, og "på radio- og fjernsynsforetagendes vegne og under dette foretagendes ansvar" i samme direktivs betragtning 41 fortolkes i henhold til national ret eller fællesskabsretten?*

32. Hverken udtrykket "efemere optagelser" eller "ved hjælp af egne midler" er defineret i Direktivet. Under disse omstændigheder, skal begreberne defineres under hensyn til ordlyden af artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet og den sammenhæng, som bestemmelsen indgår i samt i lyset af de overordnede mål for Direktivet og under hensyn til international ret (jf. i denne retning, C-306/05, *SGAE*, præmis 34 og 35 og den deri nævnte retspraksis).
33. Undtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet hører til blandt de fakultative undtagelser. Medlemsstaterne kan fritage visse optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender fra eneretten til reproduktion, men er ikke forpligtet til at gøre det.
34. Artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet gennemfører artikel 11 bis (3) i Bernerkonventionen, der ligeledes indeholder en henvisning til "egne hjælpemidler". Artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet bør fortolkes i lyset af EU's internationale forpligtelser (jf. bl.a., sag C 341/95 *Bettati*, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
35. I Dreier/Hugenholtz kommentar<sup>3</sup> anføres kortfattet:

"the provision intends to facilitate the internal organisation and the mission of broadcasting organisations"

---

<sup>3</sup> Bechthold, in Dreier/Hugenholtz, *Concise Copyright, Information Society Directive*, art. 5, note 3(g).

36. Berner-konventionens artikel 11 bis (3), fortolkes således, at radio- og fjernsynsforetagender kan foretage optagelser og bruge det optagede materiale med henblik på at gennemføre en udsendelse, herunder en udskudt udsendelse eller en genudsendelse. Denne opfattelse taler for en teleologisk fortolkning, der indebærer, at radio- og fjernsynsforetagender kan foretage efemere optagelser enten selv eller via underleverandører, i det omfang disse reproduktioner er nødvendige for at gennemføre en udsendelse ("broadcast") eller overføring af de reproducerede værker.
37. Dette indebærer, at artikel 5, stk. 1, litra d), må forstås således, at formålet med undtagelsen er at omfatte reproduktioner, der gør det muligt eller lettere at gennemføre en transmission af det værk, der skal udsendes til almenheden. Formuleringen af betragtning 41, der henviser til "egne midler", som også omfatter en person, der handler på fjernsynsforetagendes vegne, bekræfter, at artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet også vedrører reproduktioner, der udføres i forbindelse med en udsendelse, der transmitteres over afstand fra et andet sted og med transmissionsudstyr, som anvendes af radio- og fjernsynsforetagendet eller på dets vegne.
38. Formålet med undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra d), var, som det fremgår af betragtning 41 til Direktivet, at inkludere de situationer, hvor programmet produceres af en tredjemand på vegne af et radio- og fjernsynsforetagende.
39. Det fremgår ikke klart af forelæggelseskendelsen, om Østre Landsret henviser til en faktisk situation, hvor tv-produktionsselskabet transmitterer eller overdrager værket til radio- og fjernsynsforetagendet, som denne normalt ifølge de kontraktlige forhold er forpligtiget til. Såfremt landsretten henviser til denne situation, vil den bestå af to faser. For det første, den efemere optagelse foretaget af tredjemand, og for det andet den begrænsede form for transmission eller overdragelse, der finder sted mellem radio- og fjernsynsforetagendet og tv-produktionsselskabet, der handler på dets vegne. Den første handling falder helt klart inden for rammerne af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra d), og den anden handling er blot en underordnet handling til den første. Begge typer af handlinger synes at være omfattet af anvendelsesområdet for undtagelsen, da der ikke er tale om "udnyttelse" af værket. Den begrænsede transmission af værket fra tv-produktionsselskabet til radio- og fjernsynsforetagendet

er ikke en "overføring" til almenheden, men er udført i henhold til en kontrakt med tv-produktionsselskabet, og går forud for udsendelse af værket til seerne.

40. De faktiske omstændigheder i sagen, som beskrevet af den forelæggende ret, tyder ikke på, at handlingerne i den konkrete sag referer til en form for transmission eller overdragelse af værket mellem tv-produktionsselskabet og radio- og fjernsynsforetagendet. Den nationale domstols forelæggelse angår tilsyneladende spørgsmålet om, hvorvidt radio- og fjernsynsforetagender generelt kan udlicitere udførelsen af efemere optagelser, som en del af udlicitering af programproduktionen.
41. Kommissionen foreslår derfor, at besvare det stillede spørgsmål således, at begreberne i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29/EF er fællesskabsretlige begreber, som skal fortolkes selvstændigt og ensartet. Et radio- og fjernsynsforetagende kan foretage efemere optagelser med det formål at muliggøre eller lette gennemførelsen af en udsendelse, det være sig en direkte udsendelse eller en udskudt udsendelse, uanset om reproduktionen er foretaget ved hjælp af egne midler eller af en tredjemand, der handler på dets vegne.

### 5.2.2. Spørgsmål 2

*Skal det, som for eksempel i den danske, engelske og franske sprogversion af direktiv 2001/29/EF artikel 5, stk. 2, litra d, lægges til grund, at ordlyden af bestemmelsen er "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar", eller skal det lægges til grund, som for eksempel i den tyske sprogversion, at ordlyden af bestemmelsen er "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar?"*

42. Den tyske version af artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet: er sålydende: *"Ephemere Aufzeichnungen von Werken, die von Sendeunternehmen mit eigenen Mitteln und für eigene Sendungen vorgenommen worden sind"*. Den tyske version af artikel 5, stk. 1, litra d) er således identisk med den terminologi, der f.eks. anvendes i den engelske og franske version.
43. Når henses til den identiske ordlyd af den materielle bestemmelse, der er genstand for fortolkning, er der efter Kommissionens opfattelse ikke grundlag for at drage konklusioner med hensyn til rækkevidden af denne bestemmelse alene med henvisning til forskelle i de sproglige versioner af betragtningerne.

44. Kommissionen foreslår derfor, at spørgsmålet besvares med, at ordlyden af artikel 5, stk. 1, litra d), skal lægges til grund for fortolkningen uanset forskelle i de sproglige versioner af betragtningerne til Direktivet.

### 5.2.3. Spørgsmål 3

*Under forudsætning af, at de i spørgsmål 1 anførte udtryk skal fortolkes i henhold til fællesskabsretten spørges: Hvilke kriterier skal den nationale domstol lægge til grund ved den konkrete vurdering af, om en optagelse foretaget af tredjemand (herefter kaldet: "Producenten") til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser er foretaget "ved hjælp af egne midler", herunder "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar", således at optagelsen er omfattet af den i artikel 5, stk. 2, litra d, hjemlede undtagelse?*

45. Artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet giver mulighed for, at et radio- og fjernsynsforetagende ved hjælp af egne midler eller en tredjemand på dets vegne kan udføre en reproduktion, der er nødvendig for at gennemføre en udsendelse til seerne ("broadcasting").
46. Artikel 5, stk. 2, litra d), i Direktivet omfatter visse efemere optagelser, der er foretaget af tredjemænd, som muliggør eller letter udsendelse af værket til seerne. Som anført ovenfor som svar på spørgsmål 1, omfatter artikel 5, stk. 2, litra d), visse optagelser, der foretages ved hjælp af radio- og fjernsynsforetagendets udsendelsesudstyr ("broadcasting facilities") eller på dets vegne. Bestemmelsen i artikel 5, stk. 2, litra d), omfatter derimod ikke andre typer af reproduktioner, der foretages, med henblik på udnyttelse ("exploitation") af værket.
47. Selvom et bestemt værk er "bestilt" af et radio- og fjernsynsforetagende, er reproduktioner, der udføres f.eks. af en filmproducent ved hjælp af dennes udstyr til andre formål (end efemere optagelser, der gør det muligt at udsende værket), derfor ikke omfattet af artikel 5, stk. 2, litra d). Dette følger af den naturlige forståelse af ordlyden og formålet med bestemmelsen, som anført under svaret til spørgsmål 1, og under hensyn til, at undtagelser fra ophavsretten skal fortolkes snævert.
48. Det bemærkes endvidere at optagelser af et filmværk foretaget af en tredjemand (f.eks. en uafhængig filmproducent) til brug for et radio- og fjernsynsforetagende til selve udsendelsen til seerne ikke kan betragtes som en efemer optagelse, der er omfattet af artikel 5, stk. 2, litra d). Mens varigheden af "efemere" optagelser ikke er

angivet i artikel 5, stk. 2, litra d), er det generelt set rimeligt at antage, at optagelse af en film ikke kan anses for en efemer reproduktion. Sådanne reproduktioner er endvidere i modsætning til efemere optagelser ikke bestemt til at blive tilintetgjort, efter at de har tjent deres formål (dvs. at muliggøre en udsendelse, udskudt udsendelse eller en genudsendelse) eller bestemt til et begrænset formål, som f.eks. arkivering eller bevaring.

49. Artikel 5, stk. 1, litra d), indeholder ingen kriterier til afgørelse af, under hvilke omstændigheder en optagelse foretaget af en tredjemand (Producenten), er omfattet af undtagelsen. Såfremt efemere optagelser er udliciteret til en tredjemand må reproduktion heraf for at være omfattet af undtagelsen være begrænset til efemere optagelser, som gør det muligt eller lettere at anvende optagelsen i forbindelse med en udsendelse. Andre typer af reproduktioner foretaget med henblik på udnyttelse ("exploitation") af værket er derimod ikke omfattet af undtagelsen.
50. Kommissionen foreslår derfor, at spørgsmålet besvares med, at det tilkommer den nationale domstol under hensyn til de faktiske forhold i sagen at vurdere, hvorvidt efemere optagelser er foretaget med henblik på at muliggøre eller lette udsendelse af en optagelse til almenheden og dermed, om en reproduktion er omfattet af undtagelsen.
51. Det tilføjes, at ifølge artikel 5, stk. 1, litra d), sidste led, gælder, at
- "bevarelse af sådanne optagelser i officielle arkiver kan tillades, når der er tale om optagelser af exceptionel dokumentarisk karakter".*
52. Denne del af bestemmelsen er ikke omtalt i forelæggelseskendelsen, men kan formentlig give anledning til problemer i praksis. Efemere optagelser kan således i princippet opbevares af radio- og fjernsynsforetagendet til andre bestemte formål.
53. Spørgsmål 3, a):
- a) Skal begrebet "egne midler" i artikel 5, stk. 2, litra d, i direktiv 2001/29/EF forstås således, at en optagelse foretaget af Producenten til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser alene er omfattet af den ved artikel 5, stk. 2, litra d hjemlede undtagelse, såfremt radio- og fjernsynsforetagendet overfor tredjemand hæfter for Producentens handlinger og undladelser relateret til*

*optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undtagelser?*

54. Som anført ovenfor, omhandler artikel 5, stk. 1, litra d), efemere optagelser, og derfor ikke levering af en færdig optaget produktion (som i sagens natur kun sjældent kan betragtes som en efemer optagelse) med henblik på et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelse ("broadcasting"). Artikel 5, stk. 1, litra d), vedrører den situation, hvor radio- og fjernsynsforetagendet foretager efemere optagelser for at muliggøre eller lette en udsendelse.
55. Artikel 5, stk. 1, litra d), skal forstås således, at bestemmelsen ikke omfatter en Producentens optagelser på vegne af et radio- og fjernsynsforetagende udført til brug for selve udsendelsen til seerne. Under disse omstændigheder er det derfor uden betydning, om radio- og fjernsynsforetagendet hæfter for Producentens handlinger.
56. Spørgsmål 3, b):
- b) Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages på "radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dettes ansvar", opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt Producenten til at fortage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse?*
57. Det fremgår af det tidligere anførte, at artikel 5, stk. 1, litra d), ikke finder anvendelse, hvor optagelser, som ikke er efemere, overføres til radio- og fjernsynsforetagendet med henblik på selve udsendelsen. Artikel 5, stk. 1, litra d), der udgør en undtagelse til ophavsretten og derfor skal fortolkes snævert, omfatter alene reproduktioner foretaget af et radio- og fjernsynsforetagende eller en tredjemand, der handler på dets vegne til varetagelse af den tekniske proces, der udføres i forbindelse med en udsendelse.
58. Betydningen af, at et radio- og fjernsynsforetagende har "bestilt" Producenten til at fortage optagelsen og er indehaver af rettighederne til udsendelse er et særskilt spørgsmål, der ikke ses af betydning for anvendelse af undtagelsen. Det er dog naturligvis en forudsætning for anvendelse af undtagelsen, at den pågældende tredjemand handler på vegne af radio- og fjernsynsforetagendet, og ikke handler på egen hånd.



59. Anvendelse af undtagelsen er ikke afhængig af, om de særlige rettigheder til udsendelse af værket er afklaret, dvs. hvem der er indehaver af rettighederne til overføring af værket til almenheden. Som det fremgår af fremstillingen ovenfor, må transmission eller overdragelse af værket mellem tv-produktionsselskabet og radio- og fjernsynsforetagendet betragtes som "pre-broadcasting transmissions" altså præliminære handlinger, som går forud for udsendelse, og som foretages egenhændigt af den ene part med henblik på senere udsendelse.

60. Spørgsmål 3, b), i):

*Det ønskes oplyst, om, i bekræftende fald med hvilken vægt, følgende forhold kan eller skal tillægges betydning ved besvarelsen af spørgsmål 3b):*

*i. Om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller Producenten, der i henhold til disse parter aftale har den sidste og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende det bestilte programs indhold.*

61. I lyset af ovenstående er det uden betydning, om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller Producenten, der i henhold til parternes aftale har den sidste og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende det bestilte programs indhold.

62. Undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra d), finder ikke anvendelse på reproduktioner, som er nødvendige med henblik på udnyttelse ("exploitation") af det værk, som senere udsendes. Det tilføjes, at radio- og fjernsynsforetagender og den tredjemand, med hvem kontrakt om produktion af et program er indgået, formentlig også er rettighedshavere til det færdige program. Arten og omfanget af rettighederne til det færdige program afhænger af de kontraktlige relationer mellem producenten og radio- og fjernsynsforetagendet. Når en dokumentarfilm eller en film skabes af et tv-produktionsselskab på vegne af et radio- og fjernsynsforetagende, vil enten den ene eller den anden være indehaver af rettighederne som filmproducent og indrømme den anden licens til brug af værket.

63. Efter Kommissionens opfattelse er det derfor uden betydning, om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller Producenten, der i henhold til parternes aftale har den

sidste og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende det bestilte programs indhold.

64. Spørgsmål 3, b) ii):

*ii. Om radio- og fjernsynsforetagendet overfor tredjemand hæfter for Producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.*

65. Der henvises til svaret ovenfor. Det er således ligeledes uden betydning, om radio- og fjernsynsforetagendet overfor tredjemand hæfter for Producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.

66. Spørgsmål 3, b), iii):

*iii. Om Producenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet er kontraktuelt forpligtet til at levere det pågældende program til radio- og fjernsynsforetagendet til en bestemt pris og inden for denne pris er forpligtet til at afholde alle de udgifter, der måtte være forbundet med optagelsen.*

67. Artikel 5, stk. 1, litra d), der udgør en undtagelse til ophavsretten, er som ovenfor anført begrænset til optagelser, der foretages i forbindelse med udsendelse ("broadcasting") af et værk. Betragtning 41 skal derfor forstås som en henvisning til radio- og fjernsynsforetagendets "midler", og ikke en henvisning til filmproducentens udstyr. Reproduktioner, der finder sted på selve produktionsstadiet af værket, er derfor ikke omfattet af undtagelsen.

68. Efter Kommissionen opfattelse er det derfor uden betydning om Producenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet er kontraktligt forpligtet til at levere det pågældende program til radio- og fjernsynsforetagendet til en bestemt pris og inden for denne pris er forpligtet til at afholde alle de udgifter, der måtte være forbundet med optagelsen.

69. Spørgsmål 3, b) iv):

*iv. Om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller Producenten, der har ansvaret for den pågældende optagelse overfor tredjemand.*

70. Af de ovenfor anførte grunde er det ligeledes uden betydning om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller Producenten, der har ansvaret for den pågældende optagelse overfor tredjemand.

71. Spørgsmål 3, c):

*c) Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dettes ansvar", opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt Producenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse, såfremt Producenten i aftale med radio- og fjernsynsforetagendet vedrørende optagelsen har påtaget sig det økonomiske og juridiske ansvar for (i) afholdelse af samtlige de med optagelsen forbundne udgifter mod betaling af et forud fastsat beløb (ii) ansvaret for køb af rettigheder, samt (iii) ansvaret for uforudsete forhold, herunder forsinkelse af optagelsen og misligholdelsesansvar, men uden at radio- og fjernsynsforetagendet overfor tredjemand hæfter for Producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og unndladelser?*

72. Spørgsmålet synes at hvile på den forudsætning, at handlinger, som forekommer i produktionsleddet er omfattet af artikel 5, stk. 1, litra d). Efter Kommissionens opfattelse er dette ikke tilfældet. Betragtning 41 til Direktivet, som tilsyneladende udgør grundlaget for de stillede spørgsmål, skal fortolkes sammen med den materielle artikel, som betragtningen henviser til. Når henses til dette forhold, fremgår det, at udtrykket: "på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar" i betragtning 41, henviser til den tredjemand, der anvender transmissions-udstyr på vegne af radio- og fjernsynsforetagendet. Udtrykket henviser ikke til en producent, der frembringer et værk i henhold til en kontrakt eller på anden måde i bestilling.

## 6. KONKLUSION

73. Kommissionen foreslår, at de af Østre Landsret stillede spørgsmål besvares således:

Spørgsmål 1:

*Begreberne i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29/EF er fællesskabsretlige begreber, som skal fortolkes selvstændigt og ensartet. Et radio- og*

*ffernsynsforetagende kan foretage efemere optagelser med det formål at muliggøre eller lette gennemførelsen af en udsendelse, det være sig en direkte udsendelse eller en udskudt udsendelse, uanset om denne optagelse er foretaget ved hjælp af egne midler eller af en tredjemand, der handler på dets vegne.*

Spørgsmål 2:

*Ordlyden af artikel 5, stk. 1, litra d), skal lægges til grund for fortolkningen uanset forskelle i de sproglige versioner af betragtningerne til direktiv 2001/29/EF.*

Spørgsmål 3

*Det tilkommer den nationale domstol under hensyn til de faktiske forhold i sagen at vurdere, hvorvidt efemere optagelser er foretaget med henblik på at muliggøre eller lette udsendelse af programmet til almenheden og dermed, om en reproduktion er omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra d), i direktiv 2001/29/EF.*

Julie SAMNADDA

Hans Christian STØVLBÆK  
Kommissionens befuldmægtigede



**EUROPA-KOMMISSIONEN**

DEN JURIDISKE TJENESTE

Bruxelles, den 10. juni 2011  
sj.a(2011)700068

Den Europæiske Unions Domstol  
Justitiskontoret

L - 2925 Luxembourg

**Ang.:**            **Sag C-510/10**  
                      **DR og TV2 Danmark A/S**  
                      **mod**  
                      **NCB**

**CORRIGENDUM**

Under henvisning til Kommissionens skriftlige indlæg i ovennævnte sag berigtiges følgende i den originale version:

I pkt. 1, 28, 30, 37, 38, 39, 49, 51, 54, 55, 57, 62, 67, 72 og under konklusionen for så vidt angår spørgsmål 2 og 3 ændres "Artikel 5, stk. 1, litra d)" i det skriftlige indlæg til "Artikel 5, stk. 2, litra d)".

I pkt. 16, 28, tredje linje, og i pkt. 29 ændres "Artikel 5, stk. 1" til "Artikel 5, stk. 2".

Det bemærkes, at ændringerne ikke berører den franske version.

Julie SAMNADDA

Hans Christian STØVLBÆK

Kommissionens befuldmægtigede