

Kulturministeriet

35. Download til offline-brug

5. februar 2021

Den digitale udvikling har i de senere år ført til, at danskerne i øget omfang bruger adgangsbaserede tjenester (streaming m.v.) i stedet for at købe egne eksemplarer af fx et stykke musik eller en film.

Visse streamingtjenester som f.eks. Netflix eller Spotify giver abonnenter mulighed for midlertidig download og offline-afspilning af noget af tjenestens indhold på visse understøttede enheder og med visse begrænsninger. For nogen tjenesters vedkommende kræver sådanne muligheder et særligt abonnement.

Abonnementen får ingen ejendomsret over det downloadede materiale men alene en tidsbegrænset brugsret, og materialet bliver automatisk utilgængeligt, når der ikke længere abonneres på tjenesten.

Mens der synes at være bred enighed om, at streaming ikke indebærer en form for kopiering, der skal omfattes af en kompensationsordning for privatkopiering, er det et omdiskuteret spørgsmål, om download til offline-brug fra en streamingtjeneste udgør en sådan form for kopiering. Der foreligger ikke dansk eller EU-retspraksis på området¹, og svaret på spørgsmålet beror således på en juridisk fortolkning af de gældende regler, som blev skrevet på et tidspunkt, hvor streaming og download til offline-brug af fx musik ikke var udbredt og dermed heller ikke til tænkt reglernes anvendelsesområde.

Download til offline-brug – en kompensationsberettigende privatkopieringshandling?

Det kan diskuteres, om download til offline-brug overhovedet er en kompensationsberettigende privatkopieringshandling, eller om download til offline-brug i stedet må karakteriseres som en handling som led i et lejeforhold, hvor lejeren på baggrund af en lejeaftale får en tidsbegrænset brugsret til en kopi af et beskyttet værk, eksempelvis en film, ligesom det kendes fra et videofilmslejeforhold i den fysiske verden.

Det følger eksempelvis af Netflix' brugerbetingelser², at abonnenterne får en begrænset og ikke-overdragelig ret til at tilgå tjenesten og se dens indhold.

For så vidt angår download til offline-brug fremgår det af betingelserne, at

”Noget Netflix-indhold er tilgængeligt til midlertidig downloading og offlineafspilning på visse understøttede enheder (”offlinetitler”).

¹ Domstole i Sverige og Holland har beskæftiget sig med spørgsmålet om download til offline-brug, henholdsvis Södertörns Tingsrätts dom af 18. december 2018 i sag T 9826-13 og Retten i Haags dom af 18. september 2019 i sag C-/07/561257. Ingen af dommene er dog afgørende i forhold til vurderingen af, hvorvidt download til offline-brug efter dansk ret skal betragtes som en kompensationsberettigende privatkopieringshandling.

² <https://help.netflix.com/legal/termsfuse>

Der gælder visse begrænsninger, herunder begrænsninger for antallet af offlinetitler pr. konto, det maksimale antal enheder, der må indeholde offlinetitler, tidsperioden inden for hvilken du skal begynde at se offlinetitlerne, og hvor længe offlinetitlerne vil være tilgængelige. Nogle offlinetitler kan muligvis ikke afspilles i visse lande, og hvis du går på internettet i et land, hvor du ikke ville kunne streame en given offlinetitel, vil offlinetitlen ikke kunne afspilles, så længe du er i det pågældende land.”

Desuden fremgår det af betingelserne, at

”Du accepterer, at du ikke må arkivere, reproducere, distribuere, modificere, fremvise, udføre, offentliggøre, licensere, fremstille afledte værker af, sælge eller bruge (bortset fra, hvis det udtrykkeligt er tilladt i disse brugerbetingelser) indhold og information indeholdt i eller indhentet fra eller gennem Netflix-tjenesten. Du accepterer også, at du ikke må: omgå, fjerne, ændre, deaktivere, forringe, eller hindre indholdsbeskyttelserne i Netflix-tjenesten [...]”

Man får som abonnent således ingen ejendomsret over det indhold, som man af tjenesten har fået lov til at benytte offline, og indholdet er kun tilgængeligt så længe, der abonneres på tjenesten.

På den baggrund kan det indhold, man som abonnent kan downloade til offline-brug, betragtes som lejet indhold, som streamingtjenesten har fuld kontrol over, og som automatisk tilbageleveres til tjenesten, hvis der ikke betales for abonnementet, eller hvis andre forhold i brugerbetingelserne gør, at abonnenten ikke længere kan tilgå det.

Der kan således argumenteres for, at der først vil være tale om en i forhold til privatkopieringskompensationen relevant privatkopieringshandling, hvis abonnenten laver en kopi af det materiale – hvis dette er teknisk muligt – som vedkommende har tilgængeligt offline, eksempelvis ved at lave en kopi af materialet fra tjenestens platform og lægge dette over på sin eksterne harddisk.

En sådan kopi vil dog så være blevet til på baggrund af et lejet eksemplar og/eller evt. på baggrund af omgåelse af en teknisk foranstaltning, hvilket ikke dækkes af kompensationsordningen.

Spørgsmålet om dobbeltkompensation

Et andet spørgsmål er, om rettighedshaverne skal kompenseres efter reglen om kompensation for privatkopiering, hvis rettighedshaverne har mulighed for at modtage betaling for kopieringen i form af eksempelvis en licensafgift.

Streamingtjenesters eventuelle udbud af en mulighed for download til offline-brug sker bag en aftale- og betalingsvæg. Udbud af en sådan mulighed til abonnenterne kræver, at streamingtjenesterne har tilladelse hertil fra rettighedshaverne. Uden en sådan tilladelse, og en abonnents heraf afledte tilladelse fra (og adgang til) tjenesten, ville abonnentens kopiering til privat brug af tjenestens indhold – hvis dette overhovedet er teknisk muligt – ske på grundlag af et ulovligt forlæg, hvilket ikke er omfattet af privatkopieringsundtagelsen i ophavsretslovens § 12, og derfor heller ikke omfattet af kompensationsordningen.

I modsætning til den fysiske verden, hvor rettighedshaverne ikke har kontrol med kopieringen af deres værker eller mulighed for licensering heraf, har rettighedshaverne bevaret denne kontrol og mulighed for licensering i forbindelse med deres værkers tilstedeværelse på streamingtjenesterne.

Muligheden for download til offline-brug afhænger således af streamingtjenesterne tilladelse og etablering af adgang hertil - en tilladelse, som rettighedshaverne er nærmest til at sikre sig kompensation for via deres direkte aftaleforhold med streamingtjenesterne.

EU-Domstolen har udtalt sig om betydningen af en tilladelse til kopiering i forhold til privatkopieringskompensationen i sag C-457/11, VG WORT.³ Domstolen udtaler bl.a., at når en medlemsstat har besluttet at udelukke enhver ret for rettighedshaverne til at tillade reproduktion af deres værker, er det uden betydning for rettighedshavernes krav på rimelig kompensation, om de (alligevel) måtte have givet tilladelse til reproduktion.

Domstolen udtaler dog også, at såfremt en medlemsstat blot har indført en simpel indskrænkning af rettighedshavernes ret til reproduktion, må det afgøres, om den nationale lovgiver har haft til hensigt at bevare ophavsmændenes ret til reproduktion.

Privatkopieringsundtagelsen i ophavsretslovens § 12 udelukker ikke fuldstændig retten for rettighedshaverne til at tillade reproduktion af deres værker. Tværtimod er anvendelsesområdet for undtagelsen, særligt for så vidt angår digital kopiering, ganske snævert, og undtagelsen kan i øvrigt fraviges ved aftale.

Det er Kulturministeriets opfattelse, at rettighedshaverne har retlig mulighed for at opnå et rimeligt vederlag for tilladelsen til download til offline-brug ved indgåelsen af aftalen med streamingtjenesten, og at en privatpersons download til offline-brug af en streamingtjenestes indhold på baggrund af en aftale herom med

³ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-457/11&language=DA>

tjenesten ikke indebærer en form for kopiering, der skal omfattes af kompensationsordningen for privatkopiering.

Denne opfattelse synes at stemme overens med præambelbetragtning 35 i Infosoc-direktivet⁴, hvoraf det fremgår, at der i visse sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift, ikke bør forfalde specifik eller særskilt betaling.

Opfattelsen synes også at stemme overens med det af EU-Domstolen anførte i den ovenfor nævnte sag C-467/08, Padawan. Her udtalte Domstolen, at

En fysisk persons privatkopiering skal herved anses for en handling til skade for ophavsmanden til det beskyttede værk.
Det følger heraf, at den person, der har givet anledning til skaden for indehaveren af eneretten til reproduktion, er den, som til privat brug foretager en sådan reproduktion af et beskyttet værk uden at søge forudgående tilladelse fra nævnte indehaver. [...]” (præmis 44 og 45).

Da en abonnents download til offline-brug ikke sker uden forudgående tilladelse fra rettighedshaverne, men tværtimod kun lovligt kan ske på baggrund af en teknisk adgang til og tilladelse fra streamingtjenesten afledt af tjenestens tilladelse fra rettighedshaveren, må det modsætningsvist følge, at en abonnents download til offline-brug ikke giver anledning til en kompensationsberettigende skade.

Ræsonnementet synes logisk, da det vil kunne føre til dobbeltkompensation, hvis rettighedshaverne både kan modtage betaling i henhold til aftaler og kompensation efter kompensationsordningen for samme kopi.

Skade ved download til offline-brug – en hypotetisk antagelse?

Det skal i forlængelse af de ovenfor anførte betragtninger bemærkes, at reglerne om kompensation for privatkopiering bl.a. bygger på en hypotetisk antagelse om, at en privatpersons mulighed for lovlig privatkopiering afholder personen fra at erhverve eller generhverve et eksemplar af værket til skade for rettighedshaverne.

Hypotesen er eksempelvis, at en person, som lovligt har erhvervet en cd og laver en kopi af denne til sit sommerhus, ville have købt et ekstra eksemplar af cd'en, hvis ikke privatkopiering var tilladt, og at rettighedshaverne derfor lider et

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet.

økonomisk tab ved, at privatpersonen ikke - i dette tilfælde - generhverver men kopierer cd'en.

Måtte man trods det ovenfor anførte være af den opfattelse, at download til offline-brug er en for privatkopieringskompensationen relevant handling, og at det ingen betydning har, at rettighedshaverne retligt har mulighed for at opnå et rimeligt vederlag for kopieringen til privat brug ved indgåelse af aftalen med streamingtjenesten, er det vigtigt at være opmærksom på, at rettighedshaverne kun skal kompenseres, hvis de lider skade - et økonomisk tab - som følge af kopieringen.

Det synes tvivlsomt, om rettighedshaverne lider økonomisk skade på grund af en abonnents mulighed for download til offline-brug fra en streamingtjeneste, da abonnenten næppe, hvis muligheden for download til offline-brug ikke eksisterede, ville købe et eksemplar af dét værk, eksempelvis en film, som abonnenten måtte ønske at have til rådighed offline. Det er i den forbindelse værd at holde sig for øje, at muligheden for offline-brug er en accessorisk ydelse ift. hovedydelsen, som er online-streaming.

Konklusion

Kulturministeriet bemærker, at spørgsmålet om, hvorvidt download til offline-brug er en kompensationsberettigende privatkopieringshandling, er komplekst og omdiskuteret, og der foreligger ingen dansk praksis eller praksis fra EU-Domstolen, der entydigt afklarer dette.

Samlet set er det ministeriets opfattelse, at download til offline-brug ikke bør være dækket af en kompensationsordning for privatkopiering.

Kulturministeriet skal for en god ordens skyld gøre opmærksom på, at spørgsmålet om download til offline-brug indgår i den igangværende retssag, som Copydan KulturPlus har anlagt mod Kulturministeriet.