Den 3. november 2021 blev af Ophavsretslicensnævnet

i sag nr. 123

Copydan Tekst & Node
Bryggervangen 8
2100 København Ø
Danmark

mod

Nota
Teglværksgade 37, 3.
2100 København Ø
Danmark

og

Styrelsen for Undervisning og Kvalitet (STUK)
Frederiksholms Kanal 26
1220 København K
Danmark

afsagt følgende kendelse:

Indledning

Sagen angår en tvist mellem Copydan Tekst & Node og de statslige institutioner Nota og STUK (herefter under ét benævnt "Nota") om, hvad Nota skal betale i kompensation (vederlag) til rettighedshaverne for fremstilling og udnyttelse af e-bøger og lydbøger til syns- og læsehandicappede personer. Tvisten omfatter bl.a.

- om kompensationen skal fastsættes som et engangsbeløb eller pr. udnyttelse
- niveauet for kompensationen

- hvorvidt der ved fastsættelse af kompensationens størrelse skal sondres mellem tilfælde, hvor det litterære værk i forvejen foreligger i et tilgængeligt format udgivet kommercielt af et forlag (eller forfatteren selv), og tilfælde, hvor dette ikke er tilfældet, og
- hvad der udgør minimal skade, hvor der ikke skal betales kompensation

Sagens anlæg og forløb

Sagen blev anlagt ved Copydan Tekst & Nodes indgivelse af klageskrift af 29. maj 2019, og der har i anledning af sagen været afgivet følgende yderligere processkrifter:

- Svarskrift af 30. august 2019
- Replik af 20. december 2019
- Duplik af 28. februar 2020.
- Supplerende processkrift I af 3. april 2020
- Supplerende processkrift A af 29. maj 2020
- Notas sammenfattende processkrift af 16. december 2020
- Copydan Tekst & Nodes påstandsdokument af 17. december 2020

Parterne har derudover fremlagt bilag 1-20 og bilag A-S.

Der blev afholdt mundtlig forhandling den 22. og 23. september 2021 i Kulturministeriets lokaler, Nybrogade 2, 1203 København K.

Copydan Tekst & Node har været repræsenteret af advokat Peter Schønning, mens Nota har været repræsenteret af advokat Mette Lindskoug.

I Ophavsretslicensnævnets behandling af sagen har deltaget højesteretsdommer Jan Schans Christensen (formand), advokat, ph.d. Vibeke Borberg og advokat Asger Heine Jensen.

Der er under sagen afgivet vidneforklaringer af Christine Bødtcher-Hansen, Jeppe Mossin, Morten Visby, Anders K. Rasch og Michael Wright.

Parternes påstande

I. Copydan Tekst & Nodes påstande

Copydan Tekst & Node har nedlagt påstand om, at Nota i medfør af ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, skal betale et vederlag til de rettighedshavere, som Copydan Tekst & Node repræsenterer, på

a) 12 kr. pr. udnyttelse af et værk som e-bog eller lydbog, når værket er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format
b) 7 kr. pr. udnyttelse af et værk som e-bog eller lydbog, når værket ikke er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format.

II. Notas påstande

Nota har overfor Copydan Tekst & Nodes påstand nedlagt påstand om frifindelse.

Nota har endvidere nedlagt påstand om, at Nota i medfør af ophavsretslovens § 17, d, stk. 1, skal betale følgende kompensation til rettighedshaverne:

1. Nota betaler et engangsbeløb på 4,05 kr. til Copydan Tekst & Node pr. side af en titel, der findes i ét eller flere tilgængelige formater i Notas samlinger, første gang titlen har været benyttet samlet 150 gange på én eller flere af følgende måder:

    a) Titlen er downloadet eller påbegyndt streamet. Samme brugers download eller streaming af samme titel inden for 30 dage efter første download eller påbegyndte streaming tæller dog ikke med ved opgørelsen af det samlede antal benyttelser.
    b) Titlen er udsendt fysisk til en bruger.

2. Såfremt en titel findes i forskellige tilgængelige formater i Notas samlinger, tæller samtlige benyttelser af titlen (i de forskellige tilgængelige formater) med ved opgørelsen af det samlede antal benyttelser. En titel skal i denne kompensationsmodel forstås som den oprindelige titel samt enhver ny udgave heraf.

3. Opgørelsen af sideantallet sker på grundlag af sideantallet i det trykte eksemplar af titlen, der ligger til grund for det eller de tilgængelige formater i Notas samlinger. Såfremt det trykte eksemplar af titlen foreligger i forskellige udgaver, sker opgørelsen af sideantallet på grundlag

af den udgave, der har flest sider. Såfremt titlen ikke er offentliggjort i et trykt eksemplar, opgøres sideantallet som normalsider. Ved en normalside forstås 1300 bogstaver for prosa og 30 verslinjer for poesi.

4. Satsen i punkt 1 reguleres hvert år pr. 1. januar på grundlag af udviklingen i lønindekset for november måned det forudgående år med udgangspunkt i år 2018.

5. Følgende benyttelser tæller ikke med ved opgørelsen efter punkt 1:
   a) Brugeres læsning af op til 10 % af titlen; en gratis "kigge-adgang".
   b) Underviseres benyttelser af titler.
   c) Enhver benyttelse af et tilgængeligt format i punktskrift eller andre formater, der normalt kun anvendes af personer med syns- eller læsehandicap, jf. ophavsretslovens § 17d, stk. 2.
   d) Enhver benyttelse af lydbøger, som Nota før kompensationsmodellens ikrafttræden har betalt rettighedshaverne et engangsbeløb for i henhold til den hidtidige tvangslicensaftale.

Sagens parter

Copydan Tekst & Node er en kollektiv forvaltningsorganisation, som forhandler vederlag på vegne af rettighedshavere til litterære værker. Copydan Tekst & Node repræsenterer i denne sag de medlemsorganisationer, hvis medlemmer har rettigheder til litterære værker i bogform, herunder Dansk Forfatterforening, Danske skønlitterære Forfattere, UBVA og Danske Forlag.

Nota er Danmarks nationalbibliotek for personer med læsevanskeligheder – et statsligt bibliotek under Kulturministeriet, der producerer lydbøger, e-bøger og punktbøger til personer, der ikke kan eller har vanskeligt ved at læse almindelig trykt tekst. Nota optager titler i sin samling og, hvis det er muligt, indkøber Nota en såkaldt lydbogsmaster på det kommercielle marked. Herefter tilpasser Nota den indkøbte lydbogsmaster under hensyn til brugernes behov. Hvis Nota ikke kan købe lydbogen på det kommercielle marked, kan Nota vælge at producere den selv.

STUK er en styrelse under Børne- og Undervisningsministeriet, der finansierer undervisningsmateriale til læsehandicappede på ungdomsuddannelser og videregående uddannelser.

Forklaringer

Christine Bødtcher-Hansen

Christine Bødtcher-Hansen har forklaret bl.a., at hun har været direktør for Danske Forlag siden 2010. Danske Forlag har oplevet en markant udvikling fra et trykt marked til et digitalt marked. Branchen antog, at e-bøgerne ville komme til at dominere markedet, men det er imidlertid lydbogsområdet, som har oplevet en massiv vækst. Hos mange af de større medlemmer af Danske Forlag repræsenterer digitale bøger, særligt lydbøger, tæt på halvdelen af medlemmernes omsætning. Stort set al omsætningen i dag genereres ved streaming på kommercielle streamingtjenester og eReolen, som er folkebibliotekernes udlånstjeneste. På e-bogområdet arbejdes der med internationale standarder, kaldt e-pub formatet, som indtænker tilgængelighed i e-bøger. Danske Forlag udgiver typisk i e-pub, dog ikke i fuldt ud tilgængelige udgaver.

Jeppe Mossin

Jeppe Mossin har forklaret bl.a., at han har været digital salgschef hos forlaget Gyldendal i fire år. De digitale bøger har vundet indpas inden for de seneste 10 år, udviklingen hen imod øget brug af digitale bøger har været særlig markant i tiden efter 2015. Det digitale marked var oprindelig præget af e-bøger, men siden har lydbøger været i betydelig vækst og taget den plads på markedet, man oprindelig forventede tilkom e-bøgerne. 80-85% af Gyldendals digitale omsætning er lydbøger. Det er bl.a. kendetegnende for lydbøger og e-bøger, at de erfaringsmæssigt efterspørges i længere tid end traditionelle fysiske bøger. [redacted] Nota spiller en mindre rolle for omsætningen på det digitale bogmarked, og den årlige stigning i omsætningen er 5-10%. [redacted] Det lydbogsprodukt, som Gyldendal producerer, er ikke væsentligt forskelligt fra Notas produktion, og der er sommetider et vist sammenfald med indlæserne. Ved produktionen tager Gyldendal dog ikke hensyn til enkeltpersoners behov, men gør sig kommercielle overvejelser om, hvorvidt en fysisk bog skal udgives digitalt.

Morten Visby

Morten Visby har forklaret bl.a., at han siden 2017 har været formand for Dansk Forfatterforening, og at han inden da og siden 2012 var næstformand i foreningen.

Omsætning af fysiske bøger er ikke i vækst. Store dele af forfatteres indtjening er dermed flyttet fra fysiske indkøb til digital brug. Det marked, hvor forfattere skal tjene deres penge fremover, er det digitale. Brug af bøger i Nota-sammenhæng har således en stor økonomisk betydning for foreningens medlemmer. Forfatterøkonomier er generelt meget skrøbelige, og selv mindre beløb kan gøre en væsentlig forskel for en forfatter. Det første salg udløser som regel ikke en betydelig indtjening, og forfatteren er derfor afhængig af, at der efterfølgende genereres et vederlag ved digitalt salg og brug. Det er generelt de mindre og løbende indtægter, som er betydningsfulde for forfattere. En forfatter bør kunne bevare sine rettigheder og sikre sig at kunne følge med udviklingen på bogområdet.

Anders K. Rasch

Anders K. Rasch har forklaret bl.a., at han har været direktør for Copydan Tekst & Node siden 2008. Copydan Tekst & Node har siden 2012 varetaget opgaven med fordelingen af vederlag for lydbogsproduktion hos Nota, men området blev sat i bero ved indbringelse af sagen for Ophavsretslicensnævnet. I 2016 blev der udarbejdet en e-bogsaftale på aftalelicensvilkår. Copydan Tekst & Node fordeler vederlag ud fra et ligedelingsprincip, så udgiver- og forfattersiden modtager samme andel. Fordelingen sker bl.a. på baggrund af databasesystemer hos Copydan Tekst & Node, som er baseret på data om, hvad der er kopieret hos undervisningsinstitutioner og erhvervsvirksomheder mv. Størstedelen af Copydan Tekst & Nodes aftaler er baseret på betaling pr. brug uden et loft (en transaktionsbaseret model).

Michael Wright

Michael Wright har forklaret bl.a., at han har været direktør for Nota siden 2008. Nota har i dag 207-208.000 medlemmer. Der har været en meget kraftig vækst af medlemmer hos Nota. Et medlemskab forudsætter imidlertid et dokumenteret læsehandicap. Notas samling af lydbøger består af ca. 30.000 titler. Udlånet pr. titel stiger dog ikke, hvilket skyldes aldersbetingede mønstre, og at der primært er kommet flere yngre medlemmer til. Forlagenes lydbøger svarer ikke til Notas, da Notas lydbøger bl.a. opbygges strukturelt, så der kan navigeres i materialet. Formatet gøres så vidt muligt tilgængeligt for alle medlemmer, og i nogle tilfælde kun for enkelte medlemmer. Det er en forudsætning for Nota, at der overdrages en master ved indgåelse af en bilateral aftale med et forlag. Betalingen omfatter masteren, da der er tale om en samlet betaling. En differentieret kompensationsmodel vil være meget omkostningskrævende og administrativt

byrdefuld for Nota, da der i så fald bl.a. vil skulle undersøges, hvorvidt en titel er tilgængelig for den relevante brugergruppe i Nota. Undersøgelsen kræver specialisering og tager ca. 2,5 time pr. titel.

Retsgrundlag

Indtil den ændring af ophavsretsloven, der fandt sted ved lov nr. 719 af 8. juni 2018 (herefter "2018-lovændringen"), lød ophavsretslovens § 17, stk. 3, således:

"Lydoptagelser af udgivne litterære værker må gengives og spredes til brug for syns- og læsehandicappede, når det ikke sker i erhvervsøjemed. Ophavsmanden har krav på vederlag. Kan der ikke opnås enighed om størrelsen af vederlaget, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47."

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fulgte, at størrelsen af vederlaget – som efter den dagældende bestemmelse skulle erlægges til ophavsmanden – beroede på en aftale mellem parterne.

På områder, der ikke var omfattet af den dagældende § 17, stk. 3, kunne der indgås aftaler mellem de bemyndigede enheder og rettighedshaverne om brug af tilgængelige formater.

Ved 2018-lovændringen blev ophavsretsloven ændret med henblik på at gennemføre direktiv 2017/1564 ("Marrakeshdirektivet") om bl.a. visse tilladte former for anvendelse af værker til gavn for personer, der er blinde eller synshæmmede eller på anden måde har et læsehandicap (herefter "syns- eller læsehandicap"). Direktivet har ligesom den bagvedliggende traktat af 27. juni 2013 ("Marrakeshtraktaten") bl.a. til formål at fremme adgang til offentliggjorte værker for personer med syns- eller læsehandicap, jf. præambelbetragtning 4 og 6.

Den dagældende § 17, stk. 3, i ophavsretsloven blev med ændringen ophævet, og i stedet indførtes §§ 17 a – 17 e, som lyder således:

"§ 17 a. I §§ 17 b-17 e forstås ved:

1. Person med syns- eller læsehandicap: en person, der uanset eventuelle andre handicap
    1. er blind,
    2. har en synsnedsættelse, som ikke kan afhjælpes, så vedkommende får en synsfunktion, der tilnærmelsesvis svarer til synet hos en

person uden en sådan funktionsnedsættelse, og som derfor er ude af stand til at læse trykte værker i tilnærmelsesvis samme grad som en person uden en sådan funktionsnedsættelse,

3. har et perceptions- eller læsehandicap, og som derfor er ude af stand til at læse trykte værker i tilnærmelsesvis samme grad som en person uden et sådant handicap, eller
4. på anden måde grundet et fysisk handicap er ude af stand til at holde eller håndtere en bog eller fokusere eller bevæge øjnene i et omfang, der normalt muliggør læsning.
5. Tilgængeligt format: værker, der præsenteres på en alternativ måde eller i en alternativ form, der giver en person med syns- eller læsehandicap lige så let og behagelig adgang til værket som en person uden de funktionsnedsættelser eller handicap, som er nævnt i nr. 1.
6. Bemyndiget enhed: en enhed, der er godkendt eller anerkendt i en medlemsstat inden for Den Europæiske Union til at forestå uddannelse, undervisning, tilpasset læsning eller adgang til information for personer med syns- eller læsehandicap på ikkekommerciel basis. Det omfatter også offentlige institutioner eller nonprofitorganisationer, der leverer de samme ydelser til personer med syns- eller læsehandicap som en af deres primære aktiviteter eller institutionelle forpligtelser eller som en del af deres almennyttige opgaver.

§ 17 b. §§ 17 c-17 e finder anvendelse på offentliggjorte værker i form af bøger, tidsskrifter, aviser, blade eller anden type skriftligt materiale, notationer og tilhørende illustrationer på ethvert medie.

§ 17 c. En person med syns- eller læsehandicap eller en person, der handler på dennes vegne, må fremstille et tilgængeligt format. Et tilgængeligt format må kun bruges af en person med syns- eller læsehandicap.

Stk. 2. En bemyndiget enhed må fremstille, overføre, stille til rådighed, sprede eller udlåne et tilgængeligt format til en person med syns- eller læsehandicap eller en anden bemyndiget enhed inden for Den Europæiske Union. Handlinger efter 1. pkt. må kun ske på ikkekommerciel basis til brug for personer med syns- eller læsehandicap.

Stk. 3. En person med syns- eller læsehandicap eller en bemyndiget enhed må tilegne sig eller få adgang til et tilgængeligt format, der overføres, stilles til rådighed, spredes eller udlånes af en bemyndiget enhed, der er etableret inden for Den Europæiske Union.

Stk. 4. Stk. 1-3 kan ikke fraviges ved aftale.

§ 17 d. Anvender en bemyndiget enhed, der er etableret i Danmark, § 17 c, stk. 2, har ophavsmanden krav på kompensation, jf. dog stk. 2. 1. pkt. finder ikke anvendelse, hvis skaden for en ophavsmand er minimal.

Stk. 2. Der skal ikke betales kompensation, når en bemyndiget enhed, der er etableret i Danmark, fremstiller, overfører, stiller til rådighed, spreder eller udlåner et tilgængeligt format i punktskrift eller andre formater, der normalt kun anvendes af personer med syns- eller læsehandicap.

Stk. 3. Opnås der ikke enighed om kompensation efter stk. 1, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47.

Stk. 4. Stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse, når en bemyndiget enhed, der er etableret i Danmark, foretager handlinger i medfør af artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning om grænseoverskridende udveksling mellem Unionen og tredjelande af visse værker og andre frembringelser, der er beskyttet af ophavsret og beslægtede rettigheder, i tilgængeligt format til gavn for personer, der er blinde eller synshæmmede eller på anden måde har et læsehandicap.

§ 17 e. En bemyndiget enhed, der er etableret i Danmark, og som overfører, stiller til rådighed, spreder eller udlåner tilgængelige formater til personer med syns- eller læsehandicap eller bemyndigede enheder i andre lande inden for Den Europæiske Union, eller som importerer tilgængelige formater fra en bemyndiget enhed, der er etableret i et af disse lande, skal indføre en praksis for at sikre, at enheden

1. kun spreder, overfører tilgængelige formater til og stiller tilgængelige formater til rådighed for personer med syns- eller læsehandicap eller andre bemyndigede enheder,
2. tager passende skridt for at modvirke, at tilgængelige formater bliver fremstillet, spredt, overført eller stillet til rådighed på uautoriseret vis,
3. udviser den fornødne omhu ved og fører registre over sin behandling af værker og tilgængelige formater deraf og
4. på sin hjemmeside, hvis dette er passende, eller gennem andre digitale eller fysiske kanaler offentliggør og opdaterer oplysninger om, hvordan den overholder forpligtelserne i nr. 1-3.

Stk. 2. De bemyndigede enheder, der er nævnt i stk. 1, skal efter anmodning give personer med syns- eller læsehandicap, andre bemyndigede enheder eller ophavsmænd en liste over de tilgængelige formater, som enheden har til rådighed, og navn og kontaktoplysninger på de bemyndigede enheder, enheden har samarbejdet med i forbindelse med udvekslingen af tilgængelige formater. Gives den information, der er nævnt i 1. pkt., til en person med syns- eller læsehandicap, skal den gives i et format, der kan tilgås af personen med syns- eller læsehandicap.«

Indførelsen af §§ 17 a – 17 e i ophavsretsloven havde som anført sin baggrund i gennemførelsen af Marrakeshdirektivet.

Om Marrakeshdirektivet hedder det i bemærkningerne til 2018-lovændringeen under "Hovedpunkterne i lovforslaget" bl.a. således (Folketingstidende 2017-18, tillæg A, lovforslag 230, s. 10-11 og s. 13-14):

"*2.2 Ny undtagelse for personer med syns- og læsehandicap*

…

2.2.2 Direktivets regler

Det følger af artikel 3, stk. 1, at medlemsstaterne skal fastsætte en undtagelse, at tilladelse fra rettighedshaveren af enhver ophavsrettighed eller beslægtet rettighed til et værk eller en anden frembringelse ikke kræves i henhold til artikel 5 og 7 i direktiv 96/9/EF (databasedirektivet), artikel 2, 3 og 4 i direktiv 2001/29/EF (Insofoc-direktivet) artikel 1, stk. 1, artikel 8, stk. 2 og 3, og artikel 9 i direktiv 2006/115/EF (leje- og lånedirektivet) samt artikel 4 i direktiv 2009/24/EF (edb-direktivet), for nogen handling, der er nødvendig for, at:

a) en målgruppeperson eller en person, der handler på dennes vegne, kan fremstille et tilgængeligt format af et værk eller en anden frembringelse, som målgruppepersonen har lovlig adgang til, til målgruppepersonens eksklusive brug, og

b) en bemyndiget enhed kan fremstille et tilgængeligt format af et værk eller en anden frembringelse, som den har lovlig adgang til, eller overføre et tilgængeligt format, stille det til rådighed, sprede det eller udlåne det til en målgruppeperson eller en anden bemyndiget enhed på ikkekommerciel basis til en målgruppepersons eksklusive brug.

Det følger af artikel 3, stk. 2, at medlemsstaterne skal sikre, at ethvert tilgængeligt format respekterer værkets eller frembringelsens integritet med behørigt hensyn til de ændringer, der er nødvendige for at gøre værket eller frembringelsen tilgængeligt i det alternative format.

Det fremgår af artikel 3, stk. 3, at artikel 3, stk. 1, kun må anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller den anden frembringelse og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.

Af artikel 3, stk. 4, fremgår det, at artikel 6, stk. 4, første, tredje og femte afsnit, i direktiv 2001/29/EF finder anvendelse på undtagelsen i artikel 3, stk. 1, i Marrakeshdirektivet.

Artikel 6, stk. 4, i Infosoc-direktivet indeholder regler om "forpligtelser vedrørende tekniske foranstaltninger". Bestemmelsen forpligter bl.a. medlemsstaterne til at træffe passende foranstaltninger til at sikre, at rettighedshaverne giver den, der nyder godt af en undtagelse m.v., midler til at drage fordel af undtagelsen m.v. Disse regler er gennemført i dansk lovgivning i ophavsretslovens §§ 75 b-75 e.

Den manglende henvisning til artikel 6, stk. 4, fjerde afsnit, medfører, at reglerne også finder anvendelse på værker m.v., der stilles til rådighed for almenheden på kontraktmæssige vilkår på en sådan måde, at almenheden har adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt (on demand).

I Marrakeshdirektivets artikel 3, stk. 5, fastslås det, at medlemsstaterne skal sikre, at de undtagelser, der er fastsat i stk. 1, ikke kan tilsidesættes ved aftale.

…

2.3 Kompensation

…

2.3.2 Direktivets regler

Medlemsstaternes mulighed for at fastsætte kompensation er fastlagt i direktivets artikel 3, stk. 6:

"Medlemsstaterne kan fastsætte, at anvendelser tilladt i medfør af dette direktiv, der foretages af bemyndigede enheder, der er etableret på deres område, gøres til genstand for kompensationsordninger inden for de begrænsninger, der er fastlagt i dette direktiv. "

Disse begrænsninger er særligt beskrevet i direktivets betragtning 14:

(14) I betragtning af den særlige karakter og det særlige anvendelsesområde for den undtagelse, der indføres med dette direktiv, samt behovet for retssikkerhed for målgruppen, bør det ikke være muligt for medlemsstaterne at stille yderligere krav for anvendelsen af undtagelsen, såsom forudgående verificering af, hvorvidt værkerne stilles kommercielt til rådighed i tilgængelige formater, end dem, der er fastlagt i dette direktiv. Medlemsstaterne bør kun kunne indføre kompensationsordninger vedrørende bemyndigede enheders tilladte anvendelser af værker eller andre frembringelser. For at undgå byrder for målgruppepersoner og forhindre barrierer for den grænseoverskridende spredning af tilgængelige formater og urimelige krav til bemyndigede enheder er det vigtigt, at medlemsstaternes mulighed for at indføre sådanne kompensationsordninger er begrænset. Kompensationsordninger bør derfor ikke kræve betaling fra målgruppepersoner. De bør kun finde anvendelse på anvendelser, der foretages af bemyndigede enheder etableret på den medlemsstats område, der indfører en sådan ordning, og de bør ikke kræve betaling fra bemyndigede enheder, der er

etableret i andre medlemsstater eller tredjelande, som er parter i Marrakeshtraktaten. Medlemsstaterne bør sikre, at der ikke er mere byrdefulde krav til den grænseoverskridende udveksling af tilgængelige formater under sådanne kompensationsordninger end for ikkegrænseoverskridende udveksling, herunder med hensyn til kompensationens form og mulige niveau. Ved fastlæggelse af kompensationsniveauet bør der tages behørigt hensyn til nonprofit-karakteren af bemyndigede enheders aktiviteter, til de almene mål, der forfølges i dette direktiv, målgruppepersonernes interesser, rettighedshaveres mulige skade og nødvendigheden af at sikre grænseoverskridende spredning af tilgængelige formater. Der bør også tages hensyn til hvert enkelt tilfældes konkrete omstændigheder, der hidrører fra fremstillingen af et bestemt tilgængeligt format. Hvis en rettighedshavers skade er minimal, bør der ikke opstå nogen pligt til at betale kompensation".

I bemærkningerne til 2018-lovændringem hedder det endvidere om kompensation bl.a. (Folketingstidende 2017-18, tillæg A, lovforslag 230, s. 14):

"*2.3.3 Kulturministeriets overvejelser og forslag*
Under forhandlingerne af direktivet var det vigtigt for Danmark, at der også blev taget hensyn til rettighedshaverne (forfattere og deres forlag m.v.), da reglerne - afhængigt af den endelige udformning - kunne medføre ikke uvæsentlig skade for disse. Danmark lagde således under forhandlingerne bl.a. afgørende vægt på en løsning, hvor medlemsstaterne kan beslutte, at der kan produceres og stilles materiale til rådighed for personer med syns- eller læsehandicap under forudsætning af, at rettighedshaverne modtager kompensation. Ved fastlæggelsen af niveauet for kompensationen lagde Danmark endvidere afgørende vægt på, at der ikke kun skal tages behørigt hensyn til, at der er tale om ikke-kommercielle aktiviteter til fordel for personer med syns- eller læsehandicap, men at der ligeledes skal tages hensyn til den mulige skade for rettighedshaverne. Disse synspunkt blev afspejlet i det endelige direktivs artikel 3, stk. 6, og betragtning 14, der er gengivet ovenfor.

Kulturministeriet finder i lyset af Danmarks holdning til kompensationsspørgsmålet, jf. ovenfor, at direktivets muligheder for at fastsætte kompensation bør udnyttes. Dette gøres konkret i forslaget til § 17 d. Udover Danmarks holdning under forhandlingerne af direktivet, lægger Kulturministeriet vægt på, at Nota har oplevet en stor stigning i antallet af brugere - fra ca. fra ca. 10.000 brugere i 2004 til ca. 135.000 brugere i 2018. Dette skyldes særligt en stor stigning i antallet af ordblinde, mens antallet af andre personer med syns- eller læsehandicap, herunder blindhed, er nogenlunde stabil. Ca. 54 % af de indmeldte brugere benytter aktivt Nota. 69 % af brugerne under 18 år er aktive (2016-tal). Stigningen i antallet af ordblinde hænger sammen med, at der er kommet større fokus på at diagnosticere personer med ordblindhed bl.a. i landets grundskoler. Dette medfører også, at langt størstedelen af Notas brugere er i alderen 10-29 år. Kulturministeriet lægger også vægt på, at selvom Nota m.v. også fremover vil indkøbe e-bøger og lydbøger direkte fra det kommercielle marked, da dette kan være billigere end at fremstille det pågældende format selv, så kan det ikke

udelukkes, at organisationerne i fremtiden i højere grad vil vælge selv at fremstille de tilgængelige formater. Endelig lægger Kulturministeriet vægt på, at rettighedshaverne også i dag modtager betaling fra bl.a. Nota.

Med henblik på at sikre at kompensationen ikke bliver urimelig høj for de bemyndigede enheder, hvilket kan medføre en væsentlig begrænsning af udbuddet af titler til enhedernes brugere, indeholder forslaget en undtagelse fra kompensationspligten i de tilfælde, hvor skaden for en rettighedshaver er minimal, hvilket også kræves efter direktivets betragtning 14.

Herudover foreslås det i § 17 d, stk. 2, at der ikke skal betales kompensation for fremstilling af tilgængelige formater i hverken punktskrift eller andre formater, som normalt kun kan anvendes af personer med syns- eller læsehandicap. Der er tale om formattyper, der kun anvendes i begrænset omfang i dag, men som ikke desto mindre er uundværlige for visse persontyper, fx personer der er døvblinde. Samtidig er der tale om formater, der efter Kulturministeriets opfattelse almindeligvis falder under fribrugsreglen i ophavsretslovens § 17, stk. 1, hvorfor der ikke i dag betales til rettighedshaverne på dette område. Forslaget omfatter både formater til personer med synshandicap og personer med læsehandicap, men det må forventes, at bestemmelsen hovedsageligt vil være relevant i forhold til blinde eller personer med andet synshandicap.

Forslaget indeholder i lighed med den nuværende § 17, stk. 3, ikke detaljerede regler om hverken opgørelsen af eller kompensationens eksakte størrelse. Udgangspunktet er derfor, at de bemyndigede enheder og rettighedshaverne indgår aftale om udformningen af kompensationsordningen og kompensationens størrelse inden for direktivets og lovforslagets rammer. Det foreslås endvidere at udvide Ophavsretslicensnævnets kompetence til at afgøre tvister mellem parterne om kompensationen, således at parterne - ud over almindelig domstolsprøvelse - har mulighed for hurtig og sagkyndig behandling af sådanne tvister.

…"

I bemærkningerne til 2018-lovændringen hedder det endvidere bl.a. (Folketingstidende 2017-18, tillæg A, lovforslag 230, s. 15-16):

"3. De økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

Forslaget vurderes ikke at have væsentlige økonomiske konsekvenser for det offentlige.

Betalingen til rettighedshaverne kan i dag ske som følge af aftaler mellem rettighedshaverne og de bemyndigede enheder eller som følge af den kompensation, som ophavsmanden modtager i medfør af ophavsretslovens § 17, stk. 3.

Nota betalte i 2017 samlet set ca. 4,3 mio. kr. til rettighedshaverne. Denne betaling dækker Notas almindelig område, men ikke Studieserviceordning (se nedenfor).

En aftale om vederlag til rettighedshaverne for, at Nota på vegne af Styrelsen for Undervisning og Kvalitet tilgængeliggør materiale til studerende med læsehandicap til brug for uddannelse (Studieserviceordningen), har gennem en længere periode været under forhandling mellem parterne. Forhandlingerne har på det seneste været i bero med henblik på afklaring af retstilstanden efter gennemførelsen af dette lovforslag. Forhandlingerne forventes genoptaget, når der er klarhed over, hvordan det fremadrettede regelsæt bliver.

Med de nye regler vil der under visse betingelser skulle betales kompensation til rettighedshaverne i medfør af forslaget til § 17 d. Herudover vil der skulle betales for erhvervelse af bøger m.v., som ikke falder ind under anvendelsesområdet for de nye regler. Dette vil fx være tilfældet, hvis Nota ønsker at købe en lydbog, som rettighedshaverne har udgivet i et tilgængeligt format, i stedet for selv at fremstille lydbogen. Dermed vil Nota imidlertid spare egne produktionsomkostninger.

Det er ikke muligt at fastslå de præcise økonomiske konsekvenser for det offentlige ved implementering af direktivet med kompensation, da det nøjagtige kompensationsniveau ikke vil være fastsat i loven men derimod i aftaler mellem bemyndigede enheder og rettighedshaverne eller i kendelser fra Ophavsretslicensnævnet m.v.

Selvom lovgrundlaget ændrer sig, er det dog den overordnede vurdering, at betalingen til rettighedshaverne ikke vil blive påvirket væsentligt, såfremt det nuværende aktivitetsniveau fastholdes. Dog kan det ikke afvises, at betalingen vil blive lidt mindre end i dag, da Kulturministeriet læser betragtning 14 således, at medlemsstaterne skal sikre, at kompensationsniveauet ikke bliver for højt:

"Ved fastlæggelse af kompensationsniveauet bør der tages behørigt hensyn til nonprofit-karakteren af bemyndigede enheders aktiviteter, til de almene mål, der forfølges i dette direktiv, målgruppepersonernes interesser, rettighedshaveres mulige skade og nødvendigheden af at sikre grænseoverskridende spredning af tilgængelige formater. Der bør også tages hensyn til hvert enkelt tilfældes konkrete omstændigheder, der hidrører fra fremstillingen af et bestemt tilgængeligt format. Hvis en rettighedshavers skade er minimal, bør der ikke opstå nogen pligt til at betale kompensation. "

Hvis Nota m.v. i fremtiden oplever en stigning i fremstillingen og distributionen af tilgængelige formater, vil betalingen til rettighedshaverne samlet set dog kunne overstige betalingen i dag.

Forslaget vurderes samlet set at kunne have positive administrative konsekvenser for det offentlige. Med forslaget vil rettighedshaverne ikke længere kunne nedlægge forbud mod offentlige myndigheders produktion og distribution af værker

m.v. i tilgængelige formater, så længe denne udnyttelse sker inden for rammerne af de nye regler. Offentlige myndigheder m.v. vil heller ikke være forpligtet til at foretage en afsøgning af, om et værk foreligger kommercielt i et tilgængeligt format.

…

4. De økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet m.v.
Af samme grunde, som er anført ovenfor i afsnittet om de økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige, vurderes forslaget ikke at have væsentlige økonomiske konsekvenser for erhvervslivet m.v.

Forslaget indeholder ikke administrative forpligtelser for erhvervslivet m.v."

I bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser hedder det bl.a. (Folketingstidende 2017-18, tillæg A, lovforslag 230, s. 21-22):

"Det følger af forslaget til *§ 17 d, stk. 1,* at anvender en bemyndiget enhed, der er etableret i Danmark, § 17 c, stk. 2, har ophavsmanden krav på kompensation, jf. dog stk. 2. 1. pkt. finder ikke anvendelse, hvis skaden for en ophavsmand er minimal.

Bestemmelsen gennemfører dele af Marrakeshdirektivets artikel 3, stk. 6.

Kompensationskravet gælder kun for bemyndigede enheder, der er etableret i Danmark. Bemyndigede enheder, som ikke er etableret i Danmark, er følgelig ikke omfattet af kompensationskravet, uanset at de overfører, stiller til rådighed, spreder eller udlåner tilgængelige formater til bemyndigede enheder eller personer med syns- eller læsehandicap i Danmark.

Forslaget skal ses i lyset af Marrakeshdirektivets betragtning 14, hvoraf det bl.a. følger, at der kun må kræves kompensation fra de bemyndigede enheder og ikke fra personer med syns- eller læsehandicap. Der kan endvidere kun kræves kompensation fra bemyndigede enheder, der er etableret på den pågældende medlemsstats område, hvorfor der ikke kan kræves betaling fra bemyndigede enheder, der er etableret i andre medlemsstater eller tredjelande, som er parter i Marrakeshtraktaten. Det følger ligeledes af betragtning 14, at medlemsstaterne bør sikre, at der ikke er mere byrdefulde krav til den grænseoverskridende udveksling af tilgængelige formater under sådanne kompensationsordninger end for ikkegrænseoverskridende udveksling, herunder med hensyn til kompensationens form og mulige niveau.

I forhold til fastsættelsen af kompensationsniveauet følger det af betragtning 14, at der bør tages behørigt hensyn til nonprofit-karakteren af bemyndigede enheders aktiviteter, til de almene mål, der forfølges med Marrakeshdirektivet, til hensynet til personer med syns- eller læsehandicap, til rettighedshavernes mulige skade og nødvendigheden af at sikre grænseoverskridende spredning af tilgængelige

formater. Der bør også tages hensyn til hvert enkelt tilfældes konkrete omstændigheder, der hidrører fra fremstillingen af et bestemt tilgængeligt format. Endelig følger det, at hvis en rettighedshavers skade er minimal, bør der ikke opstå nogen pligt til at betale kompensation, hvilket er afspejlet i sidste led af bestemmelsen.

Disse hensyn skal inddrages i forbindelse med fastlæggelsen af kompensationsniveauet for de bemyndigede enheders udnyttelser i henhold til § 17 c, stk. 2. I forhold til den konkrete fastlæggelse af kompensationsniveauet kan der bl.a. tages højde for omfanget af udnyttelsen, om rettighedshaverne selv har udgivet et tilgængeligt format på det kommercielle marked, og om rettighedshaverne på anden måde har fået betaling. Hvis det tilgængelige format f.eks. laves på baggrund af en bog i et ikke-tilgængeligt format, som en skole har indkøbt fra rettighedshaverne, med det formål at give en elev med et syns- eller læsehandicap adgang til bogen i et tilgængeligt format, vil dette kunne tale for, at der vil være skade af minimal karakter, da rettighedshaverne må antages at have modtaget betaling på anden vis - nemlig ved skolens indkøb.

Det vil som udgangspunkt være op til parterne selv at udforme kompensationsordningen, herunder fastlægge kompensationens størrelse i overensstemmelse med principperne ovenfor. Sådanne aftaler kan ske på individuelt grundlag, fx mellem en bemyndiget enhed og et forlag, men forslaget til § 17 d forhindrer ikke indgåelse af kollektive aftaler om kompensations størrelse. Såfremt parterne ikke kan blive enige herom, kan hver af parterne forelægge sagen for Ophavsretslicensnævnet, jf. forslaget til § 17 d, stk. 3, eller domstolene.

Kompensationskravet gælder både for fremstillingen af tilgængelige formater samt for overføring, tilrådighedsstillelse, spredning eller udlån af disse. Det står dog parterne frit at aftale, at betalingen knyttes op på fx fremstillingen eller overføringen, tilrådighedsstillelsen, spredningen eller udlånet af de tilgængelige formater, således at det samlede kompensationsniveau er i overensstemmelse med ovennævnte principper, herunder at der ikke skal svares kompensation, hvis en rettighedshavers skade er minimal.

Det følger af forslaget, at "ophavsmanden" har krav på kompensation, hvilket fx kan være en forfatter til den bog, som der fremstilles tilgængelige kopier af. Såfremt ophavsmanden har overdraget sine rettigheder til fx et forlag, og det derfor er forlaget, som lider skade ved anvendelsen af undtagelsen, vil forlaget dog kunne være berettiget til kompensation på samme måde som ophavsmanden.

Kulturministeriet forventer, at parterne indgår i forhandlingerne i god tro, og at de giver hinanden alle rimelige og nødvendige oplysninger - fx til brug for fastlæggelse af kompensationsniveauet, herunder om det foreligger minimal skade.

Forslaget vil - sammenholdt med forslaget til § 17 c - udvide det område, som er dækket af kompensation. Dette skyldes, at den eksisterende lovgivning kun giver mulighed for kompensation i medfør af ophavsretslovens § 17, stk. 3, der vedrører

lydbøger, mens forslaget til § 17 d giver mulighed for kompensation for alle typer af tilgængelige formater, herunder e-bøger.

Det følger af forslaget til *§ 17 d, stk. 2,* at der ikke skal betales kompensation, når en bemyndiget enhed, der er etableret i Danmark, fremstiller, overfører, stiller til rådighed, spreder eller udlåner et tilgængeligt format i punktskrift eller andre formater, der normalt kun anvendes af personer med syns- eller læsehandicap.

Bestemmelsen finder for det første anvendelse på tilgængelige formater i form af punktskrift - også kaldet brailleskrift.

Andre formater, der er sammenlignelige med formater i punktskrift, vil tillige være omfattet af forslaget til § 17, c, stk. 2. Dette kan fx være omdannelse af grafiske symboler, formler eller tabeller, der teknisk set ikke fremstilles i punktskrift, men som er bearbejdet på anden måde, som gør det muligt for personer med bl.a. synshandicap at tilgå dem. Før disse formater omfattes af bestemmelsen, er det en betingelse, at har en sådan karakter, at de normalt kun vil kunne anvendes af personer med syns- eller læsehandicap, fx hvis tilegnelse af formater - på linje med braille - kræver forudgående indlæring af et særligt sprog eller særlig teknik, således at personer uden syns- eller læsehandicap normalt ville tilegne sig det pågældende værk på en anden måde. Modsat vil formater, der uden større vanskeligheder kan tilgås af alle og enhver, herunder personer med syns- eller læsehandicap, ikke være omfattet af bestemmelsen. Det forventes, at bestemmelsen som udgangspunkt kun vil være relevant for personer med synshandicap.

Bestemmelsen gælder både fysiske bøger samt e-bøger, der fx gør det muligt at læse punktskrift via et punktdisplay eller lignende.

Det følger af forslaget til *§ 17 d, stk. 3*, at opnås der ikke enighed om kompensation efter stk. 1, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47.

Bestemmelsen modsvares af den foreslåede ændring af ophavsretslovens § 47, stk. 2, hvor der lægges op til, at § 17 c, stk. 3, tilføjes til listen over de bestemmelser, hvor Ophavsretslicensnævnet har kompetence.

Forslaget medfører, at Ophavsretslicensnævnet vil kunne træffe afgørelse om udformningen af kompensationsordningen og kompensationens størrelse, herunder beslutte at der ikke skal betales kompensation, fordi skaden for en rettighedshaver er minimal."

Det følger af § 2, stk. 1, i Lov af 8. juni 2018, nr. 719 om ændring af lov om ophavsret, at loven træder i kraft den 11. oktober 2018. Det følger endvidere af § 2, stk. 2, at loven finder anvendelse på tilgængelige formater, der er fremstillet før lovens ikrafttrædelse.

Parternes anbringender

I. Copydan Tekst & Nodes anbringender

Copydan Tekst & Node har til støtte for sin påstand anført navnlig følgende:

Vedrørende det udnyttelsesbestemte vederlagsprincip

Vederlagsmodellen skal tage udgangspunkt i, at betaling fastsættes pr. udnyttelse, således som det er forudsat i lovforarbejderne, der må forstås på den måde, at der skal betales pr. udnyttelse, og ikke et engangsvederlag. Det fremgår således af lovforarbejderne, at parterne kan aftale, at betalingen knyttes op på f.eks. fremstillingen eller overføringen, tilrådighedsstillelsen, spredningen eller udlånet af de tilgængelige formater. Ifølge lovbemærkningerne må udnyttelse forstås som al ophavsretligt relevant brug, herunder f.eks. udlån, streaming, download eller eksemplarfremstilling. Udtrykket vederlag pr. udnyttelse betyder et vederlag for hvert udlån, hver streaming osv.

Der kan ifølge lovmotiverne ved den konkrete fastlæggelse af niveauet bl.a. tages højde for omfanget af udnyttelsen. En betaling pr. udnyttelse harmonerer tillige med lovens forudsætning om, at det er skaden for rettighedshaverne, der skal kompenseres; jo flere udnyttelser, desto større skade og dermed højere vederlæggelse. En betaling pr. udnyttelse er desuden bedst stemmende med grundlæggende ophavsretsprincipper, hvor størrelsen af betalingen afspejler den konkrete udnyttelse af værket.

Ophavsretslovens § 17 c, stk. 2, giver mulighed for, at bemyndigede enheder kan overføre, stille til rådighed, sprede eller udlåne de tilgængelige formater til en anden bemyndiget enhed eller en person med syns- eller læsehandicap inden for EU. Begreberne "overføre", "stille til rådighed", "sprede" og "udlåne" skal ifølge lovmotiverne forstås på samme måde som i ophavsretslovens § 2.

Kulturministeriet lægger i lovbemærkningerne op til, at den samlede betaling til rettighedshaverne kan stige, hvis Nota i fremtiden oplever en stigning i

fremstillingen og distributionen af tilgængelige formater. I lovbemærkningerne nævnes også forudsætningen om en fastholdelse af det nuværende aktivitetsniveau.

Notas vederlagsmodel tager ikke højde for den klare forudsætning i lovens forarbejder om, at det samlede niveau for Notas betaling til rettighedshaverne vil stige, hvis aktivitetsniveauet stiger. En forøget aktivitet i form af forøget brug af værker, hvor der allerede har været 150 benyttelser, vil efter Notas vederlagsmodel være gratis for Nota og vil således ikke indebære et forøget provenu til rettighedshaverne. Dette er i strid med lovens forarbejder og forudsætninger.

Der er ikke sagligt belæg for kriteriet om kompensationsfri benyttelse af et værk samlet 150 gange. Der er ikke fremlagt undersøgelser eller analyser, der understøtter dette kriterium, herunder hvorfor grænsen er sat ved 150 og ikke f.eks. 10 eller 100. Kriteriet er diskretionært og urimeligt og må afvises som et kriterium for fastsættelsen af vederlaget. Som forklaret af Jeppe Mossin og Morten Visby, ønsker både forlag og forfattere løbende indtægter og ikke engangsbeløb. Et vederlag pr. udnyttelse stemmer derudover bedst overens med grundlæggende ophavsretsprincipper, hvor vederlagets størrelse afspejler den konkrete udnyttelse af værket, hvilket eksempelvis kommer til udtryk i forlagskontrakter, filmroyalty mv. Desuden vil en engangsbetaling føre til en væsentlig lavere betaling til rettighedshaverne end i dag.

Der er ikke belæg for at påberåbe sig den tidligere tvangslicensaftale, idet den alene omfattede lydbøger. Derudover er tvangslicensaftalen fra en anden tid jf. herved også Morten Visbys forklaring. Notas udvikling de senere år viser bl.a., at brugen af lydbøger har udviklet sig siden indgåelsen af tvangslicensaftalen. I 2008 havde Nota 14.000 brugere, i april 2019 var dette medlemstal steget til over 162.000, og på nuværende tidspunkt er medlemstallet 208.000. Michael Wright har forklaret, at der i dag er dobbelt så mange lydbogstitler om året sammenlignet med 2008, og at der er en betydelig stigning i antal udlån. Det forhold, at det gennemsnitlige antal udlån pr. titel ikke er steget, ændrer ikke ved, at en betaling pr. brug vil øge den samlede indtægt til de enkelte forfattere og forlag.

Tvangslicensaftalen omfattede ikke betaling til forlag, men alene til forfattere, og der var dermed ikke tale om en reel kompensation eller vederlæggelse, men

snarere et symbolsk plaster på såret til forfatterne.

Nota har igennem hele forløbet for aftaleindgåelsen været åben over for transaktionsbaserede modeller.

Vedrørende en differentieret vederlagsmodel

Der skal med hensyn til vederlagets størrelse sondres mellem tilfælde, hvor det litterære værk i forvejen foreligger i et tilgængeligt format udgivet kommercielt af et forlag (eller forfatteren selv), og tilfælde, hvor dette ikke er tilfældet.

Et tilgængeligt format betyder ifølge ophavsretslovens § 17 a, nr. 2, værker, der præsenteres på en alternativ måde eller i en alternativ form, der giver en person med syns- eller læsehandicap ligeså let og behagelig adgang til værket, som en person uden de funktionsnedsættelser eller handicap. Tilgængelige formater kan f.eks. have form af punktskrift (braille), stor skrift, tilgængelige e-bøger, lydbøger og radioudsendelser.

Det er forudsat i lovbemærkningerne, at der skal ske vederlæggelse til rettighedshaverne, uanset om værket findes i et tilgængeligt format eller ej, men at der skal være en forhøjet kompensation til rettighedshaverne, når disse har særlige økonomiske interesser i en e-bog eller lydbog, fordi de selv har udgivet en sådan til det almindelige, kommercielle marked på en sådan måde, at e-bogen eller lydbogen også er tilgængelig for syns- og læsehandicappede. Lovmotiverne bygger på præambelbetragtning 14 til Marrakeshdirektivet, hvor det fastslås, at der ved fastlæggelse af kompensationsniveauet bør tages hensyn til bl.a. rettighedshavernes mulige skade.

Præambelbetragtning 14 blev forhandlet på plads til sidst under direktivforhandlingerne i 2017, og fra dansk side var det under de afsluttende direktivforhandlinger en afgørende forudsætning, dels at medlemsstaterne skulle have mulighed for at have kompensationsordninger, dels at kompensationens størrelse skulle kunne varieres efter den mulige skade i form af, om værket i forvejen findes i et kommercielt tilgængeligt format. Sondringen er afspejlet i lovmotiverne og præambelbetragtning 14 samt i kulturministerens tale i Folketingets Europaudvalg den 5. maj 2017. I talen nævnes det blandt andet, at der i forbindelse med fastlæggelsen af niveauet for kompensation tages højde for

den mulige skade, som rettighedshaverne kan lide ved, at der bliver produceret materiale, som allerede er tilgængeligt på det kommercielle marked.

I Kulturministeriets pressemeddelelse af 18. maj 2017 fremhæves om det vedtagne direktiv, at Danmark kan opretholde sine regler om, at rettighedshaverne skal have kompensation. Det fremhæves endvidere, at Danmark også vil kunne fastsætte regler om, hvorvidt der ved vurderingen af niveauet for kompensationen skal tages højde for den mulige skade, som rettighedshaverne måtte lide.

Tretrinstesten, der er specificeret i Marrakeshdirektivets artikel 3 (3) har betydning for fastsættelsen af vederlagsstørrelsen. Dette skyldes, at der ifølge denne tretrinstest ikke må fastsættes undtagelser fra den ophavsretlige eneret, der indebærer urimelig skade for rettighedshavernes legitime interesser. Et vederlag eller en kompensation, der afspejler et særligt indgreb i beskyttelsen, fordi et værk allerede findes i et tilgængeligt format, vil respektere denne tretrinstest. En ordning, der ikke differentierer efter, om et værk er udgivet i et tilgængeligt format, respekterer ikke tretrinstesten. Det fremgår af Kulturministeriets kommenterede høringsnotat til lovforslaget, at tretrinstesten vil kunne få betydning for fortolkningen af omfanget af de foreslåede regler.

Vederlaget bør være højere, når der allerede findes et tilgængeligt format, bl.a. ud fra synspunkter om samfundsøkonomi og ressourcespild. Derved gives Nota et incitament til ikke at fremstille e-bøger og lydbøger, når Notas brugere allerede har adgang til de pågældende værker i tilgængelige formater på samme vilkår som personer, der ikke har et syns- eller læsehandicap. Syns- og læsehandicappede personer skal sidestilles med andre brugere, og hvis bogen er tilgængeligt i et tilgængeligt format som e-bog eller lydbog, som et forlag udgiver, er dette princip opnået; de fleste kommercielt udgivne e-bøger og lydbøger findes også på eReolen. Hvis værket allerede findes i et tilgængeligt format, er der ekstra stor skadevirkning, fordi en konkurrerende Nota-distribution vil skade det kommercielle salg.

For kriteriet om tilgængelige formater er det afgørende, om syns- og læsehandicappede personer vil kunne tilegne sig værkerne i det format, der allerede eksisterer. I mange tilfælde vil ordblinde personer – der udgør Notas største brugergruppe – umiddelbart kunne tilegne sig kommercielt udgivne lydbøger og e-bøger på lige fod med personer, der ikke er syns- eller

læsehandicappede, dvs. at disse lydbøger og e-bøger må anses at for være udgivet i et kommercielt tilgængeligt format for en stor del af de personer, som ellers ville kunne være brugere af Notas system. Hvis værket allerede findes i et tilgængeligt format, er der en betydelig skadevirkning, fordi en konkurrerende Nota-distribution vil skade det kommercielle salg. I det tilgængelighedsnotat, som Nota i samarbejde med Danske Forlag har udarbejdet til Nota Classic aftalen samt Nota Classic aftalen generelt og samarbejdsaftalen, er det fastlagt, at Nota skal undersøge, om et værk i forvejen er udgivet i et kommercielt tilgængeligt format. Nota har dermed anerkendt at skulle differentiere, og Nota sonderer naturligvis markedet, før man tager initiativ til at føje en ny titel til samlingen, hvorved det ikke vil være administrativt byrdefuldt, hvis Copydan Tekst & Node får medhold. Det er på denne baggrund ikke påkrævet yderligere at definere inden for rammerne af denne sag, hvornår et litterært værk allerede kan siges at foreligge i et tilgængeligt format, som syns- og læsehandicappede har adgang til. Der bør dermed fastsættes et vederlag, hvor der betales mere for værker, der allerede findes i et tilgængeligt format, eftersom skaden for rettighedshaverne i disse tilfælde er større end i andre tilfælde.

Nota er ikke forhindret i at fremstille et tilgængeligt format, selv om den pågældende bog også kan findes i et tilgængeligt format på markedet. Nota behøver ifølge lovmotiverne ikke foretage en afsøgning af markedet, før Nota gør brug af ophavsretslovens § 17 c, stk. 1. Dette forhindrer ikke en sondring for så vidt angår vederlagets størrelse afhængigt af, om værket allerede findes i et tilgængeligt format eller ej, da denne sondring ikke påvirker selve Notas ret til at fremstille det tilgængelige format til sine brugere. Der er alene tale om et vederlagskriterium. I høringsnotatet til lovforslaget anfører Kulturministeriet, at det er ministeriets forventning, at der fortsat vil blive indgået frivillige aftaler mellem de bemyndigede enheder, herunder Nota, og rettighedshaverne om indkøb af litterært materiale, der er udgivet kommercielt i et handicapegnet format. Derudover følger det af EU's nyligt vedtagne tilgængelighedsdirektiv, at direktivet forpligter forlag og forhandlere til at gøre deres e-bøger tilgængelige for syns- og læsehandicappede fra juni 2025.

Subsidiært gøres det gældende, at hvis der skal fastsættes en enhedspris, uanset om værket findes i et tilgængeligt format eller ej, skal betalingen fastsættes mellem de i påstanden nævnte 7 og 12 kr., eksempelvis midt imellem, dvs. 9,50 kr. pr. udnyttelse.

Vedrørende niveauet for vederlaget

En betaling på 12 kr. pr. udnyttelse er rimelig, når værket allerede er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format, og 7 kr. pr. udnyttelse er rimelig i andre tilfælde.

Til støtte for påstanden om en vederlagsmodel, der tager udgangspunkt i et vederlag på 12 kr. pr. udnyttelse for værker, der er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format, kan anføres, at ca. 12 kr. ifølge eReolen i 2017 er den gennemsnitlige betaling til forlagene for digital tilrådighedsstillelse ("udlån") af e-bøger og digitale lydbøger efter den såkaldte klik-model; helt præcist 11,86 kr. eReolen er de danske folkebibliotekers streamingtjeneste, der giver brugerne adgang til e-bøger. eReolens brugere kan også være ordblinde, idet folkebibliotekerne, herunder eReolen, udlåner lyd- og e-bøger med varierende grad af tilgængelighed. Derudover fremgår det af Notas brugerundersøgelse fra 2017, at hovedparten svarer, at de tilgår bøger fra Nota, men også folkebibliotekerne og køb/abonnement på nettet bliver benyttet. Det er således nærliggende at tage udgangspunkt i disse nyere aftaler om brug i eReolen ved fastsættelsen af vederlaget til rettighedshaverne for Notas brug.

Det for eReolen aftalte vederlagsniveau er det nærmest sammenlignelige, når det gælder denne kategori af litterære værker. Hvis man alternativt sammenligner med de vederlag, som forlagene får fra de kommercielle streamingtjenester eller fra eksemplarsalg af digitale værker gennem netboghandlere, vil niveauet typisk være væsentligt højere.

Til støtte for påstanden om en vederlagsmodel, der tager udgangspunkt i et vederlag på 7 kr. pr. udnyttelse for værker, der ikke er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format, kan anføres, at dette niveau svarer til vederlagsniveauet for e-bøger i aftalen mellem Copydan Tekst & og Nota om såkaldt Nota Classic fra december 2016. Aftalen er relativt ny og må derfor anses at være udtryk for et aktuelt, passende niveau afstemt mellem parterne. Beløbet på 7 kr. pristalsreguleredes årligt. Vederlaget pr. 1. januar 2019 ville udgøre 7,16 kr.

Nota har indgået en række bilaterale aftaler med forlag om brug af forlagenes titler (litterære værker) som lydbøger til Notas brugere. Aftalerne er fortrolige, men ifølge Copydan Tekst & Nodes oplysninger betales der et beløb på typisk 7-

7,50 kr. pr. udnyttelse (streaming/download m.v.). Aftalerne understøtter rettighedshavernes vederlagspåstande. Derudover indebærer tretrinstesten i Marrakeshdirektivets artikel 3 (3), at direktivets undtagelse fra eneretten ikke må stride mod den normale udnyttelse af værket. Dette indikerer, at et vederlagsniveau i henhold til aftaler indgået under den hidtidige eneretsordning skal fastholdes.

Med hensyn til Notas bemærkninger om, at vederlaget på typisk 7-7,50 kr. til forlagene omfatter betaling for arbejdsløn til skuespillere, produktionsomkostninger og arbejdsindsats, er Copydan Tekst & Node af en anden opfattelse. Forlagene har betalt honorar til skuespillerne og afholdt alle omkostninger til indspilningen; disse udgifter omfattes ikke af den løbende royalty- eller licensbetaling. Derimod er der i nogle aftaler fastsat en engangsbetaling, der dækker levering af masterfilen. I andre aftaler har forlaget ikke taget betaling for levering af masterfilen, således at der alene er fastsat vederlag for udnyttelsen (udlån/tilgængeliggørelse). Det kan således ikke lægges til grund, at forlagene fastsætter et vederlag, der dækker forlagets udgifter (produktionsomkostninger). Copydan Tekst & Node er i øvrigt uenig med Nota i, at udtrykket rene ophavsrettigheder alene kan relateres til den tidligere § 17 i ophavsretsloven, idet e-bøger, der faldt uden for § 17 og dermed var omfattet af eneretten i § 2, også var udtryk for "rene ophavsrettigheder". Sagen drejer sig om selve ophavsretsvederlaget i alle tilfælde, hvor Nota stiller et litterært værk (med evt. tilknyttede billeder) til rådighed for sine brugere i form af en e-bog og/eller lydbog, men ikke evt. betaling fra Nota til f.eks. forlag for brug af en teknisk fil med en indlæsning eller en tekst. Sagen drejer sig derfor heller ikke om honorering af skuespillere og andre indlæsere. Sagen omfatter også vederlag til forlag og forfattere i tilfælde, hvor Nota stiller et litterært værk til rådighed for sine medlemmer, uanset at den tekniske fil med indlæsning stilles til rådighed for Nota efter aftale med det private forlag.

Der er ikke belæg for at påberåbe sig den tidligere tvangslicensaftale, som alene omfattede lydbøger, ikke e-bøger. Den tidligere tvangslicensaftale med en engangsbetaling pr. indlæst minut stammer fra en tid, hvor Nota havde et meget begrænset antal medlemmer og udlån og er derfor ikke relevant ved fastsættelsen af vederlagets størrelse. Udnyttelsesgraden på de enkelte værker er i dag massivt højere; derfor meddelte forfatterforeningerne i juni 2017 Nota og Kulturministeriet, at man agtede at bringe aftalen til ophør, fordi udviklingen i

Notas målgruppe og brugerkreds tilsiger et betydeligt højere lydbogsvederlag. Vederlaget i henhold til tvangslicensaftalen skal ses i lyset af den markante udvikling i antallet af brugere, som Nota fremstiller lyd- og e-bøger til.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at rettighedshaverne ikke alene er ophavsmændene, men også kan være forlag.

Parterne er enige om, at det af nævnet fastsatte vederlag skal pristalsreguleres med udgangspunkt i 2018.

Vedrørende det samlede provenu

Det samlede provenu bør ikke i sig selv tillægges betydning ved vederlagsfastsættelsen. Der skal fastsættes et rimeligt vederlag, som tager dels omfanget af udnyttelsen, dels brugen af kommercielt tilgængelige formater i betragtning.

Til støtte herfor kan anføres, at det kan udledes af lovens forarbejder, at der ikke gælder en særlig ramme eller grænse for fastsættelsen af vederlaget til rettighedshaverne. Det fremgår ingen steder af lovbemærkningerne, at vederlaget efter den nye ordning ikke må blive højere end efter den tidligere ordning. Tværtimod er det anført, at dette kan være tilfældet ved aktivitetsstigninger. Spørgsmålet om fastsættelse af størrelsen af vederlaget til de pågældende rettighedshavere er udtrykkeligt overladt til parterne og eventuelt Ophavsretslicensnævnet.

I det omfang nævnet vælger at inddrage det samlede provenu, bemærkes med henvisning til pkt. 3 i de almindelige bemærkninger i lovforslaget af 25. april 2018, at (i) angivelsen af et samlet beløb på 4,3 mio. kr. til rettighedshaverne ikke omfatter Studieserviceordningen, som der hidtil ikke er faldet betaling for, men som der fremover skal betales for efter den tarif, som denne sag vedrører; dette angives direkte i lovbemærkningerne, at (ii) niveauet ikke omfatter Notas betaling for at få lov til at bruge en eksisterende fil/indspilning, og at (iii) betaling til rettighedshaverne ifølge lovforslaget kan stige, hvis Nota i fremtiden oplever en stigning i fremstillingen og distributionen af tilgængelige formater.

Det forhold, at Nota med hjemmel i reglerne fra 2018, i større omfang end hidtil får adgang til at fremstille lydbøger og e-bøger til brugerne, må afspejle sig i et større

samlet vederlag til rettighedshaverne end hidtil. Der bør endvidere ses bort fra 2017-niveauet, da dette ikke er en bindende målestok for summen af den rimelige betaling, som rettighedshaverne er berettiget til efter loven for Notas brug af deres værker. Niveauet er alene et vejledende estimat for lovgivers overvejelser om lovens konsekvenser for det offentlige budget.

Hvis Ophavsretslicensnævnet beslutter, at det i lovbemærkningerne nævnte 2017-niveau skal tages med i betragtning som vejledende for summen af betalingerne til rettighedshaverne for tiden efter lovændringen, må det lægges til grund, at det beløb, som lovgiver har været oplyst om, jf. lovbemærkningerne, er mindst 4,3 mio. kr. i 2017 som rettighedsbetaling, hvortil skal lægges yderligere beløb for Studieservice og en uafregnet andel af e-bogsudlånet i Nota Classic. Derudover er udgifterne til de kommercielle forlag steget, siden Nota afgav oplysninger til Kulturministeriet, hvilket er fremgået af Jeppe Mossins forklaring.

Det fremgår af Kulturministeriets besvarelse den 30. januar 2019 af en forespørgsel fra Nota, at Kulturministeriet ikke delte Nota og STUK's forståelse af, om der gjaldt en maksimal grænse for kompensationsniveauet i henhold til ophavsretslovens § 17 d, stk. 1.

Copydan Tekst & Node bestrider Notas påstand om, at vederlaget ikke bør overstige ca. 962.000 kr., som ifølge Nota udgør det samlede beløb, som Nota betalte til rettighedshaverne for rene ophavsrettigheder i 2017. Det fremgår af e-mail af 2. marts. 2018 fra Nota til Danske Forlag, at alene udgifterne til bilaterale aftaler med forlag i 2017 i forhold til klikafgift beløb, var næsten 3 mio. kr. Samme beløb er angivet i Notas mail af 22. marts. 2018 til Kulturministeriet. Af de fremlagte e-mails mellem Kulturministeriet og Nota af 18. januar 2018 fremgår endvidere, at Kulturministeriet med henblik på netop udfærdigelse af lovbemærkningerne anmodede Nota om at bekræfte den samlede rettighedsbetaling både inden for og uden for ophavsretslovens § 17. Nota har ifølge sit svar i 2017 haft udgifter til rettigheder på ca. 4,3 mio. kr., og Nota vurderer at den samlede årlige betaling til rettighedshaverne er i omegnen af 5 mio. kr. Det tilføjes i svaret, at der mangler en aftale for e-bøger på Studieservice og grundskoleområderne, og udgifter til disse områder er ikke inkluderet i ovenstående vurdering.

Aftalen om e-bøger i Nota Classic omfatter ikke afregning for det meste af første

kvartal 2017, da den først fik virkning fra 17. marts 2017. Derfor indgår der heller ikke afregning for e-bøger udlånt hos Nota i tallene for 2015 og 2016, da e-bogsaftalen ikke eksisterede i disse år. Der er aldrig afregnet til rettighedshaverne for det af Nota ulovhjemlede e-bogsudlån for disse år. Tallene for 2015 og 2016 er dermed heller ikke et retvisende sammenligningsgrundlag.

Copydan Tekst & Node kan hverken bestride eller bekræfte det af Nota anførte om, at Notas betaling til rettighedshaverne i forbindelse med indkøb af lydbogsmastere for 2017 udgjorde ca. 3.455.399 kr. Copydan Tekst & Node bestrider imidlertid Notas efterfølgende beregning, hvor beløbet benyttes til at konkludere, at betalingen for de rene ophavsrettigheder, dermed kun kan have udgjort et restbeløb på 190.000 kr. Dette beløb vedrører alene "forbrug" af lydbogsmastere.

Notas forudsætning om et beløb på 255.021 kr. til Studieservicesamlingen og Materialebasesamlingen hviler ikke på et sagligt grundlag. På et møde mellem parterne den 21. juni 2017 stillede rettighedshaverne således forslag om et vederlag på 14 kr. pr. download/udlån for Studieservice: det forhøjede beløb blev bl.a. baseret på, at lærebøger gennemsnitligt er væsentligt dyrere end andre bøger. I 2017 udnyttede Nota under Studieserviceordningen 267.485 e-bøger og 41.598 lydbøger. Dette ville resultere i et beløb på ca. 4,3 mio. kr. i vederlag til rettighedshaverne (ca. 309.000 x 14); hertil kommer vederlag for Materialebaseordningen. Beløbet vedr. 2017 vil således være betydeligt større end forudsat af Nota, men det har indtil videre ikke været muligt for rettighedshaverne at indgå en aftaler med Nota herom.

De fremlagte fakturaer dækker kun en mindre del af den samlede brug på Nota-området, da der derudover bl.a. også er sket direkte betaling til rettighedshaverne, og de fremlagte underbilag er irrelevante for sagen og kan ikke fungere som dokumentation, men indeholder alene Notas beregninger.

For så vidt angår Notas bemærkninger til udgift til master/fil og løn til skuespillere og om, at der ikke dermed er betalt for rettigheder, kan det anføres, at det ikke kan lægges til grund, at forlagene fastsætter et vederlag, der alene dækker forlagets masterudgifter (produktionsomkostninger). Dette skyldes, at Notas brug af titler kræver en rettighedsklareringsaftale, og at man derigennem får lov til at bruge et værk. Der betales for retten til at bruge værkerne.

Vedrørende forståelsen af begrebet "minimal skade"

Begrebet "minimal skade", hvor der ikke skal betales vederlag, omfatter alene de tilfælde, der er angivet specifikt i lovtekst og lovbemærkninger. Det følger af ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, at der ikke skal betales kompensation, hvis skaden for ophavsmanden er minimal. Det følger af lovbemærkningerne, at hensynet til minimal skade skal inddrages ved fastlæggelsen af kompensationsniveauet for de bemyndigede enheders udnyttelser i henhold til § 17 c, stk. 2. Det følger endvidere af § 17 d, stk. 2, at der ikke skal betales kompensation, når en bemyndiget enhed, der er etableret i Danmark, fremstiller, overfører, stiller til rådighed, spreder eller udlåner et tilgængeligt format i punktskrift eller andre formater, der normalt kun anvendes af personer med syns- eller læsehandicap. Bestemmelsen finder anvendelse på tilgængelige formater i form af punktskrift (braille). Andre formater, der er sammenlignelige med formater i punktskrift, vil tillige være omfattet af § 17, c, stk. 2. Modsat vil formater, der uden større vanskeligheder kan tilgås af alle og enhver, herunder personer med syns- eller læsehandicap, ikke være omfattet af bestemmelsen i stk. 2.

Ud over den udtrykkelige undtagelse i § 17 d, stk. 2, er det eneste eksempel i lovmotiverne på minimal skade dette: Hvis det tilgængelige format f.eks. fremstilles på baggrund af en bog i et ikke-tilgængeligt format, som en skole har indkøbt fra rettighedshaverne med det formål at give en elev med et syns- eller læsehandicap adgang til bogen i et tilgængeligt format, vil dette kunne tale for, at der vil være skade af minimal karakter, da rettighedshaverne må antages at have modtaget betaling på anden vis, nemlig ved skolens indkøb. Eksemplet vedrører grundskoler. Vederlagsfritagelsen for minimal skade har dermed alene relevans i de tilfælde, svarende til eksemplet i lovemærkningerne, hvor der udnyttes et antal eksemplarer svarende til de antal eksemplarer, der er erhvervet fra rettighedshaverne, da rettighedshaverne allerede har fået vederlag gennem salg af disse eksemplarer.

Begrebet minimal skade må formodes at skulle fortolkes ensartet i de forskellige ophavsretsdirektiver. I overensstemmelse med praksis fra EU-Domstolen om begrebet minimal skade i Infosoc-direktivets præambelbetragtning 35, er der kun tale om minimal skade, hvis der reelt ikke finder en brug sted af værket, dvs. at nærmest samtlige brugere undlader at udnytte værket, jf. præmis 28 i EU-Domstolens afgørelse fra 2015 i en sag mellem Nokia og Copydan Tekst & Node (i

dag KulturPlus) (sag C-463/12, "Båndkopi-sagen"). Sagens retssprog var dansk.

Der er ikke belæg for Notas bemærkninger om, at EU-Domstolens præmis om begrebet ”minimal skade” i Båndkopi-sagen ikke siger noget om den øvre grænse for, hvornår der ikke længere er tale om minimal skade. I Østre Landsrets præmisser i U 2018.1 H (den opfølgende dom) lægger landsretten således kriteriet ”nærmest samtlige brugere” til grund for konklusionen om, at der i den pågældende sag ikke foreslå minimal skade; for Højesteret tog Nokia bekræftende til genmæle.

Sondringen mellem kompensation for skade og vederlag er teoretisk og uden betydning for denne sags afgørelse. I flere EU-direktiver på ophavsrettens område benyttes termen kompensation for skade på samme måde som vederlag. Det gælder f.eks. artikel 5(2)(e) og præambelbetragtning 45 i Infosoc-direktivet og artikel 5(4) i direktivet om ophavsret i det digitale indre marked. Grundlaget for, at forfattere og forlag m.fl. skal have vederlag, er det samme som andre steder i det ophavsretlige system. Ellers lider de den skade, at de ikke får en rimelig betaling for udnyttelsen af deres værk. I ophavsretslovens § 39 er der en tilsvarende ordning med kompensation til rettighedshavere for kopiering til privat brug. Denne kompensation betales uden en dokumentation for konkret skade, som i sagens natur er umulig at gøre op. Det samme gør sig gældende for rettighedshaverne i nærværende sag.

E-mailen af 7. marts 2017 fra Kulturministeriet til den danske kulturattaché dokumenterer, at den danske regerings ønske under forhandlingerne om Marrakeshdirektivet – som senere blev opfyldt – var at opretholde de nuværende regler i væsentligt uændret omfang, dvs. at rettighedshaverne skal have vederlag.

Samlet gøres det gældende, at hensynet til minimal skade i overensstemmelse med lovmotiverne ikke skal afspejles i specifikke undtagelser fra betalingskravet, bortset fra den udtrykkelige bestemmelse i lovens § 17 d, stk. 2, og ovennævnte eksempel i lovmotiverne om grundskolen.

Notas betalingsmodel vil gøre det gratis for Nota at benytte et værk op til 149 gange af hensyn til, at dette udgør minimal skade. Der er imidlertid ikke grundlag i lovens forarbejder for, at begrebet minimal skade skal kunne forstås som en adgang til delvis gratis benyttelse af et værk. Minimal skade i forarbejderne

knytter sig derimod til karakteren af udnyttelsen. I andre tilfælde, hvor loven opererer med minimal skade, gælder der ikke nogen minimumsgrænse for antal benyttelser af et værk, før brugen udløser vederlag – et kriterium, der i almindelighed er ophavsretten fremmed.

Parterne er enige om, at der ikke skal afregnes for Notas brugeres "kigge adgang" med op til 10 %'s benyttelse af et værk. Dette er en aftalt afgrænsning.

II. Notas anbringender

Nota har til støtte for sin påstand anført navnlig følgende:

Vedrørende et maksimalniveau for kompensationen og kompensationens omfang

Kompensationsmodellen og -niveauet skal fastlægges således, at den samlede årlige betaling – under forudsætning af et uforandret aktivitetsniveau og bortset fra kompensation for gengivelse under Studieserviceordningen – ikke overstiger Notas udgifter til rettigheder efter ophavsretsloven i 2017. Dog skal Notas gengivelse under Studieserviceordningen fremadrettet være omfattet af kompensationsordningen, hvilket åbner for en stigning i kompensationen. Der vil desuden kunne ske en stigning i kompensationen, hvis Notas værksbenyttelse også ud over Studieserviceordningen stiger i forhold til 2017-niveauet.

Notas anbringende baseres på, at Kulturministeriet i forarbejderne til tvangslicensordningen vurderer, dels at lovforslaget ikke vil have væsentlige økonomiske konsekvenser for det offentlige, dels at betalingen til rettighedshaverne ikke vil blive påvirket væsentligt, såfremt det nuværende aktivitetsniveau fastholdes. Det anføres desuden i forarbejderne, at det ikke kan afvises, at betalingen efter den nye ordning vil blive lidt mindre end 2017-niveauet, da Kulturministeriet læser præambelbetragtning 14 til Marrakeshdirektivet således, at medlemsstaterne skal sikre, at kompensationsniveauet ikke bliver for højt.

Det i forarbejderne angivne 2017-niveau på maksimalt 4,3 mio. kr. skal dække samtlige Notas betalinger til rettighedshaverne, dvs. både mht. ophavsretten, produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance. Som angivet i forarbejderne betalte Nota i 2017 samlet ca. 4,3 mio. kr. til rettighedshaverne på Notas

almindelige område, dvs. eksklusive Studieserviceordningen. Oplysningen blev tilvejebragt ved, at Kulturministeriet – i forbindelse med udarbejdelsen af lovforslaget – spurgte Nota, hvad Notas årlige udgift til rettighedshaverne var. Nota svarede, at Notas udgifter til rettighedshaverne for bøger, som Nota producerer i 2015 var 633.074 kr., i 2016 674.360 kr. og i 2017 579.107 kr. (de 3 første kvartaler) svarende til ca. 772.000 kr. i helårsniveau. Notas aftaler med forlag om køb af lydbøger og e-bøger er ikke omfattet. Beløbene dækker Notas betalinger efter den tidligere tvangslicensaftale om lydbøger plus den tidligere aftale med aftalelicensvirkning om e-bøger på det såkaldte "Nota Classic-område", og de fleste titler under disse aftaler er produceret af Nota. De oplyste beløb for 2017 var baseret på de 7 fakturaer, som Nota modtog fra Copydan Tekst & Node i perioden 1. januar – 6. november 2017 vedrørende tvangslicensaftalen om lydbøger og aftalen med aftalelicensvirkning om e-bøger. Summen af betalingen for de rene ophavsrettigheder efter de 7 fakturaer (ekskl. administrationsomkostninger) er 579.107 kr., hvilket svarer til ca. 772.000 kr. i helårsniveau. De oplyste beløb for 2017 var i virkeligheden lidt for høje, da fakturaen af 5. januar 2017 vedrørte brug af lydbøger i 4. kvartal 2016.

Nota fremsendte efterfølgende en yderligere oversigt til Kulturministeriet, som omfattede Notas udgifter i forbindelse med køb af lydbogsmastere i henhold til de bilaterale aftaler med enkelte forlag i perioden fra 2015-2017. Det fremgår af oversigten, at Nota estimerede sin betaling til rettighedshaverne i forbindelse med indkøb af lydbogsmastere i 2017 til at udgøre ca. 3.455.399 kr.

Kulturministeriet bad senere (igen) Nota om at oplyse sine betalinger til rettighedshaverne "[…] både inden og uden for § 17's område", hvilket på baggrund af de tidligere oplysninger, som Nota havde meddelt ministeriet, må forstås dels som betaling for rene ophavsrettigheder i henhold til de tidligere tvangs- og aftalelicenser, dels som betaling for en blanding af rettigheder efter ophavsretsloven, produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance i forbindelse med Notas indkøb og brug af kommercielt udgivne titler/lydbogsmastere i henhold til de bilaterale aftaler med enkelte forlag. Nota svarede ved e-mail af 18. januar 2018, at Nota i 2017 har haft udgifter til rettigheder på ca. 4,2 mio. kr. Tallet dækker over (i) udgifter til tvangslicens på lydbøger, jf. ophavsretslovens § 17, (ii) udgifter til kommercielt producerede lydbøger købt via. bilaterale aftaler med en

række forlag og (iii) udgifter til aftalelicens på Nota Classic e-bøger for ca. 3 kvartaler af 2017.

Tvangslicens på lydbøger og aftalelicens på e-bøger dækkede Notas udgifter i 2017 til rene ophavsrettigheder, mens kommercielt producerede lydbøger købt via bilaterale aftaler dækkede Notas udgifter i 2017 til en blanding af rettigheder efter ophavsretsloven, produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance. Nota har fremlagt eksempler på Notas bilaterale aftaler med forlag om køb og brug af lydbogsmastere.

Ved e-mail af 22. marts 2018 sendte Nota et oversigtsskema til Kulturministeriet, som viste, hvorledes Notas samlede udgifter til rettighedshaverne for indkøb og brug af titler i 2017 på 4.255.804,71 kr. nøjagtigt fordelte sig mellem betaling for indkøb og brug af titler efter bilaterale aftaler, dvs. betaling for både rettigheder efter ophavsretsloven, produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance; samlet 3.640.986,51 kr., og betaling for brug af titler efter tvangs- og aftalelicensaftaler, dvs. betaling for rene ophavsrettigheder; samlet 614.818,20 kr.

Beløbet på de 3.640.986,51 kr. var højere end det tidligere estimerede beløb på 3.455.399 kr., fordi det ud over udgifter til lydbogsmastere også omfattede udgifter til enkelte e-bogsmastere, og fordi udgifterne nu – efter udgangen af 2017 – kunne opgøres endeligt. Beløbet på de 614.818,20 kr. var lavere end det tidligere estimerede beløb på 772.000 kr., fordi Nota havde opdaget, at fakturaen af 5. januar 2017 ikke skulle medregnes, da den vedrørte brug af lydbøger i 4. kvartal 2016, og fordi Nota nu havde modtaget fakturaer for 4. kvartal 2017, som derfor var medregnet.

Kulturministeriet angav i lovforslaget, at forslaget vurderes ikke at have væsentlige økonomiske konsekvenser for det offentlige, og det i lovforslaget angivne beløb på 4,3 mio. kr. dækker således betaling for både rettigheder efter ophavsretsloven (inden for § 17's område) samt betaling for produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance (uden for § 17's område). Ved brev af 16. januar 2019 anmodede Nota Kulturministeriet om at bekræfte, at det i lovforslaget oplyste beløb på ca. 4,3 mio. kr. dækker samtlige Notas betalinger til rettighedshaverne. Kulturministeriets svarede, at de nævnte beløb på 772.000 kr. og 4,3 mio. kr. ikke nødvendigvis kan anvendes som maksimal grænse for, hvad

der skal betales til rettighedshaverne i medfør af § 17 d, stk. 1. Dermed kan der faktisk være tale om en maksimal grænse.

For så vidt angår anbringendet om, at provenuets størrelse skal svare til den kompensation, som rettighedshaverne modtog i relation til ophavsrettigheder i 2017, bemærkes, at Ophavsretslicensnævnet ikke har kompetence til at fastsætte, hvad Nota i henhold til bilaterale aftaler skal betale rettighedshaverne for mastere.

I 2017 havde Nota 1.177.638 udlån af lydbøger under den tidligere tvangslicens og 33.693 udlån af e-bøger på området for den tidligere aftalelicens, den såkaldte Classic-aftale – i alt 1.211.331 udlån. De 33.693 udlån af e-bøger dækker samtlige påbegyndte downloads af e-bøger på Classic-området i hele 2017, mens Classic-aftalen først trådte i kraft den 17. marts 2017. Ifølge Classic-aftalens punkt 4.01 skal der ikke betales for samtlige downloads, idet en brugers gentagne download af samme titel inden for en periode på 30 dage ikke er betalingsudløsende. Derfor er Notas registrering af 33.693 udlån højere end de 6.726 + 4.793 + 5.836 = 17.355 benyttelser af e-bøger, der er afregnet i forhold til Copydan Tekst & Node i 2017. Samme år udgjorde Notas samlede betaling i henhold til tvangslicensen vedrørende lydbøger plus aftalelicensen vedrørende e-bøger 614.818 kr. Hvis Classic-aftalen havde været gældende hele 2017, ville Nota skulle have betalt for yderligere 6.614 benyttelser af e-bøger, svarende til en betaling på 46.298 kr., hvilket giver en samlet, helårskorrigeret betaling for 2017 på 661.116 kr. Det indebærer, at Nota gennemsnitligt og helårskorrigeret betalte (661.116 kr. / 1.211.331 udlån =) 0,55 kr. pr. udlån alene i relation til ophavsrettigheder under de tidligere tvangs- og aftalelicenser i 2017.

I 2017 havde Nota yderligere 301.586 udlån af lydbøger, hvor lydbogsmasteren var købt af forlag via bilaterale aftaler, hvorefter forlagene selv var ansvarlige for kompensationen under den tidligere tvangslicens. Hertil skal lægges 13.753 udlån af e-bøger, som ligeledes var købt via bilaterale aftaler. Det fremgår ikke af disse bilaterale aftaler, hvilken del af Notas betaling, der vedrørte kompensation mht. ophavsrettigheder, og hvilken del af Notas betaling der vedrørte selve masteren, dvs. forlagets produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance. I mangel af dokumentation for det modsatte må det antages, at betalingen mht. ophavsrettigheder under de tidligere bilaterale aftaler med forlagene lå på samme

niveau som betalingen mht. ophavsrettigheder under de tidligere tvangs- og aftalelicenser. På den baggrund kan Notas betaling i 2017 for ophavsrettigheder i forbindelse med udlån af lyd- og e-bøger, hvor masteren var købt af forlag via bilaterale aftaler, estimeres til at være ((301.586+13.753) udlån x 0,55 kr. pr. udlån =) 173.436 kr.

Nota vurderer derfor, at Nota i 2017 helårskorrigeret betalte (661.116 kr. + 173.436 kr. =) 834.552 kr. alene i relation til ophavsrettigheder i forbindelse med udlån.

I 2017 havde Nota desuden 260.404 udlån af e-bøger fra Studieservicesamlingen og 144.263 udlån af e-bøger fra Materialebasesamlingen, der ikke var dækket af aftaler om betaling til rettighedshaverne, og som Nota derfor ikke betalte for. Fremadrettet skal udlån fra disse samlinger imidlertid være omfattet af kompensationsordningen efter ophavsretslovens § 17 d,

Hvis betalingen også for disse udlån sættes til samme niveau som betalingen under de tidligere tvangs- og aftalelicenser, bliver den estimerede betaling ((260.404 udlån + 144.263 udlån) x 0,55 kr. pr. udlån =) 222.567 kr. Betalingens størrelse må nødvendigvis skønnes, når der ikke forelå aftaler. Der er imidlertid tale om et skøn baseret på det bedst egnede foreliggende talmateriale, nemlig de aftalte priser, der var gældende på tilgrænsende områder. De vederlag, som rettighedshaverne ensidigt måtte have krævet for brug af materiale under Studieserviceordningen, er derimod ikke egnede til at indgå i skønnet.

På den baggrund må det samlede maksimale provenu i tvangslicensordningen efter § 17 d være ca. (834.552 kr. + 222.567 kr. =) 1.057.119 kr. om året under forudsætning af, at Notas udlån ligger på samme niveau som i 2017.

Nota tog imidlertid udgangspunkt i et højere samlet provenu på ca. 1,2 mio. kr. årligt, da Nota i forbindelse med forhandlingerne fastsatte sit bud på en kompensationsordning under § 17 d. Da det højere udgangspunkt, som er til rettighedshavernes fordel, skyldtes en fejl fra Notas side, har Nota ikke nedjusteret beløbet under nærværende sag. På baggrund af (i) det antal titler i Notas samling, der kom op på 150 benyttelser i henhold til Notas model i 2017 (ca. 1.100 titler) og (ii) det gennemsnitlige sideantal for disse titler i 2017 (ca. 260

sider), kom Nota frem til, at en kompensation på 4,05 kr. pr. side ville give et samlet provenu på ca. 1,2 mio. kr. i 2017.

Ved siden af tvangslicensordningen i § 17 d vil Nota fortsat skulle betale for produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance i de situationer, hvor Nota køber mastere af rettighedshaverne i stedet for selv at producere dem. Således vil det offentliges samlede udgifter til rettighedshaverne i forbindelse med Notas betjening af personer med syns- eller læsehandicap alt andet lige fortsat ligge på ca. 4,3 mio. kr. (+ 222.567 kr. for Studieservice), hvis Ophavsretslicensnævnet fastsætter den kompensationsmodel og det kompensationsniveau, som Nota har påstået skal gælde efter § 17 d. En sådan løsning vil være i overensstemmelse med angivelsen i lovens forarbejderne.

Notas beregninger af de økonomiske konsekvenser viser, at Notas påståede model i 2018 ville have ført til en tvangslicenskompensation på 1.595.171 kr. Dette svarer til en stigning på ca. 36 % i forhold til betalingen efter den "oprindelige model" og afspejler, at der efter den nye model også skal betales for benyttelse af e-bøger under Studieserviceordningen. Beregningerne viser endvidere, at den af Copydan Tekst & Node påståede model i 2018 have ført til en tvangslicenskompensation på 17.953.420 kr. svarende til en stigning på ca. 1424 % i forhold til betalingen efter den "oprindelige model". Den økonomiske konsekvens for Nota af at anvende Copydan Tekst & Nodes model vil således være, at Notas udgifter mht. ophavsrettigheder vil stige med over en faktor 14, hvilket vil være en voldsom stigning i direkte strid med forarbejderne til tvangslicensordningen i § 17 d.

Vedrørende princip om kompensation for skade der forvoldes rettighedshaverne

Kompensationen skal kun dække den eventuelle skade, som brugen i medfør af undtagelsen i ophavsretslovens § 17 c, stk. 2, forvolder rettighedshaverne. Det kan udledes af Marrakeshdirektivets præambelbetragtning 14, at rettighedshaverne ikke bør få nogen kompensation, med mindre undtagelsen til fordel for de syns- og læsehandicappede personer påfører rettighedshaverne et tab over en vis minimumsgrænse, og at kompensationsniveauet i det hele taget ikke må blive for højt. Formålet med ophavsretslovens § 17 d kan dermed være at kompensere den skade, som brugen efter ophavsretslovens § 17 c, stk. 2, eventuelt måtte forvolde rettighedshaverne. Der er derimod ikke tale om nogen egentlig vederlæggelse for

køb af rettigheder til et værk, hvilket er en naturlig følge af, at ophavsretslovens § 17 d er en tvangslicens og dermed udgør en undtagelse til den ophavsretlige eneret. Copydan Tekst & Node har ikke dokumenteret at lide skade som følge af, at Nota stiller værker til rådighed for sine brugere i et tilgængeligt format. Rettighedshaverne kan tjene på, at Nota stiller værker til rådighed for sine brugere i et tilgængeligt format. Det skyldes, at f.eks. Notas ordblinde brugere på Studieserviceområdet oftest køber et almindeligt trykt eksemplar af lærebogen og benytter dette eksemplar for overblikkets skyld ved siden af det tilgængelige format, som Nota stiller til rådighed. Copydan Tekst & Node har heller ikke dokumenteret at lide nogen skade i forhold til værker, som rettighedshaverne faktisk selv producerer (og sælger) i et format, som ifølge Copydan Tekst & Node er tilgængeligt for Notas brugere, dvs. som lyd- eller e-bog. Én grund hertil kan være, at det ikke er nogen binær sondring, om et værk er eller ikke er stillet kommercielt til rådighed i et tilgængeligt format. De enkelte brugere kan have særlige behov, der medfører, at et kommercielt udgivet format hverken er tilgængeligt for alle eller bare nogle af Notas brugere, som derfor aldrig ville købe det kommercielt udgivne format. Rettighedshaverne skal ikke have dobbeltkompensation ved at Nota kompenserer dem yderligere for den brug, som Nota allerede har betalt for i medfør af tidligere aftaler. Der henvises til forarbejderne, hvor det fremgår, at der ved fastlæggelsen af kompensationsniveauet for tvangslicensordningen i ophavsretslovens § 17 d kan tages højde for, om rettighedshaverne på anden måde har fået betaling.

Vedrørende relevante sammenligningsgrundlag

Hverken priserne efter aftalen om eReolen, den tidligere aftalelicens for e-bøger eller Notas bilaterale aftaler med enkelte forlag om køb af lydbogsmastere udgør noget relevant sammenligningsgrundlag for den kompensation, som skal fastsættes i nærværende sag. Dette skyldes bl.a., at aftalen om eReolen og den tidligere aftalelicens for e-bøger ikke er indgået på et område, der er reguleret af en tvangslicens. Aftalen om eReolen er desuden et alternativ til brugernes køb på det kommercielle marked. Dette gælder ikke på Notas område, bl.a. fordi selve eReolens portal kan være svær eller helt umulig at tilgå for Notas brugere, og fordi Nota typisk ikke stiller e-bøger til rådighed for brugere, som kan benytte kommercielt udgivne udgaver. For Notas bilaterale aftaler med enkelte forlag om køb af lydbogsmastere skyldes den manglende relevans, at Notas betaling

omfattede både kompensationen under den tidligere tvangslicens og selve lydbogsmasteren, dvs. forlagets produktionsomkostninger, arbejdsindsats og avance. Hvis priserne i aftalen om eReolen, den tidligere aftalelicens for e-bøger eller Notas bilaterale aftaler med enkelte forlag om køb af lydbogsmastere bliver retningsgivende for den kompensation, som fastsættes i nærværende sag, vil det føre til overkompensation.

Et relevant sammenligningsgrundlag kan i stedet findes i den prisaftale, som Nota frem til gennemførelsen af Marrakeshdirektivet havde med forfatterne. Aftalen angik Notas pris for brug af lydbøger til fordel for syns- og læsehandicappede personer i henhold til tvangslicensen i den tidligere ophavsretslovs § 17, stk. 3. Relevansen beror primært på, at der ligeledes var tale om en aftale om kompensation for brug af værker til fordel for syns- og læsehandicappede personer på et område omfattet af en tvangslicens. Relevansen bygger endvidere på, at aftalen blev indgået mellem Nota og forfatterne, som udgør de primære rettighedshavere i nærværende sag, og at aftalen blev indgået på et tidspunkt, hvor Notas udlån af lydbøger i det væsentligste foregik online ligesom i dag. Relevansen bygger endvidere på, at forfatterne – på trods af, at de var bekendt med den løbende stigning i antallet af Notas brugere i perioden fra 2010 til 2018 – valgte at opretholde aftalen. Kompensationsniveauet i tvangslicensaftalen af 5. juli 2010 er i høj grad sammenligneligt med det nu af Nota påståede kompensationsniveau, hvilket fremgår af Notas beregninger af 28. februar 2019. Nota bestrider endvidere, at udnyttelsesgraden på de enkelte værker i dag skulle være massivt højere end på tidspunktet for indgåelsen af prisaftalen under den tidligere tvangslicens. Udnyttelsesgraden er tværtimod faldet. I perioden 2010-2018, hvor prisaftalen har været gældende, har Nota oplevet en markant stigning på ca. 400 % i antallet af brugere med læsehandicap. Notas lydbogsudlån er imidlertid i samme periode kun steget med ca. 38 %. Hertil kommer, at det samlede antal titler i Notas samling øges år for år: I 2010 bestod samlingen af ca. 16.000 titler, mens samlingen i 2018 bestod af ca. 28.000 titler. Stigningen i Notas samlede lydbogsudlån er dermed ikke udtryk for en tilsvarende stigning i udnyttelsesgrad af det enkelte værk, idet det samlede antal udlån fordeles på ca. 75 % flere titler i 2018 sammenlignet med 2010.

Vedrørende minimal skade

Der skal ikke kompenseres for minimal skade jf. bl.a. ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, og Marrakeshdirektivets præambelbetragtning 14. Det fremgår desuden af ophavsretslovens § 17 d, stk. 2, at der – konkret – ikke skal kompenseres for brug af værker i punktskrift (braille) eller andre formater, der normalt kun anvendes af personer med syns- eller læsehandicap. Det følger således af ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, sammenholdt med stk. 2, at minimal skade dækker andet og mere end blot brug af værker i punktskrift og lign.

I de tidligere versioner af Marrakeshdirektivforslaget fremgik det eksplicit af præambelbetragtning nr. 11, at en kompensationsordning slet ikke var tilladt. Det må på denne baggrund lægges til grund, at den eventuelle skade, der påføres rettighedshaverne, når værker benyttes til fordel for læsehandicappede personer, under alle omstændigheder har begrænset karakter, men at medlemsstaterne alligevel kan vælge at kompensere herfor, hvis benyttelsen påfører rettighedshaverne en skade af et vist omfang, dvs. ud over minimal skade.

Nota bestrider, at det skulle følge af sag C-463/12 (Båndkopi-sagen), at begrebet minimal skade alene dækker situationer, hvor værker reelt ikke benyttes. Det følger af præmis 62, at det er op til den enkelte medlemsstat at fastsætte tærsklen for minimal skade. Dommen i Båndkopi-sagen udtrykker alene, hvornår der – i alle tilfælde – ikke bør ydes kompensation. Dommen siger derimod ikke noget om den øvre grænse for, hvornår der ikke længere er tale om minimal skade. Det er stadig op til medlemsstaterne at fastsætte de nærmere rammer herfor.

Der findes ikke én rigtig kompensationsmodel, bl.a. fordi kompensationsmodeller ikke er udtryk for nøjagtig præcisionserstatning. Kompensationsmodeller er mere skønsprægede af natur, og det gælder særligt, når der – som i nærværende sag – ikke skal kompenseres for minimal skade. Kriteriet om minimal skade kan således udmøntes på flere forskellige måder. I prisaftalen mellem Nota og forfatterne under den tidligere tvangslicens, var det f.eks. aftalt, at helt korte lydbøger ikke skulle udløse nogen betaling til rettighedshaverne. Den nu af Nota påståede kompensationsmodel, hvorefter der ikke betales for titler, der alene benyttes i begrænset omfang (op til 150 gange) er imidlertid i bedre overensstemmelse med kriteriet om minimal skade.

<u>Vedrørende en differentieret kompensationsmodel</u>

Den kompensation, som Nota skal betale i medfør af ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, må ikke være differentieret, herunder hverken på baggrund af (i) om et værk er udgivet kommercielt i et format, der giver en person med syns- eller læsehandicap lige så let og behagelig adgang til værket som en person uden sådanne handicap, eller (ii) om gengivelsen sker på Notas almindelige område eller under Studieserviceordningen. Det følger af Marrakeshdirektivets præambelbetragtning 14, at medlemsstaterne ikke må betinge undtagelsen, som omfatter alle former for gengivelse (og ikke bare kopiering) til fordel for de syns- og læsehandicappede, af en forudgående verificering af, hvorvidt værkerne stilles kommercielt til rådighed i tilgængelige formater. Det fremgår endvidere af de danske lovforarbejder, at offentlige myndigheder m.v. heller ikke vil være forpligtet til at foretage en afsøgning af, om et værk foreligger kommercielt i et tilgængeligt format. Med en differentieret kompensationsmodel vil Nota under hensyn til princippet om saglig forvaltning være tvunget til kontinuerligt at undersøge, om værker i Notas samlinger er kommercielt til rådighed i et tilgængeligt format. En sådan model er i strid med principperne i Marrakeshdirektivet og den danske gennemførelse heraf. Det forhold, at Nota tidligere i aftaler med rettighedshaverne har accepteret at skulle sondre mellem værker, der henholdsvis er og ikke er udgivet i et digitalt tilgængeligt format egnet til Notas brugergruppe, har ingen betydning for nærværende sag. Det skyldes, at de tidligere aftaler blev indgået på et område, hvor der hverken gjaldt et forbud mod denne sondring eller en tvangslicens.

Det er ikke korrekt, at et værk der er udgivet kommercielt som e-bog eller lydbog, også automatisk er tilgængeligt i ophavsretslovens § 17 a, nr. 2's forstand. E-bøger er ikke tilgængelige for blinde personer, og for ordblinde personer afhænger tilgængeligheden af både den enkelte persons individuelle læsehandicap og personens kompenserende udstyr i kombination med udformningen af den enkelte elektroniske tekst. Det er ofte særdeles omfattende og vanskeligt at vurdere, hvorvidt en kommercielt udgivet e-bog er tilgængelig. Beskrivelsen af tilgængelighedsvurderingen er senest opdateret den 16. maj 2017 og stillet til rådighed som et selvstændigt dokument på Notas hjemmeside. Som det fremgår af retningslinjerne, omfatter vurderingen af tilgængelighed i elektroniske tekster på nuværende tidspunkt 11 forskellige parametre som f.eks. struktur, semantisk opmærkning, skalering og farve. Det er desuden ikke tilstrækkeligt, at en elektronisk tekst i sig selv er tilgængelig. Teksten skal også være anvendelig, dvs.

at det skal være muligt for den enkelte syns- eller læsehandicappede at tilgå teksten. Som det fremgår af retningslinjerne, omfatter vurderingen af anvendelighed yderligere 5 forskellige parametre som f.eks. softwarebrug og navigation. Tilsvarende viser beskrivelsen af Notas praksis for test af e-bøgers tilgængelighed, at det kræver omfattende undersøgelser og er vanskeligt at afklare, hvornår en e-bog findes kommercielt i et tilgængeligt format, som den relevante syns- eller læsehandicappede kan tilgå. Vurderingen skal dermed foretages med udgangspunkt i den enkelte brugers specifikke behov samt kompenserende udstyr og ikke på grundlag af en test af, om det kommercielt udgivne format passer teknisk ind i Notas systemer. Tilgængelighed og anvendelighed er i praksis særligt afgørende på studieserviceområdet, hvor alternativet er, at den pågældende bruger ikke vil kunne gennemføre sit studie.

For lydbøger er det naturligvis oftere således, at en kommercielt udgivet lydbog kan benyttes af syns- og læsehandicappede personer. Det betyder imidlertid ikke, at et værk, der er udgivet kommercielt som lydbog, automatisk er tilgængeligt i ophavsretslovens § 17 a, nr. 2's forstand. F.eks. kan en ordblind person have brug for at benytte værket i forbindelse med sin skolegang i en situation, hvor en lydbog ikke er til nogen særlig hjælp. Derimod ville værket udformet som e-bog på den rette måde i forhold til elevens specifikke behov kunne være afgørende for, om eleven kan slå enkelte kapitler op, markere særlige afsnit, og i det hele taget have lige så let og behagelig adgang til værket som ikke-ordblinde elever, jf. herved ophavsretslovens § 17 a, nr. 2.

Nota har erfaret, at en model hvor kompensationsniveauet er differentieret i forhold til kommerciel tilgængelighed for hvert enkelt værk, er meget svær og dermed dyr at administrere. Man vil typisk bruge 2-3,5 timer på at undersøge den kommercielle tilgængelighed i forbindelse med optagelse af hver enkelt e-bog i samlingen. Hvis det desuden – som efter den af Copydan Tekst & Node påståede model – kræves, at Nota kontinuerligt følger den kommercielle tilgængelighed for hvert enkelt værk, som (allerede) er i samlingen, vil det kræve uforholdsmæssigt mange ressourcer. Dette vil være i strid med lovforarbejderne om at loven vurderes ikke at have væsentlige økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige.

Der er allerede et incitament for Nota til ikke selv at fremstille tilgængelige formater, hvis de allerede findes på markedet. Nota køber naturligvis mastere af forlagene, så længe det er billigere end at producere dem selv. Det er imidlertid også klart, at Nota – i overensstemmelse med principperne om økonomisk saglig forvaltning – vil overgå til egenproduktion, hvis forlagene sætter prisen for masterne for højt. Det er dog vigtigt, at den sondering af markedet, som Nota altid foretager, før en ny titel føjes til samlingen, hviler på umiddelbare praktiske undersøgelser. Hvis undersøgelsen af markedet i stedet skal foretages på en måde, der sikrer, at Nota – også løbende – lever op til en juridisk forpligtelse i forhold til kommerciel tilgængelighed, vil det som anført ovenfor indebære uforholdsmæssigt store og dermed også dyre administrative byrder.

Konsekvensen for Nota af at undlade at f.eks. distribuere et værk som lydbog, hvis et forlag allerede har udgivet værket som lydbog, vil være, at læsehandicappede afskæres fra at få biblioteksadgang til en bog, hvis den kan købes som lydbog. En sådan ordning ville stille læsehandicappede borgere væsentligt ringere end andre borgere i direkte strid med Marrakeshdirektivet, hvorefter læsehandicappede personer tværtimod skal have adgang til værker i tilnærmelsesvis samme omfang som personer uden et sådant handicap. Der er den danske implementering af Marrakeshdirektivet i ophavsretsloven og det tilhørende lovforslag, der udgør det relevante lovgrundlag for nærværende sag. Den danske regerings ønske under forhandlingerne af Marrakeshdirektivet om at opretholde de tidligere regler for Notas betjening af de syns- og læsehandicappede i væsentligt uændret omfang blev ikke opfyldt. Reglerne blev tværtimod ændret fra en uklar eneret/et uklart aftalekrav til en klar undtagelse/tvangslicens på e-bogsområdet, og der kom ikke til at gælde krav om hverken afsøgning af markedet for handicapegnede formater eller højere kompensation i tilfælde af kommerciel tilgængelighed.

Nota bestrider, at det er forudsat i lovbemærkningerne, at rettighedshaverne skal have en forhøjet kompensation, såfremt deres værk er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format. Det er derimod alene anført, at der i forhold til den konkrete fastlæggelse af kompensationsniveauet bl.a. kan tages højde for, om rettighedshaverne selv har udgivet et tilgængeligt format på det kommercielle marked. Kommerciel udgivelse er således et af flere parametre, der kan – men ikke skal – inddrages ved fastsættelse af kompensationsniveauet, og et parameter, der kan føre til både højere og lavere kompensation. Omvendt følger det af

Marrakeshdirektivets præambelbetragtning 14, at et kriterie om kommerciel udgivelse ikke må inddrages i kompensationsordningen på en sådan måde, at Nota er tvunget til konstant at foretage undersøgelser af, hvorvidt samtlige værker i Notas samlinger er stillet kommercielt til rådighed i et tilgængeligt format.

Kompensationsmodellen efter ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, skal være let at administrere. Det skyldes for det første vurderingen i forarbejderne af, at loven ikke vil have væsentlige økonomiske, men derimod eventuelle positive administrative konsekvenser for det offentlige. Anbringendet er for det andet baseret på Notas ønske om og forpligtelse til at administrere således, at syns- og læsehandicappede personer får mest muligt ud af Notas ressourcer. Kompensationsmodellen bør således være udformet på en måde, der kræver færrest muligt ressourcer til administration. Notas model går derfor ud på betaling af et engangsbeløb proportionalt med værkets omfang, når den enkelte titel har være benyttet af Notas brugere 150 gange. En sådan kompensationsmodel er let at administrere for Nota, der alene skal opgøre og udbetale kompensation én gang pr. titel. En kompensationsmodel, der går ud på betaling af et engangsbeløb, er desuden i overensstemmelse med lovforarbejderne om, at parterne frit kan aftale at lade betalingen knytte op på f.eks. fremstillingen eller overføringen, tilrådighedsstillelsen, spredningen eller udlånet af de tilgængelige formater. Det fremgår således af forarbejderne, at kompensationen f.eks. kan knyttes op på fremstillingen, hvilket naturligt vil resultere i et engangsvederlag, eller på et vist antal udlån, som også vil resultere i et engangsvederlag. Under den tidligere tvangslicens i ophavsretslovens § 17, stk. 3, om brug af lydbøger til fordel for syns- og læsehandicappede personer var rettighedshaverne også enige i, at et engangsbeløb proportionalt med værkets omfang over et vist minimumsniveau var den rigtige kompensationsform. Det følger af den prisaftale, som Nota frem til gennemførelsen af Marrakeshdirektivet havde med forfatterne.

Hvis Nota omvendt løbende skal opgøre og udbetale klikafgift, kræver det en opgørelse i forhold til hver eneste titel i Notas samling hvert kvartal. Såfremt klikafgiften desuden kombineres med en differentiering i forhold til, om titlen er stillet kommercielt til rådighed i et tilgængeligt format, vil Nota skulle foretage en sådan undersøgelse i forhold til hver eneste benyttet titel i Notas samling løbende i hvert kvartal. Rettighedshavernes model vil således utvivlsomt medføre, at ordningen bliver meget ressourcekrævende at administrere for Nota.

Med henblik på at opnå en så enkel og let administrerbar kompensationsmodel som muligt har Nota valgt ikke at undtage de udnyttelser af tilgængelige formater under Studieserviceordningen, hvor der desuden er købt en fysisk kopi af værket på det kommercielle marked, fra ordningen. Den fysiske kopi kan f.eks. være indkøbt som del af et såkaldt klassesæt i grundskolen eller på ungdomsuddannelserne. Såfremt en elev i en klasse er læsehandicappet, leverer Nota værket i et tilgængeligt format til eleven. Det tilgængelige format træder dermed i stedet for det allerede indkøbte fysiske eksemplar i klassesættet. På de videregående uddannelser indkøber de læsehandicappede studerende typisk selv fysiske eksemplarer af studiebøger, uanset at disse studerende har adgang til tilgængelige formater fra Nota. Det skyldes, at langt de fleste læsehandicappede studerende har behov for det fysiske eksemplar for at kunne skabe overblik og struktur over indholdet i bøgerne. Der kunne opstilles en model, hvorefter der ikke skulle kompenseres for de nævnte udnyttelser under Studieserviceordningen, idet rettighedshaverne ikke skal dobbeltkompenseres, og fordi udnyttelserne i øvrigt må antages ikke at medføre nogen skade. Nota er dog afstået herfra, fordi det er helt essentielt for Nota, at ordningen bliver let at administrere.

Ophavsretslicensnævnets begrundelse og resultat

Sagens temaer og parternes hovedsynspunkter

Denne sag er indbragt for Ophavsretslicensnævnet i medfør af ophavsretslovens § 17 d, stk. 3.

Forud for indbringelsen af sagen for nævnet har Copydan Tekst & Node (herefter også benævnt "rettighedshaverne") og Nota og STUK (herefter under ét benævnt "Nota") forsøgt at opnå en løsning gennem forhandling og udvekslet aftaleudkast, senest den 5. februar 2019 (Copydan Tekst & Node) og den 12. marts 2019 (Nota). I den forbindelse er det oplyst, at parterne bl.a. er enige om, at den kompensation, som nævnet fastsætter, skal fastsættes pr. 11. oktober 2018, som er den dato, hvor ophavsretslovens § 17 d trådte i kraft. Parterne er endvidere enige om, at kompensationssatsen skal indeksreguleres hvert år pr. 1. januar på grundlag af udviklingen i lønindekset for november måned det forudgående år med udgangspunkt i 2018. Endelig er parterne enige om, at begreberne i den aftale, de agter at indgå, skal forstås i overensstemmelse med ophavsretslovens § 17 a.

For nævnet angår tvisten spørgsmålet om, hvilken model der skal anvendes ved fastlæggelse af den kompensation (vederlag), som rettighedshaverne i henhold til ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, har krav på, og spørgsmålet om det niveau, der skal gælde for kompensationen. Spørgsmålet om betaling for en eventuel "masterfil" omfattes ikke af nævnets afgørelse.

Copydan Tekst & Node har anført navnlig, at der skal fastsættes en betaling pr. udnyttelse, at der ved fastsættelsen af kompensationens størrelse skal sondres mellem tilfælde, hvor det litterære værk i forvejen foreligger i et tilgængeligt format udgivet kommercielt af et forlag (eller forfatteren selv), og situationer, hvor dette ikke er tilfældet, at et vederlag på 12 kr. pr. udnyttelse er rimeligt, når værket allerede er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format, og at 7 kr. pr. udnyttelse er rimeligt i andre tilfælde, at det samlede provenu ikke i sig selv bør tillægges betydning, og at begrebet "minimal skade", hvor der ikke skal betales vederlag, alene omfatter de tilfælde, der er angivet specifikt i lovtekst og lovbemærkninger.

Nota har anført navnlig, at kompensationsmodellen og -niveauet skal fastlægges således, at den samlede årlige betaling – under forudsætning af uforandret aktivitetsniveau og bortset fra kompensation for udnyttelse under Studieserviceordningen – ikke overstiger Notas udgifter til rettigheder efter ophavsretsloven i 2017, at kompensationen kun skal dække den eventuelle skade, som brugen i medfør af undtagelsen i ophavsretslovens § 17 c, stk. 2, forvolder rettighedshaverne, idet det bemærkes, at (i) det vil føre til overkompensation, hvis priserne i aftalen om eReolen, den tidligere aftalelicens for e-bøger eller Notas bilaterale aftaler med enkelte forlag om køb af mastere bliver retningsgivende for kompensationen, og at (ii) Notas 2010-aftale med forfatterne om prisen for brug af lydbøger til fordel for syns- og læsehandicappede i henhold til tvangslicensen efter den tidligere ophavsretslovs § 17, stk. 3, udgør et relevant sammenligningsgrundlag, at der ikke skal kompenseres for minimal skade, at den kompensation, som Nota skal betale efter ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, ikke må være differentieret, herunder (i) hverken på baggrund af, om et værk er udgivet kommercielt i et format, der giver personer med et syns- eller læsehandicap lige så let og behageligt adgang til værket som en person uden et sådant handicap, (ii) eller om udnyttelsen sker på Notas almindelige område eller under Studieserviceordningen, og at kompensationsordningen herudover skal være let at administrere, hvorfor kompensationen bør bestå i et engangsbeløb pr. titel.

Den retlige ramme for Ophavsretslicensnævnets afgørelse

Ophavsretslicensnævnets afgørelse i denne sag træffes efter ophavsretslovens § 17 d, stk. 3.

Ved lov nr. 719 af 8. juni 2018 blev ophavsretsloven ændret med henblik på at gennemføre direktiv 2017/1564 ("Marrakeshdirektivet") om bl.a. visse tilladte former for anvendelse af værker til gavn for personer, der er blinde eller synshæmmede eller på anden måde har et læsehandicap (herefter "syns- eller læsehandicap"). Direktivet har ligesom den bagvedliggende traktat af 27. juni 2013 ("Marrakeshtraktaten") bl.a. til formål at fremme adgang til offentliggjorte værker for personer med syns- eller læsehandicap, jf. præambelbetragtning 4 og 6.

Efter Marrakeshdirektivets artikel 3, stk. 1, skal medlemsstaterne fastsætte en undtagelse fra den ophavsretlige eneret, således at rettighedshaveres tilladelse ikke er påkrævet ved visse nærmere angivne former for anvendelse af værker til gavn for læse- og synshandicappede. Dette er gennemført i dansk ret ved ophavsretslovens § 17 c, som i stk. 2 giver såkaldt bemyndigede enheder, herunder Nota, mulighed for at fremstille, overføre, stille til rådighed, sprede eller udlåne formater til syns- eller læsehandicappede. Ved lovens § 17 d har Danmark udnyttet adgangen i direktivets artikel 3, stk. 6, til at fastsætte, at der skal betales kompensation (vederlag) til rettighedshavere ved anvendelse af rettigheder omfattet af den nævnte undtagelse. Den tidligere gældende bestemmelse i lovens § 17, stk. 3, hvorefter lydoptagelser af udgivne litterære værker måtte gengives og spredes til brug for syns- og læsehandicappede, når det ikke skete i erhvervsøjemed, blev ophævet som led i 2018-lovændringen.

Hverken Marrakeshdirektivet eller ophavsretslovens § 17 d foreskriver en bestemt model for kompensationsbetaling, og det forhold, at direktivets og lovens ordning er udtryk for en tvangslicens, kan efter nævnets opfattelse ikke antages at medføre, at der i de her omhandlede situationer skal anvendes en bestemt kompensationsmodel.

I forarbejderne til 2018-lovændringen er det bl.a. anført, at Nota i 2017 samlet (fraset Studieserviceordningen) betalte ca. 4,3 mio. kr. til rettighedshaverne, og at det er den overordnede vurdering, at betalingen til rettighedshaverne ikke vil blive påvirket væsentligt, såfremt det nuværende aktivitetsniveau fastholdes.

Efter nævnets opfattelse indebærer disse bemærkninger efter deres karakter og den sammenhæng, de indgår i, ikke, at der dermed består en absolut grænse for størrelsen af kompensationen til rettighedshaverne. Det samme gælder bemærkningerne i forarbejderne om, at lovforslaget ikke vurderes at have væsentlige økonomiske konsekvenser for det offentlige eller erhvervslivet. Nævnet finder således, at de her omhandlede bemærkninger ikke kan antages at være normerende for nævnets afgørelse om kompensationsmodel- og størrelse.

Ophavsretslicensnævnets stillingtagen til kompensationsmodel

Ophavsretslicensnævnet har ved sin stillingtagen til kompensationsmodel lagt vægt på følgende:

Ordningen efter ophavsretslovens § 17 c er som anført udtryk for en undtagelse fra den ophavsretlige eneret. Af Marrakeshdirektivets artikel 3, stk. 3, følger, at undtagelsen kun må anvendes i specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket og ikke indebærer en urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.

Af Marrakeshdirektivets præambelbetragtning 14 fremgår, at der ved fastlæggelse af kompensationsniveauet bl.a. skal tages behørigt hensyn til rettighedshaveres mulige skade. Forarbejderne til ophavsretslovens § 17 d anvender tilsvarende udtrykkene ”skade” og ”kompensation”.

Ophavsretslicensnævnet finder, at udtrykket ”skade” i denne sammenhæng må forstås som den skade, som rettighedshaverne ville blive påført ved ikke at modtage et vederlag for udnyttelse af deres rettigheder, som de ellers modtager for tilsvarende udnyttelse udenfor tvangslicensens område. Der må i den forbindelse tages udgangspunkt i den betaling, som rettighedshaverne med rimelighed kunne forvente at modtage. Derimod er rettighedshavernes krav på kompensation efter nævnets opfattelse ikke afhængigt af, at de i det enkelte tilfælde kan godtgøre et økonomisk tab.

Nævnet finder, at der bør være en klar sammenhæng mellem kompensationens størrelse og den faktiske, ophavsretligt relevante brug af rettighederne. Nævnet lægger herved vægt på, at det af forarbejderne til ophavsretslovens § 17 d fremgår, at der ved den konkrete fastlæggelse af kompensationsniveauet bl.a. kan tages højde for omfanget af udnyttelsen, ligesom en kompensationsmodel, der hviler på

den faktiske brug af rettighederne, harmonerer med de betalingsmodeller, som er gængse blandt de kommercielle aktører på området. Nævnet tillægger det også vægt, at vederlagsfastsættelsen i forholdet mellem forlag og forfatter tilsvarende sædvanligvis afhænger af omfanget af rettighedsudnyttelsen (royalty).

En model med engangsbetaling (frikøbsbetaling), som foreslået af Nota, tager ikke højde for de ovennævnte forhold, herunder den faktiske udnyttelse af rettighederne, idet rettighedshaverne, når først der er sket frikøb, ikke vil modtage yderligere betaling, uanset at de pågældende bøger anvendes fremover.

Med hensyn til kompensationsniveauet fremgår det som nævnt af Marrakeshdirektivets præambelbetragtning 14, at der ved fastlæggelse heraf bl.a. skal tages behørigt hensyn til rettighedshaveres mulige skade. På linje hermed fremgår det af forarbejderne til ophavsretslovens § 17 d, at der ved den konkrete fastlæggelse af kompensationsniveauet bl.a. kan tages højde for, om rettighedshaverne selv har udgivet et tilgængeligt format på det kommercielle marked, og om rettighedshaverne på anden måde har fået betaling. Ved begrebet "tilgængeligt format" skal forstås værker, der præsenteres på en alternativ måde eller i en alternativ form, der giver personer med syns- eller læsehandicap lige så let og behagelig adgang til værket som en person uden sådanne handicap, jf. ophavsretslovens § 17 a, nr. 2.

Hvis en e-bog eller lydbog er udgivet på det kommercielle marked i et tilgængeligt format (dvs. at bogen er lige så tilgængelig for syns- og læsehandicappede personer som for andre), vil Notas tilgængeliggørelse af den pågældende bog i et andet tilgængeligt format reelt konkurrere med aktørerne på det kommercielle marked. Dette må antages at medføre en lavere samlet indtægt for rettighedshaverne, medmindre kompensationsmodellen i rimeligt omfang tager højde herfor.

Nævnet finder på denne baggrund, at der må sondres mellem den kompensation, der skal betales til rettighedshaverne i situationer, hvor værket allerede er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format og tilfælde, hvor værket (endnu) ikke er udgivet kommercielt i et sådant format. I de førstnævnte situationer vil der ved fastsættelse af kompensationen til rettighedshaverne også skulle tages højde for det tab af indtægt, som konkurrencen fra Nota må antages at ville medføre.

Et andet forhold, der begrunder en differentiering afhængig af, om en e-bog eller lydbog er udgivet på det kommercielle marked i et tilgængeligt format eller ikke, knytter sig til Marrakeshdirektivet, der som nævnt bl.a. har til formål at fremme adgang til offentliggjorte værker for personer med syns- eller læsehandicap, jf. præambelbetragtning 4 og 6. Det fremgår af præambelbetragtning 14, at der ved fastlæggelse af kompensationsniveauet bør tages behørigt hensyn til bl.a. non-profitkarakteren af bemyndigede enheders aktiviteter.

Nævnet finder, at der ved en kompensationsordning, hvorefter Nota betaler mindre for udnyttelse efter ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, i henseende til litterære værker, der ikke er udgivet i et tilgængeligt format på det kommercielle marked, gives Nota et incitament til og bedre økonomiske muligheder for at fremstille et sådant tilgængeligt format og tilgængeliggøre det for syns- og hørehandicappede personer.

Nævnet bemærker, at der efter bevisførelsen ikke kan antages at være administrative, ressourcemæssige eller tekniske forhold, der stiller sig i vejen for at gennemføre den her omhandlede differentiering i forbindelse med kompensationen.

Udviklingen på bogmarkedet de seneste ca. 10 år har været præget af en øget brug af digitale bøger. Efter bevisførelsen, herunder navnlig Jeppe Mossins forklaring, har denne udvikling været særlig markant i tiden efter 2015, idet der i perioden fra 2016 til 2020 er sket en firedobling af brugen. Langt størstedelen af stigningen (80-85 %) angår brugen af lydbøger.

Af forarbejderne til 2018-ændringen af ophavsretsloven fremgår, at Kulturministeriet til støtte for at udnytte direktivets mulighed for at fastsætte kompensation bl.a. lagde vægt på, at Nota havde oplevet en stor stigning i antallet af brugere fra ca. 10.000 brugere i 2004 til ca. 135.000 brugere i 2018. Stigningen skyldes særligt en stor stigning i antallet af ordblinde brugere. Ifølge forarbejderne var ca. 54 % af de indmeldte brugere i 2016 aktive, og af brugerne under 16 år var 69 % aktive. Michael Wright har bl.a. forklaret, at Nota i dag har 207-208.000 medlemmer.

[redacted]

Som det fremgår af det ovenfor anførte, gør de hensyn, der lå bag Tvangslicensnævnets kendelse af 6. juni 1991 i sag nr. 39 (Dansk Forfatterforening og Danmarks Blindebibliotek), som angik lydbøger, sig i væsentligt omfang ikke længere gældende. I kendelsen, hvorved vederlaget blev fastsat til et beløb pr. påbegyndt indlæsningstime multipliceret med antallet af fremstillede eksemplarer, anfører nævnet bl.a. i sin begrundelse, at der normalt kun fremstilles ganske få lydbogseksemplarer (som oftest under 10).

Den teknologiske udvikling betyder, at der er en betydeligt lettere adgang til e-bøger og lydbøger i dag, end det var tilfældet tidligere, og både e-bøger og lydbøger er i dag langt mere udbredte end for blot få år siden.

Det er efter Jeppe Mossins forklaring bl.a. kendetegnende for lydbøger og e-bøger, at de erfaringsmæssigt efterspørges i længere tid end traditionelle fysiske bøger.

Kompensationsmodellen bør efter nævnets opfattelse tage højde for de ovenfor berørte forhold, herunder den store udbredelse og brug af digitale bøger, den teknologiske udvikling og det forhold, at e-bøger og lydbøger erfaringsmæssigt efterspørges i længere tid end fysiske bøger.

Efter ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, skal der ikke betales kompensation, hvis skaden for ophavsmanden er minimal, jf. også Marrakeshdirektivets præambelbetragtning 14.

Nota har anført, at Notas kompensationsmodel, hvorefter der ikke betales for titler, før de har været benyttet samlet 150 gange, er i overensstemmelse med kriteriet om minimal skade.

"Minimal skade"-undtagelsen fra pligten til at betale kompensation føjer sig til den undtagelse, der fremgår af § 17 d, stk. 2, om formater i punktskrift eller andre formater, der normalt kun anvendes af personer med et syns- eller læsehandicap. Af forarbejderne til 2018-ændringen af ophavsretsloven fremgår, at der ved den konkrete fastsættelse af kompensationsniveauet bl.a. kan tages højde for, om rettighedshaverne på anden måde har fået betaling. Som eksempel anføres den

situation, hvor det tilgængelige format fremstilles på baggrund af en bog i et ikke-tilgængeligt format, som en skole har indkøbt fra rettighedshaverne med det formål at give en elev med syns- eller læsehandicap adgang til bogen i et tilgængeligt format. Rettighedshaverne har i denne situation modtaget betaling på anden vis, nemlig ved skolens eksemplarindkøb af bogen.

Efter nævnets opfattelse må "minimal skade"-undtagelsen fra kravet om kompensation antages at være rettet mod situationer, hvor rettighedshaverne reelt ikke mister indtægt som følge af en bemyndiget enheds brug af deres rettigheder efter ophavsretslovens § 17 c, stk. 2, eller hvor indtægtstabet som følge af et sådant brug er helt ubetydeligt, jf. herved i samme retning EU-Domstolens dom af 5. marts 2015 i sag C-463/12 (Nokia), præmis 28, om forståelsen af begrebet "minimal skade" i Infosoc-direktivets præambelbetragtning 35. Undtagelsen kan derimod efter nævnets opfattelse ikke føre til et vilkår om, at rettighedshaverne ikke skal modtage betaling for brug af deres rettigheder, før der er sket brug 150 gange.

Endelig bemærkes, at der ej heller foreligger oplysninger om særlige tekniske eller administrative vanskeligheder, der kan begrunde, at der først sker betaling, når værket har været benyttet samlet 150 gange.

-o0o-

I lyset af de omstændigheder og hensyn, der er anført i det foregående, finder nævnet sammenfattende, at den kompensation, som rettighedshaverne har krav på som betaling for brugen af deres rettigheder, bør være afhængig af den faktiske brug af rettighederne, dvs. at rettighedshaverne skal modtage betaling pr. udnyttelse af den pågældende e-bog eller lydbog. Det må efter det oplyste lægges til grund, at der ikke er administrative, ressourcemæssige eller tekniske forhold, der stiller sig i vejen for at anvende en sådan transaktionsbaseret model, og der er ikke grundlag for at begrænse betalingen til tilfælde, hvor værket har været benyttet samlet 150 gange.

Nævnet finder endvidere, at kompensationsmodellen bør differentiere mellem den kompensation, der skal betales til rettighedshaverne i situationer, hvor værket er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format og tilfælde, hvor værket ikke er udgivet kommercielt i et sådant format. Ved fastsættelsen af kompensationen i de førstnævnte situationer bør der tages hensyn til, at rettighedshaverne skal

kompenseres i rimeligt omfang for det indtægtstab, som konkurrencen fra Nota ellers må antages at ville medføre.

Fastsættelsen af kompensationen

Rettighedshaverne har for så vidt angår tilfælde, hvor værket er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format, nedlagt påstand om betaling af 12 kr. pr. udnyttelse. Dette beløb svarer i det væsentlige til den gennemsnitlige betaling på 11,86 kr., som forlagene i 2017 efter det oplyste modtog fra eReolen for digitalt udlån af e-bøger og lydbøger efter klik-modellen. Nævnet finder, at det vederlag, som betales til eReolen, kan sammenlignes med det vederlag, som rettighedshaverne har rejst krav om i denne sag, og at et vederlag på 12 kr. pr. udnyttelse således er rimeligt. Nævnet bemærker herved, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at det vederlag, der betales på det kommercielle marked, ligger på et højere niveau.

Rettighedshavernes påstand om betaling af 7 kr. pr. udnyttelse i tilfælde, hvor værket ikke er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format, svarer til det vederlag, som skal betales for udnyttelse af rettigheder i medfør af den såkaldte Nota Classic-aftale indgået den 20. december 2016 mellem bl.a. Nota og Copydan Tekst & Node. Der foreligger ikke relevant dokumentation for aftaler indgået i tiden efter 2016.

På denne baggrund finder nævnet, at betalingen i disse tilfælde passende kan fastsættes til 7 kr. pr. udnyttelse.

Nævnets konklusion

Nævnet tager Copydan Tekst & Nodes påstand til følge som nedenfor bestemt.

Thi bestemmes

Nota og STUK skal i medfør af ophavsretslovens § 17 d, stk. 1, betale et vederlag til de rettighedshavere, som Copydan Tekst & Node repræsenterer på (a) 12 kr. pr. udnyttelse af et værk som e-bog eller lydbog, når værket er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format og (b) 7 kr. pr. udnyttelse af et værk som e-bog eller lydbog, når værket ikke er udgivet kommercielt i et tilgængeligt format.

De nævnte vederlag gælder pr. 11. oktober 2018 og indeksreguleres hvert år pr. 1. januar på grundlag af udviklingen i lønindekset for november måned det forudgående år med udgangspunkt i 2018.

Nævnets afgørelse kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

I medfør af § 4 i bekendtgørelse nr. 25 af 14. januar 2004 om Ophavsretslicensnævnet bestemmes, at Copydan Tekst og Node skal betale halvdelen af udgifterne ved nævnets behandling af sagen, mens Nota og STUK skal betale den anden halvdel.

Jan Schans Christensen

Vibeke Borberg

Asger Heine Jensen