FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK fremsat den 12. april 2011 [1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 12540

II — Relevante retsforskrifter ..... I - 12540

A — Forordning nr. 44/2001 ..... I - 12540

B — Direktiv 93/98 og 2006/116 ..... I - 12542

C — Direktiv 2001/29 ..... I - 12544

III — Faktiske omstændigheder ..... I - 12546

IV — Sagsforløbet for de nationale retter ..... I - 12547

V — De præjudicielle spørgsmål ..... I - 12548

VI — Sagsforløbet for Domstolen ..... I - 12549

VII — Formaliteten med hensyn til anmodningen om en præjudiciel afgørelse og de enkelte præjudicielle spørgsmål ..... I - 12549

VIII — Første præjudicielle spørgsmål ..... I - 12550

A — Væsentlige argumenter fra procesdeltagerne ..... I - 12551

B — Formaliteten ..... I - 12553

C — Retlig bedømmelse ..... I - 12553

1. Det samlede system i forordning nr. 44/2001 ..... I - 12554

1 — Originalsprog: tysk; processprog: tysk.

2. Lovgivningsmæssige sammenhænge med bestemmelser med lignende formål ..... I - 12555

a) Spørgsmålet, om man kan støtte sig til artikel 34, nr. 3), i forordning nr. 44/2001 ..... I - 12555

b) Spørgsmålet, om man kan støtte sig til artikel 28 i forordning nr. 44/2001 ..... I - 12557

3. Domstolens praksis ..... I - 12559

4. Berettiget kritik ..... I - 12560

5. Sammenhængen som omhandlet i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 ..... I - 12562

a) Sammenhæng mellem ankersøgsmålet og det eller de andre søgsmål ..... I - 12562

b) Ensartede faktiske omstændigheder ..... I - 12563

c) Tilstrækkelig tæt retlig sammenhæng ..... I - 12565

d) Ingen særskilt undersøgelse af eller prognose om, hvorvidt der i et konkret tilfælde er risiko for modstrid ..... I - 12566

D — Resultat ..... I - 12566

IX — Om de øvrige præjudicielle spørgsmål ..... I - 12567

A — Fjerde præjudicielle spørgsmål ..... I - 12567

1. Væsentlige anbringender fra sagens parter ..... I - 12568

2. Formaliteten ..... I - 12570

3. Retlig bedømmelse ..... I - 12570

a) Spørgsmålet, om portrætfotografier kan nyde beskyttelse ..... I - 12571

b) Begrebet reproduktion ..... I - 12572

c) Resultat ..... I - 12574

B — Tredje præjudicielle spørgsmål ..... I - 12574

1. Væsentlige anbringender fra procesdeltagerne ..... I - 12575

2. Retlig bedømmelse ..... I - 12577

a) Lovgivningsteknikken bag artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29 ..... I - 12577

b) Første delspørgsmål ..... I - 12578

c) Andet delspørgsmål ..... I - 12580

d) Tredje delspørgsmål ..... I - 12581

C — Andet præjudicielle spørgsmål ..... I - 12581

1. Anbringender fra sagens parter ..... I - 12582

2. Retlig bedømmelse ..... I - 12583

a) Første delspørgsmål ..... I - 12584

b) Andet delspørgsmål ..... I - 12586

i) Spørgsmålet, om det er umuligt at angive ophavsmandens navn ..... I - 12586

ii) Retsvirkningerne, hvis der ikke foreligger umulighed ..... I - 12587

iii) Resultat ..... I - 12589

c) Supplerende bemærkninger ..... I - 12589

i) Citat med henblik på formål som kritik eller anmeldelser ..... I - 12589

ii) Fuldt citat ..... I - 12590

iii) Yderligere betingelser ..... I - 12591

X — Forslag til afgørelse ..... I - 12591

I — Indledning

1. Med den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF har Handelsgericht Wien (herefter »den forelæggende ret«) indledningsvis forelagt et spørgsmål om fortolkning angående værneting ved konneksitet, der er reguleret i artikel 6, nr. 1), i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område [2]. Spørgsmålet giver Domstolen mulighed for at videreudvikle sin praksis på dette område [3].

2. De øvrige præjudicielle spørgsmål vedrører navnlig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet [4]. Der er indledningsvis tale om, hvorvidt et fantombillede, der er fremstillet på grundlag af et fotografi, uden samtykke fra ophavsmanden må offentliggøres i aviser, tidsskrifter og på internettet. Spørgsmålene drejer sig om, hvilke grænser der kan fastsættes i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d) og e), der tillader, at medlemsstaterne fastsætter undtagelser fra og indskrænkninger i reproduktionsretten med henblik på citater eller af hensyn til den offentlige sikkerhed.

3. I faktisk henseende hænger hovedsagen sammen med bortførelsen af en østrigsk statsborger, Natascha K., med sikkerhedsmyndighedernes efterforskningsskridt i denne sag samt med mediedækningen efter hendes flugt fra bortføreren.

II — Relevante retsforskrifter [5]

A — *Forordning nr. 44/2001*

4. I henhold til artikel 68, stk. 1, i forordning nr. 44/2001 træder denne forordning i forholdet mellem medlemsstaterne, bortset fra Danmark, i stedet for Bruxelleskonventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i

2 — EFT L 12, s. 1.

3 — Jf. navnlig dom af 27.9.1988, sag 189/87, Kalfelis, Sml. s. 5565, og af 13.7.2006, sag C-539/03, Roche Nederland m.fl., Sml. I, s. 6535, der dog vedrørte forgængeren til Bruxelleskonventionens artikel 6, og af 11.10.2007, sag C-98/06, Freeport, Sml. I, s. 8319.

4 — EFT L 167, s. 10.

5 — Analogt med betegnelserne i TEU og TEUF anvendes udtrykket »unionsret« som samlet udtryk for fællesskabsret og unionsret. I det omfang, det i det følgende er enkelte primærretlige bestemmelser, der er relevante, anføres de bestemmelser, der gjaldt på det relevante tidspunkt.

borgerlige sager, herunder handelssager (herefter »Bruxelleskonventionen«).

5. 11., 12. og 15. betragtning til forordningen har følgende ordlyd:

»(11) Kompetencereglerne bør frembyde en høj grad af forudsigelighed og være baseret på sagsøgtes bopæl som det principielle kriterium, og dette kompetencekriterium bør altid kunne gøres gældende, undtagen i enkelte velafgrænsede tilfælde, hvor det på grund af sagens genstand eller af hensyn til parternes aftalefrihed er berettiget at lægge et andet tilknytningsmoment til grund. [...]

(12) Som kompetencekriterium bør sagsøgtes bopæl suppleres med alternative kriterier baseret på en sags nære tilknytning til en bestemt ret eller på hensynet til god retspleje.

[…]

(15) Af hensyn til en harmonisk retspleje er det nødvendigt at mindske risikoen for parallelle retssager mest muligt og undgå, at der træffes indbyrdes uforenelige retsafgørelser i to medlemsstater. [...]«

6. Kompetencereglerne er opstillet i kapitel II i forordning nr. 44/2001, der omfatter artikel 2-31.

7. Forordningens artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»Med forbehold af bestemmelserne i denne forordning skal personer, der har bopæl på en medlemsstats område, uanset deres nationalitet, sagsøges ved retterne i denne medlemsstat.«

8. Forordningens artikel 3, stk. 1, lyder som følger:

»Personer, der har bopæl på en medlemsstats område, kan kun sagsøges ved retterne i en anden medlemsstat i medfør af de regler, der er fastsat i afdeling 2-7.«

9. Forordningens artikel 6, nr. 1), der indgår i kapitel II, afdeling 2, med overskriften »Specielle kompetenceregler«, bestemmer følgende:

»En person, der har bopæl på en medlemsstats område, kan endvidere sagsøges:

1. såfremt der er flere sagsøgte, ved retten i den retskreds, hvor en af de sagsøgte har bopæl, forudsat at kravene er så snævert

forbundne, at det er ønskeligt at behandle og påkende dem samtidig for at undgå uforenelige afgørelser i tilfælde af, at kravene blev påkendt hver for sig.«

10. Forordningens artikel 28, der indgår i afdeling 9 (»Litispendens og indbyrdes sammenhængende krav«), bestemmer følgende:

»1. Såfremt sager vedrørende krav, som er indbyrdes sammenhængende, verserer for retter i forskellige medlemsstater, kan enhver anden ret end den, ved hvilken sagen først er anlagt, udsætte sagen.

2. Når de pågældende sager verserer i første instans, kan enhver anden ret end den, ved hvilken sagen først er anlagt, ligeledes efter anmodning fra en af parterne erklære sig inkompetent, forudsat at den ret, ved hvilken sagen først er anlagt, har kompetence til at påkende de pågældende krav, og dens lovgivning tillader forening heraf.

3. Ved indbyrdes sammenhængende krav forstås i denne artikel krav, der er så snævert forbundne, at det er ønskeligt at behandle og påkende dem samtidig for at undgå uforenelige afgørelser i tilfælde af, at kravene blev påkendt hver for sig.«

11. Artikel 34, nr. 3), i forordningens kapitel III (»Anerkendelse og fuldbyrdelse«) bestemmer følgende:

»En retsafgørelse kan ikke anerkendes:

[…]

3. såfremt den er uforenelig med en retsafgørelse truffet mellem de samme parter i den medlemsstat, som anmodningen rettes til.«

B — *Direktiv 93/98 og 2006/116*

12. 17. betragtning til Rådets direktiv 93/98/EØF af 29. oktober 1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder [6] lyder som følger:

»Beskyttelsen af fotografier i medlemsstaterne er genstand for forskellige ordninger; for at nå frem til en tilstrækkelig harmonisering af beskyttelsestiden for fotografiske værker og især for værker, som på grund af deres kunstneriske eller professionelle karakter er af betydning i det indre marked, er det nødvendigt

6 — EFT L 290, s. 9.

at fastsætte, hvilken grad af originalitet der kræves i henhold til dette direktiv; et fotografisk værk som defineret i Bernerkonventionen betragtes som originalt, hvis det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse og afspejler hans personlighed, idet der ikke tages hensyn til andre kriterier såsom værdi eller formål; beskyttelsen af andre fotografier bør overlades til national lovgivning.«

13. Direktivets artikel 6 bestemmer følgende:

»Fotografier, der er originale i den forstand, at de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, beskyttes i henhold til artikel 1. Der anvendes ingen andre kriterier for at bestemme, om de er berettiget til beskyttelse. Medlemsstaterne kan fastsætte beskyttelse for andre fotografier.«

14. Bestemmelserne i direktiv 93/98 er blevet kodificeret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder [7].

15. 16. betragtning til direktivet lyder således:

»Beskyttelsen af fotografier i medlemsstaterne er genstand for forskellige ordninger. Et fotografisk værk som defineret i Bernerkonventionen betragtes som originalt, hvis det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse og afspejler hans personlighed, idet der ikke tages hensyn til andre kriterier såsom værdi eller formål. Beskyttelsen af andre fotografier bør overlades til national lovgivning.«

16. Direktivets artikel 6 har følgende ordlyd:

»Fotografier, der er originale i den forstand, at de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, beskyttes i henhold til artikel 1. Der anvendes ingen andre kriterier for at bestemme, om de er berettiget til beskyttelse. Medlemsstaterne kan fastsætte beskyttelse for andre fotografier.«

7 — EUT L 372, s. 12.

C — *Direktiv 2001/29*

17. 9., 21., 32. og 44. betragtning til direktiv 2001/29 er formuleret som følger:

»(9) Udgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau, da sådanne rettigheder er af afgørende betydning for den intellektuelle skabelsesproces. En sådan beskyttelse bidrager til at bevare og udvikle kreativiteten til gavn for ophavsmænd, kunstnere, producenter, forbrugere, kulturen, industrien og almenheden generelt. Intellektuel ejendomsret er derfor blevet anerkendt som en integrerende del af ejendomsretten.

[…]

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

[…]

(32) Direktivet indeholder en udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden. Nogle undtagelser og indskrænkninger finder i givet fald kun anvendelse på retten til reproduktion. Listen tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner, samtidig med at den tilsigter at sikre det indre markeds funktion. Det er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis, hvilket vil blive vurderet i forbindelse med den fremtidige gennemgang af gennemførelseslovgivningen.

[…]

(44) Når undtagelserne og indskrænkningerne som omhandlet i dette direktiv anvendes, bør det ske i overensstemmelse med internationale forpligtelser. Sådanne undtagelser og indskrænkninger må ikke anvendes på en sådan måde, at det skader rettighedshavernes legitime interesser eller er i strid med en normal udnyttelse af de pågældende værker og frembringelser. Medlemsstaternes bestemmelser om sådanne undtagelser eller indskrænkninger bør navnlig på behørig vis afspejle de forøgede økonomiske følger, sådanne undtagelser eller indskrænkninger kan få i forbindelse med det nye elektroniske samfund. Det kan derfor blive nødvendigt at begrænse visse undtagelsers eller indskrænkningers anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser.«

18. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 2001/29 lyder således:

»Dette direktiv vedrører retlig beskyttelse af ophavsret og dermed beslægtede rettigheder inden for rammerne af det indre marked med særligt henblik på informationssamfundet.«

19. Direktivets artikel 2, litra a), der regulerer retten til reproduktion, bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker […]«

20. Direktivets artikel 3, stk. 1, vedrører retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser. Reglen bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.«

21. Direktivets artikel 5 (»Undtagelser og indskrænkninger«) bestemmer navnlig følgende:»[…]

»3. Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:

[…]

d) hvis der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis, kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til

e) hvis der er tale om anvendelse, der sker af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer

[…]

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

III — Faktiske omstændigheder

22. Sagsøgeren i hovedsagen er selvstændig fotograf. Hun fotograferer bl.a. børn i børnehaver og fritidshjem. I forbindelse med sin erhvervsvirksomhed fremstillede hun portrætfotografier af den østrigske statsborger Natascha K. (herefter »de omtvistede fotografier«) inden dennes bortførelse i 1998. Hun designede baggrunden, bestemte positionen og ansigtsudtrykket samt fremstillede og fremkaldte fotografierne.

23. De fotografier, som sagsøgeren fremstiller, har hun i over 17 år forsynet med sit navn og firmabetegnelse. Dette er i tidens løb sket på forskellig vis, idet hun har anvendt en selvklæbende etiket og/eller tryk i albummer eller på passepartouter. I alle tilfælde fremgår sagsøgerens navn og firmaadresse af disse producentbetegnelser.

24. Sagsøgeren i hovedsagen har solgt de fotografier, som hun har fremstillet, men har hverken givet tredjemand rettigheder til fotografierne eller givet samtykke til offentliggørelse af dem. Den købspris, som hun har forlangt for fotografierne, har således kun omfattet betaling for værkerne.

25. Efter at Natascha K. i en alder af ti år var blevet bortført, i 1998, bad de kompetente sikkerhedsmyndigheder offentligheden om hjælp i efterforskningen, og de omtvistede fotografier blev anvendt i denne forbindelse.

26. De sagsøgte i hovedsagen er avisforlag. Kun sagsøgte 1 i hovedsagen har hjemsted i Wien i Østrig. Sagsøgte 2-5 i hovedsagen har hjemsted i Tyskland.

27. Sagsøgte 1 og 3 i hovedsagen udgiver dagblade, der (også) udkommer i Østrig (aviserne Der Standard og Süddeutsche Zeitung), sagsøgte 4 udgiver et ugeblad, der også udkommer i Østrig (Der Spiegel). Sagsøgte 5 udgiver et dagblad, der kun udkommer i Tyskland (Express). Sagsøgte 2 udgiver et dagblad (Bild), hvis forbundsdækkende tyske udgave ikke forhandles i Østrig. Münchenudgaven af Bild udkommer derimod også i Østrig.

Sagsøgte 2 udgiver ligeledes et andet dagblad (Die Welt), som også forhandles i Østrig, og driver nyhedssider på internettet.

28. I 2006 lykkedes det Natascha K. at flygte fra sin bortfører. Hovedsagen drejer sig om de reportager, som de sagsøgte i hovedsagen udgav efter dette tidspunkt og inden Natascha K.'s første offentlige fjernsynsinterview den 5. september 2006. I dette tidsrum forelå der ikke nogen aktuelle fotos af Natascha K. I forbindelse med deres reportager offentliggjorde de sagsøgte i hovedsagen de omtvistede fotografier i førnævnte aviser, tidsskrifter og internetsider uden producentangivelse eller med en ukorrekt producentangivelse, idet der blev angivet et andet navn end sagsøgeren i hovedsagen som ophavsmand. Reportagerne i dagbladene, ugebladet og på internetsiderne var forskellige for så vidt angik udvalget af billeder og den ledsagende tekst. De sagsøgte i hovedsagen har fremført, at de modtog de omtvistede fotografier fra et nyhedsagentur, som ikke angav navnet på sagsøgeren i hovedsagen eller anførte et andet navn som producent.

29. I visse reportager blev der desuden også offentliggjort et fantombillede, der skulle gengive Natascha K.s formodede aktuelle udseende (herefter »det omtvistede fantombillede«). Fantombilledet blev fremstillet af en grafiker ved hjælp af et computerprogram på grundlag af et af de omtvistede fotografier.

IV — Sagsforløbet for de nationale retter

30. Sagsøgeren i hovedsagen har anlagt sag mod de sagsøgte i hovedsagen for Handelsgericht Wien i Østrig. Sagsøgeren har i det væsentlige [8] nedlagt påstand om, at de sagsøgte tilpligtes at undlade at reproducere de omtvistede fotografier og det omtvistede fantombillede uden hendes samtykke og uden at angive hende som ophavsmand, samt at de sagsøgte skal betale en godtgørelse og skadeserstatning.

31. Sagsøgeren i hovedsagen har samtidig indgivet en begæring om foreløbige forholdsregler, som den højeste retsinstans nu har truffet afgørelse om.

8 — Sagsøgeren i hovedsagen har også modsat sig udbredelsen af fotografierne. Da dette punkt ikke har nogen væsentlig betydning for den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, skal jeg i det følgende ikke omtale det særskilt. På dette sted skal der dog henvises til, at muligheden for at indføre undtagelser eller indskrivninger i henhold til artikel 5, stk. 3, litra d) og e), i direktiv 2001/29 er begrænset i henhold til direktivets artikel 2 og 3 og således ikke omfatter retten til spredning ifølge direktivets artikel 4.

V — De præjudicielle spørgsmål

32. Med sin anmodning om en præjudiciel afgørelse af 8. marts 2010 har den forelæggende ret stillet følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 fortolkes således, at det ikke er til hinder for bestemmelsens anvendelse og dermed for at behandle sagerne samtidigt, at de søgsmål, der er anlagt mod flere sagsøgte vedrørende indholdsmæssigt identiske ophavsretskrænkelser, hviler på forskellige nationale retsgrundlag, der dog i det væsentlige er indholdsmæssigt identiske, idet retten til at kræve forbud mod objektive krænkelser og retten til en passende godtgørelse for ophavsretskrænkelser samt retten til at kræve skadeserstatning som følge af den retsstridige anvendelse gælder for alle europæiske stater?

2) a) Skal artikel 5, stk. 3, litra d), sammenholdt med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, fortolkes således, at det ikke er til hinder for anvendelsen af bestemmelsen, at den presseartikel, hvori et værk eller en anden frembringelse er citeret, ikke er et ophavsretligt beskyttet litterært værk?

b) Skal artikel 5, stk. 3, litra d), sammenholdt med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, fortolkes således, at det ikke er til hinder for anvendelsen af bestemmelsen, at det citerede værk eller den anden frembringelse ikke er tilføjet ophavsmandens eller den udøvende kunstners navn?

3) a) Skal artikel 5, stk. 3, litra e), sammenholdt med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, fortolkes således, at anvendelsen af bestemmelsen i den offentlige sikkerheds interesse og af hensyn til den strafferetspleje, der varetages inden for rammerne heraf, forudsætter en konkret, aktuel og udtrykkelig henvendelse fra sikkerhedsmyndighederne for at offentliggøre et billede, dvs. om billedoffentliggørelsen skal være foranlediget af myndighederne med henblik på efterforskningsformål, idet der i modsat fald foreligger en rettighedskrænkelse?

b) Såfremt spørgsmål 3a besvares benægtende: Kan medierne også støtte ret på direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 alene, hvis de uden en relevant efterlysningsanmodning fra myndighederne på eget initiativ afgør, at billedoffentliggørelsen finder sted »i den offentlige sikkerheds interesse«?

c) Såfremt spørgsmål 3b besvares bekræftende: Er det i så fald tilstrækkeligt, at medierne bagefter hævder, at billedoffentliggørelsen skete som led i en efterforskning, eller kræver det i hvert enkelt tilfælde en konkret efterforskningsanmodning, hvor læserne anmodes om hjælp til at opklare en lovovertrædelse, der skal stå i umiddelbar forbindelse med offentliggørelsen af fotografiet?

4) Skal artikel 1, stk. 1, sammenholdt med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 og artikel 12 i Bernerkonventionen, herunder navnlig sammenholdt med artikel 1 i første tillægsprotokol til EMRK og artikel 17 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, fortolkes således, at fotografiske værker og/eller fotografier, herunder navnlig portrætfotografier, nyder en »svagere« eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse før bearbejdning, da de i betragtning af den »realistiske optagelse« har for få udformningsmuligheder?«

VI — Sagsforløbet for Domstolen

33. Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 22. marts 2010.

34. Parterne i hovedsagen, den østrigske, den italienske og den spanske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

35. Da ingen af procesdeltagerne har anmodet om, at der indledes mundtlig forhandling, kunne forslag til afgørelse i denne sag udarbejdes efter møde 14. december 2010.

VII — Formaliteten med hensyn til anmodningen om en præjudiciel afgørelse og de enkelte præjudicielle spørgsmål

36. De sagsøgte i hovedsagen tvivler på, at den samlede anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling. Ifølge de sagsøgte har den forelæggende ret ikke fastslået de faktiske omstændigheder tilstrækkeligt og ikke begrundet sin tvivl om den rette fortolkning af unionsretten tilstrækkeligt. Retten har heller ikke gjort rede for, at

der er tilstrækkelig sammenhæng mellem de nationale retsregler, der skal anvendes i retstvisten, og de EU-retlige bestemmelser, og den har navnlig ikke citeret de relevante regler i national ret.

37. Disse argumenter kan ikke tiltrædes.

38. Som det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, er der det særlige i den foreliggende sag, at der forudgående er gennemført en procedure om foreløbige forholdsregler. Under denne procedure gjorde Oberster Gerichtshof i Østrig (herefter »Oberster Gerichtshof«) sig til talsmand for retsopfattelser, som parterne i hovedsagen nu er uenige om, hvorvidt de er forenelige med de EU-retlige krav. Det er tilstrækkeligt til at kunne indgive en anmodning om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, at den forelæggende ret gør rede for Oberster Gerichtshofs retsopfattelse og præciserer, at den som følge af sagsøgerens og sagsøgtes divergerende opfattelser er i tvivl om, hvorvidt Oberster Gerichtshofs retsopfattelse er forenelig med de EU-retlige krav. I øvrigt har den forelæggende ret i sin redegørelse om Oberster Gerichtshofs retsopfattelse beskrevet de relevante regler i national ret tilstrækkelig klart med henblik på den foreliggende sag.

VIII — Første præjudicielle spørgsmål

39. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører værneting ved konneksitet i henhold til artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001. Den forelæggende ret spørger sig selv, om den i henhold til denne bestemmelse også har kompetence i søgsmålene mod sagsøgte 2 og sagsøgte 5 i hovedsagen for så vidt angår artiklerne i de aviser, der kun udkommer i Tyskland (dvs. dagbladet Express og den forbundsdækkende udgave af Bild) [9].

40. De faktiske og retlige omstændigheder i den foreliggende sag er bl.a. præget af, at den forelæggende ret i henhold til artikel 2 i forordning nr. 44/2001 har kompetence i søgsmålet mod sagsøgte 1 i hovedsagen, som har hjemsted i Wien og udgiver dagbladet Der Standard, der udkommer i Østrig. Ifølge den forelæggende ret skal østrigsk ret anvendes i dette søgsmål, hvori det påberåbes, at sagsøgerens ophavsrettigheder er krænket. Søgsmålene mod sagsøgte 5 og søgsmålet mod sagsøgte 2 i hovedsagen, der er rettet mod artiklerne i dagbladet Express og den forbundsdækkende udgave af Bild, støttes på ensartede tilsidesættelser af sagsøgerens ophavsrettigheder. Såfremt den forelæggende ret har kompetence i disse søgsmål, er det ifølge denne tysk ret, der finder anvendelse for så vidt angår offentliggørelsen i disse

9 — Jf. punkt 27 i forslaget til afgørelse. Hvad angår de øvrige aviser, tidsskrifter og internetsider stiller den forelæggende ret ikke Domstolen dette spørgsmål.

dagblade, som ikke udkommer i Østrig. Den forelæggende ret har desuden anført, at reglerne i henholdsvis tysk og østrigsk ret ganske vist er forskellige, men fastsætter betingelser, der i det væsentlige ligner hinanden.

A — *Væsentlige argumenter fra procesdeltagerne*

41. *Sagsøgeren i hovedsagen* har gjort gældende, at der i det foreliggende tilfælde kan anvendes værnetinget ved konneksitet. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen er det nødvendigt at behandle og påkende kravene samtidig for at undgå, at der træffes uforenelige afgørelser i adskilte søgsmål, hvor de faktiske omstændigheder er ens, og retsstillingen er næsten identisk. Bortset fra mindre undtagelser er kravene mod alle sagsøgte i hovedsagen identiske. De faktiske omstændigheder ligner hinanden, da de omtvistede fotografier i alle tilfældene er anvendt uden samtykke fra sagsøgeren i hovedsagen. Det er ikke til hinder for at anvende artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, at der anvendes forskellige nationale lovgivninger i de enkelte sager, når grundlaget for kravene i det væsentlige er ens. Procesøkonomiske grunde taler også for en sådan fortolkning. Desuden bør en ophavsmand i internettets tidsalder have mulighed for på effektiv vis at forfølge ophavsretskrænkelser, der er begået i forskellige medlemsstater.

42. De *sagsøgte i hovedsagen* har gjort gældende, at spørgsmålet skal afvises fra realitetsbehandling, allerede fordi det kun er retter, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, der kan anmode Domstolen om en fortolkning af forordning nr. 44/2001. De har endvidere gjort gældende, at forordningens artikel 6, nr. 1), ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, da kravene ikke er så snævert forbundne, som denne bestemmelse kræver. For det første skal offentliggørelsen af de omtvistede billeder i de enkelte aviser bedømmes hver for sig. For det andet kan retsstillingen være forskellig i de forskellige medlemsstater, og der kan derfor ikke forekomme uforenelige afgørelser. I Roche Nederland-dommen [10] afviste Domstolen i en lignende sag, at der forelå en tilstrækkelig tæt sammenhæng. I den nævnte sag hørte de enkelte sagsøgte endog til samme koncern og handlede på grundlag af en fælles forretningspolitik på ensartet vis. I den foreliggende sag er der endnu mindre tale om en tæt sammenhæng.

10 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

43. Den *østrigske regering* og *Kommissionen* har gjort gældende, at det ikke allerede er udelukket at anvende forordningens artikel 6, nr. 1), fordi der skal anvendes forskellige nationale lovgivninger i søgsmålet mod sagsøgte 1, der har hjemsted i Østrig, og de øvrige søgsmål.

44. Kommissionen har indledningsvis henvist til, at begrebet uforenelige afgørelser i forordningens artikel 6, nr. 1), ikke kan fortolkes på samme måde som det tilsvarende begreb i forordningens artikel 34, nr. 3). Forordningens artikel 6, nr. 1), er derimod tæt forbundet med forordningens artikel 28, stk. 3, da begge bestemmelser har til formål at undgå uforenelige afgørelser. De to bestemmelsers mål er imidlertid ikke fuldstændig identisk.

45. Desuden har den østrigske regering gjort gældende, at forordningens artikel 6, nr. 1), ganske vist ikke har til formål at fjerne risikoen for modstridende afgørelser, der kan skyldes, at de nationale lovgivninger, der skal anvendes, er forskellige, og at forskellene kan føre til forskellige afgørelser. Forordningens artikel 6, nr. 1), har imidlertid til formål at undgå modstrid mellem to afgørelser, der skyldes en forskellig bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Forordningens artikel 6, nr. 1), omfatter derfor også søgsmål, hvori der skal anvendes forskellige lovgivninger, såfremt betingelserne i disse i det væsentlige er sammenlignelige.

46. Efter Kommissionens opfattelse er det ikke en betingelse for at anvende forordningens artikel 6, nr. 1), at de enkelte søgsmål beror på samme retsgrundlag. Ellers ville denne bestemmelse miste en betydelig del af sin effektive virkning. Spørgsmålet, om der er risiko for uforenelige afgørelser, er ikke afgørende for, om denne bestemmelse skal anvendes. Der skal derimod tages hensyn til alle forhold i det konkrete tilfælde, navnlig formålet om at styrke retsbeskyttelsen og undgå parallelle søgsmål, samt sagsøgerens og sagsøgtes interesser. Det skal desuden sikres, at der står passende muligheder til rådighed til at gennemføre immaterialrettighederne. For så vidt angår sagsøgte 2 i hovedsagen har sagsøgerens interesse i en effektiv retsbeskyttelse mod ophavsretskrænkelser i den foreliggende sag størst vægt, og forordningens artikel 6, nr. 1), skal derfor anvendes. For sagsøgte 5, der kun forhandlede sin avis i Tyskland, var et sådant søgsmål imidlertid ikke tilstrækkelig forudsigeligt, og forordningens artikel 6, nr. 1), finder derfor ikke anvendelse.

B — *Formaliteten*

47. I det omfang, de sagsøgte i hovedsagen hævder, at det første spørgsmål skal afvises fra realitetsbehandling, idet det kun er retter, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, der kan anmode Domstolen om en fortolkning af forordning nr. 44/2001, skal dette argument afvises.

48. Denne begrænsning, der var fastsat i artikel 68, stk. 1, EF, eksisterer nemlig ikke længere i TEUF, der trådte i kraft den 1. december 2009 og derfor i tidsmæssig henseende skal anvendes på forelæggelsesafgørelsen, der indgik til Domstolen den 22. marts 2010.

C — *Retlig bedømmelse*

49. Med sit første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om der med hensyn til sagsøgte 2 og sagsøgte 5 kan anvendes værnetinget ved konneksitet som omhandlet i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 for så vidt angår offentliggørelsen af de omtvistede fotografier og det omtvistede fantombillede i de dagblade, der kun forhandles i Tyskland, nemlig den forbundsdækkende udgave af Bild samt Express.

50. I henhold til forordningens artikel 6, nr. 1), kan en sagsøger, der sagsøger en person ved retten i den retskreds, hvor vedkommende har bopæl (herefter »ankersøgsmålet«) [11], også sagsøge en anden person ved denne ret. Det kræves imidlertid, at ankersøgsmålet og det andet søgsmål er så snævert forbundne, at det er ønskeligt at behandle og påkende dem samtidig for at undgå uforenelige afgørelser til tilfælde af, at de blev påkendt hver for sig.

51. I den foreliggende sag er der tale om et ankersøgsmål for så vidt angår sagsanlægget mod sagsøgte 1, der har hjemsted i Wien.

52. Den forelæggende ret er tvivl om, hvorvidt den anden betingelse i forordningens artikel 6, nr. 1), dvs. spørgsmålet, om ankersøgsmålet på den ene side og de førnævnte søgsmål mod sagsøgte 2 og sagsøgte 5 er snævert forbundne. Denne anden betingelse bygger på Domstolens retspraksis om forgængeren til forordningens artikel 6, nr. 1), i Bruxelleskonventionen. Bruxelleskonventionens artikel 6, nr. 1), indeholdt ikke en

11 — Jf. om dette udtryk C. Althammer, Die Anforderungen an die »Ankerklage« am forum connexitatis, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, s. 558 ff.

sagsøgte 2 og sagsøgte 5 for så vidt angår de aviser, der forhandles i Tyskland

— forudsætningerne for de fremsatte krav i det væsentlige er identiske i henhold til østrigsk og tysk ret.

sådan betingelse. Domstolen har imidlertid anset det for nødvendigt at undersøge denne yderligere betingelse for at sikre den effektive virkning af Bruxelleskonventionens artikel 2, som fastslår princippet om, at retterne i den stat, hvor sagsøgte har bopæl, har kompetencen [12]. Inden for rammerne af forordning nr. 44/2001 har EU-lovgiver overtaget denne af Domstolen udviklede betingelse i bestemmelsens ordlyd. Der er således kontinuitet mellem forordningens artikel 6, nr. 1), og Bruxelleskonventionens artikel 6, nr. 1).

54. Jeg vil nærme mig svaret på dette spørgsmål skridt for skridt. Først omtaler jeg den stilling, som værnetinget ved konneksitet har i det samlede kompetencesystem i henhold til forordning nr. 44/2001 (1). Derefter undersøger jeg sammenhængen mellem forordningens artikel 6, nr. 1), der navnlig har til formål at undgå uforenelige afgørelser, og andre bestemmelser, der har et lignende formål (2). Dernæst beskriver jeg, hvorledes Domstolen har fortolket betingelsen om en tæt sammenhæng (3). Da jeg anser indsigelserne mod Domstolens praksis for at være delvis berettiget (4), foreslår jeg den at modificere sin holdning lidt (5).

53. Retten spørger sig selv, om der kan foreligge en så snæver forbindelse som den, der kræves i forordningens artikel 6, nr. 1), i et tilfælde, hvor

— det i alle tre sager gøres gældende, at der er sket indholdsmæssigt ensartede tilsidesættelser af ophavsrettigheder og stilles ensartede krav

1. Det samlede system i forordning nr. 44/2001

— der skal anvendes østrigsk ret i ankersøgsmålet og tysk ret i søgsmålene mod

55. I henhold til artikel 2 i forordning nr. 44/2001 er det principielt retterne i den medlemsstat, hvor sagsøgte har sin bopæl, der har kompetence. Forordningen opstiller imidlertid en udtømmende liste over specielle

12 — Kalfelis-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 6-12, og dom af 27.10.1998, sag C-51/97, Réunion européenne m.fl., Sml. I, s. 6511, præmis 47 f.

kompetenceregler, der afviger fra dette princip. I henhold til fast retspraksis skal disse specielle kompetenceregler, som forordningens artikel 6, nr. 1), også hører blandt, fortolkes strengt [13].

56. Ved fortolkningen af forordningens artikel 6, nr. 1), skal der også tages hensyn til 11. betragtning til forordningen. Ifølge denne betragtning bør kompetencereglerne frembyde en høj grad af forudsigelighed og være baseret på sagsøgtes bopæl som det principielle kriterium. Der bør kun kunne gøres undtagelser i enkelte velafgrænsede tilfælde, hvor det på grund af sagens genstand eller af hensyn til parternes aftalefrihed er berettiget at lægge et andet tilknytningsmoment til grund.

2. Lovgivningsmæssige sammenhænge med bestemmelser med lignende formål

57. Formålet med forordningens artikel 6, nr. 1), er navnlig at undgå uforenelige afgørelser, når der er tale om snævert forbundne krav [14]. Det er således nærliggende ved fortolkningen af denne bestemmelse at støtte sig til andre af forordningens forskrifter, der har et lignende formål. Forordningens artikel 34, nr. 3) (a) og forordningens artikel 28 (b) angår ligeledes to uforenelige retsafgørelser.

a) Spørgsmålet, om man kan støtte sig til artikel 34, nr. 3), i forordning nr. 44/2001

58. Indledningsvis er spørgsmålet, om forordningens artikel 6, nr. 1), skal fortolkes set i lyset af forordningens artikel 34, nr. 3), og retspraksis vedrørende denne bestemmelse. I henhold til denne bestemmelse kan en retsafgørelse ikke anerkendes, såfremt den er uforenelig med en retsafgørelse truffet mellem de samme parter i den medlemsstat, som anmodningen rettes til.

59. Hvad angår forgængeren til forordningens artikel 34, nr. 3), nemlig Bruxelleskonventionens artikel 27, stk. 3, har Domstolen fastslået, at det kun kan antages, at to afgørelser er uforenelige med hinanden som omhandlet i denne bestemmelse, såfremt retsafgørelserne har retsvirkninger, som gensidigt udelukker hinanden [15]. Dette er bl.a. tilfældet, hvis der mellem to personer i den første afgørelse idømmes pligt til at betale

13 — Freeport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 35, og dom af 13.7.2006, sag C-103/05, Reisch Montage, Sml. I, s. 6827, præmis 23.

14 — Med forordningens artikel 6, nr. 1), skal der dog også forfølges procesøkonomiske formål.

15 — Dom af 4.2.1988, sag 145/86, Hoffmann, Sml. s. 645, præmis 22.

bidragsydelser som følge af ægteskab, hvorimod det i den anden retsafgørelse fastslås, at det pågældende ægteskab opløses [16].

60. Det er indimellem blevet foreslået, at man ved fortolkningen af forordningens artikel 6, nr. 1), støtter sig til forordningens artikel 34, nr. 3), og overfører førnævnte retspraksis til forordningens artikel 6, nr. 1) [17]. Følgende taler dog imod dette.

61. For det første vedrører forordningens artikel 34, nr. 3), og artikel 6, nr. 1), forskellige situationer, og de har derfor forskelligt mål.

62. Forordningens artikel 34, nr. 3), anvendes på det stadium, hvor afgørelser fra retter i andre medlemsstater anerkendes og fuldbyrdes. Bestemmelsen skal løse en konflikt mellem to retsafgørelser mellem de samme parter — en konflikt, som i henhold til forordningens system principielt slet ikke bør opstå [18]. Den manglende anerkendelse af en afgørelse i henhold til forordningens artikel 34, nr. 3), udgør således et undtagelsestilfælde, hvor en afvigelse fra princippet om næsten automatisk anerkendelse af afgørelser fra retter i andre medlemsstater og dermed fra en »grundsten« i forordning nr. 44/2001 undtagelsesvis er berettiget [19]. Af denne grund skal denne bestemmelse fortolkes strengt og begrænses til afgørelser, der gensidigt udelukker retsfølger.

63. Forordningens artikel 6, nr. 1), vedrører derimod et andet tilfælde. For det første har bestemmelsen til formål at undgå uforenelige retsafgørelser, inden disse overhovedet kan opstå. Desuden er der ikke tale om modstrid mellem to afgørelser mellem samme parter, men derimod om potentiel modstrid mellem to afgørelser, hvoraf den ene afsiges mellem sagsøgeren og den sagsøgte i ankersøgsmålet og den anden mellem sagsøgeren og en anden sagsøgt. Forordningens artikel 6, nr. 1), giver sagsøgeren mulighed for i tilfælde, hvor kravene er snævert forbundne, at lade begge søgsmål påkende ved samme ret for at undgå modstrid mellem afgørelserne, der kan opstå ved, at to forskellige retter træffer afgørelse i søgsmålene [20].

16 — Ibidem, præmis 25.

17 — Således har generaladvokat Léger i punkt 107-110 i sit forslag til afgørelse af 8.12.2005 i Roche Nederland-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 3, allerede foretrukket en så snæver fortolkning af Bruxelleskonventionens artikel 6, nr. 1). I sin dom i denne sag lod Domstolen det stå åbent, om man skal følge denne opfattelse, jf. dommens præmis 25. Det kan dog nok udledes af Freeport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, at Domstolen ikke alvorligt overvejer at anvende denne snævre fortolkning.

18 — Jf. navnlig bestemmelsen om litispendens i artikel 27 i forordning nr. 44/2001.

19 — Jf. 17. betragtning til forordningen og dom af 6.12.1994, sag C-406/92, Tatry, Sml. I, s. 5439, præmis 55.

20 — Desuden kan anvendelsen af artikel 6, nr. 1), også føre til procesøkonomiske fordele.

64. Allerede eftersom genstanden for de to bestemmelser som beskrevet er forskellig, er det efter min vurdering ikke særlig nærliggende at overføre retspraksis om forgængeren, forordningens artikel 34, nr. 3), til forordningens artikel 6, nr. 1).

65. For det andet taler det imod at overføre retspraksis om forgængeren, forordningens artikel 34, nr. 3), at dette ville indskrænke den effektive virkning af forordningens artikel 6, nr. 1), i betydeligt omfang. Retsvirkningerne af to afgørelser kan normalt kun udelukke hinanden gensidigt, hvis der er tale om to afgørelser, som afsiges i sager mellem de samme parter. Da forordningens artikel 6, nr. 1), imidlertid ikke angår dette tilfælde, men derimod et tilfælde, hvor begge afgørelser afsiges mellem på den ene side sagsøgeren og den sagsøgte i ankersøgsmålet og på den anden side sagsøgeren og en anden sagsøgt, vil der normalt ikke opstå retsfølger, der udelukker hinanden gensidigt som omhandlet i forordningens artikel 34, nr. 3). Selv hvis afgørelserne skulle være i modstrid med hinanden, kan de nemlig normalt fuldbyrdes hver især [21].

66. I sidste ende skal det derfor afvises at foretage en fortolkning af forordningens artikel 6, nr. 1), der støtter sig til forordningens artikel 34, nr. 3), og at overføre retspraksis om forgængeren til forordningens artikel 34, nr. 3), til forordningens artikel 6, nr. 1) [22].

b) Spørgsmålet, om man kan støtte sig til artikel 28 i forordning nr. 44/2001

67. Ved fortolkningen af forordningens artikel 6, nr. 1), skal der derimod tages hensyn til sammenhængen med dens artikel 28. I henhold til forordningens artikel 28, stk. 1, kan enhver anden ret end den, ved hvilken sagen først er anlagt, udsætte sagen, såfremt sager vedrørende krav, som er indbyrdes sammenhængende, verserer for retter i forskellige medlemsstater. Hvis betingelserne i artikel 28, stk. 2, er opfyldt, kan enhver anden ret end den, ved hvilken sagen først er anlagt, endog erklære sig inkompetent. Artikel 28, stk. 3, fastlægger de betingelser, der skal være opfyldt, for at der foreligger en så tæt sammenhæng, at sagen kan udsættes i henhold til artikel 28, stk. 1, og at en ret på de yderligere betingelser i henhold til artikel 28, stk. 2, endog kan erklære sig inkompetent. Betingelserne i artikel 28, stk. 3, har samme ordlyd som dem, der stilles til sammenhængen som omhandlet i forordningens artikel 6, nr. 1).

21 — Jf. herom punkt 109 i forslaget til afgørelse i Roche Nederland-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 3.

22 — Jf. i denne retning også H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, 4. udg. 2010, L.G.D.J., s. 255.

Som jeg har redegjort for ovenfor [23], skyldes dette, at formuleringen af forordningens artikel 6, nr. 1), bygger på Domstolens retspraksis vedrørende Bruxelleskonventionens artikel 6, nr. 1), og at Domstolen har orienteret sig efter forgængeren til forordningens artikel 28, stk. 3, nemlig Bruxelleskonventionens artikel 22, stk. 3.

68. Allerede af denne grund er det nærliggende ved fortolkningen af forordningens artikel 6, nr. 1), at tage hensyn til bestemmelsens opbygningsmæssige sammenhæng med forordningens artikel 28 og dermed også retspraksis om artikel 28 og forgængeren hertil. I henhold til Domstolens praksis skal udtrykket indbyrdes sammenhængende krav som omhandlet i Bruxelleskonventionens artikel 22, stk. 3 (henholdsvis nu artikel 28, stk. 3, i forordning nr. 44/2001), fortolkes således, at det er tilstrækkeligt til at anse krav for at være indbyrdes sammenhængende, at særskilt behandling og påkendelse af kravene indebærer risiko for indbyrdes modstridende retsafgørelser, uden at det kræves, at der er risiko for retsvirkninger, der gensidigt udelukker hinanden [24]. Denne retspraksis kan efter min vurdering overføres til forordningens artikel 6, nr. 1).

69. Man kan imidlertid ikke uden videre overføre alle bedømmelser af forordningens artikel 28 til forordningens artikel 6, nr. 1). Selv om begge bestemmelsers ordlyd og mål ligner hinanden, er der nemlig også forskelle mellem bestemmelserne, der skal tages hensyn til.

70. Forordningens artikel 28, stk. 1, giver enhver anden ret end den, ved hvilken sagen først er anlagt, kompetence til at udsætte sagen. En udsættelse medfører imidlertid i modsætning til forordningens artikel 6, nr. 1), ikke, at den internationale kompetence forskydes. Ganske vist kan en ret, såfremt de yderligere betingelser i forordningens artikel 28, stk. 2, er opfyldt, også erklære sig inkompetent. Man må imidlertid gå ud fra, at en national ret vil træffe de afgørelser, den har kompetence til at afsige i henhold til forordningens artikel 28, under hensyntagen til behovet for en afstemt retspleje.

71. Beslutningen om, hvorvidt værnetinget ved konneksitet anvendes, skal imidlertid træffes alene af sagsøgeren. Denne vil dog ikke tage hensyn til behovet for en afstemt retspleje, men derimod til, hvilket værneting der er gunstigst for ham. Af denne grund skal der ved fortolkningen af udtrykket snævert forbundne i henhold til forordningens artikel 6, nr. 1), tages tilstrækkeligt hensyn til sagsøgtes interesser for derved at bremse risikoen for muligt misbrug. Der skal derfor stilles noget større krav til begrebet snævert forbundne i

23 — Jf. punkt 52 i dette forslag til afgørelse.

24 — Tatry-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 58.

forordningens artikel 6, nr. 1), end til samme udtryk i forordningens artikel 28 [25].

74. Domstolen tager desuden i sin tankegang udgangspunkt i, at det kun kan komme på tale at anvende artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 (eller Bruxelleskonventionen), hvis der kan opstå uforenelige afgørelser som omhandlet i denne bestemmelse. Det er i denne forbindelse ikke tilstrækkeligt, at der forekommer en divergens i løsningen af tvisten, men en sådan divergens skal ydermere foreligge i forhold til *samme retlige og faktiske* situation [27].

3. Domstolens praksis

72. Efter at have beskrevet de lovgivningsmæssige rammer for forordning nr. 44/2001 skal jeg nu omtale, hvordan Domstolen har fortolket begrebet snævert forbundne som omhandlet i forordningens artikel 6, nr. 1). Af ovennævnte grunde skal der også tages hensyn til retspraksis vedrørende Bruxelleskonventionens artikel 6, nr. 1).

75. Det følger desuden af Roche Nederland-dommen, at Domstolen ved sager om krænkelse af et europæisk patent, der føres mod en række selskaber, som har hjemsted i forskellige medlemsstater og er sagsøgt på grund af forhold, der påstås at være begået i en eller flere af disse medlemsstater, har fastslået, at der ikke foreligger samme faktiske situation. Den har begrundet dette med, at det ikke er de samme personer, der sagsøges, og de samme krænkelser, der angiveligt er begået i de forskellige medlemsstater.

73. For det første har Domstolen præciseret, at begrebet snævert forbundne som omhandlet i forordningens artikel 6, nr. 1), er et EU-retligt udtryk, der skal fortolkes selvstændigt og ens i alle medlemsstater [26].

76. I Roche Nederland-dommen fastslog Domstolen desuden, at der ikke foreligger den samme retlige situation, når der skal anvendes forskellige lovgivninger i de to søgsmål, og lovgivningerne, sådan som det er tilfældet inden for patentretten, ikke er harmoniseret fuldt ud. I et sådant tilfælde kan der ikke blive

25 — Jf. i denne retning S. Leible, i T. Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht, Sellier 2006, artikel 6, punkt 8.

26 — Reisch Montage-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 29.

27 — Freeport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 40, og Roche Nederland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 26.

truffet uforenelige afgørelser som omhandlet i Bruxelleskonventionens artikel 6, nr. 1) [28].

77. Senere fastslog Domstolen i Freeport-dommen, at det ikke er en betingelse for anvendelsen af forordningens artikel 6, nr. 1), at søgsmål, der er anlagt mod forskellige sagsøgte, skal hvile på identiske retsgrundlag [29]. Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om der er en snæver forbindelse mellem de forskellige krav, der gøres gældende for den, dvs. om der er risiko for uforenelige afgørelser. I denne henseende skal retten tage hensyn til alle nødvendige forhold i sagsakterne. Dette kan føre til, at retten tager hensyn til retsgrundlagene for de søgsmål, der er anlagt ved denne ret [30].

28 — I denne dom konstaterede Domstolen, at et patent forbliver reguleret af de nationale bestemmelser i hver af de kontraherende stater, for hvilket det er blevet meddelt (såkaldt grupperingsteori, »Bündeltheorie«). En krænkelse af et europæiske patent skal derfor behandles i henhold til gældende national lovgivning. Heraf følger, at såfremt flere retter i forskellige kontraherende stater forelægges sager om krænkelse af et europæiske patent, som er meddelt for hver af disse stater, og som er anlagt mod sagsøgte med hjemsted i disse stater på grund af forhold, der angiveligt er begået i disse stater, vil eventuelle divergenser mellem de retsafgørelser, der træffes af de pågældende retter, ikke foreligge i forhold til den samme retlige situation. Der foreligger derfor ikke den samme retlige situation, og der vil dermed ikke i et sådant tilfælde foreligge en risiko for indbyrdes modstridende retsafgørelser.

29 — Freeport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 38.

30 — Freeport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 41.

4. Berettiget kritik

78. Der er blevet fremsat kritik af enkelte elementer i denne retspraksis [31]. Efter min opfattelse er kritikken begrundet for så vidt angår den betingelse, som Domstolen udarbejdede i Roche Nederland-dommen, om, at forordningens artikel 6, nr. 1), kun kan anvendes, såfremt der foreligger samme retlige situation i begge søgsmål. Denne betingelse beror nemlig tilsyneladende på en antagelse om, at der ikke kan foreligge modstridende afgørelser som omhandlet i forordningens artikel 6, nr. 1), når der skal anvendes forskellige nationale lovgivninger i søgsmålene, og disse lovgivninger ikke er harmoniseret fuldt ud. Denne antagelse er imidlertid ikke korrekt [32]. Den ville kun være korrekt, hvis det i et tilfælde, hvor der i to søgsmål, der verserer for to forskellige retter i henhold til hver sin nationale lovgivning, forholdt sig således, at *al* modstrid mellem afgørelserne skyldtes

31 — A. Kur, »A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg«, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, s. 844 ff.; på s. 849 ff., M. Wilderspin, »La competence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle«, Revue critique de droit international privé 2006, s. 777 ff., på s. 791 ff., P. Schlosser, »Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.7.2006 — Rs. C-539/03 Roche Nederland BV u.a../. Primus u. Goldenberg« Juristenzeitung 2007, s. 303 ff., 305 ff.; H. Watt Muir, i: U. Magnus, P. Mankowski, Brussels I Regulation, Sellier 2007, artikel 6, punkt 25a. I denne forbindelse skal det også nævnes, at European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (http://www.ip.mpg.de/ shared/data/pdf/clip_brussels_i_dec_06_final.pdf, s. 11 f.) som reaktion på Roche Nederland-dommen har foreslået at ændre artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 således, at sådanne tilfælde falder under værnetinget ved konneksitet..

32 — Jf. den stærke kritik fra A. Kur, nævnt ovenfor i fodnote 31, s. 850, der betegner dette argument som »åbenbart fejlagtigt«.

forskellene mellem de to nationale lovgivninger. Dette er imidlertid ikke tilfældet.

79. For det første kan det nemlig altid tænkes, at modstrid mellem to afgørelser afsagt af to retter skyldes, at retterne har bedømt de faktiske omstændigheder forskelligt. Hvis der som her anlægges to søgsmål om ophavsretskrænkelser, hvoraf det ene er underlagt østrigsk og det andet tysk ret, kan der optræde forskelle, som skyldes forskelle mellem henholdsvis tysk og østrigsk ophavsret. Der kan imidlertid også optræde forskelle, som skyldes, at to retter, der anvender en i det væsentlige ens retlig målestok, når frem til forskellige resultater, fordi de bedømmer den faktiske situation forskelligt.

80. For det andet kan der også på et område, der ikke er harmoniseret fuldt ud, være sket en harmonisering af bestemte minimumskrav. I en sådan situation kan der også ved søgsmål, i hvilke der skal anvendes forskellige nationale lovgivninger, i sidste ende være tale om samme regler, nemlig om de fælles EU-retlige krav.

81. Efter min opfattelse er Domstolens antagelse om, at der ikke kan foreligge uforenelige afgørelser som omhandlet i forordningens artikel 6, nr. 1), når der skal anvendes forskellige nationale lovgivninger i søgsmålene, og disse lovgivninger ikke er harmoniseret fuldt ud, derfor ikke holdbar.

82. Denne antagelse kan heller ikke begrundes med et argument om, at medlemsstaternes retter ikke er egnet til at træffe afgørelse i sager om krænkelse af ophavsretten i en anden medlemsstat i henhold til den nationale lovgivning i denne medlemsstat. Det ligger nemlig til grund for systemet i forordning nr. 44/2001, at retterne principielt har en sådan kompetence.

83. For det tredje rejser følgende eksempel spørgsmålet, om det kan være en tvingende forudsætning i forordningens artikel 6, nr. 1), at der anvendes den samme lovgivning i ankersøgsmålet og det andet søgsmål. I en sag, der vedrører ansvar ved manglende dækning, hvor en af de sagsøgte kun hæfter, såfremt den anden sagsøgte ikke hæfter, henholdsvis ansvar ved alternativ dækning, er det efter min opfattelse klart ønskeligt, at én og samme ret træffer afgørelse for derved at undgå modstridende resultater [33]. Spørgsmålet, om der består en retlig sammenhæng mellem de

33 — Der ville f.eks. foreligge et modstridende resultat, hvis den ene ret afgør, at den sagsøgte, der er primært ansvarlig, ikke hæfter, hvorimod den anden ret afgør, at den anden sagsøgte, der er sekundært ansvarlig, ikke hæfter, fordi den primære debitor efter sidstnævnte rets opfattelse skulle have hæftet.

to søgsmål, afhænger i et sådant tilfælde ikke af, om der skal anvendes samme lovgivning i begge søgsmål.

84. Ovenstående overvejelser rejser tvivl om, hvorvidt det virkelig kun kan være begrundet at anvende forordningens artikel 6, nr. 1), hvis der skal anvendes samme lovgivning i begge søgsmål.

85. I Freeport-dommen afveg Domstolen ganske vist tilsyneladende fra sit udgangspunkt i Roche Nederland-dommen. Da Domstolen imidlertid stadig under henvisning til Roche Nederland-dommen krævede, at der skal foreligge samme retlige og faktiske situation [34], er det fortsat uklart, hvorledes Domstolens samlede koncept ser ud [35].

5. Sammenhængen som omhandlet i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001

86. På baggrund af den efter min opfattelse berettigede kritik af Domstolens hidtidige praksis foreslår jeg, at der anvendes en lidt modificeret målestok ved undersøgelsen af, om der foreligger en tilstrækkelig snæver sammenhæng som omhandlet i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001. Det skal indledningsvis bemærkes, at det eneste relevante inden for rammerne af forordningens artikel 6, nr. 1), er sammenhængen mellem på den ene side ankersøgsmålet og på den anden side det eller de andre søgsmål. Denne betingelse skal tages alvorligt [jf. under a)]. Den første forudsætning for, at der kan foreligge en sådan snæver sammenhæng, er, at ankersøgsmålet og det andet søgsmål hviler på de samme faktiske omstændigheder [jf. under b)]. For det andet skal ankersøgsmålet og det andet søgsmål retligt være tilstrækkelig snævert forbundne [jf. under c)]. Det skal derimod ikke undersøges selvstændigt, om der i det konkrete tilfælde er risiko for uforenelige afgørelser [jf. under d)].

a) Sammenhæng mellem ankersøgsmålet og det eller de andre søgsmål

87. I henhold til artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 foreligger der kun værneting ved konneksitet med hensyn til søgsmål, der er snævert forbundne med ankersøgsmålet. Disse kan dog ikke anvendes som ankersøgsmål for andre søgsmål, som er snævert forbundne med dem.

88. Dette følger for det første af ordlyden af forordningens artikel 6, nr. 1), der forudsætter en snæver sammenhæng mellem ankersøgsmålet og de yderligere søgsmål. Herfor

34 — Freeport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 40.

35 — H. Roth, »Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteiengerichtsstand des Art. 6 Ziffer 1 EuGVO«, *Die Richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler*, Mohr Siebeck 2008, s. 884 ff., på s. 887, henviser til modstrid mellem de to domme. Jf. også H. Gaudemet-Tallon, nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 256 f. og 258 f.

taler for det andet den tanke, at kompetencereglerne skal frembyde en høj grad af forudsigelighed for sagsøgte.

89. I den foreliggende sag betyder dette, at der kun foreligger værneting ved konneksitet for søgsmålene mod sagsøgte 5 og sagsøgte 2 vedrørende de aviser, der udgives i Tyskland, hvis disse søgsmål er tilstrækkelig snævert forbundne med ankersøgsmålet mod sagsøgte 1. Inden for rammerne af forordningens artikel 6, nr. 1), har det derimod ingen betydning, om der består en sammenhæng mellem de enkelte søgsmål mod henholdsvis sagsøgte 2 og sagsøgte 5, eftersom disse sagsøgte ikke har hjemsted i Østrig, og søgsmålene derfor ikke er ankersøgsmål.

90. At den forelæggende ret skulle have kompetence i søgsmålet mod sagsøgte 2, der vedrører den landsdækkende udgave af »Bild« i Tyskland, i henhold til forordningens artikel 6, nr. 1), kan derfor ikke begrundes med, at der ved denne ret allerede verserer flere sager mod sagsøgte 2, der vedrører aviser, som udkommer i Østrig (Münchenudgaven af »Bild« samt »Die Welt«), og i hvilke retten har kompetence. Disse andre søgsmål mod sagsøgte 2 er nemlig ikke ankersøgsmål som omhandlet i forordningens artikel 6, nr. 1), da sagsøgte 2 ikke har hjemsted i Østrig.

b) Ensartede faktiske omstændigheder

91. Den første betingelse for, at der kan foreligge konneksitet mellem ankersøgsmålet på den ene side og andre søgsmål på den anden side, er, at sagerne beror på ensartede faktiske omstændigheder. I denne forbindelse skal det bemærkes, at forordningens artikel 6, nr. 1), skal frembyde en høj grad af forudsigelighed for sagsøgte [36]. For at kunne fastslå, at der foreligger ensartede faktiske omstændigheder, må det derfor som minimum kræves, at en sagsøgt i det mindste kan se, at han som medsagsøgt til en sagsøgt i et ankersøgsmål i henhold til forordningens artikel 6, nr. 1), kan sagsøges ved nævnte ankersagsøgtes hjemting.

36 — Jf. punkt 56 i dette forslag til afgørelse.

92. Dette minimumskrav er ikke opfyldt, hvis de faktiske omstændigheder, som sagsøgeren støtter sit ankersøgsmål på, ser således ud, at den ankersagsøgte og de øvrige sagsøgtes adfærd ganske vist vedrører de samme eller lignende retsgoder, der tilhører sagsøgeren, men at de sagsøgte hver især udøver adfærden uafhængigt af hinanden og uden kendskab til de øvriges adfærd. I et sådant tilfælde, hvor den parallelle adfærd ikke er afstemt, kan den yderligere sagsøgte nemlig ikke på tilstrækkelig vis forudsige, at han også i henhold til forordningens artikel 6, nr. 1), kan blive sagsøgt ved den ankersagsøgtes hjemting.

93. Det påhviler den forelæggende ret at undersøge, om der i hovedsagen foreligger en ikke afstemt parallel adfærd fra den ankersagsøgte på den ene side og henholdsvis sagsøgte nr. 2 og sagsøgte nr. 5 på den anden side. De oplysninger om de faktiske omstændigheder, der fremgår af forelæggelsesafgørelsen, tyder dog på, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en ikke afstemt parallel adfærd. I så fald er det allerede udelukket at anvende forordningens artikel 6, nr. 1), som følge af, at der ikke foreligger ensartede faktiske omstændigheder i henhold til denne bestemmelse.

94. Det skal i denne forbindelse også nævnes, at Domstolen i Roche Nederland-dommen gik videre og også afviste at anvende Bruxelleskonventionens artikel 6, nr. 1), i et tilfælde, hvor det blev gjort gældende, at koncernselskaber, som havde hjemsted i forskellige medlemsstater, havde krænket et europæisk patent med den begrundelse, at der ikke forelå »samme faktiske situation«. Domstolen begrundede navnlig dette med, at der var tale om forskellige sagsøgte, og de krænkelser, som de angiveligt havde begået, og som havde fundet sted i forskellige kontraherende stater, ikke var de samme [37]. I den foreliggende sag skal jeg ikke på dette sted beskæftige mig med denne ikke ubestridte praksis [38], allerede eftersom der næppe foreligger en afstemt parallel adfærd i hovedsagen [39].

37 — Roche Nederland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 26 f.

38 — Jf. navnlig M. Wilderspin, nævnt ovenfor i fodnote 31, s. 791 f.

39 — Jeg vil blot supplerende bemærke, at de betænkeligheder, som Domstolen ytrer i præmis 37 f. i Roche Nederland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, om, at det ville kunne påvirke forudsigeligheden af kompetencereglerne og fremme *forum shopping*, hvis man anvendte forordningens artikel 6, nr. 1), i et sådant tilfælde, kan fjernes ved at holde sig strikt til betingelsen om en forbindelse til ankersøgsmålet, således som jeg har foreslået i punkt 1-90 i dette forslag til afgørelse. Dette ville nemlig i reglen medføre, at det kun er moderselskabets hjemting, der kommer i betragtning som fælles værneting for alle søgsmål mod koncernselskaberne, såfremt moderselskabet sagsøges sammen med de pågældende datterselskaber.

c) Tilstrækkelig tæt retlig sammenhæng

95. Den anden betingelse for en svæver sammenhæng som omhandlet i forordningens artikel 6, nr. 1), er, at der foreligger en tilstrækkelig tæt retlig sammenhæng. Da der i det foreliggende tilfælde vel allerede ikke foreligger de samme faktiske omstændigheder, skal jeg fatte mig i korthed med hensyn til den anden betingelse.

96. Udgangspunktet for, om forudsætningen er opfyldt, må være, om de to søgsmål er så snævert forbundne, at det ikke ville være rimeligt for sagsøgerne, hvis man lod to retter træffe afgørelse i søgsmålene. Det fremgår af ordlyden af forordningens artikel 6, nr. 1), at dette navnlig kan være tilfældet, hvis de to søgsmål er så snævert forbundne, at der skal undgås uforenelige afgørelser. Der kan i denne forbindelse i et vist omfang også inddrages procesøkonomiske hensyn, men der skal dog tages strikt hensyn til sagsøgtes interesse i at kunne forudsige, hvem der har kompetence.

97. Tilfælde, hvor to søgsmål er så snævert forbundne, at der skal undgås uforenelige afgørelser, er for det første tilfælde, hvor afgørelsen af det ene søgsmål er afhængig af resultatet i det andet. Jeg henviser for så vidt til eksemplet om hæftelse ved manglende dækning, som jeg har anført i punkt 83 i dette forslag til afgørelse. Der foreligger endvidere navnlig en tilstrækkelig snæver retlig sammenhæng, hvis de sagsøgte er solidarisk ansvarlige, medejere eller udgør et retsfællesskab.

98. I de tilfælde, hvor der gøres ensartede krav gældende, og forudsætningerne i henhold til de nationale lovgivninger, der skal anvendes, i det væsentlige er ens, taler det for det første for en anvendelse af artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, at der dermed kan undgås mulig modstrid som følge af, at to retter bedømmer de faktiske omstændigheder forskelligt. Hvis der er tale om fælles EU-retlige krav, taler også hensynet til at undgå modstrid af retlig art for dette. Desuden taler også procesøkonomiske overvejelser for, at der foreligger en sådan sammenhæng. I sådanne tilfælde har betingelsen om, at der skal foreligge de samme faktiske omstændigheder i ankersøgsmålet og det andet søgsmål, dog afgørende betydning. Risikoen for en forskellig bedømmelse af de faktiske omstændigheder og en forskellig retlig bedømmelse gør nemlig, at kompetenceforskydningen i henhold til forordningens artikel 6, nr. 1), kun kan begrundes, hvis den sagsøgte kan forudsige dette.

99. Da der i den foreliggende sag allerede næppe foreligger de samme faktiske omstændigheder, er det ikke nødvendigt at undersøge dette punkt nærmere med henblik på den foreliggende sag. Afslutningsvis skal der dog

henvises til, at de ovennævnte tilfælde, hvori der foreligger en tilstrækkelig snæver sammenhæng, ikke må opfattes som en udtømmende liste over tilfælde, hvor der foreligger en tilstrækkelig retlig sammenhæng.

d) Ingen særskilt undersøgelse af eller prognose om, hvorvidt der i et konkret tilfælde er risiko for modstrid

100. I modsætning til, hvad Roche Nederland-dommen tilsyneladende peger i retning mod [40], er det ud over spørgsmålet, om der foreligger de samme faktiske omstændigheder og en tilstrækkelig snæver retlig sammenhæng, ikke nødvendigt at undersøge eller opstille en prognose for, hvorvidt der er risiko for modstrid mellem de to afgørelser.

101. Reguleringen i forordningens artikel 6, nr. 1), tager nemlig udgangspunkt i den *abstrakte risiko* for, at der, når to afgørelser træffes af to retter, kan opstå modstrid mellem disse afgørelser [41]. Hvis to retter træffer afgørelse i to sager, er der nemlig som allerede nævnt i hvert fald altid risiko for, at forskelle mellem retternes afgørelser skyldes en forskellig bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Set ud fra dette er formålet med forordningens artikel 6, nr. 1), ganske vist at undgå uforenelige afgørelser. Da der er tale om en abstrakt risiko, er den eneste *betingelse* imidlertid, at der foreligger en tilstrækkelig snæver sammenhæng med ankersøgsmålet [42].

102. Ordlyden af forordningens artikel 6, nr. 1), taler heller ikke mod en sådan fortolkning. Formuleringen »for at undgå uforenelige afgørelser i tilfælde af, at kravene blev påkendt hver for sig« kan opfattes således, at den blot beskriver bestemmelsens formål og ikke udgør en selvstændig betingelse.

D — *Resultat*

103. Begrebet snævert forbundne i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 skal derfor fortolkes som et krav om, at der foreligger de samme faktiske omstændigheder, og at ankersøgsmålet og det yderligere søgsmål er tilstrækkelig snævert forbundne. I det foreliggende tilfælde kommer det således alene

40 — Jf. Roche Nederland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 32.

41 — En lignende tanke fremfører H. Roth, nævnt ovenfor i fodnote 35, s. 892 f.

42 — Jf. også H. Roth, nævnt ovenfor i fodnote 35, s. 893.

an på en snæver sammenhæng til søgsmålet mod sagsøgte 1.

104. Der kan ikke antages at foreligge de samme faktiske omstændigheder i et tilfælde som det foreliggende, hvis den adfærd fra henholdsvis den sagsøgte i ankersøgsmålet og den anden sagsøgte, der er genstand for sagerne, udgør en ikke afstemt parallel adfærd.

105. Der kan også foreligge en tilstrækkelig tæt retlig sammenhæng, hvis der i ankersøgsmålet og det andet søgsmål anvendes forskellige nationale lovgivninger, som ikke er harmoniseret fuldt ud.

IX — Om de øvrige præjudicielle spørgsmål

106. I det følgende skal jeg besvare andet, tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål; jeg omtaler først fjerde præjudicielle spørgsmål, med hvilket den forelæggende ret ønsker oplyst, om offentliggørelsen af et fantombillede kan udgøre en reproduktion af det fotografiske forlæg, som er benyttet til at fremstille fantombilledet, i henhold til artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 (jf. under A). Som følge af direktivets struktur kommer dette spørgsmål nemlig før andet og tredje spørgsmål, der angår fortolkningen af artikel 5, stk. 3, litra d) og e), i direktiv 2001/29. I henhold til disse bestemmelser kan medlemsstaterne af hensyn til den offentlige sikkerhed (jf. under B) eller med henblik på citater (jf. under C) indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i reproduktionsretten (herefter »grænser«).

A — *Fjerde præjudicielle spørgsmål*

107. Med sit fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 1, stk. 1, sammenholdt med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 og artikel 12 i den reviderede Bernerkonvention [43], herunder navnlig sammenholdt med artikel 1 i tillægsprotokollen til EMRK [44] og artikel 17 i EU's charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at portrætfotografier nyder en »svagere« eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse før bearbejdning, da de i betragtning af den »realistiske optagelse« har for få udformningsmuligheder.

108. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, skal fjerde præjudicielle spørgsmål ses

43 — Den reviderede Bernerkonvention til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24.7.1971), som affattet efter ændringen af 28.9.1979.

44 — Konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder af 4.11.1950; første tillægsprotokol af 20.3.1952.

på baggrund af Oberster Gerichtshofs retsopfattelse i sagen om foreløbige forholdsregler [45]. Oberster Gerichtshof fastslog nemlig, at den offentliggørelse af det omtvistede fantombillede, som de sagsøgte i hovedsagen foretog, i henhold til de relevante nationale bestemmelser ikke skulle godkendes af sagsøgeren i hovedsagen. Ganske vist var det omtvistede fotografi, der var blevet brugt som forlæg for det omtvistede fantombillede, et opretsretligt beskyttet fotografi. Fremstillingen og offentliggørelsen af fantombilledet var imidlertid ikke nogen bearbejdning, som sagsøgeren i hovedsagen i sin egenskab af ophavsmand til fotografiet skulle have givet samtykke til, men derimod en fri anvendelse, der kunne ske uden at indhente et sådant samtykke. Ifølge Oberster Gerichtshof afhænger spørgsmålet, om der forelå en bearbejdning eller en fri anvendelse, af, hvilken skaberkraft der ligger bag forlægget. Jo større skaberkraft, der ligger bag, desto mindre kan en fri anvendelse komme i betragtning. Ved et portrætfotografi som det omtvistede står der kun få individuelle udformningsmuligheder til rådighed for den, der skaber det. Som følge heraf er den ophavsretlige beskyttelse af det omtvistede fotografi tilsvarende snæver. Desuden er det omtvistede fantombillede, der er fremstillet på grundlag heraf, et nyt, uafhængigt og i sig selv ophavsretligt beskyttet værk.

45 — Jf. punkt 38 i dette forslag til afgørelse.

1. Væsentlige anbringender fra sagens parter

109. Ifølge *sagsøgeren i hovedsagen* er opfattelsen af, at portrætfotografier nyder en svagere eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse, uforenelig med de bestemmelser, som den forelæggende ret nævner i sit præjudicielle spørgsmål. Enkle fotografier og fotografiske værker nyder i henhold til artikel 1 i direktiv 2001/29 samme bearbejdningsbeskyttelse. Det forhold, at der består færre udformningsmuligheder ved fremstilling af portrætfotografier, medfører ikke, at disse kun nyder en svagere beskyttelse. Den ophavsretlige beskyttelse af sådanne fotografier kan nemlig ikke opdeles i en beskyttet og en ikke beskyttet del. Der skal i det hele taget tages hensyn til, at fantombilleder til hver en tid kan fremstilles på let vis. Desuden er Oberster Gerichtshofs holdning hverken forenelig med tretrinstesten i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 og artikel 12 i Bernerkonventionen eller med ejendomsretten i henhold til artikel 1 i første tillægsprotokol til EMRK og artikel 17 i EU's charter om grundlæggende rettigheder. Der er nemlig for det første ikke tale om snævert afgrænsede særtilfælde. For det andet indskrænkes den normale udnyttelse af det omtvistede fotografi, som fantombilledet er fremstillet på grundlag af, også under den nævnte synsvinkel, og for det tredje udhules ophavsrettens økonomiske

værdi, uden at dette er begrundet i et legitimt alment hensyn.

110. Ifølge *de sagsøgte i hovedsagen* skal det fjerde præjudicielle spørgsmål afvises fra realitetsbehandling, da det åbenbart ikke hænger sammen med hovedsagen. I hovedsagen skal spørgsmålet om det omtvistede fotografis beskyttelsesområde nemlig besvares af den forelæggende ret under inddragelse af alle forhold i den konkrete sag. Fortolkningsspørgsmålet fra den forelæggende ret har ingen betydning i denne forbindelse.

111. Desuden er Oberster Gerichtshofs holdning korrekt. Ved et portrætfotografi er udformningsmulighederne begrænset, hvilket medfører, at et sådant fotografi er mindre originalt. Sådanne fotografier nyder derfor også en svagere eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse. Desuden skal der tages hensyn til den frembringelse, det er at fremstille et fantombillede. Desuden giver artikel 5, stk. 3, litra i), i direktiv 2001/29 mulighed for at begrænse ophavsretten, hvis der er tale om tilfældig medtagelse af et værk i andet materiale.

112. Efter den *italienske regerings* opfattelse fremgår det ikke af de af den forelæggende ret nævnte bestemmelser, at portrætfotografier nyder en svagere eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse i forhold til et fantombillede, der er fremstillet på grundlag af dem. Portrætfotografier er ikke underlagt en svagere ophavsretsbeskyttelse. Desuden er fremstilling af et fantombillede en ret enkel proces, der let kan foretages ved hjælp af et computerprogram. En sådan holdning er heller ikke forenelig med tretrinstesten i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29.

113. Den *østrigske regering* og *Kommissionen* har gjort gældende, at de relevante bestemmelser ikke er dem, som den forelæggende ret har nævnt, men derimod artikel 6 i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/166. Sammen med den *spanske regering* har de fremført, at fotografier er ophavsretligt beskyttet i det omfang, der er tale om originale intellektuelle frembringelser. Spørgsmålet, om et portrætfotografi kan beskyttes, afhænger derfor af graden af individualitet og kreativitet. Det tilkommer den nationale ret på grundlag af disse kriterier i hovedsagen at bedømme, om det fotografi, som fantombilledet er fremstillet på grundlag af, opfylder disse krav. Det forhold, at der var tale om et portrætfotografi, medfører ikke, at det i henhold til direktiv 2001/29 nyder en svagere ophavsretlig beskyttelse før bearbejdninger. Om fremstilling af et fantombillede skal anses for en reproduktion af forlægget som omhandlet i artikel 2 i direktiv 2001/29, afhænger af, om de elementer, der gør, at forlægget skal anses

for en original intellektuel frembringelse, genfindes i fantombilledet.

2. Formaliteten

114. Det fjerde præjudicielle spørgsmål skal forstås således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om Oberster Gerichtshofs retsopfattelse, der er beskrevet i punkt 108 i dette forslag til afgørelse, er forenelig med de relevante EU-retlige og i givet fald også folkeretlige krav.

115. Hvis det præjudicielle spørgsmål forstås således, skal det antages til realitetsbehandling.

116. I modsætning til, hvad de sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, er spørgsmålet nemlig ikke af hypotetisk art. Den forelæggende ret ønsker derimod oplyst, om den skelnen, som Oberster Gerichtshof foretager på grundlag af national ret mellem en fri anvendelse og en godkendelsespligtig reproduktion af det omtvistede fotografi, er forenelig med unionsrettens krav. Dette spørgsmål har betydning for den retstvist, som Oberster Gerichtshof skal træffe afgørelse i.

117. Det har heller ingen betydning, at svaret på det præjudicielle spørgsmål, når det forstås, sådan som jeg har beskrevet, ikke fremgår af de i spørgsmålet nævnte bestemmelser, men derimod af artikel 6 i direktiv 93/98, der er kodificeret i artikel 6 i direktiv 2006/116, samt af artikel 2 i direktiv 2001/29. Da anmodningen om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF skal føre til et effektivt samarbejde mellem de nationale retter og Domstolen, og Domstolen derfor skal give den forelæggende ret alle de oplysninger, der er nyttige for løsningen af tvisten i hovedsagen, kan Domstolen besvare det præjudicielle spørgsmål på grundlag af de relevante bestemmelser [46].

3. Retlig bedømmelse

118. Da reproduktionsretten i henhold til artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 forudsætter, at der foreligger et ophavsretligt beskyttet værk [47], er spørgsmålet i den foreliggende sag i første omgang, under hvilke forudsætninger et portrætfotografi kan nyde ophavsretlig beskyttelse [jf. under a)]. Spørgsmålet er også,

46 — Dom af 28.2.1984, sag 294/82, Einberger, Sml. s. 1177, præmis 6, og af 16.7.1992, sag C-187/91, Belovo, Sml. I, s. 4937, præmis 13.

47 — Jf. dom af 16.7.2009, sag C-5/08, Infopaq International, Sml. I, s. 6569, præmis 33 ff. Domstolens holdning om, at der også ved de typer værker, for hvilke beskyttelsesforudsætningerne ikke er harmoniseret, kræves, at der foreligger en intellektuel frembringelse, kritiseres af G. Schulze, »Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, s. 1019 ff. I det foreliggende tilfælde er dette ikke afgørende, da forudsætningerne for, at fotografier kan beskyttes, er harmoniseret i artikel 6 i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116.

om en offentliggørelse af et fantombillede, der er blevet fremstillet på grundlag af et ophavsretligt beskyttet portrætfotografi, skal anses for en reproduktion som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 [jf. under b)].

a) Spørgsmålet, om portrætfotografier kan nyde beskyttelse

119. Artikel 6 i direktiv 93/98, der er blevet kodificeret i artikel 6 i direktiv 2006/116, opstiller de forudsætninger, under hvilke fotografier i henhold til EU-retlige krav [48] nyder ophavsretlig beskyttelse. I henhold til første punktum i disse bestemmelser er det afgørende, at de er originale i den forstand, at de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. I henhold til disse direktivers artikel 6, andet punktum, anvendes der ingen andre kriterier for at bestemme, om de er berettiget til beskyttelse.

120. Den forelæggende ret skal derfor undersøge, om det fotografi, der er brugt som forlæg for fantombilledet, skal anses for et individuelt værk som følge af en egen original intellektuel frembringelse fra sagsøgeren i hovedsagen. Dette begreb, der ikke defineres i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116, er et EU-retligt udtryk, som skal fortolkes selvstændigt [49]. Det fremgår af 17. betragtning til direktiv 93/98 og 16. betragtning til direktiv 2006/116, der henviser til den reviderede Bernerkonvention, at et fotografisk værk betragtes som originalt, hvis det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse og afspejler hans personlighed.

121. I henhold til artikel 6, første punktum, i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116 er det således kun resultatet af menneskers arbejde, der beskyttes, men et sådant resultat kan også foreligge, hvis den pågældende person har benyttet sig af et teknisk hjælpemiddel, som f.eks. et fotografiapparat.

122. Desuden skal fotografiet være resultatet af en individuel skabelsesproces [50]. Ved et fotografi skyldes dette, at fotografen udnytter bestående spillerum og dermed formidler en original egenart.

48 — I henhold til artikel 6, tredje punktum, i direktiv 93/98 og direktiv 2006/116 kan medlemsstaterne fastsætte beskyttelse for andre fotografier.

49 — Dette fremgår af 17. betragtning til direktiv 93/98.

50 — Jf. Infopaq-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 35, hvori Domstolen har henvist til forudsætningerne i artikel 6 i direktiv 2006/116.

123. I henhold til artikel 6, andet punktum, i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116 er der udtrykkelig ikke andre relevante kriterier. Der stilles således ikke krav om en bestemt kunstnerisk kvalitet eller nyhed. Det har heller ingen betydning, hvilket formål frembringelsen har, og hvilke anstrengelser og omkostninger der er forbundet med den.

nemlig bl.a. bestemme blikvinklen, den portrætteredes holdning og ansigtsudtryk, baggrunden, skarpheden, lyset og belysningen. Billedligt talt er det afgørende, at en fotograf giver fotografiet sit eget »personlige præg«.

125. Det påhviler den forelæggende ret at anvende denne målestok i hovedsagen og på grundlag deraf fastslå, om det fotografi, der blev brugt som forlæg for fantombilledet, nyder ophavsretlig beskyttelse i henhold til artikel 6, nr. 1), i henholdsvis direktiv 93/98 og 2006/116.

124. De krav, der i henhold til artikel 6 i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116 skal være opfyldt, for at et fotografi kan nyde ophavsretlig beskyttelse, er således ikke særlig store [51]. Hvis denne målestok lægges til grund, kan et portrætfotografi i henhold til artikel 6 i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116 være ophavsretligt beskyttet, også hvis der er tale om en bestillingsopgave for fotografen. Selv om det allerede står fast, at den væsentlige genstand for et sådant fotografi er den portrætterede, har fotografen tilstrækkelige udformningsmuligheder. Fotografen kan

b) Begrebet reproduktion

126. Hvis et fotografi nyder ophavsretlig beskyttelse i henhold til artikel 6 i direktiv 93/98 og direktiv 2006/116, har ophavsmanden en reproduktionsret i henhold til artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29. Herefter kan ophavsmanden tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis. I

51 — Jf. A. Nordemann, i U. Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, 2. udgave 2010, Beck, § 9 punkt 149. M. Leistner, »Copyright Law in the EC: Status quo, recent case law and policy perspectives«, *Common Market Law Review* 2009, s. 847 ff., på s. 849 f., henviser til, at målestokken i artikel 6 i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116 har ført til, at en i bestemte medlemsstater gældende højere målestok blev sænket for at opfylde direktivkravene. Med henblik på den foreliggende sag er det derfor ikke nødvendigt at foretage en nærmere sammenligning mellem på den ene side målestokken »*sweat of the brow*«, som kendes i *common law* og dermed i Det Forenede Kongerige og Irlands retsorden, og på den anden side målestokken »*originalité*« og »*Schöpfungshöhe*«, som kendes i de kontinentaleuropæiske retsordener.

henhold til denne meget brede formulering [52] foreligger der således en reproduktion, såfremt de sagsøgte i hovedsagen har offentliggjort de omtvistede fotografier i uændret form. I den foreliggende sag er spørgsmålet imidlertid, om offentliggørelsen af fantombilledet også kan være en reproduktion af fotografiet, der har været forlæg for fremstilling af fantombilledet.

127. Såfremt fremstillingen af fantombilledet ved hjælp af computer er sket således, at man først har scannet det omtvistede fotografi [53] og derefter har modificeret det scannede ved hjælp af et program, er der principielt tale om en reproduktion som omhandlet i direktivets artikel 2, litra a). Denne bestemmelse omfatter nemlig udtrykkeligt også offentliggørelser i forandret form. For dette taler også 21. betragtning til direktiv 2001/29, ifølge hvilken det er nødvendigt med en bred definition af reproduktionshandlingerne.

128. Dette resultat er imidlertid ikke tvingende nødvendigt. Ved fortolkningen af begrebet reproduktion må man nemlig ikke udelukkende støtte sig til ordlyden af artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29, men skal også tage hensyn til det formål, som forfølges med denne bestemmelse. Formålet er at beskytte det værk, som nyder ophavsretlig beskyttelse. I denne forbindelse skal man skelne mellem værket og værkobjektet. *Værket* er den personlige intellektuelle frembringelse, der er ophavsretligt beskyttet. *Værkobjektet* er den genstand, som et ophavsretligt beskyttede værk manifesterer sig i. Reproduktionsretten i henhold til direktivets artikel 2, litra a), beskytter det ophavsretlige værk. Værkobjektet er kun beskyttet af reproduktionsretten i det omfang, værket kan blive påvirket.

129. Offentliggørelsen af et fantombillede udgør således kun en reproduktion af det portrætfotografi, der er forlæg for fantombilledet, såfremt den personlige intellektuelle frembringelse, der begrunder den ophavsretlige beskyttelse af det fotografiske forlæg, fortsat er repræsenteret i fantombilledet. Hvis fantombilledet blev fremstillet på grundlag af scanning af det fotografiske forlæg, er det principielt nærliggende at antage, at dette er tilfældet. Det er imidlertid ikke udelukket, at de elementer, der udgør den personlige intellektuelle frembringelse ved forlægget, i forbindelse med fremstillingen af fantombilledet i det væsentlige forsvinder, når der er tale om et fantombillede, der fremstilles på grundlag af et billede af et tiårigt barn, men skal vise en attenårig voksens formodede udseende. Hvis portrætfotografiet f.eks. kun benyttes til at registrere en persons biometriske kendetegn,

52 — »Begrebet reproduktion i artikel 2 i direktiv 2001/29 udgør en kombination af begrebet reproduktion i de forudgående direktiver. Jf. herom J. Reinbothe, »Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 2001, s. 733 ff., s. 736, og S. Lewinsky, Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schuzrechten in der Informationsgesellschaft«. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 1998, s. 637 ff., på s. 638.

53 — I dette tilfælde ville fremstillingen af det scannede i sig selv være en reproduktion, og det ville skulle bedømmes ud fra artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, om fremstillingen er lovlig.

udgør offentliggørelsen af dette fantombillede ikke nogen reproduktion som omhandlet i direktivets artikel 2, litra a).

c) Resultat

132. Resultatet er for det første, at et portrætfotografi i henhold til artikel 6 i henholdsvis direktiv 93/98 og direktiv 2006/116 nyder ophavsretlig beskyttelse, hvis det er fotografens originale intellektuelle frembringelse, og dette er tilfældet, såfremt fotografen ved at anvende de udformningsmuligheder, som portrætfotografi giver, har sat sit eget præg på fotografiet.

130. I henhold til direktivets krav er spørgsmålet om, hvilken intellektuel frembringelse fantombilledet udgør, og om det selv er et ophavsretligt beskyttet værk, efter min vurdering derimod ikke noget selvstændigt relevant kriterium. Jo mere fantombilledet fjerner sig fra forlægget, desto mere kan man antage, at de elementer, der udgør den originale intellektuelle frembringelse ved forlægget, i fantombilledet er reduceret til et omfang, der ikke længere har nogen betydning, og der derfor ikke skal tages hensyn til.

133. For det andet er offentliggørelsen af et fantombillede, som er fremstillet på grundlag af et ophavsretligt beskyttet portrætfotografi, en reproduktion som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29, såfremt de elementer, der udgør den originale intellektuelle frembringelse ved forlægget, også er repræsenteret i fantombilledet.

B — *Tredje præjudicielle spørgsmål*

131. Den forelæggende ret skal i hovedsagen under hensyntagen til disse krav undersøge, om offentliggørelsen af fantombilledet er en reproduktion som omhandlet i direktivets artikel 2, litra a).

134. Tredje præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkningen af mulighederne for at opstille grænser i henhold til artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29. Herefter kan medlemsstaterne indføre undtagelser fra eller

indskrænkninger i retten til reproduktion og offentlig udbredelse af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer.

1. Væsentlige anbringender fra procesdeltagerne

135. Den forelæggende ret spørger for det første sig selv, om anvendelsen af denne bestemmelse forudsætter, at der er sket en konkret, aktuel og udtrykkelig henvendelse fra sikkerhedsmyndighederne om at offentliggøre de omtvistede billeder, dvs. om billedoffentliggørelsen skal være foranlediget af myndighederne med henblik på efterforskningsformål. Hvis dette ikke kræves, spørger den forelæggende ret for det andet sig selv, om medierne også kan støtte ret på artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 alene, hvis de uden en relevant efterlysningsanmodning fra myndighederne på eget initiativ afgør, at billedoffentliggørelsen finder sted »i den offentlige sikkerheds interesse«. Hvis dette ikke er muligt, spørger retten for det tredje sig selv, om det er tilstrækkeligt til at kunne anvende artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29, at medierne bagefter hævder, at billedoffentliggørelsen skete som led i en efterforskning, eller om der i hvert enkelt tilfælde kræves en konkret efterforskningsanmodning, hvor læserne anmodes om hjælp til at opklare en lovovertrædelse, der skal stå i umiddelbar forbindelse med offentliggørelsen af fotografiet.

136. *Sagsøgeren i hovedsagen* og den *spanske regering* har gjort gældende, at artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 kun kan anvendes, hvis der foreligger en konkret, aktuel og udtrykkelig henvendelse fra sikkerhedsmyndighederne om at offentliggøre billedet. De har henvist til, at beslutningen, om, og i givet fald hvordan, disse muligheder for at begrænse ophavsretten anvendes, afhænger af de relevante nationale administrative myndigheder og retter. De offentlige myndigheder har enekompetence hvad angår beskyttelse af den offentlige sikkerhed, og det er derfor dem, der skal afgøre, i hvilke medier og i hvilken form fotografier må offentliggøres med henblik på efterforskningsformål. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen taler det også herfor, at direktiv 2001/29 skal give et højt beskyttelsesniveau for rettigheder i forbindelse med intellektuelle frembringelser. Hvis medierne kunne støtte ret på, at en offentliggørelse af et billede finder sted af hensyn til den offentlige sikkerhed, ville de frit kunne beslutte at anvende en ophavsmands værk uden at indhente samtykke fra denne. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen kræver direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), desuden, at offentliggørelsen af billederne ledsages af en anmodning om hjælp ved efterforskningen. Det er ikke tilstrækkeligt, hvis medier bagefter hævder, at offentliggørelsen af et billede er sket med henblik på efterforskningsformål.

137. De *sagsøgte i hovedsagen*, den *østrigske regering* og *Kommissionen* har derimod gjort gældende, at medierne også kan støtte ret på direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), hvis der ikke foreligger nogen aktuel og udtrykkelig anmodning om hjælp ved efterforskningen. Denne bestemmelse indeholder ikke nogen henvisning til, at en konkret og udtrykkelig henvendelse fra sikkehedsmyndighederne skulle være nødvendig for at kunne offentliggøre fotografier.

138. I øvrigt har disse procesdeltagere fremsat forskellige anbringender.

139. De sagsøgte i hovedsagen har henvist til, at direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), også giver medlemsstaterne mulighed for at tillade fri afbenyttelse af et værk med henblik på at sikre en korrekt gennemførelse af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer. Kommissionen har derimod fremført, at direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), vedrører to selvstændige situationer, og at der her kun er tale om den situation, at værket benyttes med henblik på den offentlige sikkerhed.

140. De sagsøgte i hovedsagen har desuden gjort gældende, at medier kan påberåbe sig artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 direkte, såfremt offentliggørelsen af billederne sker i den offentlige sikkerheds interesse. I denne forbindelse har de navnlig henvist til pressefrihedens betydning. Medierne skal selvstændigt, dvs. uden at myndighederne har anmodet herom, kunne afgøre, hvornår de indhenter oplysninger og rapporterer. I øvrigt giver læsere allerede på grundlag af mediernes beskrivelse af de faktiske omstændigheder straffemyndighederne vigtige oplysninger, som fører til opklaring af den strafbare handling.

141. Den østrigske regering og Kommissionen har derimod gjort gældende, at det udelukkende er de kompetente nationale myndigheder, der kan bedømme, om der skal fastsættes undtagelser og indskrænkninger af hensyn til den offentlige sikkerhed. Sådanne undtagelser og indskrænkninger skal dog overholde kravene i direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), og bestå tretrinstesten. Medierne kan derfor ikke efter eget forgodtbefindende afgøre, hvornår den offentlige sikkerhed er påvirket.

142. Kommissionen har desuden anført, at reproduktionen af billederne skal være nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed og stå i et rimeligt forhold til dette hensyn. Hvis politimyndigheder har anmodet medierne om at offentliggøre et fotografi, er der en stærk formodning om, at det er nødvendigt at anvende det af hensyn til den offentlige sikkerhed. Hvis offentliggørelsen af fotografiet og den ledsagende tekst derimod ikke åbenbart hænger sammen med den offentlige sikkerhed, og forlæggeren blot hævder dette bagefter, er der en stærk mistanke om, at benyttelsen rent faktisk ikke er sket af hensyn til den offentlige sikkerhed.

143. Den østrigske regering mener, at det er tilstrækkeligt, at offentliggørelsen af billederne objektivt set er egnet til at opklare strafbare handlinger.

2. Retlig bedømmelse

144. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, skal det tredje præjudicielle spørgsmål også ses på baggrund af de retsopfattelser, som Oberster Gerichtshof har gjort sig til talsmand for i proceduren om foreløbige forholdsregler [54]. I denne procedure fastslog Oberster Gerichtshof nemlig, at en fri afbenyttelse af de omtvistede fotografier af hensyn til den offentlige sikkerhed ifølge de nationale retsregler ikke forudsætter en bestemt udtrykkelig henvendelse fra sikkerhedsmyndighederne om offentliggørelse af billederne. Det er derimod tilstrækkeligt, at sikkerhedsmyndighederne har fremlagt fotografier til offentliggørelse, og at der i forbindelse med offentliggørelsen af dem henvises til en verserende efterforskning, som straffemyndighederne foretager med henblik på opklaring af strafbare handlinger.

145. Med sine tre delspørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om denne holdning er forenelig med kravene i artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29.

54 — Jf. punkt 38 i dette forslag til afgørelse.

146. Inden jeg besvarer de tre delspørgsmål, omtaler jeg først den lovgivningsteknik, der ligger bag direktivets artikel 5, stk. 3, og dermed også litra e) i bestemmelsen.

a) Lovgivningsteknikken bag artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29

147. Artikel 5 i direktiv 2001/29 opstiller en række grænser for ophavsretten. Som det fremgår af 32. betragtning til direktivet, er opregningen udtømmende, da der bør opnås en minimumsgrad af harmonisering hvad angår spørgsmålet om tilladte grænser. Begreberne i direktivets artikel 5, stk. 3, er således selvstændige EU-retlige begreber.

148. Direktivets artikel 5, stk. 3, anfører en række fakultative grænser. Medlemsstaterne kan vedtage de grænser, som anføres i bestemmelsen, men er principielt ikke forpligtet til at gøre det. Når medlemsstaterne kan beslutte, om de vil indføre en af de grænser, der gives mulighed for at anvende i henhold til artikel 5, stk. 3, kan de i henhold til grundsætningen *qui potest majus, potest et minus* principielt også beslutte, hvordan de udformer en sådan grænse. De skal imidlertid opfylde visse krav i denne forbindelse. For det første er kompetencen til at opstille visse grænser ganske vist udformet således, at medlemsstaterne selv frit kan afgøre, om de vil opstille dem, men i tilfælde af, at de gør det, skal opfylde bestemte minimumskrav. Desuden skal

medlemsstaterne under alle omstændigheder opfylde kravene i tretrinstesten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 5. De må således kun anvende grænserne i visse specielle tilfælde (*første trin*), disse må ikke stride mod den normale udnyttelse af værket (*andet trin*), og de må ikke indebære urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser (*tredje trin*) [55]. Der kan desuden fremkomme yderligere krav som følge af andre EU-retlige regler. Endelig fremgår det af 32. betragtning. til direktivet, at medlemsstaterne skal udøve deres skøn på ensartet vis.

149. Direktivets artikel 5, stk. 3, fastsætter således retlige rammer, som en medlemsstat skal overholde. En medlemsstat kan imidlertid frit vælge, hvorledes den udformer den i denne bestemmelse foreskrevne grænse inden for de påkrævede rammer.

150. Hvad angår anvendelsen af artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 betyder dette, at en medlemsstat ganske vist er bundet af direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), for så vidt som bestemmelsen fastsætter grænserne for, hvad medlemsstaten kan anse for at henhøre under den offentlige sikkerhed, således at det er begrundet at begrænse ophavsretten. Inden for disse grænser kan medlemsstaten imidlertid principielt selv frit bestemme, i hvilke tilfælde den anser en undtagelse fra eller indskrænkning af ophavsretten for at være begrundet.

b) Første delspørgsmål

151. Henset til den beskrevne lovgivningsteknik i artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29, skal det første præjudicielle spørgsmål forstås således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om en ret i en medlemsstat ved fortolkningen af de relevante nationale bestemmelser overskrider grænserne i direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), hvis den fastslår, at det i et tilfælde som det foreliggende ikke kan kræves, at der foreligger en aktuel og udtrykkelig henvendelse fra sikkerhedsmyndighederne om at kunne offentliggøre ophavsretligt beskyttede fotografier uden at indhente samtykke hertil.

152. Den foreliggende sag er kendetegnet ved, at der tidligere i forbindelse med bortførelsen af Natascha K. i 1998 blev iværksat efterforskningstiltag, og at de omtvistede

55 — Jf. om tretrinstesten punkt 134 i mit forslag til afgørelse af 12.2.2009 i sag C-5/08, Infopaq International, nævnt ovenfor i fodnote 47.

fotografier af denne grund fandtes hos sikkerhedsmyndighederne med henblik på offentliggørelse. Efter Natascha K.'s flugt fra sin bortfører i 2006 er der imidlertid ikke blevet fremsat nogen aktuel og udtrykkelig efterforskningsanmodning.

153. Det skal indledningsvis bemærkes, at det i henhold til ordlyden af direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), er afgørende, at undtagelsen fra eller indskrænkningen i reproduktionsretten indføres af hensyn til den offentlige sikkerhed. Det relevante kriterium er derfor, om offentliggørelsen objektivt set er egnet til at forfølge offentlige sikkerhedsformål [56].

154. Det skal desuden fastholdes, at en efterforskningsanmodning, hvormed man vil finde en bortført eller vedkommendes bortførere, sker af hensyn til den offentlige sikkerhed som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29.

155. Desuden overskrider en medlemsstat ikke de grænser, som er draget i artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29, hvis den også i forhold til en efterforskningsanmodning, som ligger langt tilbage i tiden, mener, at den offentlige sikkerhed fortsat er berørt. Det kan nemlig ikke udelukkes, at en person, der eftersøges, først findes mange år efter efterforskningsanmodningen.

156. Selv om en national sikkerhedsmyndighed tidligere har anmodet om hjælp i efterforskningen og i denne forbindelse har fremlagt billeder til offentliggørelse, kan det dog ikke længere antages, at offentliggørelsen objektivt set er egnet til at fremme den offentlige sikkerhed, hvis der ikke længere er noget formål med efterforskningsanmodningen. Den forelæggende ret skal således undersøge, hvilke formål den oprindelige efterforskningsanmodning havde, og om disse formål ikke allerede bortfaldt, da Natascha K. var flygtet, og hendes bortfører umiddelbart efter begik selvmord.

157. Hvis den forelæggende ret måtte nå frem til, at der også var andre formål forbundet med eftersøgningen, som stadig bestod, som f.eks. eftersøgning af en potentiel medgerningsmand [57], skal den desuden undersøge, om offentliggørelsen af de omtvistede fotografier i aviserne og tidsskriftet objektivt set var egnet til at medvirke til at fremme dette yderligere efterforskningsformål. Det er ganske vist ikke udelukket, at også avisartikler, som ikke selv indeholder en efterforskningsanmodning, objektivt set er egnet til at bidrage til de offentlige sikkerhedsmyndigheders efterforskning. Artiklen skal imidlertid i det mindste skabe forbindelse til en

56 — Det må således også for andre tilfældes vedkommende fastslås, at begrebet den offentlige sikkerhed i artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 ikke kun omfatter efterforskningsanmodninger.

57 — De sagsøgte i hovedsagen har gjort dette gældende.

efterforskning, som stadig foregår. Desuden skal offentliggørelsen af billederne objektivt set være egnet til at forfølge dette efterforskningsformål. Den nationale ret ville i denne situation derfor navnlig skulle undersøge, om offentliggørelsen af otte år gamle fotografier og et fantombillede af den bortførte objektivt set kan være egnet til at finde en potentiel medgerningsmand, der allerede for otte år siden ikke blev fundet ved hjælp af det samme fotografi.

158. Måtte den forelæggende ret ved at anvende den førnævnte målestok nå frem til, at betingelserne i direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), er opfyldt, ville den desuden skulle undersøge, om betingelserne i tretrinstesten også er overholdt. I den foreliggende sag vil retten navnlig skulle undersøge, om tredje trin i testen er overholdt, dvs. om ikke rettighedshaverens legitime interesser skades urimeligt. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis reproduktionen af de omtvistede fotografier i første række fungerer som illustration til en artikel om Natascha K., og formålet om at medvirke ved en efterforskningsanmodning fra de offentlige sikkerhedsmyndigheder glider i baggrunden i forhold hertil.

c) Andet delspørgsmål

159. Med andet delspørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om medier frit kan afgøre, at en offentliggørelse af et billede finder sted i den offentlige sikkerheds interesse, dvs. om medier direkte kan støtte ret på artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 »hen over hovedet på de kompetente sikkerhedsmyndigheder«.

160. Spørgsmålet må besvares benægtende.

161. Som anført ovenfor [58] bestemmer direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), at medlemsstaterne *kan* indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i ophavsretten af hensyn til den offentlige sikkerhed. En medlemsstat er således i henhold til denne bestemmelse ikke forpligtet til overhovedet at indføre en sådan grænse. Hvis den gør det, kan den udforme grænsen inden for rammerne af de EU-retlige grænser. Medlemsstaten kan således i princippet frit træffe beslutningen om, i hvilke af de tilfælde der er omfattet af direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), det er begrundet at begrænse ophavsretten.

58 — Jf. punkt 148-150 i dette forslag til afgørelse.

162. Medierne kan således allerede som følge heraf ikke direkte støtte ret på direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), som begrundelse for en reproduktion af ophavsretligt beskyttede fotografier, da denne bestemmelse for så vidt ikke er tilstrækkelig bestemt og ubetinget.

d) Tredje delspørgsmål

165. Det er ikke nødvendigt at besvare tredje delspørgsmål, da det kun stilles for det tilfælde, at andet delspørgsmål besvares bekræftende.

163. For så vidt som de sagsøgte i hovedsagen i denne forbindelse har påberåbt sig pressefriheden, idet deres reportagemuligheder indskrænkes, tager de fejl. Direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), indrømmer medlemsstaterne kompetence med henblik på beskyttelse af den offentlige sikkerhed. Bestemmelsen vedrører således ikke afvejningen mellem beskyttelse af ophavsret og pressefrihed. Denne afvejning kommer derimod navnlig til udtryk i artikel 5, stk. 3, litra c) (pressefrihed) og litra d) (citatfrihed), i direktiv 2001/29 og skal derfor inddrages ved fortolkningen af disse bestemmelser.

C — *Andet præjudicielle spørgsmål*

166. Den forelæggende rets andet spørgsmål vedrører artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29. I henhold til denne bestemmelse kan medlemsstaterne indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i reproduktionsretten, hvis der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis. Desuden kræves det, at kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og at citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til.

164. Det må derfor i sidste ende fastslås, at medierne ikke direkte kan støtte ret på artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 som begrundelse for reproduktion af ophavsretligt beskyttede fotografier.

167. Den forelæggende ret ønsker for det første oplyst, om denne bestemmelse også kan anvendes, hvis den citerede presseartikel selv ikke er et ophavsretligt beskyttet litterært

værk. For det andet spørger retten, om bestemmelsen også kan anvendes, hvis det citerede værk ikke er tilføjet ophavsmandens eller den udøvende kunstners navn.

1. Anbringender fra sagens parter

168. Ifølge de sagsøgte i hovedsagen skal *første delspørgsmål* afvises fra realitetsbehandling, da det ikke er relevant for afgørelsen af sagen, eftersom den forelæggende ret ikke har fastslået, om artiklerne er ophavsretligt beskyttet eller ej.

169. I materielretlig henseende fremfører sagsøgeren i hovedsagen og den italienske regering, at artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 ikke kan anvendes, hvis den presseartikel, hvori et værk citeres, ikke selv er et ophavsretligt beskyttet litterært værk. Ifølge den italienske regering taler bestemmelsens ordlyd for dette. Den italienske regering og sagsøgeren har desuden påberåbt sig formålet om et højt beskyttelsesniveau for ophavsrettigheder og et passende vederlag til ophavsmanden.

170. De sagsøgte i hovedsagen, den østrigske regering og Kommissionen mener derimod ikke, at det er en betingelse i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), at den citerede presseartikel selv er et ophavsretligt beskyttet litterært værk, da en citatret også kan være begrundet i dette tilfælde. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til bestemmelsens ordlyd og det forhold, at de undtagelser, der er opregnet i artikel 5 i direktiv 2001/29, er udtømmende. Desuden skal der skabes en passende udligning mellem beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret og den offentlige interesse i en fri afbenyttelse af værket gennem et citat.

171. Subsidiært har de sagsøgte i hovedsagen og den spanske regering gjort gældende, at en kort presseartikel også kan være ophavsretligt beskyttet.

172. Hvad angår *andet delspørgsmål* har sagsøgeren i hovedsagen, den østrigske, den italienske og den spanske regering samt Kommissionen fremført, at direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), ikke kan anvendes, hvis det citerede værk eller en anden frembringelse ikke er tilføjet ophavsmandens rigtige navn, medmindre dette viser sig umuligt. Den østrigske regering har henvist til bestemmelsens klare ordlyd.

173. Ifølge de sagsøgte i hovedsagen skal dette spørgsmål afvises fra realitetsbehandling, fordi svaret allerede følger af bestemmelsens ordlyd. I materielretlig henseende har de anført, at direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), også skal anvendes, når det citerede værk eller en anden frembringelse ikke er tilføjet ophavsmandens eller den udøvende kunstners navn. Desuden ville de heller ikke normalt have haft mulighed for at få kendskab til navnet eller producentbetegnelsen for sagsøgeren i hovedsagen. Det nyhedsbureau, som de modtog de omtvistede fotografier fra, havde nemlig allerede tidligere modtaget de omtvistede fotografier fra politiet til efterforskningsformål eller på pressekonferencer, uden nogen form for kildeangivelser.

174. Sagsøgeren i hovedsagen og den italienske regering har derimod gjort gældende, at det forhold, at de omtvistede billeder blev stillet til rådighed af et nyhedsbureau, ikke fritog de sagsøgte i hovedsagen for at nævne den rette ophavsmands navn.

175. *Herudover* har procesdeltagerne også udtalt sig om de yderligere betingelser i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d). Sagsøgeren i hovedsagen, den østrigske og den spanske regering samt Kommissionen har henvist til, at denne bestemmelse kun kommer til anvendelse, hvis fotografierne er blevet anvendt som citat og således har dokumentationsfunktion. Det er ikke tilstrækkeligt hertil, at de blot er blevet brugt til at henlede læserens opmærksomhed på reportagen.

176. Ifølge den østrigske regering og Kommissionen kan det i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), også være tilladt at citere hele billeder, hvis dette er nødvendigt med henblik på citatet. I dette tilfælde har tretrinstesten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 5, imidlertid særlig betydning. Den italienske regering og Kommissionen er i tvivl om, hvorvidt betingelserne i tretrinstesten, navnlig andet og tredje trin, er opfyldt i hovedsagen.

177. De sagsøgte i hovedsagen har derimod fremført, at også de yderligere betingelser i artikel 5, stk. 3, litra d), er opfyldt. Offentliggørelsen er navnlig sket i overensstemmelse med god skik, da de modtog de offentliggjorte fotografier fra uproblematiske tredjemænd. Desuden skal der tages hensyn til ytringsfriheden.

2. Retlig bedømmelse

178. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, skal andet præjudicielle spørgsmål også ses på baggrund af de retsopfattelser, som Oberster Gerichtshof har gjort sig til

talsmand for i proceduren om foreløbige forholdsregler [59]. I denne procedure har Oberster Gerichtshof anført, at det i henhold til de nationale retsregler er muligt at foretage en fri afbenyttelse med henblik på citater i aviser og tidsskrifter, men at det kun er tilladt at citere hele billeder, hvis dette er påkrævet med henblik på citatformålet, og fotografiets økonomiske værdi ikke udhules i vægtig grad.

a) Første delspørgsmål

179. Med sit første delspørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 kan anvendes, når det medium, som citatet befinder sig i, ikke selv nyder nogen ophavsretlig beskyttelse.

180. Dette spørgsmål er relevant for afgørelsen. I modsætning til, hvad de sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, er det ikke nødvendigt, at den forelæggende ret først undersøger, om artiklerne er ophavsretligt beskyttet. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF er nemlig ikke udformet subsidiært, således at en national ret skal opklare alle yderligere omtvistede spørgsmål, før den forelægger Domstolen et spørgsmål vedrørende fortolkningen af EU-retten.

181. Det skal også i denne forbindelse indledningsvis bemærkes, at medlemsstaternes mulighed for at fastsætte grænser i henhold til artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 er fakultativ, og de derfor i princippet frit kan afgøre, om de vil fastsætte en grænse i national ret, og hvorledes de i givet fald vil udforme den inden for de grænser, der følger af EU-retten; de skal dog tage hensyn til de forbehold, som jeg allerede har nævnt i punkt 148 i dette forslag til afgørelse.

182. På baggrund heraf skal spørgsmålet fra den forelæggende ret forstås således, at denne ønsker oplyst, om en medlemsstat overskrider de EU-retlige rammer, der er opstillet i denne bestemmelse, såfremt medlemsstaten i national ret ikke gør det til en forudsætning for citatretten, at den artikel, som indeholder citatet, selv er ophavsretligt beskyttet.

183. Spørgsmålet må besvares benægtende.

184. For det første fremgår en sådan indskrænkende betingelse ikke af ordlyden af direktivets artikel 5, stk. 3, litra d).

59 — Jf. punkt 38 i dette forslag til afgørelse.

185. For det andet er der heller ikke andre holdepunkter i direktivet, der gør det nærliggende at antage, at der gælder en sådan betingelse. Det fremgår derimod af den lovgivningsmæssige sammenhæng med de øvrige muligheder for at fastsætte grænser for ophavsretten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, at det ikke er nogen grundlæggende tanke bag disse mulige grænser, at en begrænsning af ophavsretten til et værk kun kan indrømmes til fordel for et andet værk.

186. For det tredje taler formålet bag denne bestemmelse efter min opfattelse heller ikke for en sådan fortolkning. Muligheden for at indføre grænser i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), skal ses på baggrund af hensynet til en fri intellektuel diskussion. Bestemmelsen har altså navnlig til formål at virkeliggøre ytrings- og pressefriheden. Ytringer, der selv er ophavsretligt beskyttet, kan dog meget vel være omfattet af beskyttelsesområdet for disse grundlæggende rettigheder.

187. For det fjerde giver den reviderede Bernerkonvention, som tanken om at give mulighed for at fastsætte grænser i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), hviler på [60], og som bestemmelsen derfor skal fortolkes i lyset af, heller ikke noget holdepunkt for at foretage en sådan restriktiv fortolkning.

60 — Jf. artikel 10, stk. 1, i den reviderede Bernerkonvention.

188. For det femte kræver tretrinstesten i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 heller ikke, at kun citater i ophavsretligt beskyttede værker privilegeres. For så vidt kan der indledningsvis henvises til de førnævnte argumenter. Desuden kan det ikke ses, at den normale anvendelse af et ophavsretligt beskyttet fotografi påvirkes mere gennem citater i ikke-ophavsretligt beskyttede værker end gennem citater i ophavsretligt beskyttede litterære værker.

189. Det må derfor i sidste ende fastholdes, at det ikke er nogen tvingende forudsætning for at anvende artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29, at den artikel, citatet som omhandlet i denne bestemmelse befinder sig i, selv er ophavsretligt beskyttet.

190. Da direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), er fakultativ for medlemsstaterne, er de imidlertid principielt frit stillet til at udforme citatretten snævrere i national ret end det er muligt i henhold til den EU-retlige ramme. De skal i denne forbindelse dog overholde yderligere EU-retlige krav og herunder navnlig ytrings- og pressefriheden.

b) Andet delspørgsmål

191. Med sit andet delspørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om undtagelsen i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), kan anvendes, når ophavsmanden til det offentliggjorte fotografi ikke er nævnt i artiklerne. Også dette spørgsmål skal forstås således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om en medlemsstat overskrider de rammer, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), hvis et citat i henhold til national ret også kan ske uden angivelse af navnet på ophavsmanden til det citerede værk.

192. I modsætning til, hvad de sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, skal det præjudicielle spørgsmål antages til realitetsbehandling. Det fremgår af procesreglementets artikel 104, stk. 3, andet afsnit, at præjudicielle spørgsmål ikke skal afvises, såfremt besvarelsen af dem ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, men at der kan træffes afgørelse om dem ved begrundet kendelse.

193. Indholdsmæssigt er der to elementer i spørgsmålet. Da ophavsmandens navn i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), kun skal angives, hvis det ikke viser sig umuligt at gøre det, er spørgsmålet for det første, hvornår der må antages at foreligge umulighed som omhandlet i denne bestemmelse [jf. under i)]. For det andet er spørgsmålet, hvilke retsvirkninger en medlemsstat skal fastsætte for det tilfælde, at det ikke var umuligt at angive ophavsmandens navn, men dette alligevel ikke er sket [jf. under ii)].

i) Spørgsmålet, om det er umuligt at angive ophavsmandens navn

194. Artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 definerer ikke, hvornår det er umuligt at angive kilden med ophavsmandens navn.

195. På den ene side er det afgørende ifølge bestemmelsens ordlyd, om der foreligger umulighed. Det er således ikke tilstrækkeligt, at det ikke vil være rimeligt at forlange, at navnet angives. Dette taler for en ret streng målestok. For dette taler også formålene bag direktiv 2001/29 om at skabe et højt beskyttelsesniveau og opnå et passende vederlag [61]. Det fremgår endvidere af ordlyden »viser sig« umuligt (på tysk »erweisen«) [62], at det i det mindste kan forventes, at den, der citerer, gør sig nogle anstrengelser for at finde frem til kilden og ophavsmandens navn.

61 — Jf. fjerde, niende og tiende betragtning til direktiv 2001/29.

62 — På engelsk anvendes formuleringen »turns out to be«, på fransk »s'avère«, på nederlandsk »blijkt«, på portugisisk »se revele«, på slovensk »se […] izkaže«, på spansk »resulte«. Mindre tydelig er den italienske formulering »in caso di«.

196. På den anden side skal det huskes, at citatretten tjener til at virkeliggøre ytrings- og pressefriheden. Der må derfor ikke stilles så store krav til umulighed, at citatretten i praksis ikke mere anvendes, hvis man ikke kan finde frem til, hvem ophavsmanden er.

197. Bedømmelsen af, om det som omhandlet i direktivets 5, stk. 3, litra d), var umuligt at angive ophavsmandens navn, må desuden ske under inddragelse af alle omstændighederne i det konkrete tilfælde.

198. I den foreliggende sag skal den forelæggende ret derfor navnlig tage hensyn til, at de omtvistede fotografier er blevet anvendt i forbindelse med en efterforskningsanmodning. I et sådant tilfælde kan den, der citerer, nemlig ikke uden videre regne med, at den, der faktisk har rådighed over et fotografi, også har rettighederne til det. Desuden må man i et sådant tilfælde forlange, at den, der citerer, undersøger sagen, såfremt ophavsmandens navn ikke fremgår af fotografiet. Ophavsmandens navn vil nemlig normalt ikke være anført på efterlysningsbillederne.

199. Tretrinstesten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 5, taler også for at stille store krav til forpligtelserne for de sagsøgte i hovedsagen. Andet og tredje trin i testen kræver, at den normale udnyttelse af værket ikke begrænses og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. Den foreliggende sag er kendetegnet ved, at der allerede er foretaget et indgreb i den ophavsret, som sagsøgeren i hovedsagen har, som følge af efterforskningstiltag, altså tiltag, der sker med henblik på den offentlige sikkerhed, og at disse tiltag har medført, at de omtvistede fotografier blev reproduceret uden sagsøgerens samtykke, og uden at hun blev angivet som ophavsmand til fotografierne. For at undgå, at ophavsretten i et sådant tilfælde helt mister sin værdi, kan det efter min opfattelse kun undtagelsesvis antages, at den, der citerer, uden at have foretaget sådanne undersøgelser kan påberåbe sig, at det var umuligt at angive ophavsmandens navn.

200. Uden at skulle foregribe den bedømmelse, som den forelæggende ret skal foretage i den konkrete sag, er det efter min vurdering på baggrund af oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen om de faktiske omstændigheder ret nærliggende, at det ikke var umuligt for de sagsøgte i hovedsagen at angive ophavsmandens navn.

ii) Retsvirkningerne, hvis der ikke foreligger umulighed

201. Måtte den forelæggende ret nå frem til, at det ikke viste sig umuligt at angive ophavsmandens navn, er spørgsmålet desuden, hvilke retsvirkninger en medlemsstat skal

fastlægge for dette tilfælde. En mulig holdning kan være, at det i dette tilfælde er ulovligt at foretage en offentliggørelse uden samtykke fra ophavsmanden. En anden holdning kan være, at offentliggørelsen stadig er lovlig, men at ophavsmanden har krav på, at hans navn angives.

202. Efter min vurdering er den eneste holdning, som er forenelig med artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29, at et citat, der foretages uden at angive ophavsmandens navn og indhente dennes samtykke, udgør en ulovlig offentliggørelse.

203. For dette taler for det første ordlyden af artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29. Ifølge denne bestemmelse må en medlemsstat nemlig kun indrømme en citatret, såfremt kilden med ophavsmandens navn angives. Ordlyden gør det nærliggende at antage, at der er tale om en forudsætning, som en medlemsstat, der benytter sig af sin kompetence i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), nødvendigvis skal overholde.

204. Denne fortolkning bekræftes for det andet af, at denne forudsætning benyttes i sammenhæng med andre forudsætninger i bestemmelsen, der på deres side åbenbart nødvendigvis skal overholdes. Disse andre forudsætninger er kravet om, at citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til.

205. For det tredje taler også formålet med denne forudsætning for den nævnte fortolkning. Principielt er en ophavsmand i stand til at bestemme over benyttelsen af hans værk. Direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), giver ganske vist en medlemsstat mulighed for at begrænse ophavsmandens rettigheder af hensyn til ytrings- og pressefriheden. Gennem forpligtelsen til at angive kilden og ophavsmandens navn skal ophavsmanden imidlertid beholde et vist minimum af kontrol. Ophavsmanden skal bl.a. kunne kontrollere, om afbenyttelsen af hans værk sprænger rammerne for et lovligt citat. Holdningen om, at en reproduktion også er lovlig uden angivelse af ophavsmandens navn, og der kun består en ret til angivelse af navnet, ville indebære en risiko for, at ophavsmanden ikke kan udøve denne kontrol på effektiv vis. Hvis ophavsmanden ikke nævnes, er der nemlig risiko for, at han i mange tilfælde ikke ved, at hans værk er blevet benyttet.

206. De førnævnte argumenter taler for, at angivelsen af navnet er en nødvendig forudsætning for at give adgang til at opstille grænser i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d). En manglende overholdelse af denne forudsætning medfører således, at en

reproduktion ikke kan begrundes på grundlag af denne bestemmelse [63].

iii) Resultat

207. I sidste ende skal det fastholdes, at den ramme, der er fastlagt i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), for citater, der kan foretages uden at indhente samtykke, overskrides, hvis navnet på en ophavsmand til et fotografi ikke er blevet angivet, selv om dette ikke viste sig umuligt. Det har ikke vist sig umuligt at angive navnet, hvis den, der citerer, ikke har iværksat alle foranstaltninger, der, henset til omstændighederne i det konkrete tilfælde, virkede passende med henblik på at finde ud af, hvem ophavsmanden er.

c) Supplerende bemærkninger

208. Andet præjudicielle spørgsmål vedrører kun to punkter, der har betydning inden for rammerne af direktivets artikel 5, stk. 3, litra d). Da Domstolen i et præjudicielt søgsmål imidlertid kan give den forelæggende ret alle de oplysninger, der er nyttige for løsningen af tvisten i hovedsagen [64], vil jeg ud over de to delspørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, omtale tre yderligere punkter, der vedrører grænserne for den EU-retlige ramme i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), og artikel 5, stk. 5. Det er for det første spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder man kan gå ud fra, at der foreligger et citat som omhandlet i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d) [jf. under i)]. For det andet er spørgsmålet, om også et fuldt citat kan være et citat som omhandlet i denne bestemmelse [jf. under ii)]. Endelig omtaler jeg den begrænsning, som muligheden for at indføre en grænse er underlagt som følge af forudsætningen om, at citaterne er i overensstemmelse med god skik, og tretrinstesten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 5, er opfyldt [jf. under iii)].

i) Citat med henblik på formål som kritik eller anmeldelser

209. Artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 bestemmer, at medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i reproduktionsretten, hvis der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller

63 — Jf. i denne retning også H.-P. Götting, i U. Löwenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, Beck 2010, § 32 punkt 12.

64 — Jf. punkt 117 i dette forslag til afgørelse.

anmeldelser. Det afgørende er således, at reproduktionen sker med henblik på citat.

210. Begrebet »citat« er ikke defineret i direktivet. Ud fra en naturlig sprogbrug er det på det ydre plan afgørende for et citat, at der gengives en fremmed intellektuel frembringelse på synlig vis. Som det præciseres i de nævnte eksempler i artikel 5, stk. 3, litra d), hvorefter citatet skal ske med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, er dette ikke nok i sig selv. Der skal derimod også være en indholdsmæssig refleksiv henvisning til det citerede værk i form af en beskrivelse, kommentering eller bedømmelse. Citatet skal således være grundlag for en drøftelse.

211. Det påhviler den forelæggende ret at fastslå, om de sagsøgte i hovedsagen har forfulgt et sådant mål ved offentliggørelsen af de omtvistede fotografier. Man kan imidlertid ikke gå ud fra, at der foreligger et citat som omhandlet i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), hvis den nødvendige indholdsmæssige refleksive henvisning mangler i artiklerne. Navnlig når de omtvistede fotografier kun benyttes som »dagens billede« for at vække læsernes opmærksomhed, uden at disse fotografier er blevet omtalt i selve den ledsagende tekst, kan det ikke antages, at der foreligger et citatformål som omhandlet i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d).

ii) Fuldt citat

212. Spørgsmålet er desuden, hvorvidt direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), også omfatter fulde citater. I henhold til den traditionelle betydning er et citat principielt kun et delvist uddrag af en tekst. Ved fotografier mener jeg imidlertid ikke, at det er udelukket, at et fuldt citat også kan være et citat i henhold til denne bestemmelse. Ved denne type værk kan det nemlig være nødvendigt at foretage en fuldstændig gengivelse for at skabe den nødvendige indholdsmæssige refleksive henvisning. Hvis man i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), kun kunne offentliggøre dele af fotografier, ville dette indskrænke anvendelsesområdet for denne bestemmelse betydeligt hvad angår fotografier.

213. Da der ved et fuldt citat sker et ikke ubetydeligt indgreb i ophavsretten, har de yderligere betingelser, såsom betingelsen om, at citatet skal være i overensstemmelse med god skik, og at tretrinstesten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 5, skal være opfyldt, særlig betydning i dette tilfælde.

iii) Yderligere betingelser

214. I hovedsagen skal den forelæggende ret også undersøge, om offentliggørelsen af de omtvistede fotografier sker i overensstemmelse med god skik, og om betingelserne i tretrinstesten i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 er opfyldt. I denne forbindelse skal den navnlig tage hensyn til, om mulighederne for at sælge de omtvistede fotografier indskrænkes betydeligt som følge af, at de citeres fuldt i de aviser og tidsskrifter og på de internetsider, som de sagsøgte i hovedsagen har, og dette indebærer urimelig skade for de interesser, som sagsøgeren i hovedsagen har.

X — Forslag til afgørelse

215. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) Begrebet snævert forbundne i artikel 6, nr. 1), i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område skal fortolkes som et krav om, at der foreligger de samme faktiske omstændigheder, og at søgsmålet mod den sagsøgte, der har sin bopæl på det sted, hvor retten er beliggende (ankersøgsmålet), og det yderligere søgsmål er tilstrækkeligt snævert forbundne. Der kan ikke antages at foreligge de samme faktiske omstændigheder i et tilfælde som det foreliggende, hvis den adfærd fra henholdsvis den sagsøgte i ankersøgsmålet og den anden sagsøgte, der er genstand for sagerne, udgør en ikke afstemt parallel adfærd. Der kan også foreligge en tilstrækkelig retlig sammenhæng, hvis der i de to søgsmål anvendes forskellige nationale lovgivninger, som ikke er harmoniseret fuldt ud.

2) a) Artikel 5, stk. 3, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede

rettigheder i informationssamfundet skal fortolkes således, at en medlemsstat kan tillade citat af et værk, også uden at ophavsmanden har givet tilladelse hertil, såfremt den presseartikel, i hvilken citatet foretages, ikke selv er ophavsretligt beskyttet.

2) b) Denne bestemmelse kræver desuden nødvendigvis, at den, der citerer, angiver navnet på ophavsmanden til et ophavsretligt beskyttet fotografi, såfremt dette ikke viser sig umuligt. Dette er ikke tilfældet, hvis den, der citerer, ikke har iværksat alle de foranstaltninger, som virker passende, henset til omstændighederne i det konkrete tilfælde, for at finde frem til, hvem der er ophavsmanden.

3) a) Artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at en medlemsstat, hvis der fremsættes en efterforskningsanmodning af hensyn til den offentlige sikkerhed som omhandlet i denne bestemmelse, kan tillade, at medierne reproducerer ophavsretligt beskyttede fotografier også uden at have indhentet tilladelse hertil fra ophavsmanden, såfremt de formål, der forfølges med efterforskningen, ikke er bortfaldet, og offentliggørelsen objektivt set er egnet til at forfølge disse formål.

3) b) Medierne kan ikke direkte støtte ret på denne bestemmelse som begrundelse for en reproduktion uden tilladelse fra ophavsmanden.

4) I henhold til artikel 6 i henholdsvis i Rådets direktiv 93/98/EØF af 29. oktober 1993 om harmonisering af bestyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/166/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder nyder et portrætfotografi ophavsretlig beskyttelse, hvis det er fotografens originale intellektuelle frembringelse, og dette forudsætter, at fotografen ved at

anvende de udformningsmuligheder, som portrætfotografi giver, har sat sit eget præg på fotografiet.

Offentliggørelsen af et fantombillede, som er fremstillet på grundlag af et ophavsretligt beskyttet portrætfotografi, er en reproduktion som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29, såfremt de elementer, der udgør den originale intellektuelle frembringelse ved forlægget, også er repræsenteret i fantombilledet.«