

Ophavsret og retsøkonomi i relation til brugerskabt indhold på Vix og YouTube
-En komparativ analyse af dansk og amerikansk ret

Copyright and law and economics in relation to user-generated content on Vix and YouTube
-A comparative study of Danish and American law



Kandidatafhandling

Lærke Louise Nielsen

Cand.merc.(jur.)

Copenhagen Business School

Afleveringsdato: 9. september 2009

Anslag: 180.802

Økonomisk vejleder: Lektor Lee Davis, Institut for Innovation og Organisationsøkonomi

Juridisk vejleder: Lektor Søren Sandfeld Jakobsen, Juridisk Institut

Underskrift: _____

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	5
DEL I INTRODUKTION SAMT METODE.....	6
Kapitel 1: Introduktion til emnet	7
1.1 Indledning	7
1.2 Casebeskrivelse	7
1.3 Problemformulering	9
1.4 Synsvinkel.....	9
1.5 Afgrænsning af emnet	10
1.6 Empiri.....	10
1.7 Struktur over fremstillingen	11
Kapitel 2: Metode og teorivalg.....	12
2.1 Juridisk metode	12
2.2 Økonomisk metode	15
2.3 Integreret metode	17
2.4 Økonomisk teori.....	17
DEL II MUSIKCITATER PÅ INTERNETTET.....	19
Kapitel 3: Juridisk analyse.....	20
3.1 Indledning	20
3.2 International privat- og procesret.....	20
3.3 Analyse af dansk ret	21
3.3.1 Regulering.....	21
3.3.1.1 Citatrettens baggrund og kontekst.....	21
3.3.1.2 Citatrettens indhold	23
3.3.1.3 Forarbejderne	23
3.3.1.4 Infosoc direktivet	26
3.3.1.5 Bernerkonventionen	26
3.3.2 Praksis	27
3.3.2.1 Kommercielt formål	27
3.3.2.2 Nyt selvstændigt værk.....	28
3.3.2.3 Omfang af citater	28
3.3.3 Retssædvaner	28
3.3.4 Forholdets natur	29
3.3.5 Sammenfatning	30
3.4 Analyse af Amerikansk ret	30
3.4.1 Section 107 i den amerikanske Copyright Act.....	30
3.4.1.1 Baggrund	30
3.4.1.2 Formål bag fair use bestemmelsen.....	31
3.4.1.3 Formål og karakter af brug.....	31
3.4.1.4 Værkets art	32
3.4.1.5 Omfang.....	33
3.4.1.6 Påvirkning af markedet	33
3.4.2 Praksis	34
3.4.2.1 Ikke-kodificerede faktorer: God tro	34
3.4.2.2 Ikke-kodificerede faktorer: Offentliggjort værk	34

3.4.2.3 Fair use bestemmelsen i praksis.....	35
3.4.2.4 Vægtning af faktorerne	35
3.4.3 Sammenfatning	37
3.5 Sammenligning af citatretten og fair use bestemmelsen.....	37
3.5.1 Reguleringsniveau.....	37
3.5.2 Sammenligning af de enkelte faktorer	38
3.5.2.1 Punkt A: Offentliggjort værk	39
3.5.2.2 Punkt B: Formål og anvendelse	39
3.5.2.3 Punkt C: Omfang	39
3.5.2.4 Punkt D: 3-trins testen.....	39
3.5.2.5 Punkt E: God tro	40
3.5.2.6 Punkt F: Værkets art.....	40
3.5.2.7 Punkt G: Effekt på markedet.....	40
3.5.3 Vægtning af faktorerne	40
3.6 Konklusion	41
Kapitel 4: Økonomisk Analyse.....	42
4.1 Indledning	42
4.2 Struktur over analysen	42
4.3 Scotchmer: Standing on the shoulders of giants	43
4.4 Begrebsafklaring	47
4.5 Ligheder og forskelle mellem patentret og ophavsret.....	48
4.5.1 Balance mellem statisk og dynamisk efficiens	48
4.5.2 Beskyttelsens genstand	50
4.5.2.1 Punkt A: Offentliggørelse	51
4.5.2.2 Punkt B: Indskrænkninger til beskyttelse	52
4.5.2.3 Punkt C: Tvangslicens.....	52
4.5.2.4 Punkt D: Varighed af beskyttelse	52
4.5.2.5 Punkt E: Beskyttelsesbredde og fair use eller citatret.....	53
4.5.2.6 Punkt F: Eneretsbeskyttelse	53
4.5.3 Sammenfatning	54
4.6 Forudsætning 1: Kumulative ophavsrettigheder	54
4.6.1 Skabelse indenfor samme værskategori og imellem værskategorier	55
4.6.2 Kumulativ skabelse betinget af det første produkt.....	56
4.6.3 Kumulativ skabelse påføres omkostningsbesparelse	56
4.6.4 Kumulativ skabelse accelereres	57
4.6.5 Sammenfatning	57
4.7 Forudsætning 2: Andre end den oprindelige ophavsmand er egnede til kumulativ skabelse ..	57
4.8 Forudsætning 3: Evig beskyttelse efter ophavsretten	58
4.9 Forudsætning 4: Ophavsrettens tilpasning fra sag til sag	58
4.10 Konklusion	58
DEL III MUSIKCITATER PÅ VIX OG YOUTUBE.....	60
Kapitel 5 Juridisk analyse	61
5.1 Indledning	61
5.2 International privat- og procesret.....	61
5.3 Typer af musikbrug og formål.....	62
5.4 Dansk ret og Vix.....	62
5.4.1 Et offentliggjort værk.....	62
5.4.2 God skik og beskyttelsesværdigt formål.....	63
5.4.2.1 Produktiv brug.....	63

5.4.2.2 Debat	63
5.4.2.3 Specifik henvisning som kunstnerisk virkemiddel	64
5.4.2.4 Sammenfatning	64
5.4.3 Omfang der betinges af formålet	64
5.4.4 Nyt selvstændigt værk	65
5.4.5 3-trins testen	66
5.4.6 Sammenfatning	66
5.5 Amerikansk ret og YouTube	66
5.5.1 Formål og karakter af brug	66
5.5.1.1 Produktiv brug	67
5.5.1.2 Debat	67
5.5.1.3 Specifik henvisning som kunstnerisk virkemiddel	67
5.5.2 Det oprindelige værks art	67
5.5.3 Omfang	68
5.5.4 Påvirkning af markedet for, eller værdien af, musikværket	68
5.5.5 God tro	69
5.5.6 Offentliggjort værk	69
5.5.7 Sammenfatning	69
5.7 Konklusion	69
Kapitel 6 Kumulativ skabelse på Vix og YouTube	71
6.1 Indledning	71
6.2 Kumulativ skabelse på Vix og YouTube	71
6.3 Total værdi af det oprindelige værk	72
6.4 Total værdi af det nye værk	74
6.5 Størrelsen på eksternaliteten	75
6.6 Mulighed for prior agreements	75
6.7 Den oprindelige ophavsmands forhandlingsmagt	77
6.8 Den efterfølgende ophavsmands forhandlingsmagt	77
6.9 Konkurrence imellem det oprindelige værk og det efterfølgende værk	78
6.10 Konklusion	78
DEL IV INTEGRERET ANALYSE, KONKLUSION OG PERSPEKTIVERING	80
Kapitel 7: Integreret analyse	81
7.1 Indledning	81
7.3 Identifikation af to økonomiske faktorer	81
7.3.1 Effekt på værdi eller markedet for det oprindelige værk	81
7.3.2 Hensyn til dobbeltmarginaliseringsproblemet	81
7.3.3 Sammenhæng mellem de to retsøkonomiske faktorer	82
7.4 Danske domstoles mulighed for at inddrage retsøkonomi	83
7.5 Konklusion	84
Kapitel 8: Konklusion	85
Kapitel 9: Perspektivering	87
Litteraturliste	89
Oversigt over bilag	91

Abstract

In this thesis the much debated issues of user-generated content on Vix and YouTube are analysed from a legal and an economic viewpoint. Even though the European Commission recognises the value of user-generated content, which is partly based on existing copyrights, an exception to the copyright holder's exclusive rights does not yet exist.¹ The purpose of the thesis is, therefore, to analyse which economic factors should be involved in a court's ruling concerning extracts of pieces of music used in user-generated videos.

The comparative study in chapter 3 of this thesis investigates if section 22 of the Danish Copyright Act regarding quotations and the American Copyright Act section 107 regarding fair use, can be used as means of exempting use of extracts of pieces of music used in user-generated videos on Vix and YouTube. It is found that there are substantial similarities between the factors used by courts to determine the legality of extracts of pieces of music in the two countries. There are, however also substantial differences. Firstly, the factors used in Denmark are cumulative and each of them can hence prevent use of extracts of pieces of music in user-generated videos. According to American law, all of the statutory factors included in section 107 should be evaluated, yet neither can determine the outcome in itself. Secondly, the fair use doctrine obligates courts to evaluate the economic effect of the use on the value or market for the original piece of music. This factor is not recognised in Danish law. Due to the differences between Danish and American law, it is argued in chapter 5, that use of extracts of pieces of music in user-generated videos will more often be allowed in USA.

In the economic analysis of chapter 4 and 6, it is argued that parts of Scotchmer's theory on cumulative research within patent law can be transferred to the area of copyright. Therefore a problem of double marginalisation is identified between multiple copyright holders. If this problem is not addressed by the courts when determining if extracts of pieces of music are allowed in user-generated content, the incentives to create such works may be diminished and potentially valuable works would not be created.

In conclusion, it is therefore argued that the Danish legislation and courts should include concern for two economic factors. Firstly the economic factor already known from the fair use doctrine and secondly a factor concerning the problem of double marginalisation.

¹ Europa Kommissionen, Grønbog, 2008, s. 19

Del I

Introduktion samt metode

Kapitel 1: Introduktion til emnet

1.1 Indledning

Med internettets fremkomst er der opstået utallige muligheder for at dele, kopiere og sprede informationer på tværs af landegrænser og kontinenter. Især på ophavsrettens område byder internettet på nye muligheder, men også på nye problemstillinger, da mange af de informationer, der findes på internettet, er ophavsretligt beskyttet.

Et af de seneste områder, der har været under debat, er sociale medier og Web 2.0 applikationer, som weblogs og videodeling. Her er der mulighed for, at brugerskabt indhold spredes, således at brugere går fra alene at være *brugere* af ophavsretligt beskyttet indhold til også blive *skabere*. I den forbindelse er brugerskabt indhold defineret som: *Indhold, der gøres offentligt tilgængeligt via internettet, som er udtryk for en vis kreativ indsats, og som ikke er skabt i forbindelse med erhvervsmæssige rutiner og aktiviteter.*²

Europa-Kommissionen har rejst spørgsmålet om, hvorvidt der bør skabes en ny undtagelse til ophavsmænds enerettigheder for at tillade brugerskabt indhold, således at der ikke opstår hindringer for skabelse af nye, potentielt værdifulde værker.³ Brugerskabt indhold rejser således et spørgsmål om, hvordan incitamentet til skabelse af værker skal fordeles mellem flere potentielle ophavsmænd. Der eksisterer imidlertid endnu ikke en specifik undtagelse vedrørende brugerskabt indhold. En vurdering af, hvorvidt sådanne værker krænker ophavsrettigheder, må således indtil videre afgøres ved anvendelse af de eksisterende undtagelsesmuligheder, såsom retten til at citere fra værker.

1.2 Casebeskrivelse

Denne fremstilling søger at analysere retsstillingen for brugerskabt indhold på videodelingssiderne Vix og YouTube, hvor brugere kan kommunikere med hinanden og dele videoklip med en ubegrænset mængde internetbrugere.

En af ophavsrettens vigtigste opgaver er at balancere hensynet til ophavsmandens appropriering af værdien af hans værk på den ene side og hensynet til udbredelse af værker og samfundets adgang til information på den anden. Som en følge heraf indskrænkes ophavsmandens enerettigheder på en

² Participative Web and User-Created Content, OECD 2007, s. 9

³ Europa Kommissionen, Grønbog, 2008, s. 19

række områder, herunder ved citatretten i ophavsretsloven § 22.⁴ I den amerikanske Copyright Act section 107 findes den tilsvarende amerikanske bestemmelse, der undtager udnyttelse af ophavsretligt beskyttet materiale i de tilfælde, hvor betingelserne for "fair use" er opfyldt.⁵ En komparativ analyse af de danske og amerikanske regler på området er interessant særligt med henblik på at analysere, hvordan den tiltænkte balance mellem ophavsrettens to modsatrettede hensyn sikres. Amerikansk ret er særlig interessant, også i et dansk perspektiv, da ophavsretten i USA er meget udviklet, benyttet og ofte er inspirationskilde for andre lande.

Den amerikanske hjemmeside YouTube⁶ besøges af brugere over hele verden og indeholder et imponerende antal videoklip, uploadet af såvel private som af erhvervsdrivende. Den danske hjemmeside Vix⁷ giver adgang til et mere begrænset antal videoer, men indeholder dog samme problemstillinger som YouTube, omend i en mindre skala. De to hjemmesider ligner i høj grad hinanden og har det tilfælles, at de muliggør, at brugere kan dele og mangfoldiggøre videoer på en nem og ubesværet måde.

Nogle benytter muligheden for at dele videoer til direkte at sprede ophavsretligt beskyttede værker, det være sig fx musikvideoer eller klip fra spillefilm, hvilket er klart ulovligt. Andre benytter imidlertid hjemmesiderne til at udbrede deres egne brugerskabte videoer.

Ofte vil disse videoer indeholde brudstykker af musik produceret af andre og spørgsmålet om, hvorvidt sådan brug kan være omfattet af den danske citatret eller af den amerikanske fair use doktrin, opstår.

Formålet med denne afhandling er derfor at analysere, diskutere og sammenligne adgangen til at benytte musikciter i brugerskabt indhold med hjemmel i henholdsvis citatretten og fair use bestemmelsen samt at analysere økonomiske begrundelser for samme.

4 Bekendtgørelse af lov om ophavsret LBK nr. 587 af 20. juni 2008 med ændringer som følge af Lov nr. 1404 af 27. december 2008 og Lov nr. 510 af 12. juni 2009

5 An Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code Section §§ 101-1010

6 www.youtube.com

7 www.vix.dk

1.3 Problemformulering

De ovenfor anførte betragtninger leder mig frem til følgende problemformulering:

Hvilke økonomiske faktorer bør inddrages ved bedømmelsen af, om brugerskabte videoer på Vix benytter musikcitater i overensstemmelse med ophavsretslovens § 22, belyst ved sammenligning med Section 107 i The American Copyright Act?

For at kunne besvare denne problemformulering opstilles følgende underspørgsmål:

Del II: Citater på internettet

1) Hvilke faktorer er i almindelighed afgørende for retten til at benytte musikcitater på internettet med hjemmel i henholdsvis ophavsretslovens § 22 og Section 107 i The American Copyright Act og hvordan er disse faktorer forskellige?

2) Hvordan kan retten til vederlagsfri benyttelse af musikcitater på internettet begrundes i incitamentsteori?

Del III: Musikcitater i brugerskabte videoer på Vix og YouTube

3) Under hvilke betingelser kan brugerskabte videoer, der uploades til Vix eller YouTube, vederlagsfrit benytte musikcitater i henhold til ophavsretslovens § 22 og Section 107 i The American Copyright?

4) Hvordan bør det ifølge incitamentsteori afgøres, om brugerskabte videoer på Vix og YouTube, der indeholder musikcitater, er tilladte?

1.4 Synsvinkel

Problemformuleringen undersøges ud fra en samfundsmæssig synsvinkel. Dette er valgt af hensyn til det overordnede integrerede spørgsmål, som indeholder retspolitiske overvejelser, der er relevante i et samfundsmæssigt perspektiv.

1.5 Afgrænsning af emnet

Dette afsnit redegør kortfattet for afgrænsningerne i afhandlingen, idet der er områder og perspektiver, der er relaterede til den opstillede problemformuleringen, men som ikke ville blive behandlet i nærværende fremstilling.

Dansk og amerikansk ret analyseres med henblik på at analysere forskelle og ligheder, og for at diskutere, hvilke faktorer der bedst sikrer balancen mellem ophavsmænds økonomiske interesser og hensynet til offentlig udbredelse og brug af værket.

Det ligger udenfor afhandlingen at analysere videoklip, der har som det primære formål at sprede ophavsretligt beskyttet materiale såsom TV programmer, spillefilm, musikvideoer. Det interessante er derimod situationen, hvor det kendte stykke musik er subsidiært i forhold til det øvrige indhold. Dette kunne fx være, hvis videoen viser en danseoptræden med baggrundsmusik.

De gældende danske regler om international privat- og procesret bliver kun kort behandlet i den juridiske analyse. Amerikanske regler om international privat- og procesret ligger udenfor denne fremstillings kerneområde og vil således ikke blive behandlet.

Danske og amerikanske bestemmelser og retspraksis omhandlende kildeangivelse ved anvendelse af andre ophavsmænds værker vil ikke blive behandlet, da det vurderes, at der ikke indenfor dette område er specielle problemstillinger på Vix og YouTube, og at det ligeledes må vurderes som overkommeligt at akkreditere andre ophavsmænd i videoens sidste skærm billede eller en til videoen tilknyttet tekst. Brugerskabte videoer, hvor musik tilfældigt afspilles, behandles ikke særskilt i denne afhandling, ligesom parodier ikke behandles.

Afhandlingen behandler ikke Vix og YouTube's ansvar for ophavsretskrænkelser der foregår på de respektive hjemmesider. Fokus er således på forholdet mellem ophavsmanden til det oprindelige musikværk og ophavsmanden til den brugerskabte video.

1.6 Empiri

Analysen i denne fremstilling er baseret på teori i modsætning til indsamlet empiri. Jeg har dog fundet det relevant at kontakte KODA og IFPI med spørgsmål undervejs i processen. Den relevante korrespondance er vedhæftet som henholdsvis bilag 1 og bilag 2. De indhentede oplysninger er unøjagtige og ufuldstændige, og kan derfor ikke give et fuldt overblik over det stillede spørgsmål.

1.7 Struktur over fremstillingen

Denne afhandling er opdelt i 4 dele med i alt 9 kapitler.

Del I indeholder kapitel 1, der afsluttes med nærværende afsnit, og kapitel 2, der beskriver den anvendte metode og teori.

Del II består af kapitel 3 med en komparativ analyse af dansk og amerikansk ret på området for vederlagsfri benyttelse af uddrag af værker på internettet. Kapitel 3 besvarer således underspørgsmål 1. Desuden består denne del af kapitel 4, der besvarer underspørgsmål 2. Heri indgår en økonomisk analyse af, hvorfor Scotchmers teori om kumulativ forskning kan anvendes på ophavsrettens område, og hvilke begrundelser der herved opstår for, hvorfor vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i visse tilfælde kan begrundes i økonomisk teori.

Del III tager udgangspunkt i den specifikke situation, der opstår, når private uploader videoer med uddrag af musikværker på Vix og YouTube. Det er her interessant at undersøge, om privates brug af uddrag af musikværker kan betragtes som værende omfattet af henholdsvis citatretten i Danmark eller reglen om fair use i USA. Den juridiske analyse i kapitel 5 besvarer underspørgsmål 3 og undersøger, hvordan omstændighederne ved brugergenereret indhold påvirker de juridiske faktorer identificeret i kapitel 3. I kapitel 6 analyseres de faktorer, der i henhold til Scotchmers teori, er identificeret som afgørende for citatretten eller fair use bestemmelsens anvendelse. I dette kapitel besvares underspørgsmål 4 således.

I Del IV besvares den overordnede problemformulering ved anvendelse af den beskrevne integrerede metode. Kapitel 7 indeholder således en retspolitisk analyse af, hvordan det bør afgøres, om en brugergenereret video på Vix eller YouTube, der indeholder uddrag af musikværker, krænker ophavsmændenes rettigheder. Desuden indeholder denne del i kapitel 8 afhandlingens konklusion og i kapitel 9 perspektivering.

Kapitel 2: Metode og teorivalg

2.1 Juridisk metode

Ved besvarelsen af spørgsmål 1 foretages en komparativ analyse af henholdsvis dansk og amerikansk ret. Med dette ønskes at finde frem til forskelle i retstilstanden som følge af de to retssystemers tilgang til ophavsrettigheder og indskrænkninger af disse. Desuden vil besvarelsen af dette spørgsmål vise, hvilke faktorer domstolene almindeligvis lægger vægt på, når det skal afgøres, om citatretten eller fair use bestemmelsen kan benyttes. Som følge af den funktionelle metode, som beskrevet af Ole Lando,⁸ betragtes analysen ikke som en sammenligning af citatretten med den tilsvarende amerikanske regel, fair use, men derimod som en sammenligning af, hvordan to retssystemer løser det samme samfundsmæssige problem. Juridiske begreber er ofte ikke globale, og begreberne "citatret" og "musikcitat" genfindes ikke i amerikansk ret. Jeg har derfor valgt at benytte et neutralt begreb: "vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker".⁹

Først vil dansk ret blive analyseret ved anvendelse af den retsdogmatiske metode for således at finde frem til gældende ret. Gældende ret anses som det resultat, domstolene ville komme frem til i en eventuel tvist på det pågældende retsområde.¹⁰ Dette er et resultat af den realistiske retsteori, som blev fremført af Alf Ross.¹¹ I *Ret og Retfærdighed* konkluderer Alf Ross følgende om gældende dansk ret:

*"Det vil altså sige, at "gældende (dansk) ret" betyder det abstraherende sæt af normative ideer der tjener som tydningskema for dansk retslivs fænomener, hvilket igen vil sige, at disse normer følges effektivt (af dommeren og andre retsudøvende myndigheder) og følges, fordi de opleves som socialt forbindende."*¹²

Retskildelæren benyttes til at finde og benytte de relevante retskilder for at besvare problemformuleringen. Det er vigtigt at have sig for øje, at der ikke imellem retskilder eksisterer et hierarki. Således kan både regulering, retspraksis, sædvaner og forholdets natur danne selvstændig hjemmel.¹³ Ved benyttelse af den retsdogmatiske metode vil retskilderne dog blive behandlet i den nævnte rækkefølge, således at analysen kan anses som valid.¹⁴

⁸ Lando, 2004, s. 181

⁹ I problemformuleringer benyttes i stedet for "uddrag af musikværker" ordet "musikcitat" af sproglige hensyn.

¹⁰ Nielsen & Tvarnø, 2005, s. 24

¹¹ Ross, 1953

¹² Ross, 1973, s. 27

¹³ Nielsen & Tvarnø, 2005, s. 24

¹⁴ Nielsen & Tvarnø, 2005, s. 27

I denne fremstilling vil den relevante regulering være ophavsretsloven. Ved fortolkningen af reguleringen inddrages de dertilhørende forarbejder. Desuden vil Infosoc-direktivet,¹⁵ der er implementeret i ophavsretsloven, blive behandlet, hvor det er relevant.

For at fortolke den danske regulering benyttes objektiv ordlydsfortolkning samt subjektiv formålsfortolkning i det omfang, en ordlydsfortolkning ikke giver tilstrækkelig klarhed over retstillingen. Ved subjektiv formålsfortolkning inddrages forarbejderne til lovene for derigennem at opnå klarhed over lovgivers subjektive formål med bestemmelsen.

Ophavsretslovens § 22 er formuleret som en retlig standard, hvilket giver plads for udvikling af området men tilsvarende fremhæves der ikke klare retningslinjer for hvilken citatbrug, der er tilladt. Derfor vil der i analysen blive lagt betydelig vægt på forarbejderne til loven for at finde lovgivers mening og derved anvendes en subjektiv formålsfortolkning.

Ved fortolkning af EU-retskilder benyttes den objektive ordlydsfortolkning samt objektiv formålsfortolkning, også kaldet teleologisk fortolkning.¹⁶ Ved denne fortolkningsmetode lægges der kun sjældent vægt på forarbejderne men betydelig vægt på lovtekstens præambel, der indeholder de hensyn, lovgiver har lagt vægt på.

Den relevante retspraksis for besvarelse af problemformuleringen vil være dommene refereret i U 1998.525 Ø, U 1999.547 Ø samt U 2001.1572 V.

Det er yderst relevant for besvarelsen af problemformuleringen, at det undersøges, om der kan udledes en fast praksis af de afgørelser, der har været på området, eller om der eksisterer præjudikater. Dommene stammer fra de to landsretter. De ville dermed have større præjudikatværdi, såfremt de var blevet afgjort af Højesteret. Der inddrages ikke administrativ praksis, da ophavsretslicensnævnet ikke har truffet afgørelser, der er relevante på området for citatret. Der findes, så vidt vides, endnu ikke afgørelser fra EF-domstolen, der forholder sig til Infosoc-direktivets Art. 5 vedrørende citatret.

Retssædvaner er hjemmel, hvis parterne føler sig retligt forpligtet af sædvanens indhold. En retssædvane, der kan betragtes som hjemmel, er en handlemåde, der er fulgt almindeligt, stadigt og længe. Det vil her være relevant at undersøge KODA's praksis for at opkræve vederlag på vegne af deres medlemmer.

Forholdets natur vil blive benyttet, hvor det er nødvendigt at drage modsætningsslutninger ved

15 Europaparlamentets og rådets direktiv 2001/29/EF af 22. Maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

16 Nielsen & Tvarnø, 2005, s. 219

fortolkningen af ohl § 22. Desuden vil Bernerkonventionens Art. 10, stk. 1¹⁷ blive inddraget i juridiske analyse. Bernerkonventionen, der er en del af folkeretten, er ikke direkte hjemmel, da Danmark stadig i vidt omfang følger den dualistiske teori og dermed betragter national ret og folkeret som adskilte systemer.¹⁸

Kulturministeriet har udarbejdet en vejledning om god skik indenfor citater i tekster, der ligeledes kan give vejledning om retsstillingen om ohl § 22.¹⁹

Efter undersøgelse af alle de fire retskilder kan det med nogen sikkerhed, alt afhængigt af retskildernes klarhed, udledes, hvad en dansk domstol vil konkludere er afgørende for brug af musikcitater på internettet.

I analysen af section 107 i den amerikanske Copyright Act anvendes lovteksten og enkelte domme afsagt af Supreme Court. Desuden anvendes amerikansk litteratur vedrørende området.

I USA, ligesom i Danmark, er den realistiske retsteori dominerende, men USA tilhører Common Law-landene, hvilket medfører en væsentlig forskel i forhold til dansk ret. I USA lægges der således mere vægt på tidligere afgørelser i forhold til den skrevne lov. Dog føler amerikanske dommere sig, ifølge Ole Lando, ikke lige så forpligtet som de engelske til læren om præjudikaternes bindende kraft (*stare decisis*).²⁰ En amerikansk dommer vil ligeledes oftere end eksempelvis en dansk dommer inddrage retsøkonomiske aspekter og lægge mere vægt på den konkrete retfærdighed.²¹

For at analysere og sammenligne gældende ret i Danmark og USA har jeg valgt at benytte Länderberichtmetoden,²² således at gældende dansk ret analyseres først, derefter gældende amerikansk ret som efterfølges af en opsummerende gennemgang af ligheder og forskelle. Dette skyldes, at de to retssystemer stammer fra henholdsvis civil law og common law traditionen, hvilket betyder forskelle i, hvor hjemmel skal findes. Det ville således være uhensigtsmæssigt at dele analysen op efter hvert enkelt problem.

Den komparative analyse er en statisk analyse af gældende ret på nuværende tidspunkt, og retsstillingens udvikling i de to lande vil således ikke blive behandlet.

Ved besvarelse af underspørgsmål 3 benyttes resultaterne fra underspørgsmål 1 til at analysere,

17 Bernerkonventionen af 9. september 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker

18 Nielsen & Tvarnø, 2005, s. 43

19 Kulturministeriet, 2006

20 Lando, 2004, s. 117

21 Lando, 2004, s. 117 og 124

22 Lando, 2004, s. 188

hvorvidt brugerskabte videoer på Vix og Youtube med uddrag af musikværker, må betragtes som krænkelse af ophavsmandens rettigheder, såfremt der ikke er opnået accept eller betalt vederlag. Hvor underspørgsmål 1 undersøger, hvilke faktorer der vil blive vurderet i en tvist om musikciter på internettet, ønskes det med underspørgsmål 3 at analysere, hvordan disse vil blive anvendt ved tvister om brugerskabt indhold på Vix og YouTube.

Der er endnu ingen domme, der omhandler brugerskabt indhold, så det står klart, at der ikke er sager, der kan danne præcedens på dette område, og en endelig afklaring af problemstillingen vil derfor henhøre til domstolene.

2.2 Økonomisk metode

I fremstillingen benyttes teorier fra retsøkonomien, der som økonomisk disciplin har til formål at analysere de økonomiske rationaler og konsekvenser af regler, opstillet af samfundet. Den økonomiske analyse har, ligesom den juridiske, fokus på samfundet. Det ønskes dermed nærmere afklaret, hvilke samfundsøkonomiske hensyn, der ønskes fremmet, når det fra lovgivers side er valgt, at vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i nogle tilfælde vil være tilladt.

For at analysere den samfundsmæssige ressourceallokering og efficiensen heraf, analyseres reglerne ved hjælp af økonomisk teori, og dermed er retsøkonomiens analyseniveau reglerne.²³

Det, der ønskes forklaret, explanandum, indenfor retsøkonomien, er dermed retten, mens det, hvormed der ønskes forklaret, explanans, er de økonomiske teorier om efficient allokering af incitament og optimal ressourceallokering.

I den retsøkonomiske analyse anvendes den deduktive metode, således at de økonomiske teorier er udgangspunktet. Det analyseres herefter, om teorierne kan opstille begrundelser for, at der i nogle tilfælde er ret til vederlagsfri benyttelse af uddrag af ophavsretsligt beskyttede værker.

Flere retsøkonomer har indenfor ophavsretten udviklet teorier omhandlende den amerikanske fair use bestemmelse. Wendy Gordons teori fokuserer på markedssvigt og transaktionsomkostninger som grund til, at fair use bestemmelsen eksisterer.²⁴

Deporter og Parisi analyserer fair use bestemmelsen ved benyttelse af pristeori og argumenterer for, at fair use bestemmelsen har en berettigelse, selv hvor der ikke eksisterer transaktionsomkostninger som følge af rettighedshavernes strategiske adfærd.²⁵ Ifølge denne teori kan fair use bestemmelsen begrundes i et anti-commons problem.²⁶

²³ Nielsen & Tvarnø, 2005, s. 353

²⁴ Gordon, 1982

²⁵ Deporter & Parisi, 2001, s. 453

²⁶ Deporter & Parisi, 2001, s. 463

Landes og Posner identificerer fire økonomiske begrundelser for, at fair use bestemmelsen er en del af ophavsretsloven. Denne teori bliver nærmere behandlet i teoriafsnittet 2.4 nedenfor.

Disse teorier fokuserer imidlertid ikke på, hvordan fair use bestemmelsen påvirker fremtidige ophavsmænd og deres incitament til at skabe nye værker, selvom Landes og Posner kort berører dette emne, som en af de fire begrundelser for fair use bestemmelsen.²⁷

Ingen af de retsøkonomiske teorier om fair use bestemmelsen identificerer imidlertid det dobbeltmarginaliseringsproblem, som Scotchmer i sin teori om kumulativ forskning identificerer indenfor patentretten. Der er så vidt vides ingen retsøkonomisk teori om ophavsretten, der eksplicit begrundet fair use bestemmelsen helt eller delvist i et dobbeltmarginaliseringsproblem mellem den oprindelige ophavsmand og ophavsmænd, der benytter dele af værket i forbindelse med skabelse af et nyt værk.

Jeg har derfor valgt, at analysen tager udgangspunkt i Scotchmers teori om kumulativ forskning indenfor patentretten, nogle steder suppleret af Landes og Posners argumentation for produktiv brug af tidligere værker. Jeg har således vurderet, at Scotchmers teori, anvendt på et nyt område, kan give værdifuld ny viden om, hvordan incitament på ophavsretten bør balanceres mellem flere ophavsmænd. Det ønskes hermed, at analysen tager afsæt i de allerede anerkendte teorier og bygger videre på disse for at analysere den opstillede problemformulering.

Der skal til ovenstående behandling af metode indenfor retsøkonomien knyttes nogle få kommentarer til forholdet mellem retsøkonomi, retsdogmatik og retspolitik. Hensigten med den retsøkonomiske analyse er af normativ karakter, da det ønskes at finde frem til de økonomiske rationaler bag den pågældende regulering med henblik på at komme med anbefalinger til såvel lovgiver som domstol. Denne form for retsøkonomisk analyse vil derfor være yderst gavnlig og ikke mindst relevant i forhold til en retspolitisk analyse. Den retsøkonomiske analyse kan dog ligeledes inddrages i retsdogmatikken, da retskilden ”forholdets natur” tillader dommeren mere frie overvejelser om, hvad gældende ret er i den konkrete sag.²⁸

Dermed kan retsøkonomien blive inddraget som argument af dommeren i mangel af hjemmel andetsteds og således blive en del af retskilden forholdets natur.²⁹ Hovedsigten med inddragelse af retsøkonomi i denne fremstilling er dog de anbefalinger af retspolitisk karakter, som retsøkonomisk analyse af problemstillingerne giver anledning til.

27 Nærmere herom i afsnit 2.4

28 Nielsen & Tvarnø, 2005, s. 171

29 Riis, 1996, s. 25

2.3 Integreret metode

Den overordnede problemformulering, der er en konklusion på de foregående analyser, vil blive besvaret ved anvendelse af en kombineret retspolitisk og retsøkonomisk metode.

I analysen undersøges hvilke økonomiske faktorer der bør inddrages ved bedømmelsen af, om brugerskabte videoer med uddrag af musikværker er tilladt.

Desuden vurderes det ved besvarelsen af problemformuleringen, om dansk lovgivning på nuværende tidspunkt er egnet til at balancere de modsatrettede hensyn, som vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker indebærer. Ligeledes undersøges, om de danske lovgivere og domstole i højere grad bør lade sig inspirere af, hvordan samme ophavsretlige problemstillinger løses i USA. Den integrerede metode i denne afhandling består hermed i at sammenstille juridiske og retsøkonomiske konklusioner for at give anbefalinger om, hvordan gældende ret bør være. Dermed er hensigten med den retspolitiske analyse at give de danske lovgivere en anbefaling om, hvordan reglen bør være, de lege ferenda. I modsætning til den retsdogmatiske metode, der analyserer, hvad gældende ret er, og dermed er deskriptiv, har den retspolitiske analyse til hensigt at analysere, hvad gældende ret bør være. Retspolitik indebærer dermed en normativ analyse. Den retspolitiske analyse vil ligeledes indeholde anbefalinger til domstolene om, hvorledes retskilderne bør fortolkes for at afgøre gældende ret. Dette kaldes de sententia ferenda. Denne form for anbefaling vurderes særlig relevant i lyset af, at citatretten i Danmark reguleres ved hjælp af en retlig standard, der giver domstolene videre adgang til at fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med de konkrete omstændigheder i en aktuel sag.

2.4 Økonomisk teori

I den retsøkonomiske analyse benyttes som nævnt to teorier, der kort introduceres i nærværende afsnit for at klarlægge forfatterens synsvinkel, forudsætninger og konklusioner.

Scotchmers teori om kumulativ forskning indenfor patentretten³⁰ er valgt til at analysere problemformuleringen. Selvom teorien er udviklet med henblik på patentretten, vil denne fremstilling analysere artiklens rationaler og konklusioner i relation til ophavsretten. For at analysere teorien på ophavsrettens område er det vigtigt, at ophavsretten er sammenlignelig med patentretten og at teoriens forudsætninger også er gældende på det nye område. Om disse betingelser er opfyldt, analyseres i kapitel 3.

En vigtig forudsætning i Scotchmers teori er, at den person eller virksomhed, der frembringer den

30 Scotchmer, 1991

initiale patenterbare opfindelse, ikke altid vil være den bedste til at se potentialet for kumulativ forskning.³¹ Ligeledes, og relateret til dette, er det Scotchmers vurdering, at forskning ofte vil være kumulativ og dermed være afhængig af tidligere opfindelser. Scotchmers teori er som nævnt ikke udviklet til ophavsrettens område, og dermed vil teorien blive benyttet partielt i et forsøg på at udvikle de allerede kendte teorier til et nyt immaterialretligt område.

Landes og Posner behandler i artiklen *An Economic Analysis of Copyright Law*³² ophavsretten ud fra en retsøkonomisk synsvinkel for at analysere, i hvilket omfang ophavsretten kan forklares som et forsøg på at skabe efficient allokering af ressourcer.³³

Landes og Posner vurderer, at den amerikanske fair use doktrin kan begrundes i fire typer af situationer. For det første i situationer, hvor der eksisterer høje transaktionsomkostninger. Desuden ved boganmeldelser, hvor begge parter har interesse i at der citeres. For det tredje i forbindelse med parodier af det oprindelige værk og for det fjerde i situationer, hvor fair use betyder, at omkostningerne ved at kreere et nyt ophavsretsligt beskyttet værk reduceres. I denne afhandling vil alene den sidste situation have interesse.

Landes og Posners teori suppleres af argumenter fra Landes artikel *Copyright Protection of Letters, Diaries, and Other Unpublished Works: An Economic Approach*³⁴, der til dels er baseret på den førstnævnte teori, hvor Posner var medforfatter.³⁵ Derfor vil disse to artikler blive behandlet under et, som en samlet teori. Dog er der nogle få mindre forskelle i, hvordan begrundelserne for fair use bliver fremstillet. Landes opstiller tre begrundelser for fair use, som han direkte oversat kalder: Transaktionsomkostninger, forudsat enighed³⁶ og produktiv brug. Den første begrundelse svarer helt til Landes og Posners første begrundelse om høje transaktionsomkostninger. Forudsat enighed svarer ligeledes til Landes og Posners begrundelse vedrørende boganmeldelser. Parodien, som i Landes og Posner er en begrundelse for sig selv, hører hos Landes under begrundelsen produktiv brug. Den sidste begrundelse om produktiv brug er tilsvarende Landes og Posners, dog defineres produktiv brug mere generelt end hos Landes og Posner, således at flere slags brug må anses som værende omfattet.³⁷

31 Scotchmer, 1991, s. 29

32 Landes & Posner, 1989

33 Landes & Posner, 1989, s. 325

34 Landes, 1992

35 Landes, 1992, s. 81

36 Samme oversættelse af ”implied consent” som Riis, 1996, s. 99

37 Landes, 1992, s. 87

Del II

Musikciter på internettet

Kapitel 3: Juridisk analyse

3.1 Indledning

Internettet betyder, at lovgivere og domstole står overfor nye udfordringer i vurderingen af, hvornår hensynet til rettighedshavernes økonomiske interesser opvejer hensynet til fri udveksling af information. Brugerskabte videoer kan i nogle tilfælde indeholde uddrag af andre ophavsmænds musikværker med hjemmel den danske citatret. I denne kontekst er det yderst relevant at sammenligne de danske ophavsretlige regler med udenlandske. På denne måde kan det vurderes, om der er relevante erfaringer at hente i udenlandsk ret, som kan være en inspirationskilde for de danske domstole eller lovgivere.

Dette kapitel indeholder derfor en komparativ analyse hvilke faktorer der almindeligvis inddrages i dansk og amerikansk ret på området for vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker, men først indledes med nogle overvejelser om international privat- og procesret.

3.2 International privat- og procesret

Krænkelser af ophavsrettigheder vil som nævnt ofte være af international karakter som følge af de manglende nationale grænser på internettet. Et ulovligt eksemplar af en musikvideo liggende på en vilkårlig hjemmeside er som udgangspunkt tilgængelig for alle internetbrugere.³⁸ Dermed vil ophavskrænkelser ofte være globale, og spørgsmålet om værneting og lovvalg bliver særdeles aktuelt, ligesom det er aktuelt at fastslå, hvor ophavsretten kan gøres gældende.

Det internationale samarbejde på det ophavsretlige område har blandt andet ført Bernerkonventionen og TRIPS-aftalen³⁹ med sig. Bernerkonventionen sikrer, at værker fra andre lande, der har tiltrådt konventionen, beskyttes på lige fod med indenlandske værker. Dette har ført til en fælles udlandsordning, der tilsikrer, at de nationale ophavsretslove kan påberåbes af udenlandske ophavsmænd, såfremt det pågældende land, hvori der ønskes ophavsretlig beskyttelse, samt landet, hvor ophavsmanden oprindeligt frembragte værket, begge er lande, der har tiltrådt Bernerkonventionen, TRIPS-aftalen, Verdenskonventionen⁴⁰ eller Romkonventionen.⁴¹ Førend ophavsretsloven påberåbes, skal det imidlertid først være klart, hvilket lands domstole der er kompetent, samt hvilke lands lov, der skal anvendes.

38 Dog kan hjemmesider via tekniske funktioner begrænse adgangen geografisk.

39 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights administreret af WTO

40 Verdenskonventionen om Ophavsret eller på engelsk Universal Copyright Convention

41 Romkonventionen af 19. juni 1980. Udlandsordningen er reguleret af Anordning nr. 1213 af 17. december 2002

Territorialhøjhedens grundsætning og virkningsprincippet, de to vigtigste jurisdiktionsprincipper i denne sammenhæng, pålægger stater suverænitet over handlinger, der foregår på statens område eller har virkning på dette.⁴² Det skal således undersøges, om en hjemmeside enten stammer fra det pågældende land eller har virkning indenfor landets territorium. Hjemmesidens tilknytning til et givent land kan bero på en række forskellige tilknytningsfaktorer. Det vil være relevant at undersøge, hvilke lande der har adgang til hjemmesiden, hvilket eller hvilke sprog hjemmesiden er udformet på, hvilken valuta der betales med samt hvilke lande markedsføring og annoncer henvender sig til.

Både efter Domsforordningen⁴³ og Retsplejeloven⁴⁴ gælder deliktsværnetinget for sager om erstatning udenfor kontrakt, herunder krænkelse af ophavsrettigheder. Deliktsværnetinget medfører, at den påståede krænker, kan sagsøges på stedet for den skadegørende handling.⁴⁵ Som i de fleste andre lande gælder der i Danmark et *lex loci delicti*-princip, der medfører, at skadestedets lov anvendes ved sager om erstatning udenfor kontrakt.⁴⁶

Dermed kan sager om ophavsretskrænkelser på internettet, såfremt den pågældende hjemmeside henvender sig til det danske marked, afgøres af danske domstole, under anvendelse af den danske ophavsretslov. Sammenfattende vil dansk lovgivning således være relevant for hjemmesider med immaterialretlige krænkelse i de tilfælde, hvor hjemmesiden henvender sig til det danske marked.

3.3 Analyse af dansk ret

3.3.1 Regulering

3.3.1.1 Citatrettens baggrund og kontekst

Ophavsretslovens kapitel 2 indeholder de indskrænkninger eller undtagelser, der gælder fra ophavsmændenes enerettigheder. Iblandt disse den såkaldte ”citatret” jf. ohl § 22. Indskrænkninger til ophavsmændenes rettigheder bygger på bagvedliggende hensyn til kulturelle, sociale eller andre samfundsmæssige interesser, således at der skabes en balance mellem ophavsmændenes legitime interesser på den ene side og hensynet til samfundet og den fri adgang til brug af offentliggjorte

⁴² Trzaskowski m.fl., 2008, s. 540

⁴³ Rådsforordningen af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (44/2001), som ændret ved forordningen 1496/2002.

⁴⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1069 af 06/11/2008 om rettens pleje med senere ændringer

⁴⁵ Domsforordningens Art. 5, stk. 3 og Rpl § 243

⁴⁶ Trzaskowski m.fl., 2008, s. 559

værker på den anden.⁴⁷

Alle indskrænkninger skal være lovhjemlede for at blive gjort gældende.⁴⁸ Desuden skal indskrænkninger fortolkes restriktivt, hvilket blandt andet fremgår af 1951-udkastet:

*”(Undtagelsesbestemmelserne) må derfor i tvivlstilfælde fortolkes på en sådan måde, at de formål de giver udtryk for, virkelig kan ske fyldest, men på den anden side heller ikke videre.”*⁴⁹

En meget lignende formulering blev ligeledes fremhævet i 1961-lovmotiverne.⁵⁰ I 1990-betænkningen bliver argumenterne fra 1961-lovmotiverne gentaget med hensyn til fortolkningen af blandt andet citatretten.⁵¹ Det hedder her blandt andet:

*”En korrekt fortolkning af sådanne regler (privatbrugsreglen og citatretten) bør navnlig indebære en betydelig tilbageholdenhed med hensyn til at anvende dem på nye udnyttelsesformer, hvis der herigennem opstår en fare for en utilsigtet udhuling af eneretsbeskyttelsen.”*⁵²

Citatretten er ligeledes hjemlet i Infosoc-direktivets⁵³ Art. 5, stk. 3 litra D og i Bernerkonventionens Art. 10, stk. 1 og er således en del af både det EU-retlige og internationale samarbejde, som Danmark er en del af. Da Danmark er en del af dette samarbejde, skal indskrænkningerne i ophavsretsloven fortolkes i overensstemmelse med bestemmelserne i Infosoc-direktivet og Bernerkonventionen.

Ophavsretsloven er teknologineutral og gælder derfor, uanset på hvilket medie det ophavsretlige værk udnyttes. Citatretten vil derfor også være gældende for forhold på internettet, og de samme betingelser for anvendelse af citater bør benyttes.⁵⁴ I nogle tilfælde vil forholdene på internettet dog være så specielle, at man kan argumentere for, at der skal være forskelle i udstrækningen af citatretten. Blandt andet nævner Schønning:

”Citadgangen må i det hele taget antages at være begrænset i multimediasystemer med tekst, lyd, fotografier, film osv. samt digitale net på grund af den intensive

47 Schønning, 2008, s. 225

48 Schønning, 2008, s. 230

49 Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker: med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948: udarbejdet af den af undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner. Udgivet i 1951. Herefter ”1951-udkastet” s. 116.

50 1961-lovmotiverne offentliggjort i FT 1959/60, Tillæg A, herefter ”1961-lovmotiverne”, spalte 2703. Desuden gengivet i 1990-betænkningen, s. 122.

51 Udvalget ønsker dog ikke at fastholde en generel regel om restriktiv fortolkning, jf. 1990-betænkningen, s. 123.

52 Slutbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen. Betænkning nr. 1197/1990. Herefter ”1990-betænkningen”, s. 123.

53 Direktivet om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, EF-Tidende nr. L 167 af 22. maj 2001

54 Se for samme synspunkt Trzaskowski m.fl., 2008, s. 339

udnyttelse, der herved finder sted, herunder i kraft af de effektive søgemuligheder.”⁵⁵

Desuden anfører Hanne Deichmann følgende:

”Eksposeringen af et givent citat har imidlertid en væsentlig mere intensiv karakter på internettet, hvilket kan anføres til støtte for en vis tilbageholdenhed, når der konkret skal tages stilling til, om et citat er loyalt i ophavsretslovens forstand.”⁵⁶

3.3.1.2 Citatrettens indhold

Ophavsretslovens § 22 har følgende ordlyd:

”Af et offentliggjort værk er det tilladt at citere i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet.”

To ting kan umiddelbart læses af bestemmelsens ordlyd. For det første at citatretten er formuleret som en retlig standard, som indeholder en henvisning til ”god skik”. Om der er tale om god skik afhænger af en helhedsvurdering.⁵⁷ For det andet at bestemmelsen forskriver tre kumulative krav, der skal være opfyldt, førend brug af citat er lovlig; (1) at det oprindelige værk er offentliggjort, (2) at god skik overholdes, samt (3) at omfanget er betinget af formålet.

For det første findes kravet om, at det kun er tilladt at citere fra et offentliggjort værk. Værket kan høre til alle de forskellige værkstyper,⁵⁸ og der er dermed også hjemlet adgang til musikciter i bestemmelsen.⁵⁹ For det andet findes kravet om god skik, der blandt andet betyder, at brug af citater skal være tilknyttet et beskyttelsesværdigt formål. Samt for det tredje kravet om at omfang betinges af formålet. De to sidste krav bliver ofte sammenfattende beskrevet som et loyalitetskrav.⁶⁰

Da § 22 er formuleret som en retlig standard, giver en objektiv ordlydsfortolkning ikke et fyldestgørende indblik i, hvornår citater følger et beskyttelsesværdigt formål, eller hvornår de må betragtes som værende illoyale overfor ophavsmændenes berettigede interesser. Derfor må lovens forarbejder inddrages for at få et indblik i lovgivers formål med bestemmelsen og dermed hvilken brug, der er i overensstemmelse med ohl § 22.

3.3.1.3 Forarbejderne

Der har i forbindelse med revision af ophavsretsloven i flere omgange været mulighed for, at

⁵⁵ Schönning, 2008, s. 334

⁵⁶ Trzaskowski, 2008, 339

⁵⁷ Kulturministeriet, 2006, s. 8

⁵⁸ Dog ikke kunstværker og stillbilleder fra film, jf. Ohl § 23 og 1990-betænkningen, s. 168-169

⁵⁹ Dette bekræftes desuden af 1990-betænkningen, s. 168.

⁶⁰ Schönning, 2008, s. 332

lovgivers formål med citatretten har kunnet komme til udtryk i lovforslag og betænkninger.

Nedenfor vurderes fire områder i lyset af forarbejderne. Disse er formål med citat, kommerciel brug, nyt selvstændigt værk samt citatets omfang. De tre første relaterer sig til kravet om god skik, og det sidstnævnte til kravet om, at citatets er betinget af formålet.

Formål

I forarbejderne nævnes nogle af de beskyttelsesværdige **formål**, der ifølge § 22 kan legitimere citatbrug. I 1990 betænkningen hedder det blandt andet, at citatretten:

*"først og fremmest tilsigter at være en hjælp for ophavsmændene, idet de i et rimeligt omfang bør kunne benytte kortere uddrag mv. af hverandres værker i forbindelse med skabelsen af nye værker."*⁶¹

Herefter nævnes eksempler, hvor sådan citatbrug kan være nødvendig. Disse eksempler er politisk, kulturel og samfundsmæssig debat, citater i kunstnerisk sammenhæng, og nyhedsformidling.⁶²

Denne liste af beskyttelsesværdige formål er dog langt fra udtømmende. I litteraturen identificeres adskillige øvrige formål, eksempelvis hensynet til ytringsfriheden og den fri adgang til information,⁶³ anmeldelser og kritisk videnskabelig analyse.⁶⁴

Kommerciel brug

Brug af citater i reklamesammenhæng bliver adresseret i 1990-betænkningen. På trods af at der tidligere i retspraksis er blevet givet tilladelse til at benytte citater i denne sammenhæng,⁶⁵ mener udvalget, at citater med dette formål som oftest vil være i strid med loyalitetskravet og respektretten jf. ohl § 3, stk. 2.

Loyalitetskravet indeholder således betingelser om, i hvilken **sammenhæng** citat kan foregå. Dette skyldes for det første, at ophavsmændene vil blive associeret med et budskab, de ikke nødvendigvis sympatiserer med, og dermed krænkes deres droit moral.

Desuden vil ophavsmændene ofte gå glip af en økonomisk gevinst, da de ville have haft mulighed for at kræve vederlag for brug i reklamesammenhæng.⁶⁶ Der tænkes vel i disse bemærkninger først og fremmest på situationen, hvor citatet bruges til at reklamere for et andet produkt end det værk, der citeres fra, men en egentlig sontring foretages ikke.⁶⁷

Nyt selvstændigt værk

⁶¹ 1990 betænkningen s. 165

⁶² 1990 betænkningen s. 165-167

⁶³ Trzaskowski m.fl., 2008, s. 338-339

⁶⁴ Ryberg m.fl., 2003, s. 83

⁶⁵ I U1936.707 Hans Hartvig Seedorffs akvavitdigt blev brugt i reklame for alkohol.

⁶⁶ 1990-betænkningen, s. 167.

⁶⁷ I afsnit 3.3.2.1 omtales en dom herom

Lovudkastet fra 1951 foreskriver, at citater kun er tilladt i det omfang, de bliver en del af et nyt og selvstændigt værk. Det hedder således, at citater kan benyttes: *"i et større hele, som efter sit hovedindhold er et selvstændigt værk."*⁶⁸ Heri ligger, at et citat ikke kan benyttes, uden at det indgår i et andet værk. I 1961 lovmotiverne fremgår dog at:

*"Et citat vil som regel indgå i et andet værk, der frembringes af den citerende, men dette vil dog ikke altid være tilfældet."*⁶⁹

Et lovligt citat kan efter disse lovforarbejder også fremstå som et motto eller en avisrubrik. At et citat ikke altid skal være en del af et selvstændigt værk bliver gentaget i 1990-betænkningen, der understreger hensynet til blandt andet den sproglige udvikling.⁷⁰

I sammenhæng med ovenstående fastslås det i 1961 lovmotiverne og i 1990-betænkningen, at hensigten bag citatretten "hovedsageligt" og "først og fremmest" er baseret på hensynet til at ophavsmænd i rimeligt omfang kan gengive og benytte tidligere offentliggjorte værker.⁷¹ Dette synspunkt gælder ifølge 1990-betænkningen også for musikcitater, idet det:

*"er velkendt, at der f.eks. inden for musikken eller filmen undertiden "spilles på" genkendelsen af andre værker. Dette kan være et helt legitimt kunstnerisk virkemiddel, men den ophavsretlige beskyttelse bør også her kun påberåbes, hvis benyttelsen får karakter af en egentlig udnyttelse af værket eller dele heraf."*⁷²

Omfang

Der blev desuden i udvalgsarbejdet, der resulterede i 1951-udkastet, taget stilling til, hvilket **omfang** et lovligt musikcitater kunne antage. Udvalget ville dog ikke fastsætte en fast grænse på et antal takster, da de ikke mente, at citatretten kunne formuleres i så "mekaniske regler". I stedet blev det anført at:

*"Alt må her afhænge dels af formålet med citatet, dels af forholdet mellem det citerede stykke og hele det citeredes værks størrelse".*⁷³

En fast grænse for omfanget af musikcitater blev derfor afvist, og dette må stadig betragtes som værende retsstillingen.⁷⁴ I litteraturen er det anført, at citaters omfang både skal sættes i forhold til det værk, der citeres fra, samt det værk, der citeres til.⁷⁵

For litterære værker, der citeres som led i en politisk eller kulturel debat, vil citatretten ofte tillade længere citater, da det er vigtigt, at den citeredes synspunkter ikke misforstås. Selvom dette argument ikke vil gælde med samme styrke for musikcitater, er det dog gældende for alle

68 1951-udkastet, s. 121.

69 1961-lovmotiverne spalte 2711

70 1990-betænkningen, s. 165

71 1961-lovmotiverne spalte 2710 og 1990-betænkningen, s. 165.

72 1990-betænkningen, s. 165

73 1951-udkastet, s. 121.

74 Samme hensyn blev gentaget i 1961-lovmotiverne, spalte 2711

75 Se blandt andet Schovsbo & Rosenmeier, 2008, s. 188

værkstyper, at brugen skal have et omfang, der stemmer overens med formålet med citatet.

Efter en objektiv formålsfortolkning af ohl § 22 står det således klart, at der i bestemmelsen er indeholdt en generel loyalitetspligt. Dette betyder, at der skal lægges vægt på citatets formål, omfang og sammenhæng, når det skal vurderes, om det pågældende citat er i overensstemmelse med ophavsretslovens § 22.

3.3.1.4 Infosoc direktivet

Ophavsretsloven implementerer Infosoc-direktivet, der i et omfang harmoniserer EU-medlemsstaternes ophavsretslige lovgivning. Ophavsretsloven skal derfor fortolkes i lyset af direktivets formål og bestemmelser. Direktivet indeholder i Art. 5 indskrænkninger til ophavsmændenes enerettigheder. På grund af uenigheder medlemsstaterne imellem blev langt størstedelen af disse indskrænkninger dog valgfrie for medlemsstaterne.

Muligheden for at tillade citater af offentliggjorte værker fremgår af Art. 5, stk. 3 litra d. Citat er ifølge denne bestemmelse tilladt, hvis de nærmere betingelser er opfyldt: *”..med henblik på formål som kritik eller anmeldelser”*. Dette kunne tyde på en mere snæver citatadgang end efter ohl § 22, men det må holdes for øje, at ordet ”som” viser, at listen over formål ikke er udtømmende.⁷⁶ De øvrige betingelser omhandlende omfang og formål svarer til ohl § 22.

Infosoc-direktivet indeholder desuden en 3-trins-test, som indskrænkninger til enerettighederne skal overholde for at være i overensstemmelse med direktivet. Testen lyder, jf. Art. 5, stk. 5:

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

De tre betingelser er et yderligere krav til indskrænkningernes anvendelse, der må indfortolkes og respekteres i dansk ret.

3.3.1.5 Bernerkonventionen

Som følge af det folkeretlige samarbejde kan Bernerkonventionens bestemmelser inddrages ved fortolkning af ohl § 22.⁷⁷ Bernerkonventionens Art. 10, der indeholder adgangen til citat, er næsten enslydende med ohl § 22:

”det er tilladt at citere fra værker, som lovligt er gjort tilgængelige for almenheden,

⁷⁶ Se for samme udlægning Martin Kyst i U2001B.305 pkt. 3.6 note 27.

⁷⁷ Dette fremgår desuden i 1990-betænkningen s. 123.

under forudsætning af, at citaterne er i overensstemmelse med god skik, og at de med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad der berettiges af formålet.”

Den danske bestemmelse er tydeligt inspireret af det internationale samarbejde, og det vurderes derfor at der er overensstemmelse med Bernerkonventionen.

3.3.2 Praksis

Den retlige standard i ohl § 22 fortolkes og udfyldes af domstolene, når der fra sag til sag tages stilling til rækkevidden af citatretten, og hvad der må betragtes som værende god skik.

Domstolenes fortolkning af bestemmelsen kan sikre en dynamisk og fleksibel udvikling af citatretten, hvilket blandt andet betyder, at bestemmelsen i uændret form også gælder på nye teknologiske platforme.

På trods af den store betydning retspraksis har for fastlæggelsen af den retlige standard i ohl § 22, er der kun et begrænset antal domme, der behandler musikcitater og citatretten på internettet.

Retspraksis omhandlende citater fra litterære værker, kan dog også være relevant for at fastslå, hvilke betingelser der i almindelighed gælder ved brug af citater.

Fra retspraksis kan udledes flere faktorer, der viser sig afgørende for, om brug af uddrag af værker er i overensstemmelse med citatretten i ohl § 22.

3.3.2.1 Kommercielt formål

I mange afgørelser er det vægtigste argument, om brugen af citater alene har et kommercielt formål, værende reklame eller mersalg, eller om der er andre formål knyttet til brugen. Denne argumentation harmonerer med ohl § 22's krav om god skik og beskyttelsesværdigt formål.

U1999.547Ø omhandler en indehaver af en videobutik, der i sin butik afspillede videotrailere med dertilhørende lydspor uden at betale afgift til KODA. Østre landsret fandt, at denne brug ikke var omfattet af citatretten og lagde i denne afgørelse vægt på, at brugen alene havde et forretningsmæssigt sigte, nemlig øget salg i butikken.

I en fagedforbudssag, der blev stadfæstet af Østre Landsret og er optrykt i U 1998.525 Ø, omhandles musikcitater på internettet. En virksomhed solgte via internettet musik-CD'er og uploadede i den forbindelse op mod 1500 lydprøver af 30-40 sekunders varighed på virksomhedens hjemmeside. I kendelsen blev der, som ovenfor, lagt vægt på, at brugen alene skete med salg for øje, og citatretten ansås for overskredet.

3.3.2.2 Nyt selvstændigt værk

Ligesom forarbejderne analyseret i afsnit 3.3.1.3 lægger domstolene vægt på om der skabes et nyt og selvstændigt værk. Hvis brugen alene har et kommercielt sigte, som eksempelvis reklamering, vil der af samme grund ikke skabes et nyt værk.

I dommen, optrykt i U1999.547Ø, blev det udtrykkeligt nævnt som begrundelse for afgørelsen, at: *”Trailerne ikke indgår i noget nyt, selvstændigt værk.”*⁷⁸

Da retspraksis hovedsageligt har behandlet sager, hvor brugen af citater havde et kommercielt sigte uden at brugen skulle anvendes i forbindelse med et nyt værk, vil retspraksis kun i begrænset omfang være retningsgivende for, hvordan sager omhandlende skabelse af nye selvstændige værker behandles i fremtiden. Det må derfor konkluderes, at retspraksis på nuværende tidspunkt tydeligt viser, at citater som udgangspunkt ikke kan benyttes i reklamesammenhæng, men at den samtidig kun giver lidet vejledning om, hvornår og i hvilket omfang citater kan bruges i sammenhænge, hvor formålet er af mere beskyttelsesværdig karakter.

3.3.2.3 Omfang af citater

Domstolene har ved flere sager konkret taget stilling til, hvilket omfang et lovligt citat kan antage. Et eksempel, hvor citatretten blev anset som overskredet på grund af for omfattende citater er U1999.1462Ø, idet den pågældende artikel i Billed Bladet hovedsageligt bestod af uddrag fra en bog om Kronprins Frederik.

Der kan imidlertid ikke fra retspraksis udledes en generel regel om det tilladte omfang af citater og musikcitater, men spørgsmålet må afgøres fra sag til sag afhængigt af de konkrete omstændigheder.

3.3.3 Retssædvaner

Idet § 22 er en retlig standard, fortolkes reglen som nævnt af domstolene, men også sædvaner vil være vigtige for fortolkning af retlige standarder. Som et eksempel på en sædvane fra området for citatret er adgangen til i vidt omfang at citere anmeldelser af eksempelvis film i forbindelse med reklamer for produktet uden at betale herfor.⁷⁹

På området for ophavsret eksisterer rettighedsorganisationer, der kollektivt forvalter

⁷⁸ U 1999.547Ø under afsnittet ”Landretten udtaler”.

⁷⁹ Ryberg m.fl., 2003, s. 82 og 1990 betænkningen s. 167

ophavsmændenes økonomiske og mekaniske rettigheder. Disse organisationers praksis for at opkræve vederlag kan danne basis for en sædvane, der i branchen betragtes som værende forpligtende for alle parter. Sådanne branchesædvaner vil få betydning som retssædvaner, hvis de er fulgt almindeligt, stadigt og længe.

Schønning nævner, at hvis der eksisterer en sædvane for, at der skal betales afgift selv for meget korte sekvenser af musik, kan ohl § 22 ikke hjemle adgang til vederlagsfrie citater af samme karakter.⁸⁰ Om der eksisterer en retssædvane, kan dog være svært at fastslå med sikkerhed.

KODA oplyser på deres hjemmeside brugere af musik om, hvornår der skal betales vederlag for at anvende musik på internettet. Det er nemt og ligetil at få adgang til disse oplysninger, og der eksisterer anmeldelsesblanketter for enhver brug, eksempelvis ”lydprøver op til 45 sek.” og ”baggrundsmusik på nettet”.⁸¹ En person, der vælger at benytte et stykke musik på internettet, vil dermed få svært ved at påberåbe sig, at vedkommende ikke kendte til KODA's praksis. Desuden opstilles der i U1982.511Ø en formodning om, at alle offentligt fremførte musikværker er beskyttede og dermed kræver al brug som udgangspunkt tilladelse samt vederlag.

På trods af at KODA har gjort det nemt at betale for musikbrug på nettet, oplyses det imidlertid, at alene 350-400 aftaler angående baggrundsmusik er underskrevet på nuværende tidspunkt.⁸² I denne kategori sondres ikke imellem erhvervsdrivende og private brugere af musik. Det reelle omfang af musik benyttet på internettet som baggrundsmusik må imidlertid antages at være meget mere omfattende. Det må derfor betragtes som usikkert, at brugere af musik føler sig forpligtet af KODA's vejledninger, og dermed eksisterer der også usikkerhed om hvorvidt en retssædvane eksisterer.

3.3.4 Forholdets natur

Med hjemmel i forholdets natur kan domstolene lade sig inspirere af mere frie overvejelser for at komme frem til det resultat, der betragtes som værende det korrekte. Denne mulighed kan eksempelvis benyttes, hvis en dommer finder det hensigtsmæssigt at inddrage retsøkonomiske analyser af effekten på markedet for det oprindelige værk. Ligeledes vil der kunne tages hensyn til, hvorvidt den påståede krænker nemt har haft mulighed for at betale et vederlag gennem KODA. I de afgørelser, der er refereret ovenfor, er der ingen indikation af, at domstolene har benyttet sig af

⁸⁰ Schønning, 2008, s. 334

⁸¹ Standardaftalen vedrørende baggrundsmusik, vil eksempelvis omfatte brug i brugerskabte videoer og lignende. Se bilag 1 for korrespondance med KODA.

⁸² Se bilag 1

denne retskilde, men det kan ikke udelukkes, at det vil ske i fremtiden.

3.3.5 Sammenfatning

Ovenstående analyse af, hvilke betingelser der i almindelighed er afgørende for benyttelse af citater i dansk ret, kan sammenfattes i fem krav. For det første skal værket, der citeres fra, være offentliggjort. Desuden eksisterer en loyalitetspligt, der indeholder to krav; dels kravet om god skik, der betyder, at citatet skal være begrundet i et beskyttelsesværdigt formål, der ikke er kommercielt, dels kravet om at omfanget betinges af dette formål.

For det fjerde er der som hovedregel et krav om, at citatet skal være en del af et nyt og selvstændigt værk. For det femte skal 3-trins testen i Infosoc-direktivet respekteres.⁸³

3.4 Analyse af Amerikansk ret

3.4.1 Section 107 i den amerikanske Copyright Act

Ophavsret bliver i USA reguleret på føderalt niveau i modsætningen til i de respektive stater. Med hjemmel i Article 1 Section 8 i The US Constitution, den såkaldte "Copyright Clause", lovgiver Kongressen om forhold vedrørende ophavsrettigheder.⁸⁴ Dette arbejde har blandt andet resulteret i The Copyright Act fra 1976.

3.4.1.1 Baggrund

Inden Kongressen i 1976 kodificerede den ophavsretlige regulering, var området reguleret af common law. Med kodificeringen af fair use bestemmelsen i section 107 tilsigtede Kongressen ikke at ændre hidtidig praksis på området, men i stedet at skabe en ramme, indenfor hvilken fremtidige tvister om fair use kunne blive løst.⁸⁵ Ønsket var at skabe klarere retningslinier for de dømmende myndigheder, således at fair use bestemmelsen så vidt muligt efterfølgende anvendes ens på tværs af stater og instanser.

Indskrænkninger til ophavsmandens enerettigheder er i den amerikanske Copyright Act reguleret i seks bestemmelser, §§107-112. Heraf har § 107, Fair use-bestemmelsen, langt størst betydning. I modsætning til de øvrige indskrænkninger, der alle regulerer specifik brug af ophavsretligt beskyttede værker, er § 107 en generel standard og en residual bestemmelse i forhold til de øvrige indskrænkninger, der regulerer, under hvilke betingelser ophavsmændene må tåle brug af deres

⁸³ Desuden skal ophavsretslovens krav om angivelse af ophavsmændenes navn samt droit moral overholdes. Disse krav er udeladt i denne afhandling

⁸⁴ Morrison et.al, 1996, s. 525

⁸⁵ Dratler Jr, 1988, s. 235, FN 9.

værk på trods af, at der ikke i forvejen er indhentet godkendelse og betalt vederlag herfor. § 107 hjemler blandt andet adgangen til at benytte citater fra andre ophavsmænds værker.

3.4.1.2 Formål bag fair use bestemmelsen

Jay Dratler Jr. beskriver fair use bestemmelsen som en ”catch-all” klausul, der har til formål at balancere ophavsrettens modsatrettede hensyn:

*”It is designed to absolve unauthorized users of copyrighted works from liability for copyright infringement when all the technical prerequisites for an infringement action are met, but legal liability would be unfair or inappropriate to the goals of copyright protection.”*⁸⁶

Ophavsmændenes rettigheder ønskes således i USA, som også i Danmark, indskrænket, således at der opretholdes en balance mellem ophavsmændenes økonomiske interesser på den ene side og offentlighedens frie adgang til information på den anden. Nogle af de konkrete hensyn, der ligger bag indskrænkningerne i den amerikanske Copyright Act, er ytringsfriheden, hensynet til at reducere omkostninger forbundet med at udarbejde licensaftaler samt modarbejdelse af øvrige markedsfejl.⁸⁷

Bestemmelsen opstiller fire faktorer, der alle skal inddrages i en analyse af om en given brug er lovlig, dog kan de fire kriterier ikke betragtes som en udtømmende liste jf. formuleringen:

”In determining whether the use of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include.” (min understregning).⁸⁸

De fire kriterier er ikke kumulative, og en afgørelse omhandlende fair use vil dermed skulle vægte kriterierne overfor hinanden, såfremt de indikerer modsatrettede resultater.

3.4.1.3 Formål og karakter af brug

Som det første kriterium skal det vurderes, hvilket formål og hvilken karakter den pågældende brug har. Section 107 indeholder en ikke-udtømmende liste af formål, der som udgangspunkt betragtes som beskyttelsesværdige. Disse er kritik, kommentar eller debat, nyhedsformidling, undervisning, scholarship og forskning.⁸⁹

Der tages desuden ved vurderingen hensyn til, om brugen er kommerciel eller ej. Det antages således almindeligvis, at der i større udstrækning indrømmes fair use i tilfælde, hvor brugen ikke er kommerciel.⁹⁰ Således vil en ophavsmand i flere tilfælde være nødsaget til at acceptere citatbrug,

⁸⁶ Dratler Jr., 1988, s. 235

⁸⁷ Morrison et.al, 1996, s. 525

⁸⁸ Fair use bestemmelsen i Section 107 fremgår af bilag 3

⁸⁹ Dratler Jr., 1998, FN 312

⁹⁰ Morrison, 1996, s. 525

der ikke kan karakteriseres som kommerciel, eksempelvis brug i privatsfæren som i Betamaxsagen, der handlede om optagelse af TV-programmer på video.⁹¹ Denne brug blev dømt som lovlig, da seerne havde betalt for adgang til at se værket, men alene udøvede deres ret på et andet tidspunkt, såkaldt "time-shifting".

Et andet relateret element, der ofte bliver inddraget under dette punkt, er, hvorvidt brugen af værket er produktiv eller alene reproduktiv. Således vil brug, der resulterer i et nyt værk, tendere mod fair use, mens et værk, der bruges reproduktivt, vil have denne faktor imod sig.⁹² Der kan dog ikke opstilles en formodning for, at fair use bedømmelsen afhænger alene af dette punkt. Til eksempel afgøres "time-shifting" som fair use i Betamaxsagen på trods af, at der her alene var tale om reproduktion.

I tilfælde, hvor den produktive brug ikke vil kunne ske uden brug af fair use bestemmelsen som følge af markedsfejl, vægtes dette til fordel for at tillade brugen efter Section 107, i modsætning til de tilfælde, hvor den produktive brug alene behæftes med rimelige omkostninger, men under alle omstændigheder vil blive gennemført på trods af disse omkostninger.⁹³

3.4.1.4 Værkets art

Den anden faktor, der har indflydelse på om en given brug bedømmes som fair use, er "*The nature of the copyrighted work*". Det har her betydning, om værker nyder en stærk eller svag beskyttelse i øvrigt. Musikkværker vil sædvanligvis have en stærk beskyttelse, da originalitetsniveauet ofte vil være højt, og værket dermed er udtryk for en kunstnerisk indsats.

Derimod har faktuelle værker en svagere beskyttelse end fiktive i USA. Dette skyldes, at faktuelle værker, der eksempelvis redegør for historiske begivenheder, betragtes som værende en del af samfundets fælles viden, og at det derfor vil være uhensigtsmæssigt at give en ophavsmand eneret til viden om herom. Andre faktuelle værker, der opnår mindre beskyttelse, er samlinger af informationer, som for eksempel dagbøger, kort, databaser og telefonbøger.⁹⁴

Grunden til, at faktuelle værker ikke opnår samme beskyttelsesniveau på trods af, at beskyttelse er hjemlet i den amerikanske Copyright Act, er relateret til sondringen mellem beskyttelse af idé og beskyttelse af udtrykket for ophavsmandens idé: værket.

91 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417(1984)

92 Dratler Jr., 1988, s. 291

93 Dratler Jr., 1988, s. 297.

94 Dratler Jr., 1988, s. 242

3.4.1.5 Omfang

Størrelsen og væsentligheden af det brugte citat, set i forhold til hele det oprindelige værks størrelse, vil som den tredje faktor have betydning for, om fair use bestemmelsen kan gøres gældende. Ligesom i den danske ohl § 22 tages der hensyn til, om alene en lille del af eksempelvis en sangtekst benyttes.

Ved bedømmelsen af omfanget af det citerede lægges der vægt både på kvantitative og kvalitative aspekter.⁹⁵ Af kvantitative elementer vil det således være af betydning, hvor stor en del af det oprindelige værk, der benyttes. Dog vil det, i modsætning til dansk ret, ikke blive vurderet, hvor meget af det efterfølgende værk, der stammer fra det oprindelige værk. Dette begrundes med, at det ikke skal være undskyldeligt at kopiere en stor andel af en anden ophavsmands værk, alene fordi man har tilføjet mere.⁹⁶ På denne måde vil en krænker kunne undgå ansvar ved at skjule det kopierede i en anden kontekst. I de tilfælde, hvor det nye, der bliver skabt, er produktivt, vil dette dog kunne inddrages i faktoren vedrørende formål og karakter af brug.

Som nævnt inddrages kvalitative aspekter ligeledes ved bedømmelsen. Her bedømmer domstolen værdien af den kopierede del i forhold til hele det oprindelige værk. Hvis det kopierede er ”hjertet” af det oprindelige værk eller det, der skaber værkets værdi, taler dette imod fair use.⁹⁷

3.4.1.6 Påvirkning af markedet

Som den sidste faktor, der som minimum skal inddrages ved vurderingen, er hensynet til den påvirkning, som brugen skaber på markedet eller værdien for det oprindelige værk. Denne faktor tager klart hensyn til ophavsmandens økonomiske interesser og giver anledning til, at det i den enkelte situation skal analyseres, om den pågældende citatbrug og de beskyttelsesværdige formål hermed mere end opvejes af den skade, der forvoldes på værdien af eller markedet for det oprindelige værk og dermed på ophavsmandens økonomiske interesser.

Faktoren stemmer desuden overens med den betydelig vægt, der i amerikansk ophavsret tillægges profit/incitaments-begrundelserne for ophavsretten. Hvis brugen ikke har en negativ indvirkning på markedet eller værdien for det oprindelige værk, påvirkes incitamenterne for at skabe dette værk ikke og dermed påvirkes et af hovedhensynene bag ophavsrettigheder heller ikke.

Derimod har en sådan brug en gavnlig effekt på spredning af information og skabelse af nye værker. Jay Dratler Jr. udtrykker det således:

”At the same time, that use (brug der ikke påvirker det oprindelige værks værdi eller

⁹⁵ Dratler Jr., 1988, s. 310 FN 403

⁹⁶ Dratler Jr., 1988, s. 311 FN 412

⁹⁷ Dratler Jr., 1988, s. 310 og Nation Enterprisessagen: Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

*marked) advances both goals of copyright law through the creation of a new work based upon the old one and consequent increased dissemination of borrowed portions of the copyrighted work. Accordingly, a use that has no adverse effect upon the market for the copyrighted work is likely to be fair.*⁹⁸ (mine tilføjelser i parentes).

Et af de mest åbenlyse tilfælde, hvor markedet for det oprindelige værk påvirkes negativt, er, hvor det nye værk har samme funktion og henvender sig til samme kundegruppe. Dette vil selvsagt tale imod fair use, idet efterspørgslen efter det oprindelige værk kan tænkes at ville falde.

3.4.2 Praksis

Retspraksis spiller på to områder en rolle for fair use bestemmelsen i USA.

For det første idet opregningen af de fire faktorer i § 107 ikke er udtømmende, og der dermed er mulighed for at benytte ikke-kodificerede faktorer ved bedømmelse af fair use sager.

For det andet fastlægger domstolene, hvordan fair use bliver anvendt i praksis og dermed, hvorvidt kongressens hensigter efterleves. Dette afsnit redegør kort for to ikke-kodificerede faktorer identificeret af Jay Dratler Jr. og dernæst for, hvordan domstolene i praksis har anvendt de fire faktorer opregnet i § 107.

3.4.2.1 Ikke-kodificerede faktorer: God tro

I nogle afgørelser har domstolene vurderet om anvendelsen af et oprindeligt værk er sket i god tro.⁹⁹ Der blev således i Nation Enterprises-sagen¹⁰⁰ lagt vægt på, at The Nations artikel var uautoriseret, idet den var fremskaffet af en anonym kilde, og at dette vejede tungere end hensynet til nyhedsformidlingen. Elementet er ikke udslagsgivende for fair use bedømmelsen, men kan være en faktor blandt de øvrige.

3.4.2.2 Ikke-kodificerede faktorer: Offentliggjort værk

Dratler Jr. identificerer desuden hensynet til, om et værk er offentliggjort, som en separat faktor i bedømmelsen af fair use.¹⁰¹ Denne faktor kendes fra dansk ret, og det bagvedliggende hensyn vil oftest være forfatterens kontrol over værket enten af hensyn til hans privatliv eller af hensyn til at sikre kvaliteten inden offentliggørelse.

Der er dog ikke i litteraturen enighed om, hvorvidt ”offentliggjort værk” er en ikke-kodificeret

98 Dratler Jr., 1988, s. 321

99 Dratler Jr., 1988, s. 335

100 Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

101 Dratler Jr., 1988, s. 336

faktor. David Nimmer analyserer således faktoren ”offentliggjort værk” som en del af den kodificerede faktor ”værkets art”. I § 107 nævnes værkets status som offentliggjort i sidste sætning, men ikke som en faktor. I denne analyse, betragtes ovenstående derfor som en ikke-kodificeret faktor.

Uanset hvordan man vælger at betragte de ikke-kodificerede faktorer, eksisterer der således en vid adgang til at inddrage elementer, der ikke er nævnt i § 107, men som dommerne finder relevante under de aktuelle omstændigheder.

3.4.2.3 Fair use bestemmelsen i praksis

På trods af ovennævnte kodifikation af fair use principperne var det efterfølgende usikkert, hvorvidt den amerikanske Supreme Court, følte sig forpligtet af de givne retningslinier og de fire faktorer, som Kongressen fastsatte var obligatoriske elementer i en analyse af fair use bestemmelsens anvendelse. Det blev dermed behæftet med usikkerhed, hvordan Supreme Court ville analysere sig frem til resultatet i fremtidige tvister omhandlende fair use.

I to Supreme Court afgørelser, der efterfølgende ofte er blevet citeret af domstole og i litteraturen, Betamaxsagen og Nation Enterprisessagen, undlod Supreme Court at benytte alle faktorer og den argumentation Kongressen havde opstillet. Efterfølgende er der dog skabt mere tilslutning til § 107, og den anvendes nu i vidt omfang. David Nimmer har udført en analyse af 60 fair use afgørelsen afsagt i tiden 1994 til 2002, hvori de fire kodificerede fair use bliver anvendt.¹⁰²

Det står således klart, at domstolene rent formelt anvender § 107, men som diskuteret i det følgende afsnit er det mere usikkert, i hvilket omfang faktorerne benyttes ensartet og efter kongressens hensigt.

3.4.2.4 Vægtning af faktorerne

Kongressens intention ved kodifikationen var at skabe retningslinier for analyser af fair use, men samtidig skabe tilstrækkelig fleksibilitet, da bedømmelsen vil variere med de konkrete omstændigheder i den givne tvist. Fleksibiliteten skabes dels ved at listen over faktorer ikke er udtømmende, som diskuteret ovenfor, dels ved at domstolene i deres analysere selv kan vægte den relative betydning af faktorerne. På tværs af mange afgørelser og i litteraturen eksisterer der dog en vis konsensus om, at den vægtigste faktor er den effekt, som den omhandlede brug har for værdien eller markedet for det oprindelige værk.¹⁰³

¹⁰² Nimmer, 2008

¹⁰³ Se til eksempel Nation Enterprises, Dratler Jr., 1988, s. 286

Det er dog ikke hensigten, at fortolkningen af hver af faktorerne kan variere fra sag til sag. Såfremt dette var tilfældet ville kodifikationen ikke have noget formål, da dommere så i lige så høj grad som tidligere kan argumentere frit for en given konklusion på en tvist. Dette vil resultere i manglende forudsigelighed og dermed manglende retssikkerhed.

David Nimmer analyserer 60 fair use afgørelser for at undersøge, hvordan domstolene anvender og fortolker de fire kodificerede faktorer.¹⁰⁴

I hver sag vurderer Nimmer, om de fire faktorer taler for eller imod fair use uafhængigt af domstolens vurdering af faktorerne. Nimmer påpeger selv, at analysen er behæftet med usikkerhed og ikke kan betragtes som endegyldig, da fx ikke alle sager er inkluderet samt at nogle blev efterfølgende appelleret.¹⁰⁵ Uanset analysens unøjagtighed er det dog interessant, at Nimmer finder, at hver af de fire faktorer alene i 42%-57% af sagerne peger i samme retning som afgørelsen.¹⁰⁶

Dette tyder på, at der kun er cirka halvtreds procents chance for, at der er korrelation mellem den enkelte faktor og resultatet. Det er desuden bemærkelsesværdigt, at den faktor, som både dommere og forskere finder mest udslagsgivende i en fair use tvist, faktor fire om påvirkning af værdi eller marked for det oprindelige produkt, alene har en korrelation på 50% og dermed har den næstlaveste korrelation af de fire faktorer.

Hvis man i stedet beregnede korrelationen ud fra, hvordan den aktuelle domstol vurderer faktorerne, er der en korrelation på halvfems procent.¹⁰⁷

På baggrund af sine resultater konkluderer Nimmer, at domstolene ofte vil danne sig en mening om, hvad resultatet på tvisten skal være, og herefter fortolker de fire faktorer, så de støtter op om dette resultat:

*"Courts tend first to make a judgment that the ultimate disposition is fair use or unfair use, and then align the four factors to fit that result as best they can."*¹⁰⁸

Hvis dette er tilfældet, hvilket kræver videre undersøgelser end Nimmer påtager sig, efterleves kongressens hensigt med fair use bestemmelsen ikke, og betydelig usikkerhed om retstillingen eksisterer. Dette vil især være tilfældet, hvor domstolene finder det nødvendigt at fortolke faktorerne forskelligt fra sag til sag, således at ens situationer behandles forskelligt for at skabe overensstemmelse med det endelige resultat.

Uanset om den markante forskel imellem Nimmers og domstolenes analyse af de fire faktorer skyldes de af Nimmer anførte årsager, er det bemærkelsesværdigt, at korrelationen i domstolenes

¹⁰⁴ Nimmer, 2008, s. 361

¹⁰⁵ Nimmer påpeger analysens mangler og fejlmargen på s. 374-375, 2008.

¹⁰⁶ Faktor 1: 55%, faktor 2: 42%, faktor 3: 57%, faktor 4: 50%. Nimmer, 2008, s. 377

¹⁰⁷ Nimmer, 2008, s. 379 note 70

¹⁰⁸ Nimmer, 2008, s. 378

afgørelser er så høj som halvfems procent. Som konsekvens af fair use bestemmelsens opbygning, er det i princippet tilstrækkeligt, at en enkelt af de fire faktorer eller en ikke-kodificeret faktor peger på et givent resultat, førend domstolen kan vægte denne højest og dermed lade den pågældende faktor være udslagsgivende for resultatet. Den høje korrelation tyder på, at domstolene er tilbageholdende med sådan argumentation og i langt de fleste sager ønsker, at resultatet skyldes at flere faktorer peger i samme retning.

Som en konsekvens af ovenstående må det være behæftet med en vis usikkerhed, hvordan domstolene vil fortolke og vægte de forskellige faktorer fra sag til sag, og det kan derfor være vanskeligt at forudsige resultatet på en given tvist.

3.4.3 Sammenfatning

I den amerikanske Copyright Act Section 107 er citatretten kodificeret som en del af fair use bestemmelsens anvendelsesområde. Bestemmelsen indeholder 4 ikke-eksklusive faktorer, som domstole skal analysere i en tvist omhandlende citater på nettet. Disse er formålet og karakteren af brugen, værkets art, omfanget af det citerede i forhold til det oprindelige værk samt påvirkningen af værdien eller markedet for det oprindelige værk. De fire ikke-eksklusive faktorer er ikke kumulative betingelser.

Derudover står det domstolene frit at inkludere yderlige faktorer, som vurderes relevante i den konkrete sammenhæng. Disse har i tidligere praksis været god tro hos benytteren, samt hvorvidt værket tidligere har været offentliggjort. Slutteligt vil domstolen i den konkrete sag kunne vægte de anvendte faktorer, som den finder hensigtsmæssigt i forhold til sagens omstændigheder. Dette resulterer i en fleksibel standard for fair use i USA, men muligvis også uforudsigelighed.

3.5 Sammenligning af citatretten og fair use bestemmelsen

I det efterfølgende afsnit sammenlignes dansk og amerikansk ret med henblik på at analysere ligheder og forskelle imellem citatretten og fair use bestemmelsen. Nedenstående giver således et overblik over, hvilke faktorer der skal benyttes, samt hvilke forskelle der vil opstå, når vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer analyseres efter henholdsvis dansk og amerikansk ret.

3.5.1 Reguleringsniveau

Den første bemærkelsesværdige forskel imellem de to regler er opbygningen heraf. Hvor citatretten i Danmark er reguleret af en særregel, regulerer fair use bestemmelsen adskillige forskelligartede

brugssituationer. Begge bestemmelser har karakter af en retlig standard, dog giver fair use bestemmelsen mere udtrykkelig vejledning til domstolene, idet der eksisterer fire obligatoriske faktorer, der som et minimum skal analyseres.

3.5.2 Sammenligning af de enkelte faktorer

For at strukturere sammenligningen af de faktorer, der inddrages i analysen i de to lande, følger nedenfor en skematisk oversigt. Denne er opdelt i punkterne A til G, som behandles efterfølgende. Punkter, der i Danmark og USA regulerer samme forhold, er stillet overfor hinanden, såfremt punktet genfindes i begge lande.

	Danmark Citaret			USA Fair use
A	Offentliggjort værk (ohl § 22)	Objektiv betingelse	En af flere selvstændige faktorer som vægtes indbyrdes	Offentliggjort værk (ikke-kodificeret)
B	God skik (ohl § 22)	Beskyttelsesværdigt formål som oftest ikke er kommercielt	Ikke-udtømmende liste af beskyttelsesværdige formål. Desuden om brugen er produktiv. Ikke-kommercielle aktiviteter favoriseres.	Formål og karakter af brug (U.S.C. § 107 no. 1)
	Nyt selvstændigt værk (ohl § 22 og retspraksis)	Produktiv brug		
C	Omfang (ohl § 22)	Omfang betinget af formål. Andel ift. det oprindelige og de afledte værk	Kvalitativ og kvantitativ andel benyttet af det oprindelige værk	Omfang (U.S.C. § 107 no. 3)
D	3-trins-test (Infosoc Art. 5 og Bernerkonventionen s Art. 10)	1) anvendes i specielle tilfælde 2) der ikke strider mod normal udnyttelse af værket 3) ingen urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser	USA har via tiltrædelse af Bernerkonventionen pligt til at fortolke fair use i overensstemmelse med konventionens tilsvarende test	3-trins-test (Bernerkonventionen At. 10)
E		Kan eventuelt inddrages i God skik	Ond tro hos benytteren kan i enkelte tilfælde have betydning	God tro (ikke-kodificeret)
F			Det oprindelige værks karakter mellem "fact" og "fancy"	Værkets art (U.S.C. § 107 no. 2)
G			Påvirkning af værdi eller markedet for det oprindelige værk	Effekt på markedet (U.S.C. § 107 no. 4)

Figur 1: Oversigt over anvendte faktorer (Egen tilvirkning)

Rækkefølgen på punkterne er i overensstemmelse med, hvordan disse blev præsenteret i afsnit 3.3 om gældende dansk ret, dog er punktet vedrørende et nyt selvstændigt værk, rykket op til punktet vedrørende god skik, da disse hører under et i den amerikanske opdeling af faktorer.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Den danske faktor "Selvstændigt værk" fremgår både af forarbejderne og retspraksis. I denne afhandling behandles

Rækkefølgen er desuden ikke udtryk for en prioritering af punktets vigtighed, som opfattet af en domstol.

3.5.2.1 Punkt A: Offentliggjort værk

I Danmark er det en betingelse jf. ohl § 22, at værket, der citeres fra, er offentliggjort. Dette genfindes ikke i amerikansk ret. Her kan det faktum, at værket ikke er offentliggjort, efter omstændighederne tale imod fair use, men hvorvidt brugen er tilladelig afhænger af en samlet vurdering af alle de relevante faktorer. Der lægges således større vægt på om værket er offentligt tilgængeligt i Danmark.

3.5.2.2 Punkt B: Formål og anvendelse

I begge lande er det af stor betydning, om der eksisterer et beskyttelsesværdigt formål bagved den pågældende brug. I section 107 nævnes eksplicit formål som nyhedsformidling og kritik, mens tilladte formål efter dansk ret genfindes i forarbejderne og tidligere domstolsafgørelser. Der lægges herunder vægt på, om brugen har et kommercielt sigte. I givet fald kan dette udelukke, at der er tale om lovligt citat i Danmark, eksempelvis ved benyttelse i reklameøjemed. I USA vil dette ligeledes tale imod fair use, men bedømmelsen afhænger af alle kodificerede samt relevante ikke-kodificerede faktorer. I Danmark har domstole ofte taget hensyn til, hvorvidt der ved brugen skabes et nyt og selvstændigt værk, hvilket også er et vægtigt argument i USA.

3.5.2.3 Punkt C: Omfang

I Danmark tages der hensyn til omfanget af det citerede i forhold til det oprindelige værk og ligeledes i forhold til den sammenhæng eller det værk, hvor citatet benyttes. I USA foretages vurdering alene i forhold til det oprindelige værk.

Som en yderligere forskel tages kvalitative aspekter i betragtning i USA, således at faktoren omfang kan pege imod fair use, selv ved et kortfattet citat, såfremt citatet indeholder ”hjertet” af det oprindelige værk. Denne betydning af det kvalitative genfindes ikke i danske afgørelser.

3.5.2.4 Punkt D: 3-trins testen

3-trins testen, der stammer fra Infosoc-direktivet, gælder ikke i USA. Dog har USA ligesom Danmark tiltrådt Bernerkonventionen og heri genfindes 3-trins testen i Art 10. Dermed har begge

denne faktor selvstændigt, i stedet for som indeholdt i god skik, hvilket begrundes i at domstole tilsyneladende adresserer dette særskilt.

lande pligt til at fortolke den ophavsretlige regulering i overensstemmelse med betingelserne i 3-trins testen.

3.5.2.5 Punkt E: God tro

God tro kan inddrages i amerikanske afgørelser, men vil ikke være udslagsgivende. I Danmark kan samme hensyn formentligt henføres til loyalitetskravet i forbindelse med god skik.

3.5.2.6 Punkt F: Værkets art

I USA sondres der imellem faktuelle værker og kunstneriske værker, således at eksempelvis dagbøger og kort har svagere beskyttelse end musikværker. Denne sondring foretages ikke i Danmark, hvor øhl § 22 gælder på lige vis for alle ophavsretligt beskyttede værker under forudsætning af, at det citerede uddrag opfylder værkshøjdekravet.¹¹⁰

3.5.2.7 Punkt G: Effekt på markedet

En væsentlig forskel på amerikansk og dansk ret på det omhandlede område er, hvilken eksplicit betydning økonomiske faktorer spiller.

Ophavsretten er i begge lande begrundet i balancen mellem ophavsmandens incitamenter til at skabe værker på den ene side og hensynet til spredning og brug af disse værker på den anden. Det har dog kun ført til en selvstændig faktor i USA, hvor påvirkninger af det oprindelige værks værdi eller marked er en obligatorisk faktor, der skal tages i betragtning. Derimod er hensynet til ophavsmandens økonomiske interesser ikke en selvstændigt faktor i Danmark.¹¹¹

3.5.3 Vægtning af faktorerne

I USA skal de fire obligatoriske faktorer altid behandles ved en retssag. Ingen af faktorerne er udslagsgivende i sig selv, men analysen afhænger af en vægtning imellem alle faktorer. Dog har Supreme Court, som ovenfor nævnt, ved flere lejligheder udtalt, at effekten på værdien af eller markedet for det oprindelige værk er den mest betydningsfulde faktor.

I en dansk sag skal alle faktorer være opfyldt, førend citat er tilladt, hvilket er en væsentlig forskel i forhold til amerikansk ret. Dog vil en dansk domstol ikke nødvendigvis inddrage alle faktorer i deres argumentation, men alene dem, der viser sig som udslagsgivende for sagens udfald.

¹¹⁰ Hvis det citerede uddrag ikke opfylder værkshøjdekravet, er det ikke citatretten der giver mulighed for citat, men derimod det faktum, at denne situation befinder sig udenfor ophavsrettens beskyttelsesområde.

¹¹¹ Om muligheden for at inddrage retsøkonomi i vurderingen henvises til afsnit 7.4

3.6 Konklusion

Figur 1 sammenfatter de faktorer, der i henholdsvis dansk og amerikansk ret almindeligvis anvendes ved bedømmelse af, om uddrag af musikværker kan benyttes vederlagsfrit. Der er mange ligheder imellem dansk og amerikansk ret, men der er dog også væsentlige forskelle.

For det første er betingelserne indeholdt i ohl § 22 kumulative og skal således alle være opfyldt, mens fair use bedømmelsen vægter faktorer indbyrdes. Dermed tillades mere fleksibilitet ved bedømmelsen i amerikanske domstole.

En anden væsentlig forskel er, at der ved amerikanske domstole, lægges stor vægt på, hvorvidt brug af det beskyttede musikværk påvirker værdien eller markedet for musikværket. Hensyn til denne faktor fremgår ikke eksplicit af ophavsretsloven eller forarbejderne i Danmark, men vil blive vurderet yderligere i kapitel 7. De analyserede ligheder og forskelle vil få betydning for analysen i kapitel 5 om, under hvilke betingelser brugerskabte videoer lovligt kan indeholde uddrag af musikværker.

Kapitel 4: Økonomisk Analyse

4.1 Indledning

Balancen, der søges skabt i ophavsretten mellem ophavsmandens incitament til at skabe værker på den ene side og offentlighedens brug og spredning af informationer på den anden side, kan forklares af retsøkonomisk incitamentsteori. Adskillige økonomer i både ind- og udland har således fokuseret på de økonomiske aspekter af ophavsretten.¹¹²

Jeg har på trods af dette valgt, at denne analyse tager udgangspunkt i Scotchmers teori om incitament i forbindelse med kumulativ forskning, der er udviklet med henblik på patentretten. Siget hermed er at undersøge, om Scotchmers teori kan tilføre ny indsigt på ophavsrettens område i situationer, hvor incitament bør balanceres mellem flere ophavsmænd. I dette kapitel analyseres det derfor, hvordan Scotchmers teori kan overføres til ophavsretten, herunder om kumulativ forskning eller en parallel hertil eksisterer indenfor ophavsretten.

Dette kapitel danner basis for kapitel 5, der analyserer, hvilke faktorer der er afgørende for, hvordan incitament til at skabe værker bør balanceres mellem flere ophavsmænd. En analyse af, hvordan ophavsmændenes incitament påvirkes af lovgivningen, er selvsagt gavnlig i sig selv, da lovgivningens konsekvenser dermed belyses. Analysen vil imidlertid også være nyttig i forbindelse med den efterfølgende retspolitiske analyse i kapitel 7, således at den retsøkonomiske analyses resultater kan implementeres i anbefalinger til domstole og lovgivere.

4.2 Struktur over analysen

For at analysere, om Scotchmers teori kan anvendes til at besvare den opstillede problemformulering, undersøges først de vigtigste argumenter i Scotchmers artikel: *Standing on the shoulders of giants*. Dernæst følger en begrebsafklaring, som fastlægger, hvilke begreber eller hvilken terminologi Scotchmer benytter i sin teori, og hvordan denne fremstilling vil overføre disse begreber til ophavsretten. På grund af forskelle imellem patentretten og ophavsretten og den skabende indsats, der ligger bag beskyttelse efter de to regelområder, kan de samme begreber ikke umiddelbart benyttes.

Dernæst følger et afsnit om relevante ligheder og forskelle imellem patentretten og ophavsretten, således at det illustreres, at de to regelsæt har samme bagvedliggende formål om skabelse af balance

¹¹² Få af disse blev nævnt i afsnit 2.2

mellem statisk og dynamisk efficiens.

Herefter analyseres 4 forudsætninger, som Scotchmer anvender i sin teori, i hver deres afsnit.

Forudsætninger er ikke alle eksplicit angivet i Scotchmers artikel, men følger i nogle tilfælde implicit af hendes argumentation. Herefter konkluderes på analysens resultater.

4.3 Scotchmer: Standing on the shoulders of giants

Dette afsnit redegør kortfattet for Scotchmers teori om kumulativ forskning indenfor patentretten, og hvilke forudsætninger denne bygger på.

Scotchmers teori om kumulativ forskning¹¹³ er begrundet i, at hun mener, at tidligere økonomiske teorier har betragtet forskning isoleret og overset den effekt, som en opfindelse har på efterfølgende forskning og resultaterne heraf.¹¹⁴ Teorien er baseret på hendes observation af, at mange forskeres arbejde bygger på tidligere patenterede ideer, og at forskningen dermed synes at være kumulativ. Sir Isaac Newton synes at have været af samme opfattelse, idet han er citeret for at sige: *"If I have seen far, it is by standing on the shoulders of giants."*

Ifølge Scotchmer kan tidligere forskningsresultater og patenterbare opfindelser skabe eksternaliteter, som senere forskere drager fordel af i deres egen forskning. Således indfører Scotchmer begreberne første- og andengenerationsprodukter, hvor andengenerationsprodukter i større eller mindre grad er afhængige af førstegenerationsprodukter.

De omtalte eksternaliteter bliver ifølge Scotchmer ikke adresseret i patentlove, og hun undersøger derfor alternative metoder til at skabe optimale incitament for både første- og andengenerationsforskere.

4.3.1 Patentlove og asymmetrisk information

En opfindelse er efficient, hvis den forventede totale værdi, der skabes af opfindelsen, overstiger de forventede associerede omkostninger ved at gennemføre den nødvendige forskning og udvikling af produktet. Kun forskningsideer, hvor denne betingelse af opfyldt, bør efterfølges, når der stræbes efter en efficient allokering af samfundets ressourcer.¹¹⁵

Hverken det fulde omfang af opfindelsens totale værdi eller de associerede omkostninger kendes imidlertid på forhånd, og det vil således afhænge af estimer og prognoser, om en forskningsidé efterfølges. Såfremt staten kendte en opfindelses forventede værdi og associerede omkostninger, ville det ikke være nødvendigt at have patentlovgivning, da staten ville kunne udvælge efficiente

¹¹³ Scotchmer, 1991

¹¹⁴ Scotchmer, 1991, s. 30

¹¹⁵ Scotchmer, 1991, s. 31

forskningsideer, betale forskere for deres arbejde og planlægge forskning herefter.¹¹⁶ Der eksisterer imidlertid asymmetrisk information, idet forskningsvirksomhederne besidder flere informationer end staten om en forskningsidé's forventede værdi og omkostningerne forbundet hermed. Scotchmer konkluderer derfor, at lovgivning på patentområdet ikke kan afhænge af forskningsvirksomheders private informationer om forventet værdi og omkostninger.¹¹⁷

For at sikre, at de efficiente forskningsidéer efterfølges, er det patentlovens opgave at sørge for, at forskningsvirksomhederne har incitament til at efterfølge de rette forskningsidéer. Da hensyntagen til forskningsvirksomheders omkostninger er udelukket, grundet de nævnte problemer med asymmetrisk information, er det nødvendigt, at forskningsvirksomhederne internaliserer hele værdien af opfindelsen. På denne vis bliver det forskningsvirksomhederne, der er i stand til at vurdere, om en forskningsidé er efficient og derfor bør efterfølges. Dette skyldes, at både omkostningerne associeret til opfindelsen samt den forventede totale værdi tilfalder virksomhederne.

For at sikre at alle efficiente forskningsidéer efterfølges, er det således vigtigt, at alle negative og positive eksternaliteter forbundet med forskningsidéen internaliseres af forskningsvirksomheden.¹¹⁸

4.3.2 Positive eksternaliteter ved kumulativ forskning

Som nævnt er det en forudsætning i Scotchmers teori, at forskning ofte er kumulativ, hvilket betyder at forskere ofte bygger videre på andres resultater for at forbedre eller anvende tidligere resultater til nye formål. Forskningens kumulative karakter skyldes, at tidligere forskning påfører positive eksternaliteter til senere forskning. Scotchmer identificerer tre måder, hvorpå senere forskning påføres disse eksternaliteter.¹¹⁹

For det første kan tidligere forskning muliggøre ny forskning, der tidligere var uopnåelig. For det andet kan tidligere forskning medføre, at ny forskning kan opnås billigere. Og for det tredje kan tidligere forskning betyde, at senere forskning accelereres og dermed er tilgængelig på et tidligere tidspunkt.

4.3.3 Første- og andengenerationsforskning og dobbeltmarginaliseringsproblemet

Scotchmer forudsætter i sin teori, at det ikke altid vil være den oprindelige forskningsvirksomhed, som vil være bedst egnet til at opfinde de afledte produkter. Dette udtrykker Scotchmer på følgende måde:

¹¹⁶ Scotchmer, 1991, s. 30

¹¹⁷ Scotchmer, 1991, s. 31

¹¹⁸ Negative eksternaliteter skal ikke behandles yderligere i denne afhandling.

¹¹⁹ Scotchmer, 1991, s. 31

*"A premise in much of what follows is that firms other than the first innovator should participate in development of second generation products. Since the first innovator might not have expertise in all applications, more second generation products are likely to arise if more researchers have incentive to consider them."*¹²⁰

For at øge efficient forskning i andengenerationsprodukter skal der derfor skabes incitamenter til kumulativ forskning for andre end den oprindelige forskningsvirksomhed. Ved skabelse af incitamenter for andengenerationsforskning gælder samme principper som ved den første opfindelse, hvilket betyder, at andengenerationsforskeren skal internalisere den totale værdi af hans opfindelse for at have de optimale incitamenter til at efterfølge efficiente forskningsidéer.

Herved opstår dobbeltmarginaliseringsproblemet. For at sikre efficient investering i første-generationsprodukter, skal opfinderen til disse internalisere opfindelsens totale værdi inklusiv værdien af positive eksternaliteter påført andengenerationsforskere. Men for at andengenerationsforskere skal have optimale incitamenter til at investere i andengenerationsprodukter, skal disse internalisere andengenerationsproduktets totale værdi, hvilket indeholder værdien, der hidrører fra eksternaliteten påført af førstegenerationsproduktet.¹²¹

Da værdien af eksternaliteten ikke kan allokeres til både den første og den anden forsker, opstår en situation, hvor enten den ene forsker eller begge har mindre incitamenter end optimalt. Hvilken forsker, der har for lavt incitament, afhænger af, hvor bred beskyttelse patentloven giver, da dette bestemmer de to forskeres forhandlingsstyrke.

4.3.3.1 Bred beskyttelse

Bred beskyttelse eksisterer, hvor patentkravene fortolkes bredt af myndigheder og domstole i en eventuel tvist. Hvis beskyttelsen er bred, således at andengenerationsproduktet sandsynligvis krænker det oprindelige patent, hvis det bliver markedsført uden licens fra patenthaveren, vil andengenerationsforskeren have for lave incitamenter, da førstegenerationsforskeren kan kræve en stor andel af værdien af andengenerationsproduktet i form af licenser eller alternativt blokere for andengenerationsproduktet.

Hvis licensforhandlingen foregår, efter at andengenerationsforskeren har foretaget sin investering i forskning, vil disse omkostninger være "sunk costs". I en forhandling vil parterne forhandle om fremtidige omkostninger og indtægter, men allerede afholdte omkostninger vil ikke blive inddraget i forhandlingerne. Resultatet er, at andengenerationsforskeren vil få en mindre andel af værdien af det opfundne produkt.

120 Scotchmer, 1991, s. 31

121 Scotchmer, 1991, s. 34

4.3.3.2 Smal patentbeskyttelse

Hvis patentbeskyttelsen derimod er smal, således at andengenerationsforskere sandsynligvis ikke krænker det oprindelige patent, men derimod kan opnå selvstændigt patent på andengenerationsproduktet, skaber dette lavere end optimale incitamenter for førstegenerationsforskeren. Dette skyldes, at førstegenerationsforskeren ikke medregner den værdi hans forskning har for efterfølgende forskning, da værdien heraf alene tilfalder andengenerationsforskeren. Hvor indtjening på førstegenerationsproduktet i sig selv ikke overstiger forsknings- og udviklingsomkostningerne forbundet med produktet, vil førstegenerationsforskeren ikke efterfølge forskningsidéen. Dette er inoptimalt, hvis værdien af eksternaliteten, der påføres andengenerationsforskere, er større end forskellen mellem den omtalte indtjening og omkostninger forbundet hermed. Hvordan værdien af andengenerationsproduktet deles imellem første- og andengenerationsforskeren, afhænger således af patentbeskyttelsens bredde, da parternes forhandlingsstyrke i en licenssituation er bestemt heraf.¹²²

Scotchmer konkluderer på baggrund af dobbeltmarginaliseringsproblemet, at:

*"the natural System of property rights – requiring every later innovator to license any underlying technology – will on average give deficient incentives for outside firms to develop second generation products."*¹²³

Hvis både første- og andengenerationsproduktet blev skabt af den samme forsker, ville der ikke eksistere et dobbeltmarginaliseringsproblem, hvorfor det er en vigtig forudsætning for Scotchmers teori, at det ikke altid vil være førstegenerationsforskeren, der kan se mulighederne for alle andengenerationsprodukter.

4.3.4 Prior agreements

Som en løsning på dobbeltmarginaliseringsproblemet foreslår Scotchmer, at første- og andengenerationsforskere indgår samarbejdsaftaler, inden omkostningerne til forskning og udvikling er afholdt.¹²⁴ Samarbejdet mellem de to parter betyder, at de i forhold til forskningsbeslutninger opfører sig som en enkelt forskningsvirksomhed, og dermed forsvinder dobbeltmarginaliseringsproblemet.

Der er dog flere forhold, der gør, at det kan være svært at indgå i disse samarbejder. For det første kan det være vanskeligt at forudse, at der eksisterer et potentielt samarbejde, inden det står klart,

¹²² Scotchmer, 1992, s. 34

¹²³ Scotchmer, 1991, s. 34

¹²⁴ Scotchmer, 1991, s. 35

hvilke forskningsidéer, der udspringer af førstegenerationsproduktet. Ligeledes kan konkurrencepolitik besværliggøre samarbejde mellem forskningsvirksomheder, der alternativt ville opføre sig som konkurrenter.¹²⁵ Scotchmer argumenterer dog for, at prior agreements er vigtige for at sikre mere efficiente incitamenter til både første- og andengenerationsforskeren. Dette skyldes at patentlovene, hvor der er mulighed for prior agreements, vil regulere forhandlingsstyrken imellem de to forskere, men ikke vil være afgørende for incitamenterne til at efterfølge forskningsidéer til andengenerationsprodukter.¹²⁶

4.3.5 Konklusion

Scotchmer konkluderer, at hvor patentsystemet medfører, at al underlæggende teknologi skal licenseres af andengenerationsforskeren, vil incitamenter til at forske i andengenerationsprodukter være lavere, end hvad efficient allokering af ressourcer foreskriver.¹²⁷ Dette skyldes i høj grad dobbeltmarginaliseringsproblemet. Scotchmers konklusion bygger på en række forudsætninger: (1) at forskning er kumulativ, (2) at andre end den oprindelige forsker med fordel kan investere i andengenerationsforskning, (3) at patenter i princippet er evige og (4) at patenters bredde ikke kan tilpasses private oplysninger om værdi og omkostninger ved forskning.

En mulig løsning på dobbeltmarginaliseringsproblemet kan være forskningssamarbejder eller individuelle aftaler, der er indgået, inden investeringer er foretaget.

Inden forskelle og ligheder imellem ophavsretten og patentretten analyseres, følger en begrebsafklaringen, der begrundes, hvordan begreber omhandlende patentret kan overføres til ophavsretten.

4.4 Begrebsafklaring

Scotchmers teori handler om kumulativ *forskning*. På patentrettens område er der således tale om *forskere eller opfindere*, der efterfølger *forskningsidéer* for at opnå patenter på disse idéer. Den danske patentlov kalder således rettighedshaveren for: ”den der har gjort en opfindelse”, jf. patentlovens § 1, stk. 1. Forskning defineres ifølge ordbogen som: ”En grundig undersøgelse af et bestemt emne for at finde frem til ny viden om det”.¹²⁸

På ophavsretten kan samme begreber ikke benyttes, da ophavsmænd ikke undersøger ny viden indenfor et område. Derimod *skabes* eller *frembringes* der værker indenfor ophavsretten.

Ophavsmanden defineres i ophavsretsloven, som ”Den, som frembringer et litterært eller

125 Scotchmer, 1991, s. 37

126 Scotchmer, 1991, s. 36

127 Scotchmer, 1991, s. 34

128 Politikens Nudansk ordbog, 17. udgave, 1999

kunstnerisk værk” jf. ophavsretsloven § 1, stk. 1. Ifølge ordbogen betyder *frembringe*, at: ”*Få noget til at eksistere*” og synonymer er producere, generere og skabe.¹²⁹ I denne fremstilling vil jeg derfor bruge ordet *forsker* for rettighedshaveren efter patentloven og *skaberen* for rettighedshaveren efter ophavsretsloven. Jeg vil desuden bruge betegnelserne *patenthaveren* og *ophavsmanden*.

At forske indenfor patentretten sidestilles i denne fremstilling med at skabe indenfor ophavsretten. Dette begrundes i, at det er en patenthavers forskende indsats og ophavsmandens skabende indsats, der beskyttes af lovene. Selvom forskning adskiller sig fra skabelse af værker, er det resultaterne af disse aktiviteter, der beskyttes af lovene, og dermed betragtes de i denne fremstilling som parallelle.

Scotchmers teori omhandler *kumulativ forskning* indenfor patentretten, og der argumenteres i denne fremstilling for, at samme fænomen kan kaldes *kumulativ skabelse* indenfor ophavsretten.

Som jeg vil berøre i det følgende afsnit, eksisterer der forskelle imellem ophavsrettens og patentsrettens beskyttelsesgenstand. Dette får betydning for, hvordan kumulativ skabelse indenfor ophavsretten adskiller sig fra kumulativ forskning. Dette vil blive analyseret i afsnit 4.6 om Scotchmers første forudsætning, men først analyseres ligheder og forskelle mellem patentret og ophavsret.

4.5 Ligheder og forskelle mellem patentret og ophavsret

En fuldstændig beskrivelse og analyse af ligheder og forskelle mellem patentretten og ophavsretten vil være særdeles omfattende og henhøre til en juridisk analyse. Målet i dette afsnit er ikke at foretage en sådan juridisk analyse, men alene at henlede opmærksomheden på enkelte forhold, der betyder, at Scotchmers teori, der er udviklet på patentretten, ikke uden forbehold er anvendelig på ophavsretten. Patentretten og ophavsretten har dog væsentlige ligheder, og der argumenteres derfor for, at Scotchmers teori kan give indsigt i lignende incitamentsproblemer på ophavsrettens område.

4.5.1 Balance mellem statisk og dynamisk efficiens

Den væsentligste lighed imellem patentretten og ophavsretten er, at de, som alle øvrige immaterielle discipliner, søger at regulere markeder for immaterielle aktiver, der er baseret på informationer, der stammer fra skaberens intellektuelle indsats. Den skabende indsats kan blandt andet resultere i nye teknologier, produkter og udvidelse af samfundets kulturelle rigdom.¹³⁰

¹²⁹ Politikens Nudansk ordbog, 17. udgave, 1999

¹³⁰ Maskus, s. 27

Immaterielle aktiver er baseret på viden og informationer. Immaterielle aktiver kan derfor, til forskel fra materielle aktiver, minde om et offentligt gode. Dette skyldes to forhold.¹³¹

For det første er information eller viden ”non-rivalrous”, hvilket betyder, at en persons brug af informationer ikke formindsker andres værdi af denne. Til illustration vil det fx medføre en reduktion af værdien af en bil, hvis en stor mængde mennesker skal benytte den samme bil som transportmiddel. Brugere af bilen er i konkurrence med hinanden for at få den største andel af aktivet. Ved benyttelse af viden er brugerne som udgangspunkt ikke i konkurrence med hinanden om at udnytte aktivet, men kan benytte denne uafhængigt af hinanden.

Den marginale omkostning ved at give information til en ekstra person er på grund af dette meget lav, og derfor bør viden spredes til så mange som muligt. Som følge af at viden er ”non-rivalrous”, skabes der statisk efficiens ved at informationer og viden, herunder informationer og viden indeholdt i patenter og ophavsrettigheder, spredes til så stor en mængde mennesker som muligt.

Udover at viden er ”non-rivalrous”, er det også ofte svært ved private metoder at forhindre andre i at bruge viden.¹³² Dette skyldes, at viden er ”non-excludable”. I eksemplet med bilen, kan man forhindre andre i at bruge bilen ved at låse den eller fjerne bilen fra vedkommende. I modsætning hertil er det ikke muligt at tage informationer tilbage og dermed forhindre yderligere brug. Når viden først er opnået, kan man som privatperson ikke forhindre, at den bruges, og det kan ligeledes være svært at undersøge, hvem der har den pågældende viden.

I tilfælde hvor immaterielle aktiver er værdifulde, men nemt kan kopieres eller benyttes af andre, vil dette blive udnyttet af konkurrenter. Dette betyder, at den sædvanligvis betydelige investering, der ligger bag det immaterielle aktiv, ikke kan hentes ind ved salg, da konkurrenter, der ikke har afholdt disse udgifter, kan sælge kopierede eller lignende produkter til meget lavere pris. For at undgå dette free-rider problem, der vil mindske incitamentene til at investere i immaterielle aktiver,¹³³ skabes der dynamisk efficiens ved at give immaterialretlig beskyttelse af immaterielle aktiver.¹³⁴

Immaterielrettens funktion er at skabe en optimal balance mellem statisk og dynamisk efficiens, da disse to målsætninger er modsatrettede. Hvis samfundet alene ønskede at fremme statisk efficiens, ville man behandle immaterielle aktiver som et offentligt gode, hvilket på kort sigt fremmer spredning af information, men på længere sigt betyder, at den teknologiske og kunstneriske

¹³¹ Landes, s. 82

¹³² Maskus, s. 29

¹³³ Hvis det er svært at kopiere immaterielle aktiver, eller den første skaber opnår betydelige fordele ved at være først på markedet, kan incitamentene til at investere allerede være til stede og problemerne med dynamisk efficiens er dermed reducerede. Maskus, s. 29.

¹³⁴ Maskus, s. 29

mangfoldighed bremses. Såfremt samfundet alene ønskede dynamisk efficiens fremmet, ville stærke rettigheder skabes, hvilket betyder en fremtidig vækst i forskning og skabelse. Men samtidig vil dette resultere i monopolpriser på immaterielle aktiver, dødsvægtstab og manglende spredning, anvendelse og fornyet skabelse af immaterielle aktiver på kort sigt.¹³⁵

Hvis samfundet derimod anlægger et utilitaristisk syn på immaterielretten, betyder dette, at der skal skabes en optimal balance mellem statisk og dynamisk efficiens.¹³⁶ Maskus formulerer immaterialrettens balance på følgende måde:

"The fundamental trade-off in setting IPRs is inescapable. On the one hand, static efficiency requires wide access to users at a marginal social cost, which may be quite low. On the other hand, dynamic efficiency requires incentives to invest in new information for which social value exceeds development costs."

Både i USA og Danmark begrundes immaterialretten ud fra et utilitaristisk synspunkt.

Ophavsretten og patentretten søger dermed begge at skabe en balance imellem patenthaverens eller ophavsmandens incitament til at forske eller skabe værker på den ene side, og offentlighedens interesse i at benytte og sprede resultaterne af forskerens og skaberens indsats på den anden side. Ophavsretten og patentretten deler dermed det fundamentale formål, at de søger at skabe en balance mellem statisk og dynamisk efficiens. Hvordan de to regelsæt skaber denne balance adskiller sig dog på visse punkter, som analyseret nedenfor.

4.5.2 Beskyttelsens genstand

En forskel mellem patentretten og ophavsretten er beskyttelsens genstand.

Patentlovene beskytter opfindelser, der kan karakteriseres som nye, innovative og anvendelige kommercielt. Således indeholder patentlove et globalt nyhedskrav samt et krav om, at opfindelsen adskiller sig væsentligt fra tidligere patenterede ideer og således er "non-obvious", eller med andre ord har opfindelseshøjde.

Patentet beskytter den innovative idé og giver patenthaveren en eneret til at udnytte denne idé igennem produktion og salg. Patenthaveren kan dermed ekskludere andre fra at udnytte den patenterede opfindelse kommercielt.

Til forskel herfra beskytter ophavsretsloven den konkrete manifestation af ophavsmandens idé, hvilket vil sige det værk, der er skabt. En sangskriver kan således ikke opnå en eneret til sangtekster, der handler om gule ubåde, selvom han var den første til at skrive en sangtekst om dette

¹³⁵ Maskus, s. 29

¹³⁶ Maskus, s. 28

emne. En ophavsmand kan således ikke afskære andre for at benytte samme idé, men alene forhindre salg, produktion og markedsføring af kopier af hans værk eller nærgående efterligninger heraf.

Forskellen mellem at patentloven giver eneret til ideer og ophavsretten giver eneret til værker, er blot en blandt mange forskelle imellem de to regelsæt. Forskellen imellem beskyttelsesgenstanden er betydningsfuld og medvirkende til, at patentloven og ophavsretsloven skaber balance mellem statisk og dynamisk efficiens under anvendelse af forskellige værktøjer.¹³⁷ Nogle værktøjer anvendes dog på begge områder, hvilket kan illustreres af nedenstående figur.

Figuren viser kun en lille del af de måder, hvorpå patentloven og ophavsretsloven søger at sikre statisk og dynamisk efficiens. Figuren er således ikke udarbejdet med henblik på at give et fuldstændigt billede af patent- og ophavsretsgivningen.

Figuren illustrerer imidlertid, at fair use bestemmelsen og citatretten kan betragtes som en parallel til bred eller smal beskyttelse efter Scotchmers teori.

		Patentret	Ophavsret
Statisk efficiens - lovgivningsværktøjer der sikrer spredning af information og benyttelse af værker	A	Offentliggørelse af patentansøgning	Ikke-obligatorisk offentliggørelse
	B	Indskrænkninger til eneretten i patentlovens § 3, stk. 3	Indskrænkninger til eneretten i ophavsretslovens kapitel 2
	C	Tvangslicens	Tvangslicens
	D	Begrænset varighed af patenter	Begrænset varighed af ophavsrettigheder
	E	Smal beskyttelse ifølge Scotchmers teori	Bred adgang til at benytte fair use bestemmelsen (i USA) og citatreglen (i Danmark)
Dynamisk efficiens - lovgivningsværktøjer der sikrer at patenthaveren eller ophavsmanden incitamentes til at forske eller skabe	F	Eneret til idé - monopol	Eneret til værket - monopol
	E	Bred beskyttelse ifølge Scotchmers teori	Smal adgang til at benytte fair use bestemmelsen (i USA) og citatreglen (i Danmark)

Figur 2: Illustration af statisk og dynamisk efficiens indenfor patentretten og ophavsretten (Egen tilvirkning)

4.5.2.1 Punkt A: Offentliggørelse

Inden for patentretten skabes statisk efficiens, idet patentmyndighederne offentliggør

¹³⁷ Med værktøjer menes de remedier lovene fastsætter for at sikre en balance mellem statisk og dynamisk efficiens.

patentansøgningen i forbindelse med, at et patent bliver registreret. Det betyder, at informationer spredtes til gavn for samfundet og andre forskere. Man kan derfor sige, at patenthavere betaler samfundet tilbage for den monopolstilling, der igennem registrering af patentet er givet, ved til gengæld at offentliggøre de tekniske detaljer vedrørende patentet. Øget information betyder, at andre end de involverede forskere kan skabe deres egne produkter, der kan sælges ved enten at betale licens til patenthaveren eller ved at vente, til patentet udløber.

Det er ikke en betingelse for at opnå ophavsretlig beskyttelse af et værk, at værket offentliggøres. Dog vil ophavsretlig beskyttelse betyde, at flere ophavsmænd har incitament til at offentliggøre deres værk eller eksemplarer heraf.

4.5.2.2 Punkt B: Indskrænkninger til beskyttelse

Enerettigheder opnået ved patentregistrering indskrænkes af patentlovens § 3, stk. 3. Blandt andet er handlinger, der ikke foretages i erhvervsøjemed, undtaget fra beskyttelse.

I ophavsretten findes adskillige indskrænkninger til ophavsmandens enerettigheder. Eksempelvis er det under visse betingelser tilladt at tage kopier til privatbrug, kopiere til undervisningsbrug samt at gengive og sprede eksemplarer af værker til brug for syns- og hørehandicappede.¹³⁸

Indskrænkningerne kan have forskellige begrundelser, både af politisk og økonomisk karakter, men alle indskrænkningerne har dog det til fælles, at de fremmer statisk efficiens, på bekostning af dynamisk. De her beskrevne indskrænkninger, vil ikke være genstand for yderligere behandling i denne afhandling.

4.5.2.3 Punkt C: Tvangslicens

Tvangslicens kendes fra begge områder. Indenfor patentretten, for eksempel i forbindelse med afhængighedsopfindelser.¹³⁹ Inden for ophavsretten kan Ophavsretslicensnævnet ved nogle typer af brug af ophavsretligt beskyttet materiale, fastsætte betingelser for licens, såfremt parterne ikke kan opnå enighed.¹⁴⁰ Bestemmelser om tvangslicens er ikke relevante for denne afhandlings problemformulering og vil derfor ikke blive inddraget yderligere.

4.5.2.4 Punkt D: Varighed af beskyttelse

I begge lovgivningsområder sikres statisk efficiens ved at begrænse varigheden af den pågældende enerettighed. I patentretten er beskyttelsestiden imidlertid væsentligt kortere end indenfor

¹³⁸ Ophavsretslovens §§ 12, 13 og 17.

¹³⁹ Patentlovens § 46

¹⁴⁰ Ophavsretsloven § 47

ophavsretten. Patentbeskyttelse varer typisk 20 år fra tidspunktet for patentansøgningens aflevering.¹⁴¹ Ophavsrettigheder varer som udgangspunkt indtil 70 år efter ophavsmandens død.¹⁴² Beskyttelsens varighed behandles ikke yderligere i denne fremstilling.

4.5.2.5 Punkt E: Beskyttelsesbredde og fair use eller citatret

Særlig interessant i denne fremstillings sammenhæng er imidlertid beskyttelsens bredde indenfor patentretten, ifølge Scotchmers teori, og citatretten eller fair use indenfor ophavsretten.¹⁴³

Scotchmers teori handler om, hvordan smal patentbeskyttelse betyder, at der er øget incitament til at skabe andengenerationsprodukter, mens bred beskyttelse betyder, at incitamenterne til at investere i andengenerationsprodukter er formindsket. Udvidende fortolkning af citatretten og fair use bestemmelsen medfører, ligesom smal beskyttelse efter patentloven, at der skabes incitament til, at andre end den oprindelige ophavsmand, kan bruge værket til skabelse af et nyt værk. Omvendt kan indskrænkende fortolkning af fair use eller citatretten betyde, at skabelse af potentielt værdifulde værker bremses.

Fortolkning af patentets bredde og citatretten eller fair use bestemmelsen er således begge værktøjer, der bruges til at skabe balance mellem statisk og dynamisk efficiens.

Beskyttelsens bredde er afgørende for, om efterfølgende forskere kan benytte tidligere forskeres resultater. Sidestillet hermed er citatretten og fair use bestemmelsen afgørende for, at efterfølgende ophavsmænd kan benytte tidligere værker i forbindelse med skabelse af deres egne værker.

Værktøjerne kan således begge sikre statisk efficiens ved at muliggøre, at efterfølgende forskere eller skabere af værker kan benytte de eksisterende opfindelser eller værker, når de forsker eller skaber egne frembringelser.

Beskyttelsens bredde som analyseret af Scotchmer og citatretten i Danmark samt fair use bestemmelsen i USA er derfor i et vist omfang sammenlignelige, da de har til hensigt at balancere statisk og dynamisk efficiens og begge regulerer muligheden for kumulativ forskning og kumulativ skabelse.

4.5.2.6 Punkt F: Eneretsbeskyttelse

Den effektive måde, hvorpå patentloven og ophavsretsloven sikrer dynamisk efficiens, er ved at give forskeren og skaberen eneret til henholdsvis den patenterbare idé og det fremstillede værk. Hermed sikres incitament til at forske og gøre opfindelser og til at skabe værker.

¹⁴¹ Patentlovens § 40

¹⁴² For ophavsmænd til værker jf. ohl § 63. For naborettigheder gælder en kortere beskyttelse på 50 år fra tidspunktet for fremførelsen jf. ohl § 65.

¹⁴³ For forskelle imellem fair use som kendes fra USA og den danske citatret henvises til kapitel 2.

4.5.3 Sammenfatning

På trods af forskelle imellem patentret og ophavsret er målsætningen i begge tilfælde de bagvedliggende hensyn til statisk og dynamisk efficiens. Forskellene til trods kan Scotchmers teori om patentretten derfor under visse antagelser bidrage til indsigt i ophavsretten. I denne afhandling antages det således, at forskning indenfor patentretten kan sidestilles med skabelse indenfor ophavsretten.

For at vurdere om Scotchmers teori kan anvendes på problemstillinger vedrørende citatretten og fair use-bestemmelsen, skal det herefter analyseres, om de 4 fire forudsætninger knyttet til Scotchmers teori opregnet i afsnit 4.3.5 også gælder, når ophavsretten analyseres.

4.6 Forudsætning 1: Kumulative ophavsrettigheder

Scotchmer forudsætter, at forskning indenfor patentretten er kumulativ, da forskere ofte bliver inspireret af andres forskningsresultater og derigennem udvælger og efterfølger nye forskningsideer. Registrering af patenter medfører som nævnt, at patentansøgningen bliver offentliggjort, hvilket er med til at forskere kan tilegne sig viden om de beskrevne ideer og fremgangsmåder.

Det fremgår ikke af Scotchmers teori, om kumulativ forskning forudsætter, at den oprindeligt patenterede opfindelse ændres i forbindelse med den nye opfindelse. Dette vil ofte ske, eksempelvis hvis andengenerationsproduktet er en kvalitativ forbedring af det første produkt. Det vil imidlertid også ske, at andengenerationsforskere kan opfinde en applikation af det oprindelige produkt, der ikke indebærer en ændring af det oprindelige produkt. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvor første generationsproduktet er et ”research tool”. I denne fremstilling antages det således, at kumulativ forskning og kumulativ skabelse ikke forudsætter, at det oprindelige produkt ændres.

På ophavsrettens område er det ikke ukendt, at ophavsmænd lader sig inspirere af hinandens værker; dette kan forekomme både indenfor samme værkskategori og på tværs af værkskategorier. Landes og Posner opfatter også ophavsretten som kumulativ. Dette udtrykker de på følgende måde:

*”Creating a new work typically involves borrowing or building on material from a prior body of works, as well as adding original expression to it.”*¹⁴⁴

Landes og Posner opererer dog ikke med samme terminologi som Scotchmer. I Landes og Posners

144 Landes & Posner, 1989, s. 332

artikel fra 1989 og i Landes' artikel fra 1992 benytter de udtrykkene ”productive” og ”reproductive use”.¹⁴⁵

En produktiv brug af et værk betyder, at et nyt værk skabes, idet omkostningerne ved at skabe et værk er lavere.¹⁴⁶ I modsætning hertil skaber reproduktiv brug af et værk alene flere eksemplarer af et eksisterende værk. Dette betyder, at den oprindelige ophavsmands indtjening formindskes og at incitamenterne til at skabe værker er reduceret.¹⁴⁷ På grund af forskellene mellem produktiv og reproduktiv brug, bør fair use bestemmelsen og dermed også citatretten sikre, at produktiv brug kan forekomme, men reducere reproduktiv brug.

4.6.1 Skabelse indenfor samme værkskategori og imellem værkskategorier

Indenfor samme værkskategori er kunstnere ofte inspireret af hinanden, eksempelvis indenfor malerkunst og litteratur. At en maler vælger det samme tema eller samme malestil, er imidlertid ikke omfattet af ophavsretten, da denne som nævnt ikke indeholder idébeskyttelse.

For at citatretten og fair use bestemmelsen finder anvendelse, skal den konkrete manifestation af ophavsmandens idé, værket, derfor genbruges. Dette er tilfældet, hvor en forfatter, journalist eller forsker bruger citater fra tidligere værker, eller hvor en sangskriver benytter en linje eller et brudstykke af en melodi fra en tidligere sang.

Inden for nyhedsformidling er det ligeledes almindeligt, at aviser i vidt omfang citerer fra hinanden.¹⁴⁸ Ligeledes bruges der i den trykte nyhedsformidling ofte brudstykker af tekst fra andre aviser.

Musiksampling er et eksempel på, at tidligere værker benyttes til at skabe et nyt værk indenfor samme værkskategori.

Benyttelse af brudstykker af tidligere kunstneres værker kan efter flere forfatteres mening være et legitimt kunstnerisk virkemiddel, der henleder brugerens opmærksomhed på en fælles kulturel forståelse.¹⁴⁹ Birger Stuevold-Lassen nævner et eksempel på et musikcitat, der udnytter det citerede værks symbolindhold i Tsjajkovskijs festouverture ”1812”, hvor takter fra ”Marseillaisen” benyttes til at illustrere fransk ære og magt og på den vis skabe en stemning hos tilhørerne.¹⁵⁰

Imellem forskellige værkskategorier kan der ligeledes eksistere kumulativ skabelse. Den kendte Andrew Lloyd Webber musical, ”Phantom of the Opera”, er skabt på baggrund af Gaston Leroux's

¹⁴⁵ Landes & Posner, 1989, s. 360 og Landes, 1992, s. 81

¹⁴⁶ Landes & Posner, 1989, s. 360

¹⁴⁷ Landes & Posner, 1989, s. 360

¹⁴⁸ Ryberg, m. fl., 2003, s. 83

¹⁴⁹ Stuevold-Lassen, Birger, 1999, s. 775, Riis, s. 101

¹⁵⁰ Stuevold-Lassen, Birger, 1999, s. 775

roman fra 1910. Mange computer- og konsolspil bliver skabt på baggrund af TV-programmer eller spillefilm. Musikværker benyttes på adskillige måder i andre ophavsretligt beskyttede værker, heriblandt i spillefilm og TV-programmer. Desuden er konsolspillet Guitar Hero er en ny måde, hvorpå musikere og sangere kan opnå eksponering og indtægter igennem licenser.

Der eksisterer således mange måder, hvorpå de forskellige værkstyper inspirerer hinanden, og giver mulighed for skabelse af nye værker.

4.6.2 Kumulativ skabelse betinget af det første produkt

Scotchmer identificerer tre måder, hvorpå forskning kan være kumulativ. For det første kan andengenerationsproduktet være betinget af den første opfindelse, således at forskningen ikke ville være mulig, såfremt den første opfindelse ikke var gjort.

Hvor en roman filmatiseres, kan man tale om, at den konkrete film er betinget af romanen. Det er dog ikke sandsynligt, at filminstruktøren og produceren helt ville undlade at producere en film, såfremt romanen ikke fandtes, handlingen ville blot være en anden. Dermed er det alene skabelse af den konkrete film, der er betinget af bogen. Et andet eksempel på værker, der er betingede af hinanden, kendes fra parodier.

Som oftest vil en instruktør, der ønsker et stykke musik som underlægningsmusik, være afhængig af, at der findes musikværker, men han er ikke afhængig af det enkelte stykke musik, da musikværker i et vist omfang kan substituere hinanden. Ofte vil mængden af værker, samt substituerbarheden imellem dem betyde, at efterfølgende ophavsmand har en mængde værker at vælge imellem, og dermed bliver afhængighedsforholdet til det oprindelige værk mindre inden for ophavsretten. Situationen fra patentretten, hvor en opfindelse muliggør en helt ny teknologisk branche, genfindes derfor ikke umiddelbart i ophavsretten.

4.6.3 Kumulativ skabelse påføres omkostningsbesparelse

Inden for patentretten kan en opfindelse medføre positive eksternaliteter ved at reducere omkostningerne forbundet med senere forskning. Dette skyldes, at senere forskere kan benytte tidligere resultater, og ikke behøver at bruge ressourcer på at finde viden, der allerede fremgår af patentansøgningen.

Inden for ophavsretten kan disse eksternaliteter også opstå. I eksemplet fra tidligere, ville det være meget omkostningskrævende, hvis instruktøren selv skulle komponere musik, skrive sangtekster, betale sangere og musikere og selv indspille musik, i stedet for at benytte sange, der allerede er færdigproducerede, som underlægningsmusik. At der allerede findes færdigproducerede sange

betyder, at instruktøren kan skabe en film med lavere omkostninger.

Generelt vil kumulativ skabelse reducere omkostninger forbundet med andengenerationsprodukter, da disse ikke skal afholde alle de udgifter, den første ophavsmand afholdt, men i stedet kan genbruge resultaterne mod betaling af licens.¹⁵¹

4.6.4 Kumulativ skabelse accelereres

Relateret til ovenstående kan kumulativ forskning ligeledes ske ved, at tidligere opfindelser betyder en reduktion i forskningstiden på relaterede opfindelser. Dette skyldes at andengenerationsforskeren kan spare tid, som den første forsker allerede har brugt. Filminstruktøren fra tidligere sparer tilsvarende både omkostningerne forbundet med egen skabelse af underlægningsmusik og tiden forbundet hermed.

4.6.5 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående er det rimeligt at antage, at det eksisterer kumulativ skabelse indenfor ophavsretten. Dette gælder, når det antages, at kumulativ forskning og kumulativ skabelse ikke nødvendigvis indebærer en ændring af den oprindelige opfindelse eller det oprindelige værk. Musikkværker kan således danne basis for kumulativ skabelse af nye værker.

4.7 Forudsætning 2: Andre end den oprindelige ophavsmand er egnede til kumulativ skabelse

Scotchmer forudsætter i sin teori, at det ikke altid er den oprindelige opfinder, der er bedst egnet til at opdage nye måder at udnyttelse opfindelsen på, da han ikke besidder kompetencer indenfor alle potentielt berørte produktområder.

Det samme vil øjensynligt være gældende indenfor ophavsretten. Indenfor samme værkskategori har den oprindelige ophavsmand kompetencer, men dette betyder ikke at ophavsmanden er bedst til at skabe nye værker.

Ved kumulativ skabelse imellem forskellige værkstyper er det mere åbenbart, at den oprindelige ophavsmand ikke nødvendigvis er bedst til at skabe nye værker. Da ophavsmanden oftest ikke besidder kompetencer indenfor alle værkstyper, bliver det sværere at se potentialet i nye former for udnyttelser. Desuden vil det ofte være forbundet med større omkostninger, hvis kompetencerne i givet fald skal oparbejdes. Da flere af de værkstyper, som ophavsretsloven dækker, er kunstneriske, vil forbruget heraf ofte afhænge af, om værket falder i forbrugerens smag, og det vil derfor være

¹⁵¹ Medmindre den kumulative skabelse falder indenfor fair use, citatret eller andre indskrænkninger til ophavsretten, da der i så fald ikke skal betales licens.

hensigtsmæssigt med et bredt og mangfoldigt udbud af ophavsretligt beskyttede værker skabt af forskellige ophavsmænd.

Under hensyn til ovenstående, er Scotchmers forudsætning om, at den oprindelige forsker ikke altid vil være den bedst egnede til kumulativ forskning, også rimelig at antage på ophavsrettens område.

4.8 Forudsætning 3: Evig beskyttelse efter ophavsretten

Scotchmer forudsætter implicit, at patenter har evig varighed, da dette er nødvendigt for at forskerne tilsammen kan tilegne sig al værdien, såfremt de indgår prior agreements.¹⁵² Denne forudsætning er ikke opfyldt, da patentretten indeholder en fastsat varighed af patenter.¹⁵³ Dette betyder, at innovatorerne skal dele en profit, der er mindre end opfindelsernes samlede økonomiske værdi. Dette kan betyde, at incitamenterne til at investere i opfindelser er for små, men omvendt kan for lang beskyttelsestid betyde, at statisk efficiens forhindres.

I ophavsretten er beskyttelsestiden længere end i patentretten, da denne typisk er halvfjerds år efter ophavsmanden død. Dermed synes forudsætningen om evig beskyttelsestid at være mere opfyldt for ophavsrettens end for patentretten. Denne forudsætning er således ikke til hinder for, at Scotchmers teori anvendes på ophavsrettens område.

4.9 Forudsætning 4: Ophavsrettens tilpasning fra sag til sag

Scotchmer forudsætter i sin teori, at patentloven ikke kan tilpasses fra sag til sag, således at der tages højde for værdien af den efterfølgende forskers opfindelse og forskningsomkostningerne forbundet hermed. Dette skyldes blandt andet, at disse værdier ikke kendes med sikkerhed på tidspunktet, hvor andengenerationsforskeren påbegynder sin forskning. Desuden vil der opstå problemer relateret til asymmetrisk information.

Samme forhold er gældende på ophavsrettens område, hvor det ikke er muligt fra gang til gang at tilpasse beskyttelsesniveauet til den efterfølgende ophavsmands omkostninger og den forventede værdi af andengenerationsproduktet.

4.10 Konklusion

I dette kapitel er det blevet analyseret, om Scotchmers teori om kumulativ forskning, der identificerer dobbeltmarginaliseringsproblemet, kan benyttes til at opnå indsigt indenfor ophavsretten. Der er fundet væsentlige ligheder mellem ophavsretten og patentretten, hvilket

¹⁵² Scotchmer, 1991, s. 40

¹⁵³ Som nævnt tidligere typisk 20 år med mulighed for forlængelse.

skyldes, at der på begge områder forsøges at skabes en balance mellem statisk og dynamisk efficiens. På grund af disse ligheder argumenteres der for, at dele af Scotchmers teori også kan anvendes ved analyse af ophavsretten. For at dele af Scotchmers teori kan benyttes på ophavsrettens område, er der argumenteret for to ting. For det første at forskning indenfor patentretten kan sidestilles med skabelse indenfor ophavsretten. For det andet at kumulativ forskning ikke nødvendigvis indebærer, at den oprindelige opfindelse ændres, men i stedet kan indgå som komponent i det nye produkt. Det vurderes ligeledes, at der inden for ophavsretten eksisterer en parallel til kumulativ forskning, nemlig kumulativ skabelse, som også kan foregå ved benyttelse af uddrag af musikværker.

På baggrund af disse resultater, kan adgangen til vederlagsfrit at benytte uddrag af musikværker begrundes i et dobbeltmarginaliseringsproblem. Der skal således på grund af dobbeltmarginaliseringsproblemet skabes en balance mellem incitamentet til både den oprindelige ophavsmand og den efterfølgende ophavsmand og mellem statisk og dynamisk efficiens. Kapitel 6 analyserer, hvordan denne balance bør skabes i situationen, hvor uddrag af musikværker benyttes i brugerskabte videoer på Vix og YouTube.

Del III

Musikcitater på Vix og YouTube

Kapitel 5 Juridisk analyse

5.1 Indledning

I kapitel 3 er det blevet analyseret, hvilke faktorer der almindeligvis bliver taget i betragtning, når en sag vedrørende vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker skal afgøres af henholdsvis en dansk og en amerikansk domstol. Nedenfor følger en analyse af, hvilke forhold der kan tænkes inddraget, når sagens drejer sig om uddrag af musikværker benyttet i brugerskabte videoer på Vix og YouTube.

Indledningsvis skal det bemærkes, at der findes et utal af forskellige videoer med mange forskellige formål, og at den endelige afgørelse derfor vil afhænge af de konkrete omstændigheder i den givne tvist. Denne analyse giver dermed ikke en løsning på, om det enkelte videoklip er i overensstemmelse med citatretten eller fair use bestemmelsen, men den giver et overblik over, hvilke faktorer der kan vise sig som afgørende for denne vurdering.

Analysen starter med at kommentere nogle få elementer i relation til afgørelsen af spørgsmål om international privat- og procesret på Vix og YouTube. Herefter følger et afsnit om hvilke formål med benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer, der behandles i analysen.

Derefter er analysen af faktorerne opdelt efter henholdsvis dansk ret og amerikansk ret. Afsnittet om dansk ret er opdelt efter de danske faktorer, der blev identificeret i kapitel 3, og tilsvarende er afsnittet om amerikansk ret inddelt efter de amerikanske faktorer.

5.2 International privat- og procesret

Det er bestemmende for valget af værneting samt lovvalg, hvor den påståede ophavsretskrænkelser er sket.¹⁵⁴ I det tilfælde, hvor skaden påstås foregået i Danmark, vil det være afgørende, at hjemmesiden har henvendt sig til det danske marked.

Vix henvender sig til det danske marked, hvilket blandt kan ses ved at hjemmesidens top level domain er ".dk" og at sproget på hjemmesiden er dansk. I det efterfølgende analyseres Vix derfor i forhold til dansk ret.

YouTube har brugere i de fleste dele af verdenen, og det er muligt at vælge mellem en "worldwide"-version og 22 versioner med landespecifikt indhold.¹⁵⁵ Det er ligeledes muligt at vælge mellem 17

¹⁵⁴ Se nærmere herom ovenfor i afsnit 3.2

¹⁵⁵ Disse lande er pr. 23. maj 2009: Australien, Brasilien, Canada, Tjekkiet, Tyskland, Spanien, Frankrig, Storbritannien, Hong Kong, Irland, Israel, Indien, Italien, Japan, Sydkorea, Sverige, Mexico, Holland, New Zealand, Polen, Rusland og Taiwan.

sprog, dog er dansk ikke iblandt disse. YouTube sælger desuden reklameplads, og der findes ligeledes dansksprogede reklamer på siden.¹⁵⁶ For at kunne uploade videoer til Youtube kræves det, at brugeren opretter en profil. Dette er muligt fra Danmark, og der findes også adskillige eksempler på dansk indhold på Youtube. Youtube har således ikke brugt geotargeting til at afgrænse hjemmesidens geografiske anvendelsesområde.

I betragtning af ovenstående vil Youtube antageligt henvende sig til adskillige lande, under alle omstændigheder de lande, hvor der eksisterer en landespecifik version.

Det er således muligt, at ophavsmænd eller deres rettighedsforvaltere kan påstå at deres ophavsrettigheder er krænket i Danmark, således at tvisten kan afgøres af danske dommere ved anvendelse af dansk ret.

I denne fremstilling vil Youtube imidlertid blive analyseret i forhold til amerikansk ret. Dette er valgt for at analysere potentielle konsekvenser af forskellene mellem de danske og amerikanske regler om henholdsvis citatretten og fair use bestemmelsen, på trods af at hjemmesiderne har samme type indhold og tilbyder ens funktioner.

5.3 Typer af musikbrug og formål

På begge hjemmesider ligger tusinder af brugerskabte videoer med indeholdt musik, der alle følger et formål, der vil være unikt for vedkommende, der skaber og uploader videoen. Det ligger udenfor denne fremstilling empirisk at analysere disse videoer og de formål, ophavsmændene forfølger. Med udgangspunkt i de beskyttelsesværdige formål med brug af uddrag af musikværker, som er identificeret i dansk og amerikansk ret, fokuserer denne fremstilling på tre typer af formål, der findes i både Danmark og USA. Disse er produktiv brug, debat og specifik kunstnerisk henvisning. I det efterfølgende afsnit analyseres dansk ret og de danske faktorer om lovligt citat. Herefter vil de amerikanske faktorer blive analyseret.

5.4 Dansk ret og Vix

5.4.1 Et offentliggjort værk

Som den første betingelse for lovligt citat, skal værket, der citeres fra, være offentliggjort. Brugere, der uploader videoklip på Vix, vil oftest anvende allerede offentliggjorte musikværker eller uddrag heraf. På denne måde kan der i videoklippen refereres til en allerede kendt kunstner eller dennes værk. Ligeledes vil en bruger kun i få tilfælde have adgang til musikværker, der ikke allerede er offentliggjort.

¹⁵⁶ Eksempel på dansksproget reklame på YouTube i bilag 4

5.4.2 God skik og beskyttelsesværdigt formål

For at et musikcitat i en brugerskabt video er tilladt, kræves det, at skaberen handler i overensstemmelse med god skik og har et beskyttelsesværdigt formål med citatet. Vurderingen af om skaberen af en brugergenereret video forfølger et beskyttelsesværdigt formål, må foretages fra sag til sag, afhængigt af de specifikke omstændigheder. Dette afsnit redegør således ikke for, hvilke videoer der har et beskyttelsesværdigt formål, og hvilke der ikke har. Derimod påpeges forhold der muligvis kan blive vurderet af danske domstole.

Nedenfor vurderes hvorvidt musikcitat i brugerskabte videoer på Vix kan begrundes i de i afsnit 5.3 valgte beskyttelsesværdige formål.

5.4.2.1 Produktiv brug

I de danske forarbejder fremgår det, som nævnt i kapitel 3, at citatretten:

”først og fremmest tilsigter at være en hjælp for ophavsmændene, idet de i et rimeligt omfang bør kunne benytte kortere uddrag mv. af hverandres værker i forbindelse med skabelsen af nye værker.”¹⁵⁷

Af denne formulering fremgår det ikke, at ophavsmanden skal have andre formål end blot at skabe et nyt værk. Hvis dette er tilfældet, vil alle videoer på Vix, der kan karakteriseres som nye selvstændige værker, have et beskyttelsesværdigt formål alene af den grund, at de er nye værker. Dette vil dog nok være at strække fortolkningen for vidt, og retsstillingen efter dansk ret vil være, at der eksisterer både en betingelse om et selvstændigt værk, samt en betingelse om at den efterfølgende ophavsmand har et beskyttelsesværdigt formål med at anvende det valgte musikcitat. At værket er produktivt, vil således ikke alene være nok til, at der er et beskyttelsesværdigt formål.

5.4.2.2 Debat

Som et beskyttelsesværdigt formål kan brug af musikværker i en brugerskabt video være en del af den offentlige debat. Traditionelt foregår kulturel og politisk debat ofte i de skrevne medier i form af fx klummer og læserbreve. Fra disse medier er det anerkendt og tilladt at citere i forbindelse med henvisning til andre debattørers tidligere indlæg. Ligeledes vil det som oftest være tilladt at citere i forbindelse med debat i forhold til udgivne værker. Begrebet ”debat” er ikke nærmere defineret i de danske forarbejder, og det kan derfor ikke med sikkerhed konkluderes, om der skal være en forbindelse mellem værket, der citeres fra, og det debatten vedrører.

¹⁵⁷ 1990 betænkningen s. 165

På sociale medier foregår der imidlertid ofte debat mellem de forskellige brugere, og brugerskabte videoer kan ligeledes være en del af en offentlig debat. Som et eksempel herpå findes videoen ”Ud med Nik & Jay – ind med SOK og Jay” på Vix.¹⁵⁸ Videoen er en modificeret version af en Nik & Jay sang, hvor dukker optræder. Teksten er ændret til at handle om, at unge ikke bør gå med kniv i nattelivet. Sidste skærmbillede er en henvisning til en hjemmeside, der indeholder information om en kampagne ført af det Kriminal Præventive Råd, men videoen er uploadet af private brugere. Uanset hvordan videoen opfattes efter de øvrige faktorer, er den et eksempel på, at videoer på Vix og YouTube kan være en del af en aktuel samfundsmæssig debat.

5.4.2.3 Specifik henvisning som kunstnerisk virkemiddel

Personer, der skaber deres egne videoer og uploader dem til Vix, vil i nogle tilfælde bruge uddrag af musikværker, som en specifik kunstnerisk henvisning til det tidligere værk.

Som eksempel herpå omtales i afsnit 4.6.1 situationen, hvor Marseillaisen blev anvendt som et symbol på den franske hærstyrke. Lignende anvendelser kan tænkes at forekomme på Vix, selv hvis ambitionerne i amatørvideoer ikke er af samme omfang. En video kunne eksempelvis benytte en kort melodisekvens for at henlede seeren på en bestemt tidsperiode eller begivenhed, der er relevant for det øvrige indhold i videoen.

5.4.2.4 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående betragtninger vurderes det, at der i nogle tilfælde kan være beskyttelsesværdige hensyn bag benyttelse af musikcitater på Vix. Størstedelen af brugerskabte videoer vil imidlertid sandsynligvis ikke opfylde denne betingelse. Udover kravet om beskyttelsesværdigt formål, skal de øvrige betingelser om god skik overholdes.

En dansk domstol kan her vælge at lægge vægt på, om brugeren illoyalt vælger at benytte den oprindelige ophavsmands navn og musikværkets titel som titel på den skabte video. På denne måde vil der drages fordel af den oprindelige ophavsmands renommé og brand. I andre tilfælde kan der eventuelt også være forvekslingsrisiko mellem en uoriginal musikvideo og den originale.

Afgørelsen af god skik vil dermed være en konkret vurdering.

5.4.3 Omfang der betinges af formålet

Ifølge ohl. § 22 skal omfanget af citatet stemme overens med formålet, og dermed vil denne faktor være tilknyttet den foregående. Det vil imidlertid sjældent være i overensstemmelse med formålet,

¹⁵⁸ <http://www.vix.dk/v/279159>

hvis en hel sang benyttes som ”soundtrack” til den brugerskabte video.

I henhold til dansk ret skal omfanget af musikcitatet vurderes både i forhold til det værk der citeres fra, og værket, der citeres til. Musikværket må således ikke udgøre en stor andel af den brugerskabte video. Hvorvidt betingelsen om, at omfanget af citatet skal betinges af formålet, er opfyldt afhænger som ovenstående af en konkret vurdering fra sag til sag.

5.4.4 Nyt selvstændigt værk

I flere afgørelser har de danske domstole lagt vægt på, at citater ikke blev brugt i forbindelse med et nyt og selvstændigt værk. Dette relaterer sig delvist til punktet om god skik, men behandles særskilt i denne fremstilling, da det ikke er en formulering, der genfindes i ohl § 22, men derimod er domstolsskabt.

Hvorvidt en video, der bliver uploadet til Vix, er et nyt selvstændigt værk, beror på ohl § 1, stk. 1, der lyder således:

”Den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde.”

Denne formulering betyder, at der i Danmark eksisterer en ikke-udtømmende typologisk afgrænsning af værksformer, således at fremtidige typer af værker, der ”kommer til udtryk på en anden måde”, også vil være omfattet af værksbegrebet.¹⁵⁹ Filmværker er udtrykkeligt nævnt i ohl § 1, stk. 1, og det er denne kategori, som videoklip uploadet til Vix vil være omfattet af. Begrebet filmværker er ikke defineret i lovteksten, men må omfatte ”levende billeder”.¹⁶⁰

Udover kravet om at værket skal være omfattet af ophavsretslovens § 1, stk. 1, eksisterer et yderligere krav, førend et værk er ophavsretligt beskyttet; kravet om originalitet.¹⁶¹ Heri ligger, at værket skal være udtryk for en individuel skabende indsats, og således vil værket eksempelvis ikke være beskyttet, hvis det er fremstillet af en computer eller af et dyr.¹⁶² Originalitetskravet betyder imidlertid ikke, at værket skal være af en given kvalitet¹⁶³ eller skal være originalt i den forstand, at det er udtryk for en ny bagvedliggende idé.¹⁶⁴

Originalitetskravet ved filmværker betyder, at videoklip der ”alene registrerer et handlingsforløb”,

¹⁵⁹ Rosenmeier, 2001, s. 51

¹⁶⁰ Rosenmeier, 2001, s. 269

¹⁶¹ Rosenmeier, 2001, s. 89

¹⁶² Rosenmeier, 2001, s. 112

¹⁶³ Rosenmeier, 2001, s. 112

¹⁶⁴ Det skyldes at ideer ikke kan beskyttes med hjemmel i ophavsretsloven

ifølge forarbejderne ikke har ophavsretslig beskyttelse. Overvågningsvideoer opstillet i banker, på erhvervsejendomme og lignende vil således ikke være beskyttede værker.

I de tilfælde, hvor en person optager et handlingsforløb, træffes der, bevidste eller ubevidste, valg om, hvordan videoen skal fremstå. En person vil således træffe valg om, hvornår der skal klippes, hvilken vinkel der optages fra, om der skal benyttes zoomfunktion og meget andet. Dermed vil en videooptagelse hurtigt opfylde kravet om, at den er foretaget efter en individuel skabende indsats. På baggrund af ovenstående betragtninger kan man med rimelighed antage, at de i denne fremstilling omhandlede brugerskabte videoer opfylder originalitetskravet og dermed vil have karakter af selvstændige værker, og denne betingelse for lovligt citat vil dermed ofte være opfyldt.

5.4.5 3-trins testen

Ifølge 3-trins testen må indskrænkninger til ophavsmændenes rettigheder alene anvendes i specielle tilfælde, der ikke strider mod normal udnyttelse af værket og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. Domstolene skal tage dette i betragtning ved bedømmelsen, men der kendes imidlertid ingen eksempler på, at domstolene eksplicit har taget hensyn til 3-trins testen, ved bedømmelse efter ohl § 22.

5.4.6 Sammenfatning

Ovenfor er de betingelser nævnt, der ifølge dansk ret skal inddrages i bedømmelsen af om brugerskabte videoer på Vix indeholder lovlige musikcitat. Sammenfattende vurderes det, at betingelsen om god skik og herunder om der er et beskyttelsesværdigt formål, ofte vil pege imod at et musikcitat i denne sammenhæng er lovligt. Ligeledes vurderes det, at mange brugerskabte videoer indeholder musikcitat, hvor omfanget overskrider det tilladte. De øvrige betingelser efter dansk ret vurderes til ikke at skabe samme hindringer i den omhandlede situation. Efter dansk ret er det imidlertid tilstrækkeligt, at en enkelt betingelse ikke er opfyldt, førend et musikcitat i en brugerskabt video strider mod ohl § 22.

5.5 Amerikansk ret og YouTube

5.5.1 Formål og karakter af brug

Anvendelse af fair use bestemmelsen er betinget af, at det ophavsretligt beskyttede musikværk benyttes i forbindelse med et beskyttelsesværdigt formål. Ifølge amerikansk ret vil det ikke være udslagsgivende, om brugen af uddraget af musikværket er begrundet i beskyttelsesværdigt formål,

men dette vil være en faktor blandt de øvrige. Nedenfor vurderes de tre formål, der er valgt i afsnit 5.3.

5.5.1.1 Produktiv brug

I amerikansk ret favoriseres produktiv brug i forhold til brug, der alene er reproduktiv, i fair use bedømmelsen. Brugerskabte videoer, der efter amerikansk lovgivning er selvstændige værker, vil således have nemmere ved at benytte uddrag af musikværker i brugerskabte videoer i overensstemmelse med fair use bestemmelsen.

5.5.1.2 Debat

Debat og kritik er i USA, ligesom i Danmark, et beskyttelsesværdigt formål. Der henvises derfor til de forhold, der er beskrevet ovenfor i afsnit 5.4.1.2. Den omtalte video på Vix, findes ligeledes på YouTube, hvor samme video er kaldt ”Sok & Jay Knivfri”.¹⁶⁵ Brugerskabte videoer på YouTube vil således i nogle tilfælde have til formål at deltage i den samfundsmæssige debat.

5.5.1.3 Specifik henvisning som kunstnerisk virkemiddel

På YouTube eksisterer et langt større antal videoer end på Vix. Der er således også grund til at tro, at flere videoer kan have til formål at anvende et uddrag af et musikværk som et kunstnerisk virkemiddel. Dette kan som nævnt ske ved, at der benyttes et kort uddrag af et musikværk, der repræsenterer en relevant stemning eller begivenhed i forhold til det, videoen omhandler. Den mest sette video på YouTube, ”Evolution of dance”, viser en mand, der danser forskellige stilarter til et medley af musik. Hvert musikstykke henleder seerens opmærksomhed på en bestemt tidsperiode med en bestemt dansestil, som danseren viser på scenen. Hvis seeren ikke kunne høre musikken, ville man ikke have den samme oplevelse, idet det ikke vil være klart, hvorfor danseren skifter dansestil igennem videoen. Nogle af dansetrinene giver således kun mening, hvis de er akkompagneret af den rigtige musik. Dette eksempel illustrerer, uanset om den pågældende video må anses som lovlig eller ej, at musik vil kunne anvendes som et legitimt kunstnerisk virkemiddel i brugerskabte videoer på YouTube og ligeledes på Vix, hvor samme video også er uploadet.¹⁶⁶

5.5.2 Det oprindelige værks art

Efter at det er konstateret, om uddraget af musikværket er anvendt ved forfølgelse af et

¹⁶⁵ Se http://www.youtube.com/watch?v=Hde6_b9IPrw

¹⁶⁶ Se <http://www.vix.dk/v/177419>

beskyttelsesværdigt formål, skal det oprindelige værks art analyseres af domstolen. I de omhandlede tilfælde, vil det oprindelige musikværk, der citeres fra, være et kunstnerisk værk. Musikværker må betragtes som kunstneriske værker selv i de tilfælde, hvor teksten er baseret på faktuelle begivenheder, da tilsætning af musik medfører, at det samlede værk fremstår kunstnerisk. Denne faktor vedrørende værkets art vil således pege imod, at brugen tillades i kraft af fair use bestemmelsen.

5.5.3 Omfang

Som den tredje faktor skal omfanget af uddraget vurderes i forhold til det oprindelige værk. Der eksisterer, som nævnt i afsnit 3.4.1.5, ingen faste grænser for, hvor lang et musikcitater må være. Hvorvidt omfanget af et citat er rimeligt, vil efter amerikansk ret afhænge af kvalitative samt kvantitative aspekter.

De kvalitative aspekter vil være tilsvarende de danske, som beskrevet ovenfor. Således vil det eksempelvis pege imod fair use, hvis en hel sang er benyttet som soundtrack til en video. Dog skal omfanget ikke bedømmes i forhold til den brugskabte video.

Som et kvalitativt aspekt kan det have betydning, hvilken del af et musikstykke, der er anvendt som citat. Et musikstykkets "hjerter" vil kunne forstås som det mest genkendelige tema eller i nogle tilfælde omkvædet i sangen. "Hjertet" eller kernen af værket vil under normale omstændigheder sjældnere kunne citeres. Dette må dog til dels hænge sammen med, hvilket formål der ligger bagved brugen af citatet. Hvis formålet er debat, må ophavsmanden antageligt tåle, at "hjertet" af værket tages op til debat. Citatets omfang skal dog vurderes fra sag til sag afhængigt af, hvilket formål der begrunder citatet.

5.5.4 Påvirkning af markedet for, eller værdien af, musikværket

Som den fjerde obligatoriske faktor ifølge Section 107, skal domstolene vurdere, om brugen af uddraget af musikværker påvirker værdien eller markedet for det oprindelige værk. Den type brugskabte videoer, der er omhandlet i denne fremstilling, konkurrerer ikke med det oprindelige værk, da de ikke har til formål at sprede musikken, men er værker i sig selv. Videoerne konkurrerer ikke med musikværkerne, da de ikke er et musikværk og en brugergenereret video ikke opfylder samme behov hos lytteren eller seeren. Når en person ser en video, hvor der er et musikcitater, vil personens motivation til at købe og lytte til musikværket ikke være mindre. Anvendelse af

musikcitater, kan tværtimod øge en persons motivation til at købe det pågældende musikværk.¹⁶⁷

Dermed kan det have en reklameværdi for ophavsmændene til musikværket, at værket er citeret i forbindelse med en brugergenereret video på Vix eller YouTube.

I de fleste tilfælde vurderes det således, at denne faktor, der som nævnt i afsnit 3.4.2.4 vejer tungt, peger for at tillade uddrag af musikværker i brugerskabte videoer.

5.5.5 God tro

Denne faktor er ikke obligatorisk at analysere for en amerikansk domstol, men i nogle situationer, kan den dog tænkes at have relevans. Faktoren vil antageligt kun blive omhandlet, hvis der er forhold omhandlende god tro, der taler imod fair use.

5.5.6 Offentliggjort værk

Det kan i amerikansk ret have betydning, om musikværket er offentliggjort, inden den brugerskabte video uploades. Dette vil dog i modsætning til i Danmark, ikke være afgørende for den samlede fair use bedømmelse. Ligeledes er det ikke en obligatorisk faktor, og amerikanske domstole kan undlade at tage denne faktor i betragtning.

5.5.7 Sammenfatning

Fair use bedømmelsen vil indeholde en afvejning af modsatrettede faktorer. Det vurderes således, at faktoren vedrørende det oprindelige værks art samt omfanget ofte vil pege imod fair use i den omhandlede situation. Uddrag af musikværker kan begrundes i produktivt brug. Dog vil den fjerde obligatoriske faktor om effekten på markedet og værdien for den oprindelige værk ofte pege for at tillade vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer. Dette kan betyde, at fair use bedømmelsen ofte vil tillade den omhandlede brug, da faktorerne skal vægtes indbyrdes. Der skabes således mere fleksibilitet i bedømmelsen efter fair use bestemmelsen end efter citatretten, da fair use ikke bestemmelsen ikke indeholder kumulative krav.

5.7 Konklusion

Brugerskabte videoer på Vix, der benytter uddrag af musikværker, skal overholde fem kumulative betingelser, før brugen er tilladt som lovligt citat jf. ohl § 22. For det første skal værket, der citeres fra, være offentliggjort. Desuden skal god tro overholdes, hvilket indeholder en betingelse om, at

¹⁶⁷ For samme synspunkt se Bryde Andersen, 2005, afsnit 6.4.b Citatret

der eksisterer et beskyttelsesværdigt formål med musikcitater. Musikcitatets omfang skal være i overensstemmelse med formålet, og den brugerskabte video skal være et selvstændigt værk. Som det femte skal 3-trins testen ligeledes respekteres. Ved brugerskabte videoer kan hver af disse betingelser betyde at brugen ikke er omfattet af ohl § 22. Især vurderes det, at betingelserne om beskyttelsesværdigt formål og omfang af musikcitater, medfører at mange ophavsmænd til brugerskabte videoer, benytter musikcitater i strid med ohl § 22.

Brugerskabte videoer på YouTube skal bedømmes efter de fire faktorer i section 107 samt eventuelt øvrige ikke-kodificerede faktorer. Ingen af faktorerne er dog udslagsgivende i sig selv, men faktoren om økonomisk påvirkning har stor betydning. Uddrag af musikværker skal således bedømmes i forhold til deres formål, herunder hvorvidt de anvendes i et produktivt værk. Som den anden faktor, vil det pege imod fair use, at musikcitater er kunstneriske i modsætning til faktuelle. Den tredje faktor, der skal vurderes, er omfanget af uddraget i forhold til værket, der citeres fra. Som det fjerde, skal det vurderes om markedet og værdien for det oprindelige musikværk påvirkes. Domstolen kan ligeledes finde det relevant at vurdere god tro samt om musikværket er offentliggjort.

I USA vil omfanget af et musikcitater samt musikværkets art pege imod fair use. Dog kan de øvrige faktorer ofte pege på at tillade uddrag af musikværker, og afgørelsen vil dermed afhænge af en afvejning. Da de økonomiske hensyn ofte vejer tungt, vurderes det, at benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer oftere vil være tilladt efter amerikansk end dansk ret, og at fair use bestemmelsen derudover skaber øget fleksibilitet i bedømmelsen heraf.

Kapitel 6 Kumulativ skabelse på Vix og YouTube

6.1 Indledning

Dette kapitel fokuserer på kumulativ skabelse, der forekommer på Vix og YouTube, når en brugerskabt video benytter et uddrag af et musikværk som komponent. Dette betragtes som kumulativ skabelse, såfremt den brugerskabte video er påført positive eksternaliteter i en af de tre former analyseret i kapitel 4.6.2-4.6.4.

Som analysen i kapitel 4 viser, kan dele af Scotchmers argumentation vedrørende dobbeltmarginaliseringsproblemet og kumulativ forskning, under to antagelser, overføres til ophavsretten. Det skal derfor i dette kapitel analyseres, hvordan citatretten og fair use bestemmelsen bør tilstræbe at skabe en efficient balance mellem at give incitament til både ophavsmænd til musikværker og ophavsmænd til brugerskabte videoer på Vix og YouTube.

Det kan udledes fra Scotchmers artikel, at flere forhold har betydning for, hvordan balancen mellem den oprindelige og den efterfølgende ophavsmand bør være. For det første har det betydning, hvor stor en andel af det oprindelige værks totale værdi, der henføres til eksternaliteter påført efterfølgende ophavsmænd. For det andet har den totale værdi af det efterfølgende værk betydning. For det tredje skal der tages hensyn til størrelsen på eksternaliteten. For det fjerde er det vigtigt for vurderingen, om der er mulighed for at indgå prior agreements. For det femte og sjette har den oprindelige ophavsmand og den efterfølgende ophavsmands forhandlingsmagt betydning. Slutteligt, og som det syvende, er det afgørende, om der er konkurrence imellem de to værker.

I dette kapitel analyseres disse syv forhold for kumulativ skabelse på Vix og YouTube. Men først skal det nærmere afklares, hvad der i denne fremstilling menes med kumulativ skabelse af værker på Vix og YouTube.

6.2 Kumulativ skabelse på Vix og YouTube

Det er ikke alle former for kumulativ skabelse, der er omfattet af citatretten eller fair use bestemmelsen. Dette kapitel fokuseres således kun på den kumulative skabelse, der foregår, når brugerskabte videoer på YouTube eller Vix benytter uddrag af andres musikværker som en komponent.

Scotchmer identificerer tre måder, hvorpå positive eksternaliteter påføres andengenerationsprodukter. Opsummerende er dette eksternaliteter, der enten muliggør andengenerationsproduktet, gør skabelsen af andengenerationsproduktet billigere eller reducerer tiden, det tager, førend andengenerationsproduktet bliver tilgængeligt på markedet.

Hvor et musikværk anvendes i forbindelse med skabelse af en brugergenereret video, vil eksternaliteten oftest være i form af en omkostningsreduktion for skaberen af videoen. Dette er tilfældet, hvor skaberen sparer omkostninger forbundet med selv at lave et lydspor, der er relevant i forhold til indholdet. Udover at der spares skabelsesomkostninger ved at bruge tidligere skabte musikværker, vil skabelsestiden ligeledes reduceres som følge af dette. Som analyseret ovenfor i afsnit 4.6 antages det, at det ikke er nødvendigt for kumulativ skabelse, at den efterfølgende ophavsmand ændrer i det oprindelige værk, men alene benytter dette som en komponent i et nyt værk.

Man kan derfor argumentere for, at musikværker i mange tilfælde bidrager til, at brugerskabte videoer billigere og hurtigere kan komme på markedet, og dermed foregår der kumulativ skabelse af ophavsretligt beskyttede værker på Vix og YouTube.

Ifølge ovenstående kan der således argumenteres for, at der i de tilfælde, hvor skaberen af en brugergenereret video påføres et positiv eksternalitet, foregår kumulativ skabelse. Der eksisterer som følge af dette et dobbeltmarginaliseringsproblem, idet ophavsmanden til musikværket skal appropriere værdien af eksternaliteten og ophavsmanden til den brugerskabte video skal appropriere hele værdien af andengenerationsproduktet. Hvordan de to ophavsmænds incitamenters skal balanceres afhænger af de nævnte syv forhold, der bliver analyseret efterfølgende.

6.3 Total værdi af det oprindelige værk

Scotchmer tillægger det betydning i balancen mellem de to forskere, om værdien af det oprindelige værk hovedsageligt består i salg af produktet i sig selv eller eksternaliteter påført andengenerationsforskere. Hun konkluderer derfor:

*"The problem of cumulative research is especially acute when the first technology has very little value on its own, but is a foundation for valuable second generation technologies"*¹⁶⁸

Værdien af det oprindelige musikværk opdeles derfor i to kategorier. For det første skabes værdi gennem salg af det originale musikværk på mange forskellige måder. Dette være sig salg af CD'er, downloads og koncerter. Herudover indeholder denne kategori også værdi, der genereres igennem andres afspilning af musikværket på eksempelvis radiostationer, TV-stationer, restauranter, natklubber og danseskoler.¹⁶⁹ I denne kategori er det musikværket i sig selv, der udgør produktet. Den anden kategori indeholder værdi, der skabes som følge af positive eksternaliteter, der påføres

¹⁶⁸ Scotchmer, 1991, s. 39

¹⁶⁹ Med mindre musikværket indgår i fx en TV-produktion, der i sig selv udgør et værk.

andre ophavsmænd, som ønsker at bruge værket til at skabe et nyt selvstændigt værk. Denne type værdi kan opstå, når dele af musikværket benyttes i et nyt værk, eksempelvis en nyt musikværk, et TV-program, en spillefilm eller en brugergenereret video på Vix eller YouTube.

Hvordan incitamenterne i forbindelse med kumulativ skabelse skal balanceres imellem den oprindelige ophavsmand og den efterfølgende afhænger af, hvor stor en andel af det oprindelige produkts værdi, der stammer fra henholdsvis den første og anden kategori. Scotchmer konkluderer dette i forbindelse med grundforskning.¹⁷⁰ Grundforskning skaber oftest værdi ved at andengenerationsforskere kan bygge videre på idéerne og kommercialisere egne produkter, der indeholder viden opnået ved grundforskning. Grundforskning er således sjældent kommercialiserbar, og det bliver derfor vigtigt, at førstegenerationsforskeren approprierer en stor andel af værdien, der påføres andengenerationsforskere. Hvis dette ikke tilsikres, er incitamenterne til at investere i grundforskning for svage

For at analysere hvordan værdien af musikværker er fordelt mellem de to kategorier, er det gavnligt med opgørelser over indtjening fra musik opdelt i kategorier. Det skal dog bemærkes, at musikværkets indtjening ikke er det samme som musikværkets værdi. Dette skyldes fx at ophavsmændene ikke er i stand til at appropriere den totale værdi på grund af piratkopiering og manglende prisdiskriminering imellem kunder, der værdisætter musikværket forskelligt.

Opdelingen mellem de to kategorier vil desuden variere fra musikværk til musikværk, afhængig af den enkelte sangs kommercielle succes. En statistik over musikværkers indtjening kan derfor alene være vejledende. Med henblik på at undersøge hvor indtjeningen fra et musikværk stammer fra, har jeg kontaktet IFPI. IFPI oplyser imidlertid, at der ikke føres statistik opdelt i de to omhandlede kategorier, men alene en opgørelse over salg af indspillet musik.¹⁷¹

Det kan således ikke ud fra empiri konkluderes, hvor stor en andel af musikværkers indtjening eller værdi, der stammer fra henholdsvis produktet i sig selv og eksternaliteter påført efterfølgende ophavsmænd.

Da musikværker er særdeles kommercialiserbare som et produkt i sig selv, synes det rimeligt at antage, at størstedelen af musikværkets værdi stammer fra den førstnævnte kategori. I det ekstreme tilfælde, hvor 99 % af et musikværks værdi stammer fra eget salg, har det kun en meget lille effekt på ophavsmandens incitament til at skabe musikværket, hvis der opnås indtjening fra kumulativ skabelse på baggrund af musikværket.

¹⁷⁰ Scotchmer, 1991, s. 39

¹⁷¹ Korrespondancen fremgår af bilag 2

Hvordan incitamenterne for den første ophavsmand påvirkes, kan imidlertid ikke konkluderes, førend der opnås yderligere oplysninger om musikværkers værdi.

Relateret til ovenstående analyserer Landes den oprindelige ophavsmands incitament i forbindelse med produktiv brug af et ophavsretligt beskyttet værk.

Landes mener, at det ofte vil være uforudsigeligt, om et værk bliver brugt af senere ophavsmænd, der ønsker at skabe et nyt værk.¹⁷² Værdien af det oprindelige værk er dermed uforudsigelig. Dette vil betyde, at manglende licensindtjening til den første ophavsmand kun har en lille, hvis overhovedet nogen, betydning for dennes incitament. Landes udtrykker dette således:

*"To be sure, deeming a productive use a fair use may result in lost licensing revenues to the author of the copied work, but this loss does not affect the incentive to create the work since the prospect of such revenues was largely unanticipated at the time the work was created."*¹⁷³

Den oprindelige ophavsmand skal således ikke appropriere al værdien af eksternaliteter tilknyttet værket, hvis disse eksternaliteter ikke kan forudses på tidspunktet, hvor ophavsmanden beslutter at investere i skabelse af værket.

Landes konkluderer derfor, at ex ante ville ophavsmænd kunne enes om, at produktiv brug af værker er tilladt:

*"Behind a veil of ignorance, authors would favor a rule allowing productive fair use because it would enable an author to borrow some expression from others and lower his costs, while his expected revenues would not change when authors borrow from him."*¹⁷⁴

Sammenfattende vil det således være mindre vigtigt, at den første ophavsmand opnår licens ved kumulativ skabelse i de tilfælde, hvor værdien heraf er relativt lille i forhold til musikværket i sig selv, og i tilfælde hvor det er svært at forudsige, at musikværket ville blive benyttet til kumulativ skabelse på tidspunktet, hvor det skabes.

6.4 Total værdi af det nye værk

Ligesom værdien af det oprindelige værk har betydning for incitamenternes fordeling, har også værdien af det efterfølgende værk betydning for samme.

Det er imidlertid ikke ligetil at estimere værdien af en brugerskabt video på Vix eller YouTube. Det står dog klart, at videoerne har en værdi for alle de brugere, der vælger at se dem. Selv hvis hver brugers værdi af at se videoen er lille, kan den samlede værdi blive signifikant, idet mange videoer

¹⁷² Landes, 1992, s. 87

¹⁷³ Landes, 1992, s. 87

¹⁷⁴ Landes, 1992, s. 87

ses millioner af gange. Den mest sete video på YouTube er således blevet set hele 124.372.679 gange.¹⁷⁵

Derudover skabes der værdi, ved at Vix og YouTube opnår reklameindtægter i forbindelse med at hjemmesiderne besøges. Ophavsmanden opnår ingen betaling, når en video bliver uploadet eller vist til brugere. Ophavsmanden må dog alligevel modtage en anden form for værdi end penge ved at uploade videoen, da han alternativt ikke ville få dækket sine omkostninger ved at lave videoen. Flere aktører opnår altså værdi, når en brugerskabt video uploades til Vix eller YouTube. Disse aktører inkluderer som minimum brugerne af hjemmesiderne, ophavsmanden, annoncører og hjemmesiderne.

Hvis værdien af det efterfølgende produkt er højt, vil den efterfølgende ophavsmand oftere have mulighed for at dække sine omkostninger forbundet med skabelsen og samtidig kunne betale en licens til den oprindelige ophavsmand. Hvis værdien imidlertid er lille, kan en pligt til at betale licens betyde, at den efterfølgende ophavsmand ikke har incitament til at skabe videoen, når licensomkostninger overstiger skabelsesomkostninger. Da ophavsmænd til brugerskabte videoer ikke modtager nogen betaling for spredning af deres værk, kan man nemt forestille sig, at pligt til at betale licens til den oprindelige ophavsmand vil betyde svagere incitamenter til at skabe brugerskabte videoer, hvilket kan hindre skabelsen af potentielt værdifulde værker.

6.5 Størrelsen på eksternaliteten

Et andet vigtigt forhold der skal undersøges for at skabe efficient balance mellem incitamenter til den oprindelige og efterfølgende ophavsmand er størrelsen på eksternaliteten. Hvis eksternaliteten har en stor værdi, taler dette for at den oprindelige ophavsmand bør have en stor andel af værdien af det kumulativt skabte værk. Størrelsen på eksternaliteten hænger således sammen med ovenstående vedrørende værkernes værdi.

6.6 Mulighed for prior agreements

Scotchmer argumenterer for, at patentretten ikke kan tilpasses forskernes private informationer om en opfindelses værdi og omkostninger fra gang til gang. Derfor kan der ikke igennem lovgivning opnås efficiente incitamenter i alle situationer. En mulighed for at skabe mere efficiente incitamenter eksisterer, hvor første og andengenerationsforskerne kan indgå prior agreements, hvori

¹⁷⁵ Tallet stammer fra 15. august 2009: <http://www.youtube.com/watch?v=dMH0bHeiRNq>. Videoen viser en mand der danser forskellige stilarter til et medley af musik.

de deler omkostninger og profit forbundet med andengenerationsproduktet.¹⁷⁶

Omstændighederne omkring licensforhandlinger er på ophavsrettens område forskellige fra patentretten på grund af flere forhold. For det første er langt de fleste ophavsmænd repræsenteret af rettighedsorganisationer. Dette betyder, at det er rettighedsorganisationerne, der repræsenterer ophavsmændene, ved forhandlinger med ophavsmænd, der ønsker at skabe et nyt værk.

Da rettighedsorganisationerne repræsenterer en stor mængde ophavsmænd og dermed en endnu større mængde værker, er det et stort arbejde, hvis der i hver enkelt situation med kumulativ skabelse af et værk skal forhandles individuelt. Derfor foregår de fleste licensforhandlinger da heller ikke individuelt. Der findes således mange kollektive aftaler mellem rettighedsorganisationer og sammenslutninger af musikbrugere.

Hvis personer ønsker at benytte musikværker i egne skabte værker, eksempelvis brugerskabte videoer, er der ligeledes ingen individuel forhandling tilstede for privatpersonen.

I disse situationer fastsættes prisen for udnyttelsen ensidigt af rettighedsorganisationerne. Disse har til formålet udviklet skabeloner, der regulerer, hvilken licens der skal betales alt afhængig af, hvilken brug der er tale om. Som diskuteret i afsnit 3.3.3 er det antageligt langt fra alle ophavsmænd til brugerskabte videoer, der kontakter rettighedsorganisationerne for at betale licens.

De særlige omstændigheder omkring forhandling imellem den oprindelige og efterfølgende ophavsmand har konsekvenser for incitamenterne til at skabe værker.

Da licensafgifterne er de samme, uanset ophavsmændenes skabelsesomkostninger, vil der både være tilfælde, hvor licensen er for høj i forhold til optimalt, og situationer hvor licensen er for lav. I nogle tilfælde vil den første ophavsmand have for lave incitamenter til at skabe værker, dette er tilfældet, hvor licensen ikke svarer til den positive eksternalitet, der påføres det efterfølgende værk. Alt andet lige vil det også reducere den første ophavsmands incitamenter, hvis der kun betales licensafgift for en lille andel af kumulativt skabte værker.

For den efterfølgende ophavsmand vil incitamenterne være for små, hvis licensafgiften betyder, at egne skabelsesomkostninger ikke kan dækkes. For brugerskabte videoer er dette problem forudsætningsvis ofte forekommende, da den efterfølgende ophavsmand ikke opnår nogen betaling for sit værk. Hvis der skal betales, selv en lille afgift, for at skabe og uploade videoen, vil dette i mange tilfælde være afskrækkende for den kumulative skabelse. Hvis eksternaliteten har en højere værdi end licensafgiften vil den efterfølgende ophavsmand omvendt have for høje incitamenter til at bruge musikværker til kumulativ skabelse.

¹⁷⁶ Scotchmer, 1991, s. 35

Omstændighederne omkring betaling af licensafgifter har dog den betydelige positive effekt, at transaktionsomkostninger forbundet med forhandlinger reduceres. Som nævnt vil det være særdeles omfattende, hvis der i hver enkel situation skal forhandles separat, hvilket sandsynligvis er helt uforholdsmæssigt i forhold til den genererede værdi.

Da de fastsatte licensafgifter ved benyttelse af musikværker er kendt på forhånd af både den oprindelige og efterfølgende ophavsmand, er dette en form for prior agreement. Da licensens størrelse imidlertid ikke tager hensyn til skabelsesomkostninger for hverken den oprindelige eller efterfølgende ophavsmand, og for værdien af værkerne, er problemet om fordeling af incitamenter mellem den oprindelige og efterfølgende ophavsmand imidlertid ikke løst.

Ved afgørelse af om vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer er tilladt, skal der tages højde for at efficiente prior agreements ofte ikke vil kunne indgås.

6.7 Den oprindelige ophavsmands forhandlingsmagt

Hvis den oprindelige ophavsmand har al forhandlingsmagten i en licensforhandling, vil dette bevirke, at denne opnår størst værdi, og dermed at incitamentene for den efterfølgende ophavsmand er for lave.

Den oprindelige ophavsmand har igennem sine rettighedsorganisationer størstedelen af forhandlingsmagten i forhold til skaberen af videoen. Rettighedsorganisationerne fastsætter ensidigt licensafgiften og kan forbyde værker, der uden at betale licens benytter musikværket. Det er imidlertid ofte svært og omkostningskrævende at håndhæve ophavsrettigheder til musikværker, især på grund af udviklingen af internettet og den digitale teknologi. Det kan derfor være svært at begrænse andres brug af værker, da musikværket nemt kan kopieres og spredes, fx i en brugergenereret video.

6.8 Den efterfølgende ophavsmands forhandlingsmagt

Hvis den efterfølgende ophavsmand har al forhandlingsmagten, vil det betyde, at denne kan appropriere for stor andel af profitten af sit værk, og at den oprindelige ophavsmand således har for lave incitamenter til at skabe værket.

Den efterfølgende ophavsmand vil oftest ikke have nogen forhandlingsmagt. Dette skyldes flere forhold. For det første at priserne fastsættes af rettighedshaverorganisationerne.

Derudover har den efterfølgende ophavsmand ikke den fordel, at han er den eneste, der kan benytte

værket til kumulativ skabelse. Hvis dette var tilfældet, som det kan være i patentretten, ville den efterfølgende ophavsmand kunne appropriere en stor del af værdien af det efterfølgende produkt, uden at kompensere den første ophavsmand for den positive eksternalitet.

Den efterfølgende ophavsmand har imidlertid forhandlingsmagt i kraft af, at han kan skabe videoen uden den oprindelige ophavsmands tilladelse og sprede denne. I denne situation vil den oprindelige ophavsmand ikke opnå licensindtægter, men skal bruge ressourcer på at forhindre brug af det oprindelige værk og kan kun muligvis indhente tabet ved sagsanlæg.

6.9 Konkurrence imellem det oprindelige værk og det efterfølgende værk

Scotchmer sonderer imellem situationer, hvor førstegenerations- og andengenerationsprodukterne er substitutter og dermed konkurrerer, og situationer, hvor de to produkter ikke er i konkurrence med hinanden.¹⁷⁷ Hvor de to produkter konkurrerer med hinanden, fordi de er substitutter, vil det betyde, at priserne falder, og at de to forskeres samlede profit formindskes.¹⁷⁸ I denne situation vil det ikke være muligt for forskerne at appropriere værdien af deres opfindelser, og incitamenterne til at forske vil således blive væsentligt reduceret. I den modsatte situation, hvor produkterne ikke konkurrerer, vil der være bedre mulighed for, at den samlede profit tillader, at forskerne approprierer værdien af deres opfindelser, og således at incitamenterne bevirker at efficient forskning udføres.

Brugerskabte videoer, som omhandlet i denne fremstilling, konkurrerer ikke med det oprindelige musikværk. Dette skyldes, at de to værker tilfredsstiller forskellige ønsker hos brugerne, og således ikke kan substitueres med hinanden. Når et musikværk bliver benyttet i forbindelse med kumulativ skabelse i en brugergenereret video, vil dette ikke sænke efterspørgslen efter det originale musikværk.

Der er således ikke hensyn til konkurrence imellem de to produkter, der medfører, at den oprindelige ophavsmands incitamenter skal beskyttes, således at uddrag af musikværket ikke kan benyttes i brugerskabte videoer på Vix og YouTube.

6.10 Konklusion

Dette kapitel har undersøgt, hvilke forhold der er afgørende for, hvordan incitamenter bør fordeles imellem den oprindelige og efterfølgende ophavsmand, når kumulativ skabelse i form af brugerskabte videoer på Vix og YouTube analyseres. Incitamenter bør fordeles således, at de to ophavsmænd påtager sig at skabe værker, når disse har en positiv værdi for samfundet, der

¹⁷⁷ Scotchmer, 1991, s. 33

¹⁷⁸ Scotchmer, 1991, s. 33

overstiger omkostningerne forbundet med skabelse.

Der er identificeret syv forhold der har betydning for, hvordan ophavsretsloven bør afveje hensynene til henholdsvis den oprindelige og efterfølgende ophavsmand. For det første skal det tages i betragtning, om værdien af et musikværk stammer fra værket i selv eller eksternaliteter påført andre ophavsmænd. Ligeledes har værdien af det efterfølgende værk betydning for afvejningen. For det tredje har størrelsen på eksternaliteten betydning. Disse tre faktorer kræver yderligere undersøgelse, førend det kan konkluderes, hvordan incitamenterne bør afbalanceres. Som det fjerde er det afgørende for, hvordan balancen i ophavsretsloven bør skabes, om ophavsmændene har mulighed for at indgå prior agreements. For musikværker vil aftaler om brug af musikken til alskens formål være reguleret af ensidigt fastsatte aftaler, og individuel forhandling er således ikke mulig. Dette reducerer transaktionsomkostningerne væsentligt, men betyder ligeledes, at incitamentet ikke via prior agreements kan tilpasses den individuelle ophavsmands skabelsesomkostninger og værdien af det efterfølgende produkt. Det bliver derfor vigtigere, at den rette afbalancering mellem de to ophavsmænds incitamentet eksisterer i citatretten og fair use bestemmelsen. Som det femte og sjette har parternes forhandlingsmagt betydning, da dette afgør, hvordan værdien af eksternaliteten, og dermed incitamentet, deles imellem de to ophavsmand. Såfremt den oprindelige ophavsmand har al forhandlingsmagten, vil al profit kunne approprieres af denne. Den efterfølgende ophavsmand har dog mulighed for at benytte musikværket, uden at betale licens, mod risikoen for at blive mødt med et erstatningskrav. Slutteligt vil det være af betydning, hvis værkerne konkurrerer, dette er dog ikke tilfældet ved brugerskabte videoer indeholdende uddrag af musikværker på Vix og YouTube.

Del IV

Integreret analyse, konklusion og perspektivering

Kapitel 7: Integreret analyse

7.1 Indledning

Ved at benytte resultaterne fra de foregående analyser vil den retspolitiske analyse i dette kapitel resultere i en vurdering af, hvilke økonomiske faktorer der bør inddrages, når det skal afgøres, om vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer er tilladt.

I den retspolitiske analyse identificeres to økonomiske faktorer, der bør inddrages ved bedømmelsen af, om uddrag af musikværker vederlagsfrit kan benyttes i brugerskabte videoer på Vix og YouTube. De to identificerede faktorer er ikke uafhængige af hinanden, og derfor beskrives forholdet imellem dem.

Det bliver desuden analyseret, om danske domstole på nuværende tidspunkt har mulighed for at inddrage disse faktorer i bedømmelsen efter ohl § 22.

7.3 Identifikation af to økonomiske faktorer

7.3.1 Effekt på værdi eller markedet for det oprindelige værk

Når det skal vurderes, om vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer er tilladt, er det særdeles relevant at analysere, hvordan denne brug påvirker markedet eller værdien for musikværket. Dette skyldes, at ophavsmandens incitament til at skabe værket afhænger af, om denne har mulighed for at appropriere værdien af værket. Såfremt værdien af værket ikke påvirkes af brugen, vil ophavsmandens incitament heller ikke påvirkes, og der eksisterer således ingen grund til, at den omhandlede brug forbydes.

Når danske domstole skal foretage bedømmelsen efter ohl § 22 i den omhandlede situation, bør det således inddrages som en faktor, om den pågældende anvendelse påvirker markedet for eller værdien af musikværket negativt. Hvis dette ikke er tilfældet, burde det i den konkrete sag være tilladt vederlagsfrit at benytte uddrag af musikværker i en brugerskabt video. Der kan eksistere politiske eller moralske grunde til, at brugen alligevel ikke ønskes tilladt. Eksempelvis hensyn til den oprindelige ophavsmands droit moral.

7.3.2 Hensyn til dobbeltmarginaliseringsproblemet

Udover at domstolene bør tage hensyn til ovenstående, argumenteres der i denne afhandling for, at domstolene ved bedømmelsen af om vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte værker er tilladt, ligeledes bør tage hensyn til dobbeltmarginaliseringsproblemet. Hvis

der ikke tages hensyn til dobbeltmarginaliseringsproblemet, kan det betyde, at incitamenterne for den oprindelige og efterfølgende ophavsmand er inefficente, og at værker, hvor værdien er højere end skabelsesomkostningerne, ikke bliver skabt. Samfundet går på denne måde glip af potentielt værdifulde værker.

Hvis hensynet til dobbeltmarginaliseringsproblemet inddrages som en faktor, vil det ifølge analysen i kapitel 6 betyde, at følgende forhold skal undersøges:

- 1) Total værdi af det oprindelige værk
- 2) Total værdi af det efterfølgende værk
- 3) Størrelsen på eksternaliteten
- 4) Mulighed for at indgå prior agreements
- 5) Den oprindelige ophavsmands forhandlingsmagt
- 6) Den efterfølgende ophavsmands forhandlingsmagt
- 7) Konkurrence imellem det oprindelige og det efterfølgende værk

Som vurderet i afsnit 6.6 er der tilsyneladende ikke mulighed for at indgå individuelle prior agreements mellem ophavsmanden til musikværket og ophavsmanden til den brugerskabte video. Derfor vil bedømmelsen af, om citatretten tillader den omhandlede brug, være afgørende for, om ophavsmændene har incitament til at skabe værker, hvor værdien af værket overstiger skabelsesomkostningerne. Udover at citatretten vil være afgørende for ophavsmændenes incitament, vil citatretten være bestemmende for den oprindelige og den efterfølgende ophavsmands forhandlingsmagt i en efterfølgende licensforhandling.

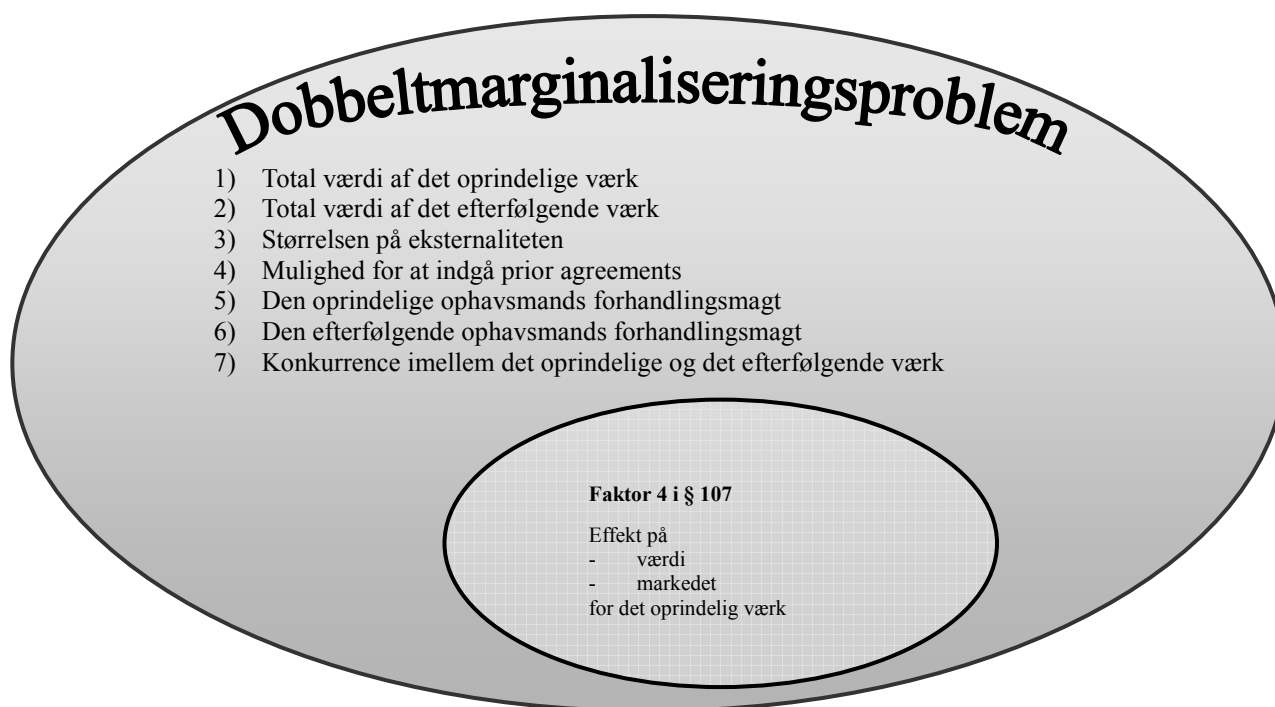
I betragtning af den betydning det har for incitament til skabelse af værker, bør dobbeltmarginaliseringsproblemet tages i betragtning ved afgørelse af, om musikciter er tilladte i brugerskabte videoer.

7.3.3 Sammenhæng mellem de to retsøkonomiske faktorer

De to retsøkonomiske faktorer identificeret ovenfor, er ikke helt adskilte. Den økonomiske faktor, der fremgår af fair use bestemmelsen, indeholder hensyn til negativ effekt på værdien af det oprindelige værk samt markedet herfor. Disse to elementer inddrages ligeledes i bedømmelsen af faktoren, der tager hensyn til dobbeltmarginaliseringsproblemet. Her vil negativ effekt på værdien af det oprindelige værk samt markedet herfor inddrages i punkt 7 vedrørende konkurrence imellem det oprindelige og det efterfølgende værk.

Forholdet mellem de to økonomiske faktorer kan derfor illustreres af figur 3. Situationer analyseret som følge af den førstnævnte økonomiske faktor, vil således være en speciel situation indenfor

dobbeltmarginaliseringsproblemet. I tilfældet hvor en brugerskabt video, der indeholder uddrag af musikværker, ikke negativt påvirker værdien af eller markedet for det oprindelige produkt, vil begge retsøkonomiske faktorer således pege på at tillade brugen.



Figur 3 Illustration af retsøkonomiske faktorer (Egen tilvirkning)

7.4 Danske domstoles mulighed for at inddrage retsøkonomi

For at de danske domstole kan inddrage retsøkonomiske argumenter, herunder de to identificerede faktorer, skal der være hjemmel hertil i en af de fire retskilder. Inden for retskilden regulering findes der ikke eksplicit hjemmel til at inddrage økonomiske faktorer hverken i ophavsretsloven eller i Infosoc-direktivet. Heller ikke de danske forarbejder nævner økonomiske faktorer, der bør inddrages i en konkret analyse efter ohl § 22. I de undersøgte afgørelser, har domstolene tilsyneladende ikke lagt vægt på, om brugen af musikcitater negativt påvirker markedet eller værdien for det oprindelige værk, eller i øvrigt på økonomiske faktorer. Det vurderes ligeledes, at der ikke findes en sædvane, der er fulgt almindeligt, stadigt og længe på området.

Domstolene har således kun mulighed for at inddrage økonomiske faktorer med hjemmel i forholdets natur. I Kulturministeriets vejledning anføres at:

Man må fx ikke citere så meget af fra en avisartikel at man forhindrer eller begrænser den økonomiske

*udnyttelse af avisen eller avisartiklen.*¹⁷⁹

Hvilket kunne tyde på, at Kulturministeriet på trods af at der ikke eksisterer øvrig hjemmel, lægger vægt på økonomiske faktorer i bedømmelsen af god skik.

Det har ikke været muligt at finde nogle eksempler på, at dommere i en afgørelse vedrørende citatbrug har anvendt denne mulighed. Dette betyder imidlertid ikke, at det ikke kan ske i fremtiden. Det vurderes imidlertid som uhensigtsmæssigt, hvis den eneste måde domstolene kan inddrage de økonomiske faktorer på, er igennem forholdets natur. Dette betyder, at det er svært gennemskueligt at få overblik over, hvordan en tvist vedrørende citatretten bliver afgjort. I det analyserede eksempel vil det være uhensigtsmæssigt for både ophavsmanden til musikværket og ophavsmanden til den brugerskabte video, hvis det ikke er forudsigeligt, hvordan en tvist imellem dem vil blive afgjort, da det fx kan hindre efficiente licensaftaler.

På grund af ovenstående forhold, vurderes det, at en ændring af ohl § 22 er nødvendig, for at de identificerede økonomiske faktorer kan inddrages i bedømmelsen på en måde, der skaber forudsigelighed i bedømmelsen efter § 22.

I tilfælde hvor benyttelsen ikke negativt påvirker værdien eller markedet for det oprindelige værk og den økonomiske faktor herom således bør være udslagsgivende for afgørelsen, kan dette stride imod de øvrige kumulative betingelser. Det vurderes således, at de kumulative betingelser ifølge ohl § 22 i nogle tilfælde burde tillade mere af den fleksibilitet der kendes fra fair use bestemmelsen.

7.5 Konklusion

I den retspolitiske analyse er der identificeret to økonomiske faktorer, der bør inddrages i bedømmelsen af, om det er tilladt at benytte uddrag af musikværker i forbindelse med brugerskabte videoer. For det første bør faktoren, som allerede eksisterer i amerikansk ret, vedrørende effekten på markedet eller værdien af det oprindelige musikværk ved benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer, inddrages. Dette skyldes, at såfremt det oprindelige værks værdi eller marked ikke påvirkes, vil den oprindelige ophavsmands incitamenter til at skabe værker heller ikke påvirkes. Der eksisterer derfor ikke en retsøkonomisk begrundelse for at forhindre benyttelsen af uddrag af musikcitater i brugerskabte videoer. Denne økonomiske faktor bør derfor i nogle situationer være udslagsgivende for den samlede bedømmelse af citatretten.

Derudover er der identificeret yderligere en økonomisk faktor, der ikke på forhånd kendes fra hverken dansk eller amerikansk ret. Faktoren vedrørende dobbeltmarginaliseringsproblemet. Hvor benyttelse af uddrag af musikværker indebærer kumulativ skabelse, bør danske domstole afveje hensynene til både den oprindelige og den efterfølgende ophavsmands incitamenter til skabelse.

¹⁷⁹ Kulturministeriet, 2006, s. 8

For at muliggøre at de to økonomiske faktorer kan inddrages ved bedømmelse efter ohl § 22, og for at sikre gennemsigtighed omkring retsstillingen, foreslås det at den nuværende ohl § 22 ændres, således at det fremgår, at økonomiske faktorer kan spille en rolle for omfanget af citatretten.

Kapitel 8: Konklusion

Denne afhandling omhandler vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer på Vix og YouTube. Da der (endnu) ikke findes en specifik undtagelse til enerettigheder efter ophavsretsloven for brugerskabt indhold, er det analyseret, om denne brug af ophavsretligt beskyttede musikværker kan være omfattet af den danske citatret og den amerikanske fair use bestemmelse. Formålet med afhandlingen er at identificere økonomiske faktorer, der bør inddrages i bedømmelsen efter ohl § 22, når det vurderes om brugerskabte videoer vederlagsfrit kan anvende uddrag af musikværker.

De faktorer, der almindeligvis inddrages i afgørelsen efter ohl § 22 og fair use bestemmelsen, er identificeret i kapitel 3 og illustreret i figur 1. For dansk rets vedkommende gælder følgende faktorer: (1) At værket er offentliggjort, (2) at god skik overholdes, herunder at der er beskyttelsesværdigt formål, (3) at omfanget er betinget af formålet, (4) at citatet bruges i et nyt selvstændigt værk og (5) at 3 trins-testen respekteres. I dansk ret vil disse faktorer være kumulative betingelser for, at citatretten finder anvendelse.

I amerikansk ret skal fire obligatoriske faktorer vurderes, disse fremgår eksplicit af section 107: (a) Formål og karakter af brug, (b) omfang, (c) værkets art samt (d) effekt på markedet eller værdien af det oprindelige værk. Herudover er der mulighed for at inddrage ikke-kodificerede faktorer.

Situationen, hvor brugerskabte videoer indeholder uddrag af musikværker, er analyseret i kapitel 5. Det konkluderes, at mange videoer på Vix ikke vil opfylde de kumulative betingelser indeholdt i dansk ret, især vil betingelserne om god skik og omfang ofte pege imod, at der er tale om lovligt citat. Efter amerikansk ret er faktorerne ikke kumulative betingelser, og derfor er det ikke nødvendigvis afgørende, hvis nogle faktorer peger imod at tillade den omhandlede brug. Da den økonomiske faktor (d) ofte vil veje tungt, vurderes det, at brugerskabte videoer oftere vil være tilladt efter amerikansk ret.

De retsøkonomiske incitamentsbegrundelserne for, i nogle tilfælde, at tillade vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer er vurderet i de økonomiske analyser i kapitel 4 og 6. I kapitel 4 analyseres Scotchmers teori omhandlende kumulativ forskning indenfor patentretten,

og det konkluderes, at dele af denne teori kan overføres til den omhandlede problemformulering under to antagelser. Disse er dels, at forskning kan sidestilles med skabelse, og dels, at kumulativ forskning ikke nødvendigvis implicerer en ændring af den oprindelige opfindelse. Ved benyttelse af Scotchmers teori identificeres et dobbeltmarginaliseringsproblem, hvilket kan begrunde, at der i nogle tilfælde vederlagsfrit kan benyttes uddrag af musikværker. I kapitel 6 analyseres de syv faktorer, der ifølge Scotchmers teori skal vurderes, når der skal skabes en efficient balance mellem incitamenter til flere opfindere eller ophavsmænd. Hvorvidt vederlagsfri benyttelse af uddrag af musikcitater bør tillades i brugerskabt indhold, afhænger af en konkret vurdering af de syv faktorer i den konkrete tvist.

I afhandlingens afsluttende integrerede retspolitiske analyse identificeres, på baggrund af de tidligere analyser, to økonomiske faktorer, der bør inddrages i analysen af om det jf. ohl § 22 er tilladt, at brugerskabte videoer indeholder musikcitater. For det første bør faktor (d) fra amerikansk ret om, hvorvidt citatet skader markedet eller værdien for det oprindelige værk, inddrages. For det andet bør det i kapitel 4 og 6 identificerede hensyn til dobbeltmarginaliseringsproblemet ligeledes inddrages. I afhandlingen konkluderes det, at såfremt der ikke ved bedømmelsen efter ohl § 22 tages hensyn til retsøkonomiske faktorer vil samfundet gå glip af den potentielle værdi, der er forbundet med brugerskabte videoer.

Kapitel 9: Perspektivering

Hjemmesider som Vix og YouTube rejser mange forskelligartede problemstillinger i forhold til ophavsretten. I denne afhandling er der fokuseret på forholdet mellem ophavsmændene til brugerskabte videoer og ophavsmændenes til oprindelige musikværker, der anvendes heri. I mange situationer vil det imidlertid være særdeles relevant for de oprindelige ophavsmænd at rette krav om kompensation i forbindelse med krænkelse af deres ophavsrettigheder mod hjemmesiden, der gør det muligt for brugerne at dele brugerskabte videoer. Dette skyldes, at det vil være enormt omfattende at rette et utal af relativt små krav imod brugere, og ligeledes, at disse brugere ofte ikke kan betale tilstrækkeligt til, at sagsanlæg kan betale sig. Rettighedshavere kan i stedet forsøge at rette deres krav direkte mod hjemmesiden, der formidler adgangen. Således har Viacom sagsøgt YouTube for over en milliard dollars for ophavsretskrænkelser.

Pladeselskaberne kan imidlertid forfølge forskellige strategier for at opnå indtjening fra den brug af musik, der sker i brugerskabte videoer. Universal følger tilsyneladende en strategi, der går ud på at sagsøge så mange som muligt, mens Warner i stedet har indgået aftaler med YouTube om, at YouTube kompenserer pladeselskabet for den brug, der foregår af de repræsenterede ophavsmænds musikværker.¹⁸⁰ På denne måde skabes en form for prior agreement mellem rettighedshavere og YouTube, som det vil være interessant at undersøge nærmere.

Der er således på flere områder en interessant udvikling i gang for ophavsretten, og fremtiden vil helt sikkert byde på mere udvikling og nye aftaleformer mellem de involverede parter. På tilsvarende vis blive det interessant at følge resultaterne af Europa-Kommissionens undersøgelse af, hvorvidt en specifik undtagelse til ophavsmændenes enerettigheder bør gælde ved brugerskabt indhold.

I denne fremstilling er der desuden argumenteret for, at Scotchmers teori om kumulativ forskning kan overføres til kumulativ skabelse indenfor ophavsretten. Dette er valgt for at illustrere, at der i forhold til benyttelse af uddrag af musikværker i brugerskabte videoer eksisterer et dobbeltmarginaliseringsproblem. Der kan dog være politiske eller moralske grunde til, at teori om kumulativ forskning indenfor patentretten ikke er egnet til at blive benyttet for ophavsretten. Der

¹⁸⁰ Artikel på <http://www.bandbase.dk/Blog/MestOmMusik/672/10-soft-og-hardwaretips-til-nybegynderen/> vedlagt som bilag 5

kan således være risiko for, at argumentet om kumulativ skabelse kan misbruges og medføre for omfattende genbrug af andres værker, således at værkers originalitet og kvalitet svækkes.

Afhandlingens resultater kan således på flere områder være inspiration for videre juridiske og økonomiske analyser.

Litteraturliste

Andersen, Mads Bryde (2005): *IT-retten*. Gjellerup.

Deichmann, Hanne Kirk (1998): *Markedsføring af parallelimporterede musikcd'er* NIR Årgang 67. s. 414-427

Deporter, B & Paris, F (2002): *Fair use and copyrights protection a price theory explanation*. International Review of Law and Economics, volume 21, issue 4, may 2002, p. 453-473.

Dratler Jr., Jay (1998): *Distilling the withces' brew of fair use in copyright law*. University of Miami Law Review, 43, 233.

Europa-Kommissionen (2008): *Grønbog Vedrørende ophavsret i videnøkonomien*. KOM(2008) 466

Evald, J & Schaumburg-Müller, S (2004): *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*. DJØF.

Gordon, Wendy (1982): *Fair use as market failure: a structural and economic analysis of the Betamax case and its predecesors* Columbia Law Review 1600-57

Heine m.fl. (2002): *Internetjura*. GadJura.

Jakobsen, Søren Sandfeld (2006): *Lærebog i elektronisk medieret*. DJØF.

Jakobsen, Søren Sandfeld, mfl. (2008): *Comments on the commision's green paper on copyright in the knowledge economy*

Kulturministeriet (2006): *God citatskik og plagiat i tekster – vejledende retningslinjer*.
<http://www.kum.dk/sw37771.asp>

Kyst, Martin (2001): *Direktivet om ophavsret i informationssamfundet*. U.2001B.305

Landes, W (1992): *Copyright Protection of Letters, Diaries and Other Unpublished Works: An Economic Approach*. The Journal of Legal Studies, vol. 21, No. 1 (January 1992) p. 79-113

Landes, W & Posner R (1989) *An Economic Analysis of Copyright Law*. The Journal of Legal Studies, vol. 18, No. 2 (June 1989) p. 325-363)

Lando, Ole (2004): *Kort indføring i komparativ ret*. DJØF.

Maskus, Keith E. (2000): *Intellectual property rights in the global economy*.

Morrison, Alan et.al. (1996): *Fundamentals of american law*. Oxford University Press.

Nielsen, Ruth & Tvarnø, Ckristina (2005): *Retskilder og retsteorier*. DJØF.

Nimmer, David (2008): *Copyright illuminated: Refocusing the diffuse U.S. Statute*. Wolters Kluwer.

Riis, Thomas (1996): *Ophavsret og retsøkonomi. Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning.* GadJura.

Rosenmeier, Morten (1996): *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker.* DJØF.

Ross, Alf (1973): *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi.* Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck.

Rybjerg, Bjørn m.fl. (2004): *Grundlæggende immaterialret.* Gjellerup.

Schovsbo, Jens & Rosenmeier, Morten (2008): *Immaterialret.* DJØF.

Schønning, Peter (2008): *Ophavsretsloven med kommentarer.* Thomson Reuters.

Scotchmer, Suzanne (1991): *Standing on the shoulders of giants: Cumulative research and the patent law.* Journal of Economic Perspectives, volume 5, number 1, winter 1991 p. 29-41

Scotchmer, Suzanne (2004): *Innovation and incentives.* The MIT Press.

Stuevold-Lassen, Birger (1999): *Retten til å sitere musikkverk.* Festskrift till Gunnar Karnell. Carlson Law Network. s. 773-784

Trzakowski, Jan m.fl. (2008): *Internetretten.* ExTuto Publishing.

Oversigt over bilag

Bilag 1: Korrespondance med KODA

Bilag 2: Korrespondance med IFPI

Bilag 3: Fair use bestemmelsen

Bilag 4: Eksempel på dansk reklame på YouTube

Bilag 5: Artikel fra www.bandbase.dk

Bilag 1 Korrespondance med KODA

Kopieret fra indbakke, således at den seneste mail er placeret øverst.

From	Grace Nguyen Suhadi <GNS@koda.dk>
Sent	Wednesday, March 4, 2009 2:48 pm
To	Lærke Louise Nielsen <lani04aj@student.cbs.dk>
Cc	
Bcc	
Subject	SV: SV: SV: KODA - kontaktformular

Hej Lærke,

KODA har desværre ikke tal på hvor mange af vores baggrundsmusik-aftaler, der indgås af privatpersoner.

Dog kan jeg oplyse, at KODA har mellem 350-400 baggrundsmusik-aftaler.

Jeg kan desværre heller ikke oplyse, hvor mange ressourcer der anvendes til at overvåge hjemmesiders musikbrug, da det er fortroligt. Dog kan jeg oplyse, at der foretages stikprøvekontroller.

Venlig hilsen

Grace Nguyen Suhadi
Medieafdelingen

KODA
Landemærket 23-25
Postboks 2154
DK-1016 København K

T: +45 33 30 6

F: +45 33 30 63 30

gns@koda.dk | www.koda.dk

-----Oprindelig meddelelse-----

Fra: Lærke Louise Nielsen [lani04aj@student.cbs.dk]

Sendt: 2. marts 2009 15:12

Til: Grace Nguyen Suhadi

Emne: Re: SV: SV: KODA - kontaktformular

Hej Grace,

Tak for din mail.

Har i statistik over hvor mange privatpersoner der betaler for brug af baggrundsmusik i videoer der lægges ud på nettet?

Hvor mange ressourcer bruger i hos KODA på at overvåge hjemmesider, med henblik på at stoppe offentlig fremførelse der ikke er betalt vederlag for?

På forhånd tak for hjælpen!

mvh.
Lærke

----- Original Message -----

From: Grace Nguyen Suhadi <GNS@koda.dk>

Date: Friday, February 27, 2009 3:10 pm

Subject: SV: SV: KODA - kontaktformular

Hej Lærke,

KODA forvalter komponister og tekstforfatteres rettigheder ved offentlig fremførelse.

Når der lægges musik ud på internettet, anses dette for offentlig fremførelse, da alle og enhver i princippet har adgang til musikken. Derfor skal der opkræves KODA-vederlag - også uanset om der er tale om YouTube eller lign. hjemmesider.

Derfor vil det være den person, som har oprettet en profil, som er ansvarlig for det uploadede materiale, der måtte ligge.

Der er stadig tale om en offentlig fremførelse, selvom musikken måtte ligge på YouTube fremfor en anden slags hjemmeside.

Dermed krænkes ophavsmandens rettigheder lige så meget på YouTube som på andre hjemmesider.

Når du taler om videofilm sondres der mellem musikvideoer, hvor der er fokus på musikken, og videoer, hvor musikken fungerer som baggrundsmusik og er noget sekundært.

Er der tale om musikvideoer er prisen dyrere for streaming eller download af denne, end hvis musikken bruges som baggrundsmusik. Dette skyldes, at musikkens relevans er større i musikvideo-sammenhæng end hvis der er tale om musikbrug for at øge oplevelsen af videoen og skabe en stemning.

Måtte du have yderligere spørgsmål, er du selvfølgelig velkommen til at kontakte mig igen.

Rigtig god weekend.

Venlig hilsen

Grace Nguyen Suhadi
Medieafdelingen

KODA
Landemærket 23-25
Postboks 2154
DK-1016 København K

T: +45 33 30 6

F: +45 33 30 63 30

gns@koda.dk | www.koda.dk

-----Oprindelig meddelelse-----

Fra: Lærke Louise Nielsen [lani04aj@student.cbs.dk]

Sendt: 27. februar 2009 12:52

Til: Grace Nguyen Suhadi

Emne: Re: SV: KODA - kontaktformular

Hej Grace,

Tak for din mail.

Jeg har nogle yderligere spørgsmål jeg håber du kan hjælpe mig med:

Den aftale der omhandler baggrundsmusik på nettet, henvender sig til hjemmesideejere, så vidt jeg kan forstå. Jeg er især interesseret i situationen hvor en privatperson indspiller et videoklip med baggrundsmusik og uploader dette videoklip på en hjemmeside der ikke er hans egen.

Hvordan skal personen forholde sig ved upload til Youtube.com? og til fx. Arto.dk eller vix.dk?

Har i erfaring med at personer henvender sig og betaler vederlag i disse situationer?

Kræver KODA betaling fra hjemmesiden der lagrer disse videoklip?

Eller ønsker i at denne type videoklip så vidt muligt fjernes fra danske hjemmesider?

På forhånd tak for hjælpen!

Venlig hilsen

Lærke

----- Original Message -----

From: Grace Nguyen Suhadi <GNS@koda.dk>

Date: Wednesday, February 4, 2009 3:32 pm

Subject: SV: KODA - kontaktformular

Hej Lærke,

Tak for din henvendelse. Det lyder som et spændende emne.
Hermed lidt info:

Priser ift. musikrettigheder til spillefilm (dvs. ikke decideret dokumentar-film)

Prisen for musik til dokumentarfilm afhænger af mange ting.
Et af elementerne er, hvad der kan forhandles frem til mellem parterne.

Derudover er det en forudsætning, at der er tale om en dansk produktion, hvor ophavsmanden er medlem af KODA.

Synkroniseringsvederlaget som NCB opkræver ligger på min. kr. 26.183,00 per spillefilm. Er flere komponister involveret udbetales

vederlaget forholdsmæssigt i forhold til den enkelte komponists andel

af den samlede musik. Denne pris gælder hovedsageligt for bestillingsmusik og er baseret på overenskomsten mellem Producenterne og NCB.

Synkroniseringsvederlaget i forhold til allerede eksisterende musik fastsættes oftest individuelt af rettighedshaveren i hvert enkelt tilfælde.

Vil du vide mere om synkroniseringsvederlaget kan du kontakte NCB tlf. nr. 33 36 87 00 eller via mail: ncb@ncb.dk <')">ncb@ncb.dk>.

Mht. KODA's opkrævning for musik på internettet afhænger prisen af hvorledes musikken bliver anvendt.

Du kan læse mere om de forskellige aftale-modeller her samt se priserne herfor:

<http://www.koda.dk/kunder/selvbetjening/Internet%2C%20mobiltelefon>

Citatrettens udstrækning

Her vil jeg henvise dig til COPYDAN, som kan kontaktes på tlf. nr. 35 44 14 00 eller via mail: copydan@copydan.dk <')">copydan@copydan.dk> .

Tvister Du kan her se et link til tvister som KODA har været indvolveret i.

Dette er et link til kendelser af Ophavsretslicensnævnet.

<http://infokiosk.dk/sw5601.asp>

Håber at dette hjalp dig lidt henad vejen.

Venlig hilsen

Grace Nguyen Suhadi
Medieafdelingen

KODA
Landemærket 23-25
Postboks 2154
DK-1016 København K

T: +45 33 30 6

F: +45 33 30 63 30

gns@koda.dk | www.koda.dk <" target="I">"
target="I"><http://www.koda.dk/>>
<"

target="I">"
target="I"><http://www.kodafiles.dk/emailgifs/kodagif.gif>>>

>

Fra: lani04aj@student.cbs.dk [lani04aj@student.cbs.dk]
Sendt: 2. februar 2009 13:46
Til: Info Post til KODA
Cc: Info Post til KODA
Emne: KODA - kontaktformular

Kontakt formular

Vedr.
info@koda.dk

By
Valby

Email
lani04aj@student.cbs.dk

Telefon
31606621

Tekst

Jeg skriver i forbindelse med at jeg skal skrive speciale på mit studie. Jeg er Cand.merc.jur. studerende på CBS og skal her i foråret skrive speciale i ophavsret og økonomisk beskyttelsesteori.

Emnet jeg er igang med at undersøge er klarering af musikrettigheder i forbindelse med dokumentarfilm, herunder musikrettigheder på internettet.

Jeg er endnu ikke nået så langt i min informationssøgning, men vil høre om i har informationer der kan være af interesse.

Er der for eksempel retningslinier eller faste priser for klarering af musik til brug i dokumentarfilm?
Hvor langt strækker citatretten sig på dette område?
Har i været involveret i tvister på dette område?

Jeg håber at høre fra jer.

Venlig hilsen
Lærke Nielsen

Afsender
Lærke Nielsen

Adresse
Kløverbladsgade 33, st.

Postnr.
2500

Denne mail er afsendt fra kontaktformularen på koda.dk. Mailen sendes CC til den afdeling der er valgt under 'Vedr'. Der sendes derudover en kontrol-mail til info@kda.dk

Bilag 2 Korrespondance med IFPI

Kopieret fra indbakke, således at den seneste mail er placeret øverst.

VS: Spørgsmål i forbindelse med speciale

Fra:  **Jesper Bay** (bay@ifpi.dk)

 Dette er muligvis en ukendt afsender. [Tilføj som afsender, der er tillid til](#) | [Marker som uønsket](#)

Sendt: 25. august 2009 13:36:51

Til: 'l_louise_n@hotmail.com' (l_louise_n@hotmail.com)

Kære Lærke,

Anja Janning har overdraget mig din mail til besvarelse. Se nedenfor:

Fra: Lærke Nielsen [mailto:l_louise_n@hotmail.com]

Sendt: 18. august 2009 10:34

Til: Anja Janning

Emne: Spørgsmål i forbindelse med speciale

Kære Anja Janning,

Jeg er Cand.merc.jur studerende på CBS og er i gang med at skrive mit speciale.

Specialet handler om musikcitater og indeholder blandt andet en komparativ analyse af dansk og amerikansk ret.

Der er i forbindelse med mine undersøgelser opstået to spørgsmål, som jeg håber I kan være behjælpelige med at svare på.

1.

I min analyse er det relevant at skelne mellem indtjening der kommer fra salg af musik (fx. CD'er, downloads, koncerter, afspilning i radio mm.) og indtjening der kommer fra licensering af musikken til brug i nye værker, eksempelvis spillefilm.

Jeg vil derfor høre om der findes statistik vedrørende pladeproducenternes indtjening og i givet fald om denne er tilgængelig?

A: IFPI udgiver hvert år et årsskrift, der relativt udførligt beskæftiger sig med selskabernes omsætning. Det træffer sig således, at et nyt årsskrift er lige på trapperne (ultimo denne uge), men i mellemtiden kan du måske have glæde af at kigge på de foregående års tal: <http://www.pladebranchen.nu/?id=482>, ligesom du finder nogle hovedtal på vores hjemmeside (www.ifpi.dk) under statistik. Licensindtægter fra det, du kalder "nye værker", indgår desværre ikke i tallene, da selskaberne ikke indberetter disse tal. Det samme gælder evt. indtægter fra koncerter og afspilning i radio. Det, du m.a.o. kan se i vores tal er salg af indspillet musik i alle formater.

2.

Det har i medierne været omtalt at IFPI har fået en aftale i stand med YouTube. I den forbindelse er jeg interesseret i at høre, hvilke videoer på YouTube der er omfattet af denne aftale? Er det alene musikvideoer eller også brugergenererede videoer hvor musik indgår, der

er omfattet?

I øvrigt er alle tilgængelige oplysninger om denne aftale af interesse.

A: Jeg ved Politiken tilbage i marts måned har refereret mig for, at der skulle være indgået en sådan aftale. Det er imidlertid ikke tilfældet, og er slet ikke noget, IFPI kan indgå aftale om centralt af konkurrencemæssige grunde. Det er de enkelte selskaber, der indgår aftaler med YouTube, og det, jeg sagde til Politiken var, at (nogle af) pladeselskaberne havde indgået sådanne aftaler. Aftalerne er forskellige, også fsva. dit meget relevante spørgsmål mht. brugergenereret indhold. Vi kender imidlertid ikke disse aftalers præcise indhold – netop fordi det er pladeselskaberne selv, der indgår dem.

Jesper Bay

Jeg håber i kan hjælpe mig med min forespørgsel og ser frem til at høre fra jer.

Med venlig hilsen

Lærke Nielsen
Kløverbladsgade 33, st.
2500 Valby
tlf. nr.: 31606621

Jeg beklager, jeg ikke kan hjælpe dig yderligere.

Mange hilsner

Jesper Bay, IFPI Danmark

Bilag 3 Fair use bestemmelsen

The Copyright Act, Title 17 of the United States Code § 107

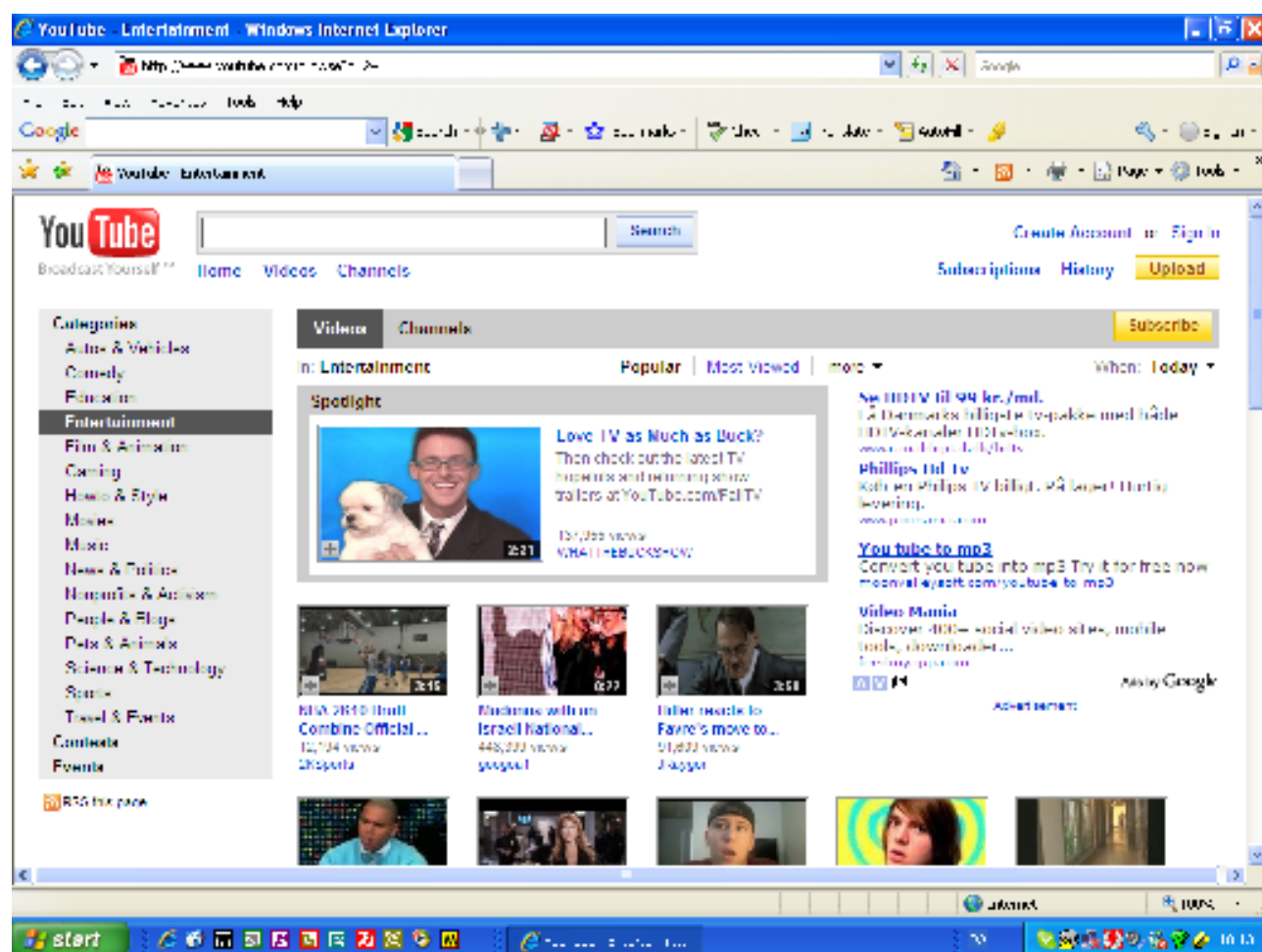
§ 107. Limitations on exclusive rights: Fair use⁴⁰

Notwithstanding the provisions of [sections 106](#) and [106A](#), the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Bilag 4: Eksempel på dansksproget reklame på YouTube



Bilag 5 artikel fra www.bandbase.dk

Artikel fundet på <http://www.bandbase.dk/Blog/MestOmMusik/672/10-soft-og-hardwaretips-til-nybegynderen/>

YouTube indgår aftale med Warner

Skrevet af [Rasmus Ardahl](#) den 20. september 2006 13:06 [0 Kommentarer](#)

Som vi kunne berette på MyMusic.dk tidligere på ugen, er Universal klar til at sønderbombe YouTube med sagsanlæg, fordi de er utilfredse med, at brugerne foruden egne videoer også uploader materiale der er copyright-beskyttet.

Nu har en anden af de store selskaber, Warner så valgt at gå en ganske anden vej. I stedet for branchens sædvanlige scare tactics har de lavet en aftale med YouTube, så selskabets kunstnere frit kan anvendes af YouTubes brugere, mod at YouTube skal reklamere for Warner i en mængde der svarer til brugen af Warners materiale.

- "Det er en stor landvinding", siger en af YouTubes stiftere, Chad Hurley, til BBC.

Det virkelig interessante er at denne forretningsmodel er en klar pendant til den model [QTrax](#) og [Spiralfrog](#) snarligt indfører med digital musik, hvor musikken kan downloades gratis mens pladeselskab og kunstnere betales gennem reklameindtægter.

En nyskabende forretningsmodel, der indeholder en erkendelse af, at kampen mod pirateri ikke kan vindes, og musik og film derfor går fra at være produkter mod at være services, hvor betaling foregår af andre kanaler end de vanlige.

Det er formentlig et spørgsmål om tid før en aftale kommer i stand mellem YouTube og Universal, og så skal det blive spændende at se om Universal virkelig ønsker at sætte sig op mod Robert Murdochs MySpace, eller om parterne finder en lignende model, til gavn for dem der bestemmer; brugerne.

