

Den 27. november 2024 blev af Ophavsretslicensnævnet

i sag nr. 127

Koda
Lautrupsgade 9
2100 København Ø

mod

Twitch Interactive, Inc.
c/o Corporation Service Company,
2710 Gateway Oaks Drive, Suite 150N, Sacramento,
CA 95833, USA

afsagt følgende

Kendelse (delafgørelse)

Indledning

Sagen angår en tvist mellem Koda og Twitch Interactive, Inc. (herefter ”Twitch”) om, hvilke vilkår der skal gælde for Twitchs brug af Kodas repertoire ved offentlig fremførelse af audiovisuelt indhold på Twitchs platform.

Sagens anlæg og forløb

Sagen blev anlagt ved Kodas indgivelse af klageskrift af 30. oktober 2023, og der har i anledning af sagen været afgivet følgende yderligere processkrifter:

- Svarskrift af 2. april 2024
- Replik af 6. maj 2024 ad formaliteten
- Duplik af 11. juni 2024 ad formaliteten
- Kodas processkrift af 28. juni 2024 ad formaliteten

Parterne har derudover fremlagt bilag 1-15 og bilag A-L.

Koda er repræsenteret af advokat David Neutzsky-Wulff, og Twitch er repræsenteret af advokat Henrik Schütze.

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

Parternes påstande

Koda har nedlagt påstand om, at Twitch skal anerkende, at Twitch fra den 1. januar 2014 skulle betale Koda et vederlag for brug af Kodas repertoire i forbindelse med Twitchs offentlige fremførelse over internettet i Danmark fastsat som en procentdel af Twitchs indtægter vedrørende denne virksomhed, beregnet som 7,75 % gange den gennemsnitlige musikprocent for de fremførte værker i alle kategorier med generelt underholdningsindhold, herunder Spil, IRL, E-sport samt Kreative, og 15 % for de fremførte værker i kategorien Musik og i øvrigt på de vilkår, der er angivet i bilag 1.

Twitch har påstået frifindelse.

Parterne er under forberedelsen af sagen blevet enige om at anmode Ophavsretslicensnævnet om forlods at tage stilling til, hvorvidt Ophavsretslicensnævnet efter ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, er kompetent til at træffe afgørelse i sagen. Nævnet har herefter besluttet at udskille kompetencespørgsmålet til særskilt afgørelse.

Sagens parter

Koda er en musikrettighedsorganisation, som forvalter ophavsrettigheder til musikværker og dertil knyttet tekst på vegne af ca. 49.000 medlemmer. Koda er godkendt af Kulturministeriet i henhold til ophavsretslovens § 75 a til på vegne af rettighedshavere (komponister, sangskrivere og musikforlag) at indgå aftaler om offentlig fremførelse af beskyttet musik.

Twitch udbyder en platform, der gør det muligt for personer og virksomheder at oprette en kanal, hvorfra de kan udsende liveindhold. Twitchs platform er tilgængelig via hjemmesiden www.twitch.tv og applikationer til mobile enheder og tv-enheder.

Sagsfremstilling

Parterne har i en årrække forhandlet med henblik på at indgå en licensaftale vedrørende brug af Kodas repertoire på Twitchs platform. Parternes uenighed har omfattet en række vilkår, herunder spørgsmålet om, hvilke indtægter, som skal indgå i beregningsgrundlaget for det vederlag, som Twitch skal betale til Koda.

Retsgrundlag

Ophavsretslovens § 52 c lyder således:

”Ved udbyder af onlineindholdsdelingstjeneste forstås en udbyder af en informationssamfundstjeneste, der har som hovedformål eller som et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde værker eller frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, som uploades af dens brugere, og som den organiserer og promoverer med det formål at opnå direkte eller indirekte profit.

Stk. 2. En udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse til almenheden af værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, når disse uploades af onlineindholdsdelingstjenestens brugere. En udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste skal søge at opnå tilladelse fra

rettighedshaverne til brug af rettigheder i henhold til 1. pkt., medmindre rettighedshaverne ikke ønsker at give en sådan tilladelse. Hvis der ikke er givet tilladelse, finder stk. 4 anvendelse.

Stk. 3. En tilladelse i medfør af stk. 2, 2. pkt., omfatter også de handlinger, der udføres af onlineindholdsdelingstjenestens brugere. Dette gælder dog ikke, når brugerne handler i kommercielt øjemed eller deres aktivitet skaber betydelige indtægter. Brugeren opnår ikke bedre retsstilling end den, som rettighedshaverne har givet til udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten.

Stk. 4. Hvis der ikke er givet tilladelse efter stk. 2, 2. pkt., er udbydere af onlineindholdsdelingstjenester ansvarlige for uautoriseret overføring til almenheden, herunder tilrådighedsstillelse, af ophavsretligt beskyttede værker og andre frembringelser, medmindre udbyderen påviser, at denne har opfyldt følgende betingelser:

- 1) Udbyderen har gjort sit bedste for at opnå en tilladelse fra rettighedshaverne.
- 2) Udbyderen har i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervs-mæssig diligenspligt gjort sit bedste for at sikre, at specifikke værker og andre frembringelser, for hvilke rettighedshaverne har givet tjenesteudbyderne de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige.
- 3) Udbyderen har handlet hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne om at forhindre tilgængeligheden af adgangen til eller fjerne de værker og andre frembringelser, der er givet meddelelse om, fra deres websteder og gjort sit bedste for at forhindre, at de fremover uploades, i overensstemmelse nr. 2.

Stk. 5. Under hensyn til proportionalitetsprincippet tages bl.a. følgende elementer i betragtning ved fastlæggelsen af, om en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste har opfyldt sine forpligtelser i henhold til stk. 4:

- 1) Tjenestens type og publikum og størrelsen og typen af værker eller andre frembringelser, som uploades af tjenestens brugere.
- 2) Tilgængeligheden af egnede og effektive midler til at forhindre adgang til uautoriseret ophavsretligt beskyttet indhold og omkostninger forbundet hermed for udbydere af onlineindholdsdelingstjenester.

Stk. 6. Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal stille en effektiv klageordning til rådighed for brugerne af deres tjenester i tilfælde af uenighed om at forhindre tilgængeligheden af eller fjernelse af værker eller frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, som brugerne har uploadet, og hvor brugerne gør gældende, at brugen er omfattet af stk. 9. Klagen skal behandles uden unødigt forsinkelse og underkastes menneskelig kontrol. Tvister mellem rettighedshaverne, udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og deres brugere om de forhold nævnt i 1. pkt. kan af hver af parterne indbringes for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47.

Stk. 7. Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal efter anmodning fra rettighedshaverne give disse tilstrækkelig præcise oplysninger om, hvordan tjenestens praksis fungerer med hensyn til det samarbejde, der er nævnt i stk. 4. Når der er

indgået licensaftaler mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere, skal tjenesteudbyderen give rettighedshaverne oplysninger om anvendelsen af de værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, der er omfattet af aftalerne.

Stk. 8. Stk. 4, nr. 2, og sidste led i nr. 3 vedrørende kravet om at have gjort sit bedste for at forhindre, at værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71 fremover uploades i overensstemmelse med stk. 4, nr. 2, finder ikke anvendelse på onlineindholdsdelingstjenester, der påviser, at de har været til rådighed for almenheden i Den Europæiske Union i mindre end 3 år, og som har en årlig omsætning på under 10 mio. euro. Hvis det gennemsnitlige antal af sådanne tjenesteudbyderes unikke besøgende pr. måned overstiger 5 millioner beregnet på grundlag af det forrige kalenderår, skal udbyderen af en onlineindholdsdelingstjeneste ligeledes påvise, at denne har gjort sit bedste for at forhindre yderligere upload af de værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, som udbyderne har modtaget meddelelse om, og som de har modtaget relevante og nødvendige oplysninger om fra rettighedshaverne.

Stk. 9. Samarbejdet i stk. 4 mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere må ikke hindre adgangen til værker eller frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, der uploades af brugere, og som ikke krænker ophavsretten eller beslægtede rettigheder. Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal i deres vilkår og betingelser informere brugerne om, at brugerne kan anvende værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71 i henhold til undtagelser fra eller indskrænkninger i ophavsretten.

I forarbejderne til § 52 c hedder det bl.a. (Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021):

"Den foreslåede § 52 c, stk. 4, indfører en særlig ansvarsordning i tilfælde af, at tjenesten ikke har indgået en aftale med rettighedshaverne efter stk. 1. Tjenesten kan således være ansvarsfri, såfremt den har opfyldt en række betingelser. Manglende overholdelse af bestemmelsen kan føre til strafansvar, jf. ophavsretslovens § 76, når overtrædelsen er forsætlig eller groft uagtsom. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens kapitel 5, jf. ophavsretslovens § 80.

Et eksempel på en lovovertrædelse kan være, at en udbyder af onlineindholdsdelingstjeneste bruger rettighedsbelagt indhold uden tilladelse fra rettighedshaverne efter den foreslåede § 52 c, stk. 2, og uden efterlevelse af handlepligterne i den foreslåede § 52 c, stk. 4. Betingelserne i § 52 c, stk. 4, nr. 1-3, er kumulative. Af nr. 1-3 fremgår det, at udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten skal "have gjort sit bedste" (i overensstemmelse med høje branchestandarder) for at opnå forskellige mål, f.eks. at indhente tilladelse fra rettighedshaveren eller at forhindre, at værker m.v. er tilgængelige på platformen. At udbyderen skal "have gjort sit bedste" skal forstås således, at udbyderen "har taget alle de skridt, som en påpasselig erhvervsdrivende ville tage" for at opfylde erhvervsmæssige diligenspligt, som følger af be-

stemmelsen, jf. betragtning nr. 66. Bestemmelsen vedrører såvel frembringelser som værker, også når sidstnævnte anvendes i alternative versioner, f.eks. optagelser fra live-koncerter eller cover-versioner.

Udtrykket "gjort sit bedste" må sprogligt forstås som at være en strengere standard end f.eks. "taget rimelige skridt", ligesom "høje branchestandarder" er en strengere norm end blot "branchestandarder". Disse høje branchestandarder bør løbende drøftes mellem rettighedshaverne og tjenesteudbyderne. Det følger heraf, at en standard, som er udviklet ensidigt af tjenesteudbyderne, ikke vil kunne anses for at være "branchestandarden".

Det er en forudsætning for eventuel ansvarsfritagelse for tjenesten, at denne først har forsøgt at indhente tilladelse fra rettighedshaverne. Det foreslås i § 52 c, stk. 4, nr. 1, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne skal have gjort deres bedste indsats for at opnå en tilladelse fra rettighedshaverne. Bestemmelsen fastlægger ikke de kommercielle vilkår, som skal gælde mellem parterne. Der kan således være tilfælde, hvor parterne ikke kan blive enige om brug af værker eller frembringelser, og en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste er således ikke forpligtet til at indgå licenser uanset vilkårene. Udbyderen vil dog derimod næppe kunne afslå vilkår, der er almindelige for tjenester af lignende art eller type, og samtidig kunne siges at have gjort sit bedste for at have indgået en aftale med rettighedshaverne. Herudover bør tjenesten også benytte muligheden for at benytte Ophavsretslicensnævnet med henblik på aftaleindgåelse i det omfang, der er adgang hertil. Når der indgås licensaftaler, vil der efter omstændighederne være mulighed for at sikre en bred rettighedsklarering gennem aftalelicensordningen, jf. den generelle aftalelicens i § 50, stk. 2."

Ophavsretslovens § 75 a, er sålydende:

"Erhvervsmæssig virksomhed, hvorved en repræsentant for indehaveren af ophavsretten eller en kontraktmæssig indehaver af denne ret indgår aftaler om offentlig fremførelse af et musikværk, der er beskyttet efter denne lov, skal godkendes af kulturministeren. Ministeren kan fastsætte nærmere vilkår for godkendelsen. Aftaler indgået i strid med 1. og 2. pkt. er ugyldige.

[...]

Stk.3. Stiller en organisation m.v., der er godkendt i henhold til stk. 1, urimelige vilkår for at meddele tilladelse til offentlig fremførelse af musikværker, kan Ophavsretslicensnævnet på begæring fastsætte vilkårene for fremførelsen. Ophavsretslicensnævnets fastsættelse af vilkår omfatter tillige vilkårene for den eksemplarfremstilling, som er nødvendig for gengivelsen, såfremt organisationen tillige repræsenterer de dermed forbundne rettigheder. § 47, stk. 2, 2. pkt., og stk. 3, finder tilsvarende anvendelse."

I forarbejderne til § 75 a (Lovforslag nr. L 141 af 10. januar 2001) hedder det bl.a. i de særlige bemærkninger til § 75 a:

”Efter forslaget til § 75 a, stk. 2 [nu: stk. 3], skal nævnet anlægge en rimelighedsvurdering ved afgørelsen af, om der foreligger et misbrug af eneretten i tilfælde, hvor KODA stiller urimelige vilkår for at meddele tilladelse til offentlig fremførelse af musikværker. Rimelighedsbedømmelsen bør foretages ud fra en samlet vurdering af den konkrete sags omstændigheder, idet der ved afgørelsen blandt andet bør lægges vægt på almene samfundsmæssige hensyn samt konkurrenceretlige hensyn, herunder princippet om ikke-diskriminering.

Det vil antagelig hyppigst være musikbrugere, som er utilfredse med KODAs tariffer, der vil indlede en klagesag med hjemmel i § 75 a, stk. 2. Også KODA har imidlertid søgsmålskompetence. I overensstemmelse med nævnets praksis vil KODA som en form for anerkendelsessøgsmål have mulighed for at indklage musikbrugere for nævnet med krav om nævnets godkendelse af bestemte vilkår.”

Parternes anbringender om kompetencespørgsmålet

I. Kodas anbringender

Koda har anført bl.a.:

Om ophavsretslicensnævnets generelle kompetence efter ophavsretsloven

Ophavsretslicensnævnet har efter ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, kompetence til at træffe afgørelse om rimeligheden af Kodas vilkår.

Lovgiver har ikke fastsat andre begrænsninger for nævnets kompetence, end at de vilkår, nævnet skal vurdere, skal angå offentlig fremførelse. Opremsningen i forarbejderne til § 75 a gør det klart, at nævnet skal foretage en bred vurdering med inddragelse af forskelligartede generelle hensyn, herunder ”samfundsmæssige hensyn”, ”konkurrenceretlige hensyn” og ”princippet om ikke-diskriminering”. Denne opremsning er ikke udtømmende.

Kulturministeriet har senest beskrevet/gentaget Ophavsretslicensnævnets kompetence i lovforslag nr. 145 om ændring af lov om ophavsret og lov om videregående kunstneriske uddannelsesinstitutioner under Kulturministeriet fremsat den 20. marts 2024.

I lovforslagets almindelige bemærkninger pkt. 2.5.2.1. er anført følgende om gældende ret:

”Ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, giver Ophavsretslicensnævnet kompetence til at vurdere, om der stilles urimelige vilkår i disse aftaler for så vidt angår offentlig fremførelse.

[...]

Ophavsretslicensnævnet kan på baggrund af partsindlæg foretage en vurdering af, om en given aftale for brug af rettigheder er rimelig. Hensigten med nævnet er, at tvisterne skal kunne afgøres af en gruppe uvildige og sagkyndige personer på en

enklere, hurtigere og billigere måde, end hvis sagen skulle behandles af domstolene.”

Der er ikke belæg i ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, eller dennes forarbejder, for at Twitchs indsigelser begrundet i E-handelsloven, DSA-forordningen og ophavsretslovens § 52 c skulle bringe sagen udenfor nævnets kompetence.

Ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, tillader nævnet efter behov at inddrage enhver retlig regulering i det omfang dette er nødvendigt for at vurdere rimeligheden af Kodas vilkår for at meddele tilladelse til offentlig fremførelse af musikværker og efter omstændighederne fastsætte disse vilkår.

En eventuel inddragelse af de af Twitch påberåbte retsregler vil således ske som en integreret del af nævnets rimelighedsvurdering.

Efter Kodas opfattelse er der ikke hjemmel i ophavsretsloven til at anmode nævnet om at forholde sig til særskilte retsspørgsmål. En forlods besvarelse af de af Twitch benævnte ”præjudicielle” spørgsmål vil netop have karakter af responderende virksomhed, da nævnet ikke får anledning til at træffe afgørelse om aftalevilkårene i en konkret tvist om aftalevilkår, herunder om vederlagets størrelse, sådan som det forudsættes i ophavsretslovens § 75 a, stk. 3.

Der kan i den forbindelse henvises til nævnets afgørelse i kendelse nr. 118, side 13:

”Da en stillingtagen til klagers påstand 2-5 forudsætter, at Ophavsretslicensnævnet tager stilling til, hvornår der foreligger offentlig fremførelse, har nævnet ikke kompetence til at tage disse påstande under påkendelse. Ophavsretslicensnævnet tager i øvrigt ikke stilling til eller afgiver udtalelser om spørgsmål af generel karakter, men træffer afgørelser i konkrete tvister om aftalevilkår, herunder om vederlagets størrelse.”

Nævnets kompetence er således kendetegnet ved, at det kan træffe afgørelse i konkrete sager med inddragelse af og hensyntagen til den samlede retlige regulering, men at det ikke kan udtale sig særskilt om spørgsmål vedrørende denne retlige regulering. Parterne er således enige om, at det ikke hører under Ophavsretslicensnævnets kompetence at drive responderende virksomhed, men har forskellige opfattelser af, hvad dette nærmere indebærer.

Ophavsretslicensnævnets sag nr. 78 omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt og i givet fald med hvilket beløb, Copydan og Koda kunne kræve vederlag for kabelviderespredning af TV-kanalerne TV 3 og 3+. De indklagede, der omfattede ejere af kabelanlæg, påstod afvisning og gjorde bl.a. gældende, at tvisten reelt vedrørte spørgsmålet om, hvor vidt TV 3 og 3+ (når bortses fra Koda-rettighederne) havde erhvervet retten til kabelviderespredning, og at dette spørgsmål henhørte under domstolene og ikke Ophavsretslicensnævnet.

Nævnet valgte ved delafgørelse afsagt den 3. juli 2000 ikke at afvise sagen.

Ophavsretslicensnævnet udtalte i den forbindelse:

”Ophavsretslicensnævnet finder, at det må høre under nævnets kompetence som led i en stillingtagen til klagernes vederlagskrav at tage stilling til det rejste præjudicielle spørgsmål om, i hvilket omfang TV 3 og 3+ kan anses at have erhvervet de rettigheder til kabelviderespredning, som tilkommer andre rettighedshavere end dem, der repræsenteres af KODA.”

Som det fremgår af det citerede, kan nævnet tage stilling til retlige spørgsmål, der ikke isoleret betragtet vedrører vilkårs rimelighed, hvis det sker som et nødvendigt led i en sådan rimelighedsvurdering.

Koda er imidlertid ikke bekendt med, at nævnet nogensinde har udskilt sådanne retlige spørgsmål til særskilt og forlods behandling.

Praksis om Ophavsretslicensnævnets kompetence

Når Ophavsretslicensnævnet bedømmer rimeligheden af Kodas vilkår, foretager nævnet som beskrevet ovenfor en ”samlet vurdering” af den konkrete sags omstændigheder. I den forbindelse vil nævnet naturligt inddrage og anvende retsnormer uden for ophavsretsloven.

Der er flere eksempler i nævnspraksis på, at musikbrugeren gør gældende, at Koda misbruger en dominerende stilling, jf. f.eks. nævnets sager nr. 106, 117 og 119.

Sådanne indsigelser medfører ikke, at en sag falder uden for nævnets kompetence. Ophavsretslicensnævnet inddrager i stedet konkurrenceretlige hensyn i dets vurdering af, om de tilbudte vilkår er urimelige. Se f.eks. nævnets kendelse i sag nr. 106, side 40:

”Selv om der ikke program for program er nogen direkte sammenhæng mellem indtægter og musikanvendelse, finder nævnet på den anførte baggrund ikke grundlag for at fastslå, at KODA's krav over for de indklagede om anvendelse af en omsætningsbestemt tarif er urimeligt eller i strid med konkurrenceretlige regler, herunder artikel 82 EF, jf. herved også EU Kommissionens indlæg til EF-domstolen i den verserende sag forelagt af den svenske Marknadsdomstol.”

Twitch har henvist til Ophavsretslicensnævnets sag nr. 118, hvor nævnet udtalte, at det ikke har kompetence til at afgøre, hvornår der er tale om offentlig fremførelse i medfør af ophavsretslovens § 2, og at dette spørgsmål henhører under de almindelige domstole. Efter Kodas opfattelse kan situationen i sag nr. 118 ikke sammenlignes med situationen i den foreliggende sag.

Som beskrevet ovenfor fremgår det udtrykkeligt af ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, at nævnet kan fastsætte vilkårene for at meddele tilladelse til ”offentlig fremførelse”. Det er velkendt, at nævnet ikke kan træffe afgørelse om, hvornår der er tale om offentlig fremførelse og dermed en ophavsretligt relevant handling.

Den foreliggende sag, som vedrører ansvar for onlineindholdsdelinger, er fundamentalt anderledes, idet der her ikke er tvivl om, at der sker en ophavsretligt relevant handling – en overføring til almenheden – som der som udgangspunkt skal betales ophavsretsvederlag for.

Når en tjeneste omfattes af ophavsretslovens § 52 c, jf. DSM-direktivets art. 17, følger det af bestemmelsen i stk. 2, at tjenesteudbyderen – her Twitch – anses for at foretage en overføring til almenheden af de musikværker mv., der uploades af tjenestens brugere.

Dette er et direkte ansvar og ikke et medvirkensansvar for brugernes adfærd. Hertil kommer, at en tilladelse, som tjenesten indhenter hos rettighedshaveren eller forvaltningsorganisationen, ikke kun omfatter tjenestens egen overføring, men også brugernes overføring, jf. § 52 c, stk. 3. Ophavsretslovens § 52 c behandles nedenfor.

Parterne er således ikke i en situation svarende til Ophavsretslicensnævnets sag nr. 118, hvor nævnet blev anmodet om at afgøre, hvornår der var tale om offentlig fremførelse i medfør af ophavsretslovens § 2.

Ophavsretslicensnævnet slog i delafgørelse af 2. oktober 2012 (sag nr. 117) fast, at det ikke er en forudsætning for, at nævnet kan realitetsbehandle en sag, at begge parter tilslutter sig en sådan behandling. Denne retstilstand skal ses i lyset af, at tjenesten, her Twitch, kan vælge at indbringe nævnets afgørelse for domstolene, hvis Twitch ikke er tilfreds hermed. Ophavsretslicensnævnet fastsætter heller ikke selve tilladelsen ved sin afgørelse. Kodas eneret er i behold, og Koda kan heller ikke bruge en nævnsskendelse som eksekutionsgrundlag overfor en tjeneste som Twitch. Der er tale om en form for anerkendelsessøgsmål, der har til formål at afklare, om Kodas vederlagskrav er rimeligt eller ej, og i benægtende fald, hvad der så er et rimeligt vederlag.

Der ses således heller ikke at være nogen reale hensyn, der taler for at afskære nævnets kompetence i den foreliggende sag.

Twitch har anført, at der ikke er taget stilling til, om nævnet har kompetence til at fortolke ophavsretslovens § 52 c, herunder om Twitch skal kategoriseres som en ”onlineindholdsdelingstjeneste” – hvilket Twitch i øvrigt bestrider at være.

Udgangspunktet er, at nævnet er kompetent til at inddrage retsregler og retsnormer, der er relevante for bedømmelsen af, hvad der er et rimeligt vederlag, herunder om en musikbruger ikke skal betale vederlag grundet ansvarsfrihed, jf. den ikke udtømmende henvisning til inddragelse af retsprincipper og relevant lovgivning.

Efter Kodas opfattelse må det have stået lovgiver klart, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester, der som Twitch foretager offentlig fremførelse af musikvær-

ker, vil påberåbe sig ansvarsfritagelsen i § 52 c, stk. 4. Hvis det var lovgivers hensigt, at nævnet i denne situation ikke skulle være kompetent til at fastsætte vilkårene for den nævnte fremførelse, jf. ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, havde lovgiver gjort bemærkning herom ved indsættelsen af § 52 c, hvilket lovgiver ikke har gjort.

Lovgiver synes tværtimod at have forudsat, at nævnet også her skal spille en central rolle.

Bemærkningerne til lovforslag nr. L 205 fremsat den 26. marts 2021, der indsatte § 52 c i ophavsretsloven, indeholder således en reference til forholdet mellem ansvarsgrundlaget, pligten til at indhente tilladelse og Ophavsretslicensnævnets rolle, jf. de specielle bemærkninger til forslaget § 1, nr. 14:

”Det er en forudsætning for eventuel ansvarsfritagelse for tjenesten, at denne først har forsøgt at indhente tilladelse fra rettighedshaverne. Det foreslås i § 52 c, stk. 4, nr. 1, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne skal have gjort deres bedste indsats for at opnå en tilladelse fra rettighedshaverne. Bestemmelsen fastlægger ikke de kommercielle vilkår, som skal gælde mellem parterne. Der kan således være tilfælde, hvor parterne ikke kan blive enige om brug af værker eller frembringelser, og en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste er således ikke forpligtet til at indgå licenser uanset vilkårene. Udbyderen vil dog derimod næppe kunne afslå vilkår, der er almindelige for tjenester af lignende art eller type, og samtidig kunne siges at have gjort sit bedste for at have indgået en aftale med rettighedshaverne. Herudover bør tjenesten også benytte muligheden for at benytte Ophavsretslicensnævnet med henblik på aftaleindgåelse i det omfang, der er adgang hertil. Når der indgås licensaftaler, vil der efter omstændighederne være mulighed for at sikre en bred rettighedsklarering gennem aftalelicensordningen, jf. den generelle aftalelicens i § 50, stk. 2.”

Lovgiver har således klart forudsat, at nævnet vil spille en rolle på området ”i det omfang, der er adgang hertil”, altså i det omfang, der er hjemmel til at inddrage nævnet. Det er der i nærværende sag.

Ophavsretslicensnævnet udtalte følgende i sin kendelse af 13. december 2016 (sag nr. 118), s. 13: ”Ophavsretslicensnævnet tager i øvrigt ikke stilling til eller afgiver udtalelser om spørgsmål af generel karakter, men træffer afgørelser i konkrete tvister om aftalevilkår, herunder om vederlagets størrelse.”

Koda og Twitch har nu i mere end ■■■ forhandlet lige præcis dette spørgsmål, nemlig hvilke aftalevilkår, der skal gælde, og hvilket vederlag, der skal betales for Twitchs overføring til almenheden af musikværker på Twitchs platform.

Twitch har selv anført, at man har været til stede på det danske marked siden 2014, og at parterne siden ■■■ har forhandlet om vilkårene i en aftale uden at blive enige.

Twitch har bekræftet, at Twitch har forhandlet med Koda siden [REDACTED]. Twitch har oplyst, at selskabet har indgået [REDACTED] licensaftaler med [REDACTED] forskellige musikforvaltningsorganisationer i andre lande. Twitch påberåber sig indholdet af disse aftaler.

En situation som den foreliggende, hvor Koda og brugeren forgæves har ført detaljerede forhandlinger om en licensaftale i [REDACTED], og hvor brugeren efter eget udsagn har licensaftaler med Kodas søsterselskaber i en lang række andre lande, og hvor der ikke er opnået enighed om en licensaftale på grund af uenighed om rimeligheden af Kodas vederlagskrav, understøtter i sig selv, at vurderingen efter E-handelsloven, DSA forordningen og ophavsretslovens § 52 c bør ligge inden for Ophavsretslicensnævnets kompetence.

Det vil derudover savne mening og stride imod formålet med § 75 a, stk. 3, hvis Koda ikke kunne få denne helt konkrete tvist forelagt for og afgjort af Ophavsretslicensnævnet.

Koda har som godkendt forvaltningsorganisation, jf. ophavsretslovens § 75 a, stk. 1, ret til at anmode nævnet ("på begæring") om at vurdere, hvorvidt Koda stiller urimelige vilkår for at meddele en tilladelse, jf. § 75 a, stk. 3. Nævnet kan tage stilling til dette spørgsmål, uanset om Twitch påberåber sig ansvarsfritagelse efter E-handelslovens §§ 14-16, DSA-forordningens artikel 4-6 eller ophavsretslovens § 52 c, stk. 4.

Kernen i parternes uenighed er og har i hele forhandlingsperioden været, om Kodas vilkår er rimelige eller ej.

Koda gør gældende, at Ophavsretslicensnævnet er kompetent til at bedømme spørgsmål om ansvarsfrihed efter reglerne i E-handelslovens §§ 14-16, DSA-forordningens artikel 4 6 og ophavsretslovens § 52 c, stk. 4.

Hvis Ophavsretslicensnævnet mod forventning finder, at nævnet ikke har kompetence til at vurdere, om Twitch er ansvarsfritaget efter de påberåbte regler, gøres det gældende, at nævnet i givet fald må kunne foretage en rimelighedsbedømmelse med forbehold af disse spørgsmål, som parterne så efterfølgende må få afgjort ved domstolene.

Ophavsretslicensnævnet har i sag nr. 116 vurderet, om nævnet kan tage stilling til spørgsmålet om vederlaget, uanset at der er uenighed om ansvaret for betaling. Lige som i denne sag var der enighed om, at der forelå offentlig fremførelse. Audio & Visual gjorde gældende, at det for en del af den omtvistede ikke var dette danske selskab, der skulle betale for brug af komponistrettighederne, men et udenlandsk selskab (der stod for overføringen udspring). I nævnets præmisser anføres følgende:

"Der er endvidere anledning til indledningsvist at fremhæve, at nævnet – som også anført af begge parter – ikke kan tage stilling til, hvorvidt og i givet fald for hvilken

periode der overhovedet består en pligt for Audio & Visual til at betale vederlag til Koda. Nævnet tager således stilling til vederlagets størrelse for det tilfælde og i det omfang, en pligt til at betale vederlag fastslås i den verserende justifikationssag.”

I selve afgørelsen bestemmes det:

”Thi bestemmes [...] I det omfang, Audio & Visual ApS er pligtig at betale vederlag til Koda, skal Audio & Visual anerkende, at [...]”

I denne sag afviser nævnet således ikke at behandle vederlagstvisten, men henskyder spørgsmålet, om modparten overhovedet skal betale, til domstolene. Selv hvis nævnet ikke anser sig for kompetent til at træffe afgørelse om ansvarsspørgsmålet efter ophavsretslovens § 52 c, kan nævnet således stadig træffe afgørelse om vederlaget.

II. Twitchs anbringender

Twitch har anført bl.a.:

Om Ophavsretslicensnævnets kompetence

Twitch bestrider at være ansvarlig for den eventuelle brug af ikke-cleared musikværker i brugergenereret indhold på Twitchs tjeneste. Selv hvis Twitch var, er Twitch ansvarsfritaget i medfør af E-handelslovens §§ 14-16 og DSA-forordningens artikler 4-6 både før og efter 7. juni 2021, hvor ophavsretslovens § 52 c trådte i kraft.

Der er hverken i ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, eller bestemmelsens forarbejder taget stilling til, om nævnet har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt en onlinetjeneste, der videreformidler brugergenereret indhold, er ansvarlig for det brugergenererede indhold, og, i bekræftende fald, om onlinetjenesten er ansvarsfritaget efter E-handelsloven og DSA-forordningens bestemmelser.

Der er heller ikke taget stilling til, om nævnet har kompetence til at fortolke ophavsretslovens § 52 c, herunder hvorvidt en onlinetjeneste, der indklages af Koda, skal kategoriseres som en "onlineindholdsdelingstjeneste" (på engelsk, "online content sharing service provider", herefter "OCSSP") efter § 52 c, stk. 1, hvilke rettigheder OCSSPen skal forhandle om at klare efter § 52 c, stk. 2-3, og i hvilken udstrækning § 52 c er lex specialis i forhold til E-handelsloven og DSA-forordningen og dermed fraviger ansvarsfritagelsesreglerne.

I lovbemærkningerne til § 52 c anføres alene følgende om nævnets kompetence:

"Det foreslås i § 52 c, stk. 4, nr. i, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne skal have gjort deres bedste indsats for at opnå en tilladelse fra rettighedshaverne. Bestemmelsen fastlægger ikke de kommercielle vilkår, som skal gælde mellem parterne. Der kan således være tilfælde, hvor parterne ikke kan blive enige om brug af værker eller frembringelser, og en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste er således ikke forpligtet til at indgå licenser uanset vilkårene. Udbyderen vil dog

næppe kunne afslå vilkår, der er almindelige for tjenester af lignende art eller type, og samtidig kunne siges at have gjort sit bedste for at have indgået en aftale med rettighedshaverne. Herudover bør tjenesten også benytte muligheden for at benytte Ophavsretslicensnævnet med henblik på aftale indgåelse i det omfang, der er adgang hertil."

Lovbemærkningerne forudsætter, at nævnet skal have en funktion i sager, der involverer fortolkningen af § 52 c, dog med forbeholdet "i det omfang, der er adgang hertil".

I sag nr. 118 nedlagde Koda påstand om afvisning over for påstande, der forudsatte, at nævnet skulle tage stilling til, om bestemte aktiviteter udgjorde offentlig fremførelse efter ophavsretslovens § 2. Nævnet udtalte, at det ikke har kompetence til at afgøre, hvornår der foreligger offentlig fremførelse i medfør af ophavsretslovens § 2:

"For så vidt angår Koda følger det af ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, at Ophavsretslicensnævnet kan fastsætte vilkårene for fremførelsen, hvis Koda stiller urimelige vilkår for at meddele tilladelse til offentlig fremførelse af musikværker. [...] Ophavsretslicensnævnet har derimod ikke kompetence til at afgøre, hvornår der er tale om offentlig fremførelse i medfør af ophavsretslovens § 2. Dette spørgsmål hører under de almindelige domstole."

Hvorvidt det også falder uden for nævnets kompetence at tage stilling til de præjudicielle spørgsmål om (i) Twitchs direkte ansvar eller (ii) ansvar for medvirken for brugergenereret indhold, (iii) Twitchs fritagelse efter E-handelsloven og DSA-forordningen for et sådant ansvar, samt (iv) Twitchs ansvar efter ophavsretslovens § 52 c, er uafklaret.

Twitch finder, at nævnet bør tage materielt stilling til disse præjudicielle spørgsmål, og at nævnet ikke bør realitetsbehandle Kodas påstand, hvis Twitch ikke er ansvarlig for offentlig fremførelse af brugergenereret indhold på Twitchs Tjeneste (som defineret nedenfor) og dermed ikke er rette sagsøgte i sagen.

De forudgående hjemmelsspørgsmål, som Twitch anmoder nævnet om at tage stilling til i en indledende afgørelse på skriftligt grundlag, kan sammenfattes således:

Vedrørende perioden indtil og med 6. juni 2021:

- a) Giver ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, Ophavsretslicensnævnet hjemmel til at træffe afgørelse om, (i) hvorvidt Twitch har været ansvarlig for medvirken til offentlig fremførelse af musikværker i indhold, der er skabt af og transmitteret på twitch.tv ("Twitchs Tjeneste") af brugere af Twitchs Tjeneste ("Brugergenereret Indhold"), og, i bekræftende fald, (ii) hvorvidt Twitch i medfør af E-handelsloven § 14, § 15 og/eller § 16 har været fritaget for ansvar i medfør af ophavsretsloven for denne offentlige fremførelse?

Vedrørende perioden fra og med 7. juni 2021:

- b) Giver ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, Ophavsretslicensnævnet hjemmel til at træffe afgørelse om fortolkningen af ophavsretslovens § 52 c, herunder hvorvidt Twitch er en "onlineindholdsdelingstjeneste" i medfør af stk. 1, hvilke rettigheder Twitch i givet fald som udgangspunkt skal og/eller har krav på at klare i medfør af stk. 2-3, og rækkevidden af ansvarsfritagelsen i stk. 4?
- c) Giver ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, Ophavsretslicensnævnet hjemmel til at træffe afgørelse om, hvorvidt Twitch i perioden 7. juni 2021 indtil og med 15. februar 2024 i medfør af E-handelsloven § 14, § 15 og/eller § 16 har været fritaget for ansvar i medfør af ophavsretsloven for offentlig fremførelse af musikværker, der har været indeholdt i Brugergeneret Indhold på Twitchs Tjeneste transmitteret af brugere?
- d) Giver ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, Ophavsretslicensnævnet hjemmel til at træffe afgørelse om, hvorvidt Twitch fra 16. februar 2024 i medfør af DSA-forordningens artikel 4, 5 og/eller 6 har været og/eller er fritaget for ansvar i medfør af ophavsretsloven for offentlig fremførelse af musikværker, der har været og/eller er indeholdt i Brugergeneret Indhold på Twitchs Tjeneste?

Spørgsmålene angivet under a)-d) oven for betegnes herefter "Hjemmelsspørgsmålene".

Twitchs processuelle anmodninger til Ophavsretslicensnævnet

For det tilfælde, at Hjemmelsspørgsmålene besvares bekræftende, gør Twitch gældende, at nævnet da bør udskille den materielle afgørelse af rækkevidden af § 52 c, medvirkensansvarsspørgsmålet og ansvarsfritagelsesspørgsmålene til særskilt behandling og afgørelse.

Twitch har følgende processuelle anmodninger til Ophavsretslicensnævnet:

Anmodning nr. 1:

Twitch anmoder Ophavsretslicensnævnet om at tilkendegive, hvorvidt vidneerklæringerne kan indgå i sagen på engelsk.

Anmodning nr. 2:

Twitch anmoder Ophavsretslicensnævnet om at tilkendegive, hvorvidt vidnerne kan afhøres på engelsk under den mundtlige forhandling i nævnet ved hjælp af telekommunikation med billede.

Anmodning nr. 3:

Twitch anmoder Ophavsretslicensnævnet om i en delkendelse på skriftligt grundlag at afgøre Hjemmelsspørgsmålene.

Anmodning nr. 4:

Såfremt Ophavsretslicensnævnet besvarer Hjemmelsspørgsmålene bekræftende, anmoder Twitch nævnet om at opdele sagens videre behandling således, at nævnet herefter først tager stilling til,

- a) om Twitch er ansvarlig for medvirken til offentlig fremførelse af musikværker indeholdt i Brugergenereret Indhold transmitteret af brugere på Twitchs Tjeneste, der blev foretaget i perioden 1. januar 2014 til og med 6. juni 2021,
- b) i bekræftende fald, om Twitch er fritaget for dette ansvar i medfør af E-handelslovens § 14, § 15, og/eller § 16,
- c) om Twitchs Tjeneste fra og med 7. juni 2021 skal kvalificeres som en "onlineindholdsdelingstjeneste" i medfør af ophavsretslovens § 52 c, stk. 1, og
- d) om Twitch fra og med 7. juni 2021 har været, og fortsat er, fritaget for ansvar i medfør af ophavsretsloven for offentlig fremførelse af musikværker i Brugergenereret Indhold på Twitchs Tjeneste i medfør af E-handelsloven, DSA-forordningen og/eller ophavsretslovens § 52 c, stk. 4.

Såfremt Ophavsretslicensnævnet besvarer Hjemmelsspørgsmålene bekræftende, anmoder Twitch i den forbindelse om, at nævnet giver parterne mulighed for yderligere skriftveksling vedrørende spørgsmål a)-d) (herefter "De Præjudicielle Spørgsmål"), og at nævnet træffer afgørelse om De Præjudicielle Spørgsmål på baggrund af yderligere skriftveksling og en mundtlig forhandling.

Twitchs anbringender

Twitchs hovedanbringender til støtte for Processuel Anmodning nr. 3 og 4 er:

- a) Ophavsretslicensnævnet bør træffe afgørelse om, hvorvidt nævnet har hjemmel i ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, til at afgøre Hjemmelsspørgsmålene.
- b) Har nævnet ikke hjemmel til at træffe afgørelse vedrørende Hjemmelsspørgsmålene, bør nævnet ikke realitetsbehandle Kodas påstand som den pt. er formuleret, idet nævnets afgørelse da får karakter af responderende virksomhed.
- c) Har nævnet hjemmel, er det hensigtsmæssigt for sagens videre behandling, at Ophavsretslicensnævnet beslutter at afgøre De Præjudicielle Spørgsmål under en forudgående særskilt hovedforhandling på baggrund af yderligere skriftveksling mellem parterne, hvilket vil afklare om, og i bekræftende fald i hvilken udstrækning, Twitch er rette sagsøgte for Kodas påstand vedrørende Brugergenereret Indhold på Twitchs Tjeneste.

Anbringenderne uddybes kort neden for.

Vedr. Twitchs Processuelle Anmodning nr. 3:

Koda gør gældende, at nævnet efter ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, har hjemmel til at træffe materiel afgørelse vedrørende De Præjudicielle Spørgsmål.

Koda gør imidlertid også gældende – hvis nævnet måtte beslutte, at det ikke har hjemmel til at afgøre De Præjudicielle Spørgsmål – at nævnet desuagtet bør påkende Kodas nuværende påstand.

Nævnet vil i så fald skulle påkende Kodas påstand under en bestridt (og som påvist af Twitch, juridisk ubegrundet) forudsætning om, at Twitch er ansvarlig for alt brugergenereret indhold på Twitchs Tjeneste – der siden tjenestens start den 1. januar 2014 har udgjort langt størstedelen af indholdet på tjenesten – både før og efter 7. juni 2021.

I fravær af en positiv afgørelse vedrørende de Præjudicielle Spørgsmål, vil sagen alene angå en licenserings- og betalingspligt, som nævnet ikke vil kunne bestemme rækkevidden af, og som derfor må anses for teoretisk. Afsiger nævnet desuagtet kendelse om vilkår og vederlag for musikværker i brugergenereret indhold på Twitchs tjeneste, får nævnets kendelse karakter af at være responderende virksomhed, hvilket nævnet ifølge kendelsen i sag nr. 118 ikke beskæftiger sig med. Dette er baggrunden for Twitchs anbringende om, at nævnet i en sådan situation ikke bør realitetsbehandle Kodas påstand. Dette anbringende fastholdes.

Dette skal ikke forstås således, at Twitch søger at undgå, at sagen behandles ved Ophavsretslicensnævnet. Det skal forstås således, at det er centralt for Twitch, at nævnet tager behørigt hensyn til den samlede retlige regulering af onlinetjenesters ansvar efter gældende ret forud for og efter 7. juni 2021, hvilket Koda også er enig i.

Det bemærkes i den forbindelse, at Twitchs forhandlinger om en licensaftale med Koda, der har omfattet Brugergenereret Indhold på Twitchs Tjeneste, var begrundet i et ønske om at bistå streamerne med at klare de musikrettigheder, de eventuelt måtte have behov for at klare. Twitch har aldrig accepteret at være (endsige juridisk at have været) ansvarlig for offentlig fremførelse af musikværker indeholdt i brugergenereret indhold transmitteret af brugere på Twitchs tjeneste, hverken for perioderne før og efter 7. juni 2021. Dette har været Twitchs utvetydige position under hele forhandlingsforløbet.

Til det, som Koda har anført vedrørende delkendelsen i sag nr. 117 bemærkes særligt, at sag nr. 117 vedrørte tvangslicensen i ophavsretslovens § 68, stk. 2, 1. pkt., hvorefter musikbrugeren efter loven havde ret til at udsende udgivne lydoptagelser forvaltet af Gramex og (ubestridt) havde en pligt til at betale vederlag til Gramex for udsendelserne. Det var ikke en sag vedrørende Kodas forvaltningsområde, hvor licenserings- og betalingspligten er bestridt og derfor må afgøres. Resultatet fra sag nr. 117 bør allerede af den grund ikke overføres på nærværende sag.

Vedr. Twitchs Processuelle Anmodning nr. 4:

De Præjudicielle Spørgsmål har principiel og vidererækkende betydning for parterne.

Nærværende sag er den første for nævnet om onlinetjenesters eventuelle ansvar for musikværker indeholdt i Brugergenereret Indhold, og da lovgivningen har fastslået og fortsat fastslår såkaldt "safe-harbor"-beskyttelse vedrørende ansvar for online-tjenester som Twitch, bør det afklares, om en tjeneste som Twitch er rette sagsøgte for Kodas påstand vedrørende Brugergenereret Indhold efter gældende ret både forud for og efter 7. juni 2021. Det er sagligt begrundet at anmode nævnet om at afklare dette under en forudgående delhovedforhandling for så vidt, at nævnet har hjemmel hertil.

Vedrørende de Præjudicielle Spørgsmål a)-b) ovenfor, der vedrører perioden 1. januar 2014 til og med 6. juni 2021, bemærkes, at det er Kodas byrde at bevise, at Twitch har været medvirkensansvarlig for den eventuelle brug af musikværker i Brugergenereret Indhold. Twitch bestrider, at Koda har løftet, eller vil kunne løfte, denne bevisbyrde.

Twitchs bevisførelse vedrørende denne periode vil være koncentreret om de faktuelle omstændigheder, der efter E-handelslovens §§ 14-16 vil være relevante for vurderingen af, at Twitchs Tjeneste er en informationssamfundstjeneste, og for vurderingen af, at tjenesten for så vidt angår det Brugergenererede Indhold omfattes af ansvarsfritagelserne i § 14, § 15 og/eller § 16, således at Twitch under alle omstændigheder er ansvarsfritaget. Idet bevisførelsen vil godtgøre, at Twitch er omfattet af bestemmelserne om ansvarsfritagelse ("safe harbor"), vil nævnet ikke være forpligtet til at fastsætte vilkår og vederlag for musikværker i Brugergenereret Indhold vedrørende perioden til og med 6. juni 2021.

Vedrørende de Præjudicielle Spørgsmål c)-d) ovenfor, der vedrører perioden fra 7. juni 2021, bemærkes tilsvarende, at det er Kodas byrde at bevise, at Twitch er en "onlineindholdsdelingstjeneste" i medfør af ophavsretslovens § 52 c, stk. 1. Twitch bestrider, at Koda har løftet, eller vil kunne løfte, denne bevisbyrde. Nævnet vil derfor heller ikke være forpligtet til at fastsætte vilkår og vederlag for musikværker i Brugergenereret Indhold i denne periode.

Twitchs bevisførelse vedrørende denne periode vil være koncentreret om de faktuelle omstændigheder, der efter ophavsretslovens § 52 c, stk. 1, indebærer, at Twitchs Tjeneste ikke er en onlineindholdsdelingstjeneste, og de faktuelle omstændigheder, der er relevante for bedømmelsen i henhold til § 52 c, stk. 4.

Twitchs bevisførelse vedrørende ansvarsfritagelse for Brugergenereret Indhold efter E-handelslovens §§ 14-16 og (aktuelt) DSA-forordningens artikler 4-6 for perioden efter 6. juni 2021 vil i det væsentlige være sammenfaldende med bevisførelsen vedrørende De Præjudicielle Spørgsmål a)-b), idet Twitchs Tjeneste i det væsentlige er uændret i dag. Idet bevisførelsen endvidere vil godtgøre, at Twitch er omfattet af bestemmelserne om ansvarsfritagelse ("safe harbor") for denne efterfølgende periode, vil nævnet ikke være forpligtet til at fastsætte vilkår og vederlag for musikværker i Brugergenereret Indhold for perioden.

Bevisførelsen og de retlige spørgsmål vedrørende De Præjudicielle Spørgsmål er ikke relateret til indholdet af Kodas tarif- og vederlagsvilkår, jf. bilag 1.

De er relateret til, om der overhovedet er retligt grundlag for at rejse sag mod Twitch ved Ophavsretslicensnævnet vedrørende musikværker indeholdt i Bruger-genereret Indhold på Twitchs Tjeneste før og efter 7. juni 2021. Dette spørgsmål skal enten besvares benægtende eller bekræftende. Det er ikke et moment blandt flere, der kan indgå mere uformelt som et led i en rimelighedsvurdering efter § 75 a, stk. 3, som indikeret af Koda i replikken på side 2, 3. nye afsnit.

Det er endvidere hensigtsmæssigt at få De Præjudicielle Spørgsmål afklaret forud for, at parterne investerer yderligere tid og ressourcer i skriftveksling (og i en hovedforhandling) vedrørende indholdet af Kodas tarif- og vederlagsvilkår, jf. bilag 1.

Ophavsretslicensnævnets begrundelse og resultat

Den foreliggende sag angår, om de vilkår, som Koda har stillet over for Twitch for brug af Kodas repertoire, herunder den vederlagsmodel, som Koda anvender, opfylder det rimelighedskrav, der følger af ophavsretslovens § 75 a, stk. 3.

Rimelighedsbedømmelsen efter § 75 a, stk. 3, bør efter bestemmelsen foretages ud fra en samlet vurdering af den konkrete sags omstændigheder, idet der ved afgørelsen blandt andet bør lægges vægt på almene samfundsmæssige hensyn samt konkurrenceretlige hensyn, herunder princippet om ikke-diskriminering.

Hvis en organisation, der er godkendt i henhold til § 75 a, stk. 1, stiller urimelige vilkår for at meddele tilladelse til offentlig fremførelse af musikværker, kan Ophavsretslicensnævnet på begæring fastsætte vilkårene for fremførelsen.

Ophavsretslicensnævnet bemærker indledningsvis, at nævnet i sin praksis har fastslået, at det ikke er en forudsætning for nævnets kompetence til at behandle en sag, at begge parter ønsker nævnets behandling af sagen, jf. nævnets delafgørelse af 2. oktober 2012 i sag nr. 117. Nævnet er kompetent til at behandle en sag, hvis blot én af parterne kræver dette.

Twitch bestrider at være ansvarlig for den eventuelle brug af ikke-clearede musikværker i brugergenereret indhold på Twitchs tjeneste. Selv hvis dette var tilfældet, mener Twitch, at man er ansvarsfritaget i medfør af §§ 14-16 i E-handelsloven (lov nr. 227 af 22. april 2002) og artikel 4-6 i DSA-forordningen (Forordning 2022/1925 af 14. september 2022) både før og efter 7. juni 2021, hvor ophavsretslovens § 52 c trådte i kraft.

Der er ifølge Twitch hverken i ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, eller bestemmelsens forarbejder taget stilling til, om nævnet har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt en onlinetjeneste, der videreformidler brugergenereret indhold, er ansvarlig for det brugergenererede indhold, og, i bekræftende fald, om onlinetjenesten er ansvarsfritaget efter E-handelsloven og DSA-forordningens bestemmelser. Der er

ifølge Twitch heller ikke taget stilling til, om nævnet har kompetence til at fortolke ophavsretslovens § 52 c.

Efter Ophavsretslicensnævnets opfattelse er udgangspunktet, at nævnet ved udøvelsen af sin kompetence efter ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, kan inddrage den retlige regulering, der måtte være relevant ved nævnets afgørelse af, om de vilkår for at meddele tilladelse til offentlig fremførelse af musikværker, der er stillet af en organisation som Koda, må anses for rimelige.

Lovgiver kan vælge at fravige dette udgangspunkt. Der er imidlertid ikke i ophavsretslovens § 75 a, stk. 3, eller dennes forarbejder, holdepunkter for, at en parts indsigelser med henvisning til E-handelsloven, DSA-forordningen eller ophavsretslovens § 52 c medfører, at en tvist falder uden for nævnets kompetence.

På det foreliggende grundlag finder Ophavsretslicensnævnet, at nævnet er kompetent til at realitetsbehandle sagen, og at de spørgsmål, som Twitch har betegnet ”Hjemmelsspørgsmålene”, derfor kan besvares bekræftende.

Nævnet bemærker, at denne beslutning træffes på et tidspunkt, hvor nævnet i sagens natur ikke har haft mulighed for at foretage en tilbundsgående undersøgelse af de retsregler, der skal inddrages ved bedømmelsen af sagen.

Ophavsretslicensnævnet er opmærksom på, at der i en sag kan forekomme spørgsmål, som falder uden for nævnets kompetence, og som det tilkommer domstolene at tage stilling til. Dette afskærer imidlertid ikke nævnet fra at behandle de spørgsmål, som henhører under nævnets kompetence. Nævnet bemærker herved, at nævnets endelige afgørelse i en sag i sin helhed kan prøves ved domstolene.

Der er således heller ikke reale hensyn, der taler for at afskære nævnets kompetence i den foreliggende sag.

Eftersom Ophavsretslicensnævnet kan besvare ”Hjemmelsspørgsmålene” bekræftende, udestår nævnets stillingtagen til, om sagens videre behandling, som anført af Twitch, skal opdeles således, at nævnet forlods tager særskilt stilling til Twitchs processuelle anmodninger.

Da Ophavsretslicensnævnet ved denne delkendelse har taget stilling til Hjemmelsspørgsmålene, har nævnet samtidig forholdt sig til Twitchs anmodning nr. 3.

Som svar på anmodning nr. 1 og nr. 2 bemærker Ophavsretslicensnævnet, at vidneerklæringer kan indgå i sagen på engelsk, og at vidner kan afhøres på engelsk under den mundtlige forhandling i nævnet ved hjælp af telekommunikation med billede.

Anmodning nr. 4 omfatter fire spørgsmål (af Twitch betegnet ”De Præjudicielle Spørgsmål”), som alle er af mere generel karakter uden direkte at relatere sig til de vilkår, som parternes uenighed angår. En besvarelse af spørgsmålene fører derfor

ikke til, at nævnet træffer afgørelse om aftalevilkårene i en konkret tvist. En isoleret besvarelse af de fire spørgsmål vil derfor reelt udgøre responderende virksomhed, hvilket falder uden for Ophavsretslicensnævnets kompetence. De Præjudicielle Spørgsmål vil derfor ikke blive udskilt til særskilt behandling.

Ophavsretslicensnævnet finder på denne baggrund, at nævnet er kompetent til at realitetsbehandle sagen, og at sagen vil blive behandlet, uden at dele af den udskilles til særskilt behandling.

Spørgsmålet om betaling af udgifterne ved nævnets behandling af denne del af sagen afgøres i forbindelse med nævnets endelige afgørelse i sagen.

Thi bestemmes

Ophavsretslicensnævnet er kompetent til at realitetsbehandle denne sag. Sagen vil blive behandlet, uden at dele af den udskilles til særskilt behandling.



Jan Schanz Christensen



Vibeke Borberg



Asger Heine Jensen