

Dansk ophavsrets fleksibilitet

En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens
fortolkningsmæssige grænser

Jacob Linkis



Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Dansk ophavsrets fleksibilitet

Jacob Linkis

Dansk ophavsrets fleksibilitet

En retsdogmatisk analyse af
ophavsretslovens
fortolkningsmæssige grænser

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2017

Jacob Linkis
Dansk ophavsrets fleksibilitet
– En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser

1. udgave, 1. oplag

© 2017 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Stine Trampe, Tramperiet

Tryk: Toptryk Grafisk, Gråsten

Printed in Denmark 2017

ISBN 978-87-574-3498-9
E-bog ISBN 978-87-7198-027-1

Udgivet med støtte fra
Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under AC



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Forord

Med denne bog udgives med visse tilføjelser og ændringer min ph.d.-afhandling, som blev forsvaret på Aarhus Universitet 2. marts 2015. Projektet bag ph.d.-afhandlingen tog oprindeligt sin begyndelse under min specialeskrivning hos professor, ph.d. Morten Rosenmeier, og med denne udgivelse – der med stor sandsynlighed ikke var sket, hvis ikke det var for samme Morten Rosenmeiers vedholdende opfordringer hertil – afsluttes projektet for nuværende.

Ophavsretten er i mange henseender en paradoksal retsdisciplin. Det er i sig selv uvist, om formålet bag reglerne rent faktisk varetages af de pågældende regler, eller om formålet snarere forhindres heraf. Hertil kommer, at det tilmed står til diskussion, hvad der helt nøjagtigt er formålet med ophavsretten. Og uanset hvad kommer man ikke udenom, at der jævnligt opstår konkrete problemstillinger, hvor ophavsretten udfordres på sin egen logik og eksistensberettigelse. Sådanne problemstillinger opstår tilmed hyppigere og hyppigere som følge af den hastige udvikling inden for teknologi, medier og kommunikation, hvortil kommer globaliseringen.

De paradoksale karakteristika ved ophavsretten udgør en udfordring for den retsdogmatiske forskning om ophavsretten. Med denne afhandling har jeg dog ikke desto mindre forsøgt at begå sådan retsdogmatisk forskning. Denne ambition har voldt mig mange kvaler undervejs i arbejdet med projektet, men har også gjort projektet særdeles spændende og udfordrende at arbejde med. Det skal ikke være nogen hemmelighed, at det jeg er nået frem til i afhandlingen ikke på alle punkter svarer til det, jeg oprindeligt forestillede mig, jeg ville nå frem til. Dette skyldes ikke mindst, at der de seneste år er afsagt en stor mængde ophavsretlige EU-domme, og disse har også løbende tvunget mig til at se på mine foreløbige teser og konklusioner med fornyet blik.

Jeg skylder en stor tak til min hovedvejleder på projektet, professor, lic. jur. Palle Bo Madsen samt min bivejleder advokat Peter Schønning. Derudover skal kontorfuldmægtig Helle Møldrup Christensen have stor tak for korrekturlæsning af manuskriptet. En tak skal også lyde til gode forskerkollegaer på Aarhus Universitet samt på Stockholms Universitet, hvor jeg var på studieophold i efteråret 2012. Sidst, men ikke mindst, skal min bedre halvdel Sara Tanderup have stor tak dels for kærvkommen hensyntagen un-

Forord

der den afsluttende skrivning, dels for at have kommenteret manuskriptet som ikke-jurist.

Bogen udgives med økonomisk støtte fra Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under hovedorganisationen Akademikerne. Den er tilgængelig som gratis e-bog på www.ubva.dk. Jeg retter en stor tak til UBVA for støtten.

Jacob Linkis, Frederiksberg, november 2016

Indholdsfortegnelse

Forord	5
Forkortelser, kaldenavne og særligt om litteraturhenvisninger ..	11
DEL I. Indledning	13
1. Afhandlingens emne, formål og afgrænsning	13
2. Afhandlingens teser	19
3. Metode	21
3.1. Den retsdogmatiske metode	21
3.2. Prognoseanalyser	23
3.3. Retskilderne og deres retskildeværdi	26
DEL II. Internalisering	37
4. Indledning	37
5. Indskrænkende fortolkninger af enerettens elementer	38
5.1. Internalisering i eksemplarfremsstillingsretten	40
5.2. Internalisering i tilgængeliggørelsesretten	44
5.2.1. Overføring til almenheden	48
5.2.2. Spredning	57
6. Udvidende fortolkninger af indskrænkninger	60
6.1. Udvidende fortolkning af OPHL § 4, stk. 2	60
6.2. Udvidende fortolkning af låneregler – tretrinssystemet	64
7. Konklusion	75
DEL III. Ulovbestemte indskrænkninger	79
8. Indledning	79
9. Betingelserne for ulovbestemte indskrænkninger	80
9.1. EU-retlige betingelser	80
9.1.1. Hjemmel	80
9.1.2. Implementering	82
9.1.2.1. Implementering i lovforarbejder	85
9.1.2.2. Implementering ved retspraksis	88

9.1.2.3.	Implementering ved retsgrundsætninger og -principper	90
9.2.	Nationalretlige betingelser	91
9.2.1.	»Retstomt rum«	92
9.2.2.	Retskildegrundlag	94
9.2.2.1.	Lovforarbejder	94
9.2.2.2.	Retspraksis	96
9.2.2.3.	Retsgrundsætninger og -principper	97
10.	Ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret?	98
10.1.	De minimis non curat lex	98
10.1.1.	Indledning	98
10.1.2.	EU-retten	101
10.1.2.1.	Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o	101
10.1.2.2.	De minimis uden eksplicit direktivhjemmel ..	103
10.1.3.	De danske retskilder	108
10.1.3.1.	Motivbemærkningen til 1961-loven	109
10.1.3.2.	Motivbemærkningen til 2002-lovændringen ..	111
10.1.3.3.	De lovbestemte indskrænkninger (OPHL kap. 2)	112
10.1.3.4.	Den juridiske litteratur	129
10.1.3.5.	Retspraksis	137
10.1.4.	Sammenfatning og delkonklusion	163
10.2.	Parodier	166
10.2.1.	Indledning	166
10.2.2.	Indsnævring af problemstillingen – forskellige typer af parodier	169
10.2.3.	EU-retten	174
10.2.3.1.	Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, og implementeringen heraf	174
10.2.3.2.	EU-Domstolens dom i sag C-201/13 (Johan Deckmyn)	176
10.2.4.	De danske retskilder	180
10.2.4.1.	Frem til 1961-loven	181
10.2.4.2.	Fra 1961-loven til 1995-loven	187
10.2.4.3.	Fra 1995-loven til infosoc-direktivet	198
10.2.4.4.	Efter infosoc-direktivet	202
10.2.5.	Sammenfatning og delkonklusion	210
11.	Konklusion	215

DEL IV. Rettighedskollisioner	219
12. Indledning	219
13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning	223
13.1. Rettighedskollisioner og hensynskollisioner	224
13.2. Ophavsrettens retlige karakter	226
13.3. Ingen forrang i tilfælde af rettighedskollisioner	232
13.4. Pligts subjektet for den kolliderende rettighed	233
13.5. Lovgivers afværgelse af rettighedskollisioner	235
13.6. Den retlige konsekvens af en rettighedskollision	238
14. Kollisioner med EU-markedsretten	240
14.1. Afvisningen af forrangs- og territorialitetsprincipper	241
14.2. Har harmoniseringen af ophavsretten afværget kollisioner med markedsretten?	244
14.3. Ophavsrettens særlige genstand og hovedfunktion	254
14.4. Proportionalitetsprincippet	259
15. Kollisioner med grundlæggende rettigheder	260
15.1. Anerkendelse af rettighedskollisioner som (ophavs) retligt fænomen	261
15.2. Betydningen af harmonisering	266
15.3. Afvisningen af forrangsprincipper	267
15.4. Rettighedernes kerne	269
15.5. Medlemsstaternes skønsmargin	273
15.6. Proportionalitetsprincippet	275
16. En almen ophavsretlig kollisionsdoktrin	277
17. Konklusion	282
DEL V. Afslutning	285
18. Samlet konklusion	285
19. De lege ferenda	289
Retspraksis	297
Litteratur	303
Stikordsregister	311

Forkortelser, kaldenavne og særligt om litteraturhenvisninger

1933-loven: Lov nr. 149 af 26. april 1933 om Forfatterret og Kunstnerret

1961-loven: Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker

1995-loven: Lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret

1998-lovændringen: Lov nr. 407 af 26. juni 1998 om ændring af ophavsretsloven (Databaser, digital eksemplarfremsstilling til undervisningsbrug mv., gengivelse af kunstværker mv.)

2002-lovændringen: Lov nr. 1051 af 17. december 2002 om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser mv.)

2003-lovændringen: Lov nr. 997 af 9. december 2003 om ændring af ophavsretsloven (Revision af blankbåndsortningen, kopiering til privat brug mv.)

Betænkning 1931: Betænkning vedrørende revision af lov af 1. april 1912 om forfatterret og kunstnerret

Betænkning 1951: Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948

Betænkning 1063/1986: Betænkning nr. 1063/1986, Billedret (6. delbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen)

Betænkning 1197/1990: Betænkning nr. 1197/1990, Revision af ophavsretslovgivningen (slutbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen)

BKV: Bernerkonventionen af 9. september 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker med senere revisioner

Databasedirektivet: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser

Edb-direktivet: Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (kodificeret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer)

EIPR: European Intellectual Property Review

EMRK: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

EUC: Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

*EU-Domstolen**: Den Europæiske Unions Domstol

FT: Folketingstidende

GRL: Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov

IIC: International Review of Intellectual Property and Competition Law

Forkortelser, kaldenavne og særligt om litteraturhenvisninger

Infosoc-direktivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

IPQ: Intellectual Property Quarterly

JIPLP: Journal of Intellectual Property Law & Practice

Leje- og lånedirektivet: Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodificeret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret)

Menneskerettighedsdomstolen: Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

NIR: Nordiskt Immaterialt Rättsskydd

*Ophavsretsloven/OPHL***: 1995-loven med senere ændringer, jf. lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014

Satellit- og kabeldirektivet: Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelser via satellit og viderespredning pr. kabel

TEU: Traktat om Den Europæiske Union

TEUF: Traktat om Den Europæiske Unions funktionsmåde

UfR: Ugeskrift for Retsvæsen

* EU-Domstolen benævnes EU-Domstolen også for så vidt angår tiden før Lissabontraktaten, hvor domstolens officielle betegnelse var EF-domstolen.

** Ophavsretsloven forkortes OPHL, når der henvises til en specifik bestemmelse eller et specifikt kapitel i loven (dvs. f.eks. »OPHL § 2« eller »OPHL kap. 2«). I alle andre tilfælde forkortes loven ikke, men skrives ved sit kaldenavn »ophavsretsloven«.

Særligt om litteraturhenvisninger:

Litteraturhenvisninger er angivet i fodnoterne med hovedforfatter(e), titel, udgave og år. Dette resulterer i lidt fyldigere fodnoter, end hvis der var anvendt forkortelser for hvert værk, men giver den fordel, at alle nødvendige oplysninger for at finde det relevante værk altid står på den side, som værket har relevans for. Oplysninger, der ikke er nødvendige for at finde de pågældende værker, dvs. eventuelle medforfattere, eventuelle undertitler samt forlagsoplysninger, angives ikke i fodnoterne, men kan findes i litteraturfortegnelsen.

Indledning

1. Afhandlingens emne, formål og afgrænsning

Det bliver ofte fremhævet af såvel jurister som ikke-jurister, at ophavsretten er for bred eller ufleksibel, hvilket angiveligt skulle resultere i uhensigtsmæssige udfald på ophavsretlige tvister, hvad enten disse afgøres inden- eller udenretligt. Ifølge synspunktet har den ophavsretlige beskyttelse en for vid udstrækning, og loven indeholder ikke tilstrækkelige muligheder for at tage hensyn til omstændighederne i de enkelte sager og derved nå til rimelige resultater. Synspunktet er ikke nødvendigvis, at alle ophavsretlige tvister eller problemstillinger lider under dette, men blot at der i visse tilfælde og med hensyn til visse typer værksanvendelse opstår situationer, hvor enten nogle mere fleksible eneretsbeføjelsesdefinitioner eller nogle flere eller mere fleksible indskrænkingsregler ville være at foretrække.¹

Det bliver som argument for synspunktet ofte anført, at den samfundsmæssige og teknologiske udvikling fordrer en større fleksibilitet i de ophavsretlige

1. Jf. eksempelvis David Francis Lublin & Peter Kaas, *Ophavsrettens demokratiske paradoks*, 1. udgave 2009, s. 159 ff., Stina Teilmann-Lock, *Ophavsrettens krise*, i Morten Rosenmeier & Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i krise*, 1. udgave 2011, s. 11 ff., P. Bernt Hugenholtz & Martin Senftleben, *Fair Use in Europe*, 1. udgave 2011, s. 4, P. Bernt Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, i Rochelle Cooper Dreyfuss m.fl. (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 1. udgave 2001, EIPR 2008.489 (Christophe Geiger, Jonathan Griffiths, Reto M. Hilty, *Towards a balanced interpretation of the three step test in copyright law*), IIC 2008.178 (Christophe Geiger, *Flexibilising copyright – remedies to the privatisation of information by copyright law*), IIC 2006.371 (Christophe Geiger, *Constitutionalising intellectual property law*), IIC 2005.842 (Christophe Geiger, *Creating copyright limitations without legal basis, the »Buren« decision, a liberation*), IPQ 2009.428 (Jonathan Griffiths, *The three-step test in European copyright law – problems and solutions*), samt Jonathan Griffiths, *Constitutionalising or harmonising – the Court of Justice, the right to property and the European copyright law*, i *European Law Review* 2013, s. 65 ff.

regler, eftersom vilkårene for de goder, som ophavsretten regulerer, afgørende har ændret sig. Man kan diskutere, om det forholder sig sådan. På den ene side må det erindres, at det altid har været ophavsrettens grundvilkår, at eksemplar fremstillingsteknikker og tilgængeliggørelsesmetoder opfindes og udvikles.² På den anden side er der næppe tvivl om, at overgangen fra analoge til digitale medier samt opfindelsen og udbredelsen af internettet har ændret vilkårene for ophavsretten i et ganske betydeligt omfang, som næppe er set tidligere i ophavsrettens historie. Enhver kan i dag fra en computer i hjemmet foretage såvel eksemplar fremstilling som tilgængeliggørelse uden tab af kvalitet og ofte til en meget lav pris, hvis ikke omkostningsfrit. De retlige problemstillinger dette har skabt kan ikke ignoreres, men det er et uafklaret spørgsmål, hvorvidt problemstillingerne allerede lader sig håndtere under den gældende ophavsretslovgivning, der som udgangspunkt er teknologineutral og som udgangspunkt altid har haft som vilkår, at teknik og medier ændrer sig.

Det er ikke hensigten med denne afhandling at tage stilling til det ovenfor nævnte synspunkts rigtighed, hvilket næppe heller ville være muligt, idet der i vidt omfang er tale om et retspolitisk spørgsmål. Derimod er det hensigten med afhandlingen retsdogmatisk at undersøge, hvor stor grad af fleksibilitet det nuværende retsgrundlag frembyder. Spørgsmålet er med andre ord, hvor fastlagt retstilstanden er fra lovgivers side, dvs. hvor stor retsskabelse eller fortolkningsvirksomhed der i sidste ende er overladt til domstolene. Formålet er altså ikke at foretage en retspolitisk vurdering af, om den givne fleksibili-

2. Det kan som eksempel fremhæves, at Torben Lund i 1933 bl.a. skrev flg.: »Hvad der i særlig Grad gav Stødet hertil [dvs. revisionen af Bernerkonventionen i 1928], var den i disse Aar stedfundne stærke Udvikling af de tekniske Gengivelsesmaader for Forfatter- og Musikværker (Radio, Film)«, jf. Torben Lund, *Loven om forfatterret og kunstnerret*, 1. udgave 1933, s. 20. Et andet eksempel er Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 21: »I løbet af det 20. arbundrede skifter billedet. Efterspørgslen efter værker af alle mulige arter – til undervisning såvel som til underholdningsformål – stiger enormt, hjulpet frem af den nye formidlingsteknik: grammofonplader, film, radio og fjernsyn. Formidlingen industrialiseres, og ophavsmændenes traditionelle forhandlingspartnere, forlæggere og teaterdirektører, kommer til at stå mere og mere i skyggen af store kommercielle eller hel- og halvstatslige foretagender, der ofte ser på opbavsretten som en urimelig hindring for den lette og frie adgang til værkeme, som de ønsker at have. »Samfundsmæssige hensyn« påberåbes i stigende grad af disse store foretagender og af politikerne til gunst for en begrænsning af ophavsretten. Samtidig viser det sig, at den ophavsretlige eneret, der er kernen i beskyttelsen er svær at administrere overfor mange af de nye former for udnyttelse af værker, som den tekniske udvikling muliggør. Det er den ændrede struktur på formidlingsområdet og den teknologiske revolution, der idag skaber de væsentligste problemer for ophavsretten.«

tetsgrad medfører en uhensigtsmæssig retstilstand, men derimod retsdogmatisk at afdække den nævnte fleksibilitetsgrads niveau og karakter. Herved kan et mere oplyst grundlag for den nævnte retspolitiske diskussion forhåbentlig også tilvejebringes.

Spørgsmålet har ikke tidligere været undergivet en bredere tematisk behandling i dansk retsvidenskab, men retspraksis og litteratur lægger i princippet altid en forudsætning om svaret på det til grund. Således må domstolene nødvendigvis i enhver sag gøre sig nogle overvejelser om, hvilke fortolkningsmuligheder og skønsmuligheder de er overladt i ophavsretslovgivningen, ligesom den juridiske forfatter i sin beskrivelse eller analyse af retstilstanden nødvendigvis må forudsætte nogle rammer for fortolkningen af lovens bestemmelser. Det er målet med denne afhandling at give en generel og systematisk beskrivelse og analyse af alle de retskilder, der er relevante for ophavsrettens fleksibilitet, med henblik på herved at afklare de fortolkningsmæssige grænser for ophavsretten.

Behovet for en sådan analyse er særligt stort i dag, hvor ophavsretten er en temmelig regelkompleks retsdisciplin. Først og fremmest er ophavsretten i dag reguleret på tre planer, nemlig 1) på *internationalt, folkeretligt niveau* i kraft af en række internationale konventioner, først og fremmest Bernerkonventionen, TRIPs-trakaten og WIPO-traktaten, 2) på *supranationalt niveau* i form af en efterhånden ganske omfattende direktivharmonisering af ophavsretten i EU-medlemsstaterne, navnlig i form af infosoc-direktivet fra 2001, og 3) på *nationalt niveau* i form af de nationale danske regler, som skal være i overensstemmelse med såvel EU-direktiverne som de internationale konventioner. Alle de nævnte reguleringer har betydning for dansk ophavsret og dennes udstrækning og fleksibilitet, og som rets-anvender kan man derfor ikke nøjes med en fortolkning af de nationale danske regler i form af ophavsretsloven, men må ofte foretage en fortolkning af reguleringerne på alle tre planer for at kunne fastlægge, hvilken udstrækning og fleksibilitet, ophavsrettigheder har i Danmark.

I denne afhandling vil fokus imidlertid som udgangspunkt kun være på de to sidstnævnte planer, dvs. det nationale og det supranationale plan. Dette skyldes først og fremmest, at EU-retten må forudsættes at være i overensstemmelse med de internationale konventioner, og at det generelt må betragtes som meget lidt sandsynligt, at dette ikke er tilfældet, hvorfor inddragelse af det folkeretlige plan næppe ville ændre afhandlingens resultater, men blot skabe unødig kompleksitet i fremstillingen. De internationale konventioner vil derfor kun blive inddraget i særlige tilfælde, f.eks. hvor de indeholder fortolkningsbidrag til de EU-retlige eller nationale regler.

Kompleksiteten ophører imidlertid ikke med de omtalte tre ophavsretlige reguleringsniveauer. Der er nemlig grund til at antage – hvilket dog er et selvstændigt underspørgsmål, som behandles i *Del IV* – at også ikke-ophavsretlige reguleringer undertiden kan få betydning for ophavsrettens fortolkning, herunder fleksibilitet. Dette synes at være tilfældet med såvel visse EU-markedsretlige grundregler samt med grundrettigheder. Sidstnævnte er i øvrigt også reguleret på såvel internationalt, supranationalt og nationalt plan.³

Fleksibilitet i ophavsretten vil på et helt overordnet plan kunne tænkes i to henseender, nemlig 1) i forhold til betingelserne for ophavsretlig beskyttelse, dvs. i værkslæren, og 2) i forhold til omfanget af en ophavsrettighed, dvs. når det i henhold til værkslæren er fastslået, at en sådan eksisterer. Denne afhandling omhandler alene sidstnævnte spørgsmål, og i alle afhandlingens analyser er det således forudsat, at en ophavsrettighed eksisterer, dvs. at værksbetingelserne er opfyldt. Enkelte steder, f.eks. i *afsnit 10.1* om *de minimis* og i *afsnit 10.2* om parodier, gøres der dog for fuldstændighedens skyld nogle bemærkninger om værkslæren og dennes betydning for problemstillingerne. Men bortset fra sådanne bemærkninger angår afhandlingen ikke betingelserne for, hvornår en frembringelse nyder ophavsretlig beskyttelse. Værkshøjdekra- vet, også kaldet originalitetskravet, behandles altså ikke i afhandlingen, der i alle sine analyser forudsætter, at en sådan ophavsretlig beskyttelse eksisterer. Det skal dog bemærkes, at mange af de i afhandlingen behandlede mere generelle EU-retlige harmoniseringsproblemstillinger *mutatis mutandis* også foreligger i relation til værkslæren, idet originalitetskravet nu lader til at være blevet totalharmoniseret i EU-Domstolens retspraksis, navnlig i form af *sag C-5/08 (Infopaq I)*. Den eventuelle EU-harmonisering af værksbetingelserne er i øvrigt nu blevet behandlet i Eleonora Rosatis ph.d.-afhandling fra 2012 om »*Judge-Made EU Copyright Harmonisation: The Case of Originality*«.⁴ Desuden er værksbetingelsernes eventuelle fleksibilitet i et vist omfang tidligere behandlet i dansk retsvidenskab af Morten Rosenmeier i dennes ph.d.-afhandling fra 2001 om *Værkslæren i ophavsretten*.⁵ Sidstnævnte har dog i sagens natur ikke haft mulighed for at tage *sag C-5/08 (Infopaq I)*, der først

3. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) er, udover at være en international konvention, også en del af national dansk ret, jf. lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med senere ændringer. EU-retten indeholder nu også en kodificering af grundrettighederne i form af EU-charteret om grundlæggende rettigheder (EUC).
4. Afhandlingen er nu udgivet som bog, dog med en anden titel, jf. Eleonora Rosati, *Originality in EU Copyright – Full Harmonization through Case Law*, 1. udgave 2013.
5. Jf. Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave 2001.

blev afsagt i 2009, i betragtning.⁶ Afgrænsningen i forhold til værkslæren skyldes først og fremmest omfangsmæssige hensyn og kan i den forbindelse passende anses for retfærdiggjort af, at behandlingen af dette emne har været selvstændige ph.d.-afhandlinger værdig.

Udover at afhandlingen ikke angår værksbetingelserne, er den afgrænset i to andre henseender. For det første beskæftiger afhandlingen sig principielt alene med ophavsretten og ikke med naborettighederne. Dette skyldes udover et omfangsmæssigt hensyn dels, at fremstillingen ville blive meget forstyrret af konstante tilføjelser om de mange naborettigheder, dels at disse tilføjelser formentlig alligevel i vidt omfang ville bestå af bemærkninger om, at konklusionerne om ophavsretten må gælde *mutatis mutandis* for naborettighederne. For det andet beskæftiger afhandlingen sig alene med de økonomiske enerettigheder og ikke de ideelle rettigheder, også kaldet *droit moral*. Baggrunden for denne afgrænsning er først og fremmest, at afhandlingen i vidt omfang søger at fastlægge betydningen af EU-harmoniseringen af ophavsretten, og da *droit moral* netop ikke er omfattet af denne harmonisering og i øvrigt er båret af helt andre hensyn end den økonomiske eneret, ville de samme spørgsmål i relation til *droit moral* kræve parallelle analyser gennem hele afhandlingen og i øvrigt udvide afhandlingens omfang betydeligt. Uanset at *droit moral*-beskyttelsen ikke indgår i afhandlingens emne, vil det dog enkelte steder, f.eks. i afsnit 10.2 om parodier, blive relevant at diskutere retskilder, der principielt alene omhandler *droit moral*, men i relation til hvilke det er nødvendigt at foretage en diskussion af, om de også har betydning for fortolkningen af de økonomiske rettigheder.

Afhandlingens emne kan på baggrund af ovenstående bestemmes som spørgsmålet om, hvilken fleksibilitet der er til rådighed for domstolene eller andre retsmyndigheder ved fastlæggelsen af en ophavsrettigheds økonomiske beskyttelsesomfang efter den danske ophavsretslov. Behandlingen og besvarelsen af dette spørgsmål inddeles i afhandlingen i tre dele, der hver især angår mere konkretiserede problemstillinger. Disse tre underproblemstillinger vil udgøre en udtømmende behandling af det overordnede emne, idet der dog naturligvis ikke kan tages højde for eventuelle fremtidige lovændringer.

Afhandlingen er disponeret således, at det dels undersøges, hvilken udstrækning og fleksibilitet der gælder for eneretsbeføjelserne (*Del II*), herefter hvorvidt der er mulighed for domstolene til i deres praksis at skabe såkaldt ulovbestemte indskrænkninger (*Del III*), og endelig undersøges det, hvad der

6. For en diskussion og gennemgang af EU-Domstolens praksis om værksbetingelserne og dennes betydning for dansk ophavsret se derfor i stedet Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 74 ff.

må antages at være retstilstanden i de tilfælde, hvor ophavsretten kolliderer med andre rettigheder, og hvor der ikke er taget højde for dette i lovgivningen (*Del IV*).

Den første problemstilling, som behandles i *Del II*, er spørgsmålet om muligheden for såkaldt *internalisering*, hvilket i afhandlingen betegner henholdvis 1) indskrænkende fortolkninger af de eneretsbeføjelser, der i henhold til OPHL § 2 tildeles indehaveren af en ophavsrettighed, og som udgør lovens hovedregel, og 2) udvidende fortolkninger af lovens indskrækningsbestemmelser, dvs. de undtagelser, der i ophavsretsloven er opstillet til hovedreglen i OPHL § 2.

Den anden problemstilling, der behandles i *Del III*, er spørgsmålet om muligheden for at skabe *ulovbestemte indskrænkninger* ved siden af de lovbestemte indskrænkninger. Denne problemstilling behandles først på et generelt plan, hvor betingelserne for sådanne indskrænkninger klarlægges. Eftersom ulovbestemte indskrænkninger i den ophavsretlige litteratur konkret har været gjort gældende i form af antagelser om dels en *de minimis*-regel, dels en såkaldt *parodiundtagelse*, behandles disse specifikke antagelser selvstændigt, idet der herved afklares nogle udbredte tvivlsspørgsmål i dansk ophavsret, men samtidig også fremkommer illustrationer af den konkrete anvendelse af de generelle betingelser for ulovbestemte indskrænkninger.

Den tredje og sidste problemstilling i afhandlingen er spørgsmålet om ophavsrettigheders eventuelle fleksibilitet i tilfælde af en *kollision* med andre rettigheder. Dette spørgsmål, der behandles i *Del IV*, er det vanskeligst konkretiserbare spørgsmål i afhandlingen, men idet der tages udgangspunkt i de to kollisionstyper, der foreligger retspraksis om, søges der at give et generelt svar på, hvilke overvejelser danske domstole eller retsanvendere skal gøre sig i de kollisionstilfælde, som efter alt at dømme kun bliver hyppigere og hyppigere.

Forud for de netop omtalte *Del II-IV* går *Del I*, der – udover nærværende emnebeskrivelse og -afgrænsning – indeholder en redegørelse for afhandlingens teser og metode. Sidst i afhandlingen, i *Del V*, foretages en afsluttende konklusion og perspektivering.

Det er en grundtanke bag afhandlingen, at den vil have relevans uanset ophavsrettens udvikling i fremtiden. Om den danske ophavsretslov bliver ændret, grundlæggende reformeret, om yderligere direktivregulering på EU-niveau vedtages, eller om der en dag ligefrem vedtages en ophavsretsforordning, så vil man næppe nogensinde opnå en regulering, der i enhver sag stiller domstolene en lovbestemmelse til rådighed. Og det er måske også bedst sådan. Det medfører imidlertid unægtelig, at man som dommer eller retsanvender

nødvendigt må forholde sig til spørgsmålet om ophavsrettens fleksibilitet og fortolkningsmæssige grænser.

2. Afhandlingens teser

Som Sten Schaumburg-Müller har konstateret, er der tilsyneladende nogle, der mener, »*at opstilling af teser er selve tegnet på videnskabelighed*«. ⁷ Hvis synspunktet går så vidt, at man ikke kan anses for at have bedrevet retsvidenskabelig forskning, hvis ikke man har udført og formidlet denne under en tessestruktur, forekommer det umiddelbart som et meget formalistisk krav.

At arbejde ud fra teser kan bestemt være fornuftigt og hensigtsmæssigt, men det kan også blive en begrænsende og forblindende faktor, der i værste fald kan udgøre en hindring for videnskabelige opdagelser og fremskridt. Således vil opstilling af teser jo forudsætte, at man allerede inden forskningsarbejdet er udført, kan opstille de mulige konklusioner eller resultater, forskningen kan afføde. Verificeres ens tese, vil konklusionen være A. Falsificeres ens tese, vil konklusionen være B. Nogle vil givetvis til det bemærke, at det jo blot drejer sig om at opstille de rette teser, herunder om nødvendigt sørge for, at de er tilpas brede. Dette kan muligvis være, men spørgsmålet er, om ikke tesserne da bliver så brede, at det alligevel er nogle indholdsløse teser. Det må derfor altid være et valg, om man vil udføre og formidle et forskningsarbejde under en tessestruktur, eller om man vælger en anden arbejds- og formidlingsform. Dette valg må træffes ud fra overvejelser om fordele og ulemper ved teseformen og kan derfor naturligvis – som alle andre elementer og valg i et forskningsarbejde – kritiseres. At valget i sig selv skulle have afgørende betydning for, om arbejdet kan betegnes som videnskabeligt, forekommer dog som nævnt meget formalistisk.

Ovenstående diskussion skal ikke uddybes her. Dette ikke mindst fordi det i arbejdet med nærværende afhandling netop har været vurderingen, at opstilling af teser ville kunne udgøre en hensigtsmæssig struktur for såvel arbejdet som formidlingen af det. Til grund for afhandlingen ligger således dels en overordnet hovedtese, dels tre mere specifikke eller konkrete teser, som er udslag af den overordnede hovedtese, men som også rækker tilbage mod denne, idet de har bidraget til dens opstilling, ligesom deres af- eller bekræftelse vil bidrage til hovedtesens af- eller bekræftelse.

7. Jf. U 2009B.192 (Steen Schaumburg-Müller, *Retsvidenskabelige problemer ifølge bedømmelsespraksis*).

Afhandlingens hovedtese er, at ophavsretsloven ikke er udtømmende i den forstand, at afgrænsningen af ophavsretten i enhver henseende kan læses i ophavsretsloven eller fastslås ved en fortolkning af dennes bestemmelser. Derimod er der nogle indre og ydre grænser, som lovgiver ikke har forholdt sig til, men i stedet (bevidst eller ubevidst) overladt til domstolene. I domstolenes klarlæggelse af disse grænser – hvilket er en løbende proces, der formentlig er nærmere sin begyndelse end sin afslutning – er det ikke tilstrækkeligt at konsultere de i ophavsretsloven angivne eneretsbeføjelser samt de angivne indskrænkninger i denne. Disse regler indgår nemlig i et større retligt hele bestående af 1) den nationale danske ophavsretslovs historie og systematik, 2) den EU-retlige direktivharmonisering og de internationale konventioner, samt 3) en række i udgangspunktet ophavsretsfremmede reguleringer, som ophavsretten imidlertid fra tid til anden kolliderer med og derfor må afgrænses i forhold til. Afgrænsningen af den ophavsretlige beskyttelse er således mere kompleks end ophavsretslovens ordlyd giver indtryk af. På trods af kompleksiteten ligger det dog i tesen, at rammerne og principperne for denne afgrænsning i vidt omfang lader sig bestemme retsdogmatisk. Som det fremgår, er afhandlingens hovedtese meget bred og ukonkret og har måske til en vis grad snarere karakter af en problemformulering. Som nævnt ovenfor må den derfor uddybes i nogle mere specifikke og konkrete underteser.

Første specifikke tese er, at såkaldt internalisering kun er delvist mulig i dansk ophavsret, idet indskrænkende fortolkninger af eneretten kun er mulige i meget begrænset omfang, og udvidende fortolkninger af indskrænkninger i alt væsentligt er umulige. Såfremt denne tese bekræftes, bidrager den i relation til den overordnede tese til en bekræftelse af, at problemstillinger i ophavsrettens grænseområder kun i begrænset omfang kan løses ved internalisering, dvs. ved en fastlæggelse af ophavsretslovens indre grænser. Dermed vil tesens eventuelle bekræftelse lede videre til den anden og tredje specifikke tese, som er de alternativer, der kan tænkes til internalisering, og som også kan anskues som spørgsmålet om ophavsretslovens ydre grænser.

Anden specifikke tese er, at ulovbestemte indskrænkninger vanskeligt vil kunne eksistere under det nuværende retsgrundlags systematik, og at sådanne under alle omstændigheder vil kræve så klart et retskildegrundlag, at det må afvises, at der findes ulovbestemte indskrænkninger i gældende dansk ophavsret. Dette skyldes ikke mindst, at ulovbestemte indskrænkninger kun vil være i overensstemmelse med EU-retten, hvis de har hjemmel i infosoc-direktivet, og hvis de er udviklet i en sådan grad, at de udgør behørig direktivimplementering i henhold til EU-Domstolens praksis herom. Det har i dansk ret især været gjort gældende, at der gjaldt to nærmere bestemte ulovbestemte indskrænkninger, nemlig en *de minimis*-regel og en parodiregel.

Sådanne vil ikke opfylde ovennævnte krav og er derfor ikke udtryk for gældende ret. Såfremt den anden specifikke tese bekræftes, må det med hensyn til den overordnede tese konkluderes, at ulovbestemte indskrænkninger ikke udgør en farbar vej i relation til afgrænsning af dansk ophavsrets eventuelle grænse- og fleksibilitetsproblemer.

Tredje specifikke tese er, at ophavsretten efter omstændighederne indskrænkes i tilfælde af dens kollision med andre rettigheder, og at nogle nærmere rammer og principper for afgørelse af sådanne kollisionstilfælde kan afdækkes retsdogmatisk. Ophavsretten lever i sameksistens med en række andre reguleringer og rettigheder, og disse kommer undertiden i kollision med den ophavsretlige beskyttelse. I sådanne tilfælde må en afgrænsning af rettighederne nødvendigvis foretages af domstolene, og da lovgiver sjældent har forudset eller forholdt sig til de pågældende kollisioner, må dette ske ud fra nogle principper og doktriner, som har udviklet sig hos de relevante domstole. Danske domstole kan således indskrænke ophavsretten, når denne kolliderer med andre rettigheder. Danske domstole er imidlertid ikke overladt et frit skøn i sådanne tilfælde, men må henholde sig til navnlig EU-Domstolens og Menneskerettighedsdomstolens praksis, hvorefter kan udledes en – muligvis endnu ikke færdigudviklet – kollisionslære.

3. Metode

3.1. Den retsdogmatiske metode

Den valgte metode for afhandlingen er den retsdogmatiske metode, forstået som den metode, hvorved der foretages og gives en beskrivelse, analyse og fortolkning af de relevante retskilder med henblik på at formulere udsagn om, hvad der er gældende ret.⁸

8. Denne forståelse af den retsdogmatiske metode svarer til den i dansk retsvidenskab almindeligt anerkendte, jf. således eksempelvis Morten Wegener, der skriver, at den retsdogmatiske opgave består i »at give en fremstilling af gældende ret enten aktuelt og/eller fortidigt (retshistorisk)«, jf. Morten Wegener, *Juridisk metode*, 3. udgave 2000, Mads Bryde Andersen, der betegner retsdogmatik som beskæftigelsen med »udsagn (»dogmer«) om gældende ret«, jf. Mads Bryde Andersen, *Ret og Metode*, 1. udgave 2002, s. 96 f., samt Peter Blume, der skriver, at retsdogmatisk litteratur har som formål at »beskrive gældende ret (de lege lata)«, jf. Peter Blume, *Juridisk metodelære*, 5. udgave 2009. Det skal dog bemærkes, at i flere nyere immaterialretlige afhandlinger anvendes der en metode benævnt *den analytiske metode*, jf. Mads Bryde Andersen, *EDB og ansvar*, 1. udgave 1988, s. 38-39, Hanne Kirk Deichmann, *Programkoncepter*, 1. udgave 2002, s. 28 f., og Henrik Udsen, *De informationsret-*

Herved har man imidlertid ikke for alvor forklaret, hvad det er, man gør. Dette skyldes, at definitionen af den retsdogmatiske metode forudsætter, at man kan redegøre for, hvad man forstår ved begreberne »retskilde« og »gældende ret.« Det er jo netop førstnævnte, som man påstår, man vil bruge som grundlag for at konkludere noget om sidstnævnte. Den ovenfor givne definition af den retsdogmatiske metode er derfor intetsigende, hvis ikke man kan redegøre for, hvad man anser som retskilder, og hvad begrebet gældende ret anses for at betyde. Denne retsfilosofiske diskussion er for nylig taget i en række artikler i *Ugeskrift for Retsvæsen*.⁹ Det falder dog uden for denne afhandlings rammer at levere et indlæg i den debat, der navnlig angår, hvorledes man skal definere retskildebegrebet generelt set. Det som afhandlingen dog nødvendigvis må indeholde, er en redegørelse for 1) hvad der i afhandlingens analyser og fortolkninger bliver anset som retskilder, samt hvilken vægt disse tillægges, og 2) hvad der i relation til afhandlingens resultater og konklusioner forstås ved begrebet gældende ret.

Det giver fremstillingsmæssigt mest mening at starte med en redegørelse for sidstnævnte, dvs. hvad der forstås ved begrebet »gældende ret«, hvilket i metodedefinitionen er betegnelsen for det, som afhandlingen skal levere konklusioner om. Denne redegørelse følger umiddelbart nedenfor i *afsnit 3.2*. Efterfølgende redegøres der for, hvad afhandlingen anser som relevante retskilder, samt hvilken vægt disse skal tillægges, jf. herom nedenfor *afsnit 3.3*.

lige grundsætninger, 1. udgave 2009, s. 127 ff. Der synes at være tale om en variant af den retsdogmatiske metode, som typisk anvendes i relation til problemstillinger, hvorom der foreligger få eller ingen såkaldt *traditionelle retskilder*, hvorfor man i højere grad baserer konklusionerne på analogislutninger fra andre retsdiscipliner, udenlandsk retspraksis, hensynsbaserede fortolkninger samt forholdets natur. Den analytiske metode forstået på den måde vil ikke blive anvendt i nærværende afhandling. Dette skyldes dels, at en egentlig mangel på retskilder ikke vurderes at foreligge i relation til afhandlingens problemstillinger, men det skyldes også en skepsis i forhold til, om de kilder, som den analytiske metode ville tillade inddragelse af, rent faktisk udgør relevante retskilder i relation til afhandlingens problemstillinger, jf. nærmere nedenfor *afsnit 3.3*.

9. Jf. U 2013B.1 (Jens Ravnkilde, *Hvad er en retskilde?*), U 2013B.94 (Peter Blume, *Retskildebegrebet*), U 2013B.231 (Jens Ravnkilde, *Hvad er en retskilde? (2)*), U 2013B.301 (Jakob v. H. Holtermann & Henrik Palmer Olsen, *En definitionssandhed med modifikationer – kommentar til Jens Ravnkildes retskildebegreb*), U 2013B.400 (Jens Ravnkilde, *Hvad er en retskilde? (3)*), U 2014B.45 (Jens Ravnkilde, *Hvordan finder man i tvivlstilfælde ud af, hvad der er gældende ret?*), U 2014B.133 (Peter Blume, *Højesteret og gældende ret*), U 2014B.177 (Jakob v. H. Holtermann & Henrik Palmer Olsen, *Afsluttende kommentar til Jens Ravnkildes tre artikler om retskildebegrebet*).

3.2. Prognoseanalyser

Begrebet gældende ret anses i afhandlingen for at betegne den retstilstand, som man må forvente, at den højeste instans i domstolshierarkiet vil fastslå, såfremt denne skulle blive forelagt den pågældende problemstilling. En sådan forståelse af begrebet gældende ret betegnes ofte som *prognoseteorien*, der som sådan tilskrives Alf Ross.¹⁰ Denne teori er fortsat den mest udbredte og nok også mest meningsfulde definition af gældende ret, såfremt dette begreb skal anvendes som målet for en retsdogmatisk analyse. Dette betyder imidlertid ikke, at der ikke er svagheder eller i hvert fald vanskeligheder forbundet med prognoseteorien. Det er der, og formentlig flere end der var på Alf Ross' tid.

Den primære vanskelighed ved prognoseteorien er, at domstolshierarkiet er mere komplekst i dag, end dengang Alf Ross fremsatte sin teori, hvilket både første og sidste gang var før Danmarks medlemskab af EU, tidligere EF.¹¹ Hvor det før Danmarks EU-medlemskab var naturligt at have den hypotetiske højesteretsafgørelse som pejlemærke i forhold til prognoseanalyserne, er det i dag i mange tilfælde – og i særdeleshed på ophavsrettens område – EU-Domstolen, der er den hierarkisk højest rangerende domstol. For så vidt angår EU-harmoniserede problemstillinger må det således være EU-Domstolen, der udgør den relevante domstol for prognoseanalysernes fokus. Det er imidlertid ikke et helt nemt fokus at arbejde med. Dette skyldes, at EU-Domstolen sjældent tager stilling til nationale dommes rigtighed, men derimod oftest spiller sin rolle på et tidligere tidspunkt, inden den nationale dom afsiges, nemlig i form af de præjudicielle afgørelser, hvor EU-Domstolen i form af en selvstændig dom leverer et fortolkningsbidrag til den nationale domstol, jf. nærmere TEUF art. 267. Det er dermed principielt stadig den nationale domstol,

10. Morten Wegener, *Juridisk metode*, 3. udgave 2000: »Et retsvidenskabeligt udsagn om gældende ret er for Ross herefter en påstand i form af en forudsigelse (en prognose, heraf teoriens navn) om, at dersom en sag indbringes for domstolene, i hvilken de i reglen angivne betingende kendsgerninger anses at foreligge, og dersom der ikke i mellemtiden er indtruffet ændringer i det forhold, som begrundet påstanden, vil det i reglen indeholde direktiv til dommeren indgå som integrerende bestanddel af domsbegrundelsen.« Se også Hjalte Rasmussen, *EU-ret i Kontekst*, 5. udgave 2003, s. 155: »Det er retsdogmatikkens funktion, ifølge Alf Ross, at beskrive gældende (dansk) ret.«
11. Alf Ross' *Om ret og retfærdighed* udkom første gang i 1953 og sidste gang i 1971. Danmark blev medlem af EF i 1973. Alf Ross døde i 1979. Efter hans død er *Om ret og retfærdighed* dog udkommet på ny, jf. Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. udgave 2013.

der afgør sagen.¹² Systemet er altså snarere baseret på en samarbejdsform end på et egentligt appelhierarki.¹³ Hertil kommer, at EU-harmoniseringen af ophavsretten er direktivbaseret, hvorfor der i relation til de EU-harmoniserede problemstillinger tillige vil foreligge en implementering af det pågældende direktiv i national dansk ret. Denne nationale implementering vil EU-Domstolen sjældent udtale sig direkte om, idet den i hvert fald retorisk vil holde sig til en fortolkning af EU-direktivet. Om denne fortolkning respekteres af medlemsstatens implementering, vil den herefter typisk overlade til den forelæggende nationale domstol at tage stilling til og drage konsekvensen af. Prognoseanalyserne må altså på denne baggrund i dag have et dobbelt fokus, idet det dog må bemærkes, at hele systemet bygger på, at man ved de nationale sidsteinstansdomstole altid vil få den rette EU-retlige fortolkning, hvorfor det dobbelte fokus principielt gerne skulle mødes i samme punkt.

Man kan også overveje, om prognoseanalyser på EU-harmoniserede områder som ophavsretten vanskeliggøres ved EU-retsakternes ofte uklare karakter og EU-Domstolens dynamiske – ifølge nogle ligefrem aktivistiske – fortolkningsstil.¹⁴ Som Hjalte Rasmussen har udtrykt det, lader »Ross's retskildelære og prognoseteori [sig] kun med forsigtighed og agtpågivenhed [...] overføre på EU-retlige forhold«.¹⁵

Det er formentlig korrekt, at de fleste EU-retsakter er mindre direkte-ændelige end national lovgivning. Men ser man bort fra forordningerne, er dette jo netop heller ikke meningen med dem. Direktiver skal implemente-

12. Som Jens Hartig Danielsen bemærker, betyder dette i øvrigt, at de præjudicielle EU-domme ikke vil være så tæt forbundne med faktum som en traditionel dom, hvilket man altså også må have for øje, jf. Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 83.

13. Hjalte Rasmussen omtaler TEUF art. 267 (dengang TEF art. 234) som et »domstolssamarbejde«, jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 547. Der er dog ingen tvivl om, at der principielt gælder et egentligt hierarki i relation til EU-retlige spørgsmål. Alene pligten til forelæggelse af tvivlsspørgsmål for sidsteinstansretter viser dette, ligesom de nationale domstole har pligt til at følge EU-Domstolens fortolkning i den præjudicielle dom. Tilsidesættelsen af en af disse pligter vil således teoretisk kunne føre til et traktatkrænkelssøgsmål mod Danmark.

14. At EU-Domstolen fortolker EU-retten dynamisk er bredt antaget, og også tilkendegivet af EU-Domstolen selv, jf. *sag 283/81 (CILFIT)*, pr. 18-20, jf. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 123 ff. Synspunktet om, at EU-Domstolen ligefrem er aktivistisk, hvorved forstås at den ikke kun er en retlig institution, men tillige en politisk institution, er i Danmark først og fremmest gjort gældende af Hjalte Rasmussen, jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 689 ff. Dette synspunkt hersker der imidlertid uenighed om.

15. Jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 158.

res for at gælde i medlemsstaterne, og selvom det ofte er blevet fastslået, at denne eller hin direktivbestemmelse har direkte virkning og derfor gælder uanset manglende implementering, så ændrer dette ikke på, at retsakten ikke er udformet med henblik på en sådan direkte gælden. Den er udformet med henblik på at skulle implementeres. Det samme gælder traktaten, hvis bestemmelser i mange henseender også har direkte virkning. At der er en omfattende direktivharmonisering på ophavsrettens område udelukker således ikke, at prognoseteorien derved skal forkastes. Den er fortsat et udmærket mål for retsdogmatiske arbejder, hvis blot man er opmærksom på direktivernes karakter og EU-retlige fortolkning.

Hvad dernæst angår EU-Domstolens fortolkningsstil, kan man overveje, om denne fordrer, at prognoseanalyserne i højere grad må antage karakter af forudsigelser af fremtidig retsudvikling end en tilbageskuende analyse af fortidens retskilder. Dette vil der nok være noget om, men i sidste ende adskiller den dynamiske fortolkning sig ikke fra almindelig juridisk fortolkning, når blot man forstår baggrunden for de dynamiske fortolkninger. Al EU-ret hviler i sidste instans på aftaler (traktater) mellem medlemsstaterne. Disse aftaler er indgået af helt bestemte årsager, hvoraf den centrale er ønsket om en økonomisk union, hvor medlemsstaterne ikke opstiller forhindringer for handlen med hinanden. Den tidligere udbredte protektionisme, der formentlig var en i hvert fald medvirkende årsag til utallige krige i Europa i de sidste århundreder, ønskede medlemsstaterne altså at gøre op med. Aftalen herom indebar så oprettelsen af en union med egne institutioner og kompetencer og EU fremstår derfor i dag i mindre grad som en aftale. Men ultimativt hviler hele EU-systemet og alle retsakterne udstedt heraf på en folkeretlig aftalestruktur, hvis primære baggrund var at undgå protektionisme. I dette lys forekommer det muligvis mindre ulogisk, at EU-Domstolen i tilfælde af fortolkningstvivil ofte foretager en fortolkning, der bevæger unionen i retning af øget integration og fri bevægelighed. Eftersom dette netop var aftaleparternes (medlemsstaternes) mål med aftalen (traktaten), forekommer sådanne fortolkninger måske mere logiske og mindre dynamiske, hvad der end måtte ligge i sidstnævnte begreb. I sidste ende er alt hvad EU-Domstolen foretager sig en aftalefortolkning, og stillet over for valget om at fortolke denne på den ene eller anden måde er det måske naturligt nok, at den mest samhandels- og integrationsfremmende fortolkning foretrækkes, når der ikke er tvivl om, at parternes hensigt med aftalen netop var at forpligte hinanden til ikke at hindre samhandlen og til i denne forbindelse at harmonisere hinandens lovgivning i større og større omfang. En sådan fortolkning forekommer også logisk i lyset af, at medlemsstaterne vedbliver med fuldstændig bevidst at udvide deres aftale i retning af mere integration og harmonisering. Dette kunne medlemsstaterne for så vidt undlade

at gøre, ligesom de også kunne vælge at indskrænke deres aftale eller afharmonisere nogle områder. Skulle dette en dag ske, ville man muligvis kunne forvente en indskrænkende eller uddynamisk fortolkning fra EU-Domstolens side, men så længe EU-Domstolen skal fortolke bestemmelser indenfor en aftaleramme, der fortsat bevidst udvides af parterne, er det måske netop også naturligt at EU-Domstolen også fortolker i denne retning. Det modsatte ville jo sådan set modarbejde aftaleparternes vilje til at være bundet. Når prognoseanalyser skal foretages på et område, hvor EU-retten har betydning, skal de derfor blot foretages med det *in mente*, at EU-retten i vidt omfang skal undergives en fortolkning, der mere antager karakter af aftalefortolkning end af traditionel lovfortolkning.

Udover de retsdogmatiske vanskeligheder frembudt af EU-retten må en anden svaghed ved prognoseanalyser fremhæves. På mange retsområder – og blandt disse er ophavsretten – er det nemlig sådan, at en lang række retstvi-ster slet ikke afgøres ved domstolene. Mange ophavsretlige tvister afgøres således enten ved udenretlige forlig eller når aldrig så langt, idet den der har anvendt det værk, der påstås ophavsret til, uden videre betaler for anvendelsen. De mere praktiske eller reale »retstilstande«, der måtte herske som følge af sådanne magtstrukturer, kan de domstolsorienterede prognoseanalyser vanskeligt belyse. Det kan endvidere bemærkes, at det ophavsretlige marked i vidt omfang er reguleret af mere generelle aftaler etableret og administreret af forvaltningsorganisationer. Disse aftaleskabte retstilstande kan de domstolsorienterede prognoseanalyser heller ikke blotlægge. Ikke desto mindre er det næppe forkert at antage, at såvel indehavere af ophavsrettigheder som anvendere af ophavsretligt beskyttet materiale i deres handlinger og eventuelle aftaleindgåelser orienterer sig i forhold til, hvorvidt rettigheden kan forventes anerkendt og fuldbyrdet ved domstolene. I så fald er de domstolsorienterede prognoseanalyser også relevante for disse magt- og aftalestrukturer.

Om begrebet gældende ret kan det altså sammenfattende bemærkes, at der i afhandlingen vil blive lagt den forståelse af begrebet til grund, som følger af Alf Ross' prognoseteori, idet det dog på et område som ophavsretten er nødvendigt at være opmærksom på særligt to forhold, nemlig 1) at EU-retten gør prognoseanalyserne mere komplicerede og måske endda usikre, og 2) at mange ophavsretlige tvister i praksis ikke finder deres afgørelse ved en dom, og at der derfor kan være en virkelighed, som det med prognoseanalyserne kan være vanskeligt at få belyst til fulde.

3.3. Retskilderne og deres retskildeværdi

Hvad dernæst angår retskildebegrebet, skal det først bemærkes, at der endnu ikke er opnået enighed i retsvidenskaben om, hvad der kan betegnes som

retskilder og hvad der ikke kan. Dette afspejles tydeligt i den debat, der for nylig har været i *Ugeskrift for Retsvæsen*, og som der er henvist til ovenfor. Diskussionen af, om noget fortjener prædikativet retskilde, er dog for så vidt mindre interessant, idet det interessante at diskutere og fastslå snarere er, hvilken *retskildeværdi* det pågældende kildemateriale skal tillægges. Det kan jo være det samme, om man siger, at noget ikke er en retskilde, eller om man siger, at det er en retskilde, men at den er uden retskildeværdi eller har så begrænset retskildeværdi, at den ikke kan lede til en given konklusion om gældende ret. Diskussionen bliver nok mere frugtbar, hvis den angår *retskildeværdien* af de relevante kilder, og ikke om disse kilder kan eller ikke kan benævnes retskilder.

Retskilders retskildeværdi må man altid vurdere konkret og individuelt, og denne vurdering vil blive foretaget i afhandlingens enkelte afsnit. Der er imidlertid visse problematikker, der gør sig gældende for en stor del af retskildematerialet eller for visse specifikke retskildetyper, og nogle bemærkninger om disse kan med fordel samles i dette afsnit. Det er således muligt at foretage nogle mere overordnede vurderinger af de enkelte typer af retskilder, ikke mindst hvilken vægt de generelt må tillægges i relation til en retsdogmatisk analyse. I nærværende afhandlings retsdogmatiske analyse af dansk ophavsrets fleksibilitet er det netop muligt at samle nogle overordnede betragtninger om de forskellige retskilder med henblik på at fastlægge, hvilke der generelt må anses for at veje tungest, og hvilke der generelt må tillægges mindre vægt. Disse overordnede betragtninger samles i det følgende, idet der dog naturligvis løbende i afhandlingen vil blive foretaget de mere konkrete og specifikke retskildediskussioner og -vurderinger. Dette er fundet hensigtsmæssigt, idet det dels bidrager til at undgå forstyrrende gentagelser, dels fordi der derved på nærværende sted fremkommer en redegørelse for den retskildeforståelse, der ligger til grund for afhandlingen.

Ophavsretten er kendetegnet ved at bestå af rigtig mange retskilder. Ophavsretten har således en lang historie og er genstand for såvel international som supranational regulering. Hertil kommer en omfattende retspraksis fra såvel nationale domstole som fra EU-Domstolen. Endelig øges kompleksiteten ved, at ophavsretten muligvis – dvs. hvis afhandlingens tredje specifikke tese, jf. herom ovenfor *afsnit 2* og nedenfor *Del IV* kan verificeres – i visse tilfælde påvirkes af andre retsområder.

Overordnet kan det fastslås, at ophavsretsloven, infosoc-direktivet og retspraksis fra henholdsvis danske domstole og EU-Domstolen er de væsentligste retskilder for dansk ophavsret, og det er generelt også dem, der må tillægges mest vægt, idet de er retskilder produceret af henholdsvis den lovgivende magt og den dømmende magt i henhold til den danske grundlov,

jf. GRL § 3, samt for EU-lovgivers vedkommende GRL § 20, jf. § 3. Udover disse har lovforarbejder, den juridiske litteratur samt forholdets natur også relevans for dansk ophavsret, men disse må generelt tillægges en mindre retskildeværdi end førstnævnte. Dette må være det generelle udgangspunkt, men det er naturligvis mere kompliceret end som så. Eksempelvis må man i relation til nugældende ophavsret, og som det vil fremgå i *afsnit 10.1*, formentlig tillægge lovforarbejderne til 2002-lovændringen – som implementerede infosoc-direktivet – større retskildeværdi end højesteretsdommen *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*, der er afsagt før infosoc-direktivet.

Eftersom afhandlingens emne angår, hvilken fleksibilitet og hvilke fortolkningsmæssige grænser, der gælder for ophavsretsloven og infosoc-direktivet, og eftersom svaret herpå som regel skal findes i retspraksis, er det navnlig retspraksis, der giver anledning til de største retskildemæssige overvejelser. Hvad retspraksis angår, er der mange velkendte forhold, som bestemmer disses retskildeværdi. Det naturlige udgangspunkt ved analyse af en retsafgørelse er selvfølgelig afgørelsens indhold, nærmere bestemt sagens jus og faktum, parternes påstande og anbringender samt domstolens begrundelse og afgørelse. Retskildeværdien kan dog ikke fastslås alene herved. En række andre forhold vil også have endog ganske stor betydning for retskildeværdien af den pågældende dom.

Først og fremmest ligger det i selve domstolssystemets konstruktion, at højesteretsdomme vil have større retskildeværdi end landsretsafgørelser, som til gengæld vil have større retskildeværdi end byretsafgørelser. At det er sådan, følger af instanshierarkiet og er ikke noget, der som sådan er uenighed om. Er der ligefrem tale om den samme sag, som er blevet anket, vil underinstansafgørelsen være uden retskildeværdi for så vidt angår de punkter, hvorpå den er i strid med ankeinstansens dom. Heller ikke dette kan der være uenighed om. Er der ikke tale om samme sag, men dog to sager, der angår samme regler (jus), og hvor faktum er sammenligneligt, vil man også skulle tillægge dommen fra den højeste instans mest vægt. Så simpelt er det imidlertid sjældent. Ofte vil der nemlig være tale om to mere eller mindre forskellige sager. I disse tilfælde vil instanshierarkiet stadig være relevant, men i og med at der er tale om forskellige sager, kan det godt tænkes, at der i relation til en bestemt problemstilling må tillægges en landsretsafgørelse større retskildeværdi end en højesteretsafgørelse som følge af, at faktum i landsretsafgørelsen er mere sammenligneligt med den problemstilling, man søger et svar på.

For så vidt angår EU-harmoniserede spørgsmål har instanshierarkiet også betydning for en retsafgørelses retskildeværdi i en anden henseende. Eftersom ophavsretten i dag er undergivet en omfattende EU-harmonisering, vil der i stort set enhver dansk ophavs-

retskrænkelsessag skulle foretages en fortolkning af en eller flere direktivbestemmelser. I sådanne tilfælde er danske domstole i tilfælde af fortolkningstvivil *berettiget* til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, men kun hvis den pågældende danske domstol er sidsteinstans, vil der være *pligt* til en sådan forelæggelse, jf. TEUF art. 267. Dette får betydning for retskildeværdien af de danske retsafgørelser, der indeholder fortolkning af EU-ret, men som ikke er afsagt i en sidsteinstans, og hvor domstolen har valgt ikke at forelægge fortolkningsspørgsmålet for EU-Domstolen. For så vidt angår sådanne domme, vil der – uanset deres endelighed og retskraft – principielt stadig være en mulighed for, at de er i strid med EU-retten. Det samme kan naturligvis også siges for så vidt angår de sidsteinstansafgørelser, hvori forelæggelse er fravalgt, men når et sådant fravalg sker, er det jo netop sket ud fra domstolens vurdering af, at der ikke var fortolkningstvivil, jf. den såkaldte *acte clair*-doktrin.¹⁶

Et andet forhold, der influerer på retskildeværdien er afgørelsens alder, og i den henseende må man sondre mellem to situationer, nemlig 1) de tilfælde, hvor retsgrundlaget for afgørelsen ikke har ændret sig i den mellemliggende periode, og hvor dette derfor er ens i de to afgørelser, og 2) de tilfælde, hvor retsgrundlaget har ændret sig fra den ene doms afsigelse til den anden.

I de førstnævnte tilfælde vil den senere dom oftest blive anset for at have højere retskildeværdi end den ældre. Her må imidlertid bemærkes, at spørgsmålet typisk er mere komplekst, idet den ældre dom eksempelvis kan være afsagt af en domstol højere i domstolshierarkiet, ligesom det altid vil være et selvstændigt spørgsmål, hvorvidt de to domme kan forenes eller må anses for at være udtryk for forskellige retstilstande.

I de sidstnævnte tilfælde kunne man overveje, om man i sådanne skulle se helt bort fra afgørelser afsagt efter historisk lovgivning ud fra et synspunkt om, at afgørelserne kun har retskildeværdi for den lovgivning, dommerne har truffet afgørelse efter, og at dommen derfor ikke kan tillægges betydning ved fortolkningen af senere lovgivning, som dommerne ikke kunne eller skulle tage i betragtning på afsigelsestidspunktet. Det er klart, at der kan forekomme så grundlæggende lovændringer, at man må se fuldstændigt bort fra tidligere afgørelser, men i mange tilfælde – og i særdeleshed på ophavsrettens område – er tilfældet det, at ældre lovgivning i vidt omfang »ligner« gældende lovgivning. Dette rejser nogle komplicerede retskildemæssige spørgsmål. Generelt opstår dette spørgsmål i afhandlingen i to henseender, nemlig 1) i relation til rent nationale lovændringer og 2) i relation til vedtagelsen og implementeringen af EU-direktiver.

16. Jf. sag 283/81 (*CILFIT*), jf. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 223 f., og Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 558 f.

Hvad angår det første, så er dette særligt spørgsmålet om, hvilken retskildeværdi man skal tillægge retspraksis afsagt efter de tidligere hovedlove i dansk ophavsret – hvilket vil sige retspraksis fra før 1995. Formelt set angår al denne retspraksis jo lovgivning, der nu er ophævet, og selvom 1995-hovedloven i vidt omfang byggede på 1961-hovedloven, svækker dette i et eller andet omfang retskildeværdien af retspraksis fra før 1995.

Hvad angår det sidste, dvs. ændringer som følge af EU-direktiver, så er dette særligt spørgsmålet om, hvilken retskildeværdi man skal tillægge retspraksis fra før infosoc-direktivet, som er det mest betydningsfulde ophavsretlige direktiv. De væsentligste bestemmelser i ophavsretsloven er med infosoc-direktivet blevet EU-harmoniseret og påvirkes derfor nu af fortolkningen af infosoc-direktivet, ikke mindst som denne sker i form af EU-Domstolens efterhånden omfattende ophavsretspraksis. Infosoc-direktivet, og EU-Domstolens fortolkning heraf, har den domstol, der har afsagt en retsafgørelse om dansk ophavsret før infosoc-direktivet, jo ikke kunnet tage i betragtning, og det svækker naturligvis i en eller anden grad retskildeværdien af disse afgørelser. Som det eksempelvis vil fremgå i *afsnit 5*, vil spørgsmålet, om noget udgør eksemplarfremsstilling eller tilgængeliggørelse for almenheden i henhold til OPHL § 2, i dag først og fremmest skulle afgøres ud fra infosoc-direktivets art. 2-4 samt EU-Domstolens praksis om fortolkningen af disse direktivbestemmelser og ikke ud fra de domme, der blev afsagt af danske domstole før infosoc-direktivet.

Et tredje forhold, der har betydning for retskildeværdien af en retsafgørelse om ophavsretsloven og/eller infosoc-direktivet, er, om afgørelsen angår ophavsretten, dvs. de regler, der giver eneret til de frembringelser, der opfylder værkshøjdekravet i OPHL § 1, eller om den angår en af de naborettigheder, der findes i OPHL kap. 5. Der er principielt tale om forskellige regler, hvilket som udgangspunkt må give anledning til en forsigtig tilgang til anvendelsen af afgørelser om naborettigheder til at træffe retsdogmatiske konklusioner om ophavsretten. Naborettighederne følger således af særskilte bestemmelser i OPHL kap. 5, og i relation til EU-retten er naborettighederne enten reguleret særskilt eller slet ikke EU-harmoniseret.¹⁷ På den anden side er reglerne i vidt omfang konstrueret ligesom de ophavsretlige – og på visse punkter *er* det ligefrem de samme regler, jf. infosoc-direktivets art. 1 og 2 samt henvisningssystemet i OPHL kap. 5. Som nævnt ovenfor falder naborettighederne

17. Udøvende kunstnere, lydoptagelser/fonogrammer, filmoptagelser samt radio- og fjernsynsudsendelser, jf. OPHL §§ 65-69, er til en vis grad harmoniseret i infosoc-direktivet. Databaser, jf. OPHL § 71, er harmoniseret i databasedirektivet. Fotografier og pressemeddelelser, jf. OPHL §§ 70 og 72, er ikke EU-harmoniseret.

principielt uden for afhandlingen, men spørgsmålet bliver ikke irrelevant af den grund. Det må jo netop afklares, om der skal ses bort fra retsafgørelserne – og for den sags skyld andre retskilder – om de naboretlige beskyttelser, eller om disse skal inddrages i afhandlingens retsdogmatiske analyse af den ophavsretlige beskyttelse. Spørgsmålet må naturligvis altid afgøres konkret, men et formodningsprincip må kunne opstilles. Der må således være en formodning for, at retskildeværdien kan overføres til ophavretten, såfremt afgørelsen angår en bestemmelse, som de to rettighedstyper deler, f.eks. som følge af det ovenfor nævnte henvisningssystem. Omvendt må der, for så vidt angår de tilfælde, hvor reglerne er forskellige – f.eks. beskyttelsesbetingelserne eller enkelte af indskrænkningerne i OPHL kap. 2 – være en formodning imod, at retskildeværdien kan overføres. Denne afhandling angår ikke beskyttelsesbetingelserne, jf. ovenfor *afsnit 1*, men derimod fortolkningen af de regler, der fastlægger beskyttelsesomfanget, dvs. eneretsbeføjelserne og indskrænkningssystemet. Disse bestemmelser er der henvist til i alle naboretlighederne, jf. OPHL §§ 65, stk. 6, 66, stk. 2, 67, stk. 2, 69, stk. 3, 70, stk. 3, og 71, stk. 5. Således er der i alle naboretlighederne henvist til OPHL § 2, stk. 2-4, der definerer eksemplarfremsættelses- og tilgængeliggørelsesbegreberne, ligesom der – om end med enkelte undtagelser – er henvist til indskrænkningerne i OPHL kap. 2. Det må derfor antages, at retspraksis om naboretligheder som klart udgangspunkt vil have retskildeværdi også i relation til denne afhandlings teser, og disse afgørelser vil derfor blive inddraget i analyserne.¹⁸

En type afgørelse, det ikke er unormalt at se inddraget i den ophavsretlige litteratur, er udenlandske retsafgørelser. Oftest sker det mest med henblik på perspektivering, og ikke fordi de tillægges egentlig retskildeværdi, men det fremgår ikke altid klart. Såfremt de tillægges retskildeværdi, vil dette imidlertid være retsdogmatisk forkert, og det skal derfor fastslås, at udenlandsk retspraksis i nærværende afhandling ikke vil blive tillagt retskildeværdi. Sagen er jo den, at retsafgørelser fra andre nationale domstole ikke har nogen retskraft og derfor heller ikke præjudikatværdi i andre nationale retssystemer. Hertil kommer, at de regler, som angår udenlandske afgørelser, ikke gælder på dansk territorium. Ikke desto mindre er det dog nærliggende, at eksempelvis danske domstole vil interessere sig for, hvordan tilsvarende sager afgøres i udlandet, og i EU-harmoniserede spørgsmål vil det være interessant

18. Dette synes at stemme overens med den øvrige ophavsretlige litteratur. Eksempelvis blev *sag 78/70 (Deutsche Grammophon)* og *sag C-92+326/92 (Phil Collins)*, der begge handlede om naboretligheder, af Jens Hartig Danielsen anset som relevante for ophavsretten generelt, jf. Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 152 og 155, note 198.

at orientere sig om, hvordan andre EU-landes implementering af en direktivbestemmelse bliver fortolket i national retspraksis. Dette særligt, hvis der er tale om totalharmonisering, således at den samme retstilstand principielt skal gælde i alle EU-lande.¹⁹ Udenlandske retsafgørelser vil derfor fra tid til anden blive omtalt eller nævnt. Men det kan heller ikke være mere end en interesse. Danske domstole vil i fortolkningen af den danske lovgivning ikke være og vil heller ikke føle sig bundet af, hvordan eksempelvis en tysk domstol i en konkret sag i Tyskland har fortolket en national tysk bestemmelse – uanset om den danske og tyske bestemmelse begge tilsigter at implementere den samme artikel i et EU-direktiv. At resultatet i den danske og den tyske retssag så i mange tilfælde vil blive det samme kan måske undertiden give indtryk af, at det forholder sig anderledes, men dette vil jo ofte skyldes, at bestemmelserne, deres formål og deres direktivmæssige baggrund netop er ens.

Der hvor danske domstole eventuelt vil have interesse for udenlandsk retspraksis vil særligt være det tilfælde, hvor det er den samme hensynsafvejning, der i sidste ende skal foretages efter det danske retsgrundlag. Her vil det ofte være interessant for danske domstole at se, hvilke argumenter der inddrages, afvejes og vinder, henholdsvis taber i fortolkningen af andre nationale ophavsretslovgivninger. Men det må og kan fortsat kun være argumenternes eller afvejningernes selvstændige gyldighed, der er interesse for, og ikke som sådan det, at argumentet optræder i en retsafgørelse.²⁰ Dette er ikke det samme som at sige, at de udenlandske afgørelser i sig selv har en præjudikatværdi i

19. Jf. eksempelvis infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 32, hvoraf det bl.a. fremgår, at »[d]et er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis«. Se også sag C-467/08 (Padawan), pr. 35.
20. En tilsvarende opfattelse synes Hanne Kirk Deichmann at have i NIR 2004.101 (Hanne Kirk Deichmann, *Variationsværker*), hvori det angives, at »[d]anske og nordiske retskilder om variationsværker er sparsomme, hvorimod der i tysk og amerikansk ret findes relevante og nyere bidrag både fra teori og retspraksis. Disse bidrag vil blive inddraget i det følgende som inspiration til at løse de – primært ophavsretlige – spørgsmål, variationsværket rejser«, og at »[f]remmed ret har således allerhøjest et »tjenende formål« i mit forsøg på at fastlægge gældende dansk ret.« Opfattelsen deles formentlig også af Jens Evald, *Retsmisbrug i formueretten*, 1. udgave 2001, s. 6: »En undersøgelse som den foreliggende må selvsagt tage udgangspunkt i danske retsinstitutioner. Det lader sig naturligvis ikke gøre at importere en regel og præsentere den som gældende dansk ret. Men både de fremmede retsregler og den teoretiske behandling af dem giver vægtig støtte under arbejdet. I udlandet er retsmisbrug således indgående diskuteret [...] En fyldestgørende undersøgelse må derfor ske under inddragelse af romerret, pandekret og de moderne romanistiske systemer (Tyskland og Frankrig), ligesom schweizisk, østrigsk, engelsk og de øvrige nordiske landes ret inddrages.« Se også Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 136 ff., Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*,

Danmark. F.eks. kan det sagtens tænkes, at en udenlandsk domstols afgørelse i en ophavsretlig krænkelsessag åbenbarer nogle problemer knyttet til den pågældende problemstilling og retstilstand, og at sagen og afgørelsen derfor i højere grad taler for, at det modsatte resultat bør nås af danske domstole, hvis de en dag skulle blive forlagt en tilsvarende eller lignende tvist.

Man kan overveje, om synspunktet ovenfor også skal fastholdes for så vidt angår nordisk retspraksis. Retspraksis fra Sverige, Norge og Finland har således været hyppigt inddraget i den danske ophavsretlige litteratur, og at tillægge dem egentlig retskildeværdi kan være fristende henset til det lovforberedende samarbejde, der i hvert fald tidligere har været i Norden.²¹ De nordiske ophavsretslove er desuden i vidt omfang opbygget ens og indeholder i vidt omfang regler med nogenlunde samme indhold. Disse forhold ændrer dog ikke på, at retskraften og præjudikatsværdien af de nationale domstole er begrænset til de enkelte lande, og også for så vidt angår nordisk ret kan der derfor alene være tale om en interesse for problemstillingerne, argumenterne og afvejningerne. Der er i øvrigt sket meget, siden det nordiske lovforberedende samarbejde sidst var aktivt. 1961-loven er i Danmark blevet ophævet, og selv siden 1995-loven er der sket en række lovændringer, først og fremmest med henblik på implementering af EU-direktiverne, herunder infosoc-direktivet. Endvidere er Danmark, Sverige og Finland som medlemmer af EU underlagt den harmonisering, der følger af ophavsretsdirektiverne samt de øvrige EU-retsakter, eksempelvis grundrettighedschartret, mens Norge står uden for dette samarbejde.²² Nordisk retspraksis har derfor i dag næppe større interesse end anden udenlandsk retspraksis, og som nævnt har hverken først- eller sidstnævnte egentlig retskildeværdi i dansk ophavsret.²³

Et andet retskildemæssigt spørgsmål, der sjældent synes at blive overvejet i den ophavsretlige litteratur, er hvilken retskildeværdi man skal tillægge fogedretskendelser om midlertidige forbud. Fogedforbuddet er et almindeligt anvendt retsmiddel i ophavsretten, idet en effektiv håndhævelse af en ophavsrettighed ofte kræver, at den angiveligt krænkende handling bliver

6. udgave 2010, s. 259, samt Stig Strömholm, *Utländsk material i juridiska monografier*, Svensk Juristtidning 1971, s. 251.

21. Således bygger 1961-loven på *Betænkning 1951*, der blev udarbejdet i samarbejde med tilsvarende kommissioner i Sverige, Norge og Finland, og bag 1995-loven ligger der otte betænkninger, der også er resultatet af et vist nordisk samarbejde, jf. nærmere Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 69 f. Se også Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 9.
22. Dog er Norge underlagt EØS-aftalen, hvoraf i vidt omfang følger tilsvarende regler og harmonisering, jf. nærmere Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 1. udgave 2009, s. 53 ff.
23. Det modsatte synspunkt kan findes i eksempelvis Thomas Rieber-Mohn, *Digital privatkopiering*, 1. udgave 2010, s. 42 f., hvor forfatteren mener, at hensynet til nordisk retsenhed udgør et almindeligt ophavsretligt fortolkningsprincip.

forhindret, inden den finder sted, hvilket ofte er umuligt, hvis man skal afvente dommen i en materiel krænkelssag først. Spørgsmålet er imidlertid, hvilken retskildeværdi man kan tillægge en fogedretskendelse, hvori et forbud enten bliver nedlagt eller ikke bliver det. Mens domstolen i en materiel krænkelssag vil tage stilling til, om det er blevet *bevist*, at der er sket en krænkelse af sagsøgers ophavsret, vil fogedretten i en forbudskendelse ikke gøre dette. Den vil derimod alene skulle forholde sig til, om en krænkelse er *godtgjort* eller *sandsynliggjort*, jf. nærmere retsplejelovens § 413.²⁴ Disse kriterier lader sig nemmere opfylde, og man skal derfor være forsigtig med at tillægge fogedretskendelserne for stor retskildeværdi. De er ikke en endelig afgørelse af krænkelsspørgsmålet, og det kan sagtens være, at der sker frifindelse i den efterfølgende justificationssag.²⁵ Det kan i øvrigt bemærkes, at i nogle kendelser finder fogedretten krænkelsen godtgjort og i andre blot sandsynliggjort.²⁶ Det er ikke helt uinteressant, hvilken formulering der anvendes. De kendelser, hvor fogedretten henviser til sandsynliggørelsesbetingelsen, udtrykker den nemlig en større usikkerhed end, hvis den havde fundet krænkelsen godtgjort. Uanset formuleringen må fogedretskendelser dog som udgangspunkt anses for at have lav retskildeværdi ved fastlæggelsen af den ophavsretlige beskyttelses udstrækning og fleksibilitet, og i denne afhandling vil de derfor ikke veje tungt, når konklusionerne skal træffes.

Et sidste forhold, man må tage højde for ved analyse og fortolkning af ophavsretlige domstolsafgørelser, er de processuelle baggrunde, der kan være

24. Ordlyden af retsplejelovens § 413 er som følger: »*Forbud eller påbud kan meddeles, hvis den part, der anmoder om meddelelse af forbuddet eller påbuddet, godtgør eller sandsynliggør; 1) at parten har den ret, der søges beskyttet ved forbuddet eller påbuddet, 2) at modpartens adfærd nødvendiggør, at der meddeles forbud eller påbud, og 3) at partens mulighed for at opnå sin ret vil forspildes, hvis parten henvises til at afvente tvistens retlige afgørelse.*« Reglerne om fogedforbud stod tidligere i retsplejelovens § 642, der med en lidt anden ordlyd angav nogenlunde samme betingelser: »*Forbud kan nedlægges, såfremt det godtgøres eller sandsynliggøres: 1) at de handlinger, der søges forbudt, strider mod rekvirentens ret, 2) at rekviriten vil foretage de handlinger, som søges forbudt, og 3) at formålet vil forspildes, såfremt rekvirenten henvises til at gøre sin ret gældende ved almindelig rettergang.*« Det er sidstnævnte version af bestemmelsen, der har været gældende på tidspunktet for de fleste af de fogedretskendelser, der inddrages i afhandlingen.
25. Et eksempel herpå er *U 2012.129 HD (T-Shirt)*, hvor sagsøger endte med at skulle betale erstatning for et nedlagt fogedforbud. Se også *U 1980.1037 HD (Michael Witte)*, der omtales nedenfor afsnit 10.2.4.2.
26. Ordet »*sandsynliggøres*« anvendes f.eks. i *Københavns Byrets fogedrets kendelse af 28. juni 2012 (Dark Shadows)*, hvor en krænkelse ikke var sandsynliggjort, mens ordet »*godtgøres*« anvendes i f.eks. *U 1998.525 ØLK (CeeDee Empire)*, hvor en krænkelse var godtgjort). Begge kendelser omtales nærmere nedenfor afsnit 10.1.3.5.

for domstolens præmisser og dom. Efter det processuelle forhandlingsprincip skal danske domstole kun tage stilling til det, der er gjort gældende af parterne.²⁷ Er der i en ophavsretlig krænkelssag eksempelvis ikke anført påstande eller anbringender til støtte for en bestemt indskrænkning, kan man ikke forvente, at domstolen vil tage stilling til disses anvendelighed *ex officio*. Afgørelser, hvor eksempelvis ulovbestemt ret, jf. herom *Del III*, ikke inddrages i rettens afgørelse, kan således ikke nødvendigvis tages som udtryk for, at denne ulovbestemte ret ikke eksisterer, idet baggrunden kan være, at ingen part havde nedlagt anbringender om en sådan ulovbestemt ret.²⁸ Man må således ved analyse af danske retsafgørelser være opmærksom på de nedlagte påstande og anbringender, og har noget ikke været gjort gældende i sagen, kan man ikke anse domstolen for at have taget stilling til det spørgsmål. Det samme gælder imidlertid formentlig ikke EU-domme. EU-Domstolen anvender således ikke forhandlingsprincippet ved sin besvarelse af præjudicielle spørgsmål, men vil derimod inddrage EU-retlige regler, selvom der ikke er henvist til dem i spørgsmålet fra den nationale domstol.²⁹

27. Jf. Bernhard Gomard & Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. udgave 2013, s. 579, og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen & Lasse Højlund Christensen, *Den civile retspleje*, 2. udgave 2010, s. 84 ff.

28. Man kan have den opfattelse, at en så håndfast anvendelse af forhandlingsmaksimen er uhensigtsmæssig på et område som ophavsrettens. I og med at lovgivningen er konstrueret med en bredt defineret eneret med en lang række indskrænkninger, kan forhandlingsmaksimen indebære nogle ulemper. I sin reneste form vil maksimen jo kunne føre til, at den sagsøgte, der søger en frifindelse for ophavsretskrænkelse, kan se sig nødsaget til for en sikkerheds skyld at påberåbe sig nærmest samtlige indskrænkninger af frygt for, at de ellers ikke vil blive inddraget. Denne procesretlige diskussion falder dog uden for nærværende afhandling.

29. Jf. *sag C-461/10 (Bonnier)*, pr. 47.

Internalisering

4. Indledning

Ophavsretten skal sikre en samfundsmæssig afbalancering af hensynene til rettighedshaveren og hensynene til det øvrige samfund som interessant i brugen af det beskyttede værk. Det er et velkendt diskussionsemne, hvorvidt denne balance er opnået på tilfredsstillende vis eller ej, og uenighed herom vil der formentlig altid være.

Nærværende retsdogmatiske afhandling angår som tidligere nævnt ikke dette retspolitiske emne, men derimod hvorvidt de nugældende regler giver mulighed for, at domstolene kan påvirke denne balancering inden for det gældende regelgrundlag, eller om balanceringen i stedet er foretaget af lovgiver, således at intet eller et begrænset råderum er overladt til domstolene.

I den sammenhæng bør det bemærkes, at der lovteknisk er flere metoder til opnåelse af den nævnte balancering. Man kan for det første formulere eneretsbeføjelserne mere snævert, således at disse ikke omfatter anvendelser, man anser for samfundsmæssigt ønskelige. Alternativt kan man opnå balancen ved at have nogle bredt definerede eneretsbeføjelser, som man så supplerer med nogle indskrænkninger for så vidt angår de samfundsmæssigt ønskelige anvendelser.¹ Det er i vidt omfang den sidstnævnte løsning, der er anvendt i såvel ophavsretsloven som i infosoc-direktivet.

1. Jf. *Betænkning 1197/1990*, s. 13: »På en række vigtige områder er det nødvendigt at afveje rettighedshavernes interesser i en stærk og effektiv beskyttelse overfor andre, almene interesser. En sådan afvejning kan retsteknisk gennemføres på flere måder. Man kan således beskrive rettighederne med visse begrænsninger, således at de som udgangspunkt kun omfatter den udnyttelse af værket, som finder sted i forhold til almenheden. Der er derfor ikke nogen rettigheder til de pågældende udnyttelsesformer, hvis de sker i rent private kredse. Den anden mulighed, som er valgt med hensyn til eneretten til eksemplarfremsstilling i § 2, er at hjemle en helt generel eneret. Denne må da i fornødent omfang modificeres gennem udtrykkelige regler herom.«

Valget af en bred hovedregel (i form af eneretsbeføjelserne) kombineret med et katalog af undtagelser (i form af indskrænkningerne, også kaldet lånereglerne) siger imidlertid ikke noget om, hvilken grad af fleksibilitet – om nogen – der er indeholdt i henholdsvis hovedreglen og undtagelserne. Dette er imidlertid af afgørende betydning for, i hvilken grad domstolene har mulighed for inden for de gældende regler at påvirke den samfundsmæssige afbalancering af reglerne. Spørgsmålet om en eventuel fleksibilitet i eneretsbeføjelserne og de lovbestemte indskrænkninger er emnet for afhandlingens *Del II*.

Domstolenes muligheder for inden for de lovbestemte regler at foretage samfundsmæssige afbalanceringer af hensyn til enten relevante interesser eller relevante rettigheder benævnes her som spørgsmålet om muligheden for *internalisering*. Denne betegnelse har navnlig været brugt i forbindelse med overvejelser om, hvorvidt ophavsrettens forhold til konkurrenceretten og ytringsfriheden kunne løses ved indskrænkende fortolkning af eneretsbeføjelserne, men vil her tillige blive brugt om muligheden for at foretage udvidende fortolkninger af indskrænkningerne i eneretten.²

Kapitlet udgør behandlingen af afhandlingens første specifikke tese, som er, *at såkaldt internalisering kun er delvist muligt i dansk ophavsret, idet indskrænkende fortolkninger af eneretten kun er mulige i meget begrænset omfang, og udvidende fortolkninger af indskrænkninger i alt væsentligt er umulige*, jf. nærmere ovenfor *afsnit 2*.

5. Indskrænkende fortolkninger af enerettens elementer

Den eneret, der gives et værk, der nyder ophavsretlig beskyttelse, består overordnet af to eneretsbeføjelser, nemlig retten til eksemplarframstilling og retten til tilgængeliggørelse for almenheden, jf. OPHL § 2, stk. 1.

Ophavsretslovens system er sådan, at den, der ønsker at forbyde eller kræve penge for en bestemt værksanvendelse, for det første må dokumentere, at han har ophavsretten til det pågældende værk, og for det andet må dokumentere, at den anvendelse, han påtaler, udgør enten en eksemplarframstilling eller tilgængeliggørelse af det pågældende værk. Denne systematik overses let i det praktiske retsliv, da det sjældent er de ophavsretlige konflikters omdrejningspunkter, hvem der har ophavsretten, og om anvendelsen er omfattet af beskyttelsen. De fleste sager former sig nemlig således, at sagsøgte ikke

2. Jf. om begrebet Jens Schovsbo, *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, 1. udgave 1996, s. 12, samt i relation til ytringsfriheden Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 376 ff.

bestrider, at sagsøger har ophavsretten, og heller ikke bestrider, at den anvendelse, han har foretaget, udgør eksemplarfremsstilling og/eller tilgængeliggørelse. Stridspunktet er i disse sager derimod, hvorvidt en af indskrænkningerne i eneretten finder anvendelse.

At der sjældent procederes på eksemplarfremsstillingsbegrebets indhold og afgrænsning skyldes nok dels, at det oftest er relativt let at konstatere, om der er blevet fremstillet et eksemplar af et værk – ikke mindst i nyere tid, hvor eksemplarfremsstillingsbegrebet med indførelsen af infosoc-direktivet i 2001 er blevet givet en nærmest altomfattende definition, jf. OPHL § 2, stk. 2, jf. infosoc-direktivets art. 2, jf. nærmere nedenfor *afsnit 4.1*. At der sjældent procederes på tilgængeliggørelsesbegrebets indhold og afgrænsning er derimod muligvis ubegrundet og uhensigtsmæssigt, men skyldes måske en forestilling om, at også dette begreb har en tilsvarende altomfattende definition, og at begrebet derfor i praksis alene indskrænkes af de såkaldte låneregler i OPHL kap. 2. Man må imidlertid generelt i ophavsretten principielt arbejde med et overordnet udgangspunkt om informationsfrihed, og om at de tillagte formuerettigheder, som ophavsretsloven skaber, derfor principielt udgør undtagelser og dermed indskrænkninger i denne informationsfrihed. Dette må nødvendigvis være den teoretiske ramme, men som nævnt forekommer det ofte i det praktiske retsliv, at den praktiske hovedregel er beskyttelse, mens lånereglerne udgør undtagelserne.³

At man må fastholde en hovedregel om informationsfrihed og dermed en positiv afgrænsning af tilgængeliggørelsesbegrebet, støttes også af ophavsretslovens historie, hvor man ved lovens tilblivelse bevidst fravalgte en af professor dr.jur. Frederik Vinding Kruse foreslået formulering om at »[f]rembringeren af et åndsværk har ret til at bestemme om værkets udnyttelse og anvendelse i enhver retning, hvor der ikke ved særlige bestemmelser i loven er gjort indskrænkninger i denne ret.« Dette forslag til enerettens formulering blev afvist i lovgivningsprocessen: »En lignende vidtgående bestemmelse af ophavsrettens indhold drøftedes i sin tid i kommissionen. Den blev imidlertid opgivet ud fra den betragtning, at det måtte anses for betænkeligt uden nærmere kendskab til, hvad tiden og udviklingen kan medføre af nye områder for ophavsrettens udnyttelse, og hvilke samfundsmæssige hensyn der kræver regulering af forholdet, på forhånd at indrømme eneret uden begrænsning. Hovedsagelig ud fra dette synspunkt og ud fra ønsket om ikke at indtage et fra de øvrige nordiske lande afvigende standpunkt i denne henseende har udvalget foretrukket at fastholde bestemmelsen af ophavsrettens hovedindhold som eneret til at fremstille eksemplarer af værket og eneret til at gøre værket tilgængeligt for almenheden.«⁴ På trods af dette bør Frederik Vinding Kruses teori dog ikke afvises fuldstænd-

3. Jf. nærmere om de teoretiske udgangspunkter og undtagelser i Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 53 ff.

4. Jf. således bl.a. FT 1960-61, tillæg B, sp. 629.

digt, idet ophavsretten – som det vil fremgå nedenfor *Del IV* – nyder en vis grundretlig beskyttelse, jf. nærmere *afsnit 13.2*.

Årsagen til, at det teoretiske udgangspunkt nemt kan overses ved læsningen af ophavsretlige retsafgørelser, er formentlig det civilprocessuelle forhold, at danske domstole i medfør af forhandlingsprincippet kun tager stilling til spørgsmålene om, hvorvidt et værk nyder ophavsretlig beskyttelse samt om, hvorvidt den omtvistede anvendelse udgør en eksemplar fremstilling eller tilgængeliggørelse, såfremt parterne strides om disse spørgsmål og derfor har gjort påstande og anbringender herom gældende. Dette betyder imidlertid også, at eftersom det er et fåtal af ophavsretlige sager, hvor parterne strides om disse spørgsmål, vil størstedelen af dansk ophavsretlig retspraksis ikke udgøre retskilder i spørgsmålet om begreberne værk, eksemplar fremstilling og/eller tilgængeliggørelse.

Som nævnt består den ophavsretlige eneret grundlæggende af eneretten til to typer anvendelse af det beskyttede værk, nemlig dels såkaldt eksemplar fremstilling, dels såkaldt tilgængeliggørelse for almenheden, jf. OPHL § 2, stk. 1. Rettighedshaveren har altså i medfør af sin eneret mulighed for dels at forbyde andre at fremstille eksemplarer af værket, dels at forbyde andre at gøre værket tilgængeligt for almenheden.

Afgørende bliver imidlertid, hvad der ligger i disse to eneretsbeføjelser. Er deres indhold givet alene ved ordlyden, således at alle forhold, der rent sprogligt kan betegnes som enten en eksemplar fremstilling eller en tilgængeliggørelse, omfattes af ophavsrettigheden? Eller er der snarere tale om en slags legaldefinitioner, der har en snævrere og mere fleksibel betydning end sin umiddelbare ordlyd, således at domstolene kan fortolke hovedreglen indskrænkende og derved foretage en internalisering af enten hensyn eller rettigheder med henblik på at opnå en hensigtsmæssig samfundsmæssig afbalancering i de konkrete retstilfælde?

Som det vil fremgå nedenfor, er EU-retten af afgørende betydning for svaret, som i øvrigt er forskelligt i relation til hver af de to eneretsbeføjelser.

5.1. Internalisering i eksemplar fremstillingsretten

Eksemplar fremstillingsbegrebet blev indført i dansk ret med 1961-loven, hvor man gik bort fra det tidligere anvendte mangfoldiggørelsesbegreb. Som eksemplar fremstillinger skulle ifølge forarbejderne anses *»alle former for fikseringer af værket eller dele heraf, ved hjælp af hvilke dette kan tilegnes*

af andre«, og det udtaltes tillige, at »[i] princippet omfatter eneretten enhver fremstilling af eksemplarer.«⁵

På trods af formuleringerne gav 1961-loven dog muligvis en vis adgang for domstolene til at foretage indskrænkende fortolkninger af begrebet. I hvert fald indeholdt forarbejderne også bemærkningen, at »[d]et ligger dog i sagens natur, at der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunstværket blot figurerer som en detalje i billedets baggrund eller i øvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet. Den dagældende lov gav altså domstolene mulighed for at foretage en indskrænkende fortolkning af begrebet, idet et eksemplar i henhold til den sproglige ordlyd – eller hvad man kunne kalde »i sprogets forstand« – altså i visse særtilfælde kunne anses for ikke at udgøre et eksemplar »i lovens forstand.«⁶ Også i 1998-lovændringen, der implementerede databasedirektivet, kom det til udtryk, at eksemplarfremsstillingsbegrebet ikke var altomfattende: »Fikseringen af værket må dog have en vis selvstændig karakter. Rent flygtige og tilfældige fikseringer, der finder sted som led i en sammenhængende teknisk proces, og som er accessoriske i forhold til det endelige resultat, fx skærmvisning af et digitalt værk, kan efter ministeriets opfattelse ikke anses som eksemplarfremsstilling.«⁷

Loven er imidlertid sidenhen blevet ændret og ovenstående derfor blevet retshistorie. I 2001 blev en omfattende EU-harmonisering af ophavsretten vedtaget i form af infosoc-direktivet. Dette direktiv indeholder følgende definition af eksemplarfremsstillingsretten: »Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis.«⁸ Denne formulering af eksemplarfremsstillingsretten efterlader ikke noget rum for domstolene til at fortolke bestemmelsen indskrænkende. Eksemplarfremsstillingsbegrebet blev altså med infosoc-direktivet gjort

5. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2688.

6. Den pågældende motivbemærkning blev mange år senere central i en sag for Højesteret, jf. U 1997.691 HD (Pengesedler II), der omtales nærmere nedenfor afsnit 10.1.

7. Jf. FT 1997-98, 2. samling, tillæg A, s. 999 f.

8. I den dansksprogede udgave af direktivet anvendes ordet reproduktion, hvilket formentlig skyldes, at det er dette begreb, der anvendes i den engelske og franske version, ligesom det er det anvendte begreb i Bernerkonventionens art. 9. I den danske lovgivning har man holdt fast i ordet eksemplarfremsstilling, som man havde anvendt siden 1961-loven. Formuleringen i infosoc-direktivets art. 2 er i øvrigt baseret på forløberen i databasedirektivets art. 5. Dengang blev ordet oversat til eksemplarfremsstilling i den danske sprogversion. Ordene reproduktion og eksemplarfremsstilling er synonymer, og selvom man kan diskutere, hvilket der er den bedste oversættelse af ordet »reproduction«, kan der ikke udledes noget retligt af, om det er det ene eller det andet, der er anvendt i dansksprogede retsakter.

altomfattende. Dette er også baggrunden for, at man ved implementeringen af infosoc-direktivet tog afstand fra de tidligere motivbemærkninger i forarbejderne til henholdsvis 1961-loven og 1998-lovændringen. Således udtalte man i den ændringslov, der implementerede infosoc-direktivet, at de ovenfor nævnte motivbemærkninger fra 1998 »[ikke] *harmonerer [...] med infosoc-direktivets art. 2*«, samt at 1961-motivbemærkningerne »*ikke længere er udtryk for gældende ret*«. ⁹ Man valgte på denne baggrund at indsætte infosoc-direktivets definition i OPHL § 2, stk. 2.

Infosoc-direktivet skal i denne sammenhæng ses som et afgørende valg i EU-ophavsretten og dermed også i dansk ophavsret. Man valgte netop som lovteknisk løsning at indføre en i princippet altomfattende hovedregel, hvorved den samfundsmæssige afbalancering altså er henvist til at ske i form af indskrænkninger, dvs. i form af deciderede undtagelser til denne hovedregel.

Det har senere vist sig, at lovgivers valg er blevet bekræftet – eller respekteret om man vil – af EU-Domstolen. EU-Domstolen skulle således i *sag C-5/08 (Infopaq I)* besvare et præjudicielt spørgsmål stillet af den danske Højesteret i en sag om scanning og bearbejdning af avisartikler. Sagen angik firmaet Infopaqs såkaldte datafangstproces, hvor en lang række ophavsretligt beskyttede publikationer blev scannet elektronisk og derefter behandlet med et tekstgenkendelsesprogram med henblik på at levere resuméer til Infopaqs kunder ud fra nærmere bestemte søgeord. I processen frembragtes digitale og fysiske kopier af uddrag på 11 ord fra de pågældende avisartikler. Spørgsmålet var derfor bl.a., om sådanne meget små uddrag udgjorde en (delvis) eksemplar fremstilling af de beskyttede værker i form af avisartiklerne.

EU-Domstolen indledte sin besvarelse med at fastslå, at begrebet reproduktion er et fællesskabsretligt begreb, der skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele EU.¹⁰ Det er altså ikke overladt til medlemsstaterne at fastlægge begrebets betydning og rækkevidde nationalt. Der er og skal være fuldstændig lighed mellem infosoc-direktivets reproduktionsret og de nationale implementeringer heraf, herunder den danske ophavsretslovs eksemplar fremstillingsret.¹¹ Efter disse indledende bemærkninger var spørgsmålet, hvad indholdet af direktivbestemmelsen så var, og her respekterede EU-Domstolen som nævnt EU-lovgivers lovtekniske valg af en i princippet altomfattende hovedregel. Således udtalte EU-Domstolen med henvisning

9. Jf. FT 2002-03, tillæg A, s. 238 f.

10. Jf. *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 27.

11. Det kan i den sammenhæng bemærkes, at Østrig havde intervenseret i sagen for netop at gøre gældende, at det tilkom medlemsstaterne at definere begrebet, hvilket altså blev afvist, jf. eksplicit *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 29.

til direktivets præambel, at beskyttelsen skulle have en bred definition og en vid udstrækning,¹² og fastslog på denne baggrund, at Infopaqs handlinger udgjorde delvise reproduktioner, såfremt det gængsne nød beskyttelse.¹³

Infosoc-direktivets præambel tilkendegav da også tydeligt dette ønske fra EU-lovgivers side: »Dette direktiv definerer de handlinger, der er omfattet af reproduktionsretten hvad angår de forskellige rettighedshavere. Definitionen bør være i overensstemmelse med gældende fællesskabsret. Det er nødvendigt med en bred definition af disse handlinger for at sikre retssikkerhed i det indre marked.«¹⁴ Infopaq-dommens fortolkning af reproduktionsbegrebet som i praksis altomfattende er sidenhen blevet bekræftet af EU-Domstolen i sag C-403+429/08 (*Premier League*) om nogle »flygtige fragmenter af værker i en satellitdekoders hukommelse og på en tv-skærm«, i sag C-406/10 (*SAS*) om »gengivelse i et edb-program eller i en brugermanual til dette program af visse elementer, der er beskrevet i brugermanualen til et andet edb-program«, og i sag C-360/13 (*Public Relations Consultants*) om »kopierne på skærmen og kopierne i cachen, lavet af en slutbruger i forbindelse med besøget på en internetside«.¹⁵

Det forekommer efter EU-Domstolens dom i sag C-5/08 (*Infopaq I*) – ikke mindst i lyset af de efterfølgende bekræftende domme – vanskeligt at anse nogen nævneværdig fleksibilitet for indeholdt i reproduktions-/eksemplar-fremstillingsbegrebet). Forudsat at et værk nyder beskyttelse – hvilket er et spørgsmål, der falder uden for denne afhandling – vil den samfundsmæssige balance altså kun kunne påvirkes af domstolene, såfremt det sker i form af en decideret indskrænkning i eksemplar fremstillingsretten.¹⁶ Er dette ikke muligt, må domstolene dømme for krænkelse.

Dette lader nu også til at have slået igennem i dansk højesteretspraksis, jf. *U 2014.888 HD (Netto)*, der angik Dansk Supermarkeds efterligning af nogle tidligere reklamefilm produceret for dem af en instruktør, Jesper Jargil, som imidlertid ikke havde overdraget ophavsretten til disse film til Dansk Supermarked. Højesteret ændrede Sø- og Handelsrettens frifindende dom og dømte

12. Jf. sag C-5/08 (*Infopaq I*), pr. 41-43.

13. Jf. sag C-5/08 (*Infopaq I*), pr. 48.

14. Jf. Infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 21, jf. hertil sag C-5/08 (*Infopaq I*), pr. 41.

15. I sag C-403+429/08 (*Premier League*) og sag C-360/13 (*Public Relations Consultants*) fandt EU-Domstolen dog, at betingelserne for anvendelse af indskrænkningen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, om midlertidige reproduktionshandlinger fandt anvendelse, men dette understreger netop blot EU-Domstolens fastholdelse af den lovtekniske model anvendt i direktivet.

16. Spørgsmålet om, hvilken eventuel fleksibilitet der ligger i indskrænkningerne – herunder spørgsmålet om hvorvidt indskrækningskataloget er udtømmende – behandles i tre forskellige henseender i henholdsvis afsnit 6, Del III og Del IV.

Dansk Supermarked for krænkelse bestående i en anvendelse af »*samme argumentationsstruktur og samme filmiske, visuelle og lydmæssige virkemidler*«. Med dommen har Højesteret – i overensstemmelse med infosoc-direktivet og EU-Domstolens praksis – lagt den meget omfattende og ufleksible definition af eksemplarfremstillingsbegrebet til grund.

EU-Domstolens præjudikat om eksemplarfremstillingsretten i form af Infopaq-dommen har sammenfattende to praktiske betydninger for danske domstole. For det første medfører EU-Domstolens indledende bemærkninger om reproduktionsbegrebets fællesskabsretlige karakter, at danske domstole ikke har mulighed for at skabe en selvstændig national praksis om begrebets indhold, men må rette sig efter EU-Domstolens fortolkning. Dette medfører, at en dansk domstol, der måtte komme i tvivl om, hvorvidt noget udgør en eksemplarfremstilling i OPHL § 2's forstand, bør stille et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen, hvilket den endda vil have pligt til, såfremt den er sidste instans i sagen, jf. TEUF art. 267. For det andet medfører EU-Domstolens øvrige præmisser om reproduktionsbegrebets fortolkning, at en dansk domstol i praksis næppe igen kan komme i tvivl om, hvorvidt noget udgør en eksemplarfremstilling. Reproduktionsbegrebet er nemlig så bredt og skal tolkes så vidtrækkende, at det omfatter alle handlinger, der på noget sprogligt plan kan anses for at udgøre »reproduktioner/fremstillinger af eksemplarer«. Derimod kan danske domstole fortsat godt komme i tvivl om en eller flere indskrænkningers rækkevidde, herunder bl.a. OPHL § 11 a, jf. infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, om midlertidige eksemplarfremstillinger, og det er i stedet dette, som spørgsmålene i deres eventuelle præjudicielle forelæggelser skal angå. Spørgsmålet om indskrænkningernes fortolkning behandles nærmere nedenfor *afsnit 5*.

5.2. Internalisering i tilgængeliggørelsesretten

Den anden af de to grundlæggende eneretsbeføjelser i ophavsretsloven er den såkaldte tilgængeliggørelsesret, der giver rettighedshaveren eneretten til at gøre værket tilgængeligt for almenheden.

Denne eneretsbeføjelse er defineret på en anden måde end eksemplarfremstillingsretten, idet begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden« i princippet kun tjener som samlebetegnelse for nogle andre begreber, hvis definitioner derfor er de praktisk interessante. I den danske ophavsretslov dækker tilgængeliggørelsesbegrebet over henholdsvis spredning, visning og fremførelse, jf. OPHL § 2, stk. 3. For så vidt angår spredning er terminologien i overensstemmelse med infosoc-direktivet, jf. infosoc-direktivets art. 4, men begreberne visning og fremførelse findes ikke i infosoc-direktivet, der hverken indeholder en overordnet betegnelse svarende til det danske begreb

tilgængeliggørelse eller begreberne visning og fremførelse. Derimod består infosoc-direktivet alene af begrebet »overføring til almenheden« (hvorunder hører begrebet »tilrådighedsstillelse for almenheden«) og begrebet »spredning«, jf. infosoc-direktivets art. 3 og 4. I ophavsretsloven optræder »overføring til almenheden« imidlertid som en underkategori af de såkaldte »offentlige fremførelser«, jf. OPHL § 2, stk. 4. Dette er ikke helt uproblematisk og kan nemt give anledning til forvirring ved anvendelsen af de to retsakter.

Det er uklart, hvorfor man ikke i ophavsretsloven har anvendt direktivets begreber og systematik, men dels har man formentlig ønsket i videst muligt omfang at videreføre terminologien fra 1961-loven, dels har man måske ønsket at give en bredere beskyttelse, end hvad der følger af infosoc-direktivet. Ved implementeringen af infosoc-direktivet anså man det ikke som et problem at bryde med infosoc-direktivets terminologi i den danske ophavsretslov: *»Selv om det ikke er strengt nødvendigt at introducere begrebet overføring til almenheden i den danske ophavsretslov, finder Kulturministeriet det mest hensigtsmæssigt at gennemføre direktivets art. 3 med en ordlyd, der ligger så tæt som muligt op ad direktivteksten. Der indføres således et nyt begreb i ophavsretsloven, men ikke en ny retstilstand.«*¹⁷

De terminologiske forskelligheder i infosoc-direktivet og den danske implementering heraf i form af ophavsretsloven giver anledning til at overveje, om dette er udtryk for, at lovgiver har anset infosoc-direktivets begreber for ikke at være fællesskabsretlige begreber, der skal gives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele EU, men derimod begreber, som det er overladt medlemsstaterne at definere nærmere i deres nationale lovgivninger, således at nationale forskelle tillades. Lovmoterne er ikke helt entydige på dette punkt. På den ene side indførte man nogle mindre ændringer i OPHL § 2 med henblik på at præcisere begreberne i forhold til infosoc-direktivets anderledes terminologi.¹⁸ På den anden side fastholdt man, at infosoc-direktivet ikke indebærer nogen forpligtelse til at ændre de danske regler, og særligt interessant er det, at man udtalte, at »[d]efinitionen af almenheden og dermed af, hvornår der foreligger offentlig fremførelse, er ikke harmoniseret inden for EU«.¹⁹

Uanset hvad der var eller er den danske lovgivers synspunkt om infosoc-direktivets indhold og fortolkning, må danske domstole og retsansvendere imidlertid først og fremmest orientere sig efter EU-Domstolen, og denne har været helt entydig. I en omfattende praksis har den således gang på gang slået fast, at der – ligesom det er tilfældet med reproduktionsbegrebet i infosoc-di-

17. FT 2002-03, tillæg A, s. 240.

18. FT 2002-03, tillæg A, s. 238 ff., samt lovforslagets bilag 1.

19. FT 2002-03, tillæg A, s. 241.

rektivets art. 2 – er tale om fællesskabsretlige begreber, og at betydningen derfor skal være den samme. Hermed følger ikke nødvendigvis, at terminologien skal være fuldstændig ens, men anvendes begreberne i de nationale lovgivninger, må de hverken indeholde mere eller mindre end direktivets begreber, men skal indeholde præcis det samme, dvs. hverken mere eller mindre.

EU-Domstolens praksis tog i princippet sin begyndelse før infosoc-direktivets vedtagelse. I *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)* var den forelagt et spørgsmål om fortolkningen af begrebet »communication to the public« (dvs. overføring til almenheden) i satellit- og kabeldirektivets art. 1, stk. 2, litra a, nærmere bestemt om dette omfattede udsendelse via nogle fjernsyn installeret på nogle hotelværelser.²⁰ EU-Domstolen fandt *ikke*, at begrebet udgjorde en totalharmonisering, og fandt det således overladt til national ret at afgøre, hvornår noget udgjorde en sådan »communication to the public« (overføring til almenheden) i satellit- og kabeldirektivets forstand.²¹ Dommen er imidlertid speciel i den forstand, at den blev afsagt efter, at der var fremsat forslag om vedtagelse af infosoc-direktivet, og eftersom dette forslag ifølge EU-Domstolen netop tilsigtede at harmonisere tilgængeliggørelsesbegrebet, fandt EU-Domstolen, at en sådan harmonisering ikke kunne anses for at være sket allerede med satellit- og kabeldirektivet, der således på det punkt måtte anses for at være minimumsharmoniserende.²² Det mest interessante ved dommen er således, at EU-Domstolen hermed i et *obiter dictum* tilkendegav, at infosoc-direktivets tilgængeliggørelsesbegreb var totalharmoniserende.²³

Et *obiter dictum*s retskildeværdi kan imidlertid være begrænset, men i dette tilfælde er det sidenhen blevet bekræftet adskillige gange efter infosoc-direktivets vedtagelse. Første gang var i *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, der ligeledes angik nogle hotelfjernsyn, men som skulle bedømmes efter infosoc-direktivet. EU-Domstolen udtalte, at »[Infosoc-direktivet] *finder således anvendelse på al overføring til almenheden af beskyttede værker, hvorimod* [satellit- og kabeldirektivet] *kun foreskriver en minimumsharmonisering af*

20. Bemærk, at den danske sprogversion af satellit- og kabeldirektivet ikke er kongruent med det senere vedtagne infosoc-direktiv. I infosoc-direktivet svarer »communication to the public« således til »overføring til almenheden«, men i det ældre satellit- og kabeldirektiv blev communication to the public« oversat til »tilgængeliggørelse for almenheden.« Der er næppe tvivl om, at det i dag må være infosoc-direktivets terminologi, der skal anvendes, og det er i øvrigt kun i den danske sprogversion, at inkongruensen optræder.

21. Jf. *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)*, pr. 29 samt domskonklusionen.

22. Jf. *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)*, pr. 26-28.

23. Således bliver præmisserne også udlagt i generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse i *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pkt. 43.

visse aspekter af ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i tilfælde af overføring til almenheden via satellit eller viderespredning pr. kabel af udsendelser fra andre medlemsstater», og fortsatte med henvisning til sag C-293/98 (*Egeda mod Hoasa*) med at erindre om, at »[s]om Domstolen imidlertid allerede har fastslået, indeholder disse minimumsharmoniseringsregler, til forskel fra [infosoc-direktivet], ikke elementer, der giver grundlag for en besvarelse af et spørgsmål, der vedrører en situation, som svarer til den, der ligger til grund for de foreliggende præjudicielle spørgsmål«. ²⁴ Efter således at have understreget forskellen på de to direktiver fastslog EU-Domstolen herefter, at infosoc-direktivets begreber var totalharmoniserende fællesskabsbegreber, og dermed at begreberne »overføring til almenheden«, »tilrådighedsstillelse for almenheden« samt »spredning« – præcis ligesom det var tilfældet med reproduktionsbegrebet – ikke overlader definitionskompetence til medlemsstaterne, men skal have præcis samme indhold i alle 28 medlemsstater: »Det skal endvidere bemærkes, at det følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, der, således som bestemmelserne i [infosoc-direktivet], ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning.« ²⁵

Sidenhen har EU-Domstolens præjudikat i sag C-306/05 (*Rafael Hoteles*) om begrebernes fællesskabsretlige karakter været lagt til grund af generaladvokaterne i sag C-162/10 (*PPL mod Irland*) ²⁶ og sag C-431+432/09 (*Airfield*), ²⁷ og i EU-Domstolens domme i disse sager må den formentlig også anses for forudsætningsvist at have været enig med generaladvokaterne på dette punkt og dermed for at have fastholdt sit præjudikat fra sag

24. Jf. sag C-306/05 (*Rafael Hoteles*), pr. 30.

25. Jf. sag C-306/05 (*Rafael Hoteles*), pr. 31. EU-Domstolen henviste til sine tidligere domme i sag C-357/98 (*Yiadam*), pr. 26, og sag C-245/00 (*SENA mod NOS*), pr. 23. Den østrigske regering havde i øvrigt – ligesom den gjorde nogle år senere i sag C-5/08 (*Infopaq I*), jf. herom ovenfor afsnit 5.1 – interveneret i sagen med det synspunkt, at det tilkom medlemsstaterne at definere begrebet »almenheden«. Altså samme synspunkt som det, der kan findes i motiverne til 2002-lovændringen, der implementerede infosoc-direktivet i dansk ret. Dette synspunkt afviste EU-Domstolen altså, hvilket ligefrem skete eksplicit, jf. sag C-306/05 (*Rafael Hoteles*), pr. 31, sidste pkt.: »Det følger heraf, at den østrigske regering ikke med føje kan hævde, at det tilkommer medlemsstaterne at definere begrebet »almenheden«, som [infosoc-direktivet] anvender uden at definere det.«

26. Jf. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-162/10 (*PPL mod Irland*), pkt. 54.

27. Jf. generaladvokat Niilo Jääskinens forslag til afgørelse i sag C-431+432/09 (*Airfield*), pkt. 50.

Del II. Internalisering

C-306/05 (Rafael Hoteles). Ikke desto mindre er det i *sag C-135/10 (Marco Del Corso)* angivet, at der skal ske en individualiseret vurdering af begrebet kommunikation til offentligheden, og at det påhviler den nationale ret at foretage en helhedsvurdering af den givne situation.²⁸ Muligvis skal disse bemærkninger forstås sådan, at vurdering af sagernes faktum skal ske af de nationale retter. Alternativt er forklaringen, at denne sag ikke angik fortolkning af infosoc-direktivet, men derimod af leje- og lånedirektivet, og at begeberne heri adskiller sig fra begreberne i infosoc-direktivet ved, at disse ikke er totalharmoniserende. Dette ville ligge i forlængelse af EU-Domstolens dom i *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)*, jf. ovenfor, hvori den heller ikke anså satellit- og kabeldirektivet for at være totalharmoniserende, idet en totalharmonisering først skal anses for at foreligge i og med infosoc-direktivet.

Begreberne overføring til almenheden og spredning er altså ligesom eksemplarfremstillingsbegrebet (reproduktionsbegrebet) totalharmoniserende fællesskabsbegreber, der skal have samme betydning og indhold i alle medlemsstaterne. Men som det var tilfældet med eksemplarfremstillingsretten, bliver det næste spørgsmål følgelig, hvad indholdet så er af henholdsvis 1) »overføring til almenheden« (herunder »tilrådighedsstillelse for almenheden«) og 2) »spredning«, jf. infosoc-direktivets art. 3 og 4. At det er fællesskabsretlige begreber, der ikke skal defineres nationalt, siger jo ikke noget om, hvad der så konkret falder inden for eller uden for begrebet. Også i relation til dette spørgsmål har EU-Domstolen imidlertid givet enkelte fortolkningsbidrag, og som nævnt fortolker den begreberne mere fleksibelt eller i hvert fald mere afgrænset end reproduktionsbegrebet.

5.2.1. Overføring til almenheden

Hvad angår begrebet »overføring til almenheden« i infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, nåede EU-Domstolen i den omtalte *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)* frem til, at når et fjernsyn på et hotelværelse tilføres et signal, da udgør det overføring til almenheden. Samtidig fastslog den dog også, at tilrådighedsstillelsen af fjernsynet som sådan ikke udgjorde overføring til almenheden, men altså at tilføring af signal var afgørende.²⁹ Dette er formentlig logisk. Hvad der derimod ikke på forhånd var givet, var hvordan EU-Domstolen ville forholde sig til de tilfælde, hvor signal måske nok var tilført fjernsynet, men hvor gæsterne ikke havde tændt for dette. Disse tilfælde – som utvivlsomt også frembyder bevisproblematikker – undtog EU-Domstolen imidlertid ikke fra begrebet. Selvom en faktisk overføring således aldrig er realiseret, kan

28. Jf. *sag C-135/10 (Marco Del Corso)*, pr. 76 og 80.

29. Jf. *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pr. 47 samt domskonklusionen.

der altså godt foreligge en overføring til almenheden i direktivets forstand.³⁰ Denne første dom i EU-Domstolens praksis om overføring til almenheden fastsatte således en temmelig bred fortolkning af begrebet. EU-Domstolen angav da også – med henvisning til infosoc-direktivets præambel – at dette var hensigten: »*Det følger af treogtyvende betragtning til direktiv 2001/29, at begrebet »overføring til almenheden« skal forstås i bred forstand.*»³¹

Senere praksis skulle dog vise, at begrebet ikke har den i praksis altomfattende karakter, som tilfældet er med reproduktions-/eksemplarfremsstillings-begrebet, jf. herom ovenfor *afsnit 5.1*.

I *sag C-393/09 (BSA)* nåede EU-Domstolen således frem til, at udsendelse af en grafisk brugergrænseflade i TV ikke udgjorde en overføring til almenheden, hvilket den begrundede med, at interaktiviteten ikke derved overføres. Denne afgørelse viser EU-Domstolens villighed til at lægge en vis fleksibilitet ind i denne eneretsbeføjelse, for umiddelbart er der jo i sproglig forstand i højere grad sket en overføring i sådanne situationer end der er, når et hotel-fjernsyn aldrig bliver tændt, jf. ovenfor om *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*.

En anden begrænsning, som EU-Domstolen har indfortolket i begrebet overføring til almenheden, er kravet om, at overføringen skal ske til et »nyt publikum.« Heri ligger, at kun hvis der sker en overføring til et publikum, som rettighedshaveren ikke havde taget i betragtning ved sin oprindelige overføring (eller samtykke til overføring) er der tale om en (videre)overføring til almenheden. Praksissen om kravet om et nyt publikum blev introduceret af EU-Domstolen i *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*.³² I denne dom blev hotelgæsterne anset for at udgøre et nyt publikum, hvilket altså i henhold til dommen er én af flere nødvendige forudsætninger for, at en handling kan anses for at udgøre en overføring til almenheden.³³ EU-Domstolen har sidenhen fastholdt praksissen i *sag C-403+429/08 (Premier League)*, hvor gæster på en restau-

30. Dommens resultat blev gentaget i *sag C-136/09 (Divani Akropolis)*, der blev afsagt ved kendelse, eftersom svaret fulgte af EU-Domstolens tidligere praksis i form af netop *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, jf. hertil EU-Domstolens mulighed herfor i medfør af Procesreglementet art. 104, stk. 3. Kendelsens ordlyd var som følger: »*Idet hotelejerer har installeret fjernsyn i værelserne på sit hotel og forbundet dem med hotellets fællesantenne, foretager han alene af denne grund en overføring til almenheden i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i [infosoc-direktivets] artikel 3, stk. 1.*»

31. Jf. *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pr. 36.

32. Praksissen kan dog føres tilbage til generaladvokatens forslag til afgørelse i *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)*, som i øvrigt baserede sine overvejelser på en fortolkning af Bernerkonventionens art. 11a, stk. 1, jf. generaladvokat Antonio La Pergolas forslag til afgørelse i *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)*, pkt. 20.

33. Jf. *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pr. 40-42.

ration udgjorde et nyt publikum i relation til en fjernsynsudsendelse forevist af restauratøren.³⁴ Når det kommer til stykket er det dog kun en meget lille begrænsning af eneretsbeføjelsen, som kravet om et nyt publikum reelt indebærer. Således kunne man måske have forventet, at EU-Domstolen i *sag C-607/11 (TVCatchup)* ville have undtaget den pågældende værksanvendelse fra direktivet med henvisning til, at overføringen skete til det samme publikum. Sagen drejede sig om firmaet TVCatchup, der udbød online-streaming af TV-programmer, men således at kunderne kun kunne se de programmer, de i forvejen havde tv-licens til at se. EU-Domstolen fandt imidlertid ikke, at kravet om et nyt publikum fandt anvendelse, når der var tale om forskellige transmissionsformer – i sagen henholdsvis jordbaseret tv-udsendelse og tilrådighedsstillelse over internettet. Efter denne dom må praksissen således antages at kunne beskrives sådan, at når man har at gøre med videreoverføringer, dvs. overføringer i andet led, da har man kun at gøre med en overføring til almenheden i henhold til infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, såfremt overføringen enten sker 1) på en anden teknisk transmissionsform end den oprindelige overføring eller 2) sker på samme tekniske transmissionsform, men sker til et nyt publikum. I et enkelt tilfælde har kravet om et nyt publikum dog resulteret i, at en værksanvendelse er blevet undtaget fra overføringsbegrebet. Dette skete i *sag C-466/12 (Svensson)*, hvori linking til en artikel på en hjemmeside, der ikke var underlagt adgangsbegrænsninger, ikke blev anset for overføring til almenheden, hvorved det samtidig fremgik, at såfremt adgangen til en hjemmeside *er* begrænset, da udgør det en (ny) overføring til almenheden, hvis der linkes til indholdet således at personer, der ellers ikke ville have adgang til hjemmesiden, derved får adgang til værket.³⁵

Den væsentligste begrænsning af begrebet overføring til almenheden er formentlig den, der ikke direkte følger af infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 og 2, men som derimod fremgår af præambelbetragtning 23 og 24. Heraf følger det, at overførings- og tilrådighedsstillelsesbegreberne nok skal forstås bredt, men dog alene omfatter overføringer eller tilrådighedsstillelser, der sker over for en ikke-tilstedeværende almenhed. Det betyder, at de, der befinder sig på

34. Jf. *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 197-198. Se også *sag C-431+432/09 (Airfield)*, pr. 72 (her oversat til »ny almenhed« i den danske sprogversion), samt generaladvokat Niilo Jääskinens forslag til afgørelse, pkt. 64. Se også generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-135/10 (Marco Del Corso)*, pkt. 68-70 samt 115. Se endvidere *sag C-162/10 (PPL mod Irland)*, pr. 49-50, samt generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse pkt. 70-72 samt 167. Se endelig om fjernsyn på en kurbadeanstalts værelser *sag C-351/12 (OSA)*, pr. 31-32 samt generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse pkt. 28.

35. Jf. *sag C-466/12 (Svensson)*, pr. 32 samt domskonklusionen.

stedet for eksempelvis en tv-udsendelse, f.eks. i tv-studiet, ikke omfattes af begreberne. Det er altså kun den almenhed, der modtager udsendelsen via en transmission, der omfattes. Dette kan som nævnt ikke læses direkte af bestemmelseernes ordlyd, og da det vel principielt har været uafklaret, hvor stor vægt EU-Domstolen ville tillægge præambelbetragtningerne, er det først med *sag C-283/10 (Circul Globus București)*, at spørgsmålet er blevet afklaret. EU-Domstolen fastslog i denne dom – i overensstemmelse med præambelbetragtningerne – at overføring til et tilstedeværende publikum ikke omfattes af direktivets begreber. Dette betyder navnlig, at den opførelsesret og visningsret, som Danmark har opretholdt i ophavsretsloven ikke omfattes af direktivets begreber.

Også EU-Domstolens praksis om begrebet »tilrådighedsstillelse for almenheden« (»making available«) viser, at der er grænser for hvor bred en definition EU-Domstolen er parat til at give disse eneretsbeføjelser. Tilrådighedsstillelse for almenheden er et snævrere begreb end overføring til almenheden. For så vidt angår frembringelser, der udgør værker, er tilrådighedsstillelse for almenheden omfattet som en underkategori af begrebet overføring til almenheden i infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, men medlemsstaterne er i henhold til infosoc-direktivets art. 3, stk. 2, tillige forpligtet til at give visse naboretlige beskyttelser af såkaldt tilrådighedsstillelse for almenheden.

På den samme dag, den 15. marts 2012, blev der afsagt to domme om begrebet »kommunikation til offentligheden« i leje- og lånedirektivets art. 8, stk. 2, jf. *sag C-135/10 (Marco Del Corso)* og *sag C-162/10 (PPL mod Irland)*. Begrebet »kommunikation til offentligheden« er det samme, som findes i den engelsksprogede version af infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, som på dansk er oversat til »tilrådighedsstillelse for almenheden«. Beklageligvis er der altså i lige netop de danske sprogversioner af direktiverne ikke terminologisk kongruens. Her bruges i leje- og lånedirektivet begrebet »kommunikation til offentligheden«, men i infosoc-direktivet bruges begrebet »tilrådighedsstillelse for almenheden«.³⁶ Uanset denne forvirring – som altså alene læsere af den danske oversættelse bliver udsat for – må man antage, at EU-Domstolen vil foretage en ensartet fortolkning af begrebet i de to direktiver, således at de omfatter de samme handlinger, og således at EU-Domstolens domme om det ene direktiv uden videre har præjudikatsværdi for fortolkningen af det andet.³⁷

36. Jf. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-162/10 (PPL mod Irland)*, pkt. 54.

37. Således også generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-162/10 (PPL mod Irland)*, pkt. 54. Ligeledes har EU-Domstolen tidligere tilkendegivet, at begreberne i de immaterialretlige direktiver skal fortolkes i lyset af hinanden af hen-

I *sag C-135/10 (Marco Del Corso)* var spørgsmålet, om en tandlæges afspilning af fonogrammer som baggrundsmusik i sin tandlægepraksis udgjorde en kommunikation til offentligheden i henhold til leje- og lånedirektivets art. 8, stk. 2. Dette havde man hidtil ment i dansk ret, jf. *U 1999.2057 V (Frisørforretning)*, der er fra før infosoc-direktivet, men ikke fra før leje- og lånedirektivet. I *sag C-135/10 (Marco Del Corso)* lagde EU-Domstolen imidlertid i sin vurdering navnlig vægt på, dels at anvendelsen ikke var sket med vinding for øje, dels at den flerhed af personer, som patienterne udgjorde, var lille eller endog ubetydelig.³⁸ Dommen er således et eksempel på, at også i begrebet kommunikation til offentligheden indfortolker EU-Domstolen en vis nedre grænse, for hvad der kan blive omfattet. Dommen er på denne måde udtryk for samme internaliserende tilgang, som EU-Domstolen anvendte i *sag C-393/09 (BSA)* om begrebet overføring til almenheden, jf. ovenfor.

Den samtidigt afsagte dom i *sag C-162/10 (PPL mod Irland)* erindrer dog om, at begrebet stadig har en temmelig vid udstrækning. Sagen angik fonogrammer, der var stillet til rådighed for nogle hotelgæster via et signal til nogle apparater på hotelværelserne. Sådanne anvendelser var i henhold til national irsk ret ikke omfattet af fonogrambeskyttelsen, hvilket rettighedshaverorganisationen *Phonographic Performance Limited (PPL)* mente var i strid med leje- og lånedirektivet, hvorfor den havde sagsøgt Irland. EU-Domstolen

syn til EU-retsordenens krav om enhed og sammenhæng, jf. *sag C-271/10 (VEWA)*, pr. 27, og *sag C-431+342/09 (Airfield)*, pr. 44, jf. om disse IPQ 2012.311 (Stephen Vousden, Airfield, Intermediaries and the Rescue of EU Copyright Law). Det modsatte synspunkt kan derimod muligvis anses for indtaget i NIR 2013.139 (Thomas Riis, *Ophavsrettens fleksibilitet*), hvor spørgsmålet bliver diskuteret. Muligvis mener EU-kommissionen også, at der kan og bør være forskel på de to begrebsers fortolkning, jf. således Verica Trstenjaks forslag til afgørelser i *sag C-162/10 (PPL mod Irland)*, pkt. 163, samt i *sag C-135/10 (Marco Del Corso)*, pkt. 91, hvori følgende angives: »Kommissionen har i denne forbindelse anført, at begrebet kommunikation til offentligheden i henhold til [leje- og lånedirektivets art. 8, stk. 2] principielt ikke må fortolkes bredere end begrebet overføring til almenheden i henhold til [infosoc-direktivets art. 3, stk. 1]. Der skal tages hensyn til, at EU-lovgiver har villet fastsætte et højere beskyttelsesniveau for ophavsrettigheder end for fonogramfremstillere og de udøvende kunstners beslægtede rettigheder, og det er således i strid med ordningen at tildele fonogramfremstillere og udøvende kunstnere i henhold til [leje- og lånedirektivets art. 8, stk. 2] videregående rettigheder end ophavsmænd i henhold til [infosoc-direktivets art. 3, stk. 1].« Se også Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 158, hvor EU-Domstolens praksis bliver forstået således, at nok er begreberne og kriterierne de samme, men at de ifølge EU-Domstolen skal administreres forskelligt. Dette kritiseres samme sted som værende »en ordentlig juridisk mundfuld«.

38. Jf. *sag C-135/10 (Marco Del Corso)*, pr. 88 og 96.

nåede frem til, at hotellet havde foretaget kommunikation til offentligheden i henhold til direktivet, hvilket er udtryk for en bred definition af begrebet kommunikation til offentligheden.

At infosoc-direktivets overførselsbegreb og tilrådighedsstillelsesbegreb bliver fortolket som brede, men dog afgrænsede begreber, er i øvrigt i overensstemmelse med infosoc-direktivets præambelbetragtninger. I præambelbetragtning nr. 23 angives det således om overførselsbegrebet, at dette skal opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted, men samtidig understreges det, at retten »bør dog ikke omfatte andre handlinger«. I præambelbetragtning nr. 24 bemærkes det tilsvarende om tilrådighedsstillelsesbegrebet, at det omfatter enhver tilrådighedsstillelse af sådanne frembringelser for den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvor frembringelserne stilles til rådighed, men igen understreges det, at det skal opfattes »som ikke omfattende andre handlinger«.

At begreberne er totalharmoniserede begreber, og at de korresponderende beføjelser i national ret derfor ikke kan indeholde hverken mere eller mindre end infosoc-direktivets begreber, synes at måtte udledes af EU-Domstolens praksis. Hvad EU-Domstolens praksis imidlertid ikke har afklaret er, om det ved siden af de totalharmoniserede eneretsbeføjelser er muligt for medlemsstaterne at opretholde eller indføre yderligere eneretsbeføjelser. Dette har Danmark gjort for så vidt angår visningsretten og den såkaldte opførelsesret, dvs. tilgængeliggørelse for almenheden for et tilstedeværende publikum. EU-Domstolen blev i *sag C-466/12 (Svensson)* bl.a. stillet spørgsmålet, om det er muligt for en medlemsstat at indføre en mere omfattende beskyttelse af ophavsmænds eneret ved at lade overføring til almenheden omfatte flere rettigheder, end hvad der følger af artikel 3, stk. 1, i infosoc-direktivet. Til dette svarede EU-Domstolen benægtende ved at fastslå, at infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, »er til hinder for, at en medlemsstat indfører en mere omfattende beskyttelse for indehavere af en ophavsrettighed ved at fastsætte, at begrebet overføring til almenheden omfatter flere handlinger, end hvad der følger af denne bestemmelse«. Heraf følger utvivlsomt, at de nationale implementeringer af infosoc-direktivets begreber ikke kan omfatte mere end infosoc-direktivets begreber, men om medlemsstaterne fortsat har mulighed for at indføre eller opretholde en yderligere, dvs. en selvstændig tredje eneretsbeføjelse – sådan som det eksempelvis er tilfældet med ophavsretslovens opretholdelse af visningsretten og opførelsesretten – er uafklaret. Spørgsmålet er med andre ord, om de utvivlsomt totalharmoniserende eneretsbeføjelser i infosoc-direktivet udover at være totalharmoniserende også er udtømmende. Spørgsmålet har overordentlig stor betydning for Danmark, da et benægtende

svar vil betyde, at ophavsretslovens visnings- og opførelsesret er i strid med direktivet. Der kan fremføres argumenter for begge synspunkter.

For at anse infosoc-direktivets eneretsbeføjelser som udtømmende taler navnlig det ovenfor citerede svar, som EU-Domstolen gav i *sag C-466/12 (Svensson)*. Hvis de i infosoc-direktivet angivne eneretsbeføjelser ikke er udtømmende, vil dette præjudicielle svar have meget lille praktisk betydning. Hvis medlemsstaterne alligevel kan udvide beskyttelsen i deres nationale lovgivninger til at omfatte mere end infosoc-direktivet ved blot at opfinde nye yderligere eneretsbeføjelser angivet ved selvstændige begreber – sådan som Danmark har gjort med visningsretten – da er det jo af lille betydning, at EU-Domstolen i *sag C-466/12 (Svensson)* har insisteret på, at infosoc-direktivets begreber ikke må omfatte flere handlinger i national lovgivning. Med andre ord vil EU-Domstolens besvarelse af spørgsmålet i *sag C-466/12 (Svensson)* meget nemt kunne »omgås« af medlemsstaterne, og dette må der være en formodning imod. I denne sammenhæng skal man i øvrigt være opmærksom på, at formålet med infosoc-direktivet netop er gennemførelse af det indre marked via harmonisering af de nationale ophavsretslovgivningers beskyttelsesomfang, jf. infosoc-direktivets præambelbetragtninger nr. 1 og 3. Et andet argument for, at infosoc-direktivets eneretsbeføjelser er udtømmende, kan baseres på det almindelige EU-retlige princip om *preemption*, undertiden også benævnt som *princippet om den optagne lovgivningsplads*.³⁹ Dette princip, der i dag i en vis grad er kodificeret i TEUF art. 2, men som i øvrigt følger af EU-Domstolens retspraksis, indebærer bl.a., at eksistensen af en EU-regel kan udelukke nationale reguleringer, selvom EU-reglen ikke regulerer det pågældende spørgsmål, hvis det at medlemsstaterne regulerer det vil bringe EU-reglens formål og effektivitet i fare, jf. *sag 65/75 (Tasca)*, som dog angik en forordning.⁴⁰

Som nævnt er der imidlertid også argumenter, der taler imod at anse infosoc-direktivets eneretsbeføjelser som udtømmende. For det første – hvilket dog ikke kan være et afgørende argument i sig selv – må det nævnes, at Danmark og eksempelvis også Sverige, der ligeledes har opretholdt opførelses- og visningsretten, endnu ikke er blevet indbragt for EU-Domstolen for traktatbrud i form af fejlagtig implementering af infosoc-direktivet. For det andet kan det påpeges, at det for så vidt angår indskrænkningerne i info-

39. Jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 356 ff., samt JIPLP 2014.585 (Eleonora Rosati, *Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities*).

40. Preemptionsprincippetets betydning for harmoniseringen af ophavsretten drøftes nærmere i JIPLP 2014.585 (Eleonora Rosati, *Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities*).

soc-direktivets art. 5 er angivet eksplicit i præamblen, at disse udgør en udtømmende opregning af mulige indskrænkninger.⁴¹ Noget tilsvarende er ikke anført i præamblen om eneretsbeføjelserne. Intet sted er ordet udtømmende således anvendt om infosoc-direktivets art. 2-4. Hertil må det dog bemærkes, at godt nok er ordet udtømmende ikke anvendt, men uanset dette kan det diskuteres, hvorvidt præamblen angiver dem som udtømmende. Det afhænger nemlig af, hvordan man fortolker præambelbetragtning nr. 23 og 24, hvori det angives, at begreberne ikke må omfatte andre handlinger end netop de i direktivet angivne, og som det også bemærkedes ovenfor i relation til *sag C-466/12 (Svensson)*, vil sådanne tilkendegivelser være uden praktisk betydning, hvis det stod medlemsstaterne frit for at indføre yderligere beskyttelser blot under andre betegnelser. Et tredje argument kan baseres på medlemsstaternes forpligtelser efter Bernerkonventionen. I henhold til BKV art. 11, stk. 1, har medlemslandene f.eks. pligt til at beskytte offentlig fremførelse, hvilket næppe kan anses for beskyttet i og med infosoc-direktivets eneretsbeføjelser, og hvis disse skulle anses for udtømmende, ville infosoc-direktivet *de facto* pålægge medlemsstaterne at bryde BKV. Ud fra en formodning imod dette kan det anføres, at infosoc-direktivets eneretsbeføjelser ikke kan betragtes som udtømmende. Dog er der som sådan ikke noget i EU-retten, der er til hinder for en modsætning mellem infosoc-direktivet og BKV, men at det skulle have været EU-lovgivers hensigt at skabe en sådan, må principielt forventes at blive tilkendegivet særdeles tydeligt.

I denne sammenhæng skal det dog bemærkes, at EU-Domstolen i *sag C-466/12 (Svensson)* ikke har ladet sin fortolkning styre af BKV. I sagen berørte EU-Domstolen infosoc-direktivets forhold til BKV art. 20, der giver konventionslandene mulighed for indbyrdes at indgå særlige aftaler om mere vidtgående rettigheder, end BKV kræver. Denne bestemmelse – som altså ikke er en pligt, men alene en mulighed i henhold til BKV – afholdt ikke EU-Domstolen fra at fastholde sin fortolkning af infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, som et totalharmoniseret begreb, hvis omfang ikke kan udvides af medlemsstaterne. EU-Domstolen udtalte hertil, at »når en konvention åbner mulighed for, at en medlemsstat kan træffe en foranstaltning, som viser sig at være i strid med EU-retten, uden dog at forpligte den dertil, skal medlemsstaten afholde sig fra at træffe en sådan foranstaltning«.⁴² Forskellen var dog i denne sag, at der netop ikke var tale om en pligt efter BKV, men alene det forhold, at infosoc-direktivet udelukkede udnyttelsen af denne mulighed i BKV.

41. Jf. infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 32.

42. Jf. *sag C-466/12 (Svensson)*, pr. 39. Se også *sag C-277/10 (Luksan)*, pr. 62, samt JIPLP 2014.585 (Eleonora Rosati, *Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities*), der anfører, at når en medlemsstats internationale forpligtelser tillader, men ikke kræver, en EU-stridig foranstaltning, må den afstå fra foranstaltningen.

Endelig synes EU-Domstolens præmisser i *sag C-403+429/08 (Premier League)* at støtte formodningen om, at medlemsstaternes forpligtelser efter BKV art. 11, stk. 1, ikke påvirkes af infosoc-direktivets harmonisering af retten til overføring til almenheden. Heri nævnes det således, at infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 23 blev tilføjet efter forslag fra Europa-Parlamentet, der ønskede det præciseret, at overføringsbegrebet ikke omfattede begrebet »direkte forestilling eller fremførelse«, hvorved man sigtede til begrebet »offentlig fremførelse« i BKV art. 11, stk. 1.⁴³ Tilføjelsen af præambelbetragtning nr. 23 skulle således »udelukke en sådan direkte offentlig fremførelse fra at være omfattet af begrebet »overføring til almenheden« inden for rammerne af [infosoc-direktivet]«. ⁴⁴ Dommen afklarer dog ikke spørgsmålet fuldstændigt. Den fastslår således principielt kun, at opførelsesretten ikke omfattes af direktivets begreb, men forholder sig ikke direkte til, om dette begreb er udtømmende. I konteksten synes det dog underforstået, at dette ikke er tilfældet. At begreberne ikke er udtømmende, synes mest tydeligt tilkendegivet i *sag C-283/10 (Circul Globus București)*, hvor det efter omtale af netop præmisserne i *sag C-403+429/08 (Premier League)* anføres, at »den harmonisering, som tilstræbtes med direktivet, og som 23. betragtnings første punktum henviser til, ikke skal omfatte »traditionelle« former for overføring til almenheden, såsom direkte gengivelse eller fremførelse af et værk«. ⁴⁵ Det er altså »harmoniseringen«, der ikke skal omfatte disse overføringsformer. Heri er det måske underforstået, at harmoniseringen ikke er udtømmende.

Samlet set synes der at være mest, der taler for, at tilgængeliggørelsesretten ikke er udtømmende harmoniseret med infosoc-direktivet. Herved må visnings- og opførelsesretten i OPHL anses for ikke at være i strid med infosoc-direktivet, idet medlemsstaterne kan opretholde eller indføre yderligere eneretsbeføjelser end dem, der er harmoniseret i infosoc-direktivet. Med denne konklusion er det dog vanskeligt at komme uden om, at EU-Domstolens svar i *sag C-466/12 (Svensson)* – om, at medlemsstaterne ikke må udvide overføringsbeskyttelsen – da har meget lille praktisk betydning. Muligvis kan nøglen til forståelsen være, at medlemsstaterne ikke er afskåret fra at give yderligere beskyttelser, men at lovgivning i umiddelbar nærhed af det EU-retlige overføringsbegreb vil være direktivstridigt. En sådan retstilstand vil der også kunne argumenteres for ud fra preemptionsbetragtninger, jf. herom ovenfor.

43. Jf. *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 201.

44. Jf. *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 202.

45. Jf. *sag C-283/10 (Circul Globus București)*, pr. 39.

5.2.2. Spredning

Eneretten til at foretage spredning til almenheden af et ophavsretligt beskyttet værk er fastsat i OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, hvorefter spredningsretten i henhold til den danske terminologi og lovteknik er en del af retten til tilgængeliggørelse for almenheden. I ophavsretsloven er begrebet spredning ikke defineret nærmere, men der er dog i OPHL § 2, stk. 3, nr. 1, angivet som eksempler på spredning, at værket 1) udbydes til salg, 2) udlejes eller 3) udlånes. I infosoc-direktivet følger spredningsretten af infosoc-direktivets art. 4, stk. 1, hvorefter medlemsstaterne skal give ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden ved salg eller på anden måde. Begge bestemmelser benytter sig således af den lovteknik, at der gives et eller flere eksempler, men at det samtidig bestemmes, at enhver anden spredning til almenheden også er omfattet af eneretten. Har man som retsanvender at gøre med en anden handling end en af dem, der er givet eksempler på, er man således i relation til såvel ophavsretsloven som infosoc-direktivet henvist til at foretage en fortolkning af begrebet spredning.

I denne sammenhæng rejser der sig, ligesom det var tilfældet i relation til direktivbegreberne reproduktionsretten og tilgængeliggørelsesretten, særligt tre spørgsmål, nemlig 1) om infosoc-direktivets spredningsbegreb er totalharmoniserende, dvs. om begrebet kan have en anden betydning i ophavsretsloven end i infosoc-direktivet, 2) om infosoc-direktivets spredningsbegreb er udtømmende, dvs. om medlemsstaterne, herunder Danmark, kan indføre eller opretholde eneretsbeskyttelser af andre spredningsformer, end dem der omfattes af infosoc-direktivets spredningsbegreb, såfremt de i dansk ret blot gives beskyttelse under en anden betegnelse end spredning, og 3) hvad spredningsbegrebet nærmere omfatter i henhold til de relevante retskilder. De to første spørgsmål samt svarene på disse vil ofte overlappe, men som det fremgår ovenfor *afsnit 5.2.1* om overføring til almenheden, er det i relation til infosoc-direktivet nødvendigt at sondre.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt infosoc-direktivets spredningsbegreb er et totalharmoniseret begreb, er svaret herpå – i overensstemmelse med hvad der gælder de øvrige eneretsbeføjelsesbegreber i direktivet – at dette er tilfældet. Det blev således eksplicit udtalt af EU-Domstolen i *sag C-5/11 (Donner)*, jf. nærmere herom nedenfor, at begrebet skulle undergives en selvstændig EU-retlig fortolkning.⁴⁶

46. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 25. Se hertil også Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 151: »Infosoc-direktivets regler om spredningsretten må indebære total harmonisering.«

Hvad angår spørgsmålet om spredningsbegrebets eventuelle udtømmende karakter foreligger der endnu ikke retspraksis, der bidrager til en afklaring heraf. I forhold til den nugældende danske ophavsretslov er spørgsmålet imidlertid næppe af praktisk relevans. Danmark har for så vidt angår spredningsretten anvendt samme terminologi som infosoc-direktivet og er dermed formentlig bundet af indholdet af dette totalharmoniserende begrebs fortolkning. Danmark har ved siden af infosoc-direktivets eneretsbeføjelser kun opretholdt opførelses- og visningsretten, og disse vil formentlig skulle vurderes i forhold til begrebet overføring til almenheden med de eventuelle preemptionsproblemstillinger, der vil kunne opstå i den sammenhæng, jf. nærmere ovenfor *afsnit 5.2.1*.

I relation til det tredje spørgsmål om spredningsbegrebets indhold hersker der endnu en vis usikkerhed. For så vidt angår ordlyden af infosoc-direktivets art. 4, stk. 1, er eneretten til spredning rent lovteknisk formuleret på samme måde som eksemplarfremstillingsretten, nemlig ved at man i eneretsbeføjelsen (dvs. hovedreglen) i princippet inddrager alt, hvad der sprogligt kan betegnes som spredning til almenheden, hvorefter den samfundsmæssige afbalancering nødvendigvis må skulle findes i indskrænkningsbestemmelserne, hvilket navnlig vil sige konsumptionsreglen i infosoc-direktivets art. 4, stk. 2. Som det fremgår ovenfor *afsnit 5.1*, blev denne lovteknik og ordlyd i relation til eksemplarfremstillingsretten respekteret af EU-Domstolen, men heraf kan naturligvis ikke sluttes, at EU-Domstolen vil fortolke spredningsbegrebet lige så bredt.

Den første sag, hvori EU-Domstolen skulle fortolke infosoc-direktivets spredningsbegreb, syntes at indikere en vilje til at begrænse begrebets rækkevidde. I sag C-456/06 (*Peek & Cloppenburg*) om udstilling af nogle kopimøbler i en tøjforretnings udstillingsvindue blev EU-Domstolen således spurgt, om en sådan udstilling skulle omfattes af begrebet spredning til almenheden »på anden måde« i henhold til infosoc-direktivets art. 4, stk. 1. Dette fandt EU-Domstolen ikke var tilfældet og udtalte i den forbindelse, at begrebet »udelukkende [indebar] en overdragelse af ejendomsretten over den pågældende genstand«.⁴⁷ Herefter kunne man tro, at spredningsbegrebet var fastlagt, idet medlemsstaterne nu blot skulle afgøre, om ejendomsretten var

47. Jf. sag C-456/06 (*Peek & Cloppenburg*), pr. 41 samt domskonklusionen. Det fremgår af dommen, at væsentlige fortolkningsbidrag for EU-Domstolen var WCT art. 6, stk. 1, hvorefter retten til udbredelse omfatter »salg eller anden overdragelse af ejendomsretten« og infosoc-direktivets art. 4, stk. 2, hvorefter »overdragelse af ejendomsret« også synes angivet som kriteriet for, om en spredning er sket, jf. sag C-456/06 (*Peek & Cloppenburg*), pr. 32-36.

overdraget. En sådan praksis ville formentlig give forholdsvis stor forudsigelighed. Dommen synes imidlertid sidenhen at være blevet modificeret af *sag C-5/11 (Donner)*.

Sag C-5/11 (Donner) angik den tyske statsborger Titus Donner, der importerede møbler fra Italien til Tyskland. Møblerne var ophavsretligt beskyttet i Tyskland, men ikke i Italien. I henhold til tysk ret skete der først spredning, når ikke kun ejendomsretten, men også råderetten over møblerne overgik. Råderetten overgik først ved salget i Tyskland, og spørgsmålet var derfor, om der skete spredning i Tyskland, eller om spredningen skulle anses for at være sket i Italien. Såfremt man i henhold til *sag C-456/06 (Peek & Cloppenburg)* skulle anvende ejendomsrettens overgang som afgørende kriterium, måtte det nødvendigvis følge, at spredningen var sket i Italien, hvorved spredningsretten ville være konsumeret. Men som nævnt mente EU-Domstolen ikke, at dommen i *sag C-456/06 (Peek & Cloppenburg)* skulle udlægges så generelt. I stedet fandt den efter alt at dømme, at en større fleksibilitet kunne indfortolkes i spredningsbegrebet, idet det i stedet tilkom de nationale retter at bedømme, om der var konkrete indicier for en målrettet markedsføringsaktivitet fra sælgeren i ét land (Italien) til medlemmer af almenheden i et andet land (Tyskland).⁴⁸ Sådanne indicier forelå i den konkrete sag i form af en tysksproget hjemmeside, indholdet og distributionen af markedsføringsmaterialet og virksomhedens samarbejde med et speditionsselskab.⁴⁹ Følgelig supplerede EU-Domstolen sit ellers forudsigelighedsskabende ejendomsretskriterium i *sag C-456/06 (Peek & Cloppenburg)* med kravet om en langt mere kompleks vurdering, idet den udtalte, at »en erhvervsdrivende, der retter sin reklamerings mod de medlemmer af almenheden, som er bosat i en bestemt medlemsstat, og skaber eller stiller en særlig leveringsordning og betalingsmetode til rådighed for dem, eller tillader en tredjemand at gøre dette, hvorved det er muligt for disse medlemmer af almenheden at modtage leveringer af eksemplarer af værker, der er ophavsretligt beskyttet i den samme medlemsstat, foretager en »spredning til almenheden« som omhandlet [infosoc-direktivets art. 4, stk. 1] i den medlemsstat, hvor leveringen finder sted«.⁵⁰

En tredje dom, der muligvis også kan anses som udtryk for, at en mere konkret vurdering skal foretages, er dommen i *sag C-128/11 (UsedSoft)*, der

48. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 28-29.

49. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 29.

50. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 30 samt domskonklusionen.

dog ikke angik infosoc-direktivet, men derimod edb-direktivet.⁵¹ Sagen vedrørte konsumptionsreglen i edb-direktivets art. 4, stk. 2, som bestemmer, at »[f]ørste gang en kopi af et edb-program sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at sprede den pågældende kopi inden for Fællesskabet udtømt.« Sagen angik spørgsmålet, om der ved licensgivning til computerprogrammer i forbindelse med adgang til download skulle anses for at foreligge et »salg«, uanset at licensaftalen bestemte, at der alene var tale om »en tidsubestemt, ikke-eksklusiv og ikke-overdragelig brugsret.« EU-Domstolen fandt uanset dette – formentlig i kraft af realitetsbetragtninger – at der var sket en overdragelse af ejendomsretten til eksemplaret af computerprogrammet, og at eneretten derfor var konsumeret. I og med at EU-Domstolen når frem til, at der skete en overdragelse af ejendomsretten, er dommen i overensstemmelse med *sag C-456/06 (Peek & Cloppenburg)*, men samtidig hermed ligger dommen i forlængelse af *sag C-5/11 (Donner)*, idet den er udtryk for en mere fleksibel og konkret vurdering af, om spredning er sket. Dommen i *sag C-128/11 (UsedSoft)* er da også afsagt kun 12 dage efter *sag C-5/11 (Donner)*.

Sammenfattende må det konstateres, at den sparsomme praksis om det totalharmoniserede spredningsbegrebs nærmere indhold rejser flere spørgsmål, end den besvarer. Der synes dog at tegne sig et billede af, at EU-Domstolen ikke er indstillet på at give begrebet en lige så altomfattende og rigoristisk fortolkning, som den har gjort med eksemplarfremsstillingsbegrebet. Skal man konkludere noget ud fra de nævnte domme, må det være, at spredning foreligger i og med ejendomsrettens overgang, men at dette kriterium i særlige tilfælde kan fraviges til fordel for en mere fleksibel og konkret vurdering. Hvis dette er EU-Domstolens praksis, har den dog formentlig skabt fundamentet for mange præjudicielle forelæggelser i fremtiden.

6. Udvidende fortolkninger af indskrænkninger

6.1. Udvidende fortolkning af OPHL § 4, stk. 2

I *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* om billedkunstneren Bjørn Nørgaards anvendelse af nogle fotografier af Edvard Eriksens skulptur i en kollage fri-fandt Østre Landsret for ophavsretskrænkelse, idet den fandt, at der var tale om en såkaldt fri benyttelse i henhold til OPHL § 4, stk. 2. Det er ikke helt

51. Det kan diskuteres, hvilken præjudikatsværdi fortolkninger af et direktiv på ophavsrettens område har for de andre ophavsretlige direktiver, men som udgangspunkt må man forvente en høj grad af sammenhæng og overensstemmelse på området.

klart, hvorledes man skal tolke landsrettens præmisser, men i lyset af sagens faktum – der utvivlsomt indebar både en eksemplarfremstilling i anden form, jf. OPHL § 2, stk. 2, nemlig som fotografier af skulpturen, samt en tilgængeliggørelse af disse fotografier – synes det vanskeligt at forstå dommen på anden måde, end at landsretten fandt, at den kunne anvende OPHL § 4, stk. 2, som en indskrænkning i eneretten, dvs. som en såkaldt låneregel.

Problemet med *U 2009.875 OLD (Bjørn Nørgaard)* er, at OPHL § 4, stk. 2, ikke er en indskrænkning i eneretten. Den er således ikke placeret i OPHL kap. 2, og er dermed ikke blandt de bestemmelser, som ophavsretsloven betegner som indskrænkninger i eneretten, jf. hertil overskriften til OPHL kap. 2. Bestemmelsen har heller ikke en direktivmæssig forankring i infosoc-direktivet og optræder derfor heller ikke i infosoc-direktivets udtømmende liste over indskrænkninger, som medlemsstaterne kan indføre eller opretholde.

Endelig er det kun hvis man tager OPHL § 4, stk. 2, ud af sin sammenhæng, at man kan ledes til at fortolke den som en selvstændig indskrænkning. OPHL § 4's fulde ordlyd er således som følger: *»Den, som oversætter, omarbejder eller på anden måde bearbejder et værk, herunder overfører det til en anden litteratur- eller kunstart, har ophavsret til værket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måde, som strider mod ophavsretten til det oprindelige værk. [Stk. 2.] Ophavsretten til et nyt og selvstændigt værk, som er frembragt gennem fri benyttelse af et andet, er ikke afhængig af ophavsretten til det oprindelige værk.«* Reglens primære indhold er, at et værk, der skabes ved bearbejdelse af et tidligere værk, er afhængig af ophavsretten til dette tidligere værk. Herved gentages for så vidt blot, hvad der allerede følger af OPHL § 2. I bestemmelsens stk. 2 angives videre, at hvis man ikke har bearbejdet, men foretaget *»fri benyttelse«* af et andet værk, krænker man ikke dette (oprindelige) værk.⁵² Dette er i alt væsentligt en henvisning til den såkaldte *idea/expression dichotomy*, eller på dansk *princippet om den manglende idébeskyttelse*, hvoraf det følger, at det kun er formen, men ikke den bagvedliggende idé eller grundtanke i et værk, der beskyttes. Heller ikke heraf følger altså noget, der ikke allerede følger af værks- og/eller krænkelseslæren og den almindeligt accepterede, og flere gange i retspraksis bekræftede, tolkning af det ophavsretlige beskyttelsesomfang. I overensstemmelse hermed

52. Om sondringen mellem bearbejdelse og fri benyttelse, se Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 47 f.: *»For at der skal foreligge en bearbejdelse, må det kræves, at de individuelle træk i originalværket (eller en væsentlig del af dem), der begrunder dets beskyttelse, går igen i genkendelig form i bearbejdelsen. Er dette ikke tilfældet, er der tale om en tilladt fri benyttelse af originalværket, jfr. Lovens § 4, stk. 2. I praksis kan det være meget vanskeligt at trække grænsen mellem bearbejdelse og fri benyttelse.«*

følger det endvidere direkte af motiverne til 1961-loven, at OPHL § 4, stk. 2, er en overflødig bestemmelse, som ikke har noget selvstændigt indhold, men blot præciserer, hvad der følger af lovens øvrige bestemmelser.⁵³ OPHL § 4, stk. 2, er altså alene en præcisering af OPHL § 4, stk. 1, hvis indhold udgør den altovervejende hovedregel vedrørende anvendelse af ophavsretligt beskyttet materiale, nemlig at dette ikke kan gøres uafhængigt af rettighederne til originalværket. OPHL § 4, stk. 2, har således fra lovgivers side alene været tiltænkt at være et fortolkningsbidrag ved anvendelsen af OPHL § 4, stk. 1, og den er i og for sig overflødig, idet den ikke bestemmer noget, der ikke allerede følger af loven i øvrigt. Bestemmelsen bidrager til den grænsedragning der i henhold til OPHL § 2 skal foretages mellem anvendelser, der falder inden for et værks beskyttelsessfære og anvendelser, der ligger uden for.

Muligvis som en direkte følge af Østre Landsrets præmisser i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* kom forståelsen af OPHL § 4, stk. 2, som en selvstændig indskrænkning i eksemplar- og tilgængeliggørelsesretten igen til udtryk i byrettens dom i *U 2013.1704 ØLD (Teach Me Real Love)*. I denne sag havde billedkunsteren Kristian von Hornsleth påberåbt sig bestemmelsen i relation til sin anvendelse af et portrætfotografi af en journalist i en pornografisk kollage. Byretten dømte for krænkelse, men i sin afvisning af anbringendet om fri benyttelse syntes byretten at lægge til grund, at bestemmelsen er en fleksibel indskrænkning, der ved inddragelse af diverse hensyn kan berettigge anvendelser, der ellers ville udgøre eksemplarfremstilling eller tilgængeliggørelse: »Retten finder efter en afvejning af på den ene side hensynet til sagsøgtets kunstneriske ytringsfrihed og på den anden side hensynet til en effektiv beskyttelse af sagsøgerens ret til at råde over det omhandlede foto, at anvendelsen går ud over, hvad sagsøgte havde ret til efter ophavsretslovens § 4, stk. 2. Retten har herved lagt vægt på, at det anvendte foto-udsnit, der omfatter hele

53. Jf. således FT 1959-60, tillæg A, sp. 2696: »I § 4, stk. 2, fastslås, at den, der ikke optræder som bearbejder, men som under fri benyttelse af et eller flere eksisterende værker skaber et nyt og selvstændigt værk, opnår en af ophavsretten til de benyttede værker helt uafhængig ophavsret til det nye værk. Strengt taget er denne bestemmelse overflødig, idet det følger af den almindelige regel i lovforslagets § 1, at ophavsret erhverves, når et litterært eller kunstnerisk værk frembringes, uden at der foreligger en bearbejdelse af et andet værk.« Se desuden Torben Lund, *Ophavsretten*, 1. udgave 1961, s. 105, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 197. I forarbejderne til den svenske *upphovsrättslagen* fremgår noget tilsvarende, jf. således NIR 1992.101 (Monika Ålund, *Parodi och upphovsrätt*): »En möjlig fråga är här, om det kan föreligga någon konkurrens mellan 1 § och 4 § 2 st URL i den bemärkelsen, att de kanske var för sig leder till olika resultat, när man skall avgränsa URL:s objekt? Eller är objektets gränser utstakade på samma vis enligt de båda lagrummen? Det senare förefaller ha varit avsikten. Av motiven till lagstiftningen följer, att tillskapandet av 4 § 2 st URL inte avsåg att införa en från 1 § URL avvikande tolkning i fråga om objektets avgränsning eller bestämmande i övrigt. I stället var syftet att åstadkomma ett förtydligande.«

ansigtet, udgør et væsentligt element af det foto, som sagsøgeren har eneret til at råde over, og at ansigtet er et centralt element i den collage, som sagsøgte anvendte fotoet i. Retten finder på den baggrund, at sagsøgte anvendelse af fotoet krænker sagsøgerens rettigheder til eksemplar fremstilling og spredning af fotoet, jf. ophavsretslovens § 70.» Byrettens dom blev stadfæstet af landsretten, men præmissen om OPHL § 4, stk. 2, blev ikke gentaget i landsrettens dom. Dette var nok heller ikke nødvendigt, men årsagen kan også have været, at landsretten ønskede at tage afstand fra sin dom i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* og den forståelse af OPHL § 4, stk. 2, som kom til udtryk heri. I hvert fald havde denne forståelse været kritiseret i tiden mellem de to sager.⁵⁴ At OPHL § 4, stk. 2, ikke bør anskues eller anvendes som en selvstændig låneregel, blev også anført af Torben Lund i dennes disputats fra 1944: »Endelig er det ikke usædvanligt, at den frie adgang til benyttelse af et kunstværk til at skabe et andet værk, som er et nyt og selvstændigt værk, indrangeres blandt undtagelsesbestemmelserne, se f.eks. i England art 2, nr. 1. II og i Japan art. 19. Her er dog efter min mening ikke tale om nogen undtagelse, men om de yderste grænser for kunstnerrettens indhold, og det er systematisk ukorrekt at optage bestemmelserne herom blandt de særlige begrænsninger i eneretten over kunstværkerne.»⁵⁵

Uanset dommen i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* er det således ikke muligt at fortolke eller anvende OPHL § 4, stk. 2, som en selvstændig indskrænkning i ophavsretten til et værk. Det vil for det første være i strid med lovens systematik, for det andet være i strid med den nationale baggrund, som bestemmelsen har, men mest afgørende er det formentlig, at det vil være i strid med infosoc-direktivet, der ikke i sin udtømmende opregning af mulige undtagelser indeholder hjemmel til en sådan låneregel. Dette er formentlig også baggrunden for EU-Domstolens dom i *sag C-145/10 (Painer)*, hvor en østrigsk domstol var i tvivl om fortolkningen af en østrigsk bestemmelse om »freie Benutzung«, nærmere bestemt hvilken betydning denne bestemmelse skulle tillægges i relation til vurderingen af et værks beskyttelsesomfang. Spørgsmålet var således ikke formuleret som et spørgsmål om, hvorvidt bestemmelsen kunne anvendes som en egentlig indskrænkning, men om en sådan bestemmelse kan give de nationale domstole større fleksibilitet i forhold til krænkelsesvurderingerne i bearbejdningstilfældene. EU-Domstolens svar afviste en sådan fleksibilitet: »[Reproduktionsretten i infosoc-direktivets art. 2, litra a] skal have en vid udstrækning. [...] intet hverken i [infosoc-direktivet] eller i andre relevante direktiver tyder på, at omfanget af en sådan beskyttelse er afhængig af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker. Når det drejer sig om et portræt-

54. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 2. udgave 2011, s. 201 f. Se nu også samme værks 3. udgave, hvor også *U 2013.1704 ØLD (Teach Me Real Love)* omtales, jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave, 2013, s. 262.

55. Jf. Torben Lund, *Billedkunsten i retlig belysning*, 1. udgave 1944, s. 214.

fotografi, kan beskyttelsen i henhold til [infosoc-direktivets art. 2, litra a] ikke være ringere end for andre værker, herunder fotografiske værker.»⁵⁶

Med dommen i *U 2014.888 HD (Netto)* har Højesteret formentlig også indirekte taget afstand fra den forståelse af OPHL § 4, stk. 2, som kom til udtryk i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)*. Højesteret nævnte ikke OPHL § 4, stk. 2, men baserede sin dom for ophavsretskrænkelse på, at der var anvendt »samme argumentationsstruktur og samme filmiske, visuelle og lydmæssige virkemidler«, jf. nærmere om dommen ovenfor *afsnit 5.1*. Det skal dog bemærkes, at *U 2014.888 HD (Netto)* angik reklamefilm, der i deres natur er kommercielle ytringer, hvorfor den kunstneriske ytringsfrihed, som var på spil i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* og *U 2013.1704 ØLD (Teach Me Real Love)*, ikke kunne begrunde en større frihed for Dansk Supermarked, jf. hertil om rettighedskollisioner og ytringsfriheden nedenfor *afsnit 15*.

6.2. Udvidende fortolkning af låneregler – tretrinstesten

En anden mulighed for at opnå fleksibilitet i ophavsretsloven kunne være at udforme, fortolke eller anvende de lovbestemte indskrænkninger mere fleksibelt. Dette kan dels ske ved, 1) at national lovgiver anlægger en fleksibel eller udvidende fortolkning af de EU-harmoniserende indskrækningshjemler i infosoc-direktivets art. 5 og lovgiver ud fra det standpunkt, at den har bevaret en vis lovgivningsfrihed inden for direktivets begreber, men det kan også ske ved, 2) at domstolene i forbindelse med den konkrete anvendelse af lånereglerne underkaster disse en udvidende fortolkning. Som det fremgår i det følgende, må begge dele anses for problematisk.

Hvad angår førstnævnte, dvs. national dansk lovgivers reguleringsmæssige friheder, er dette spørgsmål ultimativt et spørgsmål om, hvorvidt infosoc-direktivets art. 5 er totalharmoniserende. Som det fremgår ovenfor i *afsnit 5*, må eneretsbeføjelserne i infosoc-direktivet anses for totalharmoniserende begreber, om end harmoniseringen ikke i enhver henseende er udtømmende. Der er imidlertid intet til hinder for, at nogle bestemmelser i et direktiv er totalharmoniserende, mens andre bestemmelser i samme direktiv ikke er.⁵⁷ At eneretsbeføjelserne i infosoc-direktivets art. 2-4 er totalharmoniserende, medfører således ikke i sig selv, at indskrænkningerne i infosoc-direktivets art. 5 også er det. Dette må derimod afgøres selvstændigt.

56. Jf. *sag C-145/10 (Painer)*, pr. 96-98.

57. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 61, samt Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 297.

6. Udvidende fortolkninger af indskrænkninger

Infosoc-direktivets art. 5 er opbygget af 5 stykker. Stk. 1 angiver en obligatorisk indskrænkning til reproduktionsretten (eksemplarfremsættelsesretten), hvorved de såkaldte midlertidige reproduktioner tillades, hvilket navnlig vil sige cachelagringer i computere. Denne indskrænkning er medlemsstaterne forpligtet til at implementere. Stk. 2 og stk. 3 udgør et katalog af indskrækningshjemler, som ikke er obligatoriske, men derimod fakultative, dvs. at medlemsstaterne kan indføre dem, hvis de ønsker, men også kan undlade det. Stk. 2 indeholder indskrænkninger i reproduktionsretten, og stk. 3 angiver indskrænkninger, der kan gøres i såvel reproduktions- som overførselsretten. Stk. 4 gør de mulige indskrænkninger for reproduktionsretten anvendelige også på spredningsretten under den forudsætning, at »formålet med den tilladte reproduktion berettiger dette«. Endelig indeholder stk. 5 den såkaldte *tretrinsskema*, der bestemmer, at det for alle indskrænkningerne gælder, at disse kun må anvendes »i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser«.

I relation til fortolkningen af infosoc-direktivets art. 5 er infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 32 et væsentligt fortolkningsbidrag. Ordlyden af betragtningen er som følger: »Direktivet indeholder en udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden. Nogle undtagelser og indskrænkninger finder i givet fald kun anvendelse på retten til reproduktion. Listen tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner, samtidig med at den tilsigter at sikre det indre markeds funktion. Det er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis, hvilket vil blive vurderet i forbindelse med den fremtidige gennemgang af gennemførelseslovgivningen.« Betragtningen er imidlertid ikke helt entydig. Den fastslår eksplicit, at infosoc-direktivets art. 5 er en udtømmende opregning, men om de enkelte hjemler indeholder totalharmoniserende begreber, er knap så klart. Det angives nemlig, at der tages hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner, og det kan isoleret set tolkes i retning af en vis national reguleringsfrihed inden for de enkelte hjemler. Det kan imidlertid også blot være en henvisning til, at der i og med det omfattende katalog over fakultative indskrænkninger er mulighed for, at medlemsstaterne kan vælge ønskede indskrænkninger til og uønskede fra. I retning mod totalharmonisering, og dermed mod sidstnævnte, trækker det formentlig, at det er angivet, at listen sikrer det indre markeds funktion. Den sidste sætning i betragtningen efterlader imidlertid en smule tvivl. Bemærkningen om en ensartet anvendelse af indskrænkningerne kan tale for at anse bestemmelserne for totalharmoniserende, men med anvendelse af ordet »ønskeligt« synes der omvendt at være overladt en vis frihed til medlemsstaterne. I den engelske sprogversion af direktivet er formuleringen dog »Member States should arrive at a coherent application«, hvilket i højere grad kan forstås som et krav end som et øn-

ske fra EU's side.⁵⁸ Uanset at præambelbetragtning nr. 32 er en smule uklar, synes spørgsmålet dog for nylig at være blevet besvaret – eller uklarheden i hvert fald gjort lidt mindre – med EU-Domstolens præjudicielle domme i *sag C-467/08 (Padawan)* og *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*, jf. herom i det følgende.

Sag C-467/08 (Padawan) angik infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, der giver mulighed for at gøre indskrænkning i ophavsretten for så vidt angår reproduktion (eksemplarfremsstilling) til privat brug. En sådan indskrænkning forudsætter imidlertid, at rettighedshaverne modtager en »rimelig kompensation«, og dette begreb var genstand for de præjudicielle spørgsmål i sagen. EU-Domstolen udtalte, at formålet med infosoc-direktivet, som er en harmonisering med henblik på at sikre det indre marked, medfører, at der udvikles selvstændige EU-retlige begreber, og at det ville stride mod direktivets formål, hvis medlemsstaterne frit kunne præcisere parametrene for begrebet »rimelig kompensation« på uensartet og ikke-harmoniseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den anden.⁵⁹ På denne baggrund fandt EU-Domstolen, at »begrebet »rimelig kompensation« i [infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b] er et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal fortolkes ensartet i alle de medlemsstater, der har indført en undtagelsesregel for privatkopiering«. ⁶⁰ EU-Domstolen tilføjede imidlertid, at medlemsstaterne havde »mulighed for – inden for de i EU-retten fastlagte rammer, navnlig som fastlagt i [infosoc-direktivet] – at fastsætte formen og finansierings- og opkrævningsbestemmelserne for denne rimelige kompensation såvel som dens størrelse«. ⁶¹ Denne tilføjelse er formentlig helt særegen for begrebet rimelig kompensation, der i sin natur forudsætter nogle nærmere kriterier angivet til beregning heraf. Disse kriterier har medlemsstaterne således en vis frihed til at fastsætte, men dette ændrer altså ifølge EU-Domstolen ikke på, at begrebet i infosoc-direktivet er totalharmoniserende. Praksissen herom bygger i øvrigt videre på dommen i *sag C-245/00 (SENA mod NOS)* om begrebet rimeligt vederlag i leje- og lånedirektivet. Praksissen er ikke helt uproblematisk, idet indrømmelsen af medlemsstaternes ret til at fastsætte de nærmere kriterier inden for det totalharmoniserende begrebs rammer i en vis grad synes at un-

58. Også den tyske og franske sprogversion synes at angive en pligt til ensartet anvendelse og ikke en anmodning om bestræbelse. I den tyske version lyder sætningen således »Die Mitgliedstaaten sollten diese Ausnahmen und Beschränkungen in kohärenter Weise anwenden«, og i den franske lyder den »Les États membres appliquent ces exceptions et limitations de manière cohérente.«

59. Jf. *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 35-36.

60. Jf. *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 37 samt domskonklusionen.

61. Jf. *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 37 samt domskonklusionen.

derminere budskabet om, at begrebet er totalharmoniserende. Muligvis har det været med i EU-Domstolens overvejelser, at man helst skulle undgå en flodbølge af præjudicielle forelæggelser om, hvorvidt noget var en rimelig kompensation, hvilken vurdering højst sandsynligt også foretages bedst af de nationale domstole. Generaladvokaten i *sag C-467/08 (Padawan)* havde også sine tvivl om denne umiddelbart selvmodsigende praksis fra EU-Domstolen, men nåede ligesom EU-Domstolen frem til, at »[d]et må være muligt at udforme en egen begrebsdannelse uafhængigt af, om der er overladt et vist spillerum til medlemsstaterne ved gennemførelsen af et direktiv«. ⁶² Det må dog formentlig antages, at praksissen er helt særegen for begrebet »rimelig kompensation«, der har karakter af en retlig standard, og som derfor i sin natur må forudsætte en vis frihed for medlemsstaterne til at fastsætte beregningsparametrene nationalt. En tilsvarende frihed skal i så fald ikke nødvendigvis forventes i andre tilfælde, hvor EU-Domstolen fastslår, at et begreb i infosoc-direktivet er totalharmoniseret.

Dommen i *sag C-467/08 (Padawan)* blev ca. halvandet år senere efterfulgt af en dansk forelæggelse i *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*. Her havde Østre Landsret stillet EU-Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra d, om de såkaldte *efemere optagelser*, hvilket begreb dækker over nogle midlertidige optagelser, som det er tilladt radio- og fjernsynsforetagender at foretage som led i deres virksomhed. Spørgsmålet var nærmere bestemt, hvorledes udtrykket »ved hjælp af egne midler« i bestemmelsen skulle forstås. EU-Domstolens præmisser i dommen minder meget om præmisserne i *sag C-467/08 (Padawan)*, men i modsætning til denne dom indføjede EU-Domstolen nu sin sædvanlige præmis om totalharmoniserende begreber, som også kendes fra dommen i *sag C-5/08 (Infopaq I)*, nemlig at det »ifølge fast retspraksis følger [af såvel] kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, der ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union«. ⁶³ Herefter kunne EU-Domstolen konstatere, at infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra d, ikke indeholder nogen henvisning til national ret og at det derfor følger, at udtrykket »ved hjælp af egne midler« skal anses for at udgøre et selvstændigt begreb i EU-retten, som skal fortol-

62. Jf. Generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-467/08 (Padawan)*, pkt. 67.

63. Jf. *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*, pr. 33.

kes ensartet i EU.⁶⁴ Ligesom i *sag C-467/08 (Padawan)* blev der imidlertid også i *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)* indrømmet en vis kompetence til medlemsstaterne, idet dommen indeholdt en formulering om, at begrebet »skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning inden for EU-rettens rammer«.⁶⁵ Det er uklart, hvorvidt der ligger reguleringskompetence i udtrykket »inden for EU-rettens rammer«. Formuleringen refererer muligvis til dommen i *sag C-467/08 (Padawan)*, hvori det som nævnt ovenfor udtaltes, at medlemsstaterne i relation til begrebet rimelig kompensation havde »mulighed for – inden for de i EU-retten fastlagte rammer, navnlig som fastlagt i [infosoc-direktivet] – at fastsætte formen og finansierings- og opkrævningsbestemmelserne for denne rimelige kompensation såvel som dens størrelse«.⁶⁶ Men det kan nok ikke forventes, at EU-Domstolen vil tillade lige så stor reguleringskompetence for så vidt angår et begreb som »ved hjælp af egne midler«, der ikke som »rimelig kompensation« har karakter af en retlig standard. Implementeringerne vil således under alle omstændigheder være underlagt EU-Domstolens definition af direktivbegreberne, og dermed indrømmer dommene formentlig ikke meget andet end den kompetence, der alligevel allerede følger af de EU-retlige direktivers karakter af implementeringskrævende retsakter.

Uanset at det således kan være en smule uklart, hvad EU-Domstolen mener, når den fastslår, at begreberne er totalharmoniserende, men at der inden for disse begrebers rammer kan være en vis reguleringsfrihed, må det antages, at det væsentligste budskab i dommene er, at begreberne er totalharmoniserende. Det store retsdogmatiske spørgsmål er herefter, om dommene præjudicerer, hvad EU-Domstolen vil nå frem til i relation til alle de enkelte indskrækningsbestemmelser i infosoc-direktivets art. 5. Dette må formentlig antages. I ingen af indskrænkningerne er der således henvist til national ret, ligesom lighedsprincippet, formålet med infosoc-direktivet og hensynet til det indre markeds funktion – dvs. de øvrige faktorer for vurderingen i henhold til EU-Domstolens praksis – tilsiger en ensartet anvendelse. Dertil kommer, at EU-Domstolens praksis på ophavsrettens område i hvert fald hidtil har været præget af, at fortolkningerne af ét direktiv eller én direktivbestemmelse senere udbredes til de øvrige.⁶⁷ Dommenes præmisser om begrebernes totalharmoni-

64. Jf. *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*, pr. 34.

65. Jf. *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*, pr. 37 samt domskonklusionen.

66. Jf. *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 37 samt domskonklusionen.

67. Jf. eksempelvis ovenfor afsnit 5.2 om *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)* og *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*

serende karakter vil således kunne overføres til alle indskrækningsbestemmelserne i infosoc-direktivets art. 5.

De nationale lovgivere, herunder det danske Folketing, har altså som følge af infosoc-direktivets art. 5's totalharmoniserende karakter ikke nogen muligheder for at gøre indskrænkningerne i OPHL kap. 2 mere vidtrækkende end den EU-retlige fortolkning af den korresponderende hjemmelsbestemmelse i infosoc-direktivets art. 5. Hvad sidstnævnte nærmere består i er imidlertid ikke endeligt afgjort for nogen af bestemmelserne i infosoc-direktivets art. 5, men enkelte fortolkningsbidrag findes.⁶⁸

Som *sag C-467/08 (Padawan)* og måske også *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)* viser, kan de nationale lovgivere dog for visse begrebers vedkommende i forbindelse med implementeringen af infosoc-direktivet godt regulere inden for direktivbegrebernes rammer. Heraf følger det i hvert fald, at indskrænkningerne ikke kan gøres bredere eller mere vidtgående end den øverste grænse i EU-Domstolens fortolkning. Har man gjort det, har man jo bevæget sig uden for EU-rettens rammer. Spørgsmålet er imidlertid, om der tillige er mulighed for medlemsstaterne til at implementere de enkelte indskrænkninger delvist, dvs. i medfør af princippet *qui potest majus, potest et minus* (den der kan gøre det mere, kan også gøre det mindre). Hvis dette er muligt, kan medlemsstaten selvfølgelig godt vælge at ændre sin lov til en mere omfat-

68. Det falder uden for denne afhandling at foretage en gennemgang og analyse af EU-Domstolens forholdsvis sporadiske domme om de enkelte indskrænkninger i infosoc-direktivets art. 5, men disse er følgende: Infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, om såkaldte midlertidige reproduktionshandlinger er fortolket i *sag C-5/08 (Infopaq I)*, *sag C-403+429/08 (Premier League)*, *sag C-302/10 (Infopaq II)* og *sag C-360/13 (Public Relations Consultants)*. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra a, om reproduktioner på papir eller lignende er fortolket i *sag C-457-460/11 (VG Wort)*. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b, om reproduktioner til privat brug er fortolket i *sag C-467/08 (Padawan)*, *sag C-462/09 (Opus Supplies)*, *sag C-277/10 (Luksan)*, *sag C-457-460/11 (VG Wort)*, *sag C-521/11 (Amazon)*, *sag C-435/12 (ACI Adam)* og *sag C-463/12 (Copydan Båndkopi)*. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra a, om såkaldte efemere optagelser er fortolket i *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra d, om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser samt infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra e, om anvendelse af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer er fortolket i *sag C-145/10 (Painer)*. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra n, om anvendelse med henblik på forskning eller privatstudium er fortolket i *sag C-117/13 (Technische Universität Darmstadt)*. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, om karikatur, parodi eller pastiche er fortolket i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, jf. nærmere herom nedenfor afsnit 10.2.3.2.

tende indskrænkning, hvis blot denne stadig holder sig inden for hjemlens øvre grænser, hvilke det dog tilkommer EU-Domstolen at fastlægge endeligt.

Det er imidlertid tvivlsomt, om det er muligt, hvilket også vil fremgå nærmere i *afsnit 10.2.3.2 om sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*. Det er med andre ord muligt, at medlemsstaterne slet ikke kan vælge kun at udnytte de pågældende hjemler delvist, dvs. at princippet *qui potest majus, potest et minus* ikke gælder for indskrækningshjemlerne i infosoc-direktivet. I så fald er medlemsstaterne forpligtet til – hvis de vælger at udnytte en hjemmel – at indføre den i sit fulde omfang sådan som dette fastlægges af EU-Domstolen. EU-Domstolen har ikke taget direkte stilling til dette spørgsmål, men i *sag C-145/10 (Painer)* forudsatte generaladvokaten for så vidt angår de fakultative hjemler i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, at det var muligt for medlemsstaterne at vælge alene at indføre en mindre omfattende indskrænkning.⁶⁹ Dette forekommer også umiddelbart rimeligt. Imidlertid har EU-Domstolen med sin dom i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* muligvis nu fastslået, at hjemlerne er, hvad man kan kalde »take it or leave it«-hjemler – forstået således, at det står medlemsstaterne frit at vælge indskrænkningerne fra eller til, men vælges de til, er deres indhold underlagt det pågældende EU-retlige fællesskabsbegreb og den totalharmoniserende EU-retlige fortolkning heraf. Dommen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* synes klart at fastslå dette for så vidt angår den situation, hvor en medlemsstat i sin implementering af en af hjemlerne i infosoc-direktivets art. 5 har anvendt direktivbestemmelsens begreb. I så fald vil EU-Domstolen næppe tillade et andet indhold af dette begreb i national ret, end direktivbestemmelsen har i EU-retten.⁷⁰

Hvad der imidlertid fortsat er uafklaret er, om medlemsstaterne kan foretage en delvis implementering af en af indskrækningshjemlerne i infosoc-direktivets art. 5, såfremt de gør dette ved at anvende et andet begreb end direktivets begreb. Dette er ikke nødvendigvis udelukket med dommen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, men det er under alle omstændigheder klart, at en sådan implementering er risikabel, idet det formentlig er nærliggende, at EU-Domstolen vil anse medlemsstater, der fraviger den EU-retlige terminologi, for at have implementeret direktivet fejlagtigt. I hvert fald i praksis er der derfor formentlig tale om det, man som ovenfor kan kalde *take it or leave it*-hjemler, således at medlemsstaterne alene kan vælge indskrænkningerne i

69. Jf. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-145/10 (Painer)*, pkt. 148-149 samt 190.

70. Jf. *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pr. 15 og 16, og nærmere nedenfor *afsnit 10.2.3.2*. Jf. også *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 36, samt infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 32.

infosoc-direktivets art. 5, stk. 2 og 3, fra eller til, men ikke kan ændre på deres indhold.⁷¹ Udviklingen af de totalharmoniserede, selvstændige EU-begreber taler for det, men dommene om begrebet »rimelig kompensation« synes at tale imod det. Endvidere står det i hvert fald klart, at opfattelsen ikke deltes af generaladvokat Verica Trstenjak i *sag C-145/10 (Painer)*. Heri blev det eksplicit lagt til grund, at princippet *qui potest majus, potest et minus* gjaldt for infosoc-direktivets indskrænkninger, og at medlemsstaterne derfor kunne implementere indskrænkningerne i den udstrækning, de foretrak, når blot de ikke overskred bestemmelseernes øvre grænse.⁷² EU-Domstolen gentog dog ikke disse bemærkninger i sin dom i sagen.

Hvad angår det andet spørgsmål, der blev nævnt indledningsvist, nemlig om domstolene kan foretage udvidende fortolkninger af lånereglerne i ophavsretsloven, følger svaret herpå dels af, om de enkelte indskrækningshjemler angivet i infosoc-direktivets art. 5 er totalharmoniserende – hvilket de som nævnt er – men også af, om denne totalharmonisering tillader et vist indrum for fortolkning.

Hvis man kigger isoleret på de nationale danske retskilder, er der ikke nogen regel, der regulerer, hvorledes indskrænkningerne skal fortolkes. Tværtimod er det i forarbejderne til 1961-loven forholdsvis intetsigende tilkendegivet, at reglerne skal fortolkes/anvendes »på en sådan måde, at de formål, de tjener, virkelig kan ske fyldest, men på den anden side heller ikke længere«. ⁷³ De nationale danske retskilder er imidlertid ikke de eneste, som forpligter danske domstole og retsanvendere. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 5, indeholder således den såkaldte *tretrinstest*, som er en fortolkningsregel, hvis historie strækker sig tilbage til Bernerkonventionens art. 9, stk. 2.⁷⁴

71. Dette har nu også Eleonora Rosati argumenteret for, idet hun tillige mener, at medlemsstaterne ellers risikerer at krænke grundrettighederne i EUC, jf. således JIPLP 2014.585 (Eleonora Rosati, *Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities*), s. 594, og nærmere nedenfor afsnit 10.2.3.2. Se også Eleonora Rosati, *Just a Matter of Laugh? Why the CJEU Decision in Deckmyn is Broader than Parody*, i Common Market Law Review 2015, under udgivelse, s. 8-10.

72. Jf. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-145/10 (Painer)*, pkt. 148.

73. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2703. Se også Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 208 f.

74. Tretrinstesten blev første gang indført i EU-retten i databasedirektivets art. 8, stk. 2, og altså sidenhen indført i den egentlige ophavsret i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5. Tretrinstesten er undergivet udførlig behandling i Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, 1. udgave, 2004. Se også på dansk Peter Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret*, 1. udgave 2011, s. 327 ff.

I Bernerkonventionen gælder tretrinsetest alene reproduktionsretten (eksemplarforestillingsretten), men i TRIPs-traktatens art. 13 samt i WIPO-traktatens art. 10, stk. 1 – der begge ligesom Bernerkonventionen er ratificeret af Danmark – er reglen udbredt til at gælde alle eneretsbeføjelserne. Med infosoc-direktivet blev testen ligeledes gjort til en del af EU-ophavsretten, idet man indførte den i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5, umiddelbart efter indskrænkningshjemlerne i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1-4. Den EU-retlige tretrinsetest har følgende ordlyd: »Undtagelser og indskrænkninger efter stk. 1, 2, 3 og 4 må kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.« Infosoc-direktivet er ligesom BKV, TRIPs og WCT rettet til medlemsstaterne, og tretrinsetest er dermed først og fremmest rettet til medlemsstaternes lovgivere, men domstolene er som medlemsstaternes dømmende magter tilsvarende forpligtet af reglen. At tretrinsetest også er rettet mod domstolene er desuden fast antaget i litteraturen.⁷⁵ For så vidt angår infosoc-direktivet vil pligten til EU-konform fortolkning i øvrigt også medføre en pligt til at rette sig efter fortolkningsreglen.

Der er også grund til at anse EU-Domstolen for at respektere tretrinsetestens krav om indskrænkende fortolkning. Tretrinsetest blev inddraget af generaladvokaten i *sag C-457-460/11 (VG Wort)* i dennes fortolkning af infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra a, som hjemler en indskrænkning for så vidt angår reproduktioner på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning. I generaladvokatens forslag til afgørelse blev der således på grundlag af tretrinsetesten argumenteret for, at denne bestemmelse skulle fortolkes indskrænkende, således at den kun omfattede reproduktioner som skete på baggrund af analoge originaler og som havde et analogt slutprodukt. Generaladvokaten udtalte bl.a. følgende: »For det tredje pålægger artikel 5, stk. 5, udtrykkeligt en indskrænkende fortolkning snarere end en udvidende fortolkning. [...] Hvis man ser specifikt på tretrinsetesten i artikel 5, stk. 5, er det ikke sandsynligt, at en fortolkning af artikel 5, stk. 2, litra a), som ikke indfører nogen begrænsning hvad angår kildedokumentets art, opfylder det første af testens trin, nemlig »visse spe-

75. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 208 f. Her omtales også den erklæring om tretrinsetestens fortolkning, som kan findes i IIC 2008.707 (Christophe Geiger, Jonathan Griffiths & Reto M. Hilty, *Declaration on a Balanced Interpretation of the »Three-Step Test« in Copyright Law*). Denne erklæring, der grundlæggende går ud på, at tretrinsetesten ikke skal anses for at medføre en indskrænkende fortolkning, har alene sin berettigelse som et *de lege ferenda*-indlæg, men er formuleret som en retsdogmatisk opfattelse. I det omfang erklæringen er tænkt som et retsdogmatisk indlæg, må den nu anses for underkendt med EU-Domstolens domme i *sag C-5/08 (Infopaq I)*, jf. pr. 56-58, samt *sag C-351/12 (OSA)*, jf. pr. 40, jf. generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse, pkt. 35. Se også generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse i *sag C-457-460/11 (VG Wort)*, pkt. 68, der er gengivet nedenfor.

cielle tilfælde» – i praksis er alle reproduktioner (bortset fra trykte noder), som kan fremstilles på papir eller lignende, omfattet af undtagelsen. For så vidt som sådanne reproduktioner ikke er af begrænset antal eller begrænset med hensyn til det formål, for hvilke de fremstilles, er der herudover en meget større sandsynlighed for konflikter med den normale udnyttelse af værket og ophavsmandens lovlige interesser og dermed med testens andet og tredje trin.»⁷⁶ I den konkrete sag fandt EU-Domstolen i modsætning til generaladvokaten det ikke nødvendigt at udtale sig om kildedokumentets art (originalen), men var derudover enig med generaladvokaten i, at der skulle foretages en indskrænkende fortolkning af udtrykkene »papir eller lignende« (mediet) samt »en fotografisk teknik eller en anden proces med tilsvarende virkning« (processen). Den fastslog således, at ikke-analoge medier falder uden for bestemmelsens anvendelsesområde, og at en proces kun er omfattet, hvis den resulterer i en analog gengivelse.⁷⁷ Det er meget sandsynligt, at EU-Domstolen kom frem til denne fortolkning ved ligesom generaladvokaten at skele til tretrinstesten i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5.⁷⁸

Uanset tretrinstestens kodificering i infosoc-direktivet og EU-Domstolens hyppige inddragelse af den er den imidlertid formentlig overflødig i EU-retten. Udover tretrinstesten følger det nemlig allerede af almindelige EU-retlige fortolkningsprincipper, at undtagelser fra et almindeligt princip i et direktiv skal fortolkes indskrænkende.⁷⁹ Dette har EU-Domstolen gjort påmindelse om i en række domme om fortolkningen af infosoc-direktivets art. 5, hvor

76. Jf. generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse i *sag C-457-460/11 (VG Wort)*, pkt. 68.

77. Jf. *sag C-457-460/11 (VG Wort)*, pr. 67-68.

78. EU-Domstolen, og i endnu højere grad generaladvokaterne, inddrager også ofte tretrinstesten i forbindelse med fortolkning af indskrænkningerne i infosoc-direktivets art. 5. Se således *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 58, samt generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse, pkt. 131-143, *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 181, samt generaladvokat Juliane Kokotts forslag til afgørelse, pkt. 91, *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 6, *sag C-462/09 (Opus Supplies)*, pr. 21 samt generaladvokat Niilo Jääskinens forslag til afgørelse, pkt. 37, *sag C-145/10 (Painer)*, pr. 110, samt generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse, pkt. 148, *sag C-277/10 (Luksan)*, pr. 12, *sag C-302/10 (Infopaq II)*, pr. 57, *sag C-457-460/11 (VG Wort)*, pr. 7, samt generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse, pkt. 9, *sag C-351/12 (OSA)*, pr. 40, samt generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse, pkt. 35, *sag C-435/12 (ACI Adam)*, pr. 24-26, samt generaladvokat Pedro Cruz Villalóns forslag til afgørelse, pkt. 32, *sag C-360/13 (Public Relations Consultants)*, pr. 54-63, *sag C-117/13 (Technische Universität Darmstadt)*, pr. 47-48, samt generaladvokat Niilo Jääskinens forslag til afgørelse, pkt. 10 og 24.

79. Fortolkningsprincippet er dog ikke kun EU-retligt, jf. eksempelvis Lone L. Hansen & Erik Werlauff, *Den juridiske metode – en introduktion*, 1. udgave 2013, s. 133,

den tilmed har understreget, at det almindelige princip i infosoc-direktivet er, at reproduktion eller overføring kræver tilladelse. Heraf følger det altså, at indskrænkningerne, dvs. undtagelserne til reproduktionsretten og overførringsretten, skal fortolkes indskrænkende.

Det EU-retlige fortolkningsprincip om undtagelsers indskrænkende fortolkning blev introduceret eksplicit i EU-ophavsretten med dommen i *sag C-53/05 (Kommissionen mod Portugal)*, hvor det udtaltes, at »[e]fter fast praksis skal de bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindeligt princip i samme direktiv, dog fortolkes indskrænkende«.⁸⁰ Sagen angik leje- og lånedirektivet, og infosoc-direktivets art. 5, stk. 5, fandt derfor ikke anvendelse. Ikke desto mindre har EU-Domstolen også i sin praksis om infosoc-direktivet henvist til fortolkningsprincippet, altså samtidig med henvisningen til tretrinstesten i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5. Første gang var i *sag C-5/08 (Infopaq I)*, hvor EU-Domstolen i relation til fortolkningen af infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, om midlertidige reproduktionshandlinger udtalte, at »[v]ed fortolkningen af hver enkelt af disse betingelser skal det have for øje, at de bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindeligt princip i samme direktiv, efter fast retspraksis skal fortolkes indskrænkende [...] Dette gælder for undtagelsen i [infosoc-direktivets art. 5, stk. 1], der udgør en fravigelse af det almindelige princip, der er fastsat i direktivet, nemlig princippet om, at enhver reproduktion af et beskyttet værk forudsætter en tilladelse fra indehaveren af ophavsrettighederne [...] Dette gælder så meget desto mere, som denne undtagelse skal fortolkes i lyset af [tretrinstesten i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5], hvorefter den kun finder anvendelse i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.«⁸¹ En vis opblødning kan dog måske spores i

der dog som eksempel nævner netop en EU-dom, nemlig *sag C-384/02 (Anklagemyndigheden mod Knud Grøngaard og Allan Bang)*.

80. Jf. *sag C-53/05 (Kommissionen mod Portugal)*, pr. 22. Se også *sag C-36/05 (Kommissionen mod Spanien)*, pr. 31.

81. Jf. *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 56-58. Det kan nævnes, at generaladvokat Eleanor Sharpston forud for EU-Domstolens dom i *sag C-5/08 (Infopaq I)* havde inddraget princippet i sin fortolkning af infosoc-direktivets art. 4, stk. 2, som ikke omfattes direkte af tretrinstesten i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5, men som ikke desto mindre kan betragtes som en indskrænkning i spredningsretten, jf. Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse i *sag C-479/04 (Laserdisken II)*, pkt. 26: »Artikel 4, stk. 2, er en undtagelse til reglen i artikel 4, stk. 1, der pålægger medlemsstaterne at tillægge ophavsmænd eneret til spredning. Bestemmelsen skal derfor fortolkes indskrænkende. Dette fremgår også klart af affattelsen af betragtning 28 til direktivet.« Pligten til indskrænkende fortolkning af undtagelserne i direktivet er sidenhen lagt eksplicit til

den senere dom i *sag C-403+429/08 (Premier League)*, hvor EU-Domstolen efter at have gentaget præmissen fra *sag C-5/08 (Infopaq I)* bemærkede, at »[f]ortolkningen af de nævnte betingelser skal imidlertid gøre det muligt at sikre den således fastlagte undtagelses effektive virkning og at overholde dens formål [...]. I overensstemmelse med dens formål skal denne undtagelse derfor muliggøre og sikre nye teknologiers udvikling og funktion samt bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem på den ene side rettighedshavere og på den anden side brugere af beskyttede værker, der ønsker at benytte disse nye teknologier.«⁸² Om denne præmis er udtryk for et skift i EU-Domstolens fortolkning af indskrænkninger, må tiden vise, men indtil videre støtter retskilderne stadig overvejende den traditionelle forståelse af tretrinstesten, og i *sag C-403+429/08 (Premier League)* henviste EU-Domstolen da også til denne forud for den citerede præmis.

Sammenfattende må det således konkluderes, at mulighederne for udvidende fortolkninger af indskrænkningerne i infosoc-direktivet samt i ophavsretsloven er meget begrænsede. Det er alene i de tilfælde, hvor den direktivmæssige hjemmel ikke er udnyttet i fuldt omfang i national dansk ret, at dansk lovgiver kan have mulighed for at udvide indskrænkningernes anvendelsesområde, og om sådanne delvise implenteringer overhovedet er mulige, er i sig selv tvivlsomt. Under alle omstændigheder er adgangen til udvidende fortolkninger af indskrænkningerne udelukket som følge af såvel almindelige EU-retlige fortolkningsprincipper som af tretrinstesten. Eftersom det påhviler danske domstole at iagttage pligten til EU- og konventionskonform fortolkning, skal man formentlig ikke forvente en vilje til udvidende fortolkning fra danske domstoles side. Hertil kommer, at i de tilfælde, hvor de danske domstole måtte vælge at forelægge EU-Domstolen spørgsmålet, må man forvente en indskrænkende fortolkning fra EU-Domstolens side.

7. Konklusion

Fleksibilitet i dansk ophavsret kan teoretisk tænkes opnået i form af internationaliserende fortolkninger af det ophavsretlige beskyttelsesomfang, hvorved forstås dels en indskrænkende fortolkning af eneretsbeføjelsesbegreberne (dvs. de ophavsretlige hovedregler) eller en udvidende fortolkning af indskrænkning-

grund af EU-Domstolen i *sag C-302/10 (Infopaq II)*, pr. 27, *sag C-145/10 (Painer)*, pr. 109, *sag C-277/10 (Luksan)*, pr. 101, og *sag C-435/12 (ACI Adam)*, pr. 22-23.

82. Jf. *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 163-164. Se tilsvarende *sag C-145/10 (Painer)*, pr. 130.

gerne, også kaldet lånereglerne (dvs. undtagelserne til de nævnte hovedregler). Selvom internalisering måske nok er en teoretisk mulighed, forekommer den imidlertid i vidt omfang retsdogmatisk udelukket.

Hvad angår internalisering i form af en indskrænkende fortolkning af eneretsbeføjelserne, må der sondres mellem eksemplarfremstillingsretten og tilgængeliggørelsesretten, og konklusionen for hver af disse grundlæggende eneretsbeføjelser er forskellig.

Eksemplarfremstillingsbegrebet er således med infosoc-direktivet fra 2001 – hvori begrebet er harmoniseret i form af begrebet »reproduktion« – blevet totalharmoniseret og er nu et fællesskabsretligt begreb, der skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele EU. Dette betyder, at hverken dansk lovgiver eller danske domstole har definitionskompetence i forhold til betydningen af begrebet eksemplarfremstilling, der derimod skal svare til infosoc-direktivets begreb reproduktion, herunder den fortolkning, som EU-Domstolen måtte give dette begreb. Det EU-retlige reproduktionsbegreb følger først og fremmest af infosoc-direktivets art. 2, hvoraf det fremgår – hvilket også synes bekræftet i EU-Domstolens praksis – at begrebet er blevet givet en altomfattende definition. Som følge heraf er det ikke længere muligt at anlægge en indskrænkende fortolkning, således at anvendelser, der udgør *fremstillinger af eksemplarer*, ikke anses for eksemplarfremstillinger »i lovens forstand«. En sådan fortolkning synes fra og med infosoc-direktivet at være udelukket, og der findes da heller ikke praksis fra efter infosoc-direktivets vedtagelse, der er udtryk for en sådan internaliserende fortolkning. På denne baggrund må man i øvrigt anse de ældre retskilder, hvori en sådan internalisering finder sted – navnlig 1961-lovmotiverne samt *U 1997.691 HD (Pengesedler II)* – for i den specifikke henseende at være retshistoriske. Konklusionen må derfor være, at internalisering i eksemplarfremstillingsretten ikke er muligt i nugældende dansk ophavsret.

Tilgængeliggørelsesretten – hvilket begreb i ophavsretsloven dækker over eneretsbeføjelserne spredning, visning og fremførelse – er i modsætning til eksemplarfremstillingsretten ikke givet en altomfattende definition. Dette betyder, at der er mulighed for at anse visse handlinger som ikke omfattet af begrebet »i lovens forstand«, selvom de vel nok kan siges at være tilgængeliggørelser for almenheden i »sprogets forstand.« Mens internalisering altså er udelukket i eksemplarfremstillingsbegrebet, er der formentlig fortsat visse muligheder for, at tilgængeliggørelsesretten kan gives en mere fleksibel eller indskrænkende fortolkning. Mulighederne for sådan internalisering er imidlertid forskellig alt efter hvilken type tilgængeliggørelse, der er tale om. Dette skyldes, at infosoc-direktivet ikke harmoniserer alle typer tilgængeliggørelse for almenheden. Eneretsbeføjelserne visning og opførelse (tilgængeliggørelse

for almenheden for et tilstedeværende publikum) er således ikke harmoniseret med infosoc-direktivet. Disse er således ikke underlagt nogen EU-retlig fortolkning, og danske domstole er derfor ikke forhindret i at fortolke disse indskrænkende. For så vidt angår spredning og tilgængeliggørelse for almenheden for et ikke-tilstedeværende publikum, er der imidlertid utvivlsomt tale om totalharmoniserede fællesskabsbegreber, der skal undergives en selvstændig EU-retlig fortolkning. Danske domstole må derfor for disse eneretsbeføjelsers vedkommende henholde sig til de mange fortolkninger, som EU-Domstolen har foretaget af disse begreber. Denne praksis er imidlertid ikke helt entydig. De fleste domme fastlægger begreberne ganske bredt og synes derfor at udelukke indskrænkende fortolkninger og dermed internalisering. Men der er samtidig enkelte domme som *sag C-135/10 (Marco Del Corso)* og *sag C-5/11 (Donner)*, som kan tolkes i retning af en større fleksibilitet i begreberne, og som dermed måske åbner for en vis internalisering. De to domme må dog formentlig anses som undtagelserne, der bekræfter reglen. Konklusionen må således være, at internalisering ved indskrænkende fortolkning af tilgængeliggørelsesbegrebet kun er en mulighed helt undtagelsesvist.

Hvad angår indskrænkningerne, er internalisering også udelukket. For så vidt angår OPHL § 4, stk. 2, der slet ikke er en indskrænkning, men derimod en i princippet overflødig fortolkningsregel, er dette udelukket allerede som følge af reglens karakter. Hvad angår de egentlige indskrænkninger, dvs. lånereglerne i OPHL kap. 2, jf. infosoc-direktivets art. 5, er disse i henhold til EU-Domstolens praksis totalharmoniserende bestemmelser, og medlemsstaternes implementeringer af disse skal derfor følge EU-Domstolens fortolkninger af de direktivbestemmelser og -begreber. Endvidere medfører infosoc-direktivets art. 5, stk. 5, samt EU-Domstolens fortolkningspraksis i øvrigt, at indskrænkningerne skal fortolkes indskrænkende. En udvidende fortolkning af indskrænkningerne er som følge heraf udelukket. Konklusionen må på den baggrund være, at også internalisering ved udvidende fortolkning af indskrænkningerne er udelukket.

Herved må afhandlingens første specifikke tese anses for bekræftet. Kun i relation til tilgængeliggørelsesbegrebet kan der helt undtagelsesvist tænkes at være mulighed for internalisering af fleksibilitet.

Ulovbestemte indskrænkninger

8. Indledning

I *Del II* blev det undersøgt, hvilke muligheder der er for at foretage indskrænkende og udvidende fortolkninger af henholdsvis eneretsbeføjelsesbegreberne og de lovbestemte indskrænkninger i disse. Svaret på dette giver imidlertid ikke et svar på det, der blev opstillet som afhandlingens anden specifikke tese, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt der i dansk ophavsret findes eller kan skabes ulovbestemte indskrænkninger. Mens spørgsmålet om de *lovbestemte* begreber og reglers udstrækning og fleksibilitet blev behandlet i *Del II*, angår nærværende kapitel (*DEL III*) spørgsmålet, om den lovbestemte regulering er udtømmende i den forstand, at domstolene må anses for afskåret fra at udvikle regler eller indskrænkninger i deres retspraksis, dvs. på *ulovbestemt* grundlag.

Flere steder i dansk ophavsretlig litteratur er det lagt til grund, at domstolene har mulighed for dette. De konkrete udslag af denne domstolskompetence skulle således være henholdsvis en *de minimis non curat lex*-doktrin samt en *parodiundtagelse*.¹ Denne historiske opfattelse ses fortsat i nyere litteratur, og i visse afgørelser synes domstolene muligvis også selv at være af den opfattelse, at ulovbestemte indskrænkninger kan udvikles af dem, og mere konkret at en *de minimis*- samt en *parodiundtagelse* eksisterer.²

Der er imidlertid aldrig foretaget hverken en systematisk analyse af spørgsmålet som generel problemstilling eller af de konkret påståede ulovbestemte indskrænkningers eventuelle eksistens. Da spørgsmålet er afgørende for retstilstanden og i særdeleshed for nærværende afhandlings overordnede tese, er der i høj grad grund til at behandle spørgsmålet. Dette gælder så meget desto mere i kraft af, at det ophavsretlige retsgrundlag har ændret sig meget i de sidste årtier og dermed nu er et andet, end dengang forestillingen eller antagelsen om de ulovbestemte indskrænkninger oprindeligt opstod.

1. Jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.1.3.4* og *afsnit 10.2.4*.

2. Jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.1.3.5* og *afsnit 10.2.4*.

Nærværende kapitel indeholder behandlingen og besvarelsen af afhandlingens anden specifikke tese, der er, *at ulovbestemte indskrænkninger vanskeligt vil kunne eksistere under det nuværende retsgrundlags systematik, og at sådanne under alle omstændigheder vil kræve så klart et retskildegrundlag, at det må afvises, at der findes ulovbestemte indskrænkninger i gældende dansk ophavsret*. Besvarelsen af denne tese bidrager til besvarelsen af afhandlingens overordnede tese.³ Besvarelsen er struktureret således, at det først søges belyst, hvilke betingelser der generelt må kræves opfyldt, for at ulovbestemte indskrænkninger kan eksistere eller indføres, og dernæst undersøges det, om de to ulovbestemte indskrænkninger, der er relevante at overveje eksistensen af i dansk ret, opfylder disse betingelser. Kapitlets anden del (*afsnit 10*) tager således udgangspunkt i de to ulovbestemte indskrænkninger, der er gjort gældende i dansk ophavsret, og er dermed i praksis udtømmende. Samtidig er det antagelsen og påstanden, at afgørelsen af disse to indskræknings eventuelle eksistens vil indeholde tilstrækkelig belysning af problemstillingen til, sammen med de generelle overvejelser i kapitlets første del (*afsnit 9*), at udgøre en teoretisk udtømmende besvarelse af spørgsmålet om muligheden for ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret.

9. Betingelserne for ulovbestemte indskrænkninger

9.1. EU-retlige betingelser

9.1.1. Hjemmel

EU-medlemsstaternes muligheder for at gøre indskrænkninger i de eneretsbøjelser, som følger af infosoc-direktivets art. 2-4, og som er behandlet ovenfor *afsnit 5*, er underlagt EU-harmonisering i samme direktivs art. 5. Som det fremgår ovenfor i *afsnit 6.2*, indeholder infosoc-direktivets art. 5 således et katalog over mulige indskrænkninger.

Som beskrevet ovenfor *afsnit 6.2* indeholder indskrækningskataloget en enkelt obligatorisk indskrænkning for så vidt angår de såkaldte midlertidige reproduktionshandlinger, jf. herom infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, mens de øvrige hjemler er fakultative, dvs. valgfrie, for medlemsstaterne, jf. nærmere infosoc-direktivets art. 5, stk. 2 og 3. De fakultative hjemler består af i alt 20 mulige indskrænkninger, hvoraf de fem alene gælder for reproduktionsretten, mens de øvrige 15 giver adgang til at indskrænke såvel reproduktionsretten som retten til overføring til almenheden, jf. nærmere infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra a-d, og art. 5, stk. 3, litra a-o. Samtlige 20 hjemler giver derudover

3. Jf. nærmere om afhandlingens teser ovenfor *afsnit 2*.

også mulighed for at indskrænke spredningsretten, forudsat at formålet med den tilladte reproduktion berettiger dette, jf. infosoc-direktivets art. 5, stk. 4.

Kataloget udgør en udtømmende liste over de indskrænkninger, som medlemsstaterne har mulighed for at indføre eller opretholde i deres nationale ophavsretslovgivninger, jf. præambelbetragtning nr. 32, jf. ovenfor *afsnit 6.2*. Såfremt en ulovbestemt indskrænkning skal kunne eksistere i de nationale ophavsretlige implementeringer af infosoc-direktivet, kræver det således for det første, at den ulovbestemte indskrænkning har hjemmel i infosoc-direktivets art. 5.

Det blev ovenfor i *afsnit 5.2.1* diskuteret, om der ved siden af infosoc-direktivets eneretsbeføjelsesbegreber kan opretholdes eller indføres andre eneretsbeføjelser i de nationale lovgivninger. Dette har Danmark som nævnt gjort med hensyn til visningsretten og den såkaldte opførelsesret (tilgængeliggørelse for almenheden for et tilstedeværende publikum). Spørgsmålet er ikke fuldstændig afklaret, men formentlig har medlemsstaterne fortsat en vis mulighed for at indføre yderligere eneretsbeføjelser. Har man at gøre med en sådan eneretsbeføjelse, dvs. for den danske ophavsretslovs vedkommende enten visnings- eller opførelsesretten, da kan man formentlig ikke stille krav om, at indskrænkninger i disse har hjemmel i infosoc-direktivet. Her vil man befinde sig uden for infosoc-direktivets harmonisering. Langt de fleste ophavsretligt relevante handlinger er dog, som det fremgår ovenfor i *afsnit 5*, omfattet af infosoc-direktivets eneretsbeføjelsesbegreber.

Afgørelsen af de EU-retlige hjemlers indhold er naturligvis en fortolkningsopgave. I den sammenhæng er EU-Domstolens fortolkninger i præjudicielle afgørelser selvfølgelig en særligt tungtvejende retskilde, men sådanne foreligger endnu ikke i relation til alle infosoc-direktivets indskrækningshjemler. Formentlig må man derfor, som en mere generel rettesnor for fortolkningen, tage udgangspunkt i den tretrinstest, som findes i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5, jf. herom ovenfor *afsnit 6.2*, som kræver en indskrænkende fortolkning af hjemlerne. Denne fortolkningsregel synes også at blive fulgt af EU-Domstolen i de tilfælde, hvor denne har haft lejlighed til at give en præjudiciel fortolkning af en af hjemlerne i infosoc-direktivets art. 5, jf. nærmere ovenfor *afsnit 6.2*.

Såfremt man når frem til, at der er hjemmelsmæssigt grundlag for, at en ulovbestemt indskrænkning kan eksistere eller introduceres, medfører dette dog ikke i sig selv, at en sådan eksisterer. Dels skal der foreligge en implementering, jf. nærmere herom nedenfor *afsnit 9.1.2*, dels skal de nationalretlige forudsætninger være til stede, jf. nærmere herom nedenfor *afsnit 9.2*. Dertil kommer, at den eventuelle ulovbestemte indskrænkning naturligvis ikke kan have et indhold, der ikke er i overensstemmelse med den pågældende hjemmel.

9.1.2. Implementering

Ulovbestemte indskrænkninger i dansk ret kræver udover direktivhjemmel også, at de pågældende ulovbestemte retskilder, som i givet fald vil skulle anses for at konstituere den ulovbestemte indskrænkning, udgør en behørig implementering af den pågældende direktivbestemmelse i national dansk ret. Det er mest sædvanligt, at implementering sker på lovgivers initiativ, dvs. i form af lovgivning, og ulovbestemt implementering er derfor en sjældenhed. Som det vil fremgå i det følgende, kan det dog ikke anses for decideret udelukket.

I de fleste nyere EU-direktiver findes en bestemmelse om medlemsstaternes gennemførelse af direktivet. I infosoc-direktivets art. 13, stk. 1, lyder denne bestemmelse således, idet tilsvarende bestemmelser findes i alle de øvrige ophavsretlige direktiver: »Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv før den 22. december 2002. De underretter straks Kommissionen herom. Disse love og bestemmelser skal ved vedtagelsen indeholde en henvisning til dette direktiv eller skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for henvisningen fastsættes af medlemsstaterne. [Stk. 2] Medlemsstaterne meddeler Kommissionen teksten til de nationale retsfor skrifter, som de udsteder på det område, der er omfattet af dette direktiv.« Bestemmelsens ordlyd kan forekomme at kræve, at implementering af direktivet skal ske ved lov eller administrative forskrifter med hjemmel i lov, og at den derfor udelukker implementering ved ulovbestemt ret. Så vidtgående skal bestemmelsen dog ikke fortolkes. Principperne for korrekt implementering skal nemlig næppe findes i sådanne mere formelle ordensfor skrifter, men derimod i TEUF art. 288, stk. 3, samt EU-Domstolens praksis om denne traktatbestemmelse.

Af TEUF art. 288, stk. 3, fremgår det, at et direktiv med hensyn til det tilsigtede mål er bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.⁴ Bestemmelsens ordlyd kan nemt give indtryk af, at EU-retten giver meget frie rammer for medlemsstaternes implementering af direktiver, samt at direktiver alene skal angive målsætninger og ikke beskæftige sig med formen og midlerne til at nå disse målsætninger. Dette er imidlertid langt fra både virkeligheden og retstilstanden.⁵ TEUF art. 288, stk. 3, skal i henhold til

4. TEUF art. 288, stk. 3: »Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.«

5. Jf. Niels Fenger, *Gennemførelse af direktiver og regler, der understøtter forordninger*, i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.), *Europæiseringen af dansk ret*, 1. udgave 2008, s. 200, samt Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 116.

EU-Domstolens mangeårige retspraksis forstås som langt mere forpligtende for medlemsstaterne, ligesom direktiver typisk indeholder særdeles præcise og umiddelbart anvendelige retsregler. Dette er også tilfældet for så vidt angår infosoc-direktivet, og i forhold til det direktiv er den korrekte forståelse af TEUF art. 288, stk. 3, særdeles afgørende for, hvorvidt ulovbestemt retsskabelse kan ske på ophavsrettens område.

TEUF art. 288, stk. 3, er uændret i forhold til ordlyden i de tidligere traktatgrundlag, hvor bestemmelsen fandtes i først EØF-traktatens art. 189, stk. 3, og siden EF-traktatens art. 249, stk. 3. Måske er denne – i EU-sammenhæng – lange historie en af årsagerne til, at bestemmelsens sande indhold i dag i højere grad skal findes i EU-Domstolens praksis end i en ordlydsfortolkning, men uanset årsagen er dette unægteligt tilfældet, og der findes da også en mangeårig retspraksis om bestemmelsens indhold. Netop da bestemmelsen ikke har været ændret i løbet af retspraksissens fremkomst, må denne også uden videre betragtes som en sammenhængende retspraksis, og ældre domme må således også anses for at have præjudikatsværdi i dag, hvilket også bekræftes ved EU-Domstolens henvisninger til dens egne tidligere afgørelser.

Kernen i EU-Domstolens retspraksis om TEUF art. 288, stk. 3, er det, som domstolen selv benævner retssikkerhedsprincippet.⁶ Dette princip udmønter sig i en række krav til direktivimplementeringen, og disse krav er også i et vist omfang uddybet i EU-Domstolens praksis. For det første skal direktivimplementering ske ved bestemmelser, hvis *bindende virkning* er uomtvistelig. For det andet skal bestemmelserne være *tilstrækkeligt specifikke, bestemte og klare*. For det tredje skal de undergives en *passende offentliggørelse*, således at de berørte retssubjekter har mulighed for at gøre sig bekendt med deres rettigheder og forpligtelser.⁷ Der ligger med andre ord i TEUF art. 288, stk. 3, henholdsvis et krav til retsaktens bindende karakter, et bestemtheds- eller klarhedskrav samt et offentliggørelseskrav. Disse krav er for så vidt ikke fremmede for dansk ret, hvor der som bekendt også findes et retssikkerhedsprincip. Men det er klart, at udmøntningen af princippet i en supranational kontekst bliver anderledes, end den er i national kontekst. Dette kan eksempelvis ses på de hensyn, der ligger bag princippet og de opstillede krav. Disse hensyn, som EU-Domstolen lægger stor vægt på i sine afgørelser, er i vidt omfang de samme, som man vil finde bag det nationale danske retssikkerhedsprincip, men der er også nogle yderligere hensyn, som følger af, at EU er en suprana-

6. Jf. sag C-59/89 (*Kommissionen mod Tyskland*), pr. 24, sag C-225/97 (*Kommissionen mod Frankrig*), pr. 37, sag C-159/99 (*Kommissionen mod Italien*), pr. 32, sag C-415/01 (*Kommissionen mod Belgien*), pr. 21.

7. Jf. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 115 ff.

tional union med egne institutioner. Et sådant hensyn er eksempelvis det kontrolhensyn, som EU-Domstolen i bl.a. *sag 248/83 (Kommissionen mod Tyskland)* har påpeget. I denne sag dømte EU-Domstolen Tyskland for traktatbrud for mangelfuld implementering af ligebehandlingsdirektivet. Direktivet gav medlemsstaterne mulighed for at undtage visse former for erhvervsudøvelse fra princippet om ligebehandling, og Tyskland havde ikke med tilstrækkelig klarhed defineret, hvilke erhverv der var undtaget fra princippet. EU-Domstolen lagde i den forbindelse vægt på gennemskueligheds- og kontrolhensynet, idet den udtalte, at det først og fremmest påhviler medlemsstaterne så nøjagtigt som muligt og under en form, som på en eller anden måde kan kontrolleres, at fastlægge de former for erhverv og virksomhed, som udelukkes fra anvendelsesområdet for princippet om ligebehandling, og at resultatet derefter skal meddeles til Kommissionen, der i henhold til traktaten har ret og pligt til at kontrollere direktivers gennemførelse. Videre anførte EU-Domstolen, at Tyskland på intet tidspunkt efter direktivets ikrafttræden havde truffet de nødvendige foranstaltninger til at skabe blot et minimum af gennemskuelighed, for så vidt angår gennemførelsen af direktivet, og at Tyskland derved havde hindret Kommissionen i at foretage en rimelig kontrol og gjort det vanskeligere for de personer, som eventuelt påføres skade på grund af forskelsbehandling, at varetage deres rettigheder.⁸

Derudover er det et gennemgående hensyn at sikre integration og harmonisering inden for EU, hvorfor fokus i mindre grad er på retssikkerheden for borgerne, men i højere grad på EU-medlemsstaternes retssikkerhed for, at de øvrige EU-medlemsstater opfylder deres EU-retlige forpligtelser, dvs. for at de ikke anvender deres nationale lovgivning eller mangel på samme til at skaffe sig konkurrence- eller markedsmæssige fordele på bekostning af de øvrige medlemsstater.

Mens EU-Domstolen har stillet sådanne mere overordnede krav til korrekt direktivimplementering, har den også i visse specifikke spørgsmål forholdt sig til bestemte reguleringsmetoders anvendelighed ved direktivimplementering og i den forbindelse angivet i sådanne specialtilfælde, hvad der kræves for at disse kan udgøre korrekt direktivimplementering.

Som det vil fremgå nedenfor, bliver i den henseende navnlig tre spørgsmål centrale i relation til spørgsmålet om ulovbestemt ret og retsskabelse i dansk ophavsret. Disse tre spørgsmål er: 1) om direktiver kan implementeres ved motivbemærkninger i forarbejderne, 2) om direktiver kan implenteres ved retspraksis og 3) om direktiver kan implementeres ved retsgrundsætninger.

8. Jf. *sag 248/83 (Kommissionen mod Tyskland)*, pr. 39.

Til alle tre spørgsmål har EU-Domstolen forholdt sig i større eller mindre grad, jf. nærmere i det følgende.

9.1.2.1. *Implementering i lovforarbejder*

EU-Domstolen har i to sager forholdt sig til, i hvilket omfang bemærkninger i lovforarbejder kan betragtes som implementering af et EU-direktiv. Disse to domme er afsagt i sager anlagt mod henholdsvis Danmark og Sverige, hvilket næppe er tilfældigt, idet det navnlig er i de nordiske lande, at der er tradition for at betragte lovforarbejder som væsentlige retskilder.

I *sag 143/83 (Kommissionen mod Danmark)* var Danmark indbragt for EU-Domstolen for utilstrækkelig implementering af direktivet om ligeløn. Implementeringen af direktivet havde Danmark dels overladt til kollektive overenskomster (men dog sikret subsidært ved lov), dels foretaget med formuleringer, der ikke direkte omfattede »arbejde af samme værdi«, men kun det snævrere begreb »samme arbejde.« EU-Domstolen fandt, at den danske lov ikke var tilstrækkelig klar og præcis til at beskytte de pågældende arbejdstagere og anførte endvidere, at hensynet til retssikkerheden og retsbeskyttelsen krævede en utvetydig formulering, der sætter de berørte personer i stand til på tilstrækkelig klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser og domstolene i stand til at sikre iagttagelsen heraf.⁹ I forarbejderne til den danske lov var det angivet, at udtrykket »samme arbejde« i Danmark blev fortolket så bredt, at det også omfattede »arbejde af samme værdi«, og argumentet fra Danmarks side var derfor, at implementeringen materielt set var sket, og at Danmark derfor havde opfyldt sin implementeringspligt. Dette anbringende overbeviste imidlertid ikke EU-Domstolen, der – i hvert fald i den konkrete sag – afviste en sådan implementering i motiverne. EU-Domstolen udtalte, at en sådan motivudtalelse ikke var tilstrækkelig til at sikre en hensigtsmæssig information af de berørte personer.¹⁰

EU-Domstolen har sidenhen suppleret sit præjudikat med dommen i *sag C-478/99 (Kommissionen mod Sverige)*, hvor Sverige blev frifundet for sin implementering af direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler. I denne sag fandt EU-Domstolen således, at »direktivets fulde virkning kan sikres ved retsregler, der er tilstrækkeligt præcise og klare, uden at listen i bilaget til direktivet skal være en integrerende del af gennemførelsesbestemmelserne til direktivet.«¹¹ Det er imidlertid tvivlsomt, om denne dom modificerer dommen over Danmark. Snarere uddyber eller supplerer den blot denne. I

9. Jf. *sag 143/83 (Kommissionen mod Danmark)*, pr. 9 og 10.

10. Jf. *sag 143/83 (Kommissionen mod Danmark)*, pr. 11.

11. Jf. *sag C-478/99 (Kommissionen mod Sverige)*, pr. 21.

sagen mod Sverige var der nemlig tale om et vejledende og ikke-udtømmende bilag til direktivet, og sagen kan derfor ikke umiddelbart sammenlignes med sagen mod Danmark, hvor der var tale om en bestemmelse i direktivet, der i implementeringsloven kun var gengivet delvist, mens det alene af implementeringslovens forarbejder fremgik, at der mentes det samme, som der stod i direktivet.¹² De to domme kan med andre ord sagtens være i fin overensstemmelse med hinanden. Selvom EU-retten ikke kræver, at vejledende og ikke-udtømmende bilag til direktiver ophøjes til lov i medlemsstater, må den altså stadig forventes at kræve, at kriterier angivet eksplicit i direktivtekster også gengives meget præcist i medlemsstaternes implementeringslove. *Sag 143/83 (Kommissionen mod Danmark)* må derfor stadig betragtes som det primære præjudikat om implementering af regler, der gives ved direktivbestemmelser.

I forlængelse af ovenstående to traktatbrudssager er det sidenhen blevet understreget, at man ikke skal tillægge nationale forarbejder nogen særlig vægt, såfremt de angiver en retstilstand, der ikke kan forenes med et direktiv. I *sag C-371/02 (Björnekulla)*, der besvarede et præjudicielt spørgsmål stillet af en svensk domstol om fortolkningen af degenerationsbestemmelsen i varemærkedirektivet. *Svea Hovrätt* var i tvivl om, hvad der var den relevante kundekreds ved vurderingen af, om et varemærke var blevet en almindelig betegnelse for den pågældende vare og dermed havde mistet sin beskyttelse som varemærke. De svenske forarbejder støttede den fortolkning, at den relevante kundekreds var dem, der beskæftigede sig med afsætningen af varen (dvs. distributionsleddet), men dette fulgte ikke af direktivteksten. Den relevante kundekreds kunne derfor også være den endelige aftager af varen (dvs. forbrugerleddet), ligesom det også var en mulighed, at en helhedsvurdering skulle foretages. EU-Domstolen udtalte i sin dom, at »[n]år en national ret skal fortolke nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end et direktiv, er den forpligtet til, i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat og således handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF [nu TEUF art. 288, stk. 3] [...], uanset at der i forarbejderne til den nationale bestemmelse findes elementer, der kunne føre til en anden fortolkning«.¹³ Nationale forarbejder skal altså ignoreres til fordel for EU-konform fortolkning, og et begreb i et EU-direktiv kan medlemsstaterne ikke uden videre definere eller kvalificere på egen hånd, uanset at direktivet ikke indeholder en sådan

12. Forskellen på de to sagers faktum var også et centralt anbringende fra Sveriges side, jf. *sag C-478/99 (Kommissionen mod Sverige)*, pr. 13.

13. Jf. *sag C-371/02 (Björnekulla)*, pr. 13.

præcision selv. Dette var formentlig en forventelig dom, og resultatet er nok også selvfølgelig set med EU-retlige briller, men det er ikke altid, at nyere dansk ophavsretlig litteratur respekterer dette forhold fuldt ud. Således synes mange at opretholde traditionen med at lægge stor vægt på de ophavsretlige forarbejder på bekostning af de både senere tilkomne (*lex posterior*) og højere rangerende (*lex superior*) EU-direktiver på området.

Hvis det er således, som nogle lader til at mene, at *de minimis*- og *parodi*-undtagelserne har deres hjemmel i forarbejderne til ophavsretsloven (vel at mærke i forarbejderne til 1961-loven, som i øvrigt i tid ligger længe før ikke blot infosoc-direktivet, men også Danmarks medlemskab af EU), så er det retsdogmatiske spørgsmål ikke blot, om danske domstole vil acceptere en sådan *lovgivning i motiverne*, men i lige så høj grad, om EU-Domstolen vil acceptere en sådan *implementering i motiverne*, jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.1.2* og *afsnit 10.2.3*.

Hertil kommer, at det må formodes at være vanskeligt for udenlandske rettighedshavere eller brugere end for danske rettighedshavere eller brugere at få kendskab til en rettighed eller mangel på samme, der alene fremgår af nogle lovmotiver og ikke i den kundgjorte lov. Det kan derfor godt hævdes, at eventuelle ulovbestemte »implementeringer« af infosoc-direktivet vil resultere i en ringere – eller i hvert fald mere uklar – retsstilling for udenlandske rettighedshavere eller brugere, end de vil for danske rettighedshavere eller brugere.¹⁴ Overbevises EU-Domstolen om dette, er det næsten sikkert, at den vil censurere eventuelle motivbemærkninger som utilstrækkelige implementeringer af infosoc-direktivet med den følge, at rettighedshavere ikke skal underlægge sig ulovbestemte indskrænkninger som eksempelvis en *de minimis*-doktrin eller en *parodi*-undtagelse. Dette synes *sag C-236/95 (Kommissionen mod Grækenland)* i hvert fald godt at kunne indikere. I denne sag,

14. Jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i Kontekst*, 5. udgave 2003, s. 352: »[I 102/79 Kommissionen mod Belgien] blev det fastslået, at direktiver som udgangspunkt, med eller uden direkte virkninger, skal omsættes til generelle, bindende og offentliggjorte nationale regler. Det skal de i hvert fald, dersom tilsvarende nationalretlige problemstillinger normalt reguleres ved sådanne regler. I så fald vil det nemlig være i samlinger af sådanne retsregler, at den interesserede borger eller virksomhed vil søge oplysninger om gældende ret – og ikke i cirkulærer, ministerielle vejledninger eller lignende. Det er korrekt omsætning til national ret, at den direktivkonforme retstilstand fremgår af en fast og klar retspraksis, se for eksempel dommen i sag 363/85, Kommissionen mod Italien. Eller af en på tilsvarende måde klar, almindelig retsgrundsætning, se for eksempel dommen i sag 29/84, Kommissionen mod Tyskland. Det må dog ikke være sådan, at der i de lige nævnte undtagelsessituationer består en særlig risiko for, at borgere fra andre medlemsstater udsættes for at lide skade eller retstab, således dommen i sag 248/83, Kommissionen mod Tyskland.«

der angik implementeringen af nogle regler om offentlige kontrakter, var implementeringen materielt set tilstrækkelig, men Grækenland blev dømt alligevel, idet EU-Domstolen udtalte, at »[g]anske vist fortolker [Grækenlands forvaltningsdomstol] det omhandlede præsidentielle dekret i overensstemmelse med direktivet og antager, at adgangen efter denne bestemmelse til at opnå en foreløbig judiciel beskyttelse er tilstrækkelig i forhold til direktivets krav. Som det imidlertid fremgår af Domstolens faste praksis, er det af hensyn til retssikkerheden særlig vigtigt, at de privates retsstilling er klar og bestemt, så de sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og i givet fald kan håndhæve rettighederne ved de nationale domstole [...]«.¹⁵

9.1.2.2. Implementering ved retspraksis

Den første sag, hvori EU-Domstolen skulle forholde sig til spørgsmålet, om et direktiv var behørigt implementeret ved retspraksis, var *sag 102/79 (Kommissionen mod Belgien)*. Sagen angik spørgsmålet, om Belgien havde krænket EØF-traktatens art. 189, stk. 3, (nu TEUF art. 288, stk. 3) ved ikke at have implementeret en række direktiver om motorkøretøjer og traktorer. Belgien gjorde gældende, at direktivernes formål fuldt ud blev nået med den administrative praksis, der blev fulgt i belgisk ret. I den forbindelse påpegede Belgien bl.a., at kun direktivernes mål var bindende for medlemsstaterne, mens form og midler var op til den enkelte medlemsstat. Det lykkedes imidlertid ikke Belgien at overbevise EU-Domstolen, der ikke fandt, at direktivimplementering kunne ske ved administrativ praksis. EU-Domstolen angav nærmere i den sammenhæng, at »[...] en medlemsstat ikke har opfyldt den forpligtelse,

15. Jf. *sag C-236/95 (Kommissionen mod Grækenland)*, pr. 12-13. Se også *sag C-207/96 (Kommissionen mod Italien)*, pr. 26: »Endvidere bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at en national lovgivnings uoverensstemmelse med traktatens bestemmelser, også hvor disse sidste er umiddelbart anvendelige, kun kan fjernes helt ved bindende interne regler med samme retlige karakter som de regler, de ændrer, og at direktivbestemmelser skal gennemføres ved bestemmelser, hvis bindende virkning er uomtvistelig, og som er tilstrækkelig specifikke, bestemte og klare til, at de er i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet, som indebærer, at de af direktivet omfattede personer i det omfang, det ved direktivet tilsigtes at skabe rettigheder for den enkelte, sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder [...]«. Se endelig også *sag C-61/05 (Kommissionen mod Portugal)*, pr. 37: »Det fremgår af fast retspraksis, at hver medlemsstat skal gennemføre direktiver på en måde, som fuldt ud opfylder kravene om, at den retstilstand, som fællesskabslovgiver tilsigter med direktiverne, af hensyn til de berørte personer i medlemsstaterne skal være klar og sikker. Direktivbestemmelser skal derfor gennemføres ved bestemmelser, hvis bindende virkning er uomtvistelig, og som er tilstrækkelig specifikke, bestemte og klare [...]«.

som påhviler den i henhold til traktatens artikel 189, stk. 3, når den alene har efterkommet de pågældende direktivers krav via en praksis eller en simpel stiltiende forvaltningsmæssig anerkendelse. [...] Det argument, som den belgiske regering udleder af de pågældende direktivers »valgfri« karakter, er heller ikke holdbart, idet direktivernes bindende formål, som medlemsstaterne ikke kan fravige, er at fjerne alle hindringer for de frie varebevægelser, som for produkter fra andre medlemsstater kan følge af anvendelsen af tekniske normer, der er forskellige fra fællesskabsbestemmelserne. Med henblik herpå er det væsentligt, at hver medlemsstat gennemfører de pågældende direktiver på en måde, som fuldt ud opfylder kravene om, at den retstilstand, som tilsigtes med direktiverne, skal være klar og sikker af hensyn til de fabrikanter, som er etableret i de øvrige medlemsstater. En simpel forvaltningspraksis, som ifølge sagens natur frit kan ændres af forvaltningen, og som ikke er tilstrækkeligt kendt, kan ikke under disse betingelser anses for at udgøre en gyldig opfyldelse af den forpligtelse, som i henhold til artikel 189 påhviler de medlemsstater, direktiverne er rettet til.»¹⁶

Nu var der i sagen tale om en administrativ praksis, og implementering herved er antageligvis mere problematisk end implementering ved domstolspraksis. Navnlig er domstolspraksis i højere grad offentligt tilgængelig – jf. GRL § 65, stk. 1, samt retsplejelovens § 28 a – ligesom domstole formentlig i højere grad vil føle sig bundet af deres egen praksis, mens administrative myndigheder oftere ændrer praksis, ikke mindst i forbindelse med afsigelsen af præjudicerende domstolsafgørelser, der underkender hidtidig administrativ praksis.

På den anden side gør en række af kritikpunkterne fra EU-Domstolens side sig også gældende ved ulovbestemt, domstolsskabt ret. Eksempelvis lader det til, at hensynet til gennemskueligheden for borgerne og muligheden for kontrol af implementeringen fra EU's side vejer tungt for EU-Domstolen, der få år efter traktatbrudsdommen over Belgien afsagde dom i de to traktatbrudssager mod henholdsvis Danmark og Tyskland, *sag 143/83 (Kommissionen mod Danmark)* og *sag 248/83 (Kommissionen mod Tyskland)*, som er omtalt ovenfor afsnit 9.1.2.

Nogle år senere bekræftede EU-Domstolen klarhedskriterierne, men opblødte dem samtidig en anelse i *sag 363/85 (Kommissionen mod Italien)*, hvor Italien blev frifundet for traktatbrud. Sagen handlede om et direktiv om foderstoffer til dyr, som ifølge Kommissionen ikke var tilstrækkeligt gennemført i Italien, hvor direktivets terminologiske begreber ikke var endeligt defineret i lovgivningen. Italien gjorde i sagen gældende, at uanset at begreberne

16. Jf. *sag 102/79 (Kommissionen mod Belgien)*, pr. 10-11.

ikke var indført i lovgivningen, så var de underforstået i denne, og lovens anvendelsesområde svarede i praksis til direktivets. EU-Domstolen henviste til sin dom i *sag 29/84 (Kommissionen mod Tyskland)*, der omtales nærmere nedenfor i *afsnit 9.1.2.3*, og angav, at implementeringen af et direktiv ikke nødvendigvis forudsætter, at direktivets bestemmelser formeligt og ordret gengives i udtrykkelige, særlige lovbestemmelser, men at det alt efter direktivets indhold er tilstrækkeligt, at der foreligger et generelt retligt grundlag, der giver sikkerhed for, at direktivet efterleves fuldt ud og med bestemt og klarhed, således at den af direktivet omfattede personkreds – i det omfang, det ved direktivet tilsigtes at skabe rettigheder for private – sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og i givet fald til at håndhæve disse rettigheder ved nationale domstole.¹⁷

9.1.2.3. Implementering ved retsgrundsætninger og -principper

Tyskland blev i 1985 dømt for traktatbrud i *Sag 29/84 (Kommissionen mod Tyskland)*. Denne sag handlede om Tysklands implementering af to direktiver vedrørende sygeplejeskers uddannelse og den gensidige anerkendelse heraf medlemsstaterne imellem. Tyskland havde (endnu) ikke implementeret direktiverne ved lov, men henviste til, at den retstilstand, direktiverne krævede, var fuldt ud sikret ved almindelige retsgrundsætninger og retsprincipper med grundlovs kraft. I den forbindelse angav EU-Domstolen nogle mere generelle kriterier for, hvornår sådanne grundsætninger kan udgøre implementering. Efter at have understreget, at EØF-traktatens art. 189, stk. 3 (nu TEUF art. 288, stk. 3), ikke nødvendigvis kræver, at implementering sker ved lovgivning, påpegede EU-Domstolen således, at implementering ved forfatnings- eller forvaltningsretlige grundsætninger forudsætter, at disse 1) giver sikker hjemmel for, at direktivet efterleves fuldt ud af de nationale myndigheder, 2) at retstilstanden med hjemmel i de nævnte grundsætninger er tilstrækkelig bestemt og klar, for så vidt som direktivet tilsigter at skabe rettigheder for private, samt 3) at de, som direktivet omfatter, sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og i givet fald kan håndhæve rettighederne ved de nationale domstole. I relation til den sidste betingelse understregede domstolen, at når direktiver tilsigter at give rettigheder til statsborgere fra andre medlemsstater, er denne betingelse særlig væsentlig, eftersom fremmede statsborgere i almindelighed ikke har kendskab til nationale retsgrundsætninger.¹⁸ Med disse implementeringskriterier er det formentlig i de fleste tilfælde risikabelt for medlemsstater at implementere ved retsgrundsætninger.

17. Jf. *sag 363/85 (Kommissionen mod Italien)*, pr. 7.

18. Jf. *sag 29/84 (Kommissionen mod Tyskland)*, pr. 23.

Det står altså klart, at det principielt er muligt at implementere direktiver ved ulovbestemt ret. Endvidere står det klart, at også implementering ved mere generelle retlige grundlag efter omstændighederne kan være tilstrækkeligt. Der er imidlertid ingen tvivl om, at der stilles store krav til klarheden og bestemtheden af det ulovbestemte retsgrundlag, der i givet fald skal udgøre den pågældende implementering. Samtidig lader det også til, at EU-Domstolen i sin praksis tillige har fastslået, at implementering nogle gange skal ske punktligt og nogle gange endda skal ske ved lov. Dette fremgår af dommen i *sag 252/85 (Kommissionen mod Frankrig)*, der handlede om Frankrigs implementering af et direktiv om beskyttelse af vilde fugle.¹⁹ EU-Domstolen gentog heri, at det for gennemførelsen af et direktiv i national ret ikke er absolut nødvendigt formelt og ordret at gentage direktivets bestemmelser i udtrykkelige specielle lovbestemmelser, men at det er tilstrækkeligt, at der foreligger en generel retlig ramme, der giver en sikker hjemmel for, at direktivet anvendes fuldt ud på en tilstrækkelig og præcis måde. Umiddelbart herefter understregede EU-Domstolen dog også, at en punktlig gennemførelse er af særlig betydning, når der er tale om et direktiv som det i sagen omtvistede, hvor forvaltningen af det fælles eje er betroet medlemsstaterne på deres respektive territorier.²⁰ I relation til et af klagepunkterne i sagen fastslog EU-Domstolen derefter, at det af hensyn til en fuldstændig og effektiv beskyttelse af fugle på samtlige medlemsstats område er absolut nødvendigt, at de i direktivet omhandlede forbud udtrykkeligt indføres i de nationale lovgivninger.²¹

Sammenfattende må det altså konstateres, at EU-Domstolen stiller strenge krav til det, man kan kalde ulovbestemt implementering af EU-direktiver. Som den selv har sammenfattet sin praksis, skal bestemmelserne i et direktiv således »gennemføres ved udstedelsen af utvivlsomt bindende regler, som konkret udgør bestemte, klare regler, der opfylder kravet om retssikkerhed«.²²

9.2. Nationalretlige betingelser

Er de EU-retlige forudsætninger for en ulovbestemt indskrænkning i dansk ophavsret opfyldt – dvs. findes der såvel en hjemmel samt en adgang til ulovbestemt implementering af denne – er det naturligvis ikke hermed givet, at en sådan ulovbestemt indskrænkning findes. Dette vil selvfølgelig kun være

19. Om Belgiens og Hollands mangelfulde implementering af samme direktiv se henholdsvis *sag 247/85 (Kommissionen mod Belgien)* og *sag 339/87 (Kommissionen mod Holland)*.

20. Jf. *sag 252/85 (Kommissionen mod Frankrig)*, pr. 5.

21. Jf. *sag 252/85 (Kommissionen mod Frankrig)*, pr. 19.

22. Jf. *sag C-178+179+188-190/94 (Dillenkofer)*, pr. 48.

tilfældet, hvis der findes nationale danske retskilder, hvoraf en sådan indskrænkning kan udledes. Med andre ord må der foreligge det fornødne retskildegrundlag. De ulovbestemte retskilder, hvoraf en indskrænkning i dansk ophavsret kunne tænkes at være eller blive fastslået, er dem, som også er behandlet i relation til implementeringsspørgsmålet, jf. ovenfor *afsnit 9.2.1.*, dvs. lovforarbejder, retspraksis og retsgrundsætninger.

9.2.1. »Retstomt rum«

De ulovbestemte retskilder må imidlertid altid skulle betragtes og fortolkes i lyset af lovgivningen, i denne sammenhæng ophavsretsloven. National dansk lovgiver har nemlig mulighed for ved sin lovgivning at udelukke ulovbestemt retsskabelse på et givent område, nemlig ved at vedtage en udtømmende lovgivning, som ikke efterlader nogen retstomme rum. Ulovbestemt ret kan sagtens eksistere og sagtens supplere lovbestemte regler, men dette må antages kun at kunne lade sig gøre, såfremt der eksisterer et såkaldt *retstomt rum*, dvs. en tilfældemængde, som den af lovgiver givne lov ikke tager stilling til.²³ En forudsætning for, at der retsdogmatisk kan antages at gælde ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret, er følgelig, at loven frembyder et sådant retstomt rum.

For at kunne vurdere om der er retstomme rum i ophavsretslovens katalog af indskrænkninger må man undersøge de enkelte lovbestemte indskrænkninger og foretage en fortolkning af, hvilken regulering disse hver især og eventuelt kataloget som helhed er udtryk for. Det må afgøres, ikke blot hvad de regulerer, men navnlig hvad de ikke regulerer, og i den forbindelse skal man være opmærksom på, at dette ikke er det samme spørgsmål som spørgsmålet om, hvad der omfattes og ikke omfattes af indskrænkningerne. Kun hvis noget er decideret ikke-reguleret, vil man have at gøre med et retstomt rum. Med andre ord er det, at en given værksanvendelse ikke omfattes af en indskrænkning ikke nødvendigvis det samme, som at lovgiver ikke har taget stilling til denne værksanvendelses lovlighed. Hvis ophavsretsloven udtømmende regulerer en problematik, må en ulovbestemt *indskrænkning* formentlig allerede afvises på den baggrund. I det modsatte tilfælde, dvs. hvis loven ikke kan anses for at have gjort udtømmende op med en given problematik, vil en ulovbestemt *indskrænkning* kunne eksistere, men det er ikke derved givet, at

23. Jf. Mads Bryde Andersen, *Ret og Metode*, 1. udgave 2002, s. 167. Begrebet retstomt rum ses også undertiden inddraget i EU-retten, jf. f.eks. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-277/10 (Luksan)*, pkt. 166, samt *sag C-128/11 (UsedSoft)*, pr. 32.

det er tilfældet. Et præjudikat eller en anden ulovbestemt retskilde må tilmed kræves, jf. nærmere nedenfor *afsnit 9.2.2*.

De fleste indskrænkningshjemler i infosoc-direktivets art. 5 er forholdsvis specifikke, og der er kun enkelte, der ikke er implementeret i et eller andet omfang i en korresponderende bestemmelse i OPHL kap. 2. I et bilag til forslaget til den lov, som implementerede infosoc-direktivet, findes således også en liste over direktivets bestemmelser og deres forhold til den danske ophavsretslov.²⁴ Af listen fremgår, at kun tre af direktivets hjemler skal anses som decideret ikke-udnyttet af dansk lovgiver. Således er kun infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra a, om eksemplarfremsstilling på papir eller ved hjælp af en fotografisk teknik eller en anden lignende proces, art. 5, stk. 3, litra k, om karikatur, parodi eller pastiche, og art. 5, stk. 3, litra l, om anvendelse af værker eller andre frembringelser mv. i forbindelse med demonstration eller reparation af udstyr, angivet som »ikke gennemført« eller »ikke udnyttet.« I relation til alle de øvrige 17 fakultative hjemler angives mindst én bestemmelse i ophavsretsloven, således at alle disse 17 hjemler ifølge lovgiver skal anses for at være enten helt eller delvist udnyttet i dansk ret.

I relation til spørgsmålet om, hvorvidt ulovbestemte indskrænkninger i dansk ret er en mulighed, er domstolene nødt til at forholde sig til lovgivers valg i forbindelse med implementeringsprocessen. I den sammenhæng må man sondre mellem 1) fuldstændigt udnyttede hjemler (dvs. udtømte hjemler), 2) delvist udnyttede hjemler og 3) ikke-udnyttede hjemler. Hvilket af de tre tilfælde, man har med at gøre kan dog ikke afgøres alene med det nævnte bilag til lovforslaget. Man kan således ikke uden videre gå ud fra, at det der i motiverne til et lovforslag er angivet om en bestemmelses indhold og dens forhold til en EU-retlig hjemmel også vil være det, som domstolene, herunder EU-Domstolen vil nå frem til ved fortolkningen af bestemmelserne. Det tilkommer således endeligt EU-Domstolen at fastlægge hjemlernes indhold, og indholdet af de i ophavsretsloven korresponderende og implementerende bestemmelser skal fastlægges af de danske domstole under inddragelse af EU-Domstolens fortolkning af infosoc-direktivet, eventuelt efter en præjudiciel forelæggelse for denne. I den forbindelse erindres om den ovenfor omtalte dom *sag C-371/02 (Björnekulla)*, der viser, at nationale forarbejder ikke bliver tillagt stor vægt af EU-Domstolen. Med dette forbehold in mente må det dog antages, at så længe listen i det omtalte lovforslag ikke er under-

24. Jf. FT 2002-03, tillæg A, s. 308 ff. (bilag 3 til lovforslaget), samt Peter Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret*, 1. udgave 2011, s. 202 f., og Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 227 ff.

kendt af domstolene, må den anses for en væsentlig retskilde til indholdet af såvel infosoc-direktivets og ophavsretslovens indskrækningsbestemmelser.

Hvad angår de 17 fakultative hjemler i infosoc-direktivet, som enten er fuldstændigt udnyttede (dvs. udtømte) eller delvist udnyttede, er man nødt til at undersøge den pågældende hjemmels indhold og sammenligne det med dens implementering i dansk ophavsret og herudfra afgøre, om man har at gøre med en udtømt hjemmel eller en hjemmel, der kun er delvist udnyttet. Har man at gøre med det første, står den pågældende hjemmel naturligvis ikke til rådighed for domstolene ved disses eventuelle ulovbestemte retsskabelse. Har man omvendt at gøre med en hjemmel, der må anses for kun at være delvist udnyttet, må man betragte denne som uudnyttet for så vidt angår denne del af hjemlen. Disse tilfælde må man behandle ligesom de tre hjemler, der er decideret ikke-udnyttede, jf. herom ovenfor.

Har man at gøre med en af de tre ikke-udnyttede hjemler eller en ikke-udnyttet del af en af de øvrige hjemler, må man forholde sig til en ny problematik, nemlig 1) om den pågældende ikke-udnyttelse er udtryk for, at lovgiver bevidst har fravalgt den del af hjemlen, således at lovgiver ikke har ønsket en sådan indskrænkning i dansk ophavsret, eller 2) om den ikke-udnyttede del af hjemlen skal betragtes som en bestående mulighed i dansk ret, som kan udnyttes af domstolene, skulle de finde det hensigtsmæssigt. I førstnævnte tilfælde må lovgivers fravalg respekteres af domstolene, mens domstolene i sidstnævnte tilfælde kan betragte den pågældende hjemmel som en kompetence, der er stiltiende delegeret til den dømmende myndighed – i hvert fald indtil lovgiver bestemmer sig for andet.

9.2.2. Retskildegrundlag

9.2.2.1. Lovforarbejder

Der findes næppe noget generelt svar på, hvad der retsdogmatisk kræves for at en nærmere bestemt retstilstand kan anses for at følge på ulovbestemt grundlag af lovforarbejder. Undertiden tales der – ofte kritisk – om såkaldt »lovgivning i motiverne«, hvorved typisk sigtes til regler, som det havde været mere hensigtsmæssigt at have i selve lovteksten, men som lovgiver har placeret i forarbejderne af mere eller mindre uklare årsager, der dog formentlig snarere er af politisk karakter end af juridisk.²⁵ Brug af forarbejderne som regulerende instrument er ganske rigtigt heller ikke uproblematisk. Folketinget stemmer ikke om forarbejdernes vedtagelse, men om lovens, og forarbejderne er i vidt omfang primært udarbejdet af forslagsstiller, og ikke af Folketinget

25. Jf. Peter Blume, *Juridisk Metodelære*, 5. udgave 2009, s. 94, samt Lone L. Hansen & Erik Werlauff, *Den juridiske metode – en introduktion*, s. 130.

som lovgivende forsamling. Endelig bliver forarbejderne – om end offentligt tilgængelige – ikke stadfæstet og kundgjort, sådan som selve loven bliver det i henhold til GRL § 22. Forarbejder må derfor anses for at være en mindre stærk retskilde, og af samme grund kan man heller ikke uden videre forvente, at domstolene vil dømme i overensstemmelse med dem. Også af denne grund er såkaldt »lovgivning i motiverne« uhensigtsmæssig, idet det medfører en uforudsigelig retstilstand. I hvert fald indtil en dom på området er faldet, og selv det vil ofte ikke fjerne usikkerheden helt.

Generelt må man altså være påpasselig med at tillægge forarbejder for stor retskildeværdi i relation til, om de kan konstituere en ulovbestemt regel i dansk ret. Denne påpasselighed må desuden skærpes yderligere, hvis man har at gøre med et retsområde, som senere har været genstand for lovændringer eller EU-harmonisering. Synes nogle lovforarbejder eksempelvis at pege på én retstilstand, men er de bestemmelser, de er knyttet til, senere blevet ændret, eller er deres indhold og fortolkning blevet påvirket af en EU-harmonisering, må man nøje overveje, om lovforarbejderne fortsat skal tillægges retsdogmatisk retskildeværdi, eller om de må afvises som en irrelevant, forældet retskilde.

Sådanne overvejelser må man ikke mindst gøre sig i ophavsretlig sammenhæng. Således bliver forarbejderne til ophavsretsloven ofte inddraget i fortolkningen af denne, men sagen er den, at størstedelen af disse forarbejder netop lider under, at de muligvis bør anses som »forældede« i medfør af senere lovændringer eller EU-harmonisering. Forarbejderne til 1961-loven bliver eksempelvis ofte inddraget i fortolkningen af den nugældende lov, selvom den gældende hovedlov er 1995-loven, der – om end i vidt omfang baseret på 1961-loven – formelt ophævede denne, jf. OPHL § 89, stk. 2, nr. 1. Det er ikke i enhver henseende forkert at inddrage 1961-lovens forarbejder, men man bør ikke gøre det uden at have gjort sig den ovennævnte overvejelse om retskildeværdien, og ligefrem at basere retsdogmatiske konklusioner om ulovbestemt ret på sådanne forarbejder må man generelt være meget forsigtig med. Også EU-harmoniseringen af ophavsretten, særligt infosoc-direktivet, bør give anledning til at være skeptisk over for anvendelsen af nationale forarbejder som retskilde til ulovbestemt ret. EU-direktiverne og EU-Domstolens fortolkning af disse skal således utvivlsomt tillægges større retskildeværdi end nationale forarbejder. Det følger af pligten til EU-konform fortolkning, men er også fastslået udtrykkeligt af EU-Domstolen, jf. nærmere ovenfor *afsnit 3.3* og *afsnit 9.1.2*.

For at kunne udlede ulovbestemte ophavsretlige indskrænkninger af lovforarbejder må der således dels forudsættes en klar motivudtalelse, dels må det kræves, at denne motivudtalelse ikke er blevet underkendt eller svækket i form af senere lovændringer, EU-harmoniserende retsakter eller EU-domme.

Henset til EU-Domstolens generelle modvilje mod at lægge vægt på nationale forarbejder som implementeringsinstrument, jf. ovenfor *afsnit 9.1.2.1*, vil det dog som regel have formodningen imod sig. Undertiden ses det dog, at ulovbestemte regler, der synes at kunne udledes af en motivbemærkning, sidenhen er bekræftet af en eller flere domme. I så fald har man naturligvis at gøre med et mere solidt retskildegrundlag, forudsat at disse domme fortsat kan tillægges retskildeværdi, jf. nærmere umiddelbart nedenfor *afsnit 9.2.2.2*.

9.2.2.2. Retspraksis

Oftest vil man se ulovbestemt ret udledt af en eller flere domme, såkaldte præjudikater. Det ligger også generelt fast, at dette er en mulighed i dansk ret.²⁶ Selvom det hører til sjældenhederne, er der således flere eksempler på ulovbestemt, domstolsskabt ret i dansk ret, således f.eks. det objektive erstatningsansvar for piloteringsskader, som Højesteret fastslog i *U 1968.84 HD (Aalborg Kloster)*.²⁷

Retspraksis – hvad enten det er i form af en flerhed af ensrettede afgørelser eller i form af én eller enkelte præjudikater af principiel karakter – må generelt anses som tungtvejende retskilder, der er egnede til konstituering af ulovbestemt ret. I modsætning til eksempelvis forarbejder er afsigelsen af domstolsafgørelser således en grundlovgivet kompetence tillagt den dømmende magt i henhold til GRL § 3. Det er i medfør heraf domstolens opgave ikke bare at anvende og fortolke lovgivningen, men også at udfylde retstomme rum, hvis sådanne måtte eksistere. At domstolsafgørelser udgør retskilder, er der derfor ikke tvivl om, og at de efter omstændighederne kan være retsskabende – og ikke bare retsfortolkende eller retsanvendende – ligger også fast. Tilsvarende er EU-Domstolen formentlig også mere imødekomende over for implementering ved retspraksis end implementering i forarbejderne, jf. nærmere ovenfor *afsnit 9.1.2*.

Det er imidlertid ofte diskutabelt, om en eller flere domstolsafgørelser udgør eller er udtryk for en ulovbestemt regel. At afgørelserne har retskildeværdi er således ikke ensbetydende med, at der ikke kan være tvivl om, hvor stor denne retskildeværdi er, hvilke sammenhænge den er relevant i, og ikke mindst hvad retskildeindholdet er. At undersøge og besvare disse spørgsmål er en retsdogmatisk fortolkningsopgave.

26. Jf. hertil U 1990B.441 (Torben Jensen, *Domstolens retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed*).

27. Jf. nærmere om dommen – og om andre domstolsskabte objektive erstatningsansvarsnormer – Bo von Eyben & Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret*, 8. udgave 2015, s. 184 ff.

I relation til dansk ophavsret og spørgsmålet om ulovbestemte indskrænkninger er den retsdogmatiske analyse af domstolsafgørelser vanskeliggjort af de samme forhold, som gør sig gældende i forhold til lovforarbejder, jf. ovenfor *afsnit 9.2.2.1*, nemlig lovændringer og EU-harmonisering. Som nævnt er den nugældende hovedlov i dansk ophavsret fra 1995, men en stor del af den foreliggende retspraksis er afsagt efter reglerne i 1961-loven. Hertil kommer, at selv den retspraksis, der er afsagt efter 1995-lovens ikrafttræden, kan være blevet »forældet« som retskilde som følge af senere tilkomne EU-direktiver samt fortolkninger af disse foretaget af EU-Domstolen. Udover lovændringerne og EU-harmoniseringen er den ophavsretlige retspraksis også vanskeligt tilgængelig som retskilde, ved at den oftest er konkret og derudover ofte indeholder afgørelser, der kan synes at trække i hver sin retning i forhold til en hypotese om en given ulovbestemt indskrænkning i den ophavsretlige eneret.

9.2.2.3. Retsgrundsætninger og -principper

Det er ikke unormalt i dansk ret, at retsgrundsætninger eller -principper anses for at udgøre ulovbestemte regler, selvom der ikke kan peges på domme eller andre retskilder, hvoraf princippet lader sig udlede klart. Sådanne grundsætninger eller principper vil formentlig ofte have sin primære begrundelse i almindelig sund juridisk fornuft eller mere systemiske betragtninger.²⁸

Såfremt en sådan grundsætning eller et sådant princip kan anses for at udgøre behørig implementering af infosoc-direktivet, jf. nærmere ovenfor *afsnit 9.1.2.3*, er der ikke noget nationalretligt i vejen for, at de kan udgøre det fornødne retskildegrundlag for en ulovbestemt indskrænkning i den ophavsretlige beskyttelse. Imidlertid må man nok anse sådanne kilder for i vidt omfang at være udledt af fornufts- eller rimelighedsbetragtninger, undertiden også benævnt forholdets natur. Af den grund må man formentlig kræve, at sådanne grundsætninger eller principper vitterligt forekommer fornuftige, rimelige og logiske, ligesom det formentlig også må kræves, at de ikke synes at være modsagt i andre retskilder.

28. Jf. Jens Evald, *Retskilderne og den juridiske metode*, 2. udgave 2000, s. 105, der som eksempel angiver den skatteretlige realitetsgrundsætning.

10. Ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret?

10.1. De minimis non curat lex

10.1.1. Indledning

Der er en udbredt opfattelse af, at der i dansk ophavsret gælder en ulovbestemt bagatelgrænse i form af en *de minimis*-doktrin. Således er det flere steder i den ophavsretlige litteratur antaget, at princippet *de minimis non curat lex* finder anvendelse inden for ophavsretten.²⁹ Ingen dansk domstol har imidlertid nogensinde i en ophavsretlig sag henvist til hverken den danske eller latinske betegnelse for en sådan retsregel.³⁰ En sådan regel er dog heller aldrig blevet explicit afvist. Årsagen til denne tavshed fra domstolenes side er uvis, men tavsheden kan næppe skyldes, at der ikke har været sager, der kunne være oplagte for en udtalelse eller ligefrem et præjudikat. For det har der. En lang række sager har således angået forholdsvis begrænsede og minimale anvendelser af beskyttede værker.³¹

29. Således Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 73 f., Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave 2001, s. 80, Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 254 ff., samt Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 395 ff., jf. nærmere om disse nedenfor afsnit 10.1.3.5. Se desuden Ludvig August Grundtvig, *Kort Fremstilling af Forfatterretten*, 2. udgave 1918, s. 107, Mogens Koktvedgaard, *Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område*, i Lars Gorton m.fl. (red.), Festskrift til Gunnar Karnell, 1. udgave 1999, s. 341 ff., Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 88, Palle Bo Madsen, *Markedsret, Del 3 – Immaterialret*, 5. udgave 2008, s. 87, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 232, U 2013B.341 (Peter Schønning, *Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker*), U 2014B.220 (Morten Rosenmeier, *Krænkes ophavsretten, hvis man råder over en mindre del af et beskyttet fænomen?*). Også norsk litteratur har taget de danske forfatters opfattelse til sig, jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 1. udgave 2009, s. 149, med henvisninger til Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 1. udgave 2008 samt til U 1997.691 HD (*Pengesedler II*). Opfattelsen lader til først og fremmest at have sit fundament i en motivbemærkning til 1961-loven, som blev citeret af Højesteret i U 1997.691 HD (*Pengesedler II*). Disse to retskilder behandles nærmere nedenfor afsnit 10.1.3.1 og afsnit 10.1.3.5.

30. Man kom dog meget tæt herpå i Københavns Byrets fagedrets kendelse af 28. juni 2012 (*Dark Shadows*), som omtales nedenfor afsnit 10.1.3.5. Som det vil fremgå, blev det i kendelsen udtalt, at »[f]ogedretten finder ikke, at der [...] er tale om en sådan bagatelagtig medtagelse, at den ikke falder ind under ophavsretsloven«.

31. Man kan overveje, om baggrunden skulle være de sagsøgte manglende påberåbelse af princippet og således domstolenes insisteren på den processuelle forhandlingsmaksime, jf. herom ovenfor afsnit 3.3, men dette er næppe tilfældet, eftersom bagatelgrænsen i adskillige tilfælde har været implicit og enkelte gange også eks-

På trods af den nævnte enighed i litteraturen om, at der gælder en ophavsretlig bagatelgrænse, er det altså ikke endeligt afklaret, om *de minimis*-princippet faktisk finder anvendelse inden for dansk ophavsret, og der er heller ikke i litteraturen gjort forsøg på en nærmere retsdogmatisk analyse af de relevante retskilder. Dette kan skyldes, at danske domstole som nævnt aldrig har nævnt princippet eksplicit, men det kan også skyldes, at forfatterne – om end disse principielt mener, at et sådant princip gælder – ganske enkelt ikke anser det for praktisk relevant at analysere nærmere, idet de formoder, at ophavsretlige konflikter i den størrelsesorden aldrig vil blive genstand for hverken inden- eller udenretlige tvister. En lang række domme tyder imidlertid på, at der ikke alene bliver anlagt sager om meget små udnyttelser, men også at domstolenes begrundelser for at dømme henholdsvis frifinde i disse sager ikke umiddelbart synes kongruente. Dertil kommer, at selv hvis de minimale krænkelse sjældent kommer for retten, betyder det ikke nødvendigvis, at spørgsmålet ikke har praktisk relevans. Et eneretsregime som ophavsretten har i og med sin eksistens og formodede indhold stor adfærdsregulerende betydning. Således må det antages, at mange privatpersoner og virksomheder enten 1) frit foretager, 2) betaler for eller 3) afstår fra givne værksanvendelser i henhold til en bestemt forståelse – eventuelt misforståelse – af den ophavsretlige retstilstand.³²

Spørgsmålet om hvor små udnyttelser, ophavsretten beskytter imod, og det hertil knyttede politiske spørgsmål om, hvor små udnyttelser ophavsretten *bør* beskytte imod, er også blevet mere og mere nærværende i takt med internettets udbredelse og udvikling. Ud fra en *traditionel* ophavsretlig optik begås der talrige ophavsretskrænkelser på internettet hvert sekund. Mange af disse krænkelse er imidlertid af begrænset omfang og betydning, og spørgsmålet om *de minimis*-princippets tilstedeværelse i ophavsretten er derfor afgørende for mange internethandlingers lovlighed.³³ Fremkomsten og udbredelsen af

plicit påberåbt af sagsøgte i de pågældende krænkelsessager, jf. nærmere nedenfor afsnit 10.1.3.5.

32. Som et eksempel på dette kan nævnes TV-programmet *Dybvaaaaaad!*, der har været sendt på TV2 Zulu fra 2012, og hvis koncept er at vise og kommentere på klip fra andre TV-programmer, oftest såkaldte reality-programmer. Efter programmets første to sæsoner forbød TV-stationer TV3 og SBS (sidstnævnte ejer Kanal 4 og Kanal 5) med henvisning til ophavsretsloven, at programmet kunne anvende klip fra deres programmer. TV2 Zulu respekterede dette forbud og ophørte med at anvende klip fra programmerne. I sæson 4 tillod SBS igen at programmet kunne anvende klip, mens TV3 har opretholdt deres forbud.
33. Jf. John M. Kernochan, *Practical Limitations on Authors' Rights*, i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.), *Festskrift til Mogens Koktvedgaard*, 1. udgave 2003, s. 323 ff.:

digitale medier og redigeringsværktøjer har også betydet, at der i stigende grad anvendes beskyttet materiale af såvel erhvervsdrivende som private brugere, og at mange af disse anvendelser ofte er i mindre størrelsesorden. Også dette gør det relevant at afklare, om der i gældende ret eksisterer en minimumsgrænse for, hvad der kan forfølges af ophavsrettighedshavere.

Også for markedet for køb og salg af værkslicenser er det af betydning at få afklaret, om en *de minimis*-doktrin gælder, og i givet fald hvilket indhold den har. Antageligvis i mange, men i hvert fald i ét, offentligt kendt tilfælde er spørgsmålet nemlig reguleret i et kontraktforhold, nemlig i de såkaldte brudstykkeaftaler, som Danske Filmproducenter indgår med såvel Danmarks Radio som TV2.³⁴ Det er klart, at indgåelse af sådanne aftaler har baggrund i én af følgende tre opfattelser: 1) at der ikke er en *de minimis*-doktrin, 2) at de af aftalen omfattede brudstykker ikke vil være omfattet af en sådan *de minimis*-doktrin, eller 3) at der hersker så meget tvivl om spørgsmålet, at man vælger for en sikkerheds skyld at aftale – og betale – sig ud af spørgsmålet.³⁵

Emnets relevans bliver heller ikke mindre af, at der i flere fremmede retssystemer, herunder navnlig i USA, antages at gælde en ophavsretlig *de minimis*-doktrin, men at der også her er opstået tvivl om spørgsmålet og under alle omstændigheder er stor usikkerhed om, hvor en sådan bagatelgrænse går.³⁶

»Enough has been said, I think, to suggest how far the de facto limitations reduce apparently generous statutory protection. That the Internet era will aggravate this situation seems clear enough. At least two Internet-related developments of growing importance provide examples. One is the problem of ascertaining whether a work has been infringed in some remote location and of pursuing infringers there. The other is the effect of public hostility to copyright protection – especially pronounced among devotees of freedom on the Internet. This results in many small purposeful infringements that are difficult and costly to deal with.«

34. Sådanne brudstykkeaftaler er omtalt i henholdsvis *U 2012.2063 HD (Dansk Film Skat)* og *U 2010.60 ØLD (Spot)*. Sidstnævnte omtales nærmere nedenfor i afsnit 10.1.3.5.

35. Se også *U 2014.1739 HD (Vild med Dans)*, som angik *droit moral*, men hvor det af Østre Landsrets sagsfremstilling fremgår, at der blev betalt KODA-afgift for 15 sekunder af en sang. Dommen omtales nedenfor i afsnit 10.1.3.5.

36. Jf. eksempelvis om hollandsk ret EIPR 2009.408 (Herman Cohen Jehoram, *Is there a hidden agenda behind the general non-implementation of the EU three-step test?*). I Frankrig har idéen en vis støtte i dommen refereret i IIC 2005.869 (*Buren*), og det må også være *de minimis*-princippet, Christophe Geiger i sin kommentar til dommen omtaler som en *»praetorian exception«*, jf. IIC 2005.842 (Christophe Geiger, *Creating Copyright Limitations Without Legal Basis: The »Buren« Decision, a Liberation?*). Derimod må den ca. halvandet år ældre dom i IIC 2004.716 (*Utrillo*) anses for at afvise et *de minimis*-princip, jf. hertil Christophe Geigers kommentar til dommen i IIC 2004.717 (Christophe Geiger, *Quotation Right and Fundamental*

I USA har slagmarken for *de minimis*-spørgsmål i nyere tid navnlig været spørgsmålet om *sampling* af musikværker, og på dette felt lader det til nu at være fastslået, at *de minimis*-princippet ikke kan påberåbes, eller i hvert fald at barren for den ophavsretlige bagatelgrænse skal sættes særdeles lavt. For så vidt angår sampling findes der nu også – på byrets niveau – en enkelt dansk dom.³⁷ I Danmark synes *de minimis*-princippet desuden at have været relevant i en række andre sagstyper, jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.1.3.5*.

Det forekommer derfor nødvendigt og hensigtsmæssigt at undersøge spørgsmålet om *de minimis*-princippets eksistens og eventuelle indhold i dansk ophavsret. Analysen i dette kapitel har med andre ord til formål at afklare, om der i dansk ophavsret eksisterer en ulovbestemt ophavsretlig bagatelgrænse i form af en *de minimis*-doktrin. I den forbindelse gennemgås de for dette spørgsmål relevante retskilder, idet det forsøges afklaret, dels hvilke betingelser der må kræves opfyldt, for at en sådan ulovbestemt indskrænkning vil være mulig i henhold til Danmarks EU-retlige forpligtelser, dels om de danske retskilder er tilpas klare og sammenhængende til at opfylde disse betingelser samt til i øvrigt at udgøre fornødent retsdogmatisk grundlag for en sådan doktrin. Analysen er således en konkret afprøvelse af de betingelser for ulovbestemte indskrænkninger, som der blev redegjort for ovenfor i *afsnit 9*.

10.1.2. EU-retten

10.1.2.1. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o

Infosoc-direktivet indeholder en såkaldt udtømmende opregning af tilladte indskrænkninger i ophavsretten.³⁸ Denne liste skal sikre, at medlemslandenes lovgivninger ikke adskiller sig for meget fra hinanden med hensyn til, hvilke indskrænkninger der gøres i ophavsretten. Direktivet kræver ikke, at medlemsstaterne skal indføre de oplistede indskrænkninger, men som direktivet er opbygget og formuleret, må medlemsstaterne ikke indføre indskrænkninger, der *ikke* har hjemmel i en af bestemmelserne i direktivet.

Der er to bestemmelser i direktivet, der potentielt ville kunne udgøre hjemmel for indførelsen af en *de minimis*-bestemmelse. Dette drejer sig for det første om infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra i, hvorefter der kan indføres indskrænkninger for så vidt angår tilfælde, hvor der er tale om tilfældig medtagelse af et værk. Denne bestemmelse vil dog kun hjemle meget få *de*

Rights: When the French Supreme Court Misses an Excellent Opportunity to Advance the Discourse on Copyright Exceptions).

37. Jf. Københavns Byrets dom af 26. september 2011 (*Les Djinns*), som behandles nedenfor *afsnit 10.1.3.5*.

38. Jf. infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 32 samt ovenfor *afsnit 9.1.1*.

minimis-tilfælde, eftersom betingelsen om tilfældighed begrænser hjemlens udstrækning betydeligt.³⁹ Den anden direktivbestemmelse, der ville kunne bruges, er infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, hvorefter indskrænkninger kan indføres, »hvis der er tale om anvendelse i visse andre mindre væsentlige tilfælde, hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesskabet«.

Som det fremgår af bestemmelsen, angår hjemlen kun analoge anvendelser. Det er derfor umuligt, uden at gøre decideret vold på direktivets tekst, at komme uden om den modsætningsslutning, at det ikke er muligt at opretholde *de minimis*-undtagelser for så vidt angår digitale anvendelser.⁴⁰ Det er klart, at henset til den teknologiske udvikling, hvor mere og mere bliver digitalt, og verden hastigt og sikkert er i gang med at forlade den analoge tidsalder, så medfører begrænsningen af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, til analoge anvendelser i praksis, at det er vanskeligt at indføre eller opretholde nogen nævneværdig generel *de minimis*-doktrin inden for infosoc-direktivets hjemmelskatalog. Af samme grunde mødte infosoc-direktivet kritik i forbindelse med dets vedtagelse, jf. således den hollandske professor P. Bernt Hugenholtz, der i en artikel fra før infosoc-direktivets vedtagelse skrev følgende: »Of course, the whole idea of drawing up a finite set of limitations was ill-conceived in the first place. The last thing the information industry needs in these dynamic times are rigid rules that are cast in concrete for the years to come. How can a legislature in his right mind even contemplate an exhaustive list of limitations, many of which are drafted in inflexible, technology-specific language, when the Internet produces new business models and novel uses almost each day? Note that the 'safety valve' of article 5.3o ('use in certain cases of minor importance') is limited to existing exemptions and analogue uses. Now, thanks to the Directive, if some unforeseen use that we all agree should be exempted emerges, we'll have to wait at least three years, if not much longer, for the Directive to be amended. I'd be surprised if national

39. Ifølge forarbejderne til implementeringen af infosoc-direktivet giver hjemmelen adgang til opretholdelse af OPHL § 23, stk. 4, om gengivelse af kunstværker af underordnet betydning i aviser mv., og OPHL § 25 om gengivelse af værker i film, radio eller fjernsyn som led i gengivelse af dagsbegivenheder, jf. FT 2002-03, tillæg A, s. 310 (lovforslagets bilag 3).

40. Dette må også have været opfattelsen i Sverige, hvor man så sig nødsaget til at ændre *upphovsrättslagens* §§ 23, stk. 3, og 24, stk. 3, så de kun angik analog brug, jf. Prop. 2004/05:110.

lawmakers or courts were that patient, or EC law-abiding.»⁴¹ På trods af sådanne protester blev faktum dog, at infosoc-direktivet blev vedtaget, og der har endnu ikke vist sig en tendens som den, Hugenholtz forudså, til at nationale domstole ikke skulle tage direktivet alvorligt, hvilket naturligvis heller ikke er EU-retligt muligt.

En anden begrænsning i hjemlen følger af kravet om, at en sådan *de minimis*-indskrænkning i givet fald skal foreligge inden infosoc-direktivets vedtagelse. Det er altså principielt et krav for hjemlens anvendelse, at den eventuelle *de minimis*-indskrænkning, som en medlemsstat vil påberåbe sig eksistensen af, kan udledes alene på baggrund af de retskilder, der forelå i den enkelte medlemsstats ophavsret per 22. maj 2001. Ellers kan den ikke anses for at have hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o.

Sagen er således den, at infosoc-direktivet ikke indeholder en hjemmel, der giver medlemsstaterne mulighed for at opretholde eller indføre en generel *de minimis*-indskrænkning i den ophavsretlige eneret. Mange af direktivets hjemler giver ganske vist adgang til varetagelse af *de minimis*-hensyn i de mere specifikke tilfælde, som disse hjemler angår, men nogen generel, almen *de minimis*-indskrænkning eller -doktrin er der ikke hjemmel til i infosoc-direktivet.

10.1.2.2. *De minimis uden eksplicit direktivhjemmel*

Imidlertid er spørgsmålet ikke desto mindre – når man har at gøre med lige netop *de minimis*-princippet, som anses for at være en juridisk grundsætning og et almindeligt retsprincip – om en eksplicit hjemmel i infosoc-direktivet helt undtagelsesvist kan undværes. EU-Domstolen har ofte i sin praksis inddraget og anvendt fundamentale retsprinsipper og -grundsætninger, såfremt de har en fast forankring i EU's medlemsstaters retshistorie og retstækning og derfor måtte anses som en del af den europæiske retstradition.⁴² Herved har EU-Domstolen gjort sådanne principper til en del af EU-retten, og mange af disse er nu kodificeret i EU's charter om grundlæggende rettigheder. Såfremt man må forvente, at EU-Domstolen vil gøre det samme i en fremtidig sag om *de minimis*-princippet's anvendelse inden for ophavsretten, da vil en ulovbestemt *de minimis*-indskrænkning i dansk ophavsret ikke være betinget af, at denne har hjemmel i infosoc-direktivets art. 5. En sådan fortolkning vil

41. Jf. EIPR 2000.499 (P. Bernt Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid*).

42. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 43 ff., Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 611 ff., samt Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret – fri bevægelighed*, 1. udgave 2013, s. 29.

i øvrigt være på linje med, hvordan den folkeretlige regulering af ophavsretten fortolkes. Om Bernerkonventionens harmonisering af indskrænkningerne – som ganske vist ikke er nær så omfattende og detaljeret som infosoc-direktivets – antages det således netop, at der gælder en ikke-kodificeret *minor reservations doctrine*, hvorefter medlemsstaterne kan opretholde og indføre mindre indskrænkninger i ophavsretten, uanset at de ikke har eksplicit hjemmel i konventionen.⁴³

En retsdogmatisk antagelse om, at EU-Domstolen er villig til at tillade nationale *de minimis*-indskrænkninger på trods af en manglende hjemmel i infosoc-direktivet, må altså som nævnt forudsætte, at der er retshistorisk grundlag for at anse *de minimis*-princippet som en del af den europæiske retstradition.

I den forbindelse forekommer der ikke umiddelbart at være enighed i den juridiske litteratur om, hvor langt tilbage i retshistorien *de minimis*-princippet kan spores eller hvortil det skal spores. For så vidt angår dansk litteratur, er Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier ene om at besvare spørgsmålet, og ifølge dem – der udtrykkeligt angiver at have deres oplysninger fra Ditlev Tamm – kan selve terminologien spores tilbage til 1600-tallets Italien.⁴⁴

43. Jf. Peter Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret*, 1. udgave 2011, s. 324, samt Annette Kur, *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-04, 2008, s. 14, hvori det anføres, at »the so-called minor reservations doctrine may be mentioned here as a generally accepted basis for de minimis types of limitations that are not expressly mentioned in Art. 11bis«. Se også Lucie Guibault m.fl., *Study on the Implementation and Effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 2007, Final Report, s. 43: »The so-called »minor reservations« or »minor exceptions« doctrine is being referred to in respect of the right of reproduction, the right of public performance and certain other exclusive rights. As their name »minor reservations« indicate, these implied limitations usually concern de minimis uses that do not affect the copyright owner, such as use of works during religious ceremonies, or use by military bands. During the Stockholm Conference on the Revision of the Berne Convention, the delegations invoked the »minor reservations« doctrine to justify the maintenance in their national laws of existing exceptions of minor importance.«

44. Skriftlige kilder henvises der ikke til, jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 255. Det samme anfører Henrik Udsen, hvis kilde dog lader til at være netop Schovsbo & Rosenmeier, jf. Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 395. Torben Lund, Willi Weincke og Peter Schønning undlader forsøg på retshistoriske tidsfæstninger, jf. Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 73 f., Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 88 samt Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 232.

I amerikansk litteratur derimod er spørgsmålet i højere grad forsøgt besvaret, om end der heller ikke her synes at være enighed om svaret. Ifølge Jeff Nemerofsky har princippet sine rødder i »*medieval England*«, dvs. engelsk middelalder, der i princippet kan betyde alt mellem år 600 og år 1485. Nemerofsky følger dog op med tilføjelsen »*and the days of kings and chancellors*«, hvorved han må formodes at henvise til den såkaldte »*Court of Chancery*«, som eksisterede fra omkring år 1400 og op til ca. 1875, og som udviklede en række *equity*-maksimer, der i vidt omfang var funderet i naturretstankegange.⁴⁵ Ifølge en anden amerikansk jurist, Andrew Inesi, fandtes princippet imidlertid allerede i 1400-tallet og kan ses implicit anvendt endnu længere tilbage.⁴⁶

En enkelt forfatter mener imidlertid i modsætning til de netop nævnte, at det muligvis kan lade sig gøre at spore princippet helt tilbage til romerretten, hvilket naturligvis ville give det en særdeles stærk europæisk forankring – ikke bare tidsmæssigt, men også geografisk. Jeremy Scott Sykes anfører således – om end lidt forsigtigt – at »[t]he phrase probably originated in ancient Roman law«. ⁴⁷ Dog undlader Sykes at henvise til romerretlige kilder, og påstanden fremstår derfor uunderbygget. Helt uunderbygget havde den imidlertid ikke behovet at være. Visse dele af Justinians Digester kan nemlig tyde på, at princippet ganske rigtigt ikke var helt fremmed for romerretten. Således var det, ifølge Callistratus, visse magistraters praksis ikke at træffe afgørelse

45. Jf. Jeff Nemerofsky, *What is a »trifle« anyway?*, i Gonzaga Law Review 2002, s. 315 ff. I den forbindelse kan det i øvrigt bemærkes, at Francis Bacon, der netop havde titel som Lord Chancellor, nævnte princippet i et brev af 18. april 1623 til Markisen af Buckingham, jf. Francis Bacon, *Letters and remains of the Lord Chancellor Bacon. Collected by Robert Stephens*, 1734. Embedet som Lord Chancellor kan i øvrigt sammenlignes med Roms prætor, jf. Stig Jørgensen, *Symmetri og retfærdighed*, i Stig Jørgensen, *Lovmål og dom: Retsteoretiske afhandlinger*, 1. udgave 1975, s. 119, og *de minimis*-princippet angives netop undertiden som *de minimis non curat prætor*:

46. Jf. Andrew Inesi, *A Theory of De Minimis and a Proposal For Its Application in Copyright*, Berkeley Technology Law Journal, 2006, s. 945 ff., hvori der henvises til Max L. Veech & Charles R. Moon, *De minimis Non Curat Lex*, Michigan Law Review, 1947, s. 537 ff. I sidstnævnte citeres to engelske sager om forringelse af fast ejendom (såkaldt *waste*) fra henholdsvis 1315 og 1431. I disse sager skulle det angiveligt være udtalt, at »[t]he waste in this case is too trifling for us to adjudge it waste and so entitle the plaintiff to have recovery of the place wasted; for strictly speaking, to cut down shallows which will grow again is not waste«, og at »[n]o action lies of a waste but to the value of a penny, for *de minimis non curat lex*«.

47. Jf. Jeremy Scott Sykes, *Copyright – The De Minimis Defense in Copyright Infringement Actions Involving Music Sampling*, The University of Memphis Law Review, 2006, s. 749 ff.

vedrørende krav om godtgørelse for meget små forhold eller beløb, hvis en sådan afgørelse ville præjudicere resultatet af en sag om et større forhold eller beløb.⁴⁸ Tilsvarende angiver Paulus, at salg i god tro ikke skal annulleres på grundlag af bagateller.⁴⁹ Af digesterne fremgår også læresætningen *quod raro fit, non observant legislatores*, i henhold til hvilken lovgiver ikke beskæftiger sig med sjældent forekommende problemstillinger, dvs. atypiske eller bagatelagtige problematikker.⁵⁰ Endelig kan nævnes Ulpians kommentarer til *Prætors edikt*, der efterlader et indtryk af et romerretligt *de minimis*-princip. Heri angives tilsyneladende en bagatelgrænse for sagsanlæg, idet det fremgår, at prætoren krævede påvisning af tilstrækkelig søgsmålsgrund, og at et søgsmål ikke skal anerkendes ukritisk, f.eks. hvis det omtvistede beløb er ubetydeligt. Det fremgår endda samme sted, at bagatelgrænsen dengang var to *aurei*, dvs. to guldmønter.⁵¹

På baggrund af ovenstående forekommer det, at tankerne bag *de minimis*-princippet efter alt at dømme ikke var helt fremmed for romerretten, og at princippet med sin nuværende benævnelse har en længere europæisk historie, der i hvert fald strækker sig tilbage til den sene middelalder, og muligvis går endnu længere tilbage. Klart er det hermed også, at princippet fandtes før ophavsretten.⁵²

48. Jf. Digesterne 4.1.4: »*Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicaretur, audiat is qui in integrum restitui postulat*« (Jeg ved, at det er visse magistraters praksis ikke at træffe afgørelse vedrørende krav om godtgørelse for meget små forhold eller beløb, hvis en sådan afgørelse vil præjudicere resultatet af en sag om et større forhold eller beløb).

49. Jf. Digesterne 18.1.54: »*Res bona fide vendita propter minimam causam inempta fieri non debet*« (Hvor ejendom sælges i god tro, skal salget ikke annulleres på grundlag af bagateller).

50. Jf. Novellae 94,2 (539 e. kr.): »*Nam quod raro fit, sicut et vetus sapientia docet, non observant legislatores, sed quod fit plerumque et respiciunt et medentur*« (Som det også anføres af gamle jurister, tager lovgivere sig ikke af det, der sjældent sker, men af det sædvanlige).

51. Jf. Digesterne 4.3.9-4.3.11: »*Merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit. Id est usque ad duos aureos. Non debet dari*« (Prætoren indsætter med rette ordene »tilstrækkelig søgsmålsgrund må påvises«, for dette søgsmål skal ikke anerkendes ukritisk, for eksempel, først og fremmest hvis det omstridte beløb er ubetydeligt. Det vil sige ikke over to aureier. Søgsmålet bør ikke anerkendes).

52. Ophavsretten anses sædvanligvis for at være grundlagt som selvstændig juridisk disciplin ved Storbritanniens vedtagelse af den såkaldte *Statute of Anne* i 1709, jf. f.eks. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 29, og Stina Teilmann-Lock, *Ophavsrettens krise*, i Morten Rosenmeier & Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i krise*, 1. udgave 2011, s. 11.

På den anden side synes princippet overlevelse og udvikling først og fremmest at være *common law*-retssystemernes fortjeneste. At det også har en plads i EU-ophavsretten og dermed er en mulighed på ulovbestemt grundlag i dansk ophavsret, kan derfor ikke uden videre lægges til grund. I hvert fald i ophavsretlig henseende har EU og Danmark nemlig overvejende valgt at følge en *civil law*-tradition og tilhører dermed den ophavsretlige tradition, der betegnes kontinentaleuropæisk, og som er kendetegnet ved – i modsætning til den angelsaksiske tradition – at have en nøje kodificering af den ophavsretlige beskyttelse, herunder ikke mindst indskrænkningerne i den. I Kontinentaleuropa er der således i mindre grad tradition for at overlade skøn, rimelighedsafvejninger og retsskabelse til domstolene, hvilket derimod er sædvanligt i den angelsaksiske *common law*-tradition. I USA har man således en generalklausul i form af den såkaldte *fair use*-indskrænkning, mens man i EU opererer med udtømmende lovbestemte indskrækningskataloger.

Ikke desto mindre taler den lange historie for at betragte *de minimis*-princippet som funderet i mere almengyldig – om man vil naturretlig – grund, og at lovgivningen, herunder ophavsretsloven, men også EU-retten, følgelig må respektere sådanne retssædvaner, hvis ikke der udtrykkeligt er taget afstand fra dem i forbindelse med lovgivningen.

Der kan således fremføres stærke argumenter for begge synspunkter. En retsdogmatisk prognose for, om EU-Domstolen vil tillade medlemsstaterne at opretholde eller indføre en ikke eksplicit hjemlet generel *de minimis*-indskrænkning, vil derfor være behæftet med stor usikkerhed. Men henset til den teknologiske udvikling, og EU-Domstolens generelle velvilje over for at supplere EU-retten med ulovbestemte grundlæggende principper og grundsætninger, når blot disse har en stærk europæisk forankring, og forudsat at deres endelige indhold forbeholdes at blive fastlagt af EU-Domstolen, synes det overvejende sandsynligt, at EU-Domstolen vil tillade sådanne nationale bagatelgrænser på trods af, at de ikke har eksplicit hjemmel i infosoc-direktivet.⁵³ I den forbindelse skal man heller ikke undervurdere betydningen af,

53. I denne sammenhæng kan det nævnes, at der i et andet af de ophavsretlige EU-direktiver, nemlig databasedirektivet synes at være åbnet for en indarbejdelse af et *de minimis*-princip, jf. således databasedirektivets præambelbetragtning nr. 35, hvori det er angivet, at »[i] visse situationer, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal, bør der ikke være betalingspligt«. Denne præambelbetragtning skal dog ses i sammenhæng med, at EU-harmoniseringen af den nabolærlige beskyttelse af databaser netop er begrænset til eneretten til »hele basens indhold eller en væsentlig del deraf, vurderet kvalitativt eller kvantitativt«, jf. databasedirektivets art. 7, stk. 1. En tilsvarende formulering findes ikke i infosoc-direktivets harmonisering af den ophavsretlige beskyttelse.

at en *de minimis*-indskrænkning i ophavsretten formentlig kun vil opfattes som fornuftig og rimelig.

10.1.3. De danske retskilder

At det må antages at være sandsynligt, at EU-Domstolen – på trods af manglen på eksplicit hjemmel i infosoc-direktivet – vil acceptere, at medlemsstaterne har en generel *de minimis*-indskrænkning i deres ophavsretslovgivninger, medfører ikke i sig selv, at en *de minimis*-indskrænkning må antages at gælde i dansk ophavsret. Der er nemlig med sikkerhed ikke nogen EU-retlig pligt til en sådan regel. En sådan indskrænkning kan dermed kun antages at eksistere, hvis den kan understøttes af retskilder i national dansk ophavsret, jf. ovenfor afsnit 9.2.

Som allerede nævnt er der ikke i dansk ophavsret en eksplicit lovfæstet *de minimis*-doktrin. Hvis en sådan eksisterer, må det altså være på ulovbestemt grundlag. Ulovbestemt ret kan sagtens eksistere og kan også sagtens supplere lovbestemte regler, men dette må antages kun at kunne lade sig gøre, såfremt der eksisterer et såkaldt »retstomt rum«, dvs. en tilfældemængde, som den af lovgiver givne lov ikke tager stilling til.⁵⁴ For at vurdere, om der er et retstomt rum i den danske ophavsretslov, hvori en generel *de minimis*-doktrin kunne opstå, må man først og fremmest se på de lovbestemte indskrænkninger og vurdere, i hvilket omfang de regulerer – eller ikke regulerer – *de minimis*-tilfælde. Hvis ophavsretsloven udtømmende regulerer *de minimis*-problematikkerne, må en ulovbestemt *de minimis*-doktrin afvises allerede på den baggrund. I det modsatte tilfælde, dvs. hvis loven ikke kan anses for at have gjort udtømmende op med spørgsmålet, vil en ulovbestemt *de minimis*-doktrin kunne eksistere, men det er ikke derved givet, at det er tilfældet.

Udover et retstomt rum kræves som nævnt også et fornødent retskildegrundlag, som kan udgøre en sådan ulovbestemt regel. De relevante retskilder skal med andre ord udgøre en klar og ensrettet praksis, hvorefter en sådan ulovbestemt indskrænkning eller doktrin kan udledes. Kravet til klarhed i retskildematerialet vil tilmed også følge af, at en sådan *de minimis*-indskrænkning vil skulle anses for at være en implementering af en ulovbestemt EU-retlig hjemmel, jf. ovenfor afsnit 10.1.2.2, hvorfor implementeringskravene om klarhed og bestemthed, jf. ovenfor afsnit 9.1.2, skal være opfyldt, for at den kan være i overensstemmelse med EU-ophavsretten som harmoniserende ramme.

54. Jf. Mads Bryde Andersen, *Ret og Metode*, 1. udgave 2002, s. 167, samt ovenfor afsnit 9.2.1.

10.1.3.1. Motivbemærkningen til 1961-loven

Næsten alle de *de minimis*-teorier, der har været fremført i den ophavsretlige litteratur, og som behandles nedenfor i afsnit 10.1.3.4, henviser til den samme bemærkning i lovmotiverne til 1961-loven. Bemærkningen, der altså tillægges stor retskildeværdi i litteraturen, findes i omtalen af eksemplarfremstillingsretten og lyder som følger: »En afbildning af et kunstværk må principielt betragtes som et eksemplar af værket, selv om afbildningen foruden kunstværket også omfatter dele af dets omgivelser. Det ligger dog i sagens natur, at der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunstværket blot figurerer som en detalie i billedets baggrund eller i øvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet. Fotografering eller optagelse på film af et interieur, hvori der indgår kunstværker som f.eks. malerier, vil derfor som regel kunne finde sted uden indhentning af tilladelse fra ophavsmændene til de pågældende værker.«⁵⁵ Flere har som nævnt udlagt bemærkningen som udtryk

55. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2688. Der er tale om et lovforslag, som ikke blev vedtaget, men da dette skyldtes, at det blev henvist til et udvalg, der ikke nåede at færdigbehandle det i det pågældende folketingsår, og da der i bemærkningerne til det lovforslag, der i det påfølgende folketingsår blev vedtaget og dermed blev til den omtalte 1961-ophavsretslov, angives, at lovforslaget i det væsentlige er i overensstemmelse med det tidligere fremsatte, og da der ikke i dette lovforslag i øvrigt er noget, der tyder på, at bemærkningen ikke fortsat skal gælde, kan kilden ikke på denne baggrund anses for uanvendelig, jf. FT 1960-61, tillæg A, sp. 31 f. Højesteret anså den da også for anvendelig i *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*. Om motivbemærkningen samt højesteretsdommen derimod sidenhen er blevet gjort retshistorisk som følge af vedtagelsen og implementeringen af infosoc-direktivet diskuteres nedenfor. Det kan endvidere nævnes, at en tilsvarende bemærkning findes i forarbejderne til den svenske ophavsretslov fra 1961, jf. Prop. 1960:17, s. 61: »[E]n avbildning av ett konstverk principiellt är att anse som exemplar även om den ingår i ett större helt, exempelvis om en skulptur på en offentlig plats medtages vid avbildning av platsen. I sakens natur ligger dock, att om konstverket utgör bakgrund eller eljest ingår som en oväsentlig del i bilden, det icke kan anses föreligga något exemplar därav. Filmning eller fotografering av en interiör, i vilken ingår olika konstverk, kan därför i regel ske utan upphovsmännens tillstånd.« Denne bemærkning blev påberåbt i *NIR 1983.323 (Livets teater)*, hvori bemærkedes følgende om motivbemærkningen: »[Härvidlag skall] den principiella utgångspunkten vara att åt upphovsmannen bör förbehållas rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som har praktisk betydelse, låt vara att man av hänsyn till samhällliga behov gör vissa inskränkningar i denna rätt. [Sagsøgte] i målet påtalade fotografering av [sagsøgers] scenografi utgör, till skillnad från vad [sagsøgte] förmenat, ett gott exempel på ett sådant ekonomiskt utnyttjande som i enlighet med det anförda bör vara upphovsmannen förbehållen. Sådana av lagstiftaren åsyftade samhällliga behov som kan föranledda inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt föreligger inte i förevarande fall.« Fra og med 1. juli 2005 har motivbemærkningen

for et generelt ophavsretligt *de minimis*-princip, og det har formentlig også været befordrende for det synspunkt, at Højesteret citerede bemærkningen i sin frifindelse i *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*, hvor et ugeblads brug af de danske pengesedler i et motiv i en reklame for en konkurrence ikke fandtes at krænke Nationalbankens ophavsret.⁵⁶

Spørgsmålet er imidlertid, om udlægningen af motivbemærkningen som en generel *de minimis*-regel er holdbar. En generel bagatelgrænse i ophavsretten er det vanskeligt at finde direkte støtte for i bemærkningen, hvilket skyldes, at bemærkningen er kasuistisk. Den falder i forbindelse med nogle bemærkninger om afbildning af kunstværker, hvilket også er grunden til, at der tales om »billede« og ikke »værk«. Derudover angår den kun ét af enerettens to elementer, nemlig eksemplarfremsstillingsretten, mens den ikke angår tilgængeliggørelsesretten. Bemærkningen lader det endvidere være uklart, om det er en forudsætning for at anvende *de minimis*-princippet, at anvendelsen af det ellers beskyttede værk indgår i et nyt værk, eller om der generelt er adgang til i bagatelomfang at anvende ophavsretligt beskyttet materiale, uanset hvordan dette anvendes. Bemærkningen giver med andre ord kun direkte støtte for, at der gælder en bagatelgrænse, for så vidt der er tale om 1) eksemplarfremsstilling 2) inden for billedkunsten og 3) kun i det omfang, det anvendte værk indgår som en del af et nyt billedværk. Dette er et meget afgrænset anvendelsesområde, og når bemærkningen tilmed forudsætter en internalisering i form af en indskrænkende fortolkning af eksemplarfremsstillingsretten – hvilket efter infosoc-direktivets implementering i dansk ret synes udelukket, jf. nærmere ovenfor *afsnit 5.1* – forekommer det tvivlsomt, om bemærkningen kan tillægges nævneværdig retskildeværdi i dag. I den forbindelse skal man også være opmærksom på, at bemærkningen er taget ud af en kontekst, hvor hovedbudskabet netop er, at eksemplarfremsstillingsretten principielt omfatter alt, hvad der kan siges at være en *fremstilling* af et *eksempel* af et *værk*. Således angives det i de umiddelbart foregående linjer i lovbemærkningerne, at »[v]ed eksemplarer må forstås alle former for fikseringer af værket eller dele heraf, ved hjælp af hvilke dette kan tilegnes af andre«, og i de efterfølgende linjer angives det, at »I princippet omfatter eneretten enhver fremstilling af

været kodificeret i den svenske ophavsretlovs § 20 a, hvorfor der altså formodentlig er forskel på beskyttelsesomfanget i Sverige og Danmark, jf. hertil *NIR 2010.379 (Q-Houses)*, der omtales nærmere i *afsnit 10.1.3.5*.

56. Således Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 256, samt Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 396 f. Se også om norsk ret Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 1. udgave 2009, s. 149, med henvisninger til Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 1. udgave 2008 samt til *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*.

*eksemplarer, men der er i kap. II givet visse undtagelsesregler om adgang til at fremstille eksemplarer til privat brug og i forskelligt andet øjemed».*⁵⁷

Det kan som nævnt være nærliggende at anse Højesterets dom i *U 1997.691 HD (Pengesedler II)* som en afklarende dom, der fastslår, at der gælder et generelt *de minimis*-princip i dansk ophavsret. Spørgsmålet kan imidlertid ikke uden videre anses for besvaret med denne dom. I dommen frifandt Højesteret godt nok for den konkrete anvendelse af pengesedlerne, men i sagen var spørgsmålet netop, om der forelå *eksemplar fremstilling* (kopiering) af et *kunstværk* (pengesedler) i et andet *billede* (reklame). Bemærkningerne i forarbejderne fandt derfor umiddelbart anvendelse på sagen for Højesteret, og Højesterets dom kan derfor ikke anses som en udvidelse af bemærkningen og altså heller ikke nødvendigvis som udtryk for et generelt ophavsretligt *de minimis*-princip. Hertil kommer, at dommen er fra før infosoc-direktivet, hvorfor den som retskilde lider af samme svaghed som motivbemærkningen, nemlig at den angår en historisk definition af eksemplar fremstillingsretten, jf. nærmere ovenfor *afsnit 5.1* og nedenfor *afsnit 10.1.3.2*.

At udlede et generelt *de minimis*-princip af den citerede motivbemærkning, der reelt indgår i en beskrivelse af eksemplar fremstillingsrettens særdeles vide rammer, og som i øvrigt ikke kan udstrækkes til ophavsrettens øvrige elementer (spredning, visning, fremførelse), forekommer vanskeligt. Dette ikke mindst, når det haves in mente, hvordan eksemplar fremstillingsretten sidenhen er blevet formuleret med vedtagelsen og implementeringen af infosoc-direktivet.

10.1.3.2. Motivbemærkningen til 2002-lovændringen

Med infosoc-direktivet fulgte en ny definition af eksemplar fremstillingsretten. Tidligere havde denne ikke været nærmere defineret i lovteksten, men med infosoc-direktivet, der blev implementeret i dansk ret ved en lovændring i 2002, blev det gjort klart, at eksemplar fremstillingsretten principielt omfatter alt, som sprogligt kan betegnes som fremstillinger af eksemplarer. Således blev eksemplar fremstillingsbegrebet præciseret til at omfatte »*enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form*«, jf. OPHL § 2, stk. 2, og infosoc-direktivet art. 2.

Denne lovændring medførte i sig selv, at retskildeværdien af den ovenfor omtalte motivbemærkning til 1961-loven blev svækket, men hvad der særligt fratager den retskildeværdi er, at lovgiver i bemærkningerne til 2002-lovændringen bemærkede, at motivbemærkningen – i og med indførelsen af den

57. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2688.

ovenfor citerede nye formulering af eksemplarfremsstillingen – ikke længere er udtryk for gældende ret: »[Bemærkningen] i lovmotiverne fra 1961 hvorefter »der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunstværket blot figurerer som en detail i billedets baggrund eller iøvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet« [er] ikke længere [...] udtryk for gældende ret». ⁵⁸ Selvom det ikke blev udtrykt direkte i bemærkningen, må det samme formentlig antages at gælde Højesterets præmis i *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*, hvoraf dog ikke nødvendigvis følger, at det samme resultat som i Højesterets dom ikke ville kunne nås under de nugældende regler, jf. navnlig OPHL § 23, stk. 4, samt nedenfor *afsnit 10.1.3.3* og *Del IV*.

Skal et ophavsretligt *de minimis*-princip udledes – eller afvises – lader det sig altså ikke gøre alene på baggrund af en forældet motivbemærkning, eller på grundlag af at Højesteret i en dom fra før infosoc-direktivets tid har citeret den omtalte motivbemærkning i bedømmelsen af et tilfælde, der fuldt ud omfattedes af motivbemærkningen. Et større kildespektrum må nødvendigvis betragtes. I den forbindelse er det først og fremmest relevant at undersøge, om dansk ophavsrets lovbestemte indskrænkninger udelukker en *de minimis*-doktrin, eller om de snarere støtter eksistensen af en.

10.1.3.3. De lovbestemte indskrænkninger (OPHL kap. 2)

I en række af de lovbestemte indskrænkninger i OPHL kap. 2 er der varetaget eller indarbejdet *de minimis*-hensyn. Dette forekommer indiskutabelt. Hvad der derimod er tvivl om er, hvorledes man skal udlægge denne lovbestemte varetagelse af hensynet til bagatelagtige værksanvendelser. Spørgsmålet er nemlig, om bestemmelserne 1) udgør en udtømmende lovregulering af *de minimis*-hensynet i dansk ophavsret eller 2) er konkrete udslag af en generel ophavsretlig *de minimis*-doktrin. Såfremt det første er tilfældet, må man konkludere, at der ikke eksisterer noget retstomt rum, hvilket udelukker en ulovbestemt *de minimis*-doktrin, jf. ovenfor *afsnit 9.2.1* Må man derimod lægge til grund, at det sidste er tilfældet, støtter de lovbestemte indskrænkninger hypotesen om en ulovbestemt generel *de minimis*-doktrin, idet man derved ligefrem vil kunne udlede dette bredere princip af alle de specifikke lovbestemte varetagelser af hensynene bag princippet. Spørgsmålet er med andre ord, om de lovbestemte *de minimis*-regler skal opfattes som udtømmende og dermed som en udelukkelse af et retstomt rum, eller om der i ophavsretsloven må anses for at være et retstomt rum for så vidt angår *de minimis*-anvendelser, og at de lovbestemte *de minimis*-regler i den forbindelse skal anses som

58. Jf. FT 2002-03, tillæg A, s. 238 f., samt Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 149.

retskilder til, hvorledes dette retstomme rum skal udfyldes i retspraksis. I det følgende gennemgås de relevante lovbestemte indskrænkninger – 15 i alt – med henblik på at vurdere, hvilket af de to scenarier, der retsdogmatisk må lægges til grund.⁵⁹ I den forbindelse søges det samtidig kortlagt, hvilke *de minimis*-hensyn eller -kriterier, de enkelte bestemmelser indeholder. Dette fordi der nødvendigvis må forventes en vis kongruens i disse, såfremt de skal anses for at give vejledning om, hvorledes et eventuelt retstomt rum skal udfyldes.

Den første *de minimis*-regel er OPHL § 11 a, der tillader midlertidige eksemplarfremsstillinger under visse forudsætninger, nemlig at disse »1) er flygtige eller tilfældige, 2) udgør en integreret og væsentlig del af en teknisk proces, 3) udelukkende har til formål at muliggøre enten en mellemmands transmission af et værk i et netværk mellem tredjemænd eller en lovlig brug af et værk og 4) ikke har selvstændig økonomisk værdi«. Bestemmelsen er særligt møntet på digital cachelagring i computere og skal ses i sammenhæng med den ovenfor i afsnit 5.1 nævnte bestemmelse i OPHL § 2, stk. 2, der fastsætter en altomfattende definition af eksemplarfremsstillingsretten.⁶⁰ Denne definition af eksemplarfremsstillingsretten blev indføjet i national dansk ret i 2002, da man – foranlediget af infosoc-direktivet – valgte den retstekniske løsning principielt at lade alle eksemplarfremsstillinger være omfattet af eneretten (dvs. hovedreglen) og så specifikt undtage de anvendelser, man alligevel ikke ønskede at forbyde.⁶¹ En af de anvendelser, man alligevel ikke

59. Indledningsvist kan det overvejes, om svaret kan anses for at følge allerede af OPHL § 2, stk. 1, hvoraf det følger, at den ophavsretlige eneret indskrænkes af »de i denne lov angivne indskrænkninger.« Eftersom dette henviser til lovens kap. 2, der har titlen »Indskrænkninger i ophavsretten og forvaltning af rettigheder ved aftalelicens«, ville man kunne indfortolke heri, at lovens indskrænkningsskatalog er udtømmende. Dette ville dog være en både rigid og tvivlsom fortolkning af ordlyden, som ikke kan antages, hvis de pågældende indskrænkningers varetagelse af *de minimis*-hensyn i øvrigt synes at være udtryk for en mere generel doktrin. Hvis en sådan kan udledes af lovens bestemmelser, kan den jo netop også anses for at være »angivet i loven.« Der findes således heller ikke tilkendegivelser i lovmotiverne, der udlægger formuleringen som en bestemmelse om, at OPHL kap. 2 er udtømmende.

60. Denne definition har følgende ordlyd: »Som eksemplarfremsstilling anses enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent, hel eller delvis eksemplarfremsstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form. Som fremsstilling af eksemplarer anses også det forhold, at værket overføres på en indretning, som kan gengive det«, jf. OPHL § 2, stk. 2, samt ovenfor afsnit 5.1. Som det fremgår af bestemmelsen, gælder definitionen kun eksemplarfremsstillingsretten. Den anden del af eneretten, tilgængeliggørelsesretten, er således ikke eksplicit givet en tilsvarende bred definition, jf. nærmere ovenfor afsnit 5.2.

61. Jf. 2002-lovændringen samt ovenfor afsnit 5.1. Hvis man forestiller sig ophavsretsloven som et maleri af et ocean ($\approx$ eneretten) med en række øer ($\approx$ låneregler), så

ønskede omfattet af eneretten, var altså disse bagatelagtige eksemplarfrestillinger, som er nødvendige for anvendelsen af moderne medier og teknologi, og som rettighedshaveren ikke lider nogen skade ved. Derfor måtte man supplere med OPHL § 11 a.

Kigger man på de betingelser, der opstilles for indskrænkningens anvendelse, ses det, at der *for det første* kræves, at de fremstillede eksemplarer kun får lov at leve midlertidigt. Ophavsrettighedshaveren skal altså kun finde sig i eksemplarfrestillingen i en tidsbegrænset udstrækning. *De minimis*-reglen i OPHL § 11 a er altså tidsmæssigt afgrænset. Den er derimod ikke kvantitativt eller kvalitativt afgrænset, idet eksemplarfrestillingerne godt må omfatte hele værket og disse også godt må have en central placering eller betydning. *For det andet* opstilles der i bestemmelsens nr. 1-4 en række krav til eksemplarfrestillingen. Dels kræves det, at eksemplarerne er flygtige eller tilfældige. Denne betingelse medfører, at eksemplarfrestillingerne ikke kan ske med henblik på nogen selvstændig kommerciel udnyttelse af de pågældende eksemplarer. Dette krav suppleres af, at eksemplarfrestillingen kun tillades, såfremt den udgør en integreret og væsentlig del af en teknisk proces og har ét af to formål, nemlig enten muliggørelse af en mellemmands transmission af et værk i et netværk mellem tredjemænd eller muliggørelse af en lovlig brug af et værk. Bestemmelsen kræver altså, at eksemplarfrestillingen har helt bestemte formål, som ikke har selvstændig kommerciel værdi, men som er nødvendige, for at moderne computerteknologi kan fungere. Endelig kræves det *for det fjerde*, at eksemplarerne ikke har nogen selvstændig økonomisk værdi. Indskrænkningen giver altså kun adgang til værksanvendelser, der er fremmede for rettighedshaverens beskyttelsesinteresse, hvilket dels følger af nogle formålmæssige kriterier, dels af et økonomisk kriterium.⁶² Sammenfat-

valgte man altså den maleteknik først at male ocean på hele lærredet og derefter male nogle øer oveni. Alternativet til denne teknik ville være først at male øerne og derefter male oceanet mellem disse, men man valgte altså det første. Jf. nærmere om denne metafor for ophavsrettens struktur Annette Kur, *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-04, 2008.

62. Bestemmelsen har været genstand for domstolsbehandling flere gange, og hver gang er resultatet blevet en indskrænkende fortolkning, jf. U 2006.1474 HK (TDC Totalløsninger), U 2010.2221 HK (The Pirate Bay), sag C-5/08 (Infopaq I) og U 2013.1782 HD (Infopaq).

tende er OPHL § 11 a altså en *de minimis*-regel, der forudsætter tidsmæssig, formålmæssig og økonomisk *de minimis*.⁶³

Den anden *de minimis*-bestemmelse i loven er OPHL § 13. I henhold til denne indskrænkning kan der – såfremt betingelserne for aftalelicens efter OPHL § 50 er opfyldt – foretages eksemplarfremsstilling ved optagelse fra radio og fjernsyn, jf. OPHL § 13, stk. 1. Imidlertid gælder denne bestemmelse i henhold til OPHL § 13, stk. 2, ikke for filmværker, som indgår i biografernes almindelige repertoire af spillefilm. Der er altså en større beskyttelse af disse biograffilm, end der er af øvrige værker. Dette imødegås dog ved, at biograffilmbeskyttelsen ikke gælder, hvis der »ved udsendelsen i fjernsyn kun er benyttet mindre dele af værket«. Optagelser, der i øvrigt er i overensstemmelse med aftalelicensen, rammes altså ikke af den udvidede biograffilmbeskyttelse, hvis den pågældende biograffilm kun indgår i *de minimis*-omfang. I bestemmelsen udgør *de minimis*-reglen en undtagelse til undtagelsen, men selv på det niveau har lovgiver altså her reguleret et *de minimis*-tilfælde. Der er tale om en detaljeret og specifik regulering, hvilket også bestyrkes af, at bestemmelsens stk. 3 undtager edb-programmer i digital form, men her uden en *de minimis*-reservation. Det anvendte *de minimis*-kriterium om »mindre dele af værket« er et kvantitativt kriterium, som relaterer sig til filmens længde. Bestemmelsen varetager imidlertid også indirekte et økonomisk *de minimis*-hensyn, ved at bestemmelsen forudsætter en aftalelicens, hvorved eventuelle økonomiske tab for rettighedshaveren udelukkes eller begrænses. Som *de minimis*-regel betragtet forudsætter denne lovbestemte indskrænkning altså dels kvantitativt *de minimis*, dels økonomisk *de minimis*.

Den tredje *de minimis*-indskrænkning er OPHL § 14. I henhold til denne kan juridiske personer – såfremt betingelserne for aftalelicens efter OPHL § 50 er opfyldt – lovligt foretage eksemplarfremsstilling af »fagmæssige artikler i aviser, tidsskrifter og samleværker«, jf. OPHL § 14, stk. 1. For alle andre værker af fagmæssig art gælder det samme for så vidt angår »korte afsnit«. OPHL § 14, stk. 1, fastsætter altså for visse fagmæssige værker en undtagelse, der alene kræver, at der er tale om en bestemt værkstype (»artikler i aviser, tidsskrifter og samleværker«), mens der for alle andre fagmæssige værker kræves, dels at der er tale om »værk[er] af fagmæssig art«, dels at der alene eksemplarfremsstilles »kort[e] afsnit« af dette værk. For så vidt angår disse andre fagmæssige værker, gælder indskrænkningen altså kun *de minimis*-anvendelser forstået som et kvantitativt kriterium. *De minimis*-kriteriet i OPHL § 14 skal ses i sammenhæng med den brug, der tillades efter bestemmelsen.

63. Af generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-5/08 (*Infopaq I*), pkt. 22, fremgår det i øvrigt, at Infopaq havde gjort *de minimis*-hensyn gældende.

Bestemmelsen tillader således kun den pågældende eksemplarfremsstilling til »intern brug.« Herved udelukkes navnlig kommerciel brug. OPHL § 14 er således en *de minimis*-regel, der ikke alene relateres til den kvantitative mængde af det beskyttede værk, men også til den brug, der gøres af det pågældende værk, dvs. et krav til værksanvendelsens karakter eller med andre ord et krav til det formål, værksanvendelsen tjener. Derudover er der – idet bestemmelsen forudsætter aftalelicens – indbygget et økonomisk kriterium. *De minimis*-reglen i OPHL § 14 kræver altså kvantitativ, formålsmæssig og økonomisk *de minimis*.

Den fjerde *de minimis*-indskrænkning i ophavsretsloven findes i OPHL § 15. Denne bestemmelse giver døgninstitutioner som sygehuse, plejehjem og fængsler ret til at foretage eksemplarfremsstilling i form af optagelser af værker, der udsendes i radio eller fjernsyn. I modsætning til OPHL §§ 13 og 14 kræver bestemmelsen ikke, at betingelserne for aftalelicens er opfyldt, og der er derfor tale om en egentlig fribrugsregel. Fribrugen er imidlertid bl.a. betinget af, at optagelsen kun sker til »kortvarig brug«. Ifølge lovbemærkningerne er bestemmelsens baggrund, at der på de omhandlede døgninstitutioner vil være behov for en tidsforskydning af radio- og fjernsynsudsendelser.⁶⁴ Hertil har man imidlertid ikke ønsket at give fri adgang, og man har derfor begrænset denne adgang til *de minimis*-tilfælde i form af et krav om, at eksemplarerne kun må eksistere kortvarigt, dvs. en tidsmæssig *de minimis*-betingelse. Derimod giver reglen netop adgang til at optage værker i deres helhed (hele udsendelser). Reglen indeholder altså ikke et krav om kvantitativ *de minimis*. Derimod stiller reglen i henhold til lovmotiverne krav om, at anvendelsen har et bestemt formål, nemlig tidsforskydning på døgninstitutioner. Dette medfører, at indskrænkningen ikke kan udnyttes til kommercielle formål, og dermed er et formålsmæssigt *de minimis*-kriterium også indarbejdet. Bestemmelsen kræver altså tidsmæssig samt formålsmæssig *de minimis*.

Den femte *de minimis*-indskrænkning i ophavsretsloven er OPHL § 18, stk. 1. Denne indskrænkning gør det muligt – efter 5 års beskyttelsestid – at anvende litterære værker og musikværker i samleværker i undervisningssammenhæng. Men kun i et vist omfang. Det omfang, anvendelsen er tilladt i, er et *de minimis*-omfang. Dette følger af, at der skal være tale om enten »mindre dele« af værkerne, eller at værkerne er af »ringe omfang«. Værkerne må altså godt gengives i deres helhed, hvis de er af såkaldt ringe omfang, mens

64. Jf. FT 1993-94, tillæg A, sp. 6787. Om udtrykket »kortvarig brug« angives det, at der hermed menes »den brug, der er behov for i de konkrete situationer på grund af ujævne døgnrytmer el.lign. på institutionen« og at optagelserne ikke må »opbevares ud over, hvad formålet tilsiger, hvilket højst kan være nogle få dage«.

det i de tilfælde, hvor der er tale om et værk, der ikke er af et sådant »ringe omfang«, kun må anvendes »mindre dele« af det pågældende værk.⁶⁵ Bestemmelsens *de minimis*-krav kan altså opfyldes såvel kvantitativt som kvalitativt. Bestemmelsen fastslår desuden, at ophavsmanden har krav på vederlag, og der er således tale om en tvangslicensregel.⁶⁶ Et økonomisk hensyn er dermed indbygget i bestemmelsen, og i overensstemmelse hermed udtales det i forarbejderne, at »[s]kadevirkningen i forhold til ophavsmændene må antages at være beskeden«.⁶⁷ Rettighedshaverens vederlagskrav medfører med andre ord, at indskrænkningens eventuelle økonomiske ulemper for rettighedshaveren allerhøjest er meget bagatelagtige. Følgelig kan det konstateres, at OPHL § 18 er en *de minimis*-regel, der er betinget af 1) enten kvantitativ eller kvalitativ *de minimis* og 2) økonomisk *de minimis*.

Tidligere var også antologier til brug for gudstjenester omfattet af bestemmelsen. Disse undtog man imidlertid fra bestemmelsen i 1995, idet man mente, at »den gældende regel i realiteten betyder en væsentlig svækkelse af retsstillingen for de ophavsmænd, hvis værker er særligt frembragt med henblik på brug ved gudstjeneste«.⁶⁸ Det at lovgiver i 1995 har tilpasset reglen, fordi man vurderede, at den også lovliggjorde tilfælde (gudstjeneste-antologier), der ikke kunne anses for bagatelagtige, kan tyde på, at lovgiver er af den opfattelse, at det er lovgiver (og ikke domstolene), der indarbejder og tilpasser *de minimis*-princippet i ophavsretten. I hvert fald vil det være vanskeligt for domstolene at lade gudstjeneste-antologier være omfattet af en eventuel ulovbestemt *de minimis*-doktrin. I lige præcis den henseende er der næppe længere et retstomt rum.

Den sjette indskrænkning af *de minimis*-karakter er OPHL § 18, stk. 3. I henhold til denne bestemmelse må enkelte udgivne sangtekster gengives i sanghæfter til brug for deltagerne i et møde, forudsat at antallet af sanghæfter ikke er på mere end 300. Ligesom det er tilfældet med OPHL § 15, jf. ovenfor, er der tale om en regel, der giver adgang til at anvende værker (sangtekster) i deres helhed. Reglens omfangsmæssige *de minimis*-betingelse er således ikke et kvantitativt kriterium. Dens *de minimis*-karakter følger i stedet af to mere

65. Reglen om, at der som udgangspunkt kun må gengives mindre dele af værket, men i de tilfælde, hvor værket er af ringe omfang, godt må ske gengivelse af værket i dets helhed, ses også i begrænset omfang i fortolkningen af citatreglen, jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 337, samt nedenfor.

66. Jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 310.

67. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1350, hvor det også i relation til musikværker fremgår, at »adgangen til brug af noder mv. i undervisningsantologier har karakter af en ganske begrænset værksudnyttelse.«

68. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1349.

kvalitative betingelser, nemlig 1) at der højst må fremstilles 300 eksemplarer af sanghæftet og 2) at der kun må benyttes »enkelte udgivne sangtekster«.

Bestemmelsen blev ændret ved 1995-loven. Dels blev betingelsen om et maksimum på 300 eksemplarer indført, dels ændrede man bestemmelsen fra også at gælde mødeserier til kun at gælde bestemte møder. Ved samme lejlighed afviste man desuden et forslag om at begrænse antallet af tilladte sangtekster til tre. Indførelsen af begrænsningen på 300 eksemplarer blev begrundet med, at »[e]r det nødvendigt at fremstille mere end 300 sanghæfter, antager arrangementet en så omfattende karakter, at det forekommer rimeligt, at eksemplar fremstillingen kun kan finde sted med ophavsmandens samtykke«. Ændringen fra mødeserier til bestemte møder blev begrundet med at »værksudnyttelsen kan blive ganske omfattende, såfremt man med hjemmel i denne bestemmelse kan trykke sanghæfter til større, landsdækkende mødeserier«. Afvisningen af begrænsningen på tre sangtekster blev omvendt begrundet med, at »udtrykket i den gældende bestemmelse, »enkelte udgivne sangtekster« er tilstrækkeligt til at forhindre, at bestemmelsen giver mulighed for fremstilling af egentlige sangbøger«. Disse tilpasninger og overvejelser viser ligesom historikken for OPHL § 18, stk. 1, jf. ovenfor, at lovgiver alene ønsker, at bestemmelsen omfatter *de minimis*-tilfælde, men samtidig har lovgiver udelukket et retstomt rum i de henseender, den herved har taget direkte stilling til. Således vil domstolene næppe kunne anvende en eventuel ulovbestemt *de minimis*-doktrin på mødeserier eller på tilfælde, hvor der er trykt 301 eller flere eksemplarer af sanghæfterne.

Udover reglens kvalitative *de minimis*-betingelse ligger der bag reglen også et økonomisk hensyn. Dette fremgår dog ikke direkte af reglen, men af bestemmelsens baggrund. Bestemmelsen blev således indført efter et ændringsforslag fra et folketingsudvalg, og heraf fremgår det, at man anså den tilladte brug for netop at være begrænset til et så bagatelagtigt niveau, at rettighedshaveren ikke ville blive frarøvet nogen økonomisk gevinst.⁶⁹ Sammenfattende består *de minimis*-reglen i OPHL § 18, stk. 3, altså dels af en kvalitativ *de minimis*-betingelse, dels af en forudsætning om økonomisk *de minimis*.

Det er i øvrigt interessant at bemærke, at OPHL § 18, stk. 3, blev opretholdt med henvisning til infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, men da denne kun gælder analog brug, jf. ovenfor *afsnit 10.1.2.1.*, må man formentlig indfortolke nogle begrænsninger for reglen

69. At dette er *ræsonnementet* bag bestemmelsen fremgår af forarbejderne, jf. FT 1960-61, tillæg B, sp. 639 (udvalgsbetænkning), hvor baggrunden for ikke at knytte et vederlagskrav til bestemmelsen angives at være, at »[e]t vederlagskrav ville her næppe være af praktisk betydning for forfatterne, idet dets eksistens antagelig blot ville tilskynde mødearrangørerne til udelukkende at optage ubeskyttede sangtekster i hæfterne«. Argumentationen er ejendommelig, idet man jo ikke i øvrigt bruger et sådant kriterium ved ophavsretlig lovgivning. Den ophavsretlige eneret står og falder naturligvis ikke med, om brugerne vil undlade at bruge værket, hvis det nyder beskyttelse.

som følge af dens EU-retlige hjemmelsgrundlag. Således vil man f.eks. ikke kunne dele sanghæfter ud på tablets eller smartphones, hvilket ellers meget muligt kunne blive den praktiske virkelighed i det stadig mere digitale samfund. I denne henseende fører lovgivers knytning af reglen til infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, altså til, at der ikke består et retstomt rum for digitale mødesanghæfter.

Den syvende *de minimis*-indskrænkning i ophavsretsloven er *OPHL § 21, stk. 1, nr. 1*, der gør det muligt frit at fremføre visse værker ved såkaldte gratisarrangementer på betingelse af, at »fremførelsen ikke er det væsentlige« ved gratisarrangementet, og at det ikke sker i »erhvervsøjemed«. Torben Lund har anført, at bestemmelsen er et udslag af et *de minimis*-hensyn, hvilket forekommer at være korrekt.⁷⁰ Kravet om at fremførelsen ikke er det væsentlige, sikrer, at værket kun kan anvendes i et kvalitativt *de minimis*-omfang. Kravet udelukker jo netop ikke en fremførelse af værket i sin helhed (*in extenso*), men stiller krav til den sammenhæng, værket fremføres i. Reglen forudsætter derudover formålmæssig og økonomisk *de minimis* i og med, at der jo netop ikke kan være tale om en kommerciel udnyttelse af værket al den stund, at der er gratis adgang til arrangementet, og at arrangementet ikke må afholdes i erhvervsøjemed. Reglen forudsætter altså, at der foreligger både kvalitativ, formålmæssig og økonomisk *de minimis*.

Ophavsretslovens ottende *de minimis*-indskrænkning findes i citatreglen i *OPHL § 22*, hvoraf det følger, at ophavsretligt beskyttede værker, der er offentliggjort, kan citeres, forudsat at det sker »i overensstemmelse med god skik« og alene »i det omfang, som betinges af formålet«. Bestemmelsen er formentlig den mest kendte og mest anvendte låneregel i ophavsretsloven. Citater er en meget almindelig måde at gengive (dele af) værker på i skriftlige eller mundtlige ytringer. I overensstemmelse hermed påberåbes den ofte i sager om små værksanvendelser.⁷¹

Det er selvfølgelig ikke alle ytringer, der har værkshøjde og derved nyder ophavsretlig beskyttelse. Bestemmelsen bliver derfor kun relevant at påberåbe sig, såfremt det, man citerer, har værkshøjde. Har det citerede ikke værkshøjde, følger lovligheden allerede af den manglende beskyttelse af ytringen. Men citerer man en ophavsretligt beskyttet ytring, bliver spørgsmålet dernæst, om citeringen er sket i det tilladte omfang.

Grænserne for det lovlige citat trækkes i form af de ovennævnte kriterier »god skik« og »betinges af formålet«. Der er tale om vage begreber, som ikke

70. Jf. Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 74 (dengang hed bestemmelsen § 20 c), jf. nærmere nedenfor afsnit 10.1.3.4.

71. Jf. U 2013B.341 (Peter Schønning, *Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker*) samt nedenfor afsnit 10.1.3.5.

i sig selv giver nogen større vejledning om reglens indhold, hvilket er et bevidst valg fra lovgivers side. Ved udformningen af bestemmelsen undlod man således bevidst at præcisere grænserne for det lovlige citat.⁷² Bestemmelsen er med andre ord en retlig standard, og i det omfang, reglen kan betragtes som en *de minimis*-regel, kan man tage den som udtryk for, at sådanne netop må og bør være retlige standarder, hvilket også nødvendigvis indebærer en vis overladelse af skøn til domstolene.⁷³ Som det fremgår, giver hverken bestemmelsen eller bemærkningerne et klart svar på, hvor stor en mængde, der kan gengives, uden at det udgør en krænkelse. Det er en konkret vurdering i det enkelte tilfælde. Man kan dog fristes til at mene, at et citat nødvendigvis må være en mindre (procentmæssig) del end det større hele, der citeres fra, men heller ikke dette krav kan opstilles. Således kan det godt undtagelsesvist være i overensstemmelse med citatreglen at gengive et værk i dets helhed (*in extenso*). Dette vil ifølge forarbejderne være lovligt i visse tilfælde (f.eks. kritiske eller videnskabelige fremstillinger), forudsat at det citerede værk er »*af ringe omfang*«. ⁷⁴ Det er således efter reglen i visse tilfælde muligt at citere 100 % af et værk. Det omfangsmæssige *de minimis*-kriterium i bestemmelsen

72. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2710 f.: »Fra visse sider har man ønsket, at det i motiverne skulle præciseres, i hvilket omfang citering må finde sted. Således har musikforlæggere og komponister foreslået, at kun et bestemt antal takter af et musikværk må benyttes som citat. Dette forekommer ikke rimeligt eller hensigtsmæssigt. Spørgsmålet må afgøres efter omstændighederne i det enkelte tilfælde med hensyntagen til formålet og til størrelsesforholdet mellem det citerede stykke og hele værket. Det i sidste instans udslagsgivende må være, om citatretten er benyttet på en loyal måde efter sit formål, således som det nu også er tilkendegivet ved lovttekstens ord om, at citering skal ske i overensstemmelse med god skik.«

73. Dette understøttes af forarbejderne til 1995-loven, hvoraf det fremgår, at Kulturministeriet ved denne lovrevision afviste at ændre bestemmelsens ordlyd på trods af, at Ophavsretsudvalgets flertal havde et ønske herom: »Kulturministeriet er enig i de synspunkter, der er fremført af udvalgets mindretal og finder således ikke, at de afgrænsningsproblemer, der ligger i citatreglen, kan løses ved en ændret formulering af lovbestemmelsen. Ministeriet har herved navnlig lagt vægt på, at citatreglen er en retlig standard, som nødvendigvis må være generelt formuleret, og som under alle omstændigheder kan medføre afgrænsningsproblemer. Den nærmere fastlæggelse af, hvad der kan anses som lovligt citat, bør efter ministeriets opfattelse være overladt til domstolene. Retsudviklingen bør kunne forløbe uforstyrret over en længere årrække, således at domstolene på en smidig måde vil kunne tage hensyn til den tekniske og samfundsmæssige udvikling«, jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1354.

74. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2711: »I almindelighed medfører bestemmelsen ikke ret til at citere et værk i dets helhed, selv om værket er af ringe omfang. En undtagelse må dog sikkert gøres for værker, der behandles i kritiske eller videnskabelige fremstillinger; her bør det være tilladt at gengive f.eks. et kortere digt in extenso.«

er med andre ord som udgangspunkt af kvantitativ karakter, men med den modifikation at dette krav bortfalder hvis det drejer sig om korte eller mindre værker. I tillæg til dette kriterium er adgangen til at citere underlagt en begrænsning ved som nævnt at skulle være betinget af formålet. Heraf følger et formålmæssigt kriterium, som først og fremmest udelukker, at citaterne i sig selv kan udnyttes kommercielt.⁷⁵ Sammenfattende kan det altså om citatreglen konstateres, at den er udformet som en retlig standard, der – med undtagelse af værker af begrænset omfang – forudsætter kvantitativ *de minimis* og derudover kræver formålmæssig *de minimis*.

Citatreglen i OPHL § 22 suppleres af kunstcitatreglerne i OPHL § 23, stk. 1 og 2, der udgør henholdsvis den niende og tiende *de minimis*-indskrænkning i ophavsretsloven. I medfør af OPHL § 23, stk. 1, kan der gengives offentliggjorte kunstværker og værker af beskrivende art, såfremt det sker i en kritisk eller videnskabelig fremstilling, og gengivelsen sker i tilslutning til teksten og er »i overensstemmelse med god skik« og kun sker »i det omfang, der betinges af formålet«, og i henhold til OPHL § 23, stk. 2, den såkaldte reportageregulering, er der adgang til at gengive offentliggjorte kunstværker ved omtale af dagsbegivenheder i aviser og tidsskrifter, forudsat at det sker »i overensstemmelse med god skik« og »i det omfang, som betinges af formålet«. Hensynene bag bestemmelserne, samt de retlige kriterier disse udmøntes i, er magen til OPHL § 22's, jf. ovenfor.

En yderligere kunstcitatregel følger af den ellefte *de minimis*-indskrænkning, der findes i OPHL § 23, stk. 3. Denne regel giver adgang til i aviser, tidsskrifter, film og fjernsyn at gengive udgivne kunstværker eller eksemplarer af kunstværker, der af ophavsmanden er overdraget til andre. Adgangen er imidlertid begrænset til gengivelser, der er »af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng«. Bestemmelsen opstiller et kvalitativt *de minimis*-kriterium om underordnet betydning. Der er derimod ikke tale om et kvantitativt kriterium, eftersom kunstværkerne netop godt må gengives i deres helhed. Derudover ligger der også et formålskriterium i bestemmelsen. Dette kan indfortolkes i kravet om, at der skal være tale om underordnet betydning »i sammenhængen.« Af forarbejderne fremgår det således, at hvis sammenhængen netop er kunstrelateret, da vil reglen ikke kunne finde anvendelse.⁷⁶

75. Jf. således FT 1959-60, tillæg A, sp. 2710: »Heraf følger også, at retten ikke bør udstrækkes så vidt, at den gør det muligt uden indhentede tilladelser at udgive samlinger af citater eller brudstykker af melodier (potpourrier). Her er der ikke tale om en legitim benyttelse i forbindelse med frembringelsen af nye værker, men om en udnyttelse, som ikke bør kunne finde sted i ly af bestemmelsen om citatret.«

76. Jf. Betænkning 1197/1990, s. 178 f.: »Gengivelsen i henhold til reglen i bogstav a) kan kun ske under forudsætning af, at den er af underordnet betydning »i sammen-

Hermed udelukkes kommercielle udnyttelser af kunstværkerne. Det er med andre ord kun anvendelser, der er atypiske eller fremmede for beskyttelsesinteressen, der tillades med bestemmelsen.⁷⁷ Sammenfattende forudsætter OPHL § 23, stk. 3, henholdsvis kvalitativ og formålsmæssig *de minimis*.

Den tolvte *de minimis*-indskrænkning i ophavsretsloven er OPHL § 24, stk. 2. Reglen giver adgang til at afbilde kunstværker, når de er varigt anbragt på eller ved en for almenheden tilgængelig plads eller vej, men kun i de tilfælde, hvor kunstværket ikke er »hovedmotivet«. Et bidrag til forståelsen af kriteriet om, at kunstværket ikke må udgøre hovedmotivet, findes i *U 2001.1691 HD (Sparekassebrochuren)*, hvori Højesteret skulle vurdere, om en offentligt anbragt skulptur udgjorde hovedmotivet i en reklamebrochure for en sparekasse. Højesterets flertal nåede frem til, at kunstværket ikke var hovedmotivet og udtalte, »at afgørelsen af, om kunstværket er hovedmotivet, [...], beror på en samlet vurdering af det helhedsindtryk, som selve billedet giver, af den sammenhæng, hvori billedet er anvendt, og af anledningen til, at kunstværket er medtaget på billedet«. Bestemmelsens omfangsmæssige kriterium er altså i henhold til dommen en kvalitativ *de minimis*-betingelse. I kravet om værkernes offentlige placering ligger imidlertid også et hensyn til, at uundgåelige eller tilfældige gengivelser ikke skal kunne forbydes af en ophavsmand, der selv har valgt at placere sit værk i det offentlige rum. Altså et formålsmæssigt *de minimis*-kriterium. Betragter man bestemmelsen som en varetagelse af *de minimis*-hensyn, forudsættes der altså dels kvalitativ *de minimis*, dels formålsmæssig *de minimis*.

I 1933-loven gjaldt bestemmelsen, der dengang stod i § 31, også hvis kunstværket var hovedmotivet. Bestemmelsen blev af domstolene fortolket således, at adgangen til fribrug gjaldt, hvis blot der var medtaget noget af omgivelserne, og at krænkelse kun forelå i de

hængen». Herved er valgt et mere generelt udtryk end i den hidtidige bestemmelse, hvor gengivelsen skal være af underordnet betydning »for filmens eller fjernsynsprogramrets indhold«. Heri ligger ingen realitetsændring. Hvis en film eller fjernsynsproduktion eller den illustrerede avisartikel således handler om kunst, vil denne betingelse normalt ikke være opfyldt, og bestemmelsen vil da ikke være anvendelig. Det samme gælder, hvis et kunstværk f.eks. gennem gentagen visning kommer til at spille en mere fremtrædende rolle som led i en TV-produktions stilistiske virkemidler. I sådanne tilfælde må ophavsmændenes samtykke indhentes, medmindre gengivelsen hjemles i andre af lovens regler [...].«

77. Jf. således FT 1994-95, tillæg A, s. 1358, hvor det fremgår, at Kulturministeriet havde den opfattelse, at bestemmelsen »imødekommer et praktisk behov, som ikke kan antages at have større rettighedsmæssig betydning«.

tilfælde, hvor det kun var værket (uden omgivelser), der blev gengivet.⁷⁸ Denne forståelse ønskede man imidlertid ved vedtagelsen af 1961-loven at udelukke, hvorfor man ændrede bestemmelsen, således at gengivelser, der havde værket som hovedmotiv, og som blev udnyttet erhvervsmæssigt, kun var lovlige mod et vederlag til rettighedshaveren.⁷⁹ Altså en tvangslicensregel. En yderligere stramning af bestemmelsen skete med 1995-loven, hvor man afskaffede tvangslicensen og indførte kravet om, at værket ikke måtte være hovedmotiv. Hermed gav man rettighedshaverne mulighed for fuldstændigt at modsætte sig gengivelser af offentligt anbragte kunstværker, medmindre de kun var gengivet i et kvalitativt *de minimis*-omfang.⁸⁰ Bestemmelsens historik er altså en udvikling fra en relativt bred undtagelse til en undtagelse, der kun finder anvendelse i de helt ubetydelige tilfælde, hvor gengivelsen ikke har nogen nævneværdig økonomisk eller kunstnerisk betydning. De såkaldte *de minimis*-tilfælde.⁸¹ Denne historik må formentlig medføre, at der ikke længere kan antages at være et retstomt rum for så vidt angår anvendelser, hvor værket er hovedmotiv, men hvor man af andre grunde ville kunne anse anvendelsen for at være bagatelagtig. Såfremt en domstol anvendte en eventuel ulovbestemt *de minimis*-doktrin i et sådant tilfælde, ville den nemlig ikke respektere lovgivers valg i forbindelse med lovændringerne.

Den trettende lovbestemte *de minimis*-regel er OPHL § 25. Denne fastslår, at værker kan gengives i film, radio eller fjernsyn, såfremt gengivelsen sker i forbindelse med reportage af såkaldte dagsbegivenheder og forudsat, at det sker »som et naturligt led i gengivelsen af dagsbegivenheden«. Tidligere fandtes bestemmelsen i § 21, og da var ordlyden, at »korte afsnit af værket« kunne gengives »som led i en dagsbegivenhed«. Om bestemmelsen i den tidligere udgave har Torben Lund bemærket, at lånereglens et udslag af *de minimis*-hensyn.⁸² Selvom ordlyden i dag er en lidt anden, må bestemmelsen fortsat betragtes som båret af *de minimis*-hensyn. Bestemmelsens krav om, at gengivelsen skal ske dels som »led i gengivelsen af dagsbegivenheder«, dels skal være »et naturligt led« heri, medfører således, at indskrænkningens anvendelsesområde er forholdsvist snævert, idet lovligheden afhænger af de faktiske begivenheder, der finder sted på den pågældende dag. Det er således vanskeligt for anvenderen af værkerne at snylte på ophavsmandens værk, da anvenderen hverken har indflydelse på, hvilke værker han kan gengive, eller

78. Jf. således U 1915.57 HSD (*Gefion-springvandet*) samt U 1938.338 VLD (*Stramaimbroderi*), begge omtalt i Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 179.

79. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2730

80. Jf. FT 1993-94, tillæg A, sp. 6814

81. Jf. således også Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 74, hvor det om bestemmelsens daværende udformning (dvs. som tvangslicensregel) anføres, at den er et udslag af *de minimis*-hensyn.

82. Jf. Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 74 (bemærk, at bestemmelsen dengang fandtes i § 21).

hvornår han kan gengive dem.⁸³ Bestemmelsen er i den forstand møntet på – men også begrænset til – *de minimis*-anvendelser i form af en tidsmæssig begrænsning. Bemærkelsesværdigt ved bestemmelsen i sin nugældende udformning er det i øvrigt, at *de minimis*-kriteriet nu ikke længere relaterer sig til, hvor stor en del af værket, der gengives, men derimod til den sammenhæng, gengivelsen af værket indgår i. Det er således ikke et krav, at der er tale om et uddrag af værket – værket kan godt gengives i sin helhed (*in extenso*).⁸⁴ Gengivelsen skal blot være sket som et naturligt led. *De minimis*-kriteriet har altså ændret sig fra et kvantitativt kriterium til et kriterium gående på det formål eller den sammenhæng, gengivelsen sker i. Attså en formålmæssig betingelse. Bestemmelsen er i denne sammenhæng formentlig båret af dels et uundgåeligheds- eller tilfældighedshensyn, dels et samfundsmæssigt ytrings- eller informationsfrihedshensyn.⁸⁵ Sammenfattende må reglen forudsætte henholdsvis tidsmæssig og formålmæssig *de minimis*.

Som det også gælder for OPHL §§ 18, stk. 1, 18, stk. 3, og 24, stk. 2, jf. herom ovenfor, betyder lovændringerne dog formentlig, at der for så vidt angår de *de minimis*-kriterier, som lovgiver aktivt har fravalgt ved lovændringen, ikke længere er nogen retstomme rum, hvorfor domstolene ikke længere på ulovbestemt grundlag kan anvende eksempelvis et kvantitativt *de minimis*-kriterium for brug af værker i reportager.

Den fjortende *de minimis*-regel i ophavsretsloven findes i kraft af OPHL § 25 a, der henviser til radio- og fjernsynsloven samt den i medfør heraf udstedte nyheds-uddragsbekendtgørelse. I henhold til denne gælder der en indskrænkning for så vidt angår »korte uddrag« fra transmissioner af begivenheder, der har »stor interesse for offentligheden«.⁸⁶ Bestemmelsen består dels af et kvantitativt *de minimis*-kriterium, idet det alene er korte uddrag, der kan videregives, dels af et formålmæssigt *de minimis*-kriterium, idet gengivelsen skal have til formål at viderebringe nyhedsuddrag, der har stor interesse for offentligheden.

83. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1360, hvor det bl.a. bemærkes, at »[b]estemmelsen giver således fx ikke mulighed for at indføje gamle reportageoptagelser i en reportage om en aktuel dagsbegivenhed.«

84. Jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 358.

85. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1360, hvor det fremgår, at »det efter ministeriets opfattelse [må] være afgørende, at gengivelsen af værker, som ved et tilfælde kommer med i en reportage, skal have et accessorisk præg i forhold til den dagsbegivenhed, man ønsker at dække, samt at gengivelsen ikke må gå ud over, hvad det informative formål med reportagen tilsiger.«

86. Jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 360 ff.

Den femtende og sidste *de minimis*-indskrænkning følger af OPHL § 31, i henhold til hvilken såkaldte efemere optagelser er tilladt for radio- og fjernsynsforetagender. Ordet »efemere« fremgår ikke af den danske lovtekst, men derimod af infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra d, som er bestemmelsens EU-retlige hjemmel.⁸⁷ Med efemere optagelser – eller *ephemeral recordings*, som er det engelske begreb – menes optagelser, der er midlertidige, forbigående eller af kort varighed.⁸⁸ Altså i vidt omfang samme betydning som de midlertidige eksemplarer, der kan fremstilles i medfør af OPHL § 11 a. Der er således mulighed for at optage værker i deres helhed, og bestemmelsens *de minimis*-karakter består i stedet af et tidsmæssigt *de minimis*-kriterium. Det er imidlertid et yderligere krav efter bestemmelsen, at det pågældende radio- eller fjernsynsforetagende, der foretager eksemplarframstillingen, i forvejen har ret til at udsende det pågældende værk. Ved denne yderligere betingelse indgår der tillige et økonomisk *de minimis*-kriterium.

Ovenstående gennemgang af de 15 lovbestemte indskrænkninger, der kan anses som udslag af *de minimis*-princippet, kan skematisk opsummeres som følger:

87. Den hjemlende bestemmelse i infosoc-direktivet har været genstand for præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen i *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*. Spørgsmålene angik forståelsen af infosoc-direktivets krav om, at optagelserne skal ske »ved hjælp af egne midler«, jf. infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra d. EU-Domstolen fandt, at dette ikke skulle forstås snævert, men at det også omfattede »midler tilhørende enhver tredjemand, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar«. Afgørelsen skal næppe forstås som en udvidende fortolkning af låneregelen, men snarere en anerkendelse af radio- og fjernsynsforetagenders ret til at benytte sig af ekstern bistand.
88. Jf. *Dansk Fremmedordbog*, 2. udgave, 1999, hvor ordets betydning angives at være »forbigående, kortvarig; tilfældig, uden varig værdi«, samt Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 386, hvor begrebets betydning angives til »midlertidigt prægede optagelser af værker«.

Del III. Ulovbestemte indskrænkninger

Indskrænkning/lånerregel	De minimis-kriterier
OPHL § 11 a (Midlertidig eksemplarfremsstilling)	Tidsmæssig, formålmæssig, økonomisk
OPHL § 13 (Eksemplarfremsstilling i undervisningsvirksomhed)	Kvantitativ, økonomisk
OPHL § 14 (Eksemplarfremsstilling i erhvervsvirksomhed mv.)	Kvantitativ, formålmæssig, økonomisk
OPHL § 15 (Eksemplarfremsstilling på sygehuse mv.)	Tidsmæssig, formålmæssig
OPHL § 18, stk. 1 (Undervisningsantologier)	Kvantitativ/kvalitativ, økonomisk
OPHL § 18, stk. 3 (Sanghæfter til brug for møder)	Kvalitativ, økonomisk
OPHL § 21, stk. 1, nr. 1 (Gratisforanstaltninger)	Kvalitativ, formålmæssigt, økonomisk
OPHL § 22 (Citater)	Kvantitativ/(kvalitativ), formålmæssig
OPHL § 23, stk. 1 (Kunstcitater)	Kvantitativ/(kvalitativ), formålmæssig
OPHL § 23, stk. 2 (Reportagereglene)	Kvantitativ/(kvalitativ), formålmæssig
OPHL § 23, stk. 3 (Gengivelse af kunstværker)	Kvalitativ, formålmæssig
OPHL § 24, stk. 2 (Offentligt anbragte kunstværker)	Kvalitativ, formålmæssig
OPHL § 25 (Reportage af dagsbegivenheder)	Tidsmæssig, formålmæssig
OPHL § 25 a (Korte nyhedsuddrag)	Kvantitativ, formålmæssig
OPHL § 31 (Efemere optagelser)	Tidsmæssig, økonomisk

Som det fremgår, er der adskillige steder i de lovbestemte indskrænkninger varetager *de minimis*-hensyn. Spørgsmålet er imidlertid, om disse er tilstrækkeligt ens i deres indhold til, at man kan anse dem som konkrete udslag af en mere generel *de minimis*-doktrin. Dette er de ikke ubetinget, men de er det dog i en vis udstrækning.

På den ene side består de lovbestemte *de minimis*-regler af mange forskellige kriterier. Såfremt man skulle anskue dem som udtryk for, og retskilder til, en ulovbestemt *de minimis*-doktrin, er det altså vanskeligt at formulere denne, uden at den består af en lang række alternative kriterier, og en sådan regel vil have så bredt anvendelsesområde, at det formentlig vil have formodningen imod sig, at en sådan skulle eksistere i det i øvrigt lukkede ophavsretlige system.

På den anden side fremgår det, at alle reglerne er bygget op om to eller tre af de samme fem typer kriterier, og at disse kan inddeles i to hovedkriterier. Således består de alle af et *omfangsmæssigt de minimis*-kriterium, der enten har en *kvantitativ*, *kvalitativ* eller *tidsmæssig* udformning. Der skal altså enten

være tale om, 1) at der kun er gengivet eller anvendt en kvantitativt mindre del af det fulde værk, 2) at hele værket måske nok er benyttet, men det er benyttet i en sammenhæng eller på en måde, der gør, at det kvalitativt kun udnyttes bagatelagtigt, eller 3) anvendelsen af værket er begrænset i tid og er i den forstand bagatelagtig. Dette omfangsmæssige *de minimis*-kriterium står imidlertid i ingen af de lovbestemte indskrænkninger alene. Der kræves altid opfyldelse af en yderligere betingelse, som synes at have det hovedsigte, at anvendelsen skal være fremmed for rettighedshaverens beskyttelsesinteresse. Dette kriterium, der eventuelt kan betegnes som et *atypicitetskriterium*, udmønter sig i de lovbestemte indskrænkninger oftest i enten et *formålmæssigt* kriterium, hvorefter der skal være tale om et ikke-kommercielt formål med anvendelsen, eller et *økonomisk* kriterium, hvorefter den økonomiske ulempe for rettighedshaveren er bagatelagtig.

Det kan således godt lade sig gøre teoretisk at konstruere en *de minimis*-doktrin ud fra de lovbestemte indskrænkninger. Denne vil i givet fald bestå af to overordnede kriterier, nemlig 1) et omfangsmæssigt krav om enten kvantitativ, kvalitativ eller tidsmæssig *de minimis*, og 2) et atypicitetskrav om formålmæssig eller økonomisk *de minimis*. Som det fremgår, vil der i givet fald være tale om to kumulative betingelser, som dog hver især kan opfyldes på flere alternative måder. En sådan regel ville muligvis kunne fungere som et supplement til loven uden dog at underminere dennes indskrækningskatalog. At det er muligt teoretisk at konstruere en *de minimis*-doktrin ud fra loven medfører dog ikke nødvendigvis, at en sådan retsdogmatisk kan antages at findes på ulovbestemt grundlag.

Fælles for de ovenfor behandlede – lovfæstede – *de minimis*-grænser er imidlertid også, at de alle er overflødige, hvis man anerkender en generel ophavsretlig *de minimis*-doktrin. Endvidere viser de, at lovgiver har reguleret *de minimis*-spørgsmålet ikke bare i enkelte tilfælde, men i adskillige tilfælde. Lovgiver er dog naturligvis ikke afskåret fra at kodificere regler, der alligevel ville gælde. Eksempelvis er det jo ikke unormalt at have specifikke regler i kombination med en mere generel, opsamlende generalklausul. Man kan heller ikke uden videre slutte, at fordi lovgiver udtrykkeligt tillader visse ting, så må alt andet være forbudt. På den anden side kan man ikke helt se bort fra, at dette rent faktisk er den overordnede systematik i ophavsretten. Her er udgangspunktet netop – når først man har fastslået, at der foreligger et eneretligt beskyttet værk – at eksemplarfremsstillinger eller tilgængeliggørelser af dette

værk er forbudt, medmindre anvenderen har hjemmel i en af to ting, nemlig 1) en låneregel eller 2) et samtykke fra rettighedshaveren.⁸⁹

En anden observation ved gennemgangen er, at enkelte af bestemmelsesernes historik tyder på, at lovgiver er opmærksom på at opdatere bestemmelserne, såfremt deres anvendelsesområde ikke er i overensstemmelse med dennes politiske ønsker, jf. således historikken for OPHL §§ 18, stk. 1, 18, stk. 3, 24, stk. 2, og 25, jf. nærmere ovenfor. I lige præcis disse tilfælde har lovgivers ageren formentlig medført, at der ikke (længere) eksisterer noget retstomt rum for en eventuel ulovbestemt *de minimis*-doktrin. Hvis en sådan eksisterer, kan den altså næppe anvendes til at lovliggøre disse anvendelser, som lovgiver aktivt har udnyttet sin lovgivende magt til at sikre, at rettighedshaveren kunne forbyde.

Som tidligere nævnt kan den lovbestemte varetagelse af *de minimis*-hensyn enten tages til indtægt for, at loven allerede har varetaget *de minimis*-princippet udtømmende, således at der ikke er overladt noget retstomt rum til domstole eller andre retsanvendere, og at disse derfor skal afstå fra at udvikle eller anvende en ulovbestemt *de minimis*-doktrin. Man kan på den anden side også se det som udtryk for, at lovgiver netop ønsker, at *de minimis*-hensyn gennemgående skal indgå i krænkelsesvurderingen i ophavsretlige tvister, dvs. som tilkendegivelser fra lovgiver om, at man generelt ønsker, at *de minimis*-hensyn skal varetages, og at en yderligere varetagelse af hensynet skal ske i retspraksis i de sager, hvor domstolene måtte finde det rimeligt. Herved antager man, at der eksisterer et retstomt rum, og anskuer altså de lovbestemte *de minimis*-regler som retskilder til, hvorledes dette retstomme rum skal udfyldes i retspraksis.

Sammenfattende er det altså ikke muligt med nogen større sikkerhed at hverken udelukke eller bekræfte en ulovbestemt *de minimis*-indskrænkningens eksistens alene ud fra de lovbestemte indskrænkninger i OPHL kap. 2. Disse kan anskues som ikke-udtømmende, hvorved der antages at være et retstomt rum i dansk ophavsret, hvori en ulovbestemt *de minimis*-doktrin kunne opstå. De kan imidlertid også anskues som udtryk for, at lovgiver netop har varetaget *de minimis*-hensynet i alle de situationer, hvor den mener, det er nødvendigt, og i så fald er der netop ikke noget retstomt rum, og den korrekte retsdogmatiske konklusion er i så fald, at der ikke gælder en ulovbestemt generel *de minimis*-indskrænkning i dansk ophavsret.

89. Jf. nærmere om eneretsbeføjelserne som lovens hovedregel ovenfor *afsnit 5*, hvor det også fremgår, at der måske er en vis mulighed for internalisering i tilgængeliggørelsesretten, mens dette imidlertid synes decideret udelukket for så vidt angår eksemplar fremstillingsretten.

10.1.3.4. Den juridiske litteratur

Diskussionen om de lovbestemte indskrænkningers eventuelle udelukkende eller hjemlende karakter i relation til en ulovbestemt generel *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret synes ikke at have fundet vej til den juridiske litteratur. Ikke desto mindre har en række forfattere lanceret tanker om en *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret, hvorfor de må kunne anses for at være af den opfattelse, at der ikke er noget til hinder for en sådan ulovbestemt indskrænkning. Faktisk ser det ud til, at tankerne om en *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret oprindeligt er opstået i den juridiske litteratur, jf. ovenfor afsnit 10.1.1. Det vil derfor være relevant at undersøge, om tankerne heri stemmer overens med de kriterier, der ville kunne udledes af de lovbestemte indskrænkninger, såfremt man anså disse for at udgøre retskildegrundlaget for doktrinen.

Første gang en *de minimis*-indskrænkning blev forsøgt beskrevet i dansk ophavsretlig litteratur var i Torben Lunds kommentar til ophavsretsloven fra 1961.⁹⁰ Lund tog udgangspunkt i Højesterets dom i *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)*, hvis resultat han tiltrådte, men hvis begrundelse han ikke var enig i.⁹¹ Højesterets begrundelse var således, at der i sagen ikke var tale om en offentliggørelse »i lovens forstand«, men da der ifølge Lund netop var tale om en offentliggørelse i lovens forstand, antog han, at dommen reelt bør ses som et udslag af *de minimis*-princippet.⁹² På baggrund af dommen, der jo i sin natur er konkret, formulerer Lund en generel *de minimis*-doktrin, idet han finder, at »hvis gengivelsen af et værk kun er et ganske underordnet led i en foranstaltning, der i øvrigt tjener andre øjemed, kan beskyttelsen ikke hævdes«. Lund synes herved at opstille to kumulative kriterier, nemlig 1) at det anvendte værk skal have en underordnet karakter, og 2) at den sammenhæng, det anvendte værk indgår i, skal tjene et andet øjemed (dvs. et andet øjemed end at gengive værket).

90. Jf. Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 74. Princippet kan ses omtalt tidligere, jf. Ludvig August Grundtvig, *Kort Fremstilling af Forfatterretten*, 2. udgave 1918, s. 107, men Torben Lund var den første, der formulerede det som en indskrænkning i den ophavsretlige eneret på lige fod med de lovbestemte indskrænkninger, dvs. med formulerede kriterier/retsfaktum.

91. Sagen omtales nærmere nedenfor i afsnit 10.1.3.5.

92. Herved indeholder Torben Lunds bemærkninger en afstandtagen fra den internationalisering, som Højesterets præmisser i *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)* er udtryk for. Torben Lunds bemærkninger – der er fra længe før EU-harmoniseringen af ophavsretten – er således udtryk for samme opfattelse af ophavsrettens systematik og lovtekniske struktur, som infosoc-direktivet og EU-Domstolens fortolkning heraf er udtryk for, jf. nærmere ovenfor *Del II*.

Torben Lund udvikler ikke sine kriterier nærmere. Således uddyber han ikke, om hans første kriterium om underordnethed er et kvantitativt eller kvalitativt kriterium, eller om det dækker såvel kvantitativ som kvalitativ underordnethed. Det fremgår således ikke, om det afgørende er centimeterne på lærredet og sekunderne i sangen (kvantitativ underordnethed), eller om det er placeringen på lærredet og betydningen i sangen (kvalitativ underordnethed). Ikke desto mindre synes kriteriet at stemme fint overens med de lovbestemte indskrænkningers varetagelse af *de minimis*-hensynet, som også generelt indeholder et enten kvantitativt, kvalitativt eller tidsmæssigt *de minimis*-kriterium. Lunds andet kriterium om, at sammenhængen skal tjene et andet øjemed end at gengive værket, stemmer overens med de formålsmæssige kriterier, der kan findes i de lovbestemte *de minimis*-indskrænkninger. Umiddelbart forekommer Torben Lunds teori derfor som en bekræftelse af tanken om, at de lovbestemte indskrænkninger udgør retskilder, hvorfra en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin kan udledes, og at denne ikke kun består af et omfangsmæssigt *de minimis*-kriterium, men tillige indeholder et atypicitetskriterium, jf. ovenfor afsnit 10.1.3.4. Torben Lunds antagelse om en ophavsretlig *de minimis*-doktrin fik nogle år senere en vis støtte af Willi Weincke, der dog ikke bidrog med yderligere retskilder eller argumenter.

Willi Weincke antog uden nærmere argumentation, at »[h]vis man går højt syngende ned gennem en befærdet gade, ville antagelig ingen finde på, at dette skulle kunne udløse ret for nogen ophavsmand. Man kan imidlertid spørge, om det følger klart af den her omtalte bestemmelse [1961-lovens § 20]. Helt synes den ikke at passe på forholdet, som heller ikke dækkes af andre bestemmelser i loven. Måske må man falde tilbage på det gamle juridiske princip »de minima non curat praetor«, som man vel frit kan oversætte til, at myndighederne ikke bør bekymre sig om småting.«⁹³

Det skal dog understreges, at Torben Lunds synspunkter er fra tiden før EU og EU-harmoniseringen af ophavsretten, og han har derfor i sagens natur ikke kunnet inddrage infosoc-direktivet og de EU-retlige implementeringsspørgsmål. Som retskilde lider hans litterære bidrag derfor under dette i relation til en fortolkning af nugældende ophavsret.

Det var først 40 år senere med Morten Rosenmeiers ph.d.-afhandling fra 2001 om værkslæren i ophavsretten, at *de minimis*-doktrinen igen skulle blive underkastet retsdogmatisk behandling. Morten Rosenmeier lancerede her en teori om selvstændig beskyttelse af værksdele, hvorefter det afgørende i sager, hvor det kun er en del af et værk, der anvendes, er, om den værksdel, der

93. Jf. Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 88.

anvendes, nyder selvstændig beskyttelse.⁹⁴ I medfør af teorien eksisterer der med andre ord en bagatelgrænse for så vidt angår værksdele, der er så små eller uvæsentlige, at de ikke isoleret betragtet opfylder værkshøjdekravet og derfor ikke nyder selvstændig beskyttelse.⁹⁵

Der skal for god ordens skyld erindres om, at denne afhandling ikke omfatter spørgsmålet om, hvornår noget nyder ophavsretlig beskyttelse, dvs. det såkaldte værkshøjde- eller originalitetskrav. Derimod forudsættes det igennem hele afhandlingen, at originalitet foreligger, jf. nærmere ovenfor *afsnit 1*. Spørgsmålet om noget kan være så bagatelagtigt, at det ikke opfylder værkshøjdekravet, falder således principielt uden for afhandlingen. Som nævnt er det imidlertid af Morten Rosenmeier og andre blevet hævdet, at værkslæren skulle regulere bagatelspørgsmålet, og i det følgende vil det derfor være nødvendigt at gøre en vis undtagelse fra denne afgrænsning.

Tankegangen kan delvist ses i *U 1991.744 ØLD (Handicappedbilleder)*, hvor byretten i sin frifindelse, der blev stadfæstet af Østre Landsret, bemærkede, at »den omhandlede scene er således knyttet til filmens øvrige indhold, at scenen ikke i sig selv udgør et selvstændigt værk, der stort set er gengivet i sin helhed«. ⁹⁶ Det skal dog bemærkes, at dommens resultat næppe er udtryk for nugældende ophavsret, henset til motiverne til 1995-loven samt den ef-

94. Jf. Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave 2001, s. 75 ff.

95. Jf. Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave 2001, s. 83. Teorien er for nyligt fremført igen i *U 2014B.220* (Morten Rosenmeier, *Krænkes ophavsretten, hvis man råder over en mindre del af et beskyttet fænomen?*). Se også Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 1. udgave 2009, s. 147 ff. I sin doktorafhandling fra 1989 anfører Per Håkon Schmidt i forlængelse af bemærkninger om værkshøjdekravet og hvordan dette (bør) fortolkes i sager om meget små frembringelser som eksempelvis slogans, fraser eller værkers titler, at »[o]gså generelt må reglen »de minimis non curat lex« gælde inden for dette område«, jf. Per Håkon Schmidt, *Teknologi og Immaterialret*, 1. udgave 1989, s. 45. Bemærkningen kan ikke i sig selv udlægges som et synspunkt om en *de minimis*-indskrænkning i den ophavsretlige beskyttelse, eftersom Per Håkon Schmidt ville anvende *de minimis*-princippet i værkshøjdevurderingen, som principielt knytter sig til spørgsmålet om, hvorvidt en frembringelse nyder beskyttelse og ikke til spørgsmålet, om denne eventuelle beskyttelse skal indskrænkes. Per Håkon Schmidts bemærkning er derfor snarere en forløber for Morten Rosenmeiers teori fra 2001 om den selvstændige beskyttelse af værksdele. Morten Rosenmeier har igen i *U 2014B.220* (Morten Rosenmeier, *Krænkes ophavsretten, hvis man råder over en mindre del af et beskyttet fænomen?*) gjort den værkslære-baserede *de minimis*-teori gældende. En lidt mere skeptisk tilgang til den, men dog en delvis accept af den kan desuden findes i *U 2013B.341* (Peter Schønning, *Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker*). Se også Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 110-111.

96. Dommen omtales nærmere nedenfor *afsnit 10.1.3.5*.

terfølgende retspraksis i lignende sager, jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.1.3.5*. Tankegangen har endvidere muligvis fået fornyet støtte ved EU-Domstolens domme i *sag C-5/08 (Infopaq I)* og *sag C-403+429/08 (Premier League)*, hvor det i relation til begrebet »delvis reproduktion« blev udtalt, at der her skal foretages en vurdering af, om de gengivne elementer er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.⁹⁷ Om dommene skal udlægges som en værkslærebaseret *de minimis*-doktrin, sådan som denne er blevet opstillet af Morten Rosenmeier, er dog ikke sikkert. Dommene kan nemlig lige så godt tyde på, at den originalitetsbetingelse, som EU-Domstolen omtaler, skal angå værket som helhed og ikke de enkelte værksdele vurderet isoleret. Således angives det i *sag C-5/08 (Infopaq I)*, at dele af et værk nyder beskyttelse, hvis de »er et led i hele værkets originalitet«.⁹⁸ Med andre ord kan det ikke af dommen udledes, at beskyttelsen af værksdele forudsætter, at den pågældende værksdel isoleret set har værkshøjde, blot at det kræves, at den er et led i et større hele, som har værkshøjde. I den forbindelse er en overset detalje i EU-Domstolens domme i øvrigt interessant. Når EU-Domstolen udtaler sig om værkslæren i forhold til *et værk som helhed*, angiver den nemlig et krav om, at frembringelsen »udgør« eller »er« ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, hvilket også er formuleringen i de EU-retlige kodificeringer af betingelsen i databasedirektivets art. 3, stk. 1, og edb-direktivets art. 1, stk. 3, og beskyttelsestidssdirektivets art. 6.⁹⁹ Men når EU-Domstolen udtaler sig om værkslæren i forhold til *værksdele* – dvs. i *sag C-5/08 (Infopaq I)* og *sag C-403+429/08 (Premier League)* – angiver den, at værksdele for at nyde beskyttelse skal indeholde »elementer«, der er »udtryk for« ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.¹⁰⁰ Heraf følger meget muligt netop, at en værksdels beskyttelse ikke afhænger af, om værksdelen i sig selv opfylder originalitetskravet, men at den blot i et eller andet omfang skal være led i og bidrage til, at det større hele, som den indgår i, opfylder originalitetskravet. Denne fortolkning støttes også af, at såfremt en given værksdel selvstændigt opfylder originalitetskravet, da er der jo ikke længere grund til at omtale denne som en »værksdel«, da den i så fald slet og ret er

97. Jf. *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 51, samt domskonklusionen, og *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 159, samt domskonklusionen.

98. Jf. *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 38.

99. Jf. *sag C-393/09 (BSA)*, pr. 45-46, 50-51 samt domskonklusionen, *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 37, *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 97-98, *sag C-145/10 (Painer)*, pr. 87, *sag C-406/10 (SAS)*, pr. 45, *sag C-355/12 (Nintendo)*, pr. 27.

100. Jf. *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 39, 47-48, 50-51, samt domskonklusionen, og *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 156, 159, samt domskonklusionen, *sag C-406/10 (SAS)*, pr. 65-66, 68, 70, samt domskonklusionen.

et »værk«. ¹⁰¹ Ligeledes vil der heller ikke være nogen grund til i OPHL § 2, stk. 2, og i infosoc-direktivets art. 2 at have et begreb om *delvise reproduktioner*, hvis kriteriet for, at noget er omfattet af dette begreb, er, at det i sig selv opfylder originalitetskravet. Hvis der gælder et sådant kriterium, vil der jo i sådanne tilfælde alligevel være tale om et selvstændigt værk, og reproduktion heraf vil udgøre *fuldstændig* reproduktion og ikke *delvis* reproduktion. *Sag C-5/08 (Infopaq I)* og *sag C-403+429/08 (Premier League)* skal altså ikke nødvendigvis tolkes som en bekræftelse af den værkslærebaserede *de minimis*-teori. ¹⁰² Spørgsmålet er derimod uafklaret.

Udover usikkerheden omkring indholdet af EU-Domstolens praksis er der også andre svagheder ved den værkslærebaserede *de minimis*-teori. For det første kan den i sin natur kun finde anvendelse i de tilfælde, hvor der alene er benyttet en *del* af et værk. Teorien giver ikke svar i de tilfælde, hvor hele værket er benyttet, men hvor *de minimis*-forholdet følger af selve den måde, værket er benyttet på eller den sammenhæng, det er benyttet i. Teorien giver altså ikke plads til såkaldt kvalitativ eller tidsmæssig *de minimis*, men alene kvantitativ *de minimis*. Derved har den en anden karakter end de kriterier, man eventuelt ville kunne udlede af de lovbestemte indskrænkninger, jf. ovenfor *afsnit 10.1.3.4*. ¹⁰³ For det andet vil teorien – i og med, at det op-

101. Konsekvensen af dette er muligvis blevet taget i *Sø- og Handelsrettens dom af 18. august 2014 (Oister Oi)*, der omtales nærmere nedenfor *afsnit 10.1.3.5*. I denne dom, hvor Sø- og Handelsretten godt nok anvendte værkslæren til at afgøre, om et fragment nød beskyttelse – hvilket altså muligvis er en forkert tilgang til *de minimis*-problematikken – udtaltes det netop, at »fragmentet i sin helhed dermed har karakter af et værk, jf. ophavsretslovens § 1«. Herved undgik Sø- og Handelsretten en stillingtagen til begreberne *værksdel* og *delvis reproduktion*, som ellers formentlig havde været mere korrekte at anvende.

102. Infopaq-sagen fik sin endelige afgørelse ved *U 2013.1782 HD (Infopaq)*, og i denne fik Infopaq ikke medhold. Heraf følger imidlertid ikke, at Infopaq nødvendigvis havde krænket ophavsretten i noget tilfælde. Sagen var nemlig et anerkendelsessøgsmål fra Infopaqs side om, at den anvendte datafangstproces ikke krævede samtykke. Denne påstand kunne Infopaq naturligvis ikke få medhold i, da det jo ville kræve, at man kategorisk kunne udelukke, at processen kunne føre til ophavsretskrænkelser. En sådan ophavsretlig blåstempling af en given proces skal man nok ikke forvente, at man kan få domstolene til at give, og søgsmålet var derfor formentlig håbløst fra starten af.

103. Som det fremgår ovenfor i *afsnit 10.1.3.4*, viser en gennemgang af de lovfæstede *de minimis*-regler, at en række af de lovbestemte *de minimis*-regler kun giver adgang til en delvis anvendelse, dvs. en eksemplarfremsstilling eller tilgængeliggørelse udelukkende af en del af værket, men at en del af reglerne tillige giver mulighed for gengivelse *in extenso*. Der kan derfor ikke af lovens *de minimis*-regler udledes en generel regel om, at *de minimis*-princippet er begrænset til delvise anvendelser.

havsretlige værkshøjdekriterium er meget lavt – føre til en meget begrænset *de minimis*-doktrin.¹⁰⁴ Endelig vil teorien – set fra et domstolsperspektiv – betyde, at hver eneste gang en dommer skal tage stilling til en bagatelagtig anvendelse, vil han eller hun samtidig uundgåeligt komme til at afsige en dom om værkshøjdebegrebet. Det er måske ikke nødvendigvis hensigtsmæssigt, og man må forvente, at i hvert fald danske domstole – som har tradition for ikke at udtale sig om mere end højst nødvendigt – vil være tilbageholdende med at tage denne teori til sig, da den som sagt tvinger dem til at fortolke værksbegrebet i sager, der i virkeligheden handler om noget andet, nemlig en krænkellesvurdering. Man kan i den forbindelse spørge, om ikke fortolkningen af værksbegrebet med fordel begrænses til de sager, hvor dette er det centrale spørgsmål, og hvor det derfor også bliver underkastet en grundig sagsbehandling og procedure fra begge sagsparter side.¹⁰⁵

En eventuel *de minimis*-doktrin må i højere grad have karakter af et generelt kriterium hjemmehørende i krænkelleslæren og ikke i værkslæren. Herved bliver det i højere grad en allestedsnærværende indskrænkning, der holdes adskilt fra beskyttelseskriteriet, hvilket også stemmer bedre overens med den systematik, der er anvendt i såvel ophavsretsloven som i infosoc-direktivet. Som det fremgår i det følgende, har Morten Rosenmeier nu også suppleret sin værkslærebaserede teori med en mere eksternaliserende anvendelse af *de minimis*-princippet.

I Jens Schovsbo og Morten Rosenmeiers lærebog opdeler forfatterne, ligesom Torben Lund, *de minimis*-princippet i to underordnede kriterier, nemlig 1) bagatelagtig værksudnyttelse og 2) atypiske værksudnyttelser, der ikke er i strid med beskyttelsesinteressen.¹⁰⁶ I modsætning til Torben Lunds kriterium,

En værksanvendelses *de minimis*-karakter kan i flere af disse godt følge af f.eks. sammenhængen og ikke af det kvantitative omfang af benyttelsen.

104. Jf. nærmere om det lave originalitetskriterium i dansk ophavsret i Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 74 ff., og i Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 105 ff.

105. Som det vil fremgå nedenfor i afsnit 10.2, har EU-Domstolen i relation til parodier – som der i dansk ret heller ikke gælder en lovbestemt indskrænkning for, men som det også er gjort gældende skulle eksistere på ulovbestemt grundlag – tilsyneladende også taget afstand fra at blande de to vurderinger sammen. I sag C-201/13 (*Johan Deckmyn*) udtalte den således, at der ikke i parodibegrebet i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, kunne indfortolkes et krav om, at en parodi skulle være original, dvs. have karakter af et selvstændigt værk, jf. sag C-201/13 (*Johan Deckmyn*), pr. 21-24.

106. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 254 ff. Bogen er en videreførelse af Mogens Koktvedgaards *Lærebog i Immaterialret*, der i hans navn udkom sidste gang i år 2005 (ved Jens Schovsbo). I denne udgave findes afsnittet om bagatelgrænsen ikke, og det må derfor anses for at være Jens Schovsbo

der krævede at begge disse underkriterier var opfyldt, er der imidlertid tale om alternative betingelser, dvs. at hvis blot der er tale om *enten* bagatelagtig værksudnyttelse *eller* atypisk værksudnyttelse, så er udnyttelsen i medfør af *de minimis*-princippet ikke krænkende. Schovsbo og Rosenmeiers teori synes på dette punkt mindre i overensstemmelse med de lovbestemte *de minimis*-indskrænkninger, der gennemgående synes at kræve begge dele opfyldt, dvs. som kumulative betingelser.

Hvad angår det første kriterium (om bagatelagtig værksudnyttelse), ligner dette Torben Lunds kriterium om underordnethed. Ligesom hos Torben Lund uddybes det dog ikke, om der er tale om et kvantitativt eller kvalitativt kriterium, eller om begge dele kræves opfyldt. Hvad dernæst angår det andet kriterium (om atypicitet), synes dette at forudsætte, at en såkaldt »beskyttelsesinteresse« kan fastslås. Det vil imidlertid ofte være meget vanskeligt, når man har at gøre med en lovbestemt eneret som ophavsretten. Beskyttelsesinteressen er ikke altid klar, og beskyttelsen følger derfor for så vidt ofte blot af lovgivningen og ikke af nogen højere påviselig logik.¹⁰⁷ I denne henseende synes de kriterier, der kan udledes af de lovbestemte *de minimis*-indskrænkninger mere velegnede, da atypicitetskriteriet her synes at kunne opfyldes enten i form af et ikke-kommercielt formål eller i form af, at der ikke er nogen økonomisk ulempe for rettighedshaveren.

En fjerde teori er lanceret i Henrik Udsens doktordisputats fra 2009 om de informationsretlige grundsætninger. Udsen mener at kunne formulere en informationsretlig – og herunder ophavsretlig – grundsætning med følgende ordlyd: »Hvis en tredjepart har en loyal og berettiget interesse i at bruge beskyttet information, og brugen slet ikke eller kun i helt ubetydeligt omfang strider mod de økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser, der begrunder den eksklusive informationsrettighed, kan brugen helt undtagelsesvis ske uden rettighedshaverens samtykke, selvom ingen specifikke indskrækningsregler hjemler brugen.«¹⁰⁸ En sådan grundsætning forudsætter ligesom Schovsbo og Rosenmeiers atypicitetskriterium, at det lader sig bestemme, hvad beskyttel-

og Morten Rosenmeiers eget synspunkt. Det skal dog bemærkes, at Mogens Koktvedgaard i en artikel selv har luftet tanker om en ophavsretlig bagatelgrænse, jf. Mogens Koktvedgaard, *Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område*, i Lars Gorton m.fl. (red.), Festskrift til Gunnar Karnell, 1. udgave 1999, s. 341 ff.

107. Atypicitetstankegangen er i øvrigt muligvis ansporet af Højesterets dom i *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*. I dommen, der i dag formentlig må anses for forældet, lagde Højesteret vægt på, at det var pengesedlernes symbolværdi, ikke deres karakter af kunstværk, der var baggrunden for anvendelsen. Dommen omtales nærmere nedenfor afsnit 10.1.3.5.

108. Jf. Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 410.

sesinteressen er. Endvidere forudsætter den, at det lader sig fastslå, hvornår nogen har en loyal og berettiget interesse. Sådanne kriterier kan være vanskelige at anvende i praksis, da den ophavsretlige beskyttelse ikke nødvendigvis følger af nogen højere logik. Skulle det med andre ord være muligt at føre bevis for en manglende beskyttelsesinteresse i et konkret tilfælde, vil dette ikke i sig selv føre til en frifindelse, og under ingen omstændigheder vil det kunne begrunde en *contra legem*-fortolkning. Det mest interessante ved den påståede grundsætning er imidlertid, at den adskiller sig fra Torben Lunds og Schovsbo og Rosenmeiers – og i øvrigt også fra de lovbestemte indskrænkninger – ved ikke at indeholde et omfangsmæssigt kriterium. Den opstillede grundsætning kræver således ikke at det anvendte har *de minimis*-karakter enten kvantitativt, kvalitativt eller tidsmæssigt.

Det er sandsynligt, at Henrik Udsen i vidt omfang baserer sin grundsætning på *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*. Han sammenligner således Højesterets begrundelse med den varemærkeretlige regel om, at anvendelse af et varemærke ikke er en krænkelse, hvis varemærket ikke anvendes i sin egenskab af varemærke.¹⁰⁹ Ud fra bl.a. denne varemærkeretlige regel, der antages at kunne udledes af VML § 4, samt en fortolkning af den nævnte højesteretsdom som en anvendelse af en tilsvarende regel på ophavsrettens område, udleder Henrik Udsen den ovenfor gengivne informationsretlige grundsætning. Der er imidlertid grund til ikke at overdrive højesteretsdommens retskildeværdi under det nugældende retsgrundlag, jf. nærmere ovenfor *afsnit 10.1.3.2* og nedenfor *afsnit 10.1.3.5*.

Sammenfattende må det konstateres, at dansk juridisk litteratur ikke synes for alvor at have forsøgt sig med en retsdogmatisk analyse eller afgrænsning af *de minimis*-princippet med henblik på at fastslå, om det udgør en ulovbestemt indskrænkning i ophavsretten. I litteraturen er princippet godt nok omtalt flere steder, men forfatterne begrænser sig generelt til at angive deres antagelser, uden at disse for alvor understøttes af et retskildemateriale. Ikke desto mindre synes Torben Lunds teori samt Schovsbo og Rosenmeiers teori begge at basere sig på samme kriterier, som lader sig udlede af de lovbestemte indskrænkninger, nemlig dels 1) et omfangsmæssigt *de minimis*-krav, som kan opfyldes kvantitativt, kvalitativt eller tidsmæssigt, dels 2) et atypicitetskrav, som enten kan opfyldes i form af formålmæssigt eller økonomisk *de minimis*. Herved begynder der muligvis at tegne sig en doktrin eller grundsætning, som kan opfylde de strenge EU-retlige implementeringskrav til bestemthed og klarhed, jf. herom ovenfor *afsnit 9.1.2*. Dog er det i den sammenhæng en svaghed, at Torben Lund og Schovsbo og Rosenmeier ikke synes at være enige

109. Jf. Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 27 samt 395 ff.

om, hvorvidt der er tale om to kumulative eller to alternative betingelser. I den henseende er Torben Lunds teori den, der stemmer bedst overens med de lovbestemte indskrænkninger, idet han i overensstemmelse med disse synes at antage, at der er tale om kumulative betingelser.

Samtidig må der dog erindres om, at der også er argumenter for at anse lovgiver for udtømmende at have varetaget *de minimis*-hensynene i lovgivningen, hvilket også bedst kan forenes med lovens systematik og ordlyd. Med dette resultat vil man også undgå eventuelle problemstillinger i relation til det EU-retlige hjemmelsgrundlag, som heller ikke forekommer helt klart, jf. ovenfor *afsnit 10.1.2*, og som heller ikke har været behandlet nærmere i litteraturen.

Generelt synes litteraturen isoleret set i meget lille grad at give grundlag for at antage, at en grundsætning eksisterer. Var dette tilfældet, burde man se en større enighed i litteraturen. På baggrund af litteraturen sammenholdt med de lovbestemte indskrænkninger, jf. ovenfor *afsnit 10.1.3.3*, er det således næppe muligt at drage en retsdogmatisk konklusion om, at en ulovbestemt *de minimis*-doktrin gælder i dansk ophavsret. Særligt ikke henset til 1) det svage EU-retlige hjemmelsgrundlag, jf. herom ovenfor *afsnit 10.1.2*, 2) de EU-retlige implementeringskrav, jf. herom ovenfor *afsnit 9.1.2*, samt 3) motivbemærkningen til 2002-lovændringen, jf. herom ovenfor *afsnit 10.1.3.2*. Det afgørende for, om en ulovbestemt *de minimis*-doktrin gælder i dansk ophavsret, bliver derfor, om de kriterier, som i givet fald ville kunne udledes af de lovbestemte indskrænkninger og til dels litteraturen, rent faktisk også afspejles i retspraksis i sager, der har angået bagatelagtige anvendelser. Denne praksis gennemgås i det følgende, *afsnit 10.1.3.5*.

10.1.3.5. Retspraksis

En gennemgang af ophavsretlig retspraksis viser, at der gennem tiden har været ført en del sager om temmelig små – bagatelagtige – anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker. Afgørelserne lader sig i et vist omfang indplacere i nogle typekategorier, hvilket er forsøgt i det følgende. Gennemgangen vil desuden indeholde omtale af udenlandsk retspraksis, såfremt der her har været ført sammenlignelige sager. Omtale af udenlandsk retspraksis vil dog først og fremmest ske i *petit*-afsnit eller i fodnoterne, idet de ikke har retskildeværdi i relation til spørgsmålet, om der i *dansk* ophavsret har udviklet sig en ulovbestemt *de minimis*-doktrin.¹¹⁰

110. Som behandlet ovenfor *afsnit 3.3* kan det diskuteres, om udenlandsk retspraksis har nogen relevans i en retsdogmatisk analyse af dansk ret. Som det fremgår dér, er opfattelsen i nærværende afhandling, at udenlandsk retspraksis naturligvis ikke har egentlig retskildeværdi i dansk ret, men at en opmærksomhed på udenlandske retsaf-

Uden at man kan vide det, må man i øvrigt formode, at der løbende opstår en del ophavsretlige tvister, der aldrig bliver genstand for retssager, idet den eventuelle krænkelse i disse sager er af så begrænset omfang, at rettighedshaveren ikke ønsker eller ikke finder det besværet og omkostningerne værd at føre en retssag. Således kan man forestille sig, at rettighedshavere i sådanne bagatelsager ikke føler sig krænkede eller i hvert fald ikke vurderer, at det, de måtte anse som en krænkelse, kan bære et sagsanlæg med dertil hørende omkostninger.

Den første kategori af sager, der har frembudt *de minimis*-problematikker, er sager om forskellige former for *produkt demonstrationer*, dvs. sager, hvor en sælger eller anden udbyder af en vare eller en tjenesteydelse anvender et ophavsretligt beskyttet værk til at demonstrere, vise eller informere om den pågældende vare eller tjenesteydelse.¹¹¹

Den første sag om spørgsmålet er den tidligere omtalte dom i *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)*, der formentlig er den første danske dom, der kan tolkes i retning af et *de minimis*-princip.¹¹² I sagen var en radioforhand-

gørelser alligevel har relevans i det omfang de indeholder afvejninger, der også ville skulle foretages i dansk ret. I forbindelse med undersøgelsen af en eventuel dansk *de minimis*-doktrin er dette særligt relevant, al den stund dansk lovgivning umiddelbart ikke lader til hverken at støtte eller udelukke eksistensen af en sådan doktrin. Det forekommer således, at domstolene har et valg mellem at udvikle en sådan doktrin eller at afvise den. Dette valg står de udenlandske domstole i mange tilfælde også over for, og deres argumenter er derfor relevante i retsdogmatisk sammenhæng, og i særdeleshed for praktiserende retsansvendere.

111. Henrik Udsen har gjort gældende, at der eksisterer en informationsretlig – herunder ophavsretlig – grundsætning om retten til at informere om egne ydelser, og at sådanne anvendelser derfor er tilladte i medfør af en ulovbestemt indskrænkning, jf. Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, 360 ff. Henrik Udsen fremfører og argumenterer for dette synspunkt i et afsnit, der er adskilt fra hans behandling af *de minimis*-doktrinen. Henrik Udsen mener altså, at der ved siden af *de minimis*-doktrinen findes en informationsretlig grundsætning om retten til at informere om egne ydelser. I nærværende afhandling ankues de to spørgsmål under samme optik, nemlig som potentielle *de minimis*-tilfælde.
112. Torben Lund baserer i vidt omfang sin *de minimis*-teori på denne afgørelse, jf. ovenfor *afsnit 10.1.3.4*. Som domsreferencen afslører, er afgørelsen fra før 1961-loven, og dens retskildeværdi i relation til nugældende ophavsret kan derfor diskuteres. At 1961-loven ikke forældede afgørelsen, må Torben Lund anses for at mene, eftersom han inddrager dommen i sin kommentar til 1961-loven. Retskildeværdien efter vedtagelsen af 1995-loven og ikke mindst infosoc-direktivet fra 2001 er imidlertid meget tvivlsom og i sagens natur ikke noget, Torben Lund havde mulighed for at tage stilling til. Det er ikke givet, at danske domstole i dag vil nå samme resultat, såfremt en lignende sag skulle opstå. Således har den svenske Højesteret i en senere sag, *NIR 1987.89 (Demonstrationsmusik)*, dømt for krænkelse i en stort set identisk sag.

ler blevet sagsøgt for at krænke eneretten til et musikværk, der blev spillet i radioen på et tidspunkt, hvor radioforhandleren demonstrerede en højtaler for en kunde i sin offentligt tilgængelige butik. Højesteret angav ikke direkte bagatelgrænsen i sine præmisser, men anførte derimod at gengivelsen »ikke [kunne] betragtes som en Offentliggørelse i Forfatterlovens Forstand«. Torben Lund har påpeget, at afgørelsen må anses for en *de minimis*-afgørelse, eftersom der utvivlsomt var tale om en offentliggørelse i lovens forstand.¹¹³ Det er muligt, at afgørelsen er baseret på *de minimis*-betragtninger, men Torben Lunds kritik af Højesterets begrundelse kan ikke uden videre tiltrædes. Højesterets begrundelse kan nemlig også forklares som en internalisering af en indskrænkning. Højesteret varetog således muligvis *de minimis*-hensynet internaliseret i eneretten, således at så minimale og uvæsentlige offentliggørelser, som den af radioforhandleren foretagne, ikke omfattedes af eneretten (i den konkrete sag offentliggørelsesbegrebet). Lund vil derimod fastholde det absolutte i eneretten som hovedregel og anser derfor offentliggørelsesbegrebet for altomfattende og kræver henvisning til en eksplicit undtagelse for at ville indskrænke denne hovedregel. Han er således tilhænger af en eksternaliserende anvendelse af bagatelgrænsen. Internalisering er i dag en mere problematisk måde at afgrænse det ophavsretlige beskyttelsesomfang på. Således er det formentlig udelukket i relation til eksemplarfremstillingsretten, jf. *afsnit 5.1*, og kun i begrænset omfang muligt i relation til tilgængeliggørelsesretten, jf. *afsnit 5.2*. Dette skyldes dels, at begreberne er meget bredt defineret, dels at eneretsbegreberne er totalharmoniserede EU-begreber, hvilket sætter grænser for den fleksibilitet, danske domstole kan indfortolke i begreberne. EU-harmoniseringen og den brede definition af begreberne – som begge følger af infosoc-direktivet fra 2001 – gjaldt ikke i 1932, hvor en internalisering derfor var mindre problematisk. Dommen har på den baggrund begrænset retskildeværdi for det nugældende retsgrundlag, men ikke desto mindre må resultatet i dommen sammenholdt med sagens faktum dog formentlig anses i et eller andet omfang at støtte antagelsen om en ophavsretlig *de minimis*-doktrin. I sagen var der således netop tale om en meget begrænset værksanvendelse – for så vidt såvel i kvantitativ og kvalitativ som tidsmæssig henseende – og selvom formålet måske nok var kommercielt, var anvendelsen næppe en økonomisk ulempe for rettighedshaveren.

Det er i relation til *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)* værd at bemærke, at der i Sverige har været ført en sag med stort set identisk faktum, og her blev resultatet det modsatte. I *NIR 1987.89 (Demonstrationsmusik)* var omstændighederne, at en forhandler

113. Jf. Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 73 f.

Del III. Ulovbestemte indskrænkninger

af radio- og tv-apparater havde afspillet ophavsretligt beskyttet musik på apparater, som potentielle kunder ønskede at opleve lydkvaliteten af inden et eventuelt køb. Disse produkt demonstrationer varede højst et minut og som regel kun ca. 30 sekunder. Forhandleren blev frifundet for ophavsretskrænkelse i *Uppsala Tingsrätt*, men dømt for krænkelse i såvel anden som tredje instans, hvor henholdsvis *Svea Hovrätt* og et flertal i *Högsta Domstolen* anførte præmisser, der må anses for tilslutninger til fortolkningen af ophavsretten som en eneret, der udelukkende indskrænkes af de i loven angivne indskrænkninger. Således anførte *Svea Hovrät*, at »[s]ådan framförande som målet gäller faller inte under den uppräkning av inskränkningar i det upphovsrättsliga skyddet som finns i lagen. Stor försiktighet bör iakttagas då det gäller att i rättspraxis på allmänna grunder utvidga det område som är undantaget från det upphovsrättsliga skyddet.« Denne opfattelse tilsluttede *Högsta Domstolen* sig i sin stadfæstelse med følgende præmis: »Mot denna bakgrund är det tydligt att upphovsmannens rätt att förfoga över sina verk utgör en s.a.s. fullständig och heltäckande rätt varifrån vissa i lag särskilt angivna undantag har gjorts i syfte att tillgodose samhälleliga intressen. Med denna uppbyggnad av lagen finns endast ett synnerligen begränsat utrymme för domstolarna att i lagen intolka andra begränsningar av upphovsmannens rätt än dem som är angivna i lagen. Det synes vara nära nog uteslutet att uppställa sådana begränsningar i syfte att tillgodose andra intressen än samhällets, såsom kommersiella intressen. [...] Den som med ett sådant resonemang låter demonstrationsmusik falla utanför det skydd upphovsrättslagen ger intolkar därmed en begränsning i upphovsmannens rätt att förfoga över verket, som inte finns angiven i lagen.« Det skal dog bemærkes, at dommen blev afsagt med dissens (3/2-afgørelse), og dissensen er mere på linje med Højesterets dom i *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)*. I dissensen anførtes det således bl.a., at »[p]rovningen karaktäriseras av att framförandet av musik inte är något huvudändamål utan endast en bieffekt till den tekniska kontrollen av apparaterna. [...] Provningen är normalt av mycket kort varaktighet och kan sägas sakna praktisk betydelse för upphovsmannen. Vid en helhetsbedömning kan uppkomsten av musik i samband med provning inte anses utgöra framförande av verk i upphovsrättslagens mening.« *NIR 1987.89 (Demonstrationsmusik)* er dog ligesom *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)* fra før infosoc-direktivet.

Udover den omtalte svenske højesteretsdom er der også danske afgørelser, der kan tyde på, at dommen fra 1932 ikke er udtryk for gældende ret i dag. En dansk landsretskendelse fra nyere tid viser således en mere restriktiv tilgang til muligheden for at anvende værker til at demonstrere et produkt. I *U 1998.525 ØLK (CeeDee Empire)* havde en udbyder af cd'er stillet lytteprøver til rådighed på sin hjemmeside. Lytteprøverne havde længder på 30-40 sekunder. Sagsøgte påberåbte sig ikke bagatelgrænsen eller *de minimis*-princippet direkte, men derimod den lovbestemte citatregel, og anførte i den forbindelse, at citeringen måtte anses for loyal og passende »beskeden«. Det lykkedes dog ikke for sagsøgte at overbevise landsretten. Landsretten fandt således, at betingelserne for nedlæggelse af fagedforbud var opfyldt, idet den stadfæstede fogedrettens afgørelse i henhold til de anførte grunde. Disse grunde var navnlig, at »den kopiering, rekvisitus har foretaget, ligger udover, hvad

der naturligt må anses at være hensigten med citatretten i medfør af ophavsretslovens § 22. *Rekvisiti kopiering er ikke sket i nogen anden sammenhæng end med salg for øje. Det findes således godtgjort, at rekvisitus har krænket rekvirenternes rettigheder.*» Kendelsens begrundelse er bemærkelsesværdig på tre punkter.

For det første fordi fogedretten tilsyneladende ikke gjorde sig overvejelser om muligheden for at indskrænke ophavsretten på ulovbestemt grundlag. Således sluttede fogedretten fra det, at citatreglen ikke fandt anvendelse, til, at en krænkelse var godtgjort. Eneste relevante indskrænkning var altså citatretten, hvilket tyder på, at en ulovbestemt *de minimis*-doktrin ikke eksisterer.¹¹⁴

For det andet valgte fogedretten at formulere sig med ordet »godtgjort« frem for »sandsynliggjort«. I henhold til forbudsbestemmelsen i retsplejelovens § 413 (dengang § 642) kan begge disse kriterier begrunde nedlæggelse af forbud, men altså således at det er tilstrækkeligt, at en krænkelse er sandsynliggjort, jf. nærmere ovenfor *afsnit 3.3*. Fogedretten havde med andre ord mulighed for at nå præcis samme resultat, blot med en henvisning til et mindre præjudicerende kriterium. Dette valgte fogedretten imidlertid ikke, og man må derfor lægge til grund, at den ikke alene var ganske sikker i sin opfattelse, men også at den ønskede, at dette blev kommunikeret i præmisserne.¹¹⁵ Dette på trods af at sagen – henset til forestillingen om en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin – vel nok kunne eller burde have givet anledning til tvivl.

For det tredje gav fogedrettens begrundelse indtryk af, at det skulle skærpe bedømmelsen, at lytteprøverne var sket med salg for øje. Det er almindeligt at anse dette som skærpende, men lige præcis i relation til produkt demonstrationer giver det mindre mening. Der er vel i disse sager snarere grund til at skærpe bedømmelsen, hvis prøverne *ikke* tjener et salg af værkerne, da der så ville være tale om en slags pirateri, hvor hjemmesidens besøgere kunne streame musik, uden at rettighedshaverne modtog betaling. Når lytteprøverne derimod tjener salgsformål, vil det netop komme rettighedshaverne til gode, da de for hver solgt cd modtager betaling for værket. I denne henseende

114. Det skal dog nævnes, at baggrunden også kan have været, at sagsøgte ikke direkte påberåbte sig en ulovbestemt *de minimis*-doktrin, og at fogedretten ganske enkelt har anvendt forhandlingsmaksimen meget håndfast. En så nidkær anvendelse af forhandlingsmaksimen synes dog uberettiget eller i hvert fald uhensigtsmæssig, når sagsøgte dog gjorde gældende, at »*citeringen er loyal og passende beskeden*».

115. Til sammenligning valgte fogedretten i *Københavns Byrets fogedrets kendelse af 28. juni 2012 (Dark Shadows)*, der gennemgås nedenfor, alene at udtale, at det ikke var »sandsynliggjort, at rekvisitus ved distribution af filmen har medvirket til en krænkelse af rekvirentens ophavsrettigheder, hvorfor forbudsbetingelsen i retsplejelovens § 642, nr. 1, ikke er opfyldt«.

var anvendelsen sådan set mindre problematisk end den, der var sket i *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)*, hvor anvendelsen ikke skete med henblik på salg af værket selv, men derimod med henblik på salg af musikanlæg.

Henrik Udsen har kritiseret afgørelsen, idet han mener, anvendelsen er lovlig i henhold til en informationsretlig grundsætning om retten til at informere om egne ydelser.¹¹⁶ En sådan grundsætning påberåbte sagsøgte sig ikke, hverken eksplicit eller implicit, og det er da også tvivlsomt, om der gælder en sådan grundsætning i ophavsretten. Henrik Udsen forholder sig ikke til, om sagen i stedet burde vurderes som et *de minimis*-tilfælde. Interessant er det i øvrigt, at en sag med et stort set tilsvarende faktum som i *U 1998.525 ØLK (CeeDee Empire)* er blevet ført i Canada, hvor den blev afgjort til sagsøgtes fordel. I afgørelsen, som er refereret i *JPLP 2010.624 (Previews)*, fastslås det, at 30 sekunders »preview« af sange på nettet er omfattet af de canadiske *fair dealing*-regler. Forskellen på de to afgørelser kan naturligvis skyldes, at de canadiske *fair dealing*-regler ganske enkelt – *de lege lata* – er mere brugerliberale end den danske ophavsretslov, men det kan heller ikke udelukkes, at der på de 12½ år, der er gået mellem de to afgørelser, trods alt er sket en så massiv udvikling og udbredelse af internettet, at den juridiske bedømmelse af sådanne tilgængeliggørelser simpelthen er en anden i dag. I 1997, hvor den danske landsretskendelse blev afsagt, var internettet ganske ungt i relation til privatbrug, mens internettet i dag bruges af stort set alle i den vestlige verden. Særligt har nethandlen gennemgået en enorm udvikling i denne tid, og det kan ikke udelukkes, at en dansk domstol i dag vil finde sådanne lytteprøver eller *previews* lovlige, ligesom de altså er det på den anden side af Atlanten. I disse tilfælde er det da også vanskeligt at finde et beskyttelseshensyn, da rettighedshavernes salg formodningsvist blot vil stige ved øget information til kunderne om deres produkt. Naturligvis med forbehold for at sådanne *previews* ikke må bære præg af pirateri. Det skal bemærkes, at domstolen i den canadiske afgørelse henfører sin frifindelse til bestemmelsen i den canadiske ophavsret om »*fair dealing for the purpose of research or private study*«. Det var altså tilsyneladende ikke en *de minimis*-betragtning, der begrundede resultatet. At *de minimis*-betragtninger havde ført til det samme resultat, såfremt bestemmelsen om *fair dealing for the purpose of research or private study* ikke fandtes, kan dog heller ikke udelukkes. I den forbindelse må det dog erindres, at *fair dealing*- eller *fair use*-reglerne netop indeholder en bred og generel varetagelse af *de minimis*-hensynet.

En tredje sag, der har omhandlet den ophavsretlige bedømmelse af produkt-demonstrationer, er *Sø- og Handelsrettens dom af 1. november 2006 (Integral)*. Her var omstændighederne bl.a., at en tidligere partner i reklamefirmaet Integral i forbindelse med opstart af sit eget nye firma havde lagt nogle ophavsretligt beskyttede grafiske designs på sin hjemmeside som eksempler på arbejde, han havde lavet.¹¹⁷ Denne tidligere partner havde imidlertid i sin kontrakt med Integral overdraget ophavsrettighederne til Integral. Problem-

116. Jf. Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 364 ff.

117. Sagen bestod af flere problemstillinger, men her omtales alene de ophavsretlige.

stillingen kan ved første øjekast forekomme som rent aftaleretlig, men det er klart, at når en person overdrager sine ophavsrettigheder, overdrager han naturligvis også kun det, der er omfattet af den ophavsretlige beskyttelse, og hvis de pågældende anvendelser, som han efterfølgende foretager, ikke omfattes af beskyttelsen, er han naturligvis også berettiget til at foretage dem, uanset at han har overdraget ophavsrettighederne. Overdragelsen er ganske enkelt irrelevant i sådan en situation, og derfor afhænger svaret netop af, om den pågældende anvendelse var omfattet af ophavsretten eller ej. Sø- og Handelsrettens præmisser indeholder imidlertid desværre ikke nærmere ophavsretlige overvejelser, men angiver blot, at »[v]ed at oploade [sic] de pågældende designs til en hjemmeside har A og Tong i strid med Integrals eneret gjort de grafiske designs tilgængelige for almenheden, jf. ophavsretslovens § 2, stk. 1. Den omstændighed, at det i branchen måtte være kutyme, at grafiske designere i forbindelse med jobansøgninger fremviser eksempler på projekter, de har arbejdet med, kan ikke føre til en anden vurdering, da A og Tong ved anvendelsen af materialet har offentliggjort det.« Med sin afgørelse har Sø- og Handelsretten forudsætningsvist lagt til grund, at der enten 1) ikke eksisterer en ophavsretlig *de minimis*-doktrin for så vidt angår produkt demonstrationer, eller 2) at en sådan under alle omstændigheder ikke fandt anvendelse i den konkrete sag. Da sagens faktum i høj grad gav anledning til at anvende den ophavsretlige *de minimis*-doktrin – hvis en sådan måtte eksistere – må dommen formentlig anses for en retskilde, der modsiger, at en sådan skulle eksistere.

Også denne sag har en pendant i svensk ret. I en afgørelse refereret i *NIR 2010.379 (Q-houses)* var faktum, at en webdesigner (Ulander) havde designet en hjemmeside for et byggefirma i Sverige (Q-Houses). Med det formål at illustrere over for potentielle kunder, hvilken service han kunne tilbyde, tog Ulander et screendump (skærm billede) fra Q-houses' hjemmeside og lagde dette screendump på sin egen hjemmeside. Q-houses hjemmeside – og dermed screendumpet – indeholdt imidlertid billeder taget af Q-houses tidligere webdesigner (Reinboth), og Reinboth sagsøgte Ulander for krænkelse af ophavsretten til billederne. Det blev af Ulander gjort gældende, at »förfogandet över bilderna [hade] varit så begränsat att det inte utgjorde intrång« samt at »[e]ventuellt intrång hade inte skett ens av oaktsamhet«, men at hvis retten fandt, at der var begået en uagtsom krænkelse, »hade användningen i vart fall varit så begränsad att det inte uppkommit någon skada i form av annan förlust än uteblivet vederlag eller i form av lidande eller annat förfång«. Gunnar Karnell har betegnet krænkelsen som »bagatellartat« i sin kommentar til dommen.¹¹⁸ En enig svensk højesteret fandt imidlertid, at »[h]uruvida ett fotografi utgjorde en oväsentlig del av en annan bild i vilken den förekom, borde avgöras efter en helhetsbedömning, varvid t.ex. fotografiets storlek i förhållande till bildens totala storlek och fotografiets

118. Jf. *NIR 2010.386* (Gunnar Karnell, *Kommentar till Högsta domstolens dom den 5 mars 2010 (NJA 2010 s. 135) – och litet till om tumnaglar*).

Del III. Ulovbestemte indskrænkninger

funktion i bilden fick beaktas. De exempel som hade lämnats i förarbetena tydde på att en restriktiv tillämpning hade varit avsedd och att det var de rent bagatellartade fallen som skulle omfattas av inskränkningen i upphovsmannens rätt [...]. Reinboths fotografier var visserligen små, men de utgjorde inte en oansenlig del av bilden (dvs. skärmdumpen). Fotografierna hade en särskild funktion såsom exempel på Kabelkulturs förmåga att kombinera text och bilder, även om de i och för sig inte hade något innehållsmässigt syfte [...]. Sammantaget kunde fotografierna inte anses utgöra en oväsentlig del av bilden. Ulander hade därför gjort sig skyldig till intrång i Reinboths ensamrätt genom otillåten exemplarframställning, eftersom han hade framställt skärmdumpen och infogat den på Kabelkulturs webbplats.»¹¹⁹ Dommen kan i kraft af Högsta Domstolens prämisser med lidt god vilje godt udlægges som forudsætningsvist at anerkende en bagatelgrænse, men i givet fald er denne sat meget lavt og altså i den konkrete sag overskredet.

Som det fremgår af de ovenfor omtalte afgørelser, er der ikke i dansk retspraksis grundlag for at forvente en *de minimis*-doktrin anvendt i sager om produktdemonstrationer. Således står Højesterets dom i *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)* alene og synes mest af alt at være blevet afkræftet med henholdsvis *U 1998.525 ØLK (CeeDee Empire)* og *Sø- og Handelsretens dom af 1. november 2006 (Integral)*. Hertil kommer, at *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)* er en gammel dom om et for længst ophævet lovgrundlag, hvorfor det er vanskeligt at tillægge den nogen større retskildeværdi. Endelig har to af de omtalte domme fået senere panderter i svensk retspraksis, og her er resultatet blevet det modsatte, altså domme for ophavsretskrænkelse. Samlet set forekommer det altså umiddelbart, at praksis i sager om produktdemonstrationer mv. ikke støtter synspunktet om en ophavsretlig *de minimis*-doktrin.

Afslutningsvis kan det i øvrigt bemærkes, at infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra l, indeholder hjemmel til at medlemsstaterne kan indføre indskrænkninger i ophavsretten »hvis

119. Den svenske højesteret var i sin afgørelse nødt til at foretage separate vurderinger for henholdsvis tiden før og tiden efter 1. juli 2005. Dette skyldtes, at den svenske ophavsretslov fra og med denne dato indeholder en særlig indskrænkning i § 20 a, hvorefter det ikke udgør en krænkelse at anvende et kunstværk, såfremt det »*förekommer i bakgrunden av eller annars ingår som en oväsentlig del av en bild*«. Bestemmelsen er reelt en kodificering af den ovenfor i *afsnit 10.1.3.1* omtalte motivbemærkning, som altså fra og med infosoc-direktivets implementering i 2002 formentlig ikke er udtryk for gældende dansk ophavsret. For så vidt angår tiden før 1. juli 2005 anførte Högsta Domstolen motivbemærkningen som baggrund for sin vurdering. Som nævnt i *afsnit 5.1* og i *afsnit 10.1.3.1* er det muligt, at den tilsvarende bemærkning i de danske forarbejder ikke i dag kan anses for gældende ret, og at danske domstole derfor vil anlægge en endnu strengere vurdering end den svenske højesteret – og eftersom denne i det konkrete tilfælde anså anvendelsen for krænkende, taler alt for, at danske domstole vil nå frem til det samme.

10. Ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret?

der er tale om anvendelse i forbindelse med demonstration eller reparation af udstyr«. I mange tilfælde er EU-retten således ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan undtage sådanne produkt demonstrationer mv. fra den ophavsretlige beskyttelse.¹²⁰ Om dette kan ske på ulovbestemt grundlag, dvs. om en implementering af direktivets hjemmel kan ske ved retspraksis, er imidlertid et andet spørgsmål, som er diskuteret ovenfor *afsnit 9.1.2.*

En anden interessant sagskategori udgøres af de to sager, der i dansk ret har været ført om ophavsretten til de danske *pengesedler*. Danmarks Nationalbank har ført to sager om anvendelse af de danske pengesedler, som udover at være betalingsmiddel også udgør kunstværker, som Nationalbanken har ophavsretten til.

I *U 1993.183 ØLD (Pengesedler I)* havde en frisør som et markedsførings tiltag trykt efterligninger af de danske 100 kr.-sedler, idet han havde modificeret dem med en tegning i stedet for det sædvanlige portræt, med frisørforretningens navn »Super-Cut« i stedet for Nationalbankens og med betegnelsen »Hundrede Super Dalere« i stedet for »Hundrede kroner«. Sedlerne var blevet uddelt samt lagt på fortovet foran frisørforretningen antageligt med den hensigt at fungere som blikfang. Frisøren blev dømt for ophavsretskrænkelser i såvel byret som landsret med den begrundelse, at sedlerne med hensyn til valg af farve, tekstens og motivernes placering og efterligning af sikkerhedsgrafikken tilsigtede at gengive billedet af 100 kr.-sedlen. Det var fra frisørens side gjort gældende, at der udtømmende var gjort op med beskyttelsen af pengesedler i straffelovens regler om pengefalsk, men dette anbringende vandt altså ikke gehør. Dette anbringende kunne ellers godt være imødekommet med henvisning til anvendelsens ophavsretlige atypicitet, jf. hertil den af Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier fremførte teori ovenfor *afsnit 10.1.3.4.*

Nationalbankens succes i sagen mod frisøren har formentlig været medvirkende til, at den nogle år senere anlagde endnu en sag for brug af dens pengesedler, og denne sag nåede helt til Højesteret. I *U 1997.691 HD (Pengesedler II)* havde Aller Press A/S i flere ugeblade afbildet danske pengesedler i en reklame for en konkurrence, hvori man kunne vinde pengepræmier. Højesteret frifandt for anvendelsen med henvisning til den ovenfor i *afsnit 5.1* og i *afsnit 10.1.3.1* omtalte motivbemærkning, som af flere udlægges som en *de minimis*-regel.

120. I den *de lege ferenda*-prægede The Wittem Project's European Copyright Code Art. 5.1(3) er der ligeledes medtaget en indskrænkning for så vidt angår »*use in connection with the demonstration or repair of equipment, or the reconstruction of an original or a copy of a work*«, jf. Lionel Bently m.fl., *The Wittem Project – European copyright code*, 2010. I den sammenhæng kan det bemærkes, at artikel 5.1 er givet overskriften »*Uses with minimal economic significance*«.

De to pengeseddelsager, der begge handlede om relativt bagatelagtige anvendelser, fik modsatrettede udfald, men da den seneste nåede helt til Højesteret, troede man vel, at retstilstanden dermed lå fast. Efter implementeringen af infosoc-direktivet er der imidlertid opstået tvivl om højesteretsdommens retskildeværdi, jf. nærmere ovenfor *afsnit 5.1* og *afsnit 10.1.3.2*. Der er således i dag igen tvivl om, hvad der er gældende ret med hensyn til den ophavsretlige beskyttelse af pengesedler, herunder om en *de minimis*-doktrin finder anvendelse.

En tredje sagskategori, der kan bidrage til belysningen af, om en *de minimis*-doktrin bliver anerkendt og anvendt i retspraksis, består af sagerne om *filmklip, stillbilleder og fotografier*. Der har efterhånden været ført en del sager i dansk ret om anvendelse af film- og fotomateriale. Henset til de visuelle mediers stigende betydning samt den ligeledes stigende udbredelse af hard-disk-recordere, filmredigeringsprogrammer til hjemme-PC'er samt internet-medier som YouTube er det kun forventeligt, at de nedre grænser for beskyttelsen af filmværker, fotografier osv. vil blive afsøgt og udfordret yderligere i fremtiden. Det er meget muligt, at der er et behov for en *de minimis*-doktrin på dette område, men heraf følger ikke nødvendigvis, at en sådan findes.

Der er navnlig én dom, der kan tolkes i retning af en *de minimis*-doktrin i relation til anvendelse af fotomateriale, nemlig *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)*. Sagen handlede om et maleri af Bjørn Nørgaard, hvori der indgik enkelte kollageelementer i form af to fotografier, der hver var placeret to gange i billedets centrum. Det ene par billeder var af Bjørn Nørgaards egen skulptur, den såkaldte »Genmodificerede Havfrue«, men det andet par var af Edvard Eriksens klassiske skulptur Den Lille Havfrue, og for anvendelsen af disse billeder lagde Edvard Eriksens arvinger sag an. Billederne indeholdt næsten intet af omgivelserne og var derfor næppe tilladt i medfør af OPHL § 24, stk. 2, som heller ikke blev påberåbt for landsretten.

Ikke desto mindre frifandt Østre Landsret for anvendelsen. Landsretten bemærkede bl.a., 1) at fotografierne ikke havde nogen dominerende plads i værket, samt 2) at anvendelsen ikke var egnet til at berige Bjørn Nørgaard på bekostning af rettighedshaverne. Det er vanskeligt at følge landsretten i, at fotografierne ikke havde en dominerende plads i værket. Fotografierne var placeret i værkets centrum og dermed der, hvor beskuerens blik naturligt falder.

Ser man bort fra, at faktum i sagen er undergivet en særegen bedømmelse, kunne Østre Landsrets præmisser godt tyde på en accept af en ophavsretlig *de minimis*-doktrin. Således lader det til, at retten lagde vægt på to kriterier, nemlig at der skal være tale om 1) kvalitativ *de minimis* (»ikke nogen dominerende plads i værket«) og 2) økonomisk *de minimis* (»ikke egnet til at berige [...] på bekostning«). Om begge kriterier skal være opfyldt for, at en anven-

delse ikke er krænkende, eller om blot ét af kriterierne er tilstrækkeligt, kan dog ikke læses i dommen. Kriterierne stemmer i et vist omfang overens med de kriterier, der kan udledes af de lovbestemte *de minimis*-regler, som blev gennemgået ovenfor *afsnit 10.1.3.3*, og som også synes opstillet af Torben Lund og Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, jf. ovenfor *afsnit 10.1.3.4*. At tolke rettens præmisser som en *de minimis*-doktrin forekommer også oplagt i lyset af, at sagsøgte havde gjort gældende, at anvendelsen lå »under bagatelgrænsen«.¹²¹

En alvorlig begrænsning for tolkning af dommen som en accept af en ulovbestemt *de minimis*-doktrin ligger imidlertid i, at landsretten afslutningsvist anførte, at »[i] hvert fald under disse omstændigheder findes Bjørn Nørgaards værk at være frembragt gennem fri benyttelse af fotografier af Edvard Eriksens skulptur »Den Lille Havfrue«, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 2, således at ophavsretten til dette værk ikke er krænkede«. Altså endnu en internalisering i form af en løsning af sagen inden for ophavsrettens lovbestemte regler. I denne sammenhæng er det i øvrigt yderligere svækkende for dommens retskildeværdi, at landsrettens meget udvidende fortolkning af OPHL § 4, stk. 2, i sig selv er særdeles tvivlsom, jf. nærmere herom ovenfor *afsnit 6.1*.

Uanset den tvivl, der må knyttes til *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)*, er den en retskilde, der – hvis man ser bort fra henvisningen til OPHL § 4, stk. 2 – godt kan tolkes som en anvendelse af en *de minimis*-doktrin. De kriterier, dommen i givet fald anvender i den henseende ligner i øvrigt de kriterier, man eventuelt ville kunne udlede af de lovbestemte *de minimis*-regler. På trods af uklarhederne er dommen således et af de stærkeste argumenter for, at der findes en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret. Ikke desto mindre er der grund til at betvivle præjudikatsværdien af dommen. Dommen er nemlig ikke i overensstemmelse med dansk retspraksis i øvrigt. Her synes gennemgående at være en langt hårdere linje over for selv bagatelagtige anvendelser. I den sammenhæng er det særligt bemærkelsesværdigt, at der faktisk tidligere var en mere lempelig tilgang til disse tilfælde, som tidligere ofte blev vurderet til at være omfattet af citatreglen. Det lader imidlertid til, at der skete et skift i retspraksis i forbindelse med 1995-lovens vedtagelse. Retspraksis efter 1995-loven synes at have indskrænket citatreglens anvendelsesområde, således at denne ikke længere gjaldt stillbilleder fra film, og ved at der er blevet anlagt en strengere vurdering af, hvad der kan udgøre lovlige film- og fotocitater. Fra tiden før 1995-loven er der på området afsagt

121. Det fremgår af gengivelsen af byrettens dom, at dette var påberåbt. I landsrettens dom er det angivet, at »[p]arterne har i det væsentlige gentaget deres procedurer for byretten«.

to domme, nemlig *U 1984.881 ØLD (Dronningens nytårstale)* og *U 1991.744 ØLD (Handicapbilleder)*.

I *U 1984.881 ØLD (Dronningens nytårstale)* havde Berlingske Tidende affotograferet et fjernsynsbillede fra Dronningens nytårstale, som blev filmet af fotografen Erling Hestlund for Danmarks Radio. Sagen angik med andre ord anvendelsen af et stillbillede fra en filmoptagelse. Berlingske Tidende blev frifundet. Østre Landsrets flertal fandt således, at den dagældende ophavsretslovs naboretlige beskyttelse af fjernsynsudsendelser fandt anvendelse, og da denne henviste til den almindelige citatregel, skulle en vurdering af citatbetingelserne foretages. Østre Landsrets dom anses af mange for at være forkert og anses normalt også for forældet ved 1995-lovens lovbemærkninger.¹²² Nyforfattelsen af ophavsretsloven i 1995 indebar godt nok ikke en ændring af formuleringen af citatretten, der blot blev flyttet fra § 14 til § 22, men der blev i lovens motiver formentlig indirekte taget afstand fra dommens resultat. Således blev der her indsat nogle bemærkninger om, at stillbilleder fra film ikke kunne gengives med henvisning til citatreglen.¹²³ Som det fremgår nedenfor, er dette tilsyneladende blevet taget til efterretning af domstolene, der fra og med 1995-loven synes at have strammet sin praksis. Motivbemærkningerne angår dog alene citatreglens anvendelsesområde og ikke spørgsmålet, om begrænsede værksdele kan anvendes frit i henhold til en ulovbestemt *de minimis*-doktrin.

I *U 1991.744 ØLD (Handicapbilleder)* frifandt Østre Landsret for brug af en mindre filmsekvens i en TV-udsendelse.¹²⁴ Sagen handlede nærmere

122. Jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 334, der anfører, at »dommen beror på en retlig misforståelse«. Misforståelsen skulle i givet fald bestå i, at det var forkert at anvende den naboretlige beskyttelse af fjernsynsudsendelser i § 48, der indeholdt en henvisning til citatreglen, der dengang fandtes i § 14. I stedet skulle landsretten – ifølge synspunktet – have anvendt fotografifloven, der ikke indeholdt en citatregel. Med 1995-loven indarbejdedes fotografibeskyttelsen som en naboretlig beskyttelse i ophavsretsloven, men herved er diskussionen ikke overflødiggjort. Den nugældende naboretlige beskyttelse af radio- og fjernsynsudsendelser i OPHL § 69, indeholder nemlig en henvisning til citatreglen i OPHL § 22, mens den naboretlige beskyttelse af fotografier i OPHL § 70 fortsat ikke indeholder en sådan henvisning.

123. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1355, samt *Betænkning 1063/1986*, s. 67 f., og *Betænkning 1197/1990*, s. 168 ff.

124. Den anvendte filmsekvens havde en længde på ca. 2 minutter og var taget fra en film, der havde en varighed på ca. 40 minutter. Den film, sekvensen blev brugt i, havde en varighed på ca. 51 minutter. Efter en kvantitativ vurdering var der således tale om et brug af 5 %, såfremt det er det oprindelige værk, der udgør målestokken og 3,9 %, såfremt det er det nye værk, der skal bruges som målestok.

bestemt om en samlejescene fra filmen »Handicapbilleder«, hvori en handicappet kvinde havde samleje med en mand. Denne scene blev klippet ud af originalfilmen og blev af Danmarks Radio anvendt i en TV-udsendelse om udviklingshæmmede. Anvendelsen blev fundet lovlig af såvel byretten som Østre Landsret. Landsretten henviste i sin stadfæstelse til de af byretten anførte grunde og var således enig i byrettens præmisser, der navnlig var 1) »at filmen eller den omhandlede scene [ikke] er undtaget fra retten til at gengive derfra«, 2) at »formålet med TV-udsendelsen blandt andet [var] at vise indholdet af en undervisningstime, hvori scenen blev anvendt«, og 3) at »gengivelsen, som såvel i henseende til længden af gengivelsen som til sammenhængen, hvori den bringes, findes at være loyal«. Præmisserne passer for så vidt godt sammen med de kriterier, der i et vist omfang går igen i de lovbestemte *de minimis*-regler, jf. ovenfor afsnit 10.1.3.3. Dette må naturligvis også forventes al den stund, at det var citatreglen, der blev påberåbt og fandt anvendelse, og da denne indskrænkning netop er en af disse lovbestemte *de minimis*-regler, jf. ovenfor afsnit 10.1.3.3. Argumentationen er derfor i fin overensstemmelse ikke bare med citatreglens kriterier, men også med en eventuel ulovbestemt *de minimis*-doktrin, såfremt en sådan kan udledes af loven. Ikke desto mindre synes praksis sidenhen at have ændret sig i en mere restriktiv retning, således at der i dag forekommer at være sat en meget lav grænse for, hvornår der kan anvendes filmklip uden samtykke.

Som nævnt synes retspraksis om bagatelagtige anvendelser af filmklip, stillbilleder og fotografier at have ændret sig efter 1995-loven, hvis forarbejder indeholdt en afstandtagen fra resultatet i *U 1984.881 ØLD (Dronningens nytårstale)*, og dermed formentlig også indirekte fra resultatet i *U 1991.744 ØLD (Handicapbilleder)*. Den nye linje i vurderingen kom første gang til udtryk i *U 1997.1301 ØLD (Forrædernes Børn)*, der godt nok angik reglerne fra før 1995, men som er afsagt efter 1995-loven. I sagen blev der dømt for krænkelse af den tidligere gældende fotografilov, som i 1995 blev indarbejdet i ophavsretsloven. Sagen drejede sig om en TV-udsendelse om henrettelsen af landsforrædderne efter besættelsen. I udsendelsen, der blev vist af Danmarks Radio (DR), indgik visning af nogle fotografier, som var beskyttet efter fotografiloven. DR havde i byretten gjort gældende, at »[d]en del, der vedrørte sagsøgerens billede, varede kun 10 sekunder ud af udsendelsens 25 minutter«, og at »[b]illedet af sagsøgerens bog var af mindre betydning«. I landsretten havde DR fremført et lignende anbringende om, at fotografierne »alene vedrørte en sekvens på 10 sekunder ud af en udsendelse på ca. 25 minutter, hvor det væsentlige var kommentarerne til de viste fotos«. Som det fremgår, blev der fra DR's side i vidt omfang procederet på *de minimis*-betragtninger og derved appelleret til retterne om at træffe en frifindende afgørelse på grundlag

af *de minimis*-hensyn. Dette afstod såvel byretten som landsretten imidlertid fra. Begge instanser dømte således for krænkelse. I forbindelse med udmålingen af godtgørelsen anførte landsretten imidlertid bl.a. følgende: »Landsretten lægger endvidere vægt på, at den billedsekvens, hvori billederne blev bragt, havde et for udsendelsens helhed ubetydeligt omfang, og at kommentaren til billedsekvensen var det bærende element.« Østre Landsret anerkendte altså i et vist omfang argumenterne, men fandt dem tilsyneladende ikke relevante for krænkelsesvurderingen, men alene for udmålingen af godtgørelsen. Dommen kan tyde på, at en eventuel *de minimis*-doktrin højst kan angå, hvad man kan kalde sanktionsspørgsmålet og altså ikke krænkesspørgsmålet. En sådan praksis holder sig indenfor lovens ordlyd og vil derfor ikke være udtryk for en ulovbestemt *de minimis*-doktrin.¹²⁵ Ved at man gør *de minimis*-doktrinen irrelevant for krænkelsesvurderingen, anerkender man nemlig rettighedshaverens principielle ret til at forbyde *de minimis*-anvendelserne.

Den nye linje i retspraksis blev fulgt op i *U 2000.1291 ØLD (Louisiana)*, hvor tvisten bl.a. angik en kunstkalendar udgivet af kunstmuseet Louisiana. Kalenderens billeder for juni og august måned fandtes at indeholde ophavsretskrænkelser. Juni måned var illustreret ved et billede fra museets park. I baggrunden sås Øresund. I forgrunden sås en skulptur og lidt længere tilbage i billedet en anden skulptur. Billedet for august måned indeholdt et billede taget fra en af museets udstillingssale. Billedet var af museumsparkens sø, men foran vinduet stod en skulptur, som derfor fremgik til højre i billedet. Sagsøgte havde i relation til kalenderen gjort gældende, at billederne var lovlige i medfør af OPHL § 23, stk. 3 – enten direkte eller analogt. Dette anbringende, der vel med sin henvisning til en eventuel analogi er en påberåbelse af en ulovbestemt indskrænkning, blev ikke nærmere diskuteret af Østre Landsret, der nøjedes med at bemærke, at »[g]engivelsen findes ikke at være af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng, og den er derfor heller ikke omfattet af den dagældende § 23, stk. 3.« Tilsyneladende fandt landsretten altså ikke, at indskrænkning af ophavsretten kunne ske på analogt eller ulovbestemt grundlag.

Fra de senere år kan nævnes *U 2013.3002 VLD (Grenaa-forliset)*. I et indslag om et skibsforslis havde TV2/Østjylland filmet et billede i et privat hjem samt anvendt det som såkaldt »frame« ved siden af nyhedsoplæseren. Det filmede billede var imidlertid et fotografi taget af fotografen Erling Hansen,

125. Den i dommen relevante bestemmelse for sanktionsudmålingen var fotografilovens § 18, som ikke opstillede nærmere retningslinjer for udmålingen. Den nugældende bestemmelse er OPHL § 83, der foreskriver en hensyntagen til rimelighed, skadesomfang samt fortjenesten ved krænkelsen.

og denne sagsøgte TV2/Østjylland, der nægtede at betale for anvendelsen. Vestre Landsret dømte for krænkelse af fotografens ophavsret til fotografiet. Såfremt der gjaldt en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin, ville denne sag være en oplagt sag at anvende denne i – eller i det mindste at inddrage den i. Dette gjorde landsretten imidlertid ikke. *De minimis*-spørgsmålet vurderede den derimod netop udelukkende efter den lovbestemte indskrænkning i OPHL § 23, stk. 3: »Under TV2/Østjyllands optagelser i de efterladtes hjem blev der i ikke uvæsentligt omfang fokuseret på fotografiet [...]. På det billede, som TV2/Østjylland offentliggjorde, fylder fotoet langt størstedelen af billedet, og det er det eneste, der er i forgrunden, bortset fra det ene lys, der står foran fotoet i højre hjørne. Fotoet må anses for billedets hovedmotiv og kan ikke anses af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng, jf. ophavsretslovens § 23, stk. 3.« Denne dom synes altså også at måtte tolkes som en afvisning af en ulovbestemt *de minimis*-indskrænkning, idet den er udtryk for, at *de minimis*-anvendelser af beskyttede værker kun er lovlige, hvis de er omfattet af en lovbestemt indskrænkning (eller et samtykke).

Fra svensk retspraksis kan i denne sammenhæng nævnes *Högsta Domstolens* dom i *NIR 2011.308 (Evert Taube)*. Sagen handlede om gengivelsen af et musikalbums cover i et reklamekatalog og blev i 2. og 3. instans afgjort til sagsøgtes fordel, dvs. med det resultat, at en krænkelse ikke forelå. *Svea Hovrätt* nåede frem til, at der ikke forelå en eksemplarfremsstilling og baserede sin frifindelse på dette forhold, dvs. en internalisering af *de minimis*-hensynet. *Högsta Domstolens* begrundede imidlertid sin frifindelse med, at der i den aftale, der var mellem parterne om brugen af billedet som albumcover, også måtte ligge et samtykke til brugen i reklamekataloget. *Högsta Domstolen* slog dermed fast, at der ville have foreligget en krænkelse, hvis samtykket ikke forelå, og at der var tale om en eksemplarfremsstilling anføres ligefrem direkte af *Högsta Domstolen*. Heri ligger formentlig også en forudsætningsvis og implicit afvisning af en ophavsretlig *de minimis*-doktrin. For hvis en anvendelse slet ikke omfattes af ophavsretten, ville det være mere nærliggende at frifinde med denne begrundelse.

I den ovenfor omtalte *U 1984.881 ØLD (Dronningens nytårstale)*, der er fra før 1995, skete der frifindelse for anvendelse af et stillbillede fra en filmoptagelse. Dette skete muligvis i kraft af en analog anvendelse af citatreglen. Dette blev der imidlertid som nævnt taget afstand fra i forarbejderne til 1995-loven, og siden da har praksis været strengere. Lige præcis i relation til stillbilleder fra film er dette kommet tydeligst til udtryk i *U 2007.280 SHD (Mads Mikkelsen)*, hvor stillbilleder fra en film blev bragt i Se & Hør. Billederne var nøgenbilleder af skuespilleren Mads Mikkelsen. Der var ikke indhentet samtykke hertil fra Se & Hørs side, og Se & Hør blev følgelig sagsøgt af Mads Mikkelsen samt af filmselskabet Nimbus Film Production ApS. Der forelå ifølge Sø- og Handelsretten en krænkelse af filmselskabets naboretlige fo-

tografibeskyttelse efter OPHL § 70.¹²⁶ Herved blev stillbillederne i overensstemmelse med 1995-lovbemærkningern kategoriseret som fotografier, og i den naboretlige beskyttelse af disse i OPHL § 70 findes ikke en henvisning til OPHL § 22 om citater. Hvis frifindelse skulle ske, skulle det derfor være på ulovbestemt grundlag. Dette afstod Sø- og Handelsretten dog fra, hvilket nok skyldes de nævnte lovbemærkninger. Men resultatet af denne praksis er i realiteten blevet, at der ikke gælder nogen bagatelgrænse eller *de minimis*-doktrin, når det kommer til film. Et stillbillede er jo netop den kortest mulige del, man kan tage fra en filmoptagelse. Det ville med andre ord være ulogisk, hvis en afvisning af *de minimis*-doktrinen i relation til stillbilleder kunne ske samtidig med en anerkendelse af doktrinen, når det drejer sig om filmklip. Måske er dette baggrunden for, at praksissen om fotografier og stillbilleder sideløbende har været fulgt op i sager om filmklip. Også i relation til sådanne synes en ulovbestemt bagatelgrænse nemlig at være blevet afvist. Den lempelige tilgang fra før 1995-loven, jf. ovenfor om *U 1991.744 ØLD (Handicapbilleder)*, blev således efter 1995-loven strammet.

Dette sås første gang i *U 1999.547 ØLD (Filmcentret)*. I sagen var nogle videotrailere blevet afspillet i en videoudlejningsbutik, idet der i selve butikkslokalet var installeret et fjernsyn, som spillede trailers fra film, som kunne lejes i butikken. Fjernsynets størrelse var 14 tommer og trailerne havde en varighed på ca. 3 minutter. Trailervideoerne havde butikken fået stillet til rådighed af distributøren af (udlejnings)videoerne. Ejeren af butikken blev sagsøgt for ophavsretskrænkelser af KODA, idet trailerne indeholdt musik, som KODA forvaltede rettighederne til. Sagsøgte påberåbte sig bl.a., at der var tale om »bagatelagtig brug«, men både byretten og Østre Landsret dømte for krænkelse. Dommen er bemærkelsesværdig, idet faktum i sagen i høj grad tilsagde en frifindelse på grundlag af en *de minimis*-doktrin, såfremt en sådan indgik i dansk ophavsret. Da Østre Landsret dømte for krænkelse, er det derfor nærliggende at udlægge dommen som en afvisning af en *de minimis*-doktrin. At afspilningen af trailerne vitterlig var *de minimis*-brug følger af 1) at trailerne netop var reklame for filmene, hvis produktion har omfattet køb af de anvendte musikrettigheder, hvorfor musikerne allerede havde modtaget vederlag (økonomisk *de minimis*), 2) at trailernes længde var meget kort set i forhold til filmen som helhed (kvantitativ *de minimis*), og 3) at skærmens størrelse var meget lille (kvalitativ *de minimis*). Men anvendelsen var altså krænkende.

Sidenhen er den stramme linje fra *U 1999.547 ØLD (Filmcentret)* blevet opretholdt i tre domme om filmklip, hvorved den bagatelgrænse, man mulig-

126. Mads Mikkelsens havde også påstået beskyttelse efter markedsføringsloven og efter retten til eget billede, men disse blev ikke imødekommet.

vis ville kunne udlede af *U 1991.744 ØLD (Handicapbilleder)*, nu må anses for decideret afvist.

I *U 2010.60 ØLD (Spot)* var spørgsmålet, om anvendelse af en række filmklip i en portrættudsendelse om en filmklipper og -instruktør udgjorde en krænkelse af ophavsretten til de film, hvorfra der var anvendt klip. De fleste klip var på under 1 minuts varighed og udgjorde således en meget lille procentdel af de (original)værker, hvortil der krævedes ophavsret. Sagsøgte havde til sit forsvar påberåbt sig citatretten i OPHL § 22. Københavns Byret afgjorde sagen til sagsøgtes fordel, idet den ikke anså »grænsen for lovligt citat« for overskredet. Dette resultat tilsidesatte Østre Landsret imidlertid med henvisning til »antallet af klip og deres varighed«. Landsretten nævnte ikke eventuelle andre indskrænkninger og således heller ikke en eventuel ulovbestemt bagatelgrænse. Man kunne ellers godt have forestillet sig en afgørelse af sagen til sagsøgtes fordel med henvisning til en ulovbestemt bagatelgrænse. Men landsretten fandt altså, at der var tale om en krænkelse, og også den dom taler altså for retsdogmatisk at anse en ulovbestemt *de minimis*-doktrin for ikke at eksistere.

I *U 2012.901 HD (Kærlighedens Farve)* havde en fotograf brugt 25 klip fra nogle råbånd fra nogle optagelser, han selv havde stået for. Optagelserne var dog sket i et ansættelsesforhold og under instruktion. De 25 klip var blevet frasorteret ved den endelige klipning af masterbåndet, men fotografen havde senere brugt klippene i et tv-dokumentarprogram, som han selv producerede. Sagen angik først og fremmest spørgsmålet om, hvem der havde ophavsretten til materialet, men det var fra sagsøgtes side også gjort gældende, dels »at der ikke ved anvendelsen af klip fra råbåndsmaterialet er sket en forringelse af værdien på produktionen »Kærlighedens Farve««, dels »at der alene er tale om anvendelse af 25 klip fra samme grundmateriale«. Der var således muligvis gjort både økonomisk og omfangsmæssig *de minimis* gældende. Dette overbeviste dog ikke hverken Østre Landsret eller Højesteret, der begge dømte for ophavsretskrænkelse.

I udlandet ses undertiden en mere fleksibel tilgang til anvendelser af filmklip. I en tysk dom refereret i *IIC 1999.591 (Edgar Wallace Films)* udgjorde en temmelig omfattende brug af filmklip såkaldt »freie Benutzung« efter tysk ophavsret. I USA er anvendelsen af et 7 sekunders videoklip fra et TV-show blevet anset for *fair use* ved brug i en musical, jf. *Sofa v. Dodger (2013)*. Omvendt ses den strenge danske praksis også i Norge, jf. *NIR 2011.563 (Mauseth)*, der handlede om et 2-sekunders klip.¹²⁷

127. Jf. nærmere om *NIR 2011.563 (Mauseth)* i Jens Schovsbo & Rosenmeier, *Immateri- alret*, 3. udgave 2013, s. 181 f., samt i *U 2013B.341* (Peter Schønning, *Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker*).

Retspraksis om anvendelser af film og fotografier viser flere ting. For det første at domstolene på dette område ikke anvender indskrænkninger af ulovbestemt karakter. Samtlige sager er således – uanset om dommen lyder på frifindelse eller krænkelse – tydeligt baseret på en fortolkning af citatreglen, og lovligheden af den konkrete værksanvendelse har stået og faldet med, om denne anvendelse kunne anses som et lovligt citat. Dette skal muligvis ses i sammenhæng med, at lovgiver har interesseret sig meget for reguleringen af *de minimis*-anvendelser af film og fotografier, og at domstolene derfor ikke finder, at der er overladt noget retstomt rum til deres eventuelle anvendelse af ulovbestemte indskrænkninger. På denne baggrund forekommer det mest nærliggende at anse den indledningsvist omtalte dom i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* som en enlig svale, der ikke skal betragtes som et udtryk for en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin. Retspraksis om fotografier, stillbilleder og filmklip har siden 1995-loven generelt været meget streng og har desuden altid holdt sig inden for de lovbestemte indskrænkninger.

Det skal bemærkes, at retspraksis muligvis er unødigt striks i relation til anvendelsen af citatreglen på filmklip. På trods af 1995-forarbejdernes opgør med den lempelige praksis for fotografier og stillbilleder, fremgår det nemlig netop også af forarbejderne til 1995-loven, at »[s]åfremt man citerer et brudstykke af filmen ved at overtage en sekvens levende billeder, vil dette efter omstændighederne kunne ske lovligt i overensstemmelse med de almindelige kriterier, som opstilles af citatreglen«. ¹²⁸ Ganske vist er retspraksis i overensstemmelse med denne bemærkning ved ikke decideret at have afvist anvendelsen af citatreglen på filmklip, men den linje i bedømmelsen, der har været lagt, synes ikke i noget praktisk omfang at tillade citater i form af filmklip. Det må da også erkendes, at det er en vanskelig opgave, man har sat domstolene på ved dels at ville udelukke fotocitater, herunder stillbilledecitater, men samtidig at bede dem om at bedømme filmklip efter citatreglen. Et stillbillede er jo netop det kortest mulige filmklip, man kan tage. Diskussionen om den korrekte anvendelse af citatreglen falder uden for denne afhandling, idet den ikke har noget at gøre med spørgsmålet om, hvorvidt domstolene har indført og anvender en ulovbestemt *de minimis*-doktrin.

Billedet af en retspraksis, der ikke er imødekommende over for tankerne om en ulovbestemt *de minimis*-indskrænkning, bekræftes til dels af en fogedretskendelse fra 2012 i en sag, hvis faktum formentlig er indbegrebet af *de minimis*. I sagen blev der ikke nedlagt fogedforbud, og fogedretten fandt det således ikke sandsynliggjort, at der var sket en krænkelse. Sagen angik ikke filmklip som sådan, men derimod anvendelsen af et ophavsretligt beskyttet værk som rekvisit i en film. I *Københavns Byrets fogedrets kendelse af 28. juni 2012 (Dark Shadows)* angik tvisten en anvendelse af af en dansk legetøj-

128. Jf. *Betænkning 1197/1990*, s. 168.

strolch (den velkendte *Dam trold*) i en amerikansk vampyrfilm. Filmens totale længde var 113 minutter og trolden var med i 7-8 sekunder i en scene, hvor karakteren spillet af Johnny Depp kigger på trolden med et skræmt eller frastødt udtryk, hvorefter han peger på den med sin finger. Hvis der eksisterer en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i dansk ret, må en sådan sag om nogen give anledning til at anvende denne. Et af filmselskabets argumenter havde da netop også været, at brugen af trolden var *de minimis*. Men dette argument afviste fogedretten og traf i stedet afgørelse på grundlag af OPHL § 23, stk. 3. Fogedretten udtalte således, »at der [ikke] ved fremstillingen af den stående trold er tale om en sådan bagatelagtig medtagelse, at den ikke falder ind under ophavsretsloven«. Denne udtalelse var ikke nødvendig, når nu OPHL § 23, stk. 3, fandt anvendelse. Præmissen må derfor være medtaget for at understrege, at sagsøgte *de minimis*-anbringende ikke kunne imødekommes. På den anden side synes præmissen også at indikere, at visse medtagelser kan være så bagatelagtige, at de ikke falder ind under ophavsretsloven. Hermed må fogedretten imidlertid referere til den meget begrænsede mulighed for internalisering, jf. ovenfor afsnit 5, og ikke til en eventuel ulovbestemt indskrænkning. Ulovbestemte indskrænkninger er jo netop kun relevante, hvis anvendelsen falder ind under ophavsretsloven, dvs. enten udgør en eksemplar fremstilling eller tilgængeliggørelse efter OPHL § 2.

Som det også fremgår af vidneudsagnene i sagen, er det ikke en sjældent forekommende problemstilling, at rettighedsklarering i forbindelse med filmproduktion volder praktiske og ikke mindst økonomiske vanskeligheder, som potentielt truer filmens produktion eller markedsføring. Navnlig vidneudsagnet fra Bill Larkin fra Warner Bros. viser, hvor besværligt og risikofyldt brugen af rekvisitter i film kan være.¹²⁹ Man kan godt få det indtryk, at den eventuelle mangel på en *de minimis*-grænse i dansk ophavsret i virkeligheden ligger de kreative og værksskabende industrier til last frem for at være i deres interesse. Dette har fogedretten formentlig været lydhør overfor, men har altså alligevel ikke villet ty til en ulovbestemt indskrænkning eller doktrin. Dette er måske også snarere de højere domstolsinstansers opgave. Afgørelsen kan i øvrigt i en vis grad sammenlignes med den svenske dom i *NIR 1983.323 (Livets teater)*, hvor tvisten angik anvendelsen af et billede af en musikgruppe, som var anvendt på et albumcover. Billedets baggrund udgjordes imidlertid af en ophavsretligt beskyttet scenografi, og spørgsmålet var derfor, om billedet af musikgruppen krænkede scenografens ophavsret. Det var bl.a. gjort gældende, at »[d]ekoren utgör en storleksmässigt mindre del av bilden som upptar hela baksidan av skivomslaget. Det centrala i bilden är gruppen av personer i teatermiljö. [...] Dekoren utgör alltså en del av bakgrunden och ingår som en relativt oväsentlig del i bilden.« Den svenske Højesteret dømte imidlertid for krænkelse og bemærkede bl.a., at »[s]cenografen

129. Andre eksempler på problemerne om rettighedsklarering vedrørende rekvisitter mv. gives i David Francis Lublin & Peter Kaas, *Ophavsrettens demokratiske paradoks*, 1. udgave 2009, s. 140 f.

är sålunda inte reducerad till sådan för bildens helhetsintryck ovidkommande bakgrund som (...) skulle utesluta intrång i upphovsmannens ensamrätt». Dommen forekommer at være i overensstemmelse med den strenge vurdering i dansk retspraksis, hvor frifindelse i øvrigt kun sker, når en lovbestemt indskrænkning finder anvendelse.

Den fjerde og sidste sagskategori, der kan identificeres i retspraksis, består af sagerne om *bagatelagtig brug af musikværker*. Om denne problemstilling findes der to danske domme, hvor man kunne have forventet, at en eventuel *de minimis*-doktrin var blevet anvendt eller anerkendt, men begge domme synes snarere at være udtryk for, at en sådan ulovbestemt indskrænkning ikke eksisterer.

I *U 2008.77 ØLD (Salmeforspil)* var spørgsmålet, om Dansk Kirkemusiker Forenings trykning af nogle noder i deres medlemsblad udgjorde en krænkelse af Peter Møllers salme »Det første lys er ordet«. Noderne anviste et forslag til et forspil til salmen. Forspillet var en selvstændig komposition, men indeholdt elementer fra originalværket. Som syn og skønnet også angav, må et forspil dog nødvendigvis have elementer fra den salme, den skal udgøre et forspil til, da forspillet ellers ikke vil opfylde sit formål. Sagens *de minimis*-karakter følger navnlig af tre forhold, nemlig 1) at den angik offentliggørelse i nodeform, dvs. ikke som hørbar musik, 2) at der var tale om et forspil, dvs. ikke originalværket som sådant, men en kortere (for så vidt selvstændig) sekvens, om end denne dog indeholdt elementer fra originalværket, og 3) de anvendte elementer kun udgjorde en lille del af originalværket, der altså ikke blev gengivet i sin helhed. Hvis en ulovbestemt bagatelgrænse gjaldt i dansk ophavsret, var sagen altså en oplagt anledning til at anvende denne, ikke mindst fordi sagsøgte havde påberåbt sig en sådan i sin procedure. Dette anbringende imødekom Østre Landsret imidlertid ikke.

Den implicitte, men utvivlsomme, afvisning af en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i *U 2008.77 ØLD (Salmeforspil)* synes nu at være blevet fulgt op i det meget praktisk relevante spørgsmål om såkaldt *sampling* af musikværker. Ved *sampling* kopieres en afgrænset, ofte meget lille, del af et tidligere udgivet musikværk, hvorefter det indarbejdes i et nyt musikværk, som udgives. I denne proces foretages der selvsagt både en eksemplarfremstilling og en tilgængeliggørelse af den samlede del af originalværket, og efter ophavsretslovens ordlyd vil en krænkelse af originalværket derfor foreligge, hvilket giver rettighedshaveren til originalværket ret til at forbyde det nye værk. Medmindre altså at en indskrænkning giver adgang til anvendelsen. Da der ikke i de lovbestemte indskrænkninger er givet mulighed for *sampling*, vil en sådan indskrænkning i givet fald skulle foreligge på ulovbestemt grundlag. Mest nærliggende i form af en *ulovbestemt de minimis*-doktrin.

Den første danske dom om *sampling* af musikværker foreligger nu i form af *Københavns Byrets dom af 26. september 2011 (Les Djinns)*.¹³⁰ Tvisten angik netop anvendelsen af en *sample* taget fra et ophavsretligt beskyttet musikværk. En gruppe kaldet Djuma Soundsystem bestående af tre danske musikere havde indspillet et nummer kaldet »*Les Djinns*«. I nummeret indgik en *sample* på ca. 10 sekunder fra det ældre nummer »*Turkish Showbiz*«, der er komponeret og indspillet af kunstneren Atila Engin. *Samplen* på 10 sekunder var loopet et antal gange og kunne som sådan i alt høres i 2 minutter og 7 sekunder af *Les Djinns*, der varede 6 minutter og 30 sekunder.¹³¹ Dette ændrer dog ikke på, at den anvendte værksdel kun var på 10 sekunder. Nummeret *Les Djinns* var efterfølgende indgået i 13-14 andre remix og indspilninger. Anbringenderne og procedurerne i sagen angik først og fremmest spørgsmålet, om der i nogle e-mailudvekslinger var givet en fornøden tilladelse, men det blev også gjort gældende, at der uanset dette ikke forelå en krænkelse, og eftersom byretten ikke fandt, at et samtykke forelå, måtte byretten også tage stilling til det subsidiære spørgsmål om den ophavsretlige enerets beskyttelsesomfang. I den forbindelse ville det have været naturligt at overveje en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin, såfremt en sådan eksisterede. Sådanne overvejelser findes dog ikke i byrettens præmisser. Derimod slutes der fra det, at der ikke var den fornødne tilladelse til, at der så var sket en krænkelse. Det er vanskeligt at tolke denne forbigåelse af *de minimis*-problematikken på anden måde, end at denne kun er relevant i det omfang, den kan rummes inden for ophavsretslovens bestemmelser, jf. herom ovenfor *afsnit 5* og *afsnit 10.1.3.3*. Det kan muligvis have spillet en rolle i sagen, at netop Københavns Byret to år tidligere havde fået ændret sin afgørelse i *U 2010.60 ØLD (Spot)*, jf. herom ovenfor, hvor byretten ellers netop havde frifundet for en tilsvarende minimalt indgribende – eller i hvert fald begrænset – anvendelse af nogle filmklip. Dette understreger dog kun, at domstolene ikke synes at imødekomme tankerne om en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin.

130. To tidligere danske tilfælde, der dog aldrig blev indbragt for domstolene, er omtalt i Morten Rosenmeier, *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker*, 1. udgave 1996, s. 99. *Københavns Byrets dom af 26. september 2011 (Les Djinns)* er også omtalt i 2013B.341 (Peter Schønning, *Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker*).

131. Det vil med andre ord sige, at samplen kunne høres i ca. 33 % af *Les Djinns*' spilletid, om end selve samplen kun havde en størrelse svarende til ca. 2,5 % af *Les Djinns*' spilletid. Længden på *Turkish Showbiz* er ikke oplyst i dommen, men denne er 5 minutter og 2 sekunder. Samplen udgjorde således ca. 3,3 % af *Turkish Showbiz*.

Det kan heller ikke udelukkes, at Københavns Byret har skelet til udenlandsk retspraksis om sampling. Her har der tegnet sig et billede af, at sampling udgør ophavsretskrænkelse uanset hvor lille en mængde, der samples. Den centrale sag i denne retspraksis stammer ikke overraskende fra det største marked for musikværker, nemlig USA. I den amerikanske sag *Bridgeport v. Dimension* (2005), blev en ophavsretlig bagatelgrænse efter alt at dømme afvist – i hvert fald i *sampling*-spørgsmål. Sagen handlede om musikgruppen NWA's sang »100 miles and runnin'«, hvori NWA havde benyttet 2 sekunder fra et nummer af gruppen Funkadelic med titlen »Get off your ass and jam«. De 2 sekunder havde NWA stemt ned i toneart og gentaget (loopet) 5 gange, så det i alt kunne høres i 10 sekunder. I første instans blev NWA frikendt, men i appelsagen blev anvendelsen fundet ophavsretskrænkende. Dommen i Bridgeport-sagen bliver almindeligvis set som en afvisning af det resultat, der få år tidligere var nået i sagen *Newton v. Diamond* (2004), som angik gruppen Beastie Boys' brug af en sampling fra nummeret »Choir« af James W. Newton i deres eget nummer »Pass the Mic«. Selvom Bridgeport-dommen i amerikansk ret ofte udlægges som den endelige aflivning af *de minimis*-princippet i samplingsspørgsmål, er det væsentligt at bemærke, at retten også understregede, at afgørelsen ikke udelukker påberåbelse af *fair use*-doktrinen. Da dansk ophavsret adskiller sig fra amerikansk, bør danske domstole dog ikke uden videre lade sig overbevise af resultatet i Bridgeport-sagen. USA's angloamerikanske ophavsretstradition anses normalt for så forskellig fra kontinentaleuropæisk ophavsret, at amerikanske afgørelser ikke på noget væsentligt plan er indikative for, hvad kontinentaleuropæiske, f.eks. danske, domstole vil nå frem til i lignende sager – om end den ophavsretlige hensynsafvejning grundlæggende er den samme i alle vestlige lande. Derfor er det måske mere interessant, at Københavns Byret muligvis også har noteret sig, at dens afgørelse allerede ville have fortilfælde i kontinentaleuropæisk retspraksis. Således har der i Tyskland været ført en sag om sampling, som blev afgjort blot 6 uger før Københavns byret afsagde sin dom. Sagen drejede sig om en 2 sekunders sampling af en rytme fra musikgruppen Kraftwerks nummer *Metall auf Metall*. De 2 sekunder var gentaget i et loop, som hørtes gennem hele det nye værk, et rapnummer af kunstneren Sabrina Setlur kaldet »Nur Mir«. I *Metall auf Metall II* (2011) blev det afgjort, at samplingen udgjorde en krænkelse. Sagen havde inden da været appelleret, hvilket havde ført til en hjemvisning til fornyet behandling ved Oberlandesgericht Hamburg, og i den forbindelse er det bemærkelsesværdigt, at Bundesgerichtshof i sin hjemvisning havde citeret den amerikanske Bridgeport-afgørelse i sin dom, jf. nærmere *Metall auf Metall I* (2008).

Baggrunden for byrettens – og for så vidt også de tyske domstoles – tilbageholdenhed i forhold til at inddrage *de minimis*-doktrinen ved vurderingen af digital sampling kan meget vel være infosoc-direktivet. Som omtalt ovenfor *afsnit 10.1.2.1* indeholder infosoc-direktivet i sit hjemmelskatalog en snæver åbning for bevarelse af nationale *de minimis*-indskrænkninger. I infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, er der således mulighed for at gøre indskrænkning i ophavsretten, »hvis der er tale om anvendelse i visse andre mindre væsentlige tilfælde, hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesska-

bet«. Som det fremgår, gælder hjemlen kun analoge anvendelser, og da der i Les Djinns-sagen netop var tale om digital sampling, ville byretten – såfremt den havde frifundet med henvisning til en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-regel – have risikeret at krænke EU-retten. En sådan regels anvendelse i relation til digitale anvendelser ville således kun være EU-konform, hvis man anså en ulovbestemt EU-retlig *de minimis*-hjemmel for at gælde. Dette kan måske godt tænkes, jf. ovenfor afsnit 10.1.2.2, men lige netop i relation til digitale anvendelser vil det nok være mere sandsynligt, at man vil anse infococ-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, for at have udelukket et sådant retstomt rum. Det er en skam, at byretten ikke benyttede lejligheden til at stille EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål om *de minimis*-princippet eventuelle tilstedeværelse i EU-ophavsretten.

Den sidste og seneste dom om bagatelagtig brug af musikværker er *Sø- og Handelsrettens dom af 18. august 2014 (Oister Oi)*, der handlede om et musikværk, som var blevet skabt til nogle reklamer for telefoniselskabet Oister, men som også efter licensaftalens udløb var blevet anvendt i reklamer for Oister. Musikværket var specialkomponeret, dvs. skabt på reklamebureauets bestilling, men eftersom rettighederne ikke var overdraget, og licensaftalen var udløbet, var der tale om en almindelig ophavsretlig problemstilling, der skulle løses efter de ophavsretlige regler. *De minimis*-problemstillingen i sagen angik brugen af et fragment af et musikværk, nærmere bestemt ét sekund af sangen, hvori der synges »Oister Oi«. Der var ikke tale om *sampling*, men om en nyindspilning af det ene sekund. Hvis der gælder en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret var den i høj grad relevant for denne sag. Sø- og Handelsretten dømte imidlertid for krænkelse og begrundede dette således: »Ved vurderingen af om fragmentet »Oister Oi« nyder ophavsretlig beskyttelse, skal tekst og musik vurderes under ét og samlet set have værkshøjde. På baggrund af de afgivne forklaringer om tilblivelsen af fragmentet er det rettens opfattelse, at valget af og kombinationen af ord, toneforløb og rytme samlet set er udtryk for en selvstændig skabende indsats fra [sagsøgers] side, og at fragmentet i sin helhed dermed har karakter af et værk, jf. ophavsretslovens § 1.« Begrundelsen er muligvis forkert, idet den baserer sig på værkslæren, jf. nærmere om den værkslærebaserede *de minimis*-teori ovenfor afsnit 10.1.3.4. Muligvis har Sø- og Handelsretten i den forbindelse ladet sig lede lidt for meget af parternes anbringender, idet det fremgår af dommen, at parterne var enige om, at hvis fragmentet nyder ophavsretlig beskyttelse, da foreligger der en krænkelse. I henhold til princippet *jura novit curia* bør Sø- og Handelsretten dog ikke lade en sådan (misforstået) enighed

mellem parterne bestemme, hvad der er relevant jus i sagen.¹³² Uanset om begrundelsen er korrekt eller burde have været en anden, er resultatet imidlertid i overensstemmelse med den øvrige praksis om *de minimis*-anvendelser, idet den ikke inddrager – og dermed implicit synes at afvise – en ulovbestemt *de minimis*-doktrin. Dommen er således udtryk for, at såfremt en bagatelagtig eksemplarfremsstilling eller tilgængeliggørelse af et ophavsretligt beskyttet værk ikke har hjemmel i enten en lovbestemt indskrænkning eller et samtykke fra rettighedshaveren, da er den en krænkelse af ophavsretten til værket.

Afslutningsvist kan nævnes en anden musikrelateret sag, som også kunne have givet anledning til at inddrage en eventuel ulovbestemt *de minimis*-indskrænkning, hvis det ikke var fordi der i sagen var blevet betalt for brugen. *U 2014.1739 HD (Vild med Dans)* angik brugen af et »kort uddrag« af sangen »Glemmer du« af Kai Normann Andersen i en trailer til TV-programmet *Vild med Dans*. Det korte uddrag udgjorde 15 sekunder af sangen og blev af Højesteret vurderet til ikke at være et fremtrædende element i traileren. Eftersom der som nævnt var blevet betalt for brugen til KODA, angik spørgsmålet ikke den økonomiske eneret, men alene *droit moral*-rettighederne, som tilhørte Kai Normann Andersens arvinger. Disse rettigheder var ikke krænkede. Det, at der i sagen var sket betaling for brugen af de 15 sekunder, viser dog – ligesom de brudstykkeaftaler, der er omtalt ovenfor *afsnit 10.1.1* – at der i det praktiske retsliv er en opfattelse af, at der ikke gælder en ulovbestemt ophavsretlig *de minimis*-doktrin.

Sammenfattende må det altså konstateres, at retspraksis om bagatelagtigt brug af musikværker mest af alt tyder på, at *de minimis*-princippet ikke succesfuldt lader sig påberåbe i dansk ophavsret. Det er naturligvis muligt, at det i de tre danske afgørelser, der findes – *U 2008.77 ØLD (Salmeforspil)*, *Københavns Byrets dom af 26. september 2011 (Les Djinns)* og *Sø- og Handelsrettens dom af 18. august 2014 (Oister Oi)* – blot har været domstolenes vurdering, at anvendelsen var for omfattende til, at *de minimis*-princippet var relevant, og at dommene derfor ikke kan eller bør læses som en afvisning af en *de minimis*-indskrænkning som sådan. Men dette vil – henset til faktum i sagerne – så også betyde, at den eventuelle bagatelgrænse, der måtte gælde, er særdeles lav. Så lav, at den næppe vil have nogen praktisk betydning overhovedet. Det kan heller ikke udelukkes, at en bagatelgrænse godt kan opretholdes for så vidt angår analoge anvendelser, men ikke for så vidt angår digitale anvendelser, da domstolene anser disse for udelukket af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o. Med udviklingen mod et mere og mere digitaliseret samfund forekommer det imidlertid sandsynligt, at en sådan tolkning med tiden vil føre

132. Jf. Bernhard Gomard & Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. udgave 2013, s. 578.

til en reel aflivning af den eventuelle *de minimis*-doktrin, der måtte gælde. Fremtiden er digital.

Ovenstående gennemgang af retspraksis i sager om bagatelagtige anvendelser af ophavsretligt beskyttet materiale kan skematisk opsummeres som følger nedenfor.

Sagskategori	Indikerer ulovbestemt <i>de minimis</i>	Modsiges ulovbestemt <i>de minimis</i>
Produkt-demonstrationer	»Demonstrationsmusik«	»Louisiana« »CeeDee Empire« »Integral«
Pengesedler	»Pengesedler II«	»Pengesedler I«
Filmklip, stillbilleder og fotografier	»Stramaibroderi« »Dronningens nytårstale« »Handicapbilleder«	»Louisiana« »Mads Mikkelsen« »Grenaa-forliset« »Forrædernes børn« »Kærlighedens farve« »Filmcentret« »Spot« »Dark Shadows«
Bagatelagtig brug af musikværker		»Salmeforspil« »Les Djinns« »Oister Oi«

Som det fremgår, er der flest afgørelser, der taler for retsdogmatisk at anse en ulovbestemt *de minimis*-doktrin for afvist i dansk retspraksis. Hertil kommer, at de fem afgørelser, der taler for det modsatte, alle har begrænset retskildeværdi. Om disse fem kan nemlig bemærkes, at *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)* er en gammel afgørelse om et meget anderledes retsgrundlag, hvorfor dens præjudikatsværdi i relation til nugældende ophavsret er begrænset, at *U 1997.691 HD (Pengesedler II)* ligeledes er afsagt efter et andet retsgrundlag og sidenhen synes at være blevet decideret forældet ved infosoc-direktivets implementering i dansk ret, at *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* er begrundet i OPHL § 4, stk. 2, og dermed inden for lovens rammer, og at denne begrundelse formentlig er forkert, og at *U 1984.881 ØLD (Dronningens nytårstale)* og *U 1991.744 ØLD (Handicapbilleder)* er forældede afgørelser, der blev taget afstand fra i forbindelse med 1995-loven, hvilket domstolene i deres senere praksis har taget til efterretning.

Det fremgår endvidere af ovenstående gennemgang, at det er meget få tilfælde, hvor sagsøgte i en ophavsretlig krænkelsessag med succes har påberåbt sig en ulovbestemt varetagelse af *de minimis*-hensynet. Det fremgår imidlertid også, at det kun er i et fåtal af sagerne, at sagsøgte rent faktisk

explicit påberåber sig en *de minimis*-doktrin eller en bagatelgrænse. Oftest påberåber sagsøgte sig en eller flere af de lovbestemte indskrænkninger og nøjes med inden for disse at gøre gældende, at anvendelsen er bagatelagtig eller ubetydelig. Denne manglende påberåbelse af *de minimis*-doktrinen som sådan, kan enten skyldes praktiserende advokaters opfattelse af, at ophavsretsloven er udtømmende, og at et sådant anbringende derfor er håbløst, men det kan også skyldes, at man forventer, at domstolene anvender princippet *ex officio*, såfremt det måtte være relevant. En sådan forventning kunne i givet fald udspringe af den opfattelse, at *de minimis*-doktrinen er internaliseret i beskyttelsesomfanget, sådan som dette er fastlagt i OPHL § 2. Den internaliserende tankegang må nemlig processuelt have den konsekvens, at det er rettighedshaveren, der skal godtgøre, at beskyttelsesomfanget også dækker den omtvistede anvendelse, og først herefter bliver det relevant at vurdere modpartens anbringender om eventuelle lovbestemte indskrænkninger. Som behandlet ovenfor i *afsnit 5* er det imidlertid kun i en vis udstrækning, at internalisering er en mulighed på det nuværende lov- og direktivgrundlag, og at forlade sig på at domstolene *ex officio* tager en eventuel bagatelgrænse i anvendelse er derfor processuelt meget risikabelt. Ønsker man at få prøvet, om en sådan gælder, bør man altid påberåbe sig denne explicit.

I relation til enkelte afgørelser, kan man naturligvis diskutere, hvor stor præjudikatsværdi disse skal tillægges. Dette gælder navnlig fogedretskendelserne og byretsafgørelserne. Som udgangspunkt bør man nok ikke tillægge disse afgørelser for stor vægt i sig selv, slet ikke *U 1998.525 ØLK (CeeDee Empire)* og *Københavns Byrets fogedrets kendelse af 28. juni 2012 (Dark Shadows)*, der begge blot er fogedretskendelser, der ikke tager endelig stilling til krænkelsspørgsmålet, men heller ikke byretsdommen *Københavns Byrets dom af 26. september 2011 (Les Djinns)*, som desværre ikke blev anket til landsretten. Ikke desto mindre er sagen den, at disse afgørelser netop synes at ligge i forlængelse af en række andre danske retsafgørelser og retskilder, der også tyder på, at en ulovbestemt bagatelgrænse ikke gælder i dansk ophavsret. Således er de fint på linje med retspraksis om brug af fotografier og filmklip. Ligeledes forekommer de at være i god overensstemmelse med 2002-lovmotivernes afstandtagen fra de bemærkninger i 1961-lovmotiverne, som førte til Højesterets frifindelse i *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*. Endelig kan det ikke udelukkes, at de er udtryk for, at retten ikke har fundet det muligt at anvende den eventuelt tidligere gældende *de minimis*-doktrin efter infosoc-direktivets vedtagelse. Det er således muligt, at danske domstole ikke anser en sådan ulovbestemt indskrænkning for at have EU-retlig hjemmel, medmindre den kan rummes i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, som er begrænset til analoge anvendelser, hvilket der ikke var tale om i nogen af de

tre byretsafgørelser. Umiddelbart forekommer byrettens tilsyneladende afvisning af *de minimis*-doktrinen således som værende gældende ret.

10.1.4. Sammenfatning og delkonklusion

Svaret på spørgsmålet, om der i dansk ophavsret gælder en ulovbestemt indskrænkning i form af en *de minimis*-doktrin, undertiden også benævnt som en bagatelgrænse, findes ikke i én enkelt retskilde. Der må derimod foretages en retsdogmatisk analyse af adskillige retskilder. Disse er gennemgået ovenfor i *afsnit 10.1.2* og *afsnit 10.1.3*, om henholdsvis de EU-retlige og de danske retskilder, og spørgsmålet er, om retskilderne samlet set taler for den retsdogmatiske konklusion, at der gælder en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret, eller om de taler imod, at der gælder en sådan. Som det fremgår i det generelle *afsnit 9*, er der tre betingelser, der skal være opfyldt, for at konklusionen kan blive, at der gælder en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret, nemlig 1) at der er EU-retlig hjemmel, 2) at der er et retstomt rum i ophavsretsloven, og 3) at retskildematerialet giver tilstrækkelig støtte for at anse den pågældende hjemmel samt det pågældende retstomme rum for udnyttet.

Hvad angår den EU-retlige hjemmel, vil denne som klart udgangspunkt skulle findes i infosoc-direktivets art. 5, der i henhold til direktivets præambel er udtømmende. I infosoc-direktivets art. 5 er der imidlertid ikke nogen eksplicit hjemmel til en generel *de minimis*-indskrænkning. Den mest nærliggende hjemmel er infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra o, og den finder efter sin ordlyd kun anvendelse for så vidt angår analoge anvendelser. Nu er det imidlertid sådan med lige præcis *de minimis*-princippet, at det ikke kan udelukkes, at det er et så fundamentalt europæisk retsprincip, at det helt undtagelsesvist er muligt for medlemsstaterne at anvende det uanset, at det ikke har eksplicit hjemmel i infosoc-direktivet. Dette må dog forudsætte, at der vitterligt er tale om et fundamentalt europæisk retsprincip. Som det fremgår i *afsnit 10.1.2.2*, synes det imidlertid netop at være tilfældet. Det er dog endnu uafklaret, om EU-Domstolen deler den opfattelse, men det er ikke usandsynligt. Ikke mindst henset til at EU-Domstolen tidligere har været imødekommende over for at inddrage ulovbestemte, men grundlæggende europæiske retsprincipper i sin praksis.

Da det således ikke kan udelukkes, at lige netop en ulovbestemt *de minimis*-doktrin helt undtagelsesvist ikke behøver en eksplicit hjemmel i infosoc-direktivet, må svaret på spørgsmålet om en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret afhænge af, om de øvrige retskilder om bagatelagtig anvendelse af ophavsretligt beskyttede værker 1) kan anses for at indeholde

et retstomt rum, hvori en sådan doktrin kan opstå, og 2) kan anses for med tilstrækkelig klarhed og bestemthed at fastslå eller udgøre en sådan doktrin.

I den forbindelse kan det først og fremmest konstateres, at 1961-lovens forarbejder indeholder en kasuistisk bemærkning, som godt kan udlægges som en indikation af en *de minimis*-doktrin. Denne bemærkning, som blev citeret af Højesteret i *U 1997.691 HD (Pengesedler II)*, er der imidlertid taget afstand fra i forbindelse med implementeringen af infosoc-direktivet, hvis definition af retten til reproduktion (eksemplarfremsstilling) umuliggjorde det internaliserede *de minimis*-princip, som lovbemærkningen og *U 1997.691 HD (Pengesedler II)* måske havde anvist.

Herefter er det relevant at undersøge de lovbestemte indskrænkninger (lå-nereglerne). Flere af disse indeholder *de minimis*-hensyn. Dette synes utvivl-somt. Hvad der derimod er uklart, er, hvordan man som retsanvender skal forholde sig til *de minimis*-princippet tydelige eksistens i lovgivningen. Der forekommer at være to muligheder, nemlig 1) at *de minimis*-hensyn skal anses for udtømmende at være taget af lovgiver, hvorfor domstolene skal afstå fra at anvende et ulovbestemt *de minimis*-princip, eller 2) at *de minimis*-princippet anerkendes af lovgiver som værende en del af dansk ophavsret, hvorfor dets optræden i lovgivningen skal fortolkes som en anerkendelse af princippet og derved også en tilskyndelse til domstolene til at anvende det i andre tilfælde på ulovbestemt grundlag. Førstnævnte tolkning indebærer, at der ikke er nogen retstomme rum, der giver domstolene mulighed for at udvikle ulovbestemte indskrænkninger. Sidstnævnte tolkning indebærer, at de lovbestemte ind-skrænkninger netop anses for at hjemle en ulovbestemt *de minimis*-doktrin.¹³³

Der er argumenter for og imod begge fortolkninger, og gennemgangen af de lovbestemte indskrænkninger besvarer ikke entydigt spørgsmålet, men det kan konstateres, at de ikke i sig selv udelukker en ulovbestemt *de mini-mis*-doktrin. Det kan således godt lade sig gøre teoretisk at opstille kriterierne for en sådan doktrin ud fra de lovbestemte indskrænkninger. Denne ville i givet fald bestå af to overordnede kumulative betingelser, nemlig 1) et om-fangsmæssigt krav om enten kvantitativ, kvalitativ eller tidsmæssig *de mini-mis*, og 2) et atypicitetskrav om formålmæssig eller økonomisk *de minimis*.

133. Dette grundlæggende juridiske fortolkningsspørgsmål er til dels beskrevet i Stig Jørgensen, *Kvalitetskriterier i retsvidenskaben*, i Ole Hasselbalch (red.), *Juridisk Forskning*, 1. udgave 2002, s. 24-25: »Også systematikken og andre logiske hensyn må respekteres. Derimod må det erindres, at analogi- og modsætningslutninger vel formelt er logiske slutningsmetoder, men reelt er en skønsmæssig afgørelse af, hvorvidt en lovregel er udtømmende eller ikke, og at der på de forskellige retsområder gælder forskellige formodningsregler.«

I den juridiske litteratur er der en udbredt opfattelse af, at *de minimis*-doktrinen gælder i dansk ophavsret. Der er imidlertid ikke enighed i litteraturen om kriterierne for, hvornår en given værksanvendelse er omfattet af doktrinen og hvornår den ikke er. Teorierne fremsat af Torben Lund i 1961 samt af Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier i 2008, 2011 og 2013 er dem, der stemmer bedst overens med den doktrin, der ville kunne udledes af de lovbestemte indskrænkninger. *De minimis*-teorierne i den juridiske litteratur er dog generelt kendetegnet ved ikke at være understøttet af noget overbevisende retskildemateriale og er formentlig primært udledt af *forholdets natur*.¹³⁴

Helt afgørende for, om en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret må afvises eller antages at foreligge, må dog være – navnlig henset til det usikre og tvetydige ved alle øvrige relevante retskilder – hvorvidt der i retspraksis bliver dømt eller frifundet for ophavsretskrænkelse i sager om bagatelagtig brug af værker eller værksdele. Det lader sig i den forbindelse med forholdsvis stor sikkerhed konstatere, at ingen dansk domstol har udtalt sig direkte om *de minimis*-princippet.¹³⁵ Dansk ophavsret har altså stadig sit første klare præjudikat om *de minimis*-princippet til gode. Dette kan undre, idet der har været mange sager, der var oplagte til et præjudikat om spørgsmålet. Men domstolene har indtil videre afgjort disse sager – uanset om resultatet har været krænkelse eller frifindelse – med henvisning til bestemmelser i ophavsretsloven. Dette taler for at anse ophavsretsloven, og dermed lovgiver, for udtømmende at have varetaget og gjort op med *de minimis*-hensynet, hvorefter der følger en pligt for domstolene til at afholde sig fra at benytte *de minimis*-princippet, hvis ikke de gør det inden for rammerne af en af lovens låneregler. Gennemgangen af de sager, der har omhandlet bagatelagtig brug af ophavsretligt beskyttede værker eller værksdele, viser også, at der i langt de fleste tilfælde bliver dømt for krænkelse.

Den generelle modvilje i retspraksis mod forestillingen om en ulovbestemt *de minimis*-doktrin i dansk ophavsret taler for en afvisning af, at en sådan skulle gælde. Dette ikke mindst taget i betragtning, at en sådan ulovbestemt indskrænkning i ophavsretten stemmer dårligt overens med såvel infosoc-direktivet som ophavsretslovens struktur. Hertil kommer, at selv de få retsafgørelser, der eventuelt vil kunne anses for at indikere en *de minimis*-doktrin, alle er afgjort med henvisning til bestemmelser i ophavsretsloven. I øvrigt

134. Jf. således udtrykkeligt Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 73-74.

135. Tættest på har man formentlig være i *Københavns Byrets fogedrets kendelse af 28. juni 2012 (Dark Shadows)*, hvori følgende blev udtalt: »Fogedretten finder ikke, at der ved fremstillingen af den stående trolde er tale om en sådan bagatelagtig medtagelse, at den ikke falder ind under ophavsretsloven.«

forekommer de fleste af disse afgørelser at have tvivlsom retskildeværdi for de nugældende regler. Bortset fra *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)*, der formentlig er en forkert afgørelse, er de således alle fra før infosoc-direktivet, og for flere af afgørelsernes vedkommende er der tillige taget afstand fra dem i senere lovforarbejder eller retspraksis.

På ovenstående baggrund må den retsdogmatiske konklusion om *de minimis*-princippet i dansk ophavsret være, at en sådan ikke gælder i form af en ulovbestemt indskrænkning. Som det også fremgår, findes det dog som et varetaget hensyn i flere af de ulovbestemte indskrænkninger, og det skal samtidig erindres, at der er en begrænset mulighed for internalisering i tilgængeliggørelsesretten, hvor princippet måske kan få betydning, jf. nærmere ovenfor *afsnit 5.2*.

10.2. Parodier

10.2.1. Indledning

Dette kapitel behandler spørgsmålet, om der gælder en ulovbestemt indskrænkning i dansk ophavsret for så vidt angår anvendelse af ophavsretligt beskyttede værker i komiske eller humoristiske sammenhænge. Traditionelt er dette spørgsmål blevet betegnet som spørgsmålet, om der eksisterer en såkaldt *parodiundtagelse*, og denne terminologi vil her blive fastholdt, selvom betegnelsen også omfatter humoristiske eller komiske anvendelser, der snarere burde betegnes som karikatur, satire, pastiche eller travesti. I retlig sammenhæng bruges disse begreber traditionelt i flæng, idet begrebet parodi er en ofte anvendt samlebetegnelse. Det er almindeligt i juridisk sammenhæng at undlade nogen nærmere sondring mellem genrerne, selvom der er forskel på dem i den litteratur- eller kunstvidenskabelige terminologi.¹³⁶

136. Ifølge *Ordbog over det Danske Sprog* er en parodi »en spøgende eller spottende efterligning af et værk, hvorved værkets form og tone bevares, men hvor indholdet ombyttes med et andet lavt, pudsigt indhold, der ikke passer til formen«, en karikatur »en overdreven skildring eller fremstilling af det karakteristiske og latterlige ved en person eller et forhold«, en satire en frembringelse, »hvori personer eller tilstande revses på vittig måde«, en pastiche »en kopi eller efterligning af stilen i et andet værk«, og en travesti »en parodiform, hvor originalværkets ydre former og personer er bibeholdt, mens indholdet er af en sådan art, at det ved kontrasten til originalværket virker komisk«. Den retlige terminologi derimod er som nævnt langt mere forenklet, idet alle genrerne – der alle har det til fælles, at de har et humoristisk eller komisk præg – som udgangspunkt rummes i ordet parodi. I infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, der omtales nærmere nedenfor *afsnit 10.2.3.1*, er karikatur, parodi og pastiche i øvrigt også undergivet fælles regulering, jf. således også generaladvokat Pedro Cruz Villalóns forslag til afgørelse i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pkt. 46-48, hvori en nærmere sondring mellem begreberne undlades, idet de alligevel er

Ophavsretslovens lovtekst er tavs om parodiens tilladelighed. Eksisterer der en parodiundtagelse i dansk ophavsret, foreligger den altså på ulovbestemt grundlag, og som nævnt ovenfor i *afsnit 8* er en parodiundtagelse én af de ulovbestemte indskrænkninger, der har været gjort gældende i dansk ophavsret.¹³⁷ Ovenfor i *afsnit 9* er de generelle betingelser for ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret gennemgået, og i nærværende afsnit vil det blive undersøgt, om disse betingelser kan anses for opfyldt i relation til den påståede parodiundtagelse. Kun hvis dette er tilfældet, kan en ulovbestemt parodiundtagelse retsdogmatisk antages at gælde. Kan betingelserne ikke anses for opfyldt, må det omvendt konkluderes, at en parodiundtagelse ikke eksisterer.

Dansk ophavsret savner i høj grad en retsdogmatisk afklaring af spørgsmålet om parodiens lovlighed. Som det også vil fremgå nedenfor, er der nemlig stor usikkerhed om retstilstanden. Usikkerhed om gældende ret er naturligvis altid uhensigtsmæssigt, men udgør først og fremmest et problem i de tilfælde, der hyppigt opstår tvister om i praksis, og i særdeleshed, hvis der er betydelige interesser – økonomiske eller ikke-økonomiske – involveret. Som det vil fremgå nedenfor, er dansk retspraksis om parodier meget begrænset, og man kan derfor overveje, om dette er udtryk for, at parodiske anvendelser af beskyttede værker ikke udgør et praktisk problem i ophavsretten. Dette er imidlertid næppe tilfældet. Der skabes og udgives talrige værker eller produkter inden for de komiske eller satiriske genrer, som i dag ligefrem udgør en selvstændig del af underholdnings- og medieindustrien, og der er således knyttet store økonomiske interesser til genren.¹³⁸ Følgelig er det af stor betydning at få afklaret, om der er frihed til brug af værker i parodiske sammenhænge, eller om sådanne anvendelser er omfattet af rettighedshaverens eneretsbeføjelser, således at denne ultimativt kan forbyde dem. At problemet er reelt, og at retsikkerheden på området er uhensigtsmæssig, må også anses

undergivet samme retsfølge. Se desuden den motivbemærkning til 1961-loven, som omtales nærmere nedenfor *afsnit 10.2.4.2*, og som nævner »parodier eller travestier.« Se endelig fra svensk litteratur NIR 1992.101 (Monika Ålund, *Parodi och upphovsrätt*), s. 101: »Om inget annat sägs eller framgår av sammanhanget används här begreppet parodi som en gemensam beteckning för parodi, travesti och satir. Den upphovsrättsliga problematiken förefaller ju i hög grad vara gemensam för dessa tre utnyttjandearter. Härtill kommer att de ofta – men ej alltid – ter sig som synonymer för varandra.« Se også NIR 1990.600 (Jan Rosén, *Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti*), s. 601, og NIR 1959.234 (Leif Delin, *Om parodi*), s. 239.

137. Jf. nærmere herom nedenfor *afsnit 10.2.4*.

138. Jf. Ian Hargreaves, *Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth*, 2011, s. 50.

for bekræftet ved, at man i Storbritannien – efter mange års debat – nu har indført en lovbestemt indskrænkning for så vidt angår parodier.¹³⁹

I hvilket omfang parodier er tilladt i dansk ophavsret har i øvrigt ikke blot betydning for danske rettighedshavere og brugerne af disses værker. Det har også betydning for udenlandske rettighedshavere, eksempelvis den amerikanske film- eller musikindustri. På dansk territorium gælder dansk ophavsretslovgivning, og i henhold til princippet om national behandling, jf. BKV art. 5, stk. 1, anvendes denne ens på såvel danske som udenlandske værker. Dette betyder, at udenlandske rettighedshavere, eksempelvis den nævnte amerikanske film- eller musikindustri, kan forbyde dem, såfremt en parodiundtagelse ikke eksisterer, mens de omvendt må finde sig i anvendelse af deres værker i parodier i Danmark, såfremt en parodiundtagelse gælder.

I *afsnit 10.2.2* indsnævres problemstillingen og analysens emne, i *afsnit 10.2.3* gennemgås de EU-retlige retskilder, i *afsnit 10.2.4* de danske retskilder, og i *afsnit 10.2.5* konkluderes der på spørgsmålet, om der gælder en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret. Konklusionen vil, sammen med konklusionen om *de minimis*-princippet, jf. ovenfor *afsnit 10.1.4*, bidrage til besvarelsen af afhandlingens anden specifikke tese.

139. Jf. *Copyright, Designs and Patents Act*, section 30A, der er trådt i kraft den 1. oktober 2014. Retsusikkerheden har dog i Storbritannien haft en lidt anden karakter end i Danmark, idet det til forskel fra Danmark har ligget klart, at en ulovbestemt undtagelse ikke eksisterede. Der var imidlertid visse muligheder for, at parodier kunne være lovlige, nemlig hvis de kunne anses for at være omfattet af *Copyright, Designs and Patents Act*, section 29 eller 30, om henholdsvis forskning og private studier og kritik, anmeldelse og nyhedsformidling. Dette ville imidlertid kun de færreste parodier være, jf. Lucie Guibault m.fl., *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 2007, Part II, s. 446: »Caricatures and parodies are not governed under a specific defence and must therefore come within the defences under Secs 29 or 30. However, UK courts are traditionally reluctant to accept parodies as non-infringing.« I Storbritannien har anvendelse af værker i parodierende sammenhæng (uden samtykke) derfor hidtil som klart udgangspunkt udgjort ophavsretskrænkelser. Dette har af mange været anset for problematisk, og i en granskning af britisk ophavsret i 2006 blev det da også anbefalet, at en selvstændig parodiundtagelse indførtes, jf. Andrew Gowers, *Gowers Review of Intellectual Property*, 2006, s. 68. Den samme anbefaling gav Ian Hargreaves i sin uafhængige rapport fra 2011, jf. Ian Hargreaves, *Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth*, 2011, s. 51. Anbefalingerne er altså nu blevet fulgt op med lovændringen per 1. oktober 2014.

10.2.2. *Indsnævring af problemstillingen – forskellige typer af parodier*

Parodier kan være mange ting, og kun bestemte former for parodiering rejser spørgsmålet om ulovbestemt retsskabelse, endsige om indskrænkning af ophavsretten. Det er med andre ord alene nogle bestemte parodier, hvis lovlighed afhænger af, om der eksisterer en ulovbestemt parodiundtagelse, og det er derfor alene disse typer af handlinger, der har relevans for denne afhandlings emne og teser. På den baggrund forekommer det hensigtsmæssigt at indlede med en afgrænsning af, hvilke typer af parodier der vil være lovlige uanset eksistensen af en parodiundtagelse, og hvilke der er afhængige af en sådan for at undslippe rettighedshaverens eneret.

I og med at ophavsretten i sin natur alene beskytter værker, er det allerede af den grund klart, at rettighedshavere ikke kan forbyde parodier, der ikke gengiver det beskyttede værk eller dele af det. Ligeledes vil mange parodier skulle anses for frit tilladelige i kraft af *princippet om den manglende idébeskyttelse* i ophavsretten.¹⁴⁰ I medfør af dette princip omfatter den ophavsretlige beskyttelse alene et værks form eller udtryk og ikke dets idéer, hvorved forstås det abstrakte indhold eller budskab i værket. Om man vælger at betragte en given anvendelse for ganske enkelt ikke at indeholde værksmateriale, eller om man betragter det som om en anvendelse er sket, men at anvendelsen alene bestod i idéer og ikke form, har ikke praktisk betydning. Resultatet er i begge tilfælde, at der ikke er anvendt beskyttet materiale, og at en ophavsretskrænkelse allerede af den grund kan udelukkes. Afgrænsningen i forhold til, hvornår beskyttet materiale er anvendt, er imidlertid ofte meget vanskelig, men dette ændrer ikke på det principielle i, at retsusikkerheden alene angår de tilfælde, hvor et beskyttet værk er gengivet i parodien.¹⁴¹ Eftersom afgrænsningen er vanskelig, skal der dog i det følgende knyttes nogle bemærkninger til de forskellige parodityper, der findes, hvorved en afgrænsning af problemstillingerne også fremkommer.

Definitionen af den ophavsretlige beskyttelse betyder for det første, at det er tilladt at lave de såkaldte *genreparodier*, hvor en bestemt kunstnerisk, litterær, filmisk eller musikalsk genre parodieres på et mere generelt plan.¹⁴²

140. Jf. nærmere herom i Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 190.

141. Jf. NIR 1992.101 (Monika Ålund, *Parodi och upphovsrätt*), s. 102.

142. Jf. NIR 1959.234 (Leif Delin, *Om parodi*), s. 240 f. Det måske berømteste eksempel på en genreparodi er Miguel de Cervantes *Don Quixote* udgivet fra 1605 til 1615. Et andet illustrativt eksempel på genreparodiering er de såkaldte *spoof*-film, hvor en bestemt filmgenre, parodieres i en komedie, hvor der ved en (typisk overdreven) anvendelse af de stilelementer og handlingstemaer, der kendetegner de pågældende genrer, skabes en komisk karikatur på den pågældende genre. Som eksempler på

Selvom sådanne parodier principielt er tilladt, i og med at der ikke sker nogen værksanvendelse, kan spørgsmålet ofte blive mere kompliceret, idet det tit vil kunne diskuteres, om der anvendes beskyttet værksmateriale. Indgår der eksempelvis i filmen en dialog, der i vidt omfang er en dialog taget fra en genreskabende film, blot således at dialogen er forvrænget eller efter nogle replikker køres ud på et overdrev, så er sagen den, at der er blevet gengivet et beskyttet værk, og i så fald vil lovligheden af anvendelsen afhænge af, om der eksisterer en ulovbestemt parodiundtagelse. Det samme afgrænsningsproblem opstår i de tilfælde, hvor en bestemt scenografi fra en beskyttet film er nøjagtigt efterlignet i parodien, eller hvor der i en musikalsk parodi inkorporeres nogle bestemte toneforløb eller verselinjer fra det originalværk, der parodieres.¹⁴³

En anden type parodier, der som udgangspunkt heller ikke vil udgøre ophavsretskrænkelse, er de parodier, man kan kalde *kunstnerparodier*. Disse parodier minder om genreparodierne, men i stedet for en hel genre, er det en bestemt kunstners stil og dennes produktion, der parodieres.¹⁴⁴ Sådanne parodier kan ligesom genreparodierne udføres både med eller uden gengivelse af beskyttede værker, men det vil typisk være vanskeligere at undlade værks-gengivelse i en kunstnerparodi end i en genreparodi. Kunstnerparodien må for at fungere gøre det tilstrækkeligt klart for publikum, at det er en bestemt kunstner, der er temaet, og for at opnå dette vil det ofte være mere påkrævet at gengive værker eller værkselementer, end det er ved genreparodiering, hvor publikum blot skal kunne genkende en bestemt stil eller tematik. Afgrænsningsproblematikken er principielt den samme som den ovenfor i relation til

spoof-film kan nævnes *Blazing Saddles* (dansk: *Sheriffen skyder på det hele*) fra 1974, der parodier western-genren, *Airplane!* (dansk: *Højt at flyve*) fra 1980, der parodierer katastrofilm-genren, *Spaceballs* (dansk: *Rumnødderne*) fra 1987, der parodierer science fiction-genren, *Don't Be a Menace to South Central While Drinking Your Juice in the Hood* (dansk: *Ghettoblaster*) fra 1996, der parodier den såkaldte hood- eller ghettofilm-genre og *Scary Movie*-filmene (fra 2000 og frem), der parodierer gyserfilm-genren.

143. Jf. i øvrigt nærmere om såvel scenografi som musikværker i relation til spørgsmålet om en ulovbestemt *de minimis*-doktrin ovenfor afsnit 10.1.3.5.

144. Et eksempel kan formentlig findes i satiregruppen Drengene fra Angora, der til deres TV-programmer *Drengene fra Angora* og *Angora by Night* indspillede en række sange med tilhørende musikvideoer, og i hvert fald nogle af disse synes meget tydeligt at være parodier på helt bestemte sangere eller musikgrupper, således synes *Kun minderne tilbage* at være en parodi på Nik & Jay, Øl, Fisse og Hornmusik at være en parodi på Rasmus Nøhr, *Ræven og tegnebogen* at være en parodi på Lars Lilholt, *Tove* at være en parodi på det amerikanske band *Green Day*, og *Gummi nej tak* en parodi på det amerikanske band *Linkin Park*.

genreparodier beskrevne. Spørgsmålet er, om beskyttede værker eller beskyttet værksmateriale er gengivet, og kun hvis dette er tilfældet, er spørgsmålet om en parodiundtagelse relevant.

Mens parodiens fokus i genreparodien er meget bred og typisk strækker sig over adskillige værker og kunstnere, har kunstnerparodien et lidt snævrere fokus, idet det alene er én kunstner, der parodieres. En endnu mere snæver parodi end kunstnerparodien foreligger derimod, hvis der er tale om det, man kan kalde *værksparodier*. Sådanne parodier har alene ét bestemt værk som mål og vil derfor i højere grad end genre- og kunstnerparodierne kræve en gengivelse af originalværket. Formentlig vil det endda være direkte nødvendigt, for at parodien kan fungere. Værksparodiens lovlighed står og falder derfor ofte med, om der gælder en ulovbestemt parodiundtagelse. Selvom det principielt kun er værksparodierne, der forudsætter en parodiundtagelse for at være lovlige, er sagen imidlertid den, at genre- eller kunstparodierne sjældent formår at være »rene« genre- eller kunstnerparodier. Oftest vil det i disse være nødvendigt at gengive værker eller dele af værker, og når dette sker, må parodierne tillige anses som værksparodier og dermed afhængige af en parodiundtagelse for at falde uden for det ophavsretlige beskyttelsesomfang.¹⁴⁵

Genre-, kunstner- og værksparodien har alle det til fælles, at de i et eller andet omfang parodierer noget, der har forbindelse til det anvendte værk, dvs. enten genren, kunstneren eller selve værket. Det er imidlertid ikke altid, at en parodi har ét eller flere af disse mål. Nogle parodier anvender således et værk med henblik på at parodiere noget, der ikke har nogen forbindelse til værket. Dette har ført til opstilling af en yderligere sondring uafhængig af sondringen mellem genre-, kunstner- og værksparodier. I de tilfælde, hvor beskyttet værksmateriale er anvendt, er det nemlig muligt at sondre mellem, hvilken rolle det anvendte værk har i parodien. I værksparodien er værket målet for parodien, dvs. det er det pågældende værk, der parodieres. I andre parodier udgør værket snarere et middel, som parodisten anvender til at parodiere eller karikere noget helt andet. Disse to parodityper bliver på engelsk betegnet som henholdsvis *target parody* og *weapon parody*, dvs. en sondring mellem om det anvendte værk udgør målet for parodien, eller om det bruges som middel

145. Som et eksempel på denne problematik kan formentlig nævnes Linie 3's show *Hvor er de to andre?* fra 1993, hvori indgik en række parodier på kendte musikere, bl.a. Julio Iglesias, Madonna, Hanne Boel, Joe Cocker, Peter A.G. og Gary Moore. Parodierne bestod i imitationer af musikernes sceneoptræden kombineret med en delvis omskrivning af de pågældende kunstners sangmateriale, således at en komisk effekt opstod. Som udgangspunkt var det vel Linie 3's primære hensigt at lave kunstnerparodier, men det er muligt, at anvendelsen af de pågældende musikers sange var så omfattende, at der samtidig var tale om parodier på de benyttede værker.

(våben) til at parodiere noget andet, der for så vidt er genren, kunstneren eller værket uvedkommende.¹⁴⁶ Sondringen mellem target- og weaponparodier bliver af nogle fremhævet som afgørende for en parodis lovlighed.¹⁴⁷ Ifølge denne opfattelse er det altså parodier på selve værket, der ikke kan forbydes, mens anvendelser af værker til at parodiere noget andet omfattes af ophavsretten og følgelig kan forbydes. Problemet med en sådan retstilstand er fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt indlysende. Det er ofte vanskeligt at afgøre, om en parodi er en target- eller weaponparodi.¹⁴⁸ Dertil kommer det mere retspolitiske spørgsmål, om en sådan begrænsning af en eventuel parodiundtagelse er hensigtsmæssig. Spørgsmålet synes nu afgjort af EU-Domstolen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*. I denne dom blev det afvist, at sondringen havde

146. Jf. Michael Spence, *Intellectual Property and the Problem of Parody*, i The Law Quarterly Review 1998, s. 594 f. Begreberne har formentlig deres oprindelse i amerikansk retspraksis, se bl.a. den amerikanske dom *Campbell v. Acuff-Rose (1994)*.

147. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 258, jf. nærmere nedenfor afsnit 10.2.4.4. Dette har også – tidligere – været opfattelsen i tysk retspraksis, jf. *IIC 1974.478 (From Head to Toe)*, hvori det blev udtalt, at en parodi (for at være lovlig) må være rettet mod det værk, som den parodierer.

148. Jf. Dinusha Mendis & Martin Kretschmer, *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*, 2013, s. 39, samt Michael Spence, *Intellectual Property and the Problem of Parody*, i The Law Quarterly Review 1998, s. 612-613. Som eksempel fra virkeligheden kan fremhæves et dansk tilfælde. P3's satiregruppe *Tjenesten* lavede tilbage i 2005 en satirisk version af den amerikanske rapper Snoop Dogg's *Drop it Like it's Hot*, som i den satiriske version fremtrådte som udført af den daværende statsminister Anders Fogh Rasmussen. Teksterne var ændret til at handle om statsministerens minimalstatsideal samt om dennes person, herunder navnlig hans berygtede kontrol- og ordentilbøjeligheder. Endelig indgik der omtale af presseomtalte enkeltforhold, bl.a. hans forhold til personen Marek. Nummeret var uden tvivl en parodi på og satire over Anders Fogh Rasmussen, hvilket selvfølgelig ikke er ophavsretligt problematisk, eftersom en person ikke kan være et »værk«. Eksemplet illustrerer derimod, hvor flydende grænser der kan være mellem target- og weaponparodier. Umiddelbart forekommer parodien som en weaponparodi, der har Anders Fogh Rasmussen som sit mål (target), men i parodien indgik også, at dette target, Anders Fogh Rasmussen, rappede som en gangsterrapper med det sprog og den slang, disse, og ikke mindst Snoop Dogg, er kendt for. En del af det komiske var derfor unægteligt, at Anders Fogh Rasmussens fejlfrie, korrekte og kontrollerede politikerfremtoning blandedes med den diametralt modsatte street-kultur. Herved blev – kan man argumentere – også gangsterrap-kulturen latterliggjort og måske blev ligefrem Snoop Dogg og hans sang *Drop it Like it's Hot* latterliggjort. Man kan således argumentere, at selv om parodien utvivlsomt havde Anders Fogh Rasmussen som sit primære mål (target), så udgjorde gangsterrappen et sekundært mål for parodien. Såfremt det afgørende for en parodis lovlighed er, om den må betegnes som en target- eller weaponparodi, er det altså ikke helt oplagt, om Tjenesten skulle indhente tilladelse fra Snoop Dogg.

relevans for infosoc-direktivets parodibegreb, der altså principielt omfatter såvel target- som weaponparodier. Dommens fortolkning af infosoc-direktivets parodibegreb samt spørgsmålet om, hvorvidt dommen uanset dette giver mulighed for, at medlemsstaterne nationalt begrænser deres parodiundtagelser til targetparodier, behandles nærmere nedenfor *afsnit 10.2.3.2*.

Sammenfattende er det muligt at indsnævre den for afhandlingen relevante problemstilling om parodier en smule. De parodierende anvendelser, der giver anledning til retsusikkerhed, er således kun dem, hvor der gengives værksmateriale, der nyder ophavsretlig beskyttelse. Ophavsretten giver nemlig utvivlsomt kun beskyttelse til frembringelser, der udgør værker, jf. OPHL § 1. Indeholder en parodi ikke værksmateriale – f.eks. fordi det, der parodieres, er en person eller et alment samfunds- eller livsforhold, hvilket parodien formår uden at gengive kunstneriske eller litterære værker – kræver dens lovlighed således ikke en ulovbestemt parodiundtagelse. Samtidig medfører *princippet om den manglende idébeskyttelse*, at det ikke er alle elementer i et værk, der nyder beskyttelse. Et værks bagvedliggende idéer eller indhold nyder således ikke beskyttelse, og hvis det alene er sådanne, der benyttes i parodien, da kræver parodiens lovlighed heller ikke en ulovbestemt parodiundtagelse. Endelig skal det for god ordens skyld nævnes, at såfremt en parodi måske nok anvender værksmateriale, men beskyttelsen af dette er udløbet som følge af, at ophavsmanden har været død i 70 år, jf. OPHL § 63, da vil parodiens lovlighed naturligvis heller ikke afhænge af en ulovbestemt parodiundtagelse. Heller ikke i dette tilfælde er der anvendt *beskyttet* værksmateriale.

Selvom de nævnte afgrænsninger som sådan er indiskutable, er det klart, at afgørelsen af, om værksmateriale er anvendt eller ej, ikke altid er ligetil. Denne problemstilling angår imidlertid i højere grad værkslæren og falder derfor uden for denne afhandlings emne.¹⁴⁹ Man kan dog finde en vis vejledning i, om parodien har karakter af en genre-, kunstner- eller værksparodi eller noget helt fjerde. Selvom der formentlig er nogle parodiarter, der hyppigere end andre vil udgøre ophavsretskrænkelser, er det imidlertid ikke muligt at sige noget absolut om nogen af disse kategorier. De vil alle til en vis grad kunne være både værksanvendende og ikke-værksanvendende.

149. Værkslæren er udførligt behandlet i Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave 2001, og senest i Eleonora Rosati, *Originality in EU Copyright*, 1. udgave 2013, hvori den seneste EU-retspraksis analyseres. Se desuden Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 105 ff., og Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 74 ff.

10.2.3. EU-retten

10.2.3.1. Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, og implementeringen heraf

Som redegjort for ovenfor i *afsnit 9.1* er der grundlæggende to EU-retlige betingelser for ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret, nemlig dels at sådanne har hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, dels at den pågældende hjemmel kan anses for implementeret.

I infosoc-direktivet er der i art. 5, stk. 3, litra k, givet hjemmel til, at medlemsstaterne kan vælge at indføre eller opretholde en parodiundtagelse, nærmere bestemt en indskrænkning i den ophavsretlige eneret for så vidt angår »anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche«.¹⁵⁰ En eventuel parodiundtagelse i dansk ophavsret vil således have hjemmel i infosoc-direktivet. Dette betyder imidlertid ikke i sig selv, at der gælder en sådan parodiundtagelse i dansk ophavsret. Hjemlen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, er nemlig fakultativ, og Danmark har derfor ikke pligt til at indføre en parodiundtagelse. Spørgsmålet bliver derfor, om hjemlen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, må anses for implementeret og dermed udnyttet af Danmark, eller om den må anses for uudnyttet. Såfremt det sidste er tilfældet, vil der nemlig ikke være hverken pligt eller grund til en direkte anvendelse af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, i medfør af *princippet om EU-konform fortolkning*. Hjemlen er som nævnt netop fakultativ og derfor ikke en EU-retlig pligt for Danmark.

Hvad angår implementeringsspørgsmålet, må det først bemærkes, at der ikke findes en kodificeret, lovbestemt parodiundtagelse i ophavsretsloven. En eventuel implementering af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, vil derfor skulle findes på ulovbestemt grundlag. Som det også fremgår ovenfor i *afsnit 9.1.2*, stilles der imidlertid i EU-retten strenge betingelser for, hvornår implementering af EU-direktiver kan ske i form af ulovbestemt ret. EU-Domstolen har i en efterhånden omfattende praksis opstillet en række kriterier for, hvornår implementering ved sådanne ulovbestemte reguleringer er i overensstemmelse med TEUF art. 288, stk. 3. Navnlig stilles der store krav til klarheden og bestemtheden i den retspraksis eller de retskilder, der skal udgøre den eventuelle implementering. Såfremt en ulovbestemt parodiundtagelse skal kunne anses for at eksistere i dansk ophavsret, må eksistensen af denne undtagelse altså fremgå klart og tydeligt af det ulovbestemte retskildemateriale. Endvidere må det formentlig kræves, at det er muligt af retskildematerialet at udlede kriterierne for, hvornår noget kan anses for at udgøre en parodi i den ulovbestemte

150. Jf. nærmere om begrebet parodi som terminologisk samlebetegnelse ovenfor *afsnit 10.2.1*.

regels forstand, med den følge at den pågældende anvendelse ikke udgør en krænkelse af det anvendte værk.

I denne sammenhæng skal det også bemærkes, at det principielt er muligt, at en ulovbestemt parodiundtagelse kan have eksisteret i dansk ret før infosoc-direktivet, men at denne ikke kan anses for at gælde efter infosoc-direktivet. Dette skyldes, at det først var med infosoc-direktivets vedtagelse, at eventuelle ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret blev underlagt de strenge implementeringsbetingelser, som kan udledes af EU-Domstolens praksis. Eksisterede der frem til 2001 en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret, men var denne ikke tilstrækkelig veludviklet til, at dens eksistens og indhold med stor sikkerhed kunne fastslås, vil det således være vanskeligt at anse denne som en gyldig implementering af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, hvilket ultimativt kan få den konsekvens, at direktivets hjemmel – der er valgfri for medlemsstaterne – må anses for udnyttet af Danmark. Dette vil i givet fald ikke udgøre et traktatbrud fra Danmarks side, men blot få den betydning, at en dansk parodiregel ikke kan anses for at eksistere. I den sammenhæng skal det erindres, at baggrunden for, at EU-retten ikke tolererer retsusikkerhed på harmoniserede områder, er, at harmoniseringen netop er sket af hensyn til det indre marked, jf. infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 1 og 3.

Danmark implementerede infosoc-direktivet ved en ændring af ophavsretsloven i 2002 (2002-lovændringen). I lovmotiverne til denne ændringslov var optaget et bilag, som indeholdt en gennemgang af bestemmelserne i infosoc-direktivet sammenholdt med den gældende danske ophavsretslov. I relation til hjemlen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, blev det i bilaget angivet, at »[a]rt. 5, stk. 3, litra k, er en valgfri undtagelse om anvendelse af værker og andre frembringelser mv. m.h.p. karikatur, parodi eller pastiche. En undtagelse af denne art findes ikke i den gældende lov, og hjemlen foreslås ikke udnyttet.«¹⁵¹

Det er oplagt at anse tanker om en dansk parodiundtagelse for endegyldigt at være afvist med denne implementeringslov, hvori lovgiver altså bevidst fravalgte at udnytte direktivets hjemmel. Infosoc-direktivet var en oplagt anledning til at kodificere en eventuel ulovbestemt indskrænkning, hvis man mente, at en sådan alligevel fandtes, og alternativt at indføre en, hvis man ønskede, at en sådan skulle findes. Men denne anledning valgte lovgiver altså ikke at benytte sig af. Selvom den mest naturlige fortolkning af dette formentlig vil være, at nogen særlig retstilstand for parodier altså ikke gælder (i hvert fald ikke fra og med implementeringslovens vedtagelse), kan

151. FT 2002-03, tillæg A, s. 310 (bilag 3 til lovforslaget).

der dog stadig godt rejses tvivl om, hvad man skal lægge i bemærkningen. Den sidste sætning kan således også læses sådan, at formuleringen »*af denne art*« tages meget bogstaveligt og dermed forstås sådan, at en parodiundtagelse ganske vist ikke findes eller indføres i form af en låneregel, men at dette ikke udelukker en indskrænkning i medfør af OPHL § 4, stk. 2, eller i medfør af en ulovbestemt indskrænkning. Selvom en sådan fortolkning synes tvivlsom, er den muligvis baggrunden for, at den udbredte opfattelse i litteraturen om, at en parodiundtagelse gælder, overlevede 2002-lovændringen, jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.2.4.4*. De pågældende forfattere omtaler imidlertid ikke bemærkningen i det nævnte bilag, og at den ganske enkelt har været overset af forfatterne kan derfor heller ikke udelukkes.

Den primære grund til, at man ikke kan udelukke en ulovbestemt parodiundtagelse alene med henvisning til bilaget i forarbejderne til 2002-lovændringen er dog, at retskildeværdien af et sådant bilag er begrænset. Såfremt en ulovbestemt parodiundtagelse kan udledes af eksempelvis retspraksis, er det i sig selv usikkert, om lovgiver kan afskaffe en sådan alene ved en så uspecifik bemærkning. Når bemærkningen så tilmed er placeret i et *bilag* til lovforslaget og ikke i de egentlige motivbemærkninger, forekommer det endnu mere tvivlsomt, om domstolene vil føle sig bundet af denne, hvis de i øvrigt måtte mene, at de havde udviklet en ulovbestemt indskrænkning for så vidt angår parodier. Når det kommer til stykket, kommer man således ikke udenom en gennemgang af de ulovbestemte retskilder, hvis man retsdogmatisk skal enten be- eller afkræfte spørgsmålet om en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret.

10.2.3.2. EU-Domstolens dom i sag C-201/13 (Johan Deckmyn)

Inden gennemgangen af de danske retskilder, må en enkelt EU-dom dog behandles. Den 3. september 2014 afsagde EU-Domstolen nemlig sit første præjudikat om infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, i form af den præjudicielle afgørelse i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, der var en belgisk forelæggelse i en sag om en anvendelse af en forside fra den belgiske tegneserie *Suske & Wiske*. Den højreorienterede politiker Johan Deckmyn havde til en nytårsreception i Gent fremstillet en kalender, hvis forside var en efterligning af en forside fra et *Suske & Wiske*-hæfte med titlen *De Wilde Weldoener* (den vilde velgører). Originalforsiden forestillede en flyvende person, der kastede mønter ned til nogle personer i Gents gader. I Johan Deckmyns efterligning var den flyvende person tegnet som Gents borgmester og personerne, han kastede pengene til, var mørklødede personer med slør. Sagen angik som nævnt fortolkningen af infosoc-direktivets parodiundtagelseshjemmel i art. 5, stk. 3, litra k, og besvarede visse af spørgsmålene om denne hjemmels EU-ret-

lige indhold, hvilket samtidig satte nogle rammer for fortolkningen af de forskellige nationale implementeringer af hjemlen, som findes i de EU-medlemsstater, der må anses for at have udnyttet hjemlen. Hvoriblandt Danmark altså *måske* er, *måske ikke* er – idet svaret netop afhænger af, om der i dansk ophavsret gælder en ulovbestemt parodiundtagelse.

Dommen indeholder overordnet to anvisninger om fortolkningen af den fakultative parodiundtagelse i EU-ophavsretten. Dels vedrørende det EU-retlige parodibegrebs indhold, dels vedrørende dette begrebs harmoniseringsmæssige karakter.

Hvad angår indholdet af infosoc-direktivets parodibegreb, blev det i dommen fastslået, at dette skal fastlægges ud fra den sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, hvorefter en parodis væsentligste kendetegn er 1) at den vækker forestilling om et eksisterende værk, 2) at den samtidig udviser synlige forskelle i forhold til dette, og 3) at den er udtryk for humor eller latterliggørelse.¹⁵² Nogle andre principielle spørgsmål blev imidlertid samtidig afklaret. Som nævnt har det været diskuteret, om parodiundtagelsen kun gælder de såkaldte targetparodier, og dermed ikke weaponparodierne. Hvis dette er tilfældet, vil indskrænkningen være væsentligt snævrere, end hvis begge parodityper omfattes, og samtidig er der formentlig retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved at lade en sådan sontring styre begrebets indhold. Som det fremgår ovenfor i *afsnit 10.2.2*, er det i hvert fald ikke nogen nem sontring at arbejde med. Muligvis på baggrund af sådanne overvejelser benyttede EU-Domstolen sig af sin førstkommande mulighed i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* til at underkende sontringen som relevant for fortolkningen af parodihjemlen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k.¹⁵³ Infosoc-direktivets parodibegreb er således ikke begrænset til parodier, der rammer selve originalværket, og weaponparodier kan derfor efter omstændighederne også være parodier i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k's forstand.¹⁵⁴

152. Jf. *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pr. 19-20 og 33.

153. Jf. *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pr. 21.

154. Dette resultat var i øvrigt i nordisk retslitteratur forudset af Inger Høedt-Rasmussen og Dirk Voorhoof, som i 2008 gjorde gældende, at den belgiske dom i sagen mellem den danske kunstner Ole Ahlberg og rettighedshaverne til bl.a. Hergés værker, navnlig Tintin-bøgerne, skulle introducere »en ny dimension af parodibegrebet [...], hvor det ikke er en betingelse, at en parodi eksplicit kritiserer eller gør grin med det originale værk«, jf. NIR 2008.166 (Inger Høedt-Rasmussen og Dirk Voorhoof, *Dansk kunstner vinder sag om surrealismens grænser*), s. 169. I svensk ret har spørgsmålet også hidtil været uafklaret, men i en ældre artikel har Jan Rosén anført, at begge parodityper var omfattet af svensk rets parodiundtagelse, jf. NIR 1990.600 (Jan Rosén, *Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti?*), s. 601: »[...]

Et andet spørgsmål er imidlertid, om parodibegrebets EU-retlige indhold samtidig er obligatorisk for medlemsstaterne, såfremt de har indført en parodiundtagelse. Der er ingen tvivl om, at infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, er en fakultativ hjemmel, og medlemsstaterne har derfor ikke pligt til at indføre en parodiundtagelse i deres nationale ophavsretslovgivninger. Som det også er diskuteret i relation til fortolkningen af de lovbestemte indskrænkninger, jf. ovenfor *afsnit 6.2*, kunne man derfor, ud fra princippet om *qui potest majus, potest et minus (det mindre i det mere)* argumentere for, at når medlemsstaterne kan vælge slet ikke at indskrænke den ophavsretlige beskyttelse for så vidt angår parodier, da kan de som *det mindre i det mere* også vælge at indskrænke den kun for så vidt angår visse parodier. Altså i form af en snævrere parodiundtagelse end den, som EU-Domstolen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* udledte af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. Men dette afviste EU-Domstolen som en mulighed for medlemsstaterne, idet den udtalte, at »begrebet »parodi«, som fremgår af en af bestemmelserne i et direktiv, der ikke indeholder nogen henvisning til national ret, skal anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb og fortolkes ensartet på Unionens område [...]. Denne fortolkning afkræftes ikke af, at den undtagelse, der er omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29, er fakultativ. En fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har indført denne undtagelse, frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på ikke-harmoniseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den anden, ville nemlig være i strid med nævnte direktivs formål.«¹⁵⁵ Bestemmelsen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, udgør med andre ord det, som man, i mangel af et rammende dansk udtryk, kan kalde en *take it or leave it*-hjemmel.¹⁵⁶ Hvis en medlemsstat

Däremot berör lagen otvivelaktigt sådant som uttrycken i vidaste mening ofta kan stå för eller avse, såsom härmande, förlöjligande och förvrängning av ett litterärt eller konstnärligt verk eller ett mer eller mindre naket utnyttjanden av ett sådant verk som ett medel att åstadkomma någon av de antydda effekterna.» Det kan i øvrigt nævnes, at man i svensk retspraksis undgik problemstillingen i *NIR 1976.325 (Sveriges Flagga)* og *NIR 1999.248 (Skriet)*, idet henholdsvis *Högsta Domstolen* og *Svea Hovrätt* i dommene nåede frem til, at anvendelserne ikke kunne anses som parodier. I *NIR 2007.311 (Alfons Åberg)* frikendte *Högsta Domstolen* imidlertid for anvendelse af nogle Alfons Åberg-replikker i sammenhæng med replikker for den danske film *Pusher*. Denne dom besvarede imidlertid heller ikke spørgsmålet, for Alfons Åberg/*Pusher*-parodien var jo netop en targetparodi.

155. Jf. *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pr. 15-16. Se også *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 36, og *sag C-435/12 (ACI Adam)*, pr. 49, hvortil EU-Domstolen henviste.

156. Jf. Eleonora Rosati, *Just a Matter of Laugh? Why the CJEU Decision in Deckmyn is Broader than Parody*, i *Common Market Law Review* 2015, under udgivelse, s. 8-10.

vælger at udnytte hjemlen – hvilket den altså som nævnt ikke behøver, men hvis den vælger at gøre det – skal den nationale implementering have samme indhold som det, der følger af det totalharmoniserende direktivbegreb, sådan som i sidste instans EU-Domstolen måtte fastlægge dette. Med andre ord kan »parodi« principielt ikke betyde noget andet i eksempelvis Spanien end i Danmark.¹⁵⁷ Dette resultat kunne man formentlig godt have forudset. I hvert fald ligger det i forlængelse af flere tidligere ophavsretlige EU-domme.¹⁵⁸

Det skal for god ordens skyld nævnes, at man strengt taget ikke direkte kan udlede af *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, at medlemsstaterne er forhindret i at indføre eller opretholde en snævrere parodiundtagelse, end hvad der følger af det EU-retlige parodibegreb, såfremt de gør det ved at fravige terminologien i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. At man som medlemsstat i et sådant tilfælde vil kunne påberåbe sig princippet om *det mindre i det mere* i relation til den faktultative hjemmel i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k,

157. Jf. *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pr. 15 og 16. I den forbindelse kan det nævnes, at en anden EU-medlemsstat, nemlig Luxembourg, eksplicit har begrænset deres lovbestemte parodiundtagelse til parodier, der har »til hensigt at håne det parodierede værk«, jf. Lucie Guibault m.fl., *Study on the Implementation and Effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 2007, Part II, s. 327. Luxembourgs parodiundtagelse må efter dommen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* anses for at være i strid med infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. Også i USA, hvor parodier kan være lovlige som fair use, gælder det, at en parodi »must target the original«, jf. *Campbell v. Acuff-Rose (1994)*. Med dommen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* er der således på dette punkt forskel på amerikansk ophavsret og på ophavsretten i de medlemsstater, der har implementeret infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. Amerikanske rettighedshavere skal altså ikke regne med i disse EU-lande at nyde samme beskyttelse mod parodier, som de gør hjemme i USA.

158. Jf. navnlig *sag C-245/00 (SENA mod NOS)*, pr. 23-24, og *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 32-36, samt de ovenfor i afsnit 6.2 omtalte domme. At anse direktivbegreber som fællesskabsretlige begreber er i øvrigt ikke kun udgangspunktet på ophavsrettens område, men er EU-Domstolens faste tilgang til fortolkning af EU-retsakter, se f.eks. *sag 327/82 (Ekro)*, pr. 11, og *sag C-287/98 (Linster)*, pr. 43. I denne sammenhæng skal det i øvrigt bemærkes, at det er sandsynligt, at EU-retlige begreber også kan få betydning uden for området for deres harmonisering, jf. således *sag C-313/12 (Romeo)*, pr. 22. hvor det i relation til den forvaltningsretlige begrundelsespligt blev udtalt, at »[d]et er afgjort i Unionens interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, fortolkes ensartet, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås, såfremt den i national ret valgte regulering af situationer, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for den pågældende EU-retsakt, er hentet fra nævnte retsakt, for at sikre en ensartet behandling af interne situationer og situationer omfattet af EU-retten, uanset de vilkår, hvorunder de bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, skal anvendes«. Se tilsvarende *sag C-583/10 (Nolan)*, pr. 46.

Del III. Ulovbestemte indskrænkninger

kan man vel principielt ikke udelukke, og de ovenfor i *afsnit 6.2* gennemgåede domme *sag C-467/08 (Padawan)* og *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)* tyder formentlig på, at det er muligt. Det forekommer dog i praksis at være en risikabel affære for en medlemsstat, idet det forekommer tvivlsomt, at EU-Domstolen vil anse medlemsstater, der fraviger den EU-retlige terminologi, for samtidig at holde sig inden for hjemlens grænser. Det vil i hvert fald være med stor risiko for traktatbrud, hvis en medlemsstat forsøger en sådan implementering. I praksis er der derfor tale om det, man som ovenfor beskrevet kan kalde en *take it or leave it*-hjemmel.

EU-Domstolens fortolkning af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* er naturligvis ikke en relevant retskilde i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt der eksisterer en parodiundtagelse i dansk ophavsret. Bestemmelsen er som tidligere nævnt netop en fakultativ hjemmel, som Danmark muligvis ikke har udnyttet. Alligevel er dommen relevant at inddrage i forbindelse med undersøgelsen af, om en eller flere ulovbestemte retskilder i dansk ophavsret udgør en ulovbestemt parodiundtagelse. Dette skyldes, at dommen jo netop fastslår, at parodihjemlen i infosoc-direktivet – uanset at den er fakultativ – er en totalharmoniserende bestemmelse, hvor begrebet »parodi« udgør et selvstændigt EU-retligt begreb, som skal fortolkes ensartet i hele EU.¹⁵⁹ Dette betyder, at *såfremt* en dansk parodiundtagelse eksisterer, skal den fortolkes i overensstemmelse med dommen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)* samt eventuelle andre fremtidige EU-domme om bestemmelsen. Dette betyder endvidere, at *såfremt* en dansk parodiundtagelse foreligger, da gælder den principielt såvel target- som weaponparodier. Dette forekommer indiskutabelt efter EU-Domstolens dom. Hvad der imidlertid følger som en mere afledt konsekvens af dette er, at EU-Domstolens fortolkning påvirker den retsdogmatiske vurdering af, om en ulovbestemt parodiundtagelse eksisterer. Hvis de ulovbestemte retskilder, der i givet fald vil skulle anses for at udgøre en parodiundtagelse i dansk ophavsret, er i overensstemmelse med fortolkningen i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, taler det i højere grad for en retsdogmatisk konklusion om, at en ulovbestemt parodiundtagelse findes, end hvis retskilderne ikke kan forenes med den EU-retlige fortolkning. I så fald vil det nemlig forekomme mere korrekt at anse disse retskilder for EU-retligt underkendt med den følge, at de har mistet deres eventuelle retskildeværdi.

10.2.4. De danske retskilder

I det følgende gennemgås de danske retskilder, der i givet fald vil skulle anses for at udgøre den ulovbestemte parodiundtagelse, som nogle mener findes. Gennemgangen er kronologisk, idet dette giver det bedste overblik i

159. Jf. *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pr. 14-17 samt ovenfor.

forhold til, hvilket retsgrundlag de enkelte retskilder relaterer sig til, ligesom det giver mulighed for at se den udvikling, der har været i forestillingen om en ophavsretlig parodiundtagelse.

10.2.4.1. Frem til 1961-loven

Forestillingen om en parodiundtagelse i dansk ophavsret går langt tilbage. Allerede i slutningen af 1800-tallet blev tanken lanceret i Carl Torps bog om *Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse*.¹⁶⁰ Carl Torp blev hermed den første juridiske forfatter, der forholdt sig til parodiens ophavsretlige status. Carl Torps synspunkt var, at parodier som udgangspunkt ikke ville være omfattet af eneretten, men at dette dog ville være tilfældet, hvis benyttelsen af originalværket skete tilstrækkeligt »grovt og uselvstændigt«.¹⁶¹ Carl Torp uddybede ikke sit synspunkt yderligere, og derved fik han ikke sagt meget andet end det i forvejen åbenlyse, nemlig at det er benyttelsesomfanget, der er afgørende for, om en parodi falder inden for eller uden for enerettens rammer. Altså ganske som i alle andre krænkelsesspørgsmål, hvor der ikke findes en lovbestemt undtagelse. Men hvor bredt beskyttelsesomfanget er, eller sagt på en anden måde, hvad der vil være »tilstrækkeligt« til at udgøre krænkelse, forholdt Carl Torp sig reelt ikke til.

Carl Torp henviste til dommen *U 1878.258 LHSD (Mester Oles Prædiken)*, som ifølge ham er et muligt eksempel på en parodi, for hvilken der blev frifundet. Om der var tale om en parodi er dog tvivlsomt, og retten omtalte da heller ikke den omtvistede anvendelse som parodisk. Sagen angik en politikers anvendelse af en politisk modstanders tale i en modificeret version, der indeholdt ændringer, der gjorde budskabet til det politisk stik modsatte. Carl Torp tvivler i øvrigt selv på afgørelsens rigtighed, og rettens begrundelse for frifindelsen synes under alle omstændigheder at være uholdbar under nutidig ophavsret. Således lagde retten vægt på, at øjemedet (dvs. indholdet) i det omskrevne digt var et andet end i det oprindelige digt, og at dette – uanset at omskrivningerne var »saa lidet omfangsrige, at Skriftet unægtelig mangler Originalitet« – betød, at en krænkelse ikke forelå. En sådan præmis stemmer dårligt overens med det, i hvert fald i dag, almindeligt antagne princip om

160. Jf. Carl Torp, *Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse*, 1. udgave 1889 (udgivet i 2. og sidste udgave i 1898). For god ordens skyld bemærkes, at betegnelsen ophavsret ikke anvendtes dengang, men derimod betegnelsen eftertryk, jf. herom f.eks. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 70. Sidenhen (fra 1902) anvendtes betegnelsen forfatterret og kunstnerret, og først fra og med 1961-loven indførtes betegnelsen ophavsret som den legale terminologi.

161. Jf. Carl Torp, *Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse*, 1. udgave 1889, s. 69, samt Carl Torp, *Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse*, 2. udgave 1898, s. 69.

den manglende idébeskyttelse (*idea/expression dichotomy*), hvorefter det er formen eller udtrykket (men derimod netop ikke indholdet eller idéen), der beskyttes af ophavsretten. Rettens begrundelse synes i strid med dette princip at lade det være afgørende, at indholdet er et andet, uanset at formen eller udtrykket er kopieret. Dertil kommer som nævnt, at det – i hvert fald med nutidens øjne – er vanskeligt at se, hvad de parodiske elementer i sagen skulle være. Der var vel snarere tale om et seriøst politisk debatindlæg. Sagen forekommer derimod i høj grad at kunne aktualisere ytringsfriheds-overvejelser, jf. nærmere herom nedenfor *Del IV*, men som den er gengivet i *Ugeskrift for Retsvæsen*, er det vanskeligt at se, hvori det parodiske, komiske eller humoristiske i værksanvendelsen skulle bestå. Eftersom Carl Torp – der introducerede dommen i dansk ophavsretslitteratur – selv tvivlede på dens korrekthed og retskildeværdi, og eftersom den er afsagt efter en lov, der ligger meget langt fra den nugældende EU-harmoniserede ophavsretslov, er det meget vanskeligt – uanset at man muligvis kan tilslutte sig resultatet som en korrekt ytringsfrihedsafgørelse – at tillægge dommen nogen nævneværdig retskildeværdi i relation til spørgsmålet om en selvstændig parodiundtagelse under den nugældende danske ophavsretslovgivning.

Få år efter Carl Torps bog, der var fra *eftertrykslovens* tid, blev *lov om forfatterret og kunstnerret* vedtaget i 1902. Denne lov indeholdt imidlertid ingen afklaring af retstilstanden for parodier. Da domstolene heller ikke i mellemtiden havde haft lejlighed eller vilje til at udtale sig om spørgsmålet, var det med nødvendig forsigtighed, at Ludvig August Grundtvig i sine fremstillinger af loven angav, at »Parodier, Travestier og Satirer over Andres Værker maa vistnok altid anses som retmæssige«. ¹⁶² I en note til dette udsagn henviser Grundtvig til den ovenfor omtalte *U 1878.258 LHSD (Mester Oles Prædiken)* samt til Carl Torp. Grundtvig begrænser imidlertid sit synspunkt til at angå parodier »over Andres Værker«. Det er muligt, at han herved begrænsede sit synspunkt til kun at angå de såkaldte targetparodier. ¹⁶³ I så fald er han i denne henseende i dag blevet underkendt med den ovenfor i *afsnit 10.2.3.2* omtalte dom i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*. I det omfang man i dag vil anse Grundtvigs bog som en retskilde, der bidrager til en ulovbestemt parodiundtagelse, er den altså svækket ved at være uforenelig med det EU-retlige parodibegreb. Men det forekommer uanset hvad højst tvivlsomt at anse den som nogen betydningsfuld retskilde i dag, eftersom den alene baserer sig på

162. Ludvig August Grundtvig, *Kort Fremstilling af Forfatterretten*, 1. udgave 1905, s. 132, samt Ludvig August Grundtvig, *Kort Fremstilling af Forfatterretten*, 2. udgave 1918 ved Kai Glahn, s. 145.

163. Jf. nærmere om sondringen mellem target- og weaponparodier ovenfor *afsnit 10.2.2*.

1) dommen i *U 1878.258 LHSD (Mester Oles Prædiken)*, som ikke synes at angå en parodi og i øvrigt forekommer i strid med *princippet om den manglende idébeskyttelse*, jf. ovenfor, samt 2) Carl Torp, som jo netop stillede sig tvivlende over for den nævnte dom, og som i øvrigt i sin bemærkning om parodier muligvis alene har omtalt denne inden for rammerne for den almindelige krænkellesvurdering og ikke som en selvstændig indskrænkning på ulovbestemt grundlag.

Lov om forfatterret og kunstnerret blev revideret i 1904, 1908, 1912 og 1933, og i relation til 1933-lovens § 9, der bl.a. indeholdt datidens *droit moral*-beskyttelse, anførte Jens Hartvig Jacobsen i 1941, at parodier og travestier måtte være retmæssige. Hartvig Jacobsen anviste ingen retskilder, der støttede dette, men begrundede sin opfattelse med, at parodier er »udført saaledes at Form og Tone bevares medens Indholdet ombyttes med et andet der ikke passer til Formen. Ophavsmanden skubbes netop ikke det fremmede Værk i Skoene«.¹⁶⁴

Hartvig Jacobsens opfattelse er bemærkelsesværdig, men måske forventelig henset til præmisserne i *U 1878.258 LHSD (Mester Oles Prædiken)*, jf. ovenfor. Han synes således at finde det afgørende for lovligheden, at *indholdet* er et andet, og at dette skulle retfærdiggøre, at originalværkets *form* bevares. En sådan begrundelse stemmer som nævnt dårligt overens med den helt centrale grundsten i ophavsretten, at denne alene yder beskyttelse af et værks *form* eller *udtryk*, men ikke af dets *indhold* eller *idéer*. Hvis en frembringelse skulle være lovlig, skulle det derfor snarere være fordi, indholdet måske nok er det samme, men at dette indhold er udtrykt i en anden form.

Ti år senere, i 1951, gjorde Hartvig Jacobsen igen gældende, at parodier har en særstilling i dansk ophavsret. Denne gang er han dog lidt mere forsigtig, idet han med henvisning til Grundtvig antog »at parodier, travestier og satirer over andres værker altid må anses for retmæssige«.¹⁶⁵ Udover nu at læne sig op ad Grundtvig som kilde følger Hartvig Jacobsen også op med omtale af dommen *U 1878.258 LHSD (Mester Oles Prædiken)*, der som nævnt er tvivlsom, idet den næppe angår et paroditilfælde, jf. ovenfor. Endelig kunne Hartvig Jacobsen på dette tidspunkt også finde støtte i den i mellemtiden afgivne *Betænkning 1951* – hvori det var angivet, »at det ifølge fast tradition, som det ikke har været meningen at røkke ved, er tilladt at bringe travestier og parodier«.¹⁶⁶ På daværende tidspunkt var det dog vanskeligt at betragte

164. Jf. Jens Hartvig Jacobsen, *Ophavsretten*, 1. udgave 1941, s. 140.

165. Jf. Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, 1. udgave 1951, s. 87.

166. Jf. *Betænkning 1951*, s. 107, samt Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, 1. udgave 1951, s. 73.

betærnkningen som en retskilde al den stund, at den endnu kun var et forslag til en kommende lovgivning.¹⁶⁷ Samtidig er det vanskelig at se, hvoraf den faste tradition kan udledes. Med hensyn til Hartvig Jacobsens udsagn fra 1951 er det i øvrigt værd at bemærke, at han, ligesom Grundtvig, innskærnker dette til parodier »over andres værker«, hvorved muligvis må forstås, at han alene anser de såkaldte targetparodier for at være lovlige. En sådan begrærnsning synes han derimod ikke at angive tilbage i 1941, jf. ovenfor.

Torben Lund har i to omgange forholdt sig til parodiens lovlighed.¹⁶⁸ Første gang i 1944 i relation til forfatter- og kunstnerretsloven og anden gang i 1961 i relation til den dengang netop vedtagne 1961-lov. I begge sammenhænge er Lund af den opfattelse, at en parodi ikke udgør en ophavsretskærnkelse, men hvad der er begrundelsen for dette, synes han ikke at være helt konsekvent omkring. I 1944 fremførte Torben Lund i sin doktordisputats det synspunkt, at formålet med en gengivelse af et værk ikke spiller nogen rolle i relation til, om gengivelsen udgør en krærnkelse. Da dette synspunkt imidlertid afmonterede nordmanden Ragnar Knophs argument for parodiens lovlighed, anførte Lund umiddelbart derefter, at »[n]år det således hævdes, at karikaturer og parodier på værker er frit tilladt, fordi de ikke har til hensigt at konkurrere med det karikerede værk, (Knoph p. 90 og 565) kan man være enig i konklusionen, men ikke i begrundelsen. Forklaringen ligger snarere i, at der her ofte vil være tale om nye, selvstændige værker.«¹⁶⁹ Torben Lund afviste med

167. Se nærmere om bemærkningen nedenfor afsnit 10.2.4.2 om tiden efter vedtagelsen af 1961-loven, i hvilken periode 1951-betærnkningen har haft reel retskildeværdi som forarbejde til denne lov.

168. Jf. Torben Lund, *Billedkunsten i retlig belysning*, 1. udgave 1944, s. 157, og Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 74, 97 og 105.

169. Torben Lund, *Billedkunsten i retlig belysning*, 1. udgave 1944, s. 157. Ragnar Knophs synspunkter lød som følger: 1) »Også en anden almindelig begrærnsning må ophavsretten finne sig i, skjønt [lov om åndsverker] Ikke gir uttrykkelig hjemmel for den: Gjengivelse av åndsverker i form av karikaturer og parodier er ikke noe inngrep i ophavsmannens enerett. Det er så vidt jeg vet alle forfattere enig om, og jeg kjenner intet land hvor domstolene har tatt et annet standpunkt. Forklaringen til dette er at slike gjengivelser ikke har til hensikt å tilegne sig de økonomiske fruktene av ophavsmannens arbeide eller å stjele hans kunstneriske laurbær. Det er for å gjøre narr av ham og hans verk at gjengivelsen skjer, og det ligger ikke i ophavsrettens tanke å verge dem mot dette«, jf. Ragnar Knoph, *Åndsretten*, 1. udgave 1936, s. 90 f., og 2) »Endelig er det også konkurranse- eller interessesympunktet, som gir forklaringen til at parodier og karikaturer faller utenfor ophavsretten, skjønt det kan være uomtvistelig at de gjengir det originale åndsverk i dets vesentlige drag. Her er det nemlig ikke hensikten å drive utilbørlig konkurranse med ophavsmannen, ved å tilegne sig hans åndsverdier og slå mynt på dem Snarere tvert imot«, jf. Ragnar Knoph, *Åndsretten*, 1. udgave 1936, s. 565. Uanset om man de lege ferenda bifalder

andre ord formålskriteriet og angav i stedet et kriterium om, at parodien for at være lovlig må være et nyt og selvstændigt værk, hvormed han formentlig udtrykker nogle af de tanker, der dengang lå bag 1933-lovens §§ 13 og 30, og som ledte frem til formuleringen af 1961-lovens § 4, stk. 2, som stadig findes i den nugældende ophavsretslov, jf. OPHL § 4, stk. 2. Det skal dog bemærkes, at Torben Lund, som det vil fremgå nedenfor i *afsnit 10.2.4.2*, i 1961 forener de to begrundelser, idet han her anser det fremmede formål for at være baggrunden for parodiens lovlighed i medfør af OPHL § 4, stk. 2.

Torben Lunds opfattelse fra 1944 om parodiens lovlighed som et spørgsmål om den er et nyt og selvstændigt værk, har formentlig fundet udtryk i parternes anbringender i *U 1951.657 ØLD (Vandmoderen)*. Denne dom blev, hvis man ser bort fra den tvivlsomme *U 1878.258 LHSD (Mester Oles Prædiken)*, den første dom med relevans for spørgsmålet om en dansk parodiregel.¹⁷⁰ Grundene til den sparsomme retspraksis kan være mange, og det er ikke muligt at påvise disse, men med til historien hører det muligvis, at dansk ret ikke indeholdt nogen *droit moral*-beskyttelse før forfatter- og kunstnerretsloven fra 1933, der indførte denne beskyttelse i 1933-lovens § 9, stk. 3, og § 27, stk. 7. Opmærksomheden på de parodierende værksanvendelser blev muligvis først for alvor vakt, da rettighedshavere havde mulighed for at påberåbe sig *droit moral*-beskyttelse, nærmere bestemt respektretten.

I lige netop *U 1951.657 ØLD (Vandmoderen)* var det dog ikke muligt for rettighedshaverne at påberåbe sig respektretten, selvom den var blevet indført på det tidspunkt. Dette skyldtes, at *droit moral*-beskyttelsen dengang overgik til Undervisningsministeriet efter ophavsmandens død, og da Undervisningsministeriet ikke havde ønsket at påtale det pågældende forhold, måtte rettighedshaverne føre sagen alene på den økonomiske eneret. Sagen angik et tea-

eller afviser Knophs synspunkt, må det *de lege lata* stå klart, at det ikke er udtryk for gældende dansk ophavsret. Det var derfor også rigtigt af Lund allerede i 1961 at tage afstand fra det med sine bemærkninger om, at formålet med en gengivelse principielt ikke kan være afgørende for, om gengivelsen er krænkende eller ej. Lunds samtidige imodekommelse af Knophs synspunkt om parodiens lovlighed, blot med en anden begrundelse, er så et andet spørgsmål. I dag forekommer det som klart udgangspunkt udelukket at lægge selvstændig vægt på en gengivelses formål, idet vurderingen principielt alene angår spørgsmålet, om der er sket enten en eksemplarfremstilling eller en tilgængeliggørelse for almenheden, jf. nærmere ovenfor *afsnit 5*. Ikke desto mindre kan det undertiden i retspraksis ses, at der inden for disse vurderinger muligvis – helt undtagelsesvist – kan være et rum for at lægge vægt på en gengivelses formål eller øjemed, jf. eksempelvis *sag C-135/10 (Marco Del Corso)*, *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)*.

170. For 1933-loven gjaldt der dog formentlig en vis *droit moral*-beskyttelse på ulovbestemt grundlag, jf. *Betænkning 1931*, s. 22.

terprogram, hvori fotografier af nogle billedhuggerværker af billedhuggeren Kai Nielsen var gengivet med en af skuespillernes hovede påsat. Arvingerne til en af de billedhuggere, hvis værk var anvendt, sagsøgte det pågældende teater for krænkelse. Eftersom sagen blev ført alene på den økonomiske eneret, udgør dommen et interessant præjudikat om retstilstanden for parodier efter 1933-loven. Man kan naturligvis diskutere, om der i sagen vitterligt var tale om en parodi eller lignende humoristisk anvendelse, men fra teatrets (sagsøgte) side var det i overensstemmelse med Torben Lunds opfattelse fra 1944, jf. ovenfor, gjort gældende, at der var tale om »*et nyt og selvstændigt værk med en parodisk humoristisk helhedsvirkning*«, og at det derfor måtte være lovligt i medfør af 1933-lovens § 30, som i vidt omfang svarede til nutidens OPHL § 4. Dette bestred rettighedshaverne (sagsøger) dog, idet de gjorde gældende, at »*fotomontagen ikke er nogen parodi på Kai Nielsens værk*.« Parternes procedure drejede sig således om, hvorvidt anvendelsen var parodisk, idet det syntes lagt til grund af parterne, at hvis dette var tilfældet, ville der foreligge et nyt og selvstændigt værk, som var lovligt i medfør af 1933-lovens § 30. Østre Landsret undlod imidlertid – desværre – at gå nærmere ind i disse anbringender og retsopfattelser og udtalte i stedet følgende: »*Selv om retten finder, at sagsøgte gengivelse af kunstværket har været ulovlig, må det dog antages, at sagsøgerne ikke har lidt noget økonomisk tab, og at sagsøgerne udnyttelse af deres kunstnerret iøvrigt ikke er skadet*. [Retten må] *herafter give sagsøgte medhold i frifindelsespåstanden*.« Landsretten anså altså med andre ord principielt anvendelsen for at være krænkende, men da intet tab var lidt, kunne erstatning ikke idømmes.¹⁷¹ Det henstår i det uvisse, om landsretten mente, at parodier ikke nyder nogen særstilling i dansk ophavsret, eller om den mente, at dette måske nok kunne være tilfældet, men at den pågældende anvendelse blot ikke kunne karakteriseres som en parodi. Hvis det første er tilfældet, er dommen udtryk for en afvisning af en parodiregel i dansk ophavsret. Hvis baggrunden for dommen derimod er den sidstnævnte, nemlig at Østre Landsret ikke anså anvendelsen for parodisk, må det undre, at dette ikke blev udtalt i dommen, når nu begge parter havde procederet om spørgsmålet. Om respektretten var til hinder for anvendelsen, giver dommen heller ikke svar på, eftersom denne netop ikke var påberåbt, idet sagsøgerne ikke var påtaleberettiget hertil.

Skal man gøre retskildemæssig status for dansk ophavsret for tiden frem til 1961-loven, er sagen altså den, at retspraksis i denne periode er meget

171. Det skal for god ordens skyld bemærkes, at reglen om rimeligt vederlag (se nu OPHL § 83, stk. 1, nr. 1) ikke fandtes dengang, hvilket er baggrunden for, at afgørelsen kunne få det resultat.

begrænset og ikke har forholdt sig klart til spørgsmålet, men at litteraturen tilsyneladende – om end meget forsigtigt – antager, at parodier er lovlige.

10.2.4.2. *Fra 1961-loven til 1995-loven*

I 1961 vedtoges en ny lov, og denne, som også var den første, der anvendte terminologien »ophavsret«, gav i vidt omfang den struktur og retstilstand, som findes i den nugældende ophavsretslov. Loven blev af Torben Lund fulgt op med en gennemgang af loven i form af en lovkommentar udgivet samme år. I denne kommentar angav Lund i relation til OPHL § 4, stk. 2, at parodier måtte være tilladt, idet han begrundede dette med, at *»formålet med disse er et helt andet end det normale med værker«*.¹⁷² Lund henviste i den forbindelse til den franske ophavsretslovgivning samt til de svenske lovmotiver. Hvad der imidlertid forekommer mærkværdigt er, at han ikke nævnte eller henviste til de danske lovmotiver til den selvsamme lov, som hans kommentar omhandlede. I disse findes der nemlig to steder bemærkninger om parodier. I motivbemærkningerne til 1961-lovens § 3, stk. 2, der fastsatte respektretten, blev det således angivet, at *»det bør fremhæves, at bestemmelsen ikke vil være til hinder for fremførelsen eller udgivelsen af parodier eller travestier, idet der for disses tilladelighed må siges at være fast tradition«*.¹⁷³ Ti år tidligere var der desuden i *Betænkning 1951* angivet en tilsvarende bemærkning – også i relation til det der senere blev til 1961-lovens § 3, stk. 2 – nemlig *»at det ifølge fast tradition, som det ikke har været meningen at røkke ved, er tilladt at bringe travestier og parodier«*.¹⁷⁴ Det uddybes ikke nogen af de to steder, hvad den nævnte tradition nærmere består i, eller hvor dens eksistens kan ses, men ud fra bemærkningernes ordlyd må det være en *retlig tradition*, der henvises til, dvs. ikke en kunstnerisk tradition. Dette må uden videre kunne lægges til grund ud fra formuleringen. Efter formuleringen er det således *tilladeligheden*, der påstås at være fast tradition for.¹⁷⁵ Henset til det sparsomme

172. Jf. Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 74 og 105.

173. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2693.

174. Jf. *Betænkning 1951*, s. 107.

175. Det er derfor forkert, når landsretten i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)* citerer bemærkningen som støtte for, at ophavsretsloven giver adgang til at tage hensyn til en fast (kunstnerisk) tradition. Denne dom er omtalt nærmere ovenfor *afsnit 6.1* og *afsnit 10.1.3.5*. I den sammenhæng kan det desuden bemærkes, at der heller ikke i øvrigt gælder nogen ophavsretlig formodning om, at værksanvendelser, for hvilke der er en fast kunstnerisk tradition, også falder uden for det ophavsretlige beskyttelsesomfang. Eksempelvis er der jo i høj grad en fast kunstnerisk tradition for f.eks. oversættelser eller filmatiseringer, men der er ingen tvivl om, at disse er afhængige af ophavsretten til originalværket, jf. nærmere OPHL §§ 2, stk. 1, og 4,

retskildemateriale om parodier, som der forelå før 1961, jf. ovenfor *afsnit 10.2.4.1*, er det dog umiddelbart svært at identificere en sådan retlig tradition.

Bemærkningerne i 1951-betænkningen og i motiverne til 1961-loven falder begge i relation til den del af *droit moral*-beskyttelsen, der kaldes respektretten. Respektretten beskytter ophavsmanden mod krænkende ændringer eller tilgængeliggørelser af det beskyttede værk, jf. 1961-lovens § 3, stk. 2, der består uændret i den nugældende OPHL § 3, stk. 2.¹⁷⁶ Bemærkningerne er altså ikke knyttet til den i praksis langt mere betydningsfulde økonomiske eneret i OPHL § 2. Spørgsmålet er derfor, om der 1) skal udledes den retlige konsekvens af bemærkningens placering, at den alene angår den ideelle respektret i OPHL § 3, stk. 2, og ikke gælder eneretsbeføjelserne i OPHL § 2, eller 2) om placeringen blot skyldes, at parodiproblematikken typisk vil være en respektretsproblemstilling, og at bemærkningerne derfor uden videre kan og skal udstrækkes til den ophavsretlige beskyttelse i sin helhed.¹⁷⁷ Man kan argumentere for det sidstnævnte synspunkt ved, at det følger som *det mindre i det mere*, at bemærkningen også må gælde den økonomiske eneret. Dette fordi det forekommer vanskeligt at anse en parodi for at kunne forbydes efter den økonomiske eneret, men tilladt efter respektretten. Den økonomiske eneret omfatter nemlig flere handlinger end respektretten. Argumentet er med andre ord, at såfremt parodiundtagelsen alene gælder respektretten, da vil den udelukkende være teoretisk, idet ophavsmanden jo i så fald bare kan forbyde den pågældende anvendelse med henvisning til den økonomiske eneret, og da der må være formodning imod dette, må det antages, at lovgiver på trods af bemærkningens placering i lovforslaget reelt har ønsket, at den skulle have relevans også for de økonomiske rettigheder. Altså et såkaldt *reductio ad absurdum*-argument.

stk. 1, samt Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 140 ff. og 194 ff.

176. Ordlyden af OPHL § 3, stk. 2, er som nævnt uændret i forhold til ordlyden af 1961-lovens § 3, stk. 2, men for en god ordens skyld skal det bemærkes, at denne ordlyd ikke fuldstændig svarer til den ordlyd, som var i det lovforslag, som motivbemærkningen findes i. Som nævnt ovenfor *afsnit 10.1.3.1* blev lovforslaget til det, der blev til 1961-loven fremsat ad to omgange, og i det oprindelige forslag indgik bestemmelsens sidste del, »eller i en sammenhæng«, ikke. Disse ord blev indsat i genfremsættelsen af lovforslaget i FT 1960-61, tillæg A, sp. 17 ff. Det fremgår af bemærkningerne, at ordene alene er en præcisering, jf. FT 1960-61, tillæg A, sp. 33.
177. Udstrækningen af bemærkningernes retskildeværdi til – på trods af deres placering – også at gælde den økonomiske eneret ses flere steder i litteraturen, jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.2.4.3* og *afsnit 10.2.4.4*.

Argumentet holder imidlertid ikke. Det forudsætter nemlig, at man overser væsentlige forskelle på den økonomiske eneret og den moralske respektret.

For det første er der den væsentlige forskel på den økonomiske eneret i OPHL § 2 og respektretten i OPHL § 3, stk. 2, at subjektet for de to beskyttelser er forskellige. Den økonomiske eneret tilkommer *ophavsrettighedshaveren*, mens respektretten tilkommer *ophavsmanden*. I mange tilfælde er disse to subjekter de samme, men i mange andre tilfælde er der tale om forskellige subjekter, hvis interesser og beskyttelsesbehov er tilsvarende forskellige. Dette viser sig navnlig i de tilfælde, hvor ophavsrettigheden til et værk er blevet overdraget ved aftale, eksempelvis til et selskab. I sådanne tilfælde – som er meget almindelige – gælder det, at det alene er den økonomiske eneret, der overdrages. De ideelle *droit moral*-rettigheder i OPHL § 3 overdrages ikke, jf. OPHL § 53, jf. § 3, stk. 3.¹⁷⁸

For det andet følger det udtrykkeligt af OPHL § 11, stk. 1, at de i OPHL kap. 2 oplistede indskrænkninger i ophavsretten (de såkaldte låneregler) ikke finder anvendelse på *droit moral*-beskyttelsen. Denne forskel gør, at det i og for sig godt kan give mening, at lovbemærkningerne alene gælder respektretten. I så fald bliver den eventuelle parodiundtagelse nemlig alene en indskrænkning i respektretten, men ikke en indskrænkning i den økonomiske eneret, der til gengæld indskrænkes af lånereglerne i OPHL kap. 2, som omvendt ikke gælder respektretten.

For det tredje er der den forskel på den økonomiske eneret og den ideelle eneret, at førstnævnte udløber 70 år efter ophavsmandens død, jf. OPHL § 63, mens sidstnævnte kan vare evigt, jf. OPHL § 75.

Endelig er der for det fjerde den i dag meget væsentlige forskel, at infoc-direktivet – samt de ophavsretlige EU-direktiver i øvrigt – kun regulerer den økonomiske eneret, og netop ikke regulerer *droit moral*. At anse bemærkningerne som begrænset til *droit moral* gør dem således mindre problematiske, idet *droit moral* fortsat er et EU-retligt uharmoniseret anliggende,

178. Jf. FT 1959-60, tillæg A, sp. 2694, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 191 ff., Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 609, Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 415, Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, 1. udgave 1987, s. 119 ff. Interessant er også NIR 1985.153 (Thorkild Meedom, *Kan den stedsevarende droit moralbeskyttelse opretholdes?*), hvori der bl.a. konkluderes følgende: »Le droit moral skal derfor nok ikke i praksis ses som en selvstændig ideel ret adskilt fra den øvrige ophavsret, men som et supplement til eneretten, hvor den vigtigste funktion måske er at være et værn mod et egentligt frikøb af alle rettigheder, som det ses i USA, hvor brugeren i kraft af ophavsmandens svage forhandlingsposition kan opkøbe alle rettigheder, og derefter bruge det efter forgodtbefindende.«

hvorfor Danmark ikke er underlagt infosoc-direktivets hjemmelskatalog i den henseende. Indskrænkninger i *droit moral*-beskyttelsen kan Danmark således i EU-retlig optik fortsat foretage fuldkommen frit, herunder på ulovbestemt grundlag.¹⁷⁹

Ovenstående taler for at anse lovbemærkningens placering for tilsigtet, og i så fald er bemærkningerne slet ikke en relevant retskilde at inddrage i spørgsmålet, om Danmark skulle have implementeret infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, på ulovbestemt grundlag.¹⁸⁰

Et andet forhold, der gør det tvivlsomt, om man kan tillægge 1961-lovens forarbejder alt for meget vægt i nugældende ophavsret, er, at der er tale om historiske kilder, som ikke har nogen direkte retskildeværdi i dag. I 1995 blev der vedtaget en ny hovedlov, og man ophævede den hidtil gældende *lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker*, som baserede sig på hovedloven fra 1961, jf. hertil OPHL § 89, stk. 2. Bemærkningerne i 1961-lovens forarbejder knytter sig altså til en lov, der sidenhen er blevet ophævet. At disse historiske forarbejder stadig har en vis indirekte retskildeværdi, er dog almindeligt antaget.¹⁸¹ I forarbejderne til 1995-loven findes der ikke en generel erklæring om, at de tidligere forarbejder fortsat har relevans, men antagelsen herom må have en vis støtte i det forhold, at mange af bestemmelserne i 1995-loven var videreførelser af 1961-lovens bestemmelser. For så vidt angår OPHL § 3 gentog man i forarbejderne til 1995-loven ikke bemærkningen om parodier, men angav dog, at »[f]orslaget til § 3 om ophavsmandens ideelle ret-

179. Om de nationalretlige betingelser er opfyldt er så et andet spørgsmål, jf. nærmere ovenfor *afsnit 9.2*.

180. I svensk ret, hvor der findes en lignende bemærkning i lovmotiverne, har Monika Ålund argumenteret for, at bemærkningens placering skal tages til indtægt for, at man fra lovgivers side mente, at parodier ikke havde relevans for den økonomiske eneret, eftersom parodier i denne relation ville skulle betragtes som nye og selvstændige værker, der foretager fri benyttelse. Det var derfor kun nødvendigt at gøre bemærkning om parodiens tilladelighed i relation til § 3, der jo ville kunne påberåbes, uanset om en frembringelse måtte anses for omfattet af OPHL § 4, stk. 2. Dette synspunkt anser Ålund i øvrigt for bestyrket ved, at man dengang ikke anså parodier for at have betydning for ophavsmandens økonomiske eneret, jf. NIR 1992.101 (Monika Ålund, *Parodi och Upphovsrätt*), jf. s. 107. Ålunds synspunkt synes mest af alt at svare til Torben Lunds synspunkt, nemlig at i forhold til den økonomiske eneret skal parodier finde deres eventuelle lovlighed i OPHL § 4, stk. 2, og at den omtalte motivbemærkning alene skal anses for at gælde det, den er angivet i relation til, nemlig respektretten.

181. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 69.

*tigheder (droit moral) svarer til den gældende lovs § 3.*¹⁸² På denne baggrund er det nærliggende fortsat at tillægge bemærkningerne i 1961-forarbejderne en vis retskildeværdi, men nogen stor betydning bør man næppe tillægge dem, navnlig ikke i relation til forhold, der nu er undergivet EU-harmonisering, hvilket altså med infosoc-direktivet er tilfældet for størstedelen af den økonomiske eneret, jf. hertil ovenfor *Del II* og *afsnit 9.1*.

I 1965, få år efter Torben Lunds kommentar, udgav Mogens Koktvedgaard sin doktordisputats om *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner*. Heri antog Koktvedgaard ligesom den hidtidige litteratur, at der nok gjaldt særlige ophavsretlige forhold for parodier, men i modsætning til tidligere litteratur begrundede Koktvedgaard tilsyneladende dette med det, man vel bedst kan kalde forholdets natur, eller eventuelt blot en rimelighedsbetragtning *de lege ferenda*. Således anførte han, at »[k]onkurrenceprincippet kan også fremdrages i mere specielle tilfælde. Hos Knoph p. 90 f og 565 gøres det således gældende, at karikatur, parodi mv. må anses for lovlig bl.a. på grund af det manglende konkurrencemoment. Der er dog næppe grund til at mobilisere konkurrencetanken på dette særlige område. Karikatur, parodi mv. har sin tilstrækkelige begrundelse i helt andre forhold af humoristisk og mentalhygiejnisk art. Lund: Billedkunst p. 157 – der også kritiserer Knophs konkurrenceprincip – antager, at der her foreligger nye, selvstændige værker. Denne karakteristisk er næppe helt rammende, idet parodien jo netop skal minde stærkt om det parodierede værk.«¹⁸³ Som det blev formuleret i disputatsen, var Koktvedgaards synspunkt på dette tidspunkt tilsyneladende, at parodier var tilladt både i forhold til den økonomiske og den ideelle eneret, og at betingelserne i OPHL § 4, stk. 2, ikke krævedes opfyldt i den forbindelse. Altså en bred og generel parodiundtagelse, der gjaldt uafhængigt af de lovbestemte regler. Det fremgår dog ikke helt klart, hvad hans opfattelse var. Som det vil fremgå nedenfor, reviderede Koktvedgaard dog dette synspunkt senere i sin lærebog.

Som det fremgår ovenfor i *afsnit 10.2.4.1*, findes der ikke fra tiden før 1961-loven afgørelser, der med særlig stor vægt kan udlægges som retskilder om en dansk ophavsretlig parodiregel. Det er derfor uforståeligt, at der i 1961-forarbejderne blev henvist til en fast tradition for en sådan retstilstand. Men uanset dette, er der naturligvis ingen hindringer for, at man med 1961-loven indførte en sådan (ulovbestemt) regel, og regler mister jo normalt ikke

182. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1334 (se også den oprindelige fremsættelse i det foregående folketingsår FT 1993-94, tillæg A, sp. 6768).

183. Jf. Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner*, 1. udgave 1965, s. 249.

deres gyldighed, blot fordi deres indførelse er baseret på forkerte antagelser eller forudsætninger. Om der gjaldt en parodiregel i 1961-lovens tid kan med andre ord ikke udelukkes, blot fordi forudsætningerne for den omtalte lov-bemærkning synes fejlagtige. Derimod må svaret primært findes i retskilder efter 1961-loven. I 1961-lovens tid, dvs. fra 1961-1995, blev der afsagt en række domme, som ikke direkte angik parodiproblematikken, men som muligvis alligevel kan anses for at udgøre kilder om spørgsmålet.

Allerede få år efter 1961-lovens vedtagelse gav motivbemærkningen anledning til et anbringende om, at en værksanvendelse skete som led i en travesti, hvorfor der ikke skulle dømmes for krænkelse.¹⁸⁴ Dette skete i *U 1965.137 HD (Venetiansk Serenade)*, der angik en jazzificering af en klassisk komposition. Sagen angik udelukkende *droit moral*-beskyttelsen, idet den økonomiske eneret til kompositionen var udløbet.¹⁸⁵ De sagsøgte havde i byretten og landsretten fremsat et anbringende om, at anvendelsen udgjorde en lovlig travesti. I byretten blev de sagsøgte frifundet med henvisning til påtalekravet om, at kulturelle interesser skulle være krænket, hvilket byretten altså ikke fandt grundlag for at antage. Landsretten fandt, at såvel *droit moral* som kulturelle interesser var krænket, og dømte derfor for krænkelse. Landsretten har dermed utvivlsomt afvist anbringendet, men om dette skal ses som en afvisning af motivbemærkningen som en selvstændig regel, eller om synspunktet var, at en jazzificering ikke kunne udgøre en travesti, giver dommen ikke svar på. I Højesteret blev landsrettens dom stadfæstet, men da travesti-anbringendet var frafaldet for Højesteret, kan Højesteret ikke anses for at have afvist argumentet, medmindre man vil mene, at de skulle inddrage det *ex officio*, hvilket næppe kan forventes henset til dansk procesrets forhandlingsmaksime.¹⁸⁶ I det omfang man vil anse landsretsdommen for at udgøre et landsretspræjudikat om spørgsmålet, så må dette præjudikat gå i retning af en

184. Jf. nærmere om den juridiske terimonologi ovenfor *afsnit 10.2.1*. På baggrund af denne terminologi må afgørelsen anses for relevant for spørgsmålet om en parodi-undtagelse, selvom der i sagen var anvendt ordet »travesti« og ikke ordet »parodi«, jf. hertil Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011 s. 191, der synes at være af samme opfattelse.

185. Den dagældende beskyttelsestid var 50 år p.m.a., og ophavsmanden var død i 1911, og værksanvendelsen skete i 1962.

186. Dette spørgsmål er en selvstændig problemstilling, som berøres ovenfor *afsnit 3.3*, idet den er nødvendig at have for øje ved fortolkning af ophavsretlige domme. Spørgsmålet må dog i øvrigt søges besvaret i procesretten, hvortil henvises, jf. Bernhard Gomard & Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. udgave 2013, s. 577 ff., og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen & Lasse Højlund Christensen, *Den civile retspleje*, 2. udgave 2010, s. 84 ff.

afvisning af en travesti- og parodiundtagelse. Dommen forekommer i øvrigt meget hård, og det er nok tvivlsomt, om man i nutiden vil fortolke *droit moral*-beskyttelsen så vidtgående.¹⁸⁷ Ikke desto mindre er dommen en af dem, hvor den i litteraturen antagne parodiundtagelse er forsøgt påberåbt. Dommen bidrager i øvrigt under ingen omstændigheder til at afklare, om 1961-forarbejderne og den eventuelle parodiundtagelse, man skal udlede af disse, også gælder den økonomiske eneret. Dommen angik nemlig som nævnt kun *droit moral*. Af samme grund vil dommen have lille relevans for spørgsmålet om Danmarks eventuelle ulovbestemte udnyttelse af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, idet infosoc-direktivet netop ikke harmoniserer *droit moral*.

Efter dommen i *U 1965.137 HD (Venetiansk Serenade)* skal man helt frem til Willi Weinckes bog fra 1976 for at finde næste retskilde om den ophavsretlige retstilstand for parodier. I lighed med den foregående retslitteratur anførte Weincke her, at »[p]arodier, travestier og lignende, anses efter den almindelige opfattelse for lovlige«.¹⁸⁸ Han angiver ikke kilder hertil, men den såkaldte »almindelige opfattelse« kan han formentlig kun have udledt af Torp, Grundtvig, Hartvig Jacobsen, Lund, Koktvedgaard samt motivbemærkningen i 1961-forarbejderne. Om disse har tilstrækkelig klarhed, kongruens og retskildemæssig tyngde til at udgøre en »almindelig opfattelse« er dog meget tvivlsomt, jf. ovenfor. Det nævnte citat findes i øvrigt i Weinckes afsnit om *droit moral*-beskyttelsen, og på den måde holder han sig til 1961-forarbejdernes struktur og afklarer dermed heller ikke spørgsmålet, om forarbejdernes bemærkning er begrænset til *droit moral*-reglerne eller kan udstrækkes også til den økonomiske eneret.

Et par år senere blev en principiel dansk højesteretsdom afsagt i form af *U 1980.1037 HD (Michael Witte)*. Om end der ikke var tale om en ophavsretssag, men derimod – i hvert fald til at starte med – en varemærkesag, er den ikke uinteressant i relation til spørgsmålet om en parodiundtagelse.¹⁸⁹ Sagen angik kunstneren Michael Wittes svineplakater med teksten »*Danske*

187. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 179, Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 7. udgave 2005 ved Jens Schovsbo, s. 123. Se også Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 65 f.

188. Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 63.

189. På baggrund af det i ugeskriftet gengivne kan det godt undre, dels at sagsøger havde undladt at påberåbe sig varemærkebeskyttelsen, men i særdeleshed, at de ikke havde påberåbt sig ophavsretten. Der var tale om en plakat, der efter alt at dømme havde værkshøjde, og som muligvis også var taget i brug af Danske Slagterier som et varemærke. Men påberåbelse af ophavsretsbeskyttelsen ville have givet mulighed for nogle helt andre argumenter fra sagsøgers side og kunne måske have ført til en dom for ophavsretskrænkelse. På den anden side synes Højesterets præmisser så klare,

svin er sunde, de strutter af penicillin«. Plakaterne gengav en kendt tegning af et slagtesvin med udskæringslinjer, og denne tegning var – ifølge Danske Slagteriers oprindelige anbringender – et beskyttet varemærke. Retssagen var den justificationssag, som skulle afklare berettigelsen af de fagedforbud, Danske Slagterier havde fået nedlagt over for Michael Wittes plakat. Danske Slagterier havde imidlertid frafaldet anbringenderne om varemærkeret i justificationssagen.¹⁹⁰ Sagen er dog uanset det interessant, idet Michael Witte bl.a. havde gjort gældende, at der tilkommer karikaturtegnere et betydeligt frispog, og selvom Højesteret ikke direkte fastslog dette, så valgte Højesterets flertal i sin frifindelse at betegne plakaterne som »en tilkendegivelse i satirisk form«, hvorefter de med henvisning til »den frie meningsudveksling om et sådant væsentligt samfundsanliggende« frifandt Michael Witte. Dommen udgør som nævnt ikke direkte en retskilde om, hvorvidt der gælder en ophavsretlig parodiundtagelse, men viser utvivlsomt, at parodierende eller satiriske anvendelser kan være tilladte i medfør af ytringsfriheden.¹⁹¹ Som det fremgår nærmere nedenfor i *Del IV*, vil visse parodier i medfør af eksempelvis ytringsfriheden skulle anses som ikke-krænkende.¹⁹² Dette betyder imidlertid ikke, at der gælder en ophavsretlig parodiundtagelse. Forskellen på

at man får det indtryk, at selv hvis ophavsret til plakaten var blevet påberåbt, havde dette ikke ført til et andet resultat.

190. Jf. hertil U 1985B.25 (Torben Jensen, *Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser*), s. 28.

191. I sin artikel i U 1985B.25 (Torben Jensen, *Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser*), s. 29, anfører en af de i dommen medvirkende højesteretsdommere, Torben Jensen, at »[s]atiren har i skrift og billeder en lang tradition bag sig, og der udvises betydelig liberalitet på grund af dens klart overdrivende, propagandistiske særpræg«. Se også NIR 1997.438 (Rainer Oesch, *Bildcitater*), s. 442-443.

192. Jf. også kommentaren til IIC 2004.716 (*Utrillo*), jf. Christophe Geiger, *Quotation Right and Fundamental Rights: When the French Supreme Court Misses an Excellent Opportunity to Advance the Discourse on Copyright Exceptions*, i IIC 2004.717, s. 722-723: »There are uses on which the author has no influence whatsoever because they constitute the exercise of certain fundamental rights, the importance of which for democratic freedom means that they must be placed »outside of the monopoly.« This is certainly the case for parody and quotation, justified by the freedom of expression and the public's right to information, a justification that is so strong that these uses would be exempted even in the absence of any legislative text. This is moreover, what has been admitted by the judges on the question of trademarks, where the use of trademarks for critical of informative purposes has been declared lawful even in the absence of exceptions for this purpose. If such a use that requires the reproduction of the main elements of a trademark is permitted, without a statutory exception but relying merely on the use being justified, it seems at least paradoxical that in the case of copyright, where there is a statutory exception, the judges choose to cling to the letter of the law without taking into account its justification.«

de to subsumptioner af problemstillingen er nemlig, at en parodiundtagelse vil finde anvendelse som følge af en værksanvendelses karakter af en parodi, mens ytringsfriheden kun finder anvendelse, såfremt den mere komplicerede ytringsfrihedsvurdering, herunder proportionalitetsvurderingen, tilsiger det, jf. nærmere nedenfor *afsnit 15.6*. Af den grund vil ytringsfriheden kun undtage en delmængde af de værksanvendelser, der i henhold til en eventuel parodiundtagelse ville være tilladt.

I en dom gengivet i *U 1990.856 ØLD (The Many Faces of Jesus Christ)* blev der igen ført en sag, hvor en eventuel parodiundtagelse kunne have været påberåbt, men ikke blev det. Sagen omhandlede et filmprojekt af kunstneren Jens Jørgen Thorsen, som med udgangspunkt i evangelierne gav en alternativ skildring af Jesu liv indeholdende bl.a. bordel- og sexscener. Sagen angik nærmere bestemt en tvist om en støttebevilling til filmen, men da spørgsmålet om en potentiel *droit moral*-krænkelse havde relevans herfor, måtte landsretten tage stilling hertil, og landsretten fandt, at det var tvivlsomt, om den endelige film ville indebære en krænkelse af *droit moral*-reglerne. Også i denne sag har man med stor sandsynlighed snarere haft ytringsfriheden end en eventuel parodiundtagelse i tankerne.

Som det fremgår ovenfor, havde Torben Lund allerede i 1944 og igen i 1961 udtrykt den opfattelse, at parodier skulle finde deres eventuelle lovlighed i OPHL § 4, stk. 2, hvilket samtidig må forstås som en afvisning af en indskrænkning på ulovbestemt grundlag. Denne teori, der afveg fra Grundtvigs og Hartvig Jacobsens opfattelser, og som Koktvedgaard formentlig også havde taget afstand fra, fik imidlertid i 1980'erne ny tilslutning med Thorkild Meedom, der i 1985 anførte, at der »er fast praksis for, at parodier, travestier og satirer ikke udgør *droit au respect* krænkelse, ligesom en fri gendigtning ikke kan indeholde en krænkelse af en andens *droit au respect*, jfr: lovens § 4, stk. 2«, og Knud Aage Frøbert, som i 1986 angav, at »karikaturer, travestier og parodier vil ofte (med eller uden kildeangivelse) have beskyttede værker eller præstationer som deres genstand. Der er i slige tilfælde tale om såkaldt fri benyttelse af et andet værk (andre værker), hvilket betyder, at benyttelsen ikke er en krænkelse af ophavsretten til originalværket. Jf. § 4, stk. 2.«¹⁹³ I lighed med Torben Lund subsumerer Meedom og Frøbert parodispørgsmålet inden for ophavsrettens lovbestemte rammer, nærmere bestemt under OPHL § 4, stk. 2.

193. Jf. NIR 1985.153 (Thorkild Meedom, *Kan den stedsevarende droit moral beskyttelse opretholdes?*) og Knud Aage Frøbert, *Retten til tekst, lyd og billeder*, 1. udgave 1986, s. 34. Knud Aage Frøbert gentager sin opfattelse 10 år senere og dermed efter 1995-loven, jf. Knud Aage Frøbert, *Retten til tekst, lyd og billeder*, 2. udgave 1996, s. 34.

Som nævnt ovenfor er det lidt uklart, hvad Mogens Koktvedgaards opfattelse var i 1965, men formentlig har han anset en parodiundtagelse for at gælde både den økonomiske og den ideelle eneret og dermed været uenig i Torben Lunds subsumption af problemstillingen under OPHL § 4, stk. 2. Som også nævnt ovenfor er det dog mindre væsentligt, hvad Koktvedgaards opfattelse var i 1965, eftersom han senere hen – i samtlige syv udgaver af sin *Lærebog i Immaterialret* – har forholdt sig klarere og formentlig anderledes til parodispørgsmålet.¹⁹⁴ Om dette skyldtes Meedom's og Frøberts tilslutninger til Lunds synspunkt, om det skyldtes den manglende retspraksis i den mellemliggende periode, eller om baggrunden er en helt tredje, er ikke til at vide. Som det i øvrigt vil fremgå i det følgende, ændrer Koktvedgaard tilsyneladende opfattelse om parodiproblematikken gennem lærebogens udgaver.

I de to første udgaver fra 1988 og 1991 begrænser han sig til i et *petit*-afsnit at henvise til 1961-lovmotiverne og erklære, en kende unuanceret, at »[p]arodier og travestier mv. må man altid tåle«.¹⁹⁵ Taget ud af en kontekst kan ordet »altid« udlægges således, at en parodiundtagelse gælder såvel de økonomiske som de ideelle rettigheder. Dette vil dog kræve, at man ser bort fra konteksten, og er derfor formentlig en misforståelse. Bemærkningen findes nemlig i Koktvedgaards afsnit om respektretten og er derfor – i lighed med motivbemærkningen – begrænset til *droit moral*-beskyttelsen. Strengt taget kan Koktvedgaard altså ikke i de to første udgaver af sin lærebog anses for at have fritaget parodier fra den økonomiske eneret. Herved indtog han et mere forsigtigt synspunkt end i sin disputats tilbage i 1965.

Den praktiske gennemslagskraft af en parodiundtagelse vil dog i praksis ofte blive meget begrænset, hvis den alene gælder for den ideelle eneret. Ret-tighedshaveren kan jo i så fald – uanset fritagelsen fra det respektretlige værn – blot anvende sin økonomiske eneret til at forbyde den pågældende parodi. Denne problematik, som dog ikke altid vil foreligge, jf. nærmere ovenfor, synes Koktvedgaard at erkende fra og med tredje udgave af sin lærebog, hvor han i et afsnit om krænkelsesspørgsmålet skriver følgende: »Problemstillingen bliver noget særegen, dersom bearbejdelsen har karakteren af en parodi eller lignende. Parodier mv. anses ikke for *droit moral*-krænkelser [...], og den

194. Jf. Mogens Koktvedgaards *Lærebog i Immaterialret* udkom første gang i 1988 og i senere udgaver i 1991, 1994, 1996, 1999, 2002 samt 2005. Den syvende og sidste udgave fra 2005 udkom efter Koktvedgaards død og blev skrevet ved Jens Schovsbo. Sidenhen er lærebogen videreført i en ny og selvstændig bog i form af Jens Schovsbo & Morten Rosenmeiers *Immaterialret*, der hidtil foreligger i tre udgaver, 1. udgave 2008, 2. udgave 2011 og 3. udgave 2013.

195. Jf. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 1. udgave 1988, s. 94, og Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 2. udgave 1991, s. 111.

*oprindelige ophavsmand kan således ikke modsætte sig deres tilblivelse eller offentliggørelse. Men han kan formentlig kræve sin del af indtægterne ved værkets fremførelse (fx KODA-vederlag) eller mangfoldiggørelse, så længe der ikke er tale om et nyt og selvstændigt værk (§ 4 stk. 2). Det morsomme ved parodien er imidlertid, at man genkender det oprindelige værk, og »selvstændigheden« må derfor have sine grænser.*¹⁹⁶ Det interessante ved denne udgave er, at Koktvedgaard nu – formentlig for at undgå, at den anførte parodiundtagelse bliver praktisk betydningsløs – synes at tilslutte sig Torben Lunds subsumption af problemstillingen under OPHL § 4, stk. 2, om fri benyttelse. Altså på trods af, at han i sin disputats tidligere havde taget afstand fra denne subsumption, jf. ovenfor. Tilslutningen til Torben Lunds synspunkt skete i øvrigt på trods af, at der kort før Koktvedgaards tredje udgave, var blevet afsagt dom i *U 1993.183 ØLD (Pengesedler I)*, som Koktvedgaard ellers kunne have argumenteret for, støttede hans 1965-synspunkt om en mere generel parodiundtagelse. Sagen handlede om, at Nationalbanken, der har ophavsrettighederne til de danske pengesedler, havde sagsøgt en frisør, der som et markedsføringsmæssigt tiltag havde fremstillet postkort, der lignede pengesedler og spredt dem på gaden. Som byretten også nåede frem til, var der næppe tale om en parodisk anvendelse. Formålet med anvendelsen af pengeseddel-motivet var nok snarere at opnå et blikfang. Ikke desto mindre blev parodiundtagelsen gjort gældende, og i sin dom for ophavsretskrænkelse bemærkede byretten herom, at der ikke var grundlag for at anse anvendelsen for parodi eller travesti, og »dermed uden for Nationalbankens ophavsretlige beskyttelse«. Landsretten gentog ikke denne formulering, men stadfæstede dog (for så vidt angår krænkelsesspørgsmålet) byrettens dom »af de i byrettens dom anførte grunde«. Sagen angik udelukkende den økonomiske eneret, idet Nationalbanken som juridisk person ikke er ophavsmand til pengesedlerne og derfor alene er indehaver af den overdragelige økonomiske eneret. Dissekeres byrettens formulering, kan denne udlægges som en tilkendegivelse af, at *såfremt* der havde været tale om en parodi, *så* ville anvendelsen være uden for den ophavsretlige beskyttelse. Retskildeværdien af en ikke-bærende byretspræmis, som ikke blev eksplicit gentaget i appelsagen for landsretten, er

196. Jf. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 3. udgave 1994, s. 126. Hvordan Koktvedgaard forestillede sig, at en sådan retstilstand skulle kunne foreligge uden en lovbestemt aftale- eller tvangslicensregel henstår i det uvisse. Umiddelbart synes den angivne retstilstand kun at kunne foreligge, hvis der gjaldt en ulovbestemt parodiundtagelse, som havde karakter af en aftale- eller tvangslicensregel. Men at en sådan skulle kunne foreligge på ulovbestemt grundlag forekommer endnu mindre sandsynligt, end at en fribrugsregel skulle kunne foreligge på ulovbestemt grundlag.

dog meget begrænset, og dommen kan på ingen måde anses for at bekræfte teorierne om en generel ophavsretlig parodiundtagelse.

Sammenfattende om praksis fra 1961-lovens tid kan det altså fastslås, at denne ikke indeholder nogen endelig bekræftelse – men heller ikke direkte afvisning – af, om den motivbemærkning, der findes i forarbejderne til 1961-loven har noget selvstændigt indhold. Derimod viser litteraturen en udbredt opfattelse af, at parodier er underlagt en særlig ophavsretlig retstilstand. Denne formår litteraturen dog ikke at dokumentere overbevisende. Endvidere er litteraturen ikke enig om, hvad den nævnte særlige retstilstand nærmere består i, navnlig er der uenighed om, hvorvidt den påståede parodiundtagelse gælder alle eneretsbeføjelserne, eller om den i overensstemmelse med 1961-forarbejderne er begrænset til *droit moral*-beskyttelsen, således at parodier i forhold til de økonomiske eneretsbeføjelser skal løses inden for lovens rammer, herunder eventuelt OPHL § 4, stk. 2.

10.2.4.3. Fra 1995-loven til infosoc-direktivet

I 1995 blev der vedtaget en ny dansk ophavsretslov, der samtidig ophævede 1961-loven. Herved skete der principielt samtidig en forringelse af retskildeværdien af 1) forarbejderne til 1961-loven, 2) den litteratur, der var skrevet og udgivet om 1961-loven, samt 3) de domme, der var afsagt i henhold til 1961-loven. Som det også er nævnt ovenfor i afsnit 10.2.4.2, er det dog almindeligt antaget, at disse retskilder stadig havde relevans efter 1995, idet 1995-loven i vidt omfang videreførte retstilstanden fra 1961-loven, særligt den grundlæggende struktur og de centrale ophavsretlige vurderinger. I 1995 var ophavsretten heller ikke blevet EU-harmoniseret i noget større omfang.¹⁹⁷ På denne baggrund var det formentlig naturligt, at man førte tankerne om en parodiundtagelse med over i fortolkningen af 1995-loven. Første gang dette skete, var i Peter Schønning's kommenterede ophavsretslov, der udkom første gang i 1995, dvs. umiddelbart efter vedtagelsen af ophavsretsloven samme år. I sin kommentar til OPHL § 3 citerede Peter Schønning motivbemærkningen fra 1961-lovens forarbejder og anførte derefter, at der »også uden for *droit moral*-tilfælde [må] antages efter dansk ret at være en lempeligere adgang til uden ophavsmandens samtykke at benytte et eksisterende værk som grundlag for en parodi e.lign. [...]. Parodier mv. er således i højere grad end ellers at anse som nye og selvstændige værker efter § 4, stk. 2.«¹⁹⁸ Opfattelsen er over-

197. I 1995 var der vedtaget 4 ophavsretlige direktiver, nemlig edb-direktivet, leje- og lånedirektivet, beskyttelsestidsdirektivet samt satellit- og kabeldirektivet.

198. Jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 1. udgave 1995, s. 164. Bemærkningen går igen i de senere udgaver af kommentaren, jf. Peter Schønning,

ordnet set i overensstemmelse med Torben Lunds opfattelse fra 1944 og 1961, Thorkild Meedoms fra 1985, Knud Aage Frøberts fra 1986 samt med Mogens Koktvedgaards 1994-opfattelse. På dette tidspunkt i dansk ophavsretshistorie syntes der altså for første gang at være skabt en vis konsensus i litteraturen om, hvorledes parodier skal behandles ophavsretligt. Peter Schønnings synspunkt føjede dog et nyt element til teorien om parodier. Han mente således, at parodier nemmere end andre værker kan udgøre nye og selvstændige værker efter OPHL § 4, stk. 2. En sådan udvidende fortolkning af OPHL § 4, stk. 2, er imidlertid næppe mulig, jf. ovenfor *afsnit 6.1*. Hertil kommer, at det nu er muligt, at EU-Domstolen med *sag C-5/08 (Infopaq I)* har fastslået, at originalitetskravet principielt ikke kan lempes for bestemte værkstyper.¹⁹⁹

Peter Schønnings teori om en lempeligere OPHL § 4, stk. 2-vurdering for så vidt angår parodier forplantede sig tilsyneladende omgående i litteraturen. Året efter, i 1996, havde Mogens Koktvedgaard i fjerde udgave af sin lærebog således udviklet sit synspunkt om OPHL § 4, stk. 2, yderligere, og tilføjet en bemærkning om, at »*det særlige ved parodi-læren er da, at man her i højere grad end ellers vil være tilbøjelig til at anse bearbejdelsen som et nyt og selvstændigt værk*«. ²⁰⁰ Med dette synspunkt – der gentages i femte udgave fra 1999 og i sjette udgave fra 2002, jf. nærmere om sidstnævnte nedenfor – afhjælpes det problem med OPHL § 4, stk. 2-subsumptionen, som består i, at denne kun kan finde anvendelse på værksbenyttelser, der selv har værkshøjde, og som derudover må anses som nye og selvstændige.²⁰¹ Bemærkelsesværdigt ved Schønnings og Koktvedgaards teorier om en lempeligere OPHL § 4, stk. 2-vurdering, når der er tale om parodiske anvendelser, er imidlertid, at

Ophavsretsloven med kommentarer, 2. udgave 1998, s. 177-178 (fra før infosoc-direktivet), Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 3. udgave 2003, s.193, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4. udgave 2008, s. 190, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 191. De tre sidstnævnte udgaver er fra efter infosoc-direktivet, der således ikke gav Peter Schønning anledning til at ændre synspunkt, jf. nærmere nedenfor *afsnit 10.2.4.4* og *afsnit 10.2.5*.

199. Jf. nærmere Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 76.

200. Jf. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 4. udgave 1996, s. 133. Koktvedgaard havde dog formentlig allerede i sin tredje udgave fra 1994 udtrykt noget lignende, idet han dengang mente, at selvstændigheden måtte have sine grænser, jf. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 3. udgave 1994, s. 126, samt ovenfor *afsnit 10.2.4.2*.

201. For bemærkningen i femte og sjette udgave se Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 5. udgave 1999, s. 126, og Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 6. udgave 2002, s. 129 f.

den ikke understøttes af nogen retskilder. Hverken 1961-forarbejderne eller den hidtidige retspraksis – der i øvrigt er sparsom og tvetydig – havde givet udtryk for en sådan retstilstand. Heller ikke ordlyden af OPHL § 4, stk. 2, og dens funktion i ophavsretsloven giver grundlag for en antagelse om, at OPHL § 4, stk. 2, kan anvendes som en selvstændig regel eller indskrænkning. Den er derimod en fortolkningsbestemmelse, som sammen med hovedreglen i OPHL § 4, stk. 1, om at bearbejdelser netop er afhængige af ophavsretten til det bearbejdede originalværk, tjener til at tydeliggøre forståelsen af OPHL § 2, jf. nærmere herom ovenfor afsnit 6.1.

Baggrunden for OPHL § 4, stk. 2-teorien skal derfor muligvis findes i svensk retspraksis. I en dom gengivet i NIR 1976.325 (*Sveriges Flagga*) dømte *Högsta Domstolen* for ophavsretskrænkelse for brugen af musikken til sangen *Sveriges Flagga*, idet teksten var byttet ud med en tekst, der kritiserede Vietnamkrigen. Uanset dommen for krænkelse var det dog af Svea Hovrätt blevet udtalt, at det er »*allmänt antaget, att parodier och travestier är att betrakta som självständiga verk, vilka faller utanför upphovsrättsskyddet för originalverket*».²⁰²

Tankegangen om, at parodier per definition opfylder værkshøjdekravet – dvs. at det at konstatere, at noget er en parodi, automatisk medfører, at dette »noget« har værkshøjde – strider ikke alene imod OPHL § 1 og den almindelige

202. Den samme opfattelse kan findes i svensk litteratur, jf. NIR 1992.101 (Monika Ålund, *Parodi och upphovsrätt*), s. 106, hvor det anføres, at »*åstadkommande av parodi samtidigt medför åstadkommande av ett nytt och självständigt verk i förhållande till »originalverket*«.« Se også – i relation til dommen i NIR 2007.311 (*Alfons Åberg*), der omtales nærmere nedenfor afsnit 10.2.4.4 – NIR 2007.317 (Per Jonas Nordell, *Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning?*), hvor det konstateres, at »*[d]en principiella inställning som traditionellt har intagits i Norden synes vara att parodin är fri, eftersom syftet med den ger verket ett nytt och självständigt innehåll i förhållande till ursprungsverket*«.« Opfattelsen har imidlertid i svensk litteratur også mødt kritik. Jan Rosén mener således ikke, at det afgørende kan være, hvorvidt der er tale om en parodi eller ej, men derimod hvorvidt der er tale om et nyt og selvstændigt værk i fri benyttelse af et andet, dvs. en OPHL § 4, stk. 2-vurdering i traditionel forstand, jf. således NIR 1990.600 (Jan Rosén, *Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti*), s. 604: »*Kvar står alltså, att det nya verkets egenart och grad av självständighet gentemot originalverket avgör om en form av fritt utnyttjande eller en otillåten efterbildning föreligger. Huruvida det nya verket kan omtalas som exempelvis en parodi torde inte vara avgörande; själva parodiformen saknar savitt jag kan se betydelse för självständigheten. En motsatt bedömning, d v s att parodin inte skulle behöva vara ett i upphovsrättslig mening självständigt verk för att vara oberoende av originalverket, skulle fö leda till egendomliga resultat i form av att parodiformen skulle utsläcka upphovsmannens rätt till originalverket eller i vart fall undanröja dennes förutsättningar för ekonomiskt utnyttjande av sitt verk.*«

værkslære, det forekommer heller ikke hensigtsmæssigt således at blåstemple en hel kunstnerisk genre som altid værende tilstrækkelig original.²⁰³

I den korte periode på 7 år fra 1995-lovens vedtagelse til infosoc-direktivets implementering nåede der at blive afsagt én dansk dom, hvori en eventuel parodiundtagelse kunne være blevet anvendt. I *U 2000.2359 ØLD (Tango Jalousie)* var en komposition anvendt som underlægningsmusik i et tv-spot om TV2's Club Lorry, som af rettighedshaveren blev anset for at være en reklame og dermed et miljø, som respektretten beskyttede værket mod at blive fremført i. Sagsøgte derimod mente ikke, at tv-spottene skulle anses som reklamer. Byretten omtalte tv-spottets indledning som værende i »humoristisk form«, men dømte alligevel for respektretskrænkelse. I sin supplerende forklaring for landsretten betegnede TV2 Lorry's direktør tv-spottene som »parodier på reklamer«, men uagtet dette stadfæstede landsretten byrettens dom. Ligesom de fleste foregående afgørelser er det dog tvivlsomt, om den i sagen omtvistede anvendelse på nogen måde kunne anses for parodisk. I givet fald var der i hvert fald ikke tale om en parodi på Tango Jalousie eller på Club Lorry, men alene tale om en parodi på reklamegenren som fænomen. Hverken byretten eller landsretten tilkendegav, om de 1) ikke anså anvendelsen for parodisk, eller 2) om de anså den for parodisk, men blot ikke mente, at dette havde nogen selvstændig betydning. Hvis sidstnævnte var tilfældet, udgør dommen en afvisning af en parodiundtagelse. Hvis førstnævnte var tilfældet, kan dommen derimod ikke anses for at have hverken af- eller bekræftet, om der gælder en parodiundtagelse. Hvad der var tilfældet henstår i det uvisse.

Få år inden dommen i *U 2000.2359 ØLD (Tango Jalousie)* var der i øvrigt i Sverige ført og afgjort en sag, hvor motivet fra Edvard Munchs maleri Skriget var fremstillet i form af en oppustelig dukke. I denne sag, der er refereret i *NIR 1999.248 (Skriet)*, nåede Hovrätten frem til, at der ikke var tale om en parodi, og bemærkede bl.a. »[a]tt upphovsrättsligt skyddade figurer använts

203. Den kategoriske blåstempling af parodigenren mødte i øvrigt modstand allerede tidligt i svensk juridisk litteratur, jf. således *NIR 1959.234 (Leif Delin, Om Parodi)*, s. 242: »Att anse parodins form i sig innebära en sådan egenart och sådan självständighet i förhållande till ursprungsverket synes mig vara att resonera alltför välvilligt. För att bedömas som självständig måste parodin fylla större krav på egenart än att bara ha »vänt om« ursprungsverket så att t. ex. tragiska figurer blir komiska. Denna transformation måste också vara gjord på ett sätt som tillfredsställer kravet på skaparinsats. Är den gjord så bör parodin också utan tvekan anses som ett självständigt verk, beträffande vilket den tillåtna existensen ej sätts ifråga.« I dag forekommer en sådan fleksibel fortolkning af originalitetskravet i øvrigt muligvis at være i strid med infosoc-direktivet, jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 76.

lösrykta ur sitt normala sammanhang – såsom att exempelvis en tragisk figur utan tillstånd används i reklamsammanhang med en humoristisk anstrykning – borde inte medföra att användningen anses tillåten som parodi. Ytterligare något moment borde fordras såsom att figuren som sådan förvanskats på ett sätt som gjorde ett löjligt och roande intryck. Det av Sveriges Radios använda fotografiet innehöll en ren avbildning i tvådimensionell form av dockan.» Der er visse ligheder mellem de to sager, eksempelvis angår begge anvendelse i reklamesammenhæng, ligesom det eventuelt parodiske element i begge var så beskedent, at de – om end de måske nok kunne betegnes som humoristiske – formentlig ikke kvalificerede til at kunne betegnes som parodier. Der er imidlertid også en væsentlig forskel på den danske og den svenske dom. Den svenske dom synes således at forudsætte, at såfremt et ikke nærmere defineret parodikriterium var blevet mødt, ville anvendelsen skulle tillades som sådan. Altså en formulering, der minder om den ovenfor omtalte danske dom fra 1961-lovens tid gengivet i *U 1993.183 ØLD (Pengesedler I)*. En sådan formulering afholdt landsretten sig altså fra i *U 2000.2359 ØLD (Tango Jalousie)*, der angik 1995-loven, der i sine motivbemærkninger ikke havde gentaget bemærkningen fra 1961-lovens forarbejder. Om der i Østre Landsrets forbigåelse af parodispørgsmålet i *U 2000.2359 ØLD (Tango Jalousie)* kan indfortolkes en afvisning af den udbredte opfattelse om en parodiundtagelse er dog tvivlsomt, men det kan godt være baggrunden. Dommen i *U 2000.2359 ØLD (Tango Jalousie)* blev den sidste danske retskilde fra tiden før infosoc-direktivet.

For at opsummere var den retskildemæssige situation før vedtagelsen og implementeringen af infosoc-direktivet, at man endnu havde en afklaring i retspraksis til gode, og at litteraturen ikke havde belyst endsige var nået til enighed om, hvorledes parodier ophavsretligt skulle behandles. Samtidig var den retskilde, der ofte havde været anledning til forestillingen om en parodiundtagelse – motivbemærkningen til 1961-loven – blevet svækket ved, at den lov den var knyttet til, nu var blevet ophævet og erstattet af en ny hovedlov, hvis motivbemærkninger eller øvrige forarbejder ikke havde gentaget eller henvist til den.

10.2.4.4. Efter infosoc-direktivet

Som nævnt indeholder infosoc-direktivet en hjemmel til nationale parodiundtagelser, dvs. indskrænkninger i de nationale ophavsretslovgivninger, hvor det afgørende kriterium for, om en værksanvendelse undslipper den ophavsretlige beskyttelse, er, at den pågældende anvendelse kan betegnes som »ka-

rikatur, parodi eller pastiche», jf. infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k.²⁰⁴ Infosoc-direktivet blev vedtaget i 2001 og implementeret i dansk ret i 2002. Som nævnt ovenfor i *afsnit 10.2.3.1* indeholdt motiverne til den ændringslov, der implementerede infosoc-direktivet (2002-lovændringen), en eksplicit tilkendegivelse om, at man undlod at udnytte direktivets hjemmel til at indføre en selvstændig indskrænkning for så vidt angår parodier. Det kan dog diskuteres, om denne bemærkning, der findes i et bilag til lovforslaget, skal anses for også at angå en eventuel ulovbestemt indskrænkning, eller om den udelukkende fastslår det i øvrigt åbenlyse, at en lovbestemt indskrænkning ikke indføres med loven. Uanset hvad man måtte mene i den henseende, er spørgsmålet imidlertid, om en sådan bemærkning – der altså findes i et bilag til et lovforslag til en ændringslov – kan fratage tidligere og senere ulovbestemte retskilder om en ulovbestemt parodiundtagelse deres retskildeværdi. Som det vil fremgå i det følgende, er dette ikke opfattelsen i den juridiske litteratur – der dog muligvis ikke har været opmærksom på den omtalte bemærkning. I hvert fald levede opfattelsen af en selvstændig parodiundtagelse videre også efter infosoc-direktivets vedtagelse og implementering. Det er imidlertid fortsat primært i litteraturen, man skal finde opfattelsen opretholdt, mens retspraksis er sparsom og uklar.

Det første bidrag efter infosoc-direktivet er sjetteudgaven af Mogens Koktvedgaards *Lærebog i Immaterialret* fra 2002. Denne udgave er imidlertid udgivet i tiden mellem infosoc-direktivets vedtagelse og dets implementering i dansk ret. Koktvedgaard nøjes derfor i denne udgave med at fastholde sin opfattelse fra femteudgaven, jf. herom ovenfor *afsnit 10.2.4.3*, idet han derefter blot nævner, at infosoc-direktivet giver hjemmel til, at medlemsstaterne kan indføre parodiundtagelser i deres nationale lovgivning.²⁰⁵ Den første udgave af Koktvedgaards lærebog efter infosoc-direktivets implementering er derfor syvende udgave fra 2005, som udkom efter Koktvedgaards død i 2003, og som er skrevet af Jens Schovsbo. I denne udgave gentages det synspunkt, som Koktvedgaard lagde sig fast på i 1996, nemlig at der gælder en ulovbestemt parodiundtagelse i relation til *droit moral*, men at parodien samtidig kun

204. Jf. nærmere om begreberne, og om »parodi« som terminologisk samlebetegnelse, ovenfor *afsnit 10.2.1*.

205. Koktvedgaard kunne på dette tidspunkt ikke vide, at Danmark ikke ville implementere infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, eksplicit i loven. Implementeringsfristen for infosoc-direktivet udløb den 22. december 2002, og Danmark implementerede direktivet ved lov af 17. december 2002. I henhold til 6. udgavens forord er bogen ført ajour frem til »begyndelsen af maj 2001«. Implementeringen af infosoc-direktivet skete ved 2002-lovændringen (lov nr. 1051 af 17. december 2002), der blev sendt i høring 14. juni 2002 og først fremsat 2. oktober 2002.

undslipper den økonomiske eneret, såfremt den kan karakteriseres som en fri benyttelse efter OPHL § 4, stk. 2, idet denne vurdering dog er mere lempelig end den sædvanlige OPHL § 4, stk. 2-vurdering.²⁰⁶ Dette synspunkt stemmer overens med synspunktet i Peter Schønnings kommenterede ophavsretslov, og heller ikke han har altså fundet anledning til at vurdere retstilstanden anderledes efter infosoc-direktivet.²⁰⁷ Mogens Koktvedgaard (ved Jens Schovsbo) og Peter Schønning holder hermed efter infosoc-direktivet liv i forestillingen om en særlig retstilstand for parodier, men den retstilstand, som de angiver, er netop også en, der ikke ville komme i karambolage med infosoc-direktivet. Den eventuelle ulovbestemte parodiundtagelse gælder således ifølge dem alene *droit moral*-beskyttelsen, og denne er ikke EU-harmoniseret. Parodiers tilladelighed i forhold til den økonomiske eneret skal efter opfattelsen vurderes efter OPHL § 4, stk. 2, og dermed inden for fortolkningsrammerne af OPHL § 2, jf. § 4. Kun på ét punkt kan Koktvedgaards og Schønnings paroditeori være EU-retligt problematisk, nemlig såfremt de forestiller sig en anvendelse af OPHL § 4, stk. 2, som en slags selvstændig indskrænkning, herunder eventuelt i form af en lempeligere selvstændigheds- og originalitetsvurdering af parodier, jf. nærmere om problemerne med en sådan teori ovenfor *afsnit 6.1* og *afsnit 10.2.4.3*. Umiddelbart forekommer det, at det er sidstnævnte, der er forfatterens synspunkt.

OPHL § 4, stk. 2-teorien, eventuelt kombineret med lempelig bedømmelse, ses også i den rapport om implementeringen af infosoc-direktivet, som blev udgivet i 2007. Rapporten var et resultat af et studium kommissioneret af Europa-Kommisionen. Rapporten er imidlertid ikke udtryk for Europa-Kommisionens opfattelse, men for forfatterens, og er derfor at betragte som juridisk litteratur. Rapporten, der har navnet »*Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*«, indeholder bl.a. en gennemgang af de enkelte medlemsstaters implementering

206. Jf. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 7. udgave 2005 ved Jens Schovsbo, s. 149.

207. Jf. om Peter Schønnings synspunkt ovenfor *afsnit 10.2.4.3*. Peter Schønnings lovkommentar er udkommet i 3 udgaver siden infosoc-direktivet, og i alle tre fremgår samme synspunkt som i de to første udgaver, der er fra 1995 og 1998, dvs. fra tiden efter 1995-lovens vedtagelse, men før infosoc-direktivet. Se nærmere Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 1. udgave 1995, s. 164, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 2. udgave 1998, s. 177 f., Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 3. udgave 2003, s. 193, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4. udgave 2008, s. 190, Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 191.

af infosoc-direktivet, herunder de heri hjemlede låneregler, bl.a. hjemlen til nationale parodiundtagelser. Det er angivet i rapporten, at bidrag til gennemgangen af de nationale implementeringer af direktivet, er givet af nationale jurister, og for Danmarks vedkommende er det Clement Salung Petersen, der har bidraget til rapportens omtale af dansk ret, som for så vidt angår parodier er som følger: »*There is no explicit provision in the DCA corresponding to Article 5(3)(k) of the Directive, and no such provision was introduced in connection with the implementation of the Directive. Under Danish law, caricatures, parodies and pastiches will, however, often be deemed new and independent works of art under Section 4 (2) of the DCA and thus fall outside the scope of copyright protection.*«²⁰⁸

Man kan muligvis også se tankegangen i U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørsgaard). I denne sag, der er omtalt nærmere ovenfor i afsnit 10.1.3.5, blev der med henvisning til OPHL § 4, stk. 2, frifundet for anvendelse af et fotografi af skulpturen *Den Lille Havfrue* som et kollageelement i en kunstplakat. Dommens udvidende fortolkning af OPHL § 4, stk. 2, er formentlig forkert, jf. ovenfor afsnit 6.1, men kan muligvis have sin baggrund i Schønnings og Koktvedgaards tanker om en lempeligere OPHL § 4, stk. 2-vurdering i relation til parodier. Plakaten indeholdt nemlig også Bjørn Nørsgaards egen skulptur *Den Genmodificerede Havfrue*, og man kunne derfor muligvis betragte plakaten som en parodi på skulpturen *Den Lille Havfrue*. Dette havde Bjørn Nørsgaard dog udtrykkeligt afvist i sin forklaring for byretten, og landsretten inddrog derfor heller ikke spørgsmålet om en eventuel parodiundtagelse. Dog citerede landsretten motivbemærkningen fra 1961-forarbejderne som støtte

208. Jf. Lucie Guibault m.fl., *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 2007, Part II, s. 163. Opfattelsen er derimod muligvis en antagelse baseret på tysk ret, hvor man har i IIC 1972.70 (*Disney Parody*) fandt, at en parodis lovlighed afhang af, om anvendelsen holdt sig inden for rammerne af *Urheberrechtsgesetz* § 24 om »*Freie Benutzung*« – hvilket i den konkrete sag dog ikke var tilfældet. I svensk litteratur har det i øvrigt også været en udbredt opfattelse, at parodier udgjorde bearbejdelser, der skulle betragtes som nye og selvstændige værker og dermed tilladte, jf. således NIR 1992.101 (Monika Ålund, *Parodi och upphovsrätt*), s. 108, Per Jonas Nordell, *Rätten till det visuella*, 1. udgave 1997, s. 47, NIR 1997.438 (Rainer Oesch, *Bildcitat*), s. 442 f., og Stig Strömholm, *Den Konstnärliga Friheten*, i Mads Bryde Andersen, m.fl. (red.), *Festskrift til Mogens Koktvedgaard*, 1. udgave 2003, s. 632-634. I NIR 2007.311 (*Alfons Åberg*), som gennemgås nedenfor afsnit 6.2, blev denne opfattelse også begrundelsen for flertallets afgørelse, men i samme sag også modsagt af mindretallet, der i stedet ville begrunde frifindelsen ud fra mængden og omfanget af kopierede værksdele.

for, at faste traditioner kunne tillægges vægt.²⁰⁹ Dommen udgør ikke et præjudikat om parodier, men er dog et eksempel på en anvendelse af OPHL § 4, stk. 2, som en selvstændig indskrænkning eller låneregel. Dette er imidlertid i strid med bestemmelsens ordlyd samt placering og funktion i ophavsretsloven, men kan have sin baggrund i den fremherskende opfattelse i litteraturen om at OPHL § 4, stk. 2, frembyder eksempelvis en selvstændig parodiundtagelse. Det skal i denne forbindelse nævnes, at Østre Landsret sidenhen muligvis selv har taget afstand fra dommen med sin senere dom i *U 2013.1704 ØLD (Teach Me Real Love)*, der måske skal læses som et opgør med nogle af de mærkværdige præmisser i *U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard)*. I denne sag, som angik kunstneren Kristian von Hornsleths anvendelse af et fotografi af en kulturjournalist i en pornografisk kollage, havde Hornsleth påberåbt sig OPHL § 4, stk. 2, ytringsfriheden samt at der var tale om et »*travestilignende forhold*«. Til forskel fra i havfruedommen undlod landsretten at inddrage OPHL § 4, stk. 2, og udtalte derudover, at fotografiet var givet en »*helt central placering*« i kollagen, hvilket trækker i modsat retning af landsrettens vurdering af havfruefotografiet, der blev anset for ikke at have nogen »*dominerende plads*« i Bjørn Nørgaards kollage. I begge sager fyldte fotografierne nogenlunde lige meget og var placeret centralt. Endvidere synes landsretten ikke at have overvejet, om en ulovbestemt parodiundtagelse kunne komme på tale, og 1961-forarbejderne blev heller ikke inddraget. Endelig afvejede landsretten i sin dom forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden til fordel for ophavsretten, hvor den i havfruekollagesagen faldt ud til fordel for ytringsfriheden.

I 2008 udkom Jens Schovsbo og Morten Rosenmeiers *Immaterialret*, som byggede på Koktvedgaards lærebog, men som var en ny lærebog i de nye forfatters navne.²¹⁰ Bogen er nu udkommet i tre udgaver. I den første udgave fra 2008 er bemærkningerne om parodiens retstilstand de samme, som fandtes i de sidste fire udgaver af Koktvedgaards lærebog, og i lighed med disse placeret i et afsnit om *droit moral*.²¹¹ I andenudgaven fra 2011 er synspunktet imidlertid blevet videreudviklet. Her anføres det, at parodier ikke er en ophavsretskrænkelse, og at man »*bør [...] sige, at parodier mv. altid er*

209. Dette var dog formentlig baseret på en fejllæsning af motivbemærkningen, der omtaler en fast retlig tradition og ikke en fast kunstnerisk tradition, jf. ovenfor *afsnit 10.2.4.2*.

210. Der er ifølge forfatterne selv tale om et nyt og selvstændigt værk, som bør bedømmes på sine egne præmisser, jf. således forordet til førsteudgaven, Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 1. udgave 2008, s. 17.

211. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 1. udgave 2008, s. 142.

lovlige, og at man hverken kan skride ind over for dem efter § 2 eller § 3». ²¹² Til støtte herfor henvises der til 1961-forarbejderne, til litteratur primært af udenlandsk oprindelse samt til den svenske højesteretsdom *NIR 2007.311 (Alfons Åberg)*, jf. nærmere herom nedenfor. Synspunktet i bogens anden udgave er en betydelig videreudvikling af de mindre absolutte synspunkter, som hidtil har været fremsat i dansk juridisk litteratur. Som det fremgår ovenfor, syntes der således siden Torben Lunds lovkommentar fra 1961 at have udviklet sig en vis enighed om, at parodier skal finde deres lovlighed i OPHL § 4, stk. 2, idet enkelte forfattere tillige mener, at man i den sammenhæng skal anlægge en mere lempelig vurdering af, om der foreligger et nyt og selvstændigt værk. OPHL § 4, stk. 2-subsumptionen vil imidlertid kun give et begrænset rum for parodiske værksanvendelser, men har den fordel, at man principielt holder sig inden for ophavsretslovens rammer og ikke er afhængig af eksistensen af en egentlig ulovbestemt indskrænkning. Men et alternativ til denne retstilstand blev altså lanceret med andenudgaven af *Immaterialret*, og udover at dette alternativ indebærer implementeringsmæssige problemstillinger, er det bemærkelsesværdigt, at det i vidt omfang er den samme opfattelse, som kan findes i den ældre danske litteratur – dvs. hos Grundtvig, Hartvig Jacobsen og 1965-Koktvedgaard – og som altså syntes at være blevet forladt i senere litteratur.

Som nævnt henviser Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier til den svenske højesteretsdom refereret i *NIR 2007.311 (Alfons Åberg)*. I denne sag var spørgsmålet, om den parodiske sammensætning af billeder fra Alfons Åberg-tegnefilmene og replikkerne fra den danske film *Pusher* var en krænkelse af Gunilla Bergströms ophavsret til Alfons Åberg. *Högsta Domstolen* frifandt for anvendelsen, idet den fandt, at det ved udarbejdelsen af *upphovsrättslagen* var hensigten, at bearbejdelser af værker, som udgjorde parodier og travestier skulle betragtes som selvstændige værker og falde udenfor ophavsretsbeskyttelsen for originalværket. ²¹³ Men som det fremgår ovenfor, er det usikkert om EU-Domstolen

212. Jf. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 2. udgave 2011, s. 140 f.

213. Jf. *NIR 2007.317* (Per Jonas Nordell, *Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning?*), s. 318 f.: »Det förefaller som om HD:s majoritet har resonerat huvudsakligen i linje med den traditionella inställningen. Domstolen konstaterade att avsikten vid upphovsrättslagens tillkomst var att sådana bearbetningar av verk som utgjorde parodier och travestier, skulle vara att betrakta som självständiga och falla utanför upphovsrättsskyddet för originalverket, något som hade avsetts gälla även när travestin var mycket närgången och i långa stycken följde förebilden ord för ord. Domstolen konstaterade sedan att definitionerna av begreppen parodi och travesti inte var alldeles fasta och vedertagna, men att det under alla omständigheter stod klart att principen måste vara tillämplig i fall när någon genom att förvränga ett känt verk till form eller innehåll åstadkom en produkt, vilken framstod som avsedd att skapa en komisk effekt som var helt främmande för originalverket. Det i målet

vil acceptere sådan en praksis på områder, der er omfattet af infosoc-direktivets totalharmonisering. Interessant er det i det lys også, at *Högsta Domstolens* afgørelse blev afsagt med dissens med hensyn til (en del af) begrundelsen. De to dissenterende dommere, der ganske vist var enige med flertallet i, at der skulle frifindes for krænkelse, bemærkede bl.a., at spørgsmålet om programindslaget var et selvstændigt værk eller ej, ligesom spørgsmålet om en krænkelse af Gunilla Bergströms litterære anseelse eller særpræg havde fundet sted, skulle vurderes med udgangspunkt i den anvendelse af værksdele, der har fundet sted i programindslaget, snarere end med udgangspunkt i, om programindslaget i sig selv kan anses for at udgøre en travesti eller en parodi. I dissensen anførtes videre, at programindslaget muligvis som helhed udgjorde en parodi på Alfons Åberg (men ikke på filmen *Pusher*) og måske nok kunne opfattes som en travesti på enkelte bærende elementer i Alfonsbøgerne, men at dette – i og med at de ikke kan anses at have været genstand for en ophavsretlig relevant anvendelse i indslaget – savner betydning for vurderingen af, om programindslaget udgør et selvstændigt værk efter *upphovsrättslagens* § 4, stk. 2, som har en tilsvarende ordlyd som OPHL § 4, stk. 2. Mindretallet afviste altså, at en eventuel karakterisering af en værksanvendelse som parodisk skulle have nogen selvstændig betydning. I stedet ville mindretallet fokusere krænkelsesbedømmelsen på spørgsmålet om omfanget af det anvendte værksmateriale. Uden at der her skal tages nærmere stilling til retstilstanden i svensk ophavsret kan det bemærkes, at mindretallets begrundelse forekommer bedre forenelig med infosoc-direktivet, herunder EU-rettens krav til direktivimplementering, end flertallets gør.

Jens Schovsbo og Morten Rosenmeiers synspunkt fra 2011 forudsætter som nævnt antagelsen af en ulovbestemt indskrænkning, og dette fremgår mest tydeligt af den seneste, tredje udgave fra 2013, hvor det også fremgår, at forfatterne opfattelse adskiller sig fra den øvrige litteratur. Således angives det, at »[i] nordisk ret er det sædvanligt at mene, at parodier er lovlige, fordi de er udtryk for lovlig »fri benyttelse« efter ophavsretslovens § 4, stk. 2«, samt at »[e]fter vores mening er det nok mere nærliggende at se princippet om parodiens lovlighed som udtryk for en ulovbestemt undtagelse til ophavsretten«.²¹⁴ Parodiens lovlighed omtales desuden i denne udgave som et »*ophavsretligt grundprincip*« og som et »*gammelt, internationalt grundprincip*«.²¹⁵ Der er tale om en ganske vidtgående antagelse henset til, at der nærmest ikke kan påvises andre kilder som støtte end ældre litterære kilder. Men samtidig med, at antagelsen om en ulovbestemt indskrænkning er vidtgående, så begrænser Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier den eventuelle parodiundtagelse i en anden henseende. Ifølge forfatterne er det således kun de såkaldte targetpa-

aktuella programinslaget måste enligt domstolen anses tillhöra denna kategori. En följd av den bedömningen var att programinslaget blev att betrakta som ett självständigt verk.»

214. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 259.

215. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 257.

rodier, der kan undtages i medfør af den påståede parodiundtagelse. Weapon-parodier yder ophavsretten derimod under alle omstændigheder beskyttelse mod: »Derimod kan det ikke være en lovlig parodi at bruge et beskyttet værk som led i en parodi på noget andet end værket.«²¹⁶ Med EU-Domstolens dom i sag C-201/13 (*Johan Deckmyn*) ligger det dog nu klart, at en sådan begrænsning af en national parodiundtagelse til targetparodier ikke stemmer overens med parodibegrebet i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. Såfremt der, som anført af Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, gælder en ulovbestemt indskrænkning for så vidt angår parodier, må denne derfor i givet fald principielt omfatte såvel target- som weaponparodier. Dette følger af det totalharmoniserende EU-retlige parodibegreb, jf. nærmere ovenfor *afsnit 10.2.3.2*. Men at en ulovbestemt indskrænkning overhovedet skulle eksistere i dansk ophavsret, synes altså at have meget begrænset retskildegrundlag, og det er højst tvivlsomt, om EU-Domstolen vil finde dette begrænsede retskildegrundlag tilstrækkeligt til at anse Danmark for på ulovbestemt grundlag at have implementeret infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k.

Forestillingen om en ulovbestemt parodiundtagelse er imidlertid fortsat udbredt, og senest er dette kommet til udtryk i *Retten i Aarhus' dom af 20. januar 2012 (Laid Back mod Venstre)*, der dog resulterede i en dom for ophavsretskrænkelse. Sagen handlede om partiet Venstres anvendelse af sangen *Sunshine Reggae* i en valgkampsvideo. Venstre havde gjort gældende, at videoen udgjorde en parodi, og i en forklaring blev denne uddybet til nærmere at bestå i kraft af kontrasten mellem den afslappede reggaelivsstil og Venstres politik med fokus på personligt ansvar og indsats. Uanset påberåbelsen af en parodiundtagelse – og i øvrigt også af ytringsfriheden – blev Venstre dømt for ophavsretskrænkelse. Byretten forholdt sig imidlertid eksplicit til parodianbringendet og anførte herom, at »[h]verken efter en sædvanlig sproglig forståelse af ordet eller valgvideoens fremtræden, finder retten, at kunne karakterisere valgvideoen som omfattet af begrebet parodi i ophavsretslovens forstand. Den omstændighed, at »Sunshine Reggae« er anvendt i en valgvideo i en demokratisk valgkamp, findes ikke at kunne føre til andet resultat. Retten finder derfor ikke, at Venstre i Aalborg har været berettiget til at anvende »Sunshine Reggae« som sket.« For så vidt angår spørgsmålet, om der var tale om en parodisk anvendelse, forekommer dommens resultat korrekt, idet anvendelsen i en politisk valgvideo uden noget egentligt parodisk formål eller indhold naturligvis ikke kan anses for at udgøre en parodi. Byrettens begrundelse er imidlertid bemærkelsesværdig. For det første synes byretten at lægge til grund, at der – om end den ikke fandt anvendelse i sagen – gælder

216. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 258.

en parodiundtagelse i dansk ophavsret. For det andet formulerer byretten sig, som om denne undtagelse findes i lovens tekst, idet det anføres, at valgvidеоen ikke er »omfattet af begrebet parodi i ophavsretslovens forstand«. Der er formentlig alene tale om en lidt uheldig formulering, idet man rettelig har haft den ovenfor i *afsnit 10.2.4.2* behandlede motivbemærkning i tankerne og ikke lovteksten som sådan. Lovteksten indeholder nemlig utvivlsomt ikke ordet parodi. Afgørelsen kan i øvrigt måske have sin baggrund i en skelen til den svenske højesteretsdom i *NIR 2007.311 (Alfons Åberg)*, jf. herom ovenfor. Dommens resultat forekommer korrekt, men begrundelsen bør næppe tillægges retskildeværdi i relation til spørgsmålet, om der findes en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret.

Det samme gælder *Københavns Byrets dom af 17. december 2012 (Konservativ)*, der også endte med en dom for krænkelse. Sagen drejede sig om Det Konservative Folkepartis anvendelse af sangen »Afrika«, som partiet til en landsrådsfest havde sunget i en omskrevet version kaldet »Konservativ«. Byretten anførte i sine præmisser, at »[f]ormålet med fremførelsen har ikke været at kritisere eller latterliggøre kompositionen »Afrika« eller dens ophavsmand. På dette grundlag finder retten, at fremførelsen af »Konservativ« indebære[r] en krænkelse af sagsøgers ret, jf. lovens § 3.« Man kan læse præmissen som et forbehold for en parodiundtagelse, idet formuleringen synes at forudsætte, at såfremt anvendelsen havde været en kritik eller latterliggørelse, da ville der ikke foreligge en krænkelse. I relation til dommen må det dog fremhæves, 1) at byretten kun inddrog bemærkningen om kritik og latterliggørelse i relation til *droit moral*, der netop ikke er EU-harmoniseret, og hvor bemærkningen i 1961-lovmotiverne også finder mere direkte anvendelse, jf. nærmere ovenfor *afsnit 10.2.4.2*, og 2) at byrettens bemærkning lige så vel kan være et forbehold for ytringsfriheden, dvs. en rettighedskollision, jf. nærmere herom nedenfor *afsnit 15*.

10.2.5. Sammenfatning og delkonklusion

Ved spørgsmålet om der i dansk ophavsret gælder en ulovbestemt parodiundtagelse forstås, at selve det at en given værksanvendelse udgør eller indgår i noget, der må karakteriseres som en parodi, medfører, at værksanvendelsen er undtaget fra ophavsretten til det anvendte værk. En ulovbestemt parodiundtagelse kan således kun anses for at eksistere, såfremt der kan identificeres en ulovbestemt retsregel, hvorefter karakteriseringen af en værksanvendelse som en parodi (retsreglens retsfaktum) i sig selv medfører, at ophavsretten til det anvendte værk ikke kan hævdes (retsreglens retsfølge).

Hvorvidt en sådan retsregel retsdogmatisk kan identificeres afhænger af, om de betingelser, der er redegjort for ovenfor i *afsnit 9*, er opfyldt. Således

kræves det 1) at der er EU-retlig hjemmel til undtagelsen i infosoc-direktivet, og 2) at der findes retskilder, der er tilstrækkeligt klare og bestemte til at udgøre den ulovbestemte parodiundtagelse, idet klarheds- og bestemthedskravet for disse retskilder er skærpet som følge af EU-Domstolens strenge praksis om ulovbestemt implementering af EU-direktiver. Den første betingelse – om hjemmel i infosoc-direktivet – er utvivlsomt opfyldt i kraft af hjemlen i infosoc-direktivet art. 5, stk. 3, litra k. Dermed kan undersøgelsen indsnævres til en gennemgang og vurdering af retskilderne om parodier, nærmere bestemt om disse udgør en ulovbestemt regel, der lever op til såvel dansk rets som EU-rettens krav til ulovbestemt retsskabelse.

Gennemgangen af retskilderne viser, at de retskilder, der findes om parodier i dansk ophavsret, er 1) nogle bemærkninger i 1961-forarbejderne samt en bemærkning i et bilag i motiverne til 2002-lovændringen, der implementerede infosoc-direktivet, 2) nogle få, uklare domme og 3) den juridiske litteratur, hvori adskillige forfattere gennem tiden har udtrykt deres opfattelse af retstilstanden for parodier.

Som det fremgår af gennemgangen, kan bemærkningerne i 1961-forarbejderne muligvis udlægges som en tilkendegivelse om en ulovbestemt parodiundtagelse, men imod dette taler mange ting, nemlig deres placering i relation til *droit moral*, deres henvisning til en retlig tradition, der ikke synes at lade sig identificere, deres tvivlsomme retskildeværdi under det nugældende retsgrundlag samt ikke mindst bemærkningen i bilaget til 2002-forarbejderne, der må anses for at have større retskildeværdi end de i princippet historiske 1961-forarbejder.

Hvad angår retspraksis, er det vanskeligt at anse denne for klart at fastslå eller udtrykke en ulovbestemt parodiundtagelse. Generelt er der kun afsagt få domme med relevans for parodispørgsmålet, og i ingen af disse når retten frem til, at der i sagen var tale om en parodi.

Hvis der skal være et retskildegrundlag for en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret, skal det altså findes i litteraturen. Dette betyder i sig selv, at der er tale om et svagt retskildegrundlag, eftersom juridisk litteratur ikke er den tungestvejende retskilde. Men såfremt opfattelsen i litteraturen er homogen og konsistent, kan det ikke udelukkes, at denne i sammenhæng med de ligeledes svage retskilder i forarbejder og retspraksis vil kunne udgøre en ulovbestemt retsregel, der opfylder EU-rettens krav til behørig direktivimplementering.

I den sammenhæng kan det umiddelbart forekomme, at den juridiske litteratur gennemgående antager, at der gælder en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret. En nærmere gennemgang viser imidlertid, at dette ikke er tilfældet. De juridiske forfattere udtrykker derimod vidt forskellige opfattelser

i relation til parodiens ophavsretlige behandling, jf. nærmere ovenfor *afsnit 10.2.4*. De juridiske forfattere synes dog at kunne indplaceres i fire forskellige opfattelser af retstilstanden, nemlig

- 1) at der på ulovbestemt grundlag gælder en generel parodiundtagelse, hvorefter karakteriseringen af noget som en parodi medfører, at denne hverken krænker den økonomiske eller ideelle eneret (*droit moral*),
- 2) at der gælder en parodiundtagelse på ulovbestemt grundlag, men at denne i overensstemmelse med placeringen af 1961-forarbejdernes bemærkninger kun gælder *droit moral*,
- 3) at der ikke gælder en ulovbestemt parodiundtagelse, idet parodispørgsmålet i stedet skal løses inden for lovens rammer ved at parodier skal finde deres eventuelle lovlighed i medfør af OPHL § 4, stk. 2, om fri benyttelse, og
- 4) at der gælder en ulovbestemt parodiundtagelse i relation til *droit moral*, men at parodien samtidig kun undslipper den økonomiske eneret, såfremt den kan karakteriseres som en fri benyttelse efter OPHL § 4, stk. 2, idet denne vurdering skal være mere lempelig end den sædvanlige OPHL § 4, stk. 2-vurdering.

Grundtvig, Hartvig Jacobsen, 1965-Koktvedgaard samt 2011- og 2013-Schovsbo & Rosenmeier tilsluttede sig tilsyneladende mulighed nr. 1 og mener altså, at der gjaldt eller gælder en generel parodiundtagelse. Weincke samt 1988- og 1991-Koktvedgaard behandlede ligesom 1961-forarbejderne spørgsmålet i et særskilt afsnit om *droit moral* og er derfor formentlig af en opfattelse svarende til mulighed nr. 2. Lund, Meedom, Frøbert, og formentlig også i sin tid Torp, synes derimod at mene, at problemstillingen skal løses inden for lovens rammer, hvilket fra og med 1961-loven betød, at spørgsmålet skulle afgøres efter OPHL § 4, stk. 2, dvs. en opfattelse svarende til mulighed nr. 3. Endelig udtrykker Schønning samt 1994-, 1996-, 1999- og 2002-Koktvedgaard, 2005-Koktvedgaard (ved Schovsbo), 2008-Schovsbo & Rosenmeier og formentlig også Clement Salung Petersen mulighed nr. 4. Skematisk kan de beskrevne forskelligheder i litteraturen opstilles som følger:

10. Ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret?

Opfattelse nr. 1	Opfattelse nr. 2	Opfattelse nr. 3	Opfattelse nr. 4
1905-Grundtvig	1976-Weincke	(1889-Torp)	1995-Schønning
1918-Grundtvig	1988-Koktvedgaard	(1898-Torp)	1994-Koktvedgaard
(Glahn)	1991-Koktvedgaard	1944-Lund	1996-Koktvedgaard
1941-Hartvig Jacobsen		1961-Lund	1998-Schønning
1951-Hartvig Jacobsen		1985-Meedom	1999-Koktvedgaard
1965-Koktvedgaard		1986-Frøbert	2002-Koktvedgaard
2011-Schovsbo & Rosenmeier		1995-Frøbert	2003-Schønning
2013-Schovsbo & Rosenmeier			2005-Koktvedgaard (Schovsbo)
			2007-Salung Petersen
			2008-Schønning
			2008-Schovsbo & Rosenmeier
			2011-Schønning

Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt, at det modsatte synspunkt, altså at ophavsretten netop beskytter – og *bør* beskytte – mod parodiering, ikke ses fremført i dansk litteratur på trods af, at loven og retspraksis vel i lige så høj grad kan tages til indtægt for det. Følgende synspunkt, der blev fremført af Seve Ljungman i 1958, har ingen dansk jurist således gjort sig til talsmand for på skrift: »*Det svenska förslaget ger – liksom Köpenhamnsutkastet – genom hänvisningar till föregående paragrafer de utförande konstnärerna möjligheter att i rätt stor utsträckning värna om sin ideella rätt. Som ett avskräckande exempel pekas på den svenske filmproducent, som genom klipp i äldre filmer kommit rollgestaltningarna att framstå såsom parodier, så att t. ex. en tragisk scen fått en skabrös innebörd o.s.v. Det kan väl knappast råda delade meningar om att sådant icke bör tillåtas mot konstnärens vilja.*»²¹⁷

I tillæg til manglen på en reel konsensus i den juridiske litteratur om parodispørgsmålet liden en stor del af den juridiske litteratur af en anden svagheit, nemlig at den er fra før infosoc-direktivet. Denne del af litteraturen har altså ikke haft mulighed for at forholde sig til infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, herunder spørgsmålet om Danmark kan anses for at have udnyttet denne fakultative direktivhjemmel ved ulovbestemt ret.

Hvis man ser bort fra 2011- og 2013-Schovsbo & Rosenmeier kan man dog argumentere for, at nyere litteratur har lagt sig fast på det, der ovenfor er angivet som mulighed nr. 4, nemlig at parodierende værksanvendelser ikke kan være *droit moral*-krænkelser, og at en lempelig OPHL § 4, stk. 2-vurdering ofte vil føre til frifindelse i relation til den økonomiske eneret. Undta-

217. Jf. Seve Ljungman, *Utförande konstnärers rätt enligt det svenska auktorlagförslaget*, i Torben Lund & Niels Alkil (red.), *Ophavsretlige perspektiver*, 1. udgave 1958.

gelsen fra *droit moral* – hvilket falder uden for denne afhandling – kan ikke udelukkes, men det kan derimod den vidtgående fortolkning af OPHL § 4, stk. 2, som opfattelsen forudsætter. Anvendelsen af OPHL § 4, stk. 2, som en selvstændig indskrænkning vil således være i strid med ikke bare bestemmelsens ordlyd og funktion, jf. nærmere ovenfor *afsnit 6.1*, men også med infosoc-direktivet, som i henhold til EU-Domstolens praksis formentlig ikke tillader en lempeligere vurdering af bestemte værktyper.

Hertil kommer, at man vel må gå ud fra, at lovgiver havde placeret 1961-forarbejdernes bemærkninger om parodier i tilknytning til OPHL § 4, stk. 2, såfremt det var lovgivers ønske, at denne bestemmelse skulle regulere spørgsmålet. Lovens ordlyd og systematik samt forarbejderne til loven tyder snarere på, at værksanvendelse i parodisk sammenhæng skal anses for reguleret i OPHL § 4, stk. 1. Dette giver for en umiddelbar betragtning mening, idet det virker fornuftigt at anse parodiering for at være en omarbejdelse af et værk til en anden kunstform, hvilket ville matche bestemmelsens ordlyd. En sådan subsumption medfører dog, at en værksanvendende parodi aldrig er »fri«, men altid afhængig af det parodierede værk. Her skal man dog huske på, at en lang række parodier netop ikke er værksanvendende, jf. ovenfor *afsnit 10.2.2*, ligesom ytringsfriheden i visse tilfælde kan tilsidesætte anvendelsen af ophavsretten, jf. nærmere herom nedenfor *Del IV*.

Ovenfor i *afsnit 9.1* og *afsnit 10.2.3* blev der redegjort for, hvilke krav der EU-retligt stilles, for at den hjemmel til en parodiundtagelse, som infosoc-direktivet indeholder, kan anses for udnyttet af Danmark i form af en ulovbestemt parodiundtagelse. Det fremgik her, at der var forholdsvis strenge krav med hensyn til en sådan praksis eller retsgrundsætning. Den skulle have bindende karakter og være tilpas klar og bestemt. Det retsdogmatiske kriterium for en ulovbestemt indskrænkning eksistens i dansk ophavsret er altså ikke, om det sparsomme retskildegrundlag vil kunne tilfredsstille dansk rets normale kriterium for, om ulovbestemt ret må anses for at gælde. Et strengere kriterium gælder nemlig som følge af EU-harmoniseringen. Den retsdogmatiske vurdering skal derfor angå, om man kan eller ikke kan forvente, at EU-Domstolen vil vurdere, at de danske retskilder er tilstrækkelige til at anse Danmark for på ulovbestemt grundlag at have implementeret infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k.

Som det fremgår ovenfor, er det danske retskildemateriale, der findes om parodier, særdeles beskedent. Der er meget få retskilder, der støtter tanken om en parodiundtagelse, og hertil kommer, at EU-Domstolen i en potentiel forelæggelse af spørgsmålet formentlig vil finde det mere relevant, at Danmark i forbindelse med implementeringen af infosoc-direktivet udtrykkeligt angav i motiverne, at man ikke ønskede at udnytte den hjemmel til en paro-

diundtagelse, som infosoc-direktivet indeholdt. Når alt kommer til alt bliver spørgsmålet, om man kan forvente, at EU-Domstolen vil anse Danmark for med det i dette kapitel gennemgåede retskildemateriale at have implementeret infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. Det kan man ikke. Det forekommer meget usandsynligt, at EU-Domstolen vil anse implementering for sket på baggrund af 1) lovbemærkninger til den ikke-harmoniserede *droit moral*, 2) nogle få diskutabile domme, hvoraf ingen frifinder med henvisning til en parodiundtagelse samt 3) en ikke-enig litteratur, der ikke formår at påvise retskilder bortset fra de nævnte lovbemærkninger samt enkelte af de nævnte domme.

Dermed er imidlertid ikke sagt, at parodiske anvendelser ikke efter omstændighederne kan være tilladte på trods af manglen på såvel en lovbestemt som en ulovbestemt parodiundtagelse. Det fremgår således af flere af dommene på området, at der typisk også er væsentlige ytringsfrihedshensyn, der gør sig gældende i parodisagerne, ligesom også andre grundrettigheder kan være på spil.²¹⁸ Disse problemstillinger må imidlertid under det nuværende retsgrundlag behandles som rettighedskollisioner, som er emnet for *Del IV*, hvortil der henvises. Lovlighed i medfør af eksempelvis ytringsfriheden er således ikke udelukket i kraft af, at en selvstændig parodiundtagelse må afvises. Det er dog klart, at det relevante retsfaktum vil være et andet i en kollisionsregel end i en parodiregel. Endvidere vil en lang række parodier, som beskrevet ovenfor i *afsnit 10.2.2*, ikke være afhængige af at anvende beskyttede værker eller værksdele. Sådanne parodier er naturligvis tilladte allerede som følge af den manglende gengivelse af beskyttet materiale, herunder eventuelt *princippet om den manglende idébeskyttelse (idea/expression dichotomy)*.

11. Konklusion

I nærværende kapitel (*Del III*) er afhandlingens anden specifikke tese behandlet. Ordlyden af denne tese, der skal bidrage til besvarelsen af afhandlingens overordnede hovedtese, er *at ulovbestemte indskrænkninger vanskeligt vil kunne eksistere under det nuværende retsgrundlags systematik, og at sådanne under alle omstændigheder vil kræve så klart et retskildegrundlag, at det må afvises, at der findes ulovbestemte indskrænkninger i gældende dansk ophavsret*.²¹⁹ Besvarelsen er opdelt i en gennemgang af de generelle betingelser, der må kræves opfyldt for, at ulovbestemte indskrænkninger kan

218. Se navnlig EU-Domstolens dom i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, pr. 25, men også nedenfor *afsnit 16*.

219. Jf. nærmere om afhandlingens teser ovenfor *afsnit 2*.

eksistere, jf. ovenfor *afsnit 9*, og en mere konkret afprøvelse af disse betingelser på de to ulovbestemte indskrænkninger, som der har været forestillinger om i dansk ophavsret, jf. ovenfor *afsnit 10*. Konklusionen må være, at tesen er blevet bekræftet.

Generelt gælder der således strenge betingelser såvel EU-retligt som nationalt retligt for at ulovbestemte indskrænkninger kan eksistere. Infosoc-direktivets harmonisering af de ophavsretlige indskrænkninger er en i princippet udtømmende totalharmonisering, som medfører, at ulovbestemte indskrænkninger må have hjemmel i infosoc-direktivet. Samtidig stiller EU-Domstolen i sin praksis om direktivimplementering – som dog primært må udledes af ikke-ophavsretlige afgørelser – strenge krav til den bestemthed og klarhed, som en implementering skal have. Der gælder hermed strenge krav til det ulovbestemte retskildegrundlag, som i givet fald skal udgøre den ulovbestemte direktivimplementering. Hertil kommer, at det ulovbestemte retskildegrundlag også skal tilfredsstille de nationalretlige betingelser, hvorefter der dels skal være et retstomt rum i lovgivningen, dels skal være en tilstrækkelig klarhed og bestemthed i de relevante retskilder til, at den ulovbestemte regel, som disse skulle danne, kan anses som national dansk ret.

De konkrete analyser må også anses for først og fremmest at bekræfte tesen og dermed altså udelukke, at der skulle gælde ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret. De to spørgsmål om henholdsvis en *de minimis*-og en parodiundtagelse i dansk ophavsret må således besvares benægtende.

Hvad angår *de minimis*-princippet frembyder lige præcis denne muligvis en modifikation til kravet om eksplicit direktivhjemmel. Da der er tale om et fundamentalt europæisk retsprincip, kan det således ikke afvises, at EU-Domstolen vil acceptere, at medlemsstaterne anvender dette princip på trods af, at der ikke er en eksplicit hjemmel i infosoc-direktivet til en generel anvendelse af princippet. Men uanset det synes forarbejderne til 2002-lovændringen samt dansk retspraksis ikke at støtte antagelsen om en ulovbestemt *de minimis*-indskrænkning. De sager, der har været om bagatelagtige anvendelser, er således alle afgjort med henvisning til lovbestemte regler, og de fleste af dem ender desuden med domfældelse for ophavsretskrænkelse. Hertil kommer, at den juridiske litteratur heller ikke har formået at udvikle en konsensus om en sådan doktrins kriterier. Endelig er der en bred varetagelse af *de minimis*-princippet i de lovbestemte indskrænkninger i ophavsretsloven, hvilket muligvis generelt – og utvivlsomt med hensyn til visse specifikke problemstillinger – har medført, at lovgiver må anses for at have vedtaget en udtømmende lov, som udelukker, at der skulle være retstomme rum, hvori ulovbestemte indskrænkninger kunne opstå eller eksistere. På den baggrund må det konkluderes, at der ikke gælder en ulovbestemt *de minimis*-indskrænkning i dansk ophavsret.

Hvad angår spørgsmålet om en ulovbestemt parodiundtagelse, er sagen en lidt anden. En sådan indskrænkning er der utvivlsomt hjemmel til i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, og der er ligeledes utvivlsomt ikke en ulovbestemt undtagelse i ophavsretsloven om sådanne anvendelser. Undersøgelsen af, om der gælder en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret, kan derfor begrænses til spørgsmålet, om der er danske retskilder, der kan anses for med tilstrækkelig klarhed og bestemthed at udgøre en sådan ulovbestemt regel. I den sammenhæng må man dog inddrage EU-Domstolens dom i *sag C-201/13 (Johan Deckmyn)*, hvori EU-Domstolen fortolkede parodibegrebet i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. Da dette begreb er totalharmoniseret, skal det danske retskildegrundlag således, udover at være klar og bestemt, også være foreneligt med dette EU-begreb, idet der ellers vil være tale om fejlagtig implementering. Gennemgangen af retskilderne om den ophavsretlige retstilstand for parodier viser imidlertid, at der er meget lidt tilbøjelighed i retspraksis til at lægge vægt på, om noget er parodisk. Samtidig er der grund til at tvivle på retskildeværdien af de lovbemærkninger, der findes i 1961-lovens forarbejder, og som formentlig har været medvirkende til, at der har været en udbredt forestilling om en parodiundtagelse i dansk ophavsret. 2002-lovændringen har formentlig større retskildeværdi, og forarbejderne til den tyder snarere på, at der ikke gælder en parodiundtagelse i dansk ophavsret. Endelig er det kun på overfladen, at der kan synes at være konsensus i litteraturen om en parodiundtagelse. En analyse af opfattelsen i litteraturen viser, at denne i virkeligheden er meget splittet om, navnlig omkring hvorvidt parodier skal behandles efter OPHL § 4, stk. 2, eller om de er lovlige i medfør af ulovbestemt ret. Det sparsomme og meget tvetydige retskildegrundlag må derfor nødvendigvis føre til den konklusion, at infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, ikke kan anses for implementeret i dansk ophavsret, der således ikke indeholder en parodiundtagelse, forstået som en indskrænkning, hvis retsfaktum er centreret omkring, hvorvidt en værksanvendelse kan anses for en parodi.

På baggrund af ovenstående kan afhandlingens anden specifikke tese altså bekræftes, idet der gælder meget strenge krav både EU-retligt og nationalretligt til, at ulovbestemte indskrænkninger i ophavsretten kan eksistere. Samtidig må forestillingerne om henholdsvis en ulovbestemt *de minimis*-doktrin og en ulovbestemt parodiundtagelse afvises, hvilket tillige fører til den konklusion, at der i dansk ophavsret i praksis ikke gælder nogen ulovbestemte indskrænkninger.

Rettighedskollisioner

12. Indledning

Som det fremgår af afhandlingens *Del II* og *Del III*, er ophavsretslovens indre fleksibilitet væsentligt mindre, end hvad der lader til hidtil at have været antaget af såvel lovgiver som i den juridiske litteratur. EU-harmoniseringen, først og fremmest i form af infosoc-direktivet fra 2001, sætter således snævre rammer for fortolkningen af dansk national ophavsret. Denne udvikling kan man have forskellige meninger om *de lege ferenda*. Man kan således finde det samfundsmæssigt uhensigtsmæssigt eller eventuelt blot urimeligt ud fra hensyn til værksanvenderne, herunder senere værksskabere. Omvendt kan man også bifalde udviklingen ud fra hensynet til stimulation af teknologisk og kulturel udvikling, eller ganske enkelt som nødvendig for den europæiske integration.

Sådanne overvejelser er relevante, men har ikke retsdogmatisk karakter. Det har derimod den afledte effekt af denne manglende fleksibilitet som består i, at ophavsrettens kollision med andre rettigheder bliver mere og mere uundgåelig.

Når man som udtalt i infosoc-direktivets præambelbetragtninger nr. 9 og 11 har valgt at indføre et »*højt beskyttelsesniveau*« i form af en »*effektiv og rigoristisk beskyttelsesordning*«, så har man også skabt forudsætningerne for, at denne beskyttelse kan komme i berøring med andre rettigheder og regler i retssystemet. For retsanvendere bliver det som følge heraf nødvendigt at forholde sig retsdogmatisk til, hvad der er gældende ret i tilfælde af sådanne kollisioner. Spørgsmålet har imidlertid ikke hidtil været behandlet, i hvert fald ikke i et perspektiv som det, der her bliver anlagt, nemlig at problemstillingerne bør ansues som såkaldte rettighedskollisioner.¹

1. Kollisionsbegrebet anvendes til dels i forarbejderne til 1995-loven i relation til reguleringen af ophavsrettens forhold til reglerne om aktindsigt og arkiver, jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1336 og 1361, samt Peter Schønning, *Ophavsretsloven med*

I sin kommentar til ophavsretsloven skriver Peter Schønning, at »[d]en grundlovssikrede ytringsfrihed indebærer ingen indskrænkning i ophavsretten (og vice versa)«, og at »[b]estemmelser i andre love kan som udgangspunkt ikke antages at indebære indskrænkninger i den ophavsretlige beskyttelse«.² Disse synspunkter er udtryk for den traditionelle opfattelse i dansk ophavsret, nemlig at rettighedskollisioner med ophavsretsloven på den ene side og en anden lov eller rettighed på den anden side som udgangspunkt ikke kan ske, idet begge principielt nyder gensidig respekt af hinandens afgrænsning.

Selvom udgangspunktet givetvis stadig er det samme, idet man som retsanvender fortsat må kunne og skulle fortolke lovgivningen ud fra en formodning om, at denne som helhed er sammenhængende og internt veldefineret

kommentarer, 5. udgave 2011, s. 233. Se også motiverne til 2003-lovændringen, jf. FT 2003-04, tillæg A, s. 477. Begrebet lader også i øvrigt til at være en betegnelse for problemstillingen, som den juridiske litteratur bør kunne nå til enighed om, jf. således Jens Elo Rytter, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, 2. udgave 2006, s. 84, og Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 84, der netop bruger begrebet kollision, Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i konkurrenceret*, 5. udgave 2003, s. 228, og Caroline Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*, 2. udgave 2012, s. 245, der begge anvender udtrykket »sammenstød«, og Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 523, der bruger betegnelsen »regelsammenstød«. Også EU-Domstolen synes nu at have taget begrebet til sig, jf. sag C-314/12 (*UPC Telekabel*), pr. 47. Terminologien »kollisioner« er i øvrigt at foretrække frem for eksempelvis alternativet »konflikter«, idet man netop ikke bør betragte fænomenet som en konflikt mellem to rettigheder eller bestemmelser, men derimod to rettigheder eller bestemmelser, som blot (endnu) ikke er blevet afgrænset over for hinanden og derfor så at sige »kolliderer«, hvorefter det netop bliver nødvendigt at afgrænse dem i forhold til hinanden. Derudover er betegnelsen rettighedskonflikt uhensigtsmæssig, i og med at begrebet »conflict of laws« på engelsk bliver brugt om lovvalgsproblematikker. Uanset dette ses problematikken dog undertiden betegnet med ordet »conflict«, jf. eksempelvis Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2011, s. 45, P. Bernt Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, i Rochelle Cooper Dreyfuss m.fl. (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 1. udgave 2001, s. 345, og (for så vidt angår konkurrenceretten) Jens Schovsbo, *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, 1. udgave 1996, s. 9 ff., samt Palle Bo Madsen, *Markedsret Del 1*, 6. udgave 2014, s. 31 ff. Se i øvrigt også Paul L. C. Torremans, *Copyright as a Human Right*, i Paul L. C. Torremans (red.), *Copyright and Human Rights*, 1. udgave 2004, s. 2, hvor der sondres mellem to tilgange, hvoraf den ene er baseret på en såkaldt »conflict model«, mens den anden er baseret på en grundlæggende antagelse om, at begge rettigheder forfølger samme mål.

2. Jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 228 og 233.

og velafgrænset, så synes der i stigende grad at være tendenser i ophavsretten til, at udgangspunktet oftere og oftere må modificeres i en verden, der bliver mere og mere kompleks – teknologisk og mediemæssigt, men også retligt.

Den teknologiske og mediemæssige udvikling har de sidste 2-3 årtier navnlig bestået af overgangen fra analoge til digitale medier samt af internet-tets hastige udbredelse og udvikling. Førstnævnte har medført, at kopiering (eksemplarfremsstilling) er blevet nemmere og billigere, mens sidstnævnte har gjort det nemmere og billigere at tilgængeliggøre beskyttede værker.

Den retlige udvikling har sideløbende hermed været karakteriseret ved 1) et øget internationalt samarbejde, herunder ikke mindst den supranationale EU-harmonisering, samt 2) et øget fokus på menneske- og grundrettigheder. Den retlige virkelighed er som følge heraf blevet, at retsadvokaten i dag ikke alene skal navigere i nationale danske regler, men også i EU-retten, internationale traktater samt kodificerede og ikke-kodificerede menneske- og grundrettigheder. Denne flerhed af regeludstedere øger sandsynligheden for, at reglerne ikke er nøje afstemt i forhold til hinanden, og den tilsvarende flerhed af myndigheder og domstole muliggør – i hvert fald provisorisk – forskellige fortolkninger af reglerne. Når dette kombineres med den nævnte teknologiske og mediemæssige udvikling, er kollisioner nærmest uundgåelige.

Det er imidlertid ikke tesen i nærværende afhandling, at systemet dermed er defekt. Tværtimod forventes det netop, at det retsdogmatisk er muligt at navigere i denne kompleksitet og derfor ultimativt muligt at løse kollisionerne på baggrund af de relevante retskilder, herunder eventuelt på baggrund af de principper, der kan udledes heraf. Principielt må det således forventes, at der kun findes én korrekt løsning på en given kollision mellem ophavsretten og en anden lov eller rettighed, ligesom dette udfald principielt bør fremkomme, uanset om det er den danske Højesteret, EU-Domstolen eller Menneskerettighedsdomstolen, der skal tage stilling til spørgsmålet.

I den perfekte verden bør love eller rettigheder ikke kunne kollidere. Der bør alle love og rettigheder være afgrænset, så der i alle tilfælde, hvor sådanne to kommer hinandens område nær, fra lovgivers side vil være taget stilling til, hvor grænserne går. Sådant lovgivning har menneskeheden dog stadig til gode at præstere – i hvert fald for så vidt angår ophavsretten. Dette er ikke nødvendigvis, fordi lovgiver gør et dårligt stykke arbejde. Det kan lige så godt skyldes det forhold, at lovgivning per definition tager stilling til tilfælde, der ikke har fundet sted endnu. Verden er foranderlig, og dens udvikling er ofte uforudsigelig – og i særdeleshed er den det på ophavsrettens område. Derfor er det en utopi at forestille sig, at lovgivning nogensinde skulle kunne gøres helt immun over for rettighedskollisioner. Selv hvis det var muligt at regulere med så stor detaljering, er det i øvrigt heller ikke sikkert, at det ville være

hensigtsmæssigt, da lovgivningen da ville bugne endnu mere, end den allerede gør, ligesom det ville kræve konstante og ressourcekrævende lovændringer for at holde lovene opdaterede.³ Rettighedskollisioner er således i et vist omfang uundgåelige, og udfordringen for retsanvendere bliver derfor at håndtere disse, dvs. være i stand til at træffe den rette afgørelse i et kollisionstilfælde.

Spørgsmålet bliver herefter, hvordan man som retsanvender skal forholde sig, når sådanne kollisioner opstår. Retskilderne vil oftest pege i hver sin retning, og hensynene vil formentlig i vidt omfang også gøre det. Retsanvenderen må imidlertid ikke desto mindre træffe en afgørelse eller konklusion, og dette sikkert ofte med en vis nervøsitet for en eventuel underkendende afgørelse fra en eller flere af de domstole, der efterfølgende vil skulle pådømme den pågældende eller en sammenlignelig sag. Spørgsmålet for retsanvenderen bliver derfor, om det er muligt retsdogmatisk at finde frem til den rette afgørelse. Det er tesen i denne afhandling, at det er det i hvert fald til et vist punkt, og målet bliver derfor gennem en analyse af de relevante retskilder at afdække, hvad der er gældende ret i de tilfælde, hvor ophavsretten kolliderer med andre rettigheder.

Det beskrevne rettighedskollisionsperspektiv på problemstillingerne og de foreliggende retskilder har sin baggrund i afhandlingens tredje specifikke tese, der er, *at ophavsretten efter omstændighederne indskrænkes i tilfælde af dens kollision med andre rettigheder; og at nogle nærmere rammer og principper for afgørelse af sådanne kollisionstilfælde kan afdækkes retsdogmatisk*.⁴ Denne teses indhold er altså ikke blot, at ophavsretten undertiden kolliderer med andre rettigheder, men også at disse tilfælde retligt skal løses ud fra samme principper.

Der er navnlig to fordele ved dette perspektiv. For det første giver det muligheden for en større forståelse for problemstillingerne og tankegangen hos de relevante domstole. For det andet giver analysen mulighed for at fastlægge nogle mere almene principper, som kan udgøre værktøjet for retsanvenderes

3. I denne retning, jf. John Lundum, *Anvendelse af Menneskerettighedskonventionen – De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)*, i Morten Kjærum m.fl. (red.), *Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv*, 1. udgave 1997, s. 404 f., samt Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder som almene retsprincipper*, i *Juristen* 2001, s. 132, der nævner, som mulige grunde til at grundrettighederne bliver mere og mere allestedsnærværende, 1) at lovgiver kan være bagud med tilpasningen, 2) at lovgiver kan være uopmærksom på ny praksis, eller 3) at domstolene ganske enkelt er bedre egnede til at foretage en løbende tilpasning end lovgiver er.

4. Jf. nærmere om afhandlingens teser i *afsnit 2*.

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

analyse og løsning af fremtidige rettighedskollisioner, ikke bare på det markeds- og grundretlige område, men også i relation til ophavsrettens kollision med andre rettigheder eller lovgivninger.

I den forbindelse må man i overensstemmelse med retsdogmatikkens væsen naturligvis undlade at forfalde til betragtninger *de lege ferenda* om, hvilken lovbestemmelse eller rettighed, man retspolitisk mener bør nyde forrang eller opprioriteres. Fristelsen til *de lege ferenda*-synspunkter er imidlertid konstant nærværende, idet retskilderne på området meget ofte er sparsomme, uklare eller undlader at anføre de afvejningskriterier, de er baseret på.

For at gøre det muligt at gennemføre en relevant retsdogmatisk analyse er denne afhandling derfor afgrænset til to ofte forekommende kollisionstilfælde, nemlig 1) kollisionerne med den fri bevægelighed og EU-konkurrenceretten (samlet benævnt EU-markedsretten) og 2) kollisionerne med grund- og menneskerettighederne. Om disse problemstillinger findes der en række retskilder hvilket også viser, at der er tale om praktisk forekommende problemstillinger og ikke teoretiske konstruktioner.

De nævnte to tilfælde analyseres med henblik på at udlede nogle principper for, hvorledes rettighedskollisioner på ophavsrettens område skal afgøres (afsnit 14 og 15). Forud for disse analyser vil nogle grundlæggende rammer for afgørelsen af rettighedskollisioner dog blive opstillet (afsnit 13). På baggrund af analyserne vil det derefter blive drøftet, om disse kan give grundlag for at opstille en egentlig ophavsretlig kollisionsdoktrin (afsnit 16). Afslutningsvist gives en samlet konklusion (afsnit 17).

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

Som nævnt er rettighedskollisionerne noget, der ultimativt må løses af domstolene. Ser man bort fra de højeste instanser i form af EU-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen, har disse behov for nogle retsdogmatiske antagelser om gældende ret, når de skal afgøre sagerne. Hertil kommer, at i de mange tvister og sager, der aldrig bliver genstand for domstolsbehandling, har retsanvenderne i deres udenretlige konfliktløsning behov for nogle retsdogmatiske antagelser om, hvad en eventuel domstolsafgørelse ville blive i sagen. I kollisionstilfælde er sådanne antagelser dog vanskelige at nå frem til, eftersom begge parter i denne type sager har et meget tungtvejende argument i den rettighed eller lovbestemmelse, de påberåber sig.

Der er formentlig grænser for, hvor nøjagtige domsprognoser man kan give i sådanne sager, der ofte skal afgøres helt konkret. Der findes imidlertid efterhånden en række retskilder, og en analyse af disse kan bidrage til en vis

afklaring, og om ikke andet kan de formentlig give en be- eller afkræftelse af, om alle rettighedskollisioner bør løses efter samme principper.

Som det indledningsvist fremgår ovenfor i *afsnit 1*, er dette kapitel i øvrigt afhandlingens vanskeligst konkretiserbare, og det lader sig nok heller ikke behandle udtømmende, idet en lang række potentielle kollisioner endnu ikke er opstået eller har vist sig. Den følgende gennemgang af retspraksis koncentrerer sig derfor om de typetilfælde, hvor sager har været ført, og hvor der derfor er retskilder tilgængelige. Disse typetilfælde er dels EU-markedsretten i form af konkurrenceretten og den frie bevægelighed, dels grundrettighederne som beskyttet ved henholdsvis EMRK og EUC.

Det er synspunktet i det følgende, at de retskilder, der findes på disse retsområder, er udtryk for de principper, der skal anvendes i alle tilfælde af rettighedskollisioner mellem ophavsretten på den ene side og en anden rettighed på den anden side, dvs. også de kollisioner, retssystemet endnu ikke måtte have opdaget eller som endnu ikke er opstået. Det kan altid diskuteres, hvor langt retskilders retskildeværdi rækker, men såfremt det i det følgende lader sig gøre at udlede nogle fælles principper, så må det give en vis sikkerhed for almengyldighed, at retskilderne hidrører dels fra økonomiske rettigheder (f.eks. konkurrenceretten og den fri bevægelighed), dels fra ikke-økonomiske frihedsrettigheder (f.eks. ytringsfriheden), ligesom de i sidstnævnte tilfælde er afsagt af såvel Menneskerettighedsdomstolen som EU-Domstolen.

13.1. Rettighedskollisioner og hensynskollisioner

Begrebet rettighedskollisioner giver naturligvis kun mening, såfremt man kan skelne mellem, hvornår man har at gøre med en rettighedskollision, og hvornår man har at gøre med almindelig lovfortolkning. I den forbindelse må man reservere begrebet rettighedskollisioner til kun at dække de tilfælde, hvor mindst to rettigheder finder anvendelse i sin egenskab af rettighed og ikke blot er til stede som et varetaget hensyn. Der må med andre ord foretages en sontring mellem rettighedskollisioner og hensynskollisioner. En tilsvarende sontring forekommer at være udtrykt af Henrik Zahle, der bemærkede, at »[d]e kollisioner, som menneskerettigheder kan indgå i, kan dels bestå i kollision med andre interesser eller værdier, end dem, der ligger til grund for vedkommende menneskerettighed, dels i kollisioner med andre parallelt gældende menneskerettigheder«.⁵

Ophavsretten er grundlæggende en afvejning af hensynet til dem der har frembragt eller investeret i et værk og hensynet til alle dem, der har interesse

5. Jf. således også Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, 3. udgave 2003, s. 34.

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

i at bruge dette værk på den ene eller anden måde.⁶ Alle ophavsretslovens og EU-direktivernes bestemmelser sigter således på at ramme denne balance, og for så vidt vil begge hensyn næsten altid være til stede i enhver ophavsretlig tvist.

Netop af denne grund må der foretages en sontring mellem 1) de tilfælde, hvor begge hensyn er repræsenteret i det ophavsretlige retsgrundlag og 2) de tilfælde, hvor retsgrundlaget ikke – eller ikke i tilstrækkelig grad – giver mulighed for en balancering, og hvor andre rettigheder derfor kommer i kollision med den ophavsretlige beskyttelse. Det første udgør alene en *hensynskollision* og må derfor løses inden for ophavsrettens egne regler, mens det sidste udgør de *rettighedskollisioner*, hvor det kan blive nødvendigt at foretage en afgrænsning af ophavsretten af hensyn til andre rettigheder. Kun i de tilfælde, hvor retsgrundlaget ikke i sig selv er udtryk for, eller rummer mulighed for, en passende afvejning af de kolliderende hensyn, vil en kollision med en anden rettighed – såfremt en sådan i øvrigt finder anvendelse – kunne foreligge. Undlader man at foretage denne sontring, vil man strække rettighedskollisionsbegrebet for vidt, idet man da vil kunne anskue enhver ophavsretlig sag som en rettighedskollision – og i så fald mister begrebet sit indhold og formål.

Sontringen kan illustreres med konkurrenceretten som eksempel. For så vidt kan man hævde, at ophavsretten altid er i kollision med konkurrenceretlige hensyn, idet den fastsætter et monopol, hvilket konkurrenceretlige hensyn taler for at begrænse eksistensen af. Imidlertid udgør denne hensynskollision ikke nødvendigvis en rettighedskollision. Såfremt der alene er tale om en hensynskollision, skal lovgivers hensynsafvejning derfor respekteres og problemstillingen løses til fordel for *lex specialis*, dvs. ophavsretten. Hvis derimod en rettighedskollision foreligger, eksempelvis når en ophavsrettighed giver en person eller virksomhed en dominerende position, som denne efterfølgende misbruger, da kan løsningen ikke findes i *lex specialis*-princippet. I stedet skal problemet løses som et kollisionstilfælde.⁷ Henrik Udsen tilsigter formentlig en tilsvarende sontring, når han sondrer mellem ytringsfriheden som henholdsvis en intern og en ekstern kilde i ophavsretten.⁸

6. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1327 f., infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 31, Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immateriel ret*, 3. udgave 2013, s. 41 ff., Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 58 ff. Se også redegørelsen for de »informationsretlige hensyn« i Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 91 ff.
7. Jf. således også sag C-241+242/91 (*Magill*) og sag C-418/01 (*IMS Health*), der omtales nærmere nedenfor afsnit 14.2.
8. Jf. nærmere Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 376 ff.

Sondringen er ofte vanskelig, og i sidste ende er det domstolene – og dermed ultimativt EU-Domstolen eller Menneskerettighedsdomstolen – der må foretage den og fastlægge grænserne mellem de to begreber. Afgørende bliver det dog utvivlsomt, om de relevante ophavsretlige lovbestemmelser har en tilstrækkelig indre fleksibilitet til, at kollisionen kan løses som en hensynskollision, eller om dette ikke er tilfældet, hvorved der kun resterer mulighederne 1) at holde sig til lovens ordlyd eller 2) at erkende en rettighedskollision, med de problemer, der følger heraf. Som behandlet ovenfor i *Del II* og *Del III* er lovgivningen kun i begrænset omfang udstyret med en indre fleksibilitet, og rettighedskollisionsperspektivet er derfor i mange tilfælde det eneste alternativ til en dom efter ordlyden, hvilket ofte vil være en dom til fordel for rettighedshaveren.

Emnet for nærværende kapitel fremadrettet er herefter alene de tilfælde, hvor der foreligger en rettighedskollision.

13.2. Ophavsrettens retlige karakter

Den første forudsætning for at kunne forholde sig til ophavsrettens forhold til andre rettigheder må være, at man kan fastslå, hvilken retlig karakter ophavsretten har. Det må med andre ord afklares, på hvilket retligt niveau ophavsretten befinder sig. Spørgsmålet er nærmere bestemt, om ophavsretten selv nyder grundretlig beskyttelse som en del af ejendomsretten, eller om den blot har almindelig lovrang. På trods af, at dette må være det første led i arbejdet med ophavsretten i en retlig og teknologisk kompleks verden, er der tale om et spørgsmål, hvis rette besvarelse der endnu ikke er opnået enighed om. I hvert fald ikke i dansk juridisk litteratur.

I den tidligste danske ophavsretslitteratur anførtes følgende: »*Ejendomsret har Forfatteren over sit Manuskript, Maleren over sit Billede osv.; men over Aandsprodukter som saadanne ∴ afset fra deres legemlige Udtryksform kan ingen Ejendomsret have. Derfor ere Betegnelser som litterær og kunstnerisk Ejendomsret, hvis de skulle forstaas bogstaveligt, Udtryk for en Misforstaaelse, hvis de bruges billedligt, for saa vidt uheldige, som de friste til Misforstaaelser.*»⁹ Dette synspunkt blev imidlertid udfordret i 1920'erne, hvor Frederik Vinding Kruse anførte, at ophavsretten var en del af ejendomsretten, idet den udgjorde en såkaldt »åndelig ejendomsret«.¹⁰ Frederik Vinding Kruse stod dog i Danmark og Norden temmelig alene med sit synspunkt, der navnlig

9. Jf. Carl Torp, *Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse*, 2. udgave, 1898, s. 4.

10. Jf. Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten*, 1. udgave 1929, s. 97 ff., samt Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 46 f. samt Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave 2001, s. 18.

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

blev afvist af Ragnar Knoph i dennes hovedværk fra 1936 om *Åndsretten*.¹¹ Teorien om den åndelige ejendomsret led imidlertid på daværende tidspunkt også under, at den i sidste ende kun kunne finde sit grundlag i ulovhjemlede naturretlige tankegange: »Efter Sagens Natur, der jo ogsaa er Retskilde i dansk Ret, bør der tilkomme Frembringeren af aandelig Ejendom en Ret til at raade over og tage Bestemmelse om denne i enhver Retning, hvor Loven ikke har gjort positive Indskrænkninger.«¹²

Ved affattelsen og vedtagelsen af den danske ophavsretslov fra 1961 vandt Frederik Vinding Kruses synspunkter ikke gehør, og begrundelsen for ikke at anvende ejendomsretsterminologien er udtrykt i *Betænkning 1951*, hvori det bemærkes, at »[u]dtrykket »ejendomsretten«, som er nemt og vellydende, har man ikke benyttet, da navnlig de finske, norske og svenske delegerede har næret ængstelse for, at dets anvendelse ville give anledning til for vidtgående slutninger med hensyn til rettens indhold, selv om dette blev præciseret nærmere i de dertil bestemte paragraffer«.¹³ Allerede ved udarbejdelsen af 1961-loven lagde man altså en vis afstand til terminologien, og selvom Frederik Vinding Kruses teori ikke blev udtrykkeligt afvist som værende forkert, har diskussionen siden da været bilagt, idet det almindeligvis anses for afgjort, at ophavsretten ikke er ejendomsretligt og dermed grundretligt beskyttet.¹⁴

Afvisningen dengang af ophavsretten som en ejendomsret har formentlig først og fremmest taget sit udgangspunkt i ejendomsretten som sikret ved GRL § 73. Således bemærkes det, at det mest overbevisende argument

11. Jf. Ragnar Knoph, *Åndsretten*, 1. udgave, 1936, s. 612 ff.

12. Jf. Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten*, 1. udgave 1929, s. 467.

13. Jf. Betænkning 1951, s. 73. Se også Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, 1. udgave 1951, s. 15, der skriver, at »Vinding Kruses teori er herunder afvist af næsten alle nordiske forfattere«, og Torben Lund, *Ophavsret*, 1. udgave 1961, s. 47. Endelig er det formentlig ikke helt irrelevant her at henvise til Alf Ross, *Tü-Tü*, i O. A. Borum og Knud Illum (red.), *Festskrift til Henry Ussing*, 1. udgave 1951, s. 478, hvor begrebet ejendomsret som sådan kritiseres, idet det er »uden mening, d. v. s. uden enhver semantisk referens, og tjener kun fremstillingstekniske formål«, hvilket måske er et repræsentativt udtryk for den fremherskende tilgang til de brede rettighedsbegreber i dansk ret på daværende tidspunkt. Udviklingen har dog sidenhen vist, at grundrettigheder har et selvstændigt indhold, hvad enten man retspolitisk eller teoretisk bifalder denne retlige udvikling eller ej.

14. Jf. eksempelvis fra 1976 Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 19: »I dag er det den almindelige opfattelse, at det er ganske forføjlet at betragte ophavsretten som en ejendomsret; men det er en given sag, at den ejendomsretlige synsmåde gennem lang tid har bidraget stærkt til at skaffe ophavsretten anerkendelse i den offentlige opinion og har været et effektivt våben i hænderne på dem, der kæmpede for at styrke og udbygge beskyttelsen. Endnu i vore dage er det i øvrigt ikke ualmindeligt, at ophavsmændene selv opfatter deres ret som en slags ejendomsret til værket.«

mod ejendomsretsteoriene er det af Willi Weincke fremhævede, nemlig at ophavsretten er tidsbegrænset, hvilket ejendomsretten i medfør af GRL § 73 ikke er.¹⁵ Underforstået heri ligger altså, at såfremt den ophavsretlige eneret var en ejendomsrettighed, ville en sådan tidsbegrænsning, som i dansk ret følger af OPHL § 63, stk. 1, kræve, at indehaveren af ophavsretten blev ydet fuld erstatning, ligesom det i øvrigt ville forudsætte, at almenvellet krævede en sådan tidsbegrænsning, jf. GRL § 73, stk. 1. I dag er svagheden ved dette argument imidlertid, at GRL § 73 ikke er den eneste ejendomsretlige beskyttelse, der finder anvendelse i dansk ret, jf. nærmere nedenfor.

Det er den dag i dag stadig den mest udbredte opfattelse, at ophavsretten ikke er en del af ejendomsretten.¹⁶ Spørgsmålet blev eksempelvis taget op på ny i Henrik Udsens doktordisputats fra 2009 om *De Informationsretlige grundsætninger*, hvori det blev konkluderet, at »[t]anken om at immaterialretten skulle udgøre en særlig form for ejendomsret synes i dag helt opgivet«, samt at »[d]et må derfor lægges til grund, at de informationsretlige discipliner ikke har karakter af ejendomsretlige discipliner«.¹⁷

15. Jf. Willi Weincke, *Ophavsret*, 1. udgave 1976, s. 52.

16. Jf. eksempelvis Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 43: »Immaterialretten er en del af det almindelige retssystem, og de immaterialretlige regler og principper rangerer ikke »højere« end andre regler og principper.« Jf. også Bjørn Ryberg m.fl., *Grundlæggende immaterialret*, 2. udgave, 2009, s. 19: »Når sangskriveren har skrevet en sang, sikrer den almindelige ejendomsret, at andre ikke må stjæle det papir, sangen er skrevet på, eller den cd, den er optaget på. Men ejendomsretten beskytter ikke mod kopiering og distribution af sangen. Det er kun gennem reglerne om ophavsret, at det er forbudt at stjæle det, andre har skabt inden for litteratur, musik, billedkunst, film, computerspil osv.« Jf. også Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011: »Den juridiske begrundelse for ophavsretten skal søges i den omstændighed, at kunst og litteratur udgør intellektuelle præstationer, som den almindelige ejendomsret ikke yder et tilstrækkeligt retsværn for. Ejendomsretten beskytter fx ikke en forfatter mod efterligninger og andre former for ikke-materiel tilegnelse af det litterære værk. Forfatterens egentlige beskyttelsesbehov vedrører den indsats, der ligger bag skabelsen af værket. Denne intellektuelle præstation kan tilegnes af en anden ved at reproducere den, uden at vedkommende skal yde den samme indsats. Det er fx tilfældet ved fotokopiering, oplæsning og efterligning af det litterære værk, hvor udnyttelsen rækker ud over det konkrete, fysiske eksemplar af værket. Kun en ophavsretlig beskyttelse af værket kan give forfatteren et retsværn mod disse former for værksudnyttelse.«

17. Henrik Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 71 og 73. Udsen anerkender dog andetsteds i sin disputats – i forbindelse med ytringsfriheden – at »[d]en overvejende opfattelse synes dog at være, at reglerne om ytringsfrihed ikke har en højere rangorden end de immaterialretlige regler, særligt fordi eneretten

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

Sideløbende med at afvisningen af ejendomsretsteorien er blevet fastholdt i dansk litteratur, er det imidlertid i en række internationale retskilder blevet fastslået, at ophavsretten (og de øvrige immaterialrettigheder) er en del af ejendomsretten. Allerede i 1948 og dermed før 1961-loven blev FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder vedtaget, og i denne følger det af art. 27, stk. 2, at »[e]nhver har ret til beskyttelse af de moralske og materielle interesser, der hidrører fra en hvilken som helst videnskabelig, litterær eller kunstnerisk frembringelse, som vedkommende har skabt«. Denne erklæring var og er dog ikke juridisk bindende. Få år senere, i 1950, blev *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (EMRK) derimod vedtaget, og denne var og er folkeretligt bindende. I 1952 blev tillægsprotokol nr. 1 vedtaget, og fra da af har EMRK beskyttet ejendomsretten, jf. tillægsprotokol nr. 1, art. 1, hvoraf det fremgår, at »[e]nhver fysisk eller juridisk person er berettiget til uforstyrret nydelse af sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de ved lov og folkerettens almindelige principper fastsatte betingelser«. Som det fremgår, omfatter EMRK's ejendomsretsbeskyttelse imidlertid ikke udtrykkeligt intellektuelle ejendomsrettigheder, og det var først med dommene i *Melnychuk v. Ukraine* (2005), *Anheuser Busch v. Portugal* (2007) (varemærke) og *Balan v. Moldova* (2008), at det blev endeligt fastslået, at også EMRK beskyttede ophavsretten som en del af ejendomsretten.¹⁸

Menneskerettighedsdomstolens praksis stemmer overens med den samtidige udvikling i EU-retten. Den 7. december 2000 vedtog Europa-Parlamentet, Ministerrådet og Europa-Kommissionen *Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder* (EUC), og i EUC art. 17 om ejendomsrettens beskyttelse er der i stk. 2 fastsat en udtrykkelig beskyttelse af »intellektuel ejendomsret«. EUC art. 17 lyder har nemlig følgende ordlyd: »[Stk. 1:] En-

til egne intellektuelle frembringelser også anses for en af de grundlæggende menneskerettigheder«, jf. s. 376 f.

18. Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrebet i Den europeiske menneskeretskonvensjon*, 1. udgave 2010, s. 185, Henrik Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 377, NIR 2007.1 (Jan Rosén, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*), og IIC 2006.371 (Christophe Geiger, »Constitutionalising« intellectual property law? *The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*), s. 382 f., Christophe Geiger, *Fundamental Rights as Common Principles of European (and International) Intellectual Property Law*, i Ansgar Ohly (red.), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, s. 228. Ophavsrettens beskyttelse i medfør af EMRK er i øvrigt sidenhen blevet bekræftet i *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* (2007), *Ashby Donald and others v. France* (2013) og *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (2013), jf. nærmere herom nedenfor afsnit 15.

hver har ret til at besidde lovligt erhvervet ejendom, at anvende den, at træffe dispositioner hermed og at lade den gå i arv. Ingen må berøves sin ejendom, medmindre det skønnes nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet. Anvendelsen af ejendommen kan reguleres ved lov, i det omfang det er nødvendigt af hensyn til almenvellet. [Stk. 2:] Intellectuel ejendomsret er beskyttet.»¹⁹ Et halvt år efter blev det i præamblen til info-soc-direktivet fra 2001, ligeledes angivet, at »[d]en foreslåede harmonisering medvirker til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse.«²⁰ Endvidere blev det angivet, at »[u]dgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau, da sådanne rettigheder er af afgørende betydning for den intellektuelle skabelsesproces. En sådan beskyttelse bidrager til at bevare og udvikle kreativiteten til gavn for ophavsmænd, kunstnere, producenter, forbrugere, kulturen, industrien og almenheden generelt. Intellectuel ejendomsret er derfor blevet anerkendt som en integrerende del af ejendomsretten.«²¹

EUC har nu, med Lissabontraktatens ikrafttræden den 1. december 2009, fået samme juridiske værdi som traktaterne, jf. TEU art. 6. Sidenhen har EU-Domstolen endvidere ofte inddraget bestemmelsen i sin ophavsretspraksis, jf. eksempelvis *sag C-314/12 (UPC Telekabel)*, hvori det blev bemærket, »at et forbud som det i hovedsagen omhandlede, der er udstedt på grundlag af artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29, hovedsagligt kolliderer med for det første ophavsretten og de beslægtede rettigheder, som er en del af den intellektuelle ejendomsret, og som dermed er beskyttet i medfør af chartrets artikel 17, stk. 2, for det andet friheden til at oprette og drive egen virksomhed, som erhvervsdrivende som internetudbydere er omfattet af i medfør af chartrets artikel 16, samt for det tredje internetbrugernes informationsfrihed, hvis beskyttelse er sikret ved chartrets artikel 11.«²²

Der er med andre ord ikke tvivl om, at både i relation til EMRK og i relation til EU-retten skal ophavsretten anses som en del af ejendomsretten og dermed på grundretligt niveau. Om man så vil fastholde, at det samme ikke

19. Jf. hertil Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 47

20. Jf. Infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 3.

21. Jf. Infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 9.

22. Jf. *sag C-314/12 (UPC Telekabel)*, pr. 47. Se også *sag C-70/10 (Scarlet Extended)*, pr. 43, *sag C-277/10 (Luksan)*, pr. 68, *sag C-360/10 (SABAM mod Netlog)*, pr. 41. Fra før Lissabontraktatens ophøjelse af EUC til traktatniveau kan nævnes *sag C-479/04 (Laserdisken II)*, pr. 65, og *sag C-275/06 (Promusicae)*, pr. 62.

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

kan være tilfældet for så vidt angår GRL § 73 har ikke nogen nævneværdig praktisk betydning når det kommer til kollisioner med EU-markedsretten i TEUF eller grundrettighederne i EMRK og EUC, og spørgsmålet skal derfor ikke forfølges yderligere her.²³

Også i andre europæiske lande betragtes ophavsretten som en ejendomsret. Således har Sveriges *Högsta Domstolen* i *NIR 1987.89 (Demonstrationsmusik)* udtalt, at »[b]elysande för lagstiftarens inställning är också att författare, konstnärers och fotografers rätt till sina verk har rang av grundlagsskyddad rättighet«, og i Frankrig er ophavsrettens status som ejendomsret blevet anført i *Cour de Cassations* præmisser i *IIC 2004.716 (Utrillo)*, hvor tv-stationen France 2 blev dømt for krænkelse ved i lidt over 2 minutter at have filmet nogle ophavsretligt beskyttede malerier.

Selvom Frederik Vinding Kruses teori i sin tid blev afvist, kan det altså godt være han i et vist omfang vinder diskussionen posthumt. Man kan i den forbindelse muligvis også finde en vis nutidig begrundelse for ejendomsretsteoriene i, at værdierne i det moderne samfund i lige så høj grad kan ligge i rettigheder og retspositioner som i fysiske goder. Tidligere var de væsentligste værdier knyttet til ejerskab af fysiske genstande, men i dag er det i mange tilfælde immaterialretlige retspositioner, der udgør en borgers eller virksomheds væsentligste aktiv. Begrænser man den ejendomsretlige beskyttelse til fysiske genstande risikerer man dermed muligvis i praksis at give staterne nogle magtmisbrugsmuligheder over for borgerne, som det netop var meningen med den menneskeretlige beskyttelse af den private ejendomsret at fratage staterne. Sådanne tankegange kan i hvert fald meget vel være dem, der ligger bag EMRK's og EUC's beskyttelse af intellektuel ejendomsret.

I forbindelse med ovenstående diskussion om ophavsrettens retlige karakter er det dog en relevant overvejelse, om ophavsrettens karakter overhovedet har nogen praktisk betydning for den ophavsretlige retstilstand i kolli-

23. Man kan med en vis rette mene, at udviklingen i EU stemmer dårligt overens med TEUF art. 345, hvorefter de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke berøres af traktaterne. Men sagen er jo den, at EU-Domstolen jo netop ikke fortolker den danske grundlov – hvilket alene tilkommer Højesteret – og derfor heller ikke GRL § 73. I den forbindelse kan det i øvrigt også bemærkes, at TEUF art. 345 er en videreførelse af art. 83 i Kul- og stålfællesskabstraktaten, og denne var aldrig tænkt som dækkende immaterialrettigheder, jf. IPQ 1999.37 (Ewan Kirk, *Encryption and competition in the Information Society*), s. 44. I relation til GRL § 73's beskyttelse i forhold til de ejendomsretlige beskyttelser i EMRK og EUC må det også erindres, at de to sidstnævnte fortolkes dynamisk, hvilket GRL § 73 traditionelt ikke bliver, jf. hertil Henrik Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder: Sammenstødet mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner*, i Morten Kjærsum m.fl. (red.), *Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv*, 1. udgave 1997, s. 369 ff.

sionstilfælde. For så vidt angår en eventuel kollision med grundrettigheder, er forholdet jo det, at de fleste grundrettigheder efter omstændighederne kan indskrænkes, hvis blot det sker ved lov. Ejendomsretten er altså under alle omstændigheder ikke en absolut grundrettighed.²⁴ I de sager, hvor ophavsretten er kollideret med andre rettigheder, har der imidlertid været tale om kollisioner med enten andre grundrettigheder eller med meget grundlæggende EU-rettigheder. I denne retspraksis lader det til, at ophavsrettens karakter som grundrettighed er en vigtig nøgle til forståelsen af såvel EU-Domstolens som Menneskerettighedsdomstolens praksis og ikke mindst til forståelsen af, at disse to domstoles retspraksis om rettighedskollisioner følger samme tankegang.

13.3. Ingen forrang i tilfælde af rettighedskollisioner

Man kunne teoretisk forestille sig, at domstolene løste rettighedskollisioner ud fra forrangsprincipper. Herved kunne man tænke sig, at ophavsretten måtte vige for ytringsfriheden i medfør af et *lex superior*-princip, og at konkurrenceretten og den fri bevægelighed til gengæld måtte vige for ophavsretten i medfør af *lex specialis*-princippet.

Som det fremgår ovenfor *afsnit 13.2*, anses ophavsretten imidlertid som en del af ejendomsretten, og idet den dermed selv har grundrettighedsniveau, er et *lex superior*-princip uegnet. I relation til konkurrenceretten og den fri bevægelighed er det også vanskeligt at anse ophavsretten som *lex specialis*. Set fra et nationalt perspektiv kan ophavsretten måske nok forekomme som mere specifik og specialiseret, men fra et EU-perspektiv vil man kunne betragte konkurrenceretten og den fri bevægelighed som særlige supranationale indskrænkninger i de mange nationale ophavsretslovgivninger. Heller ikke en *lex superior*-fortolkning er egnet i relation til konkurrenceretten og den fri bevægelighed. Disse regler, der er centrale i sikringen af det indre marked, anses således af EU-Domstolen som helt grundlæggende EU-retlige principper og rettigheder, og at anse de nationale ophavsretslovgivninger som hierarkisk højere rangeret end disse supranationale rettigheder forekommer derfor forkert.

Det kan i denne forbindelse nævnes, at Tine Sommer i sin doktordisputats om bl.a. patentrettens retlige kompleksitet set i forhold til moderne teknologier også når frem til,

24. Enkelte grundrettigheder er absolutte, eksempelvis forbuddene mod dødsstraf, tortur, slaveri og straf med tilbagevirkende kraft, jf. Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 112. At ejendomsretten ikke hører til de absolutte grundrettigheder fremgår eksplicit af såvel EMRK tillægsprotokol nr. 1, art. 1, som EUC art. 17, stk. 1. Se hertil Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, 1. udgave 2013, s.396. I EU-sammenhæng blev det i øvrigt fastslået længe før EUC, jf. således *sag 4/73 (Nold mod Kommissionen)*, pr. 14.

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

at »[t]raditional tools of interpretation, such as the *lex posterior* or *lex superior*, are less effective when there are fragmented legal sources adopted on the basis of divided or shared competence or by different playmakers«. ²⁵ Det samme gælder i vidt omfang ophavsretten. ²⁶

Netop fordi ingen af de traditionelle fortolkningsprincipper egner sig, har Menneskerettigheds- og EU-Domstolen udviklet nogle andre afgrænsningskriterier. Dog bemærkes det, at hensynskollisionerne derimod formentlig ofte vil lade sig løse med forrangsprincippet, jf. ovenfor *afsnit 13.1*.

13.4. Pligtsubjektet for den kolliderende rettighed

Det retlige gennemslag af en kolliderende rettighed på ophavsrettens område vil principielt være forskelligt alt efter, hvem der er pligtsubjektet for den rettighed, der kolliderer med ophavsretten. Som det vil fremgå i det følgende, vil den praktiske betydning dog oftest fortone sig.

Som nævnt kan rettighedskollisioner navnlig observeres i forhold til EU-markedsretten og i forhold til grundrettigheder. Hvad angår EU-markedsretten er medlemsstaterne, herunder Danmark, forpligtet over for de øvrige medlemsstater på folkeretligt grundlag til at overholde de begrænsninger, der følger af TEUF's regler om konkurrenceret og fri bevægelighed. Tidligt blev det imidlertid tillige slået fast, at medlemsstaterne også er forpligtet over for deres borgere til at overholde disse bestemmelser (såkaldt *vertikal direkte virkning*). ²⁷ Hvad der imidlertid er særligt interessant i relation til ophavsretten er, om reglerne kan påberåbes af en privat borger over for en anden privat borger, dvs. spørgsmålet om rettighederne har *horisontal direkte virkning*. Dette skyldes, at ophavsrettigheder er private formuerettigheder, der tilkommer private fysiske eller juridiske personer, og som skal håndhæves privat.

Allerede i *sag 127/73 (BRT mod SABAM)* blev det fastslået, at TEUF's *konkurrenceretlige bestemmelser* – TEUF art. 101 og 102 – havde horisontal direkte virkning. ²⁸ Disse bestemmelser kan altså påberåbes i en dansk krænkelssag over for en ophavsrettighedshaver, der søger at udøve sin ophavsret

25. Jf. Tine Sommer, *Can Law Make Life (too) Simple?*, 1. udgave 2013, s. 58.

26. Jf. ligeledes, for så vidt angår ytringsfrihedens forhold til immaterialretten, Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 376 f.

27. Jf. *sag 26/62 (Van Gend en Loos)* samt f.eks. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 129 ff.

28. Jf. *sag 127/73 (BRT mod SABAM)*, pr. 16: »[A]s the prohibitions of articles 85(1) and 86 tend by their very nature to produce direct effects in relations between individuals, these articles create direct rights in respect of the individuals concerned which the national courts must safeguard.« Dette er sidenhen blevet bekræftet i bl.a. *sag C-241+242/91 (Magill)*.

i strid med disse konkurrenceretlige beskyttelser. Ophavsrettighedshaveren bliver således i disse tilfælde (indirekte) pligtsubjekt for den kolliderende rettighed, dvs. den konkurrenceretlige beskyttelse.

Uafklaret er det derimod i vidt omfang stadig, om *reglerne om fri bevægelighed* har horisontal direkte virkning. Det blev allerede med *sag C-281/98 (Angonese)* slået fast, at arbejdskraftens fri bevægelighed havde horisontal direkte virkning, men i relation til ophavsretlige problemstillinger er det oftest varernes fri bevægelighed – og i enkelte tilfælde tjenesteydelsernes fri bevægelighed – der er relevant, og for disse er det endnu ikke endeligt fastslået, om de kan eller ikke kan have horisontal direkte virkning. I nyere tid er der dog noget, der tyder på, at EU-Domstolen er parat til at tillægge alle de frie bevægeligheder horisontal direkte virkning. I *sag C-341/05 (Laval un Parteneri)*, *sag C-438/05 (Viking Line)* og *sag C-171/11 (Fra.bo)* blev det således slået fast, at henholdsvis etableringsfriheden (TEUF art. 49), tjenesteydelsernes fri bevægelighed (TEUF art. 56) samt varernes fri bevægelighed (TEUF art. 34) kunne påberåbes over for private.

Det skal bemærkes, at der i alle tre sager var tale om private organer, som var tillagt eller efter deres natur udøvede virksomhed, der kunne anses for typisk at være tillagt staten. EU-Domstolen henviste således også til sine tidligere domme i *sag 36/74 (Walrave)*, *sag C-415/93 (Bosman)* og *sag C-281/98 (Angonese)*, hvor det imidlertid netop blev udtalt, at afskaffelsen af hindringerne for den frie bevægelighed ville blive truet, hvis afskaffelsen af nationale hindringer blev modvirket af hindringer, fastsat af ikke-offentlige sammenslutninger eller organer.²⁹ Det er dog nærliggende at antage, at EU-Domstolen vil komme frem til det samme i hvert fald i relation til ophavsretlige forvaltningsorganisationer, men muligvis også i relation til »uorganiserede« rettighedshavere ud fra den betragtning, at ophavsretten er en meget bred rettighed, der giver mulighed for at gøre store indgreb i menneskers handelfrihed i forhold til bestemte informationer, teknologier eller fysiske goder.

Selvom det ikke står helt klart endnu, må det antages, at ved ophavsrettens kollision også med de frie bevægeligheder, kan disse påberåbes over for de sagsøgende ophavsrettighedshavere, der dermed er det direkte pligtsubjekt for den kolliderende rettighed.

Når det kommer til grundrettigheder derimod synes det stadig at være sådan, at disse ikke kan have horisontal direkte virkning, eller såkaldt *Drittwirkung*, som dette ofte benævnes i grundretlig litteratur. Grundrettigheder kan således alene påberåbes af en borger over for en medlemsstat, som altså

29. Jf. *sag 36/74 (Walrave)*, pr. 18, *sag C-415/93 (Bosman)*, pr. 83, og *sag C-281/98 (Angonese)*, pr. 32.

kun vil kunne opnå dom for, at medlemsstaten har krænket hans rettigheder, men aldrig for at en anden privat borger har krænket dem. For så vidt angår EU-grundrettighederne synes udelukkelsen af horisontal direkte virkning at følge af EUC art. 51, stk. 1, og for så vidt angår EMRK kan det udledes af EMRK art. 1 samt Menneskerettighedsdomstolens praksis, der endnu aldrig har tillagt konventionen såkaldt *Drittwirkung*.³⁰

Når det alligevel højst sandsynligt har mindre praktisk betydning, om det alene er medlemsstaterne, der er pligtsubjekter for de kolliderende rettigheder, eller om disse også har horisontal direkte virkning, skyldes det pligten til EU-konform og EMRK-konform fortolkning. Det står klart, at selv hvis en rettighed ikke har horisontal direkte virkning, så påhviler det under alle omstændigheder de nationale domstole at fortolke den nationale lovgivning i overensstemmelse med den pågældende rettighed, og denne forpligtelse er så vidtgående, at den i praksis ofte medfører, at rettigheden reelt anvendes horisontalt mellem parterne. Af samme grund har dette fænomen fået betegnelsen *indirekte horisontal virkning*. Sker det, at ophavsretten kolliderer med en anden rettighed, og har denne ikke horisontal direkte virkning, vil den kolliderende rettighed altså stadig kunne påberåbes som et fortolkningselement. Kun i det omfang at nationale domstole vil skulle foretage en *contra legem*-fortolkning for at opnå en EU- eller EMRK-konform fortolkning, vil den kolliderende rettighed ikke få fuld gennemslagskraft.³¹

13.5. Lovgivers afværgelse af rettighedskollisioner

Det er forståeligt, at litteraturen hidtil kun i begrænset omfang har anlagt rettighedskollisionsperspektiver på ophavsretlige problemstillinger. Tanken om at rettighedskollisioner er en umulighed stammer nemlig ikke blot fra en

30. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 70 f.

31. Det er den almindelige opfattelse i dag, at der ikke er pligt til *contra legem*-fortolkning, men for så vidt angår EU-retten er dette ikke fuldstændig afklaret. *Sag 14/83 (von Colson & Kamann)* samt *sag C-91/92 (Faccini Dori)* synes at afvise en sådan pligt, men i tiden mellem disse to domme afsagdes *sag C-106/89 (Marleasing)*, der forudsætter en sådan pligt, jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 346. Jf. nærmere om pligten til EU-konform fortolkning Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 147 ff., Karsten Engsig Sørensen, *Pligten til EU-konform fortolkning*, i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.), *Europæiseringen af dansk ret*, 1. udgave 2008, s. 303 ff. og Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 351 ff., og om EMRK's indirekte horisontale virkning (også kaldet indirekte *Drittwirkung*), Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 70-71.

forestilling om sammenhæng og harmoni i lovgivningen som helhed. Den udtrykkes derimod ofte af såvel national lovgiver som EU-lovgiver.

Hvad angår den danske ophavsretslov er i hvert fald fire ellers uundgåelige kollisioner eksplicit afværget, nemlig i forhold til offentlighed i retsplejen, jf. OPHL § 9, i forhold til pligtafleveringsloven, jf. OPHL § 16, stk. 5, i forhold til aktindsigtsreglerne, jf. OPHL § 27, stk. 1, og i forhold til arkivloven, jf. OPHL § 27, stk. 2, jf. nærmere i det følgende.

Den første kollisionsafværgelse i ophavsretsloven findes i OPHL § 9. I henhold til grundlovens § 22 skal love offentliggøres for at have retskraft, og i henhold til lovtidendelovens § 2 sker dette i Lovtidente. Af GRL § 65, stk. 1, følger, at offentlighed i retsplejen skal gennemføres i videst muligt omfang. Dette krav, der også til dels følger af EMRK art. 6, stk. 1, samt EUC art. 47, er blandt andet opfyldt ved retsplejelovens § 28 a, stk. 1, hvorefter retsmøder er offentlige. Eftersom love og domme ville udgøre faglitterære værker og nyde ophavsretlig beskyttelse (herunder imod offentliggørelse), hvis det almindelige værkshøjdebegreb i OPHL § 1, stk. 1, skulle anvendes, ville ophavsretten give forfatterne til lovene (typisk embedsmænd) og forfatterne til dommene (dommerne) retten til at forbyde den offentliggørelse, som ikke mindst grundloven sikrer. Dette absurde scenario forhindres imidlertid allerede af OPHL § 9, hvorefter love, administrative forskrifter, retsafgørelser og lignende offentlige aktstykker ikke er genstand for ophavsret.

En anden kollision, som er afværget i ophavsretsloven, er den mellem pligtafleveringsloven og en ophavsrettighedshavers ret til eksemplarfremsstilling, herunder retten til ikke at foretage dette. I henhold til pligtafleveringslovens § 2 skal værker, der udgives i Danmark, afleveres i to eksemplarer til en såkaldt pligtafleveringsinstitution, dvs. Det Kongelige Bibliotek eller Statsbiblioteket. Efter OPHL § 2 isoleret betragtet, skal rettighedshaveren ikke tåle en sådan pligt, og derfor er det eksplicit i OPHL § 16, stk. 5, bestemt, at ophavsretten ikke er til hinder for den eksemplarfremsstilling, som pligtafleveringsloven påbyder.

Den tredje kollision, som er håndteret eksplicit af national dansk lovgiver er den som ellers ville opstå som følge af reglerne om aktindsigt i navnlig forvaltningsloven og offentlighedsloven. Aktindsigtsreglerne pålægger forvaltningsmyndigheder at foretage eksemplarfremsstilling (typisk fotokopiering) af sagsdokumenter samt at sprede disse eksemplarer til dem, der har begæret og fået aktindsigt. Hvis det materiale, der begæres aktindsigt i, nyder ophavsretlig beskyttelse, angår dette påbud med andre ord handlinger, som omfattes af rettighedshaverens eneret efter OPHL § 2. Men denne kollision skal altså i henhold til OPHL § 27, stk. 1, løses til fordel for aktindsigtsreglerne.

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

Endelig er en fjerde kollision med arkivloven afværget i OPHL § 27, stk. 2, hvorefter arkiverede værker kan gøres tilgængelige for almenheden i overensstemmelse med navnlig arkivloven.

Herudover sigter mange af de lovbestemte indskrænkninger i ophavsretten på at afværge rettighedskollisioner. Eksempelvis er konsumptionsreglerne en afværgning af en kollision mellem ophavsretten til værket og ejendomsretten til værkseksemplaret. Ligeledes varetager mange af indskrænkningerne ytringsfrihedshensyn. Fælles for de ovennævnte lovbestemte løsninger af lov-kollisioner er, at de alle formentlig blot bestemmer, hvad domstolene ellers ville nå frem til, hvis bestemmelserne ikke havde eksisteret.

Man kan på den baggrund undre sig over, at OPHL §§ 9, 16, stk. 5, og 27, stk. 1 og 2, findes, når domstolene utvivlsomt ville komme frem til de samme resultater uden disse bestemmelser, og spørgsmålet er i den sammenhæng, om lovgiver har indføjet dem for, at loven herved udtømmende gjorde op med alle potentielle rettigheds- og lov-kollisioner. Dette kan dog næppe antages, og skulle det alligevel have været tilfældet, er lovgiver sidenhen blevet indhentet af sin egen og EU's lovgivning. Det forekommer – i hvert fald i dag – umuligt at betragte loven som udtømmende med hensyn til rettighedskollisioner, og der er derfor – lige bortset fra de fire nævnte bestemmelser – tale om en opgave, som domstolene må og skal løse på mere eller mindre ulovbestemt grundlag. Man må i den sammenhæng også erindre, at det ikke er op til lovgivningsmagten selv at afgøre, om de love, den har givet, udelukker rettighedskollisioner. Det er derimod en kerneopgave for den dømmende magt.

Også i EU-retten ses det, at lovgiver udtrykker en forestilling om, at der er foretaget en harmonisk afstemning af de mange komplekse rettigheder og lovgivninger. I infosoc-direktivets art. 9 bestemmes det således, at »[d]ette direktiv berører ikke bestemmelser vedrørende især patentret, varemærker, mønsterrettigheder, brugsmønstre, halvlederprodukters topografi, skrifttyper, adgangsstyrede og adgangsstyrende tjenester, adgang til radio- og tv-spre-dningstjenesters kabel, beskyttelse af nationale skatte, pligtaflevering, lovgivning om restriktiv praksis og illoyal konkurrence, forretningshemmeligheder, sikkerhed, klassificerede oplysninger, databeskyttelse og privatlivets fred, aktindsigt i offentlige dokumenter og aftalelovgivningen.« Forestillingen om en veldefineret indre afgrænsning i lovgivningen kommer også til udtryk i direktivets præambel, hvor der i præambelbetragtning nr. 1 står, at »[t]rak-taten foreskriver oprettelse af et indre marked og indførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrøjes. En harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om ophavsret og beslægtede rettigheder bi-drager til at opnå disse mål.« I præambelbetragtning nr. 3 angives det, at »[d] en foreslåede harmonisering medvirker til gennemførelsen af de fire friheder

på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse».

Men uanset infosoc-direktivet art. 9's bestemmelser om forholdet til databeskyttelse og privatlivets fred viser EU-Domstolens domme i *sag C-275/06 (Promusica)*, *sag C-557/07 (LSG mod Tele2)*, *sag C-70/10 (Scarlet Extended)*, *sag C-360/10 (SABAM mod Netlog)* og *sag C-461/10 (Bonnier)*, at disse relationer ikke kan løses endeligt ved en sådan direktivbestemmelse. Som det fremgår nedenfor i *afsnit 14* og *afsnit 15*, er forholdet til det indre marked samt grundrettighederne heller ikke så uproblematisk, som præamblen ellers tilkendegiver. Man kan muligvis også læse EU-Domstolens dom i *sag C-128/11 (UsedSoft)* som en censurering af et aftalevilkår, og i så fald er infosoc-direktivet art. 9's afgrænsning over for aftalelovgivningen heller ikke udtømmende.

I EU-retten's tidlige historie diskuterede man også, om EU-retlige kollisioner med ophavsretten var afværget med TEUF art. 345, men det har EU-Domstolen afvist ganske eftertrykkeligt i en mangeårig praksis, der startede længe før den EU-retlige harmonisering af ophavsretten, jf. den varemærkeretlige *sag 56+58/64 (Consten)*, jf. nærmere nedenfor *afsnit 14.1*.

13.6. Den retlige konsekvens af en rettighedskollision

Der kan teoretisk tænkes flere mulige retlige konsekvenser af en rettighedskollision. Helt overordnet kan ophavsretten selvfølgelig enten opretholdes eller indskrænkes. Såfremt en indskrænkning af ophavsretten kommer på tale, er der imidlertid to måder, dette kan ske på. Ophavsretten kan for det første indskrænkes i sit beskyttelsesomfang. Herved indskrænkes ophavsretten med det resultat, at den pågældende værksanvendelse betragtes som værende uden for ophavsrettens beskyttelsesomfang. Resultatet heraf er, at anvendelsen kan foretages fuldstændig frit og uden betaling af vederlag. En anden mulighed er imidlertid, at ophavsrettens beskyttelsesomfang opretholdes, men at visse af eneretsbeføjelserne (f.eks. forbudsbeføjelsen) underkendes i det pågældende kollisionstilfælde.

I og med at ophavsretten er ejendomsretligt beskyttet – i hvert fald i EMRK og EUC – kan man hævde, at det altid er sidstnævnte konsekvens, man skal anvende, såfremt denne konsekvens er tilstrækkelig til at sikre respekten for den kolliderende rettighed. Dette skyldes, at eftersom ophavsretten skal anses som en grundrettighed, skal indskrænkninger i ophavsretten opfylde proportionalitetsprincippet, herunder kravet om det mindste middel. En sådan ejendomsretstankegang er muligvis baggrunden for, at EU-Domstolen i *sag C-241+242/91 (Magill)* og *sag C-418/01 (IMS Health)*, jf. nær-

13. Rettighedskollisioner og de retlige rammer for deres løsning

mere herom nedenfor *afsnit 14.2*, alene indskrænkede ophavsretten for så vidt angår forbudsbeføjelsen (licensnægtelse), men principielt anerkendte, at der var tale om ophavsretligt beskyttede værker. Der blev således i begge sager ikke gjort indskrænkning i muligheden for at meddele licens mod betaling af rimeligt vederlag.

Et andet karakteristikon ved indskrænkning af ophavsretten i tilfælde af rettighedskollisioner er, at den retlige konsekvens alene er en *in casu*-suspension af beskyttelsen. Den indskrænkende fortolkning, der foretages i et kollisionstilfælde, er således kun begrænset til det pågældende kollisionstilfælde, og præjudikatsværdien af sådanne domme kan derfor ikke udstrækkes til andre tilfælde, f.eks. tilfælde, hvor der ikke foreligger en rettighedskollision. Dette illustreres bl.a. af EU-Domstolens sontring mellem ophavsrettens eksistens og udøvelse. Denne sontring, der har mødt megen kritik som værende nonsens, udtrykker faktisk netop, at ophavsretten i kollisionstilfælde – efter omstændighederne – kan indskrænkes, men at den vil genvinde sin oprindelige størrelse i ikke-kollisionstilfælde.

Kritikken af eksistens/udøvelse-sontringen har navnlig været, at en rettighed jo netop kun eksisterer i det omfang retssystemet stiller magtapparatet bag dens udøvelse. Sontringen giver imidlertid fin mening, hvis man anskuer de sager, den har været anvendt i, som tilfælde af rettighedskollisioner. EU-Domstolen er imidlertid i de senere år begyndt at henvise mindre til sontringen, og det har nogen taget som udtryk for, at den er opgivet.³² Som Jens Hartig Danielsen har argumenteret for, er dette imidlertid ikke tilfældet. Han konkluderer således, at sontringen udgør et centralt princip i tilfælde af rettighedskollisioner: »Sontringen udtrykker et almindeligt princip, som finder anvendelse i alle sager, hvor nationale regler kolliderer med fællesskabsretten. I forhold til nationale immaterialrettigheder fremhæves det med sontringen, at den nationale enerettighed ikke berøres i forhold, der er af national karakter; det vil sige forhold, som ikke indeholder et fællesskabsretligt element. I det omfang anvendelsen af rettigheden vedrører tilfælde med et fællesskabsretligt element, kan rettighedens udøvelse imidlertid begrænses af de fællesskabsretlige regler. Hvor rettighedens udøvelse begrænses, er der kun tale om en begrænsning i det fællesskabsretlige forhold, medens rettigheden stadigvæk kan påberåbes i rent nationale forhold og i »rene« tredjelandes forhold.«³³

In casu-suspension forekommer også som den rette løsning i lyset af, at ophavsretten er en del af ejendomsretten, og at indskrænkninger i denne derfor skal opfylde proportionalitetsprincippet. En fuldstændig bortfortolkning, der også måtte udstrækkes til alle andre områder, ville ikke udgøre det mindste

32. Jf. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 415.

33. Jf. Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 84.

nødvendige middel til sikring af det samfundsmæssige behov, som indskrænkningen i ophavsretten skal tjene.

14. Kollisioner med EU-markedsretten

Ophavsrettens kollision med EU-markedsretten har naturligvis først og fremmest været genstand for domstolsbehandling ved EU-Domstolen.³⁴ Til gengæld er denne retspraksis temmelig omfattende og er baseret på to forskellige rettigheder, nemlig dels retten til fri bevægelighed, i praksis navnlig vare- og tjenesteydelsesbevægelighed, jf. TEUF art. 34 og 56, dels de konkurrenceretlige beskyttelser i TEUF art. 101 og 102. Selvom man vel ikke kan udelukke kollisioner med andre EU-markedsretlige regler, så er det i relation til disse bestemmelser, at problemstillingen hidtil har åbenbaret sig. Disse bliver derfor udgangspunktet for det følgende.

EU-retspraksis om EU-markedsrettens forhold til immaterialretlige enerettigheder er tidligere behandlet udførligt i studier udelukkende herom.³⁵ Disse skal ikke gentages her. Derimod er målet med dette afsnit at undersøge, hvorvidt retskilderne på området er udtryk for rettighedskollisionstankegange, og i givet fald hvilke principper, der må udledes heraf. Dette afsnit vil derefter i sammenhæng med *afsnit 13* og *afsnit 15* bidrage til en besvarelse af afhandlingens tredje specifikke tese, om at der eksisterer nogle generelle rammer eller principper for løsning af rettighedskollisioner. Besvarelsen af denne specifikke tese bidrager til besvarelsen af afhandlingens overordnede hovedtese.³⁶

34. En række domme er afsagt af Retten (tidligere Retten i Første Instans), men de fleste domme er afsagt af EU-Domstolen, hvilke selvsagt også har større retskildeværdi end Rettens. Problematikken kan for så vidt også blive behandlet af nationale domstole, idet der kun er pligt til at forelægge præjudicielle spørgsmål om EU-rettens fortolkning for nationale domstole i sidste instans, jf. TEUF art. 267. Sådant national praksis har naturligvis meget begrænset retskildeværdi, når der – som i dette tilfælde – eksisterer praksis fra EU-Domstolen.

35. Se på dansk navnlig Jens Schovsbo, *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, 1. udgave 1996, og Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005. Se også Jens Schovsbo, *Særligt om immaterialretsaftaler*, i Caroline Heide-Jørgensen m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udgave 2009, s. 485 ff., Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 43 ff., Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplar: om konsumpsjon av rettigheter i eksemplar av vernede åndsverk*, 1. udgave, 1999, og Inge Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, 1. udgave 1996.

36. Jf. nærmere om afhandlingens teser i *afsnit 2*.

14.1. Afvisningen af forrangs- og territorialitetsprincipper

Det følger af TEUF art. 345, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke berøres af EU-traktaterne. Denne bestemmelse kan give det indtryk, at ophavsretten har forrang for al EU-ret, ganske enkelt fordi indskrænkninger ville savne hjemmel. Dette synspunkt blev således også gjort gældende i den tidligste EU-retspraksis, men blev klart afvist af EU-Domstolen allerede i dommen i den varemærkeretlige *sag 56+58/64 (Consten)*, hvori EU-Domstolen nøjedes med at udtale, at »artiklerne 36, 222 og 234 i traktaten [nu TEUF art. 36, 345 og 351], som sagsøgerne påberåber sig, udelukker ikke, at fællesskabsretten kan have indflydelse på håndhævelsen af den industrielle ejendomsret efter national lovgivning«. En uddybning af præmissen må dog antages at være udtrykt i generaladvokat Karl Roemers forslag til afgørelse, hvori det anførtes, at TEUF art. 345 »klart kun har til formål generelt at sikre medlemsstaternes frihed til selv at indrette deres ejendomsretssystemer, men ikke at garantere, at Fællesskabets institutioner overhovedet ikke vil gribe ind i de subjektive ejendomsrettigheder. Da ejendomsretsbegrebet er umådelig vidt i de nationale retssystemer, ville et modsat synspunkt her være ensbetydende med en lammelse af Fællesskabets beføjelser. [...] Det er altså sikkert, at man ikke gennem traktaten vil udelukke visse indgreb i subjektive industrielle ejendomsrettigheder i henhold til national ret.«

Et andet synspunkt, der ville løse kollisionen med en klar forrangsregel, er, at ophavsretten aldrig udgør et lovligt indgreb i den fri bevægelighed, dvs. at den fri bevægelighed altid nyder forrang. Man kunne således være tilbøjelig til at læse TEUF art. 36 – der angiver de tilladte indskrænkningssyn i den fri varebevægelighed – sådan, at henvisningen heri til »industriel og kommerciel ejendomsret« udelukkende omfatter patenter (»industriel ejendomsret«) og varemærker (»kommerciel ejendomsret«), og at ophavsretten dermed ikke udgør en legitim indskrænkning i de frie varebevægelser. En sådan fortolkning ville medføre, at ophavsretten altid måtte vige i kollisionen med den fri bevægelighed og ville dermed indskrænke medlemsstaternes nationale reguleringsfrihed til fordel for det indre marked. Selvom det ofte anføres, at EU-Domstolen netop ofte tolker til fordel for sidstnævnte, indtog den imidlertid allerede tidligt i sin praksis ophavsretten under begrebet *kommerciel ejendomsrettighed* og tillod altså hermed medlemsstaterne at gøre indskrænkning i de frie varebevægelser med henvisning til ophavsretten, jf. således allerede *sag 78/70 (Deutsche Grammophon)*, men først udtrykkeligt i *sag 55+57/80 (GEMA)*, hvori det blev angivet, at »[i]følge traktatens artikel 36 er bestemmelserne i artiklerne 30-34 ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Dette sidste udtryk om-

fatter også den beskyttelse, som ophavsretten giver, især i det omfang denne udnyttes kommerielt i form af licenser, som kan påvirke salget i forskellige medlemsstater af varer, som indeholder det beskyttede litterære eller kunstneriske værk.»³⁷

Det omvendte synspunkt, nemlig at ophavsretten altid er et lovligt indgreb i den fri bevægelighed, synes udelukket allerede med TEUF art. 36, 2. pkt., hvorefter forbud eller restriktioner i den fri bevægelighed hverken må udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, men blev også tidligt udelukket af EU-Domstolen, jf. dommene i *sag 78/70 (Deutsche Grammophon)*, *sag 62/79 (Coditel I)*, *sag 55+57/80 (GEMA)*, *sag 58/80 (Dansk Supermarked mod Imerco)*, *sag 158/86 (Warner Brothers)*, og heller ikke dette synspunkt bliver længere anført.

Et yderligere argument, der har været gjort gældende i forsøg på at forsvare ophavsrettigheder mod kolliderende rettigheder, er, at det ophavsretlige territorialitetsprincip medfører, at kollisioner ikke er mulige. Ophavsretten er præget af meget internationalt samarbejde, men ophavsretten er samtidig national i den forstand, at for handlinger på dansk territorium gælder dansk ophavsret, for handlinger på tysk territorium gælder den tyske ophavsretslov osv. EU-reglerne om fri bevægelighed og konkurrenceret gælder derimod alene for forhold, der påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne. Det er på denne baggrund blevet gjort gældende, at ophavsretten ikke kan kollideres med den frie bevægelighed eller EU-konkurrenceretten. En sådan argumentation underkendte Domstolen imidlertid allerede i *sag 55+57/80 (GEMA)*, hvori det udtaltes, at »den opfattelse, som er fremført for domstolen af den belgiske og den italienske regering, og hvorefter territorialitetsprincippet i lovgivningen om ophavsrettigheder i mangel af harmonisering på dette område altid har forrang for princippet om frie varebevægelser inden for fællesmarkedet, kan ikke anerkendes«.³⁸

Derudover ser man undertiden anført, at ophavsretten har forrang i forhold til konkurrenceretten i kraft af *lex specialis*-princippet. Dette er for så vidt også rigtigt, når man har at gøre med en hensynskollision, jf. ovenfor *afsnit 13.1*, men i rettighedskollisionstilfælde blev sådanne tanker afvist allerede med *sag 78/70 (Deutsche Grammophon)*, og udtrykkeligt i *sag C-92+326/92 (Phil Collins)*, hvori udtaltes, at »enerettigheder, der er tildelt på grundlag

37. Jf. *sag 55+57/80 (GEMA)*, pr. 9. Se også *sag C-92+326/92 (Phil Collins)*, pr. 21-23, samt Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU Ret*, 6. udgave 2010, s. 371.

38. Jf. *sag 55+57/80 (GEMA)*, pr. 14.

af litterær og kunstnerisk ejendomsret, [er] underlagt traktatens konkurrencebestemmelser«. ³⁹

Endelig kan man overveje, om der kan udledes et forrangsprincip ud fra *lex superior*-betragtninger. Som nævnt må ophavsretten – i hvert fald i EU- og EMRK-sammenhæng – betragtes som ejendomsretligt beskyttet og dermed grundretligt beskyttet, jf. ovenfor *afsnit 13.2*. At *lex superior*-betragtninger skulle medføre, at eksempelvis ytringsfriheden skal nyde forrang frem for ophavsretten må som følge heraf afvises. Man kan imidlertid overveje, om ophavsrettens karakter af grundrettighed omvendt skulle medføre, at ophavsretten nyder forrang for EU-markedsretten, der jo ikke er på grundrettighedsniveau. Det er således ikke en grundrettighed i henhold til EMRK eller EUC at være beskyttet mod f.eks. told eller andre handelsbegrænsninger. En sådan forrangsteori må imidlertid også afvises. Efter EU-retten anses de traktatfæstede markedsbestemmelser således som så grundlæggende friheder og principper, at de – uanset at de ikke nyder beskyttelse i EMRK eller i EUC – rangerer på samme retshierarkiske niveau som disse. Denne opfattelse kommer bl.a. til udtryk i generaladvokatens forslag til afgørelse i den arbejdsretlige sag C-271/08 (*Kommissionen mod Tyskland*), hvor det anførtes, at »[e]fter min opfattelse findes der ikke et sådant hierarkiforhold mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder«. ⁴⁰ Konsekvensen heraf blev en proportionalitetsafgørelse uden et forrangs- eller formodningsprincip: »På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at begrænsningen af en grundlæggende frihed kan betragtes som berettiget, hvis denne begrænsning fandt sted under udøvelse af en grundlæggende fællesskabsrettighed og var egnet, nødvendig og forholdsmæssig til at gennemføre de interesser, der beskyttes af denne grundlæggende rettighed. Omvendt kan begrænsningen af en grundlæggende rettighed også betragtes som berettiget, hvis denne begrænsning fandt sted under udøvelse af en grundlæggende frihed og var egnet, nødvendig og forholdsmæssig til at gennemføre de interesser, der beskyttes af denne grundlæggende frihed.« ⁴¹ EU-Domstolen må anses for i sin

39. Jf. sag C-92+326/92 (*Phil Collins*), pr. 25.

40. Jf. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-271/08 (*Kommissionen mod Tyskland*), pkt. 186.

41. Jf. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-271/08 (*Kommissionen mod Tyskland*), pkt. 192. Se også Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret – fri bevægelighed*, 1. udgave 2013, 51: »[...] EU-Domstolen [har] i en rum tid forinden (samt fortløbende) [...] henvist til visse af selve reglerne om fri bevægelighed som i sig selv grundlæggende rettigheder eller friheder. Således kan disse ses som fx at lægge sig tæt op ad retten til fri erhvervsudøvelse eller ejendomsrettens ukrænke-

dom at have været enig i generaladvokatens opfattelse af, at der ikke gælder et rettighedshierarki eller forrangsprincip.⁴²

Sammenfattende står det altså klart, at når EU-Domstolen har at gøre med sager, hvori ophavsretten kolliderer med EU-markedsretten, så anskuer den problemstillingen således, at der i udgangspunktet ikke gælder nogen forrang eller forhåndsformodning.⁴³

14.2. Har harmoniseringen af ophavsretten afværget kollisioner med markedsretten?

Der er ingen tvivl om, at rent praktisk har harmoniseringen af EU-landenes ophavsretslovgivninger afværget mange kollisioner. Mange af de problemstillinger, som tidligere kunne opstå på grund af forskelligheder i EU-medlemsstaternes nationale ophavsretslovgivninger, opstår ganske enkelt ikke længere, eftersom harmoniseringen – i sagens natur – har elimineret eller begrænset mange af disse forskelligheder. Eksempelvis kan fremhæves infococ-direktivets art. 4, stk. 2, om regional konsumtion af spredningsretten, som har afværget de kollisioner mellem eneretten til spredning og den fri bevægelighed, som såkaldt parallelimport affødte.⁴⁴ Dette er – i hvert fald fra et EU-synspunkt – retspolitisk glædeligt, men retsdogmatisk rejser harmoniseringen spørgsmålet om, hvornår en harmonisering har en sådan karakter, at den må anses for at have umuliggjort en nærmere bestemt kollisions opståen. Er dette tilfældet, vil det nemlig være forkert at anskue og løse den pågældende problemstilling som en rettighedskollision, idet den rettelig bør behandles som et spørgsmål om, hvad der er den rette fortolkning af den relevante EU-harmoniserende retsakt. Spørgsmålet er med andre ord, om ophavsretsdirektiverne, og i særdeleshed infococ-direktivet, nu udgør en fuldstændig harmonisering, således at alle eventuelle afgrænsningsproblemstillinger skal finde deres løs-

lighed. Dette er en klassifikation, som i en vis udstrækning, evt. ved brug af andre begreber, til tider er fulgt op i litteraturen.»

42. Jf. sag C-271/08 (Kommissionen mod Tyskland), pr. 41-47.

43. Jf. således også Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 415: »I sin tidligere praksis indførte Domstolen en sondring mellem rettighedernes eksistens og udøvelse. Mens Domstolen ikke ville gribe ind i rettighedernes eksistens, kunne rettighedernes udøvelse efter omstændighederne være i strid med art 34-36. Denne sondring er med tiden trådt i baggrunden – efter også kraftigt at være blevet kritiseret i litteraturen – men illustrerer, at art. 36 (og art. 345) ikke fuldstændigt giver disse rettigheder forrang frem for varernes frie bevægelighed.«

44. Jf. sag C-479/04 (Laserdisken II), pr. 56: »Herved bemærkes, at forskellene i de nationale lovgivninger hvad angår konsumtion af retten til spredning kan få direkte indflydelse på det indre markeds funktion. Harmoniseringen på dette område har således til formål at ophæve hindringerne for den frie bevægelighed.«

ning inden for disse, og at der derfor ikke længere er brug for eller plads til en kollisionsdoktrin ved siden af direktivreguleringen.

Hvad angår konkurrenceretten, som den er reguleret i TEUF art. 101 og 102, sætter denne først og fremmest grænser for virksomheders markedsadfærd, og er dermed i mindre grad orienteret mod medlemsstaternes nationale lovgivning. Hvordan en markedsræssig position udøves er derfor i vidt omfang et spørgsmål uafhængigt af de rettigheder eller retspositioner, der måtte udgøre den pågældende markedsposition. De centrale konkurrenceretlige forbud i TEUF art. 101 og 102 vil derfor altid skulle iagttages uanset i hvilket omfang, ophavsretten er eller måtte blive harmoniseret. Dette følger også af EU-Domstolens sondring mellem en ophavsrettigheds eksistens og udøvelse i relation til konkurrenceretten, jf. *sag C-241+242/91 (Magill)* og ikke mindst *sag C-418/01 (IMS Health)*, der er afsagt efter infosoc-direktivets ikrafttræden. Såvel *sag C-241+242/91 (Magill)* som *sag C-418/01 (IMS Health)* angik nægtelser til at meddele licens til ophavsretligt beskyttede databaser, som de pågældende virksomheders konkurrenter var interesserede i. I begge sager blev det fastslået, at sådanne licensnægtelser – uanset at de måtte være i overensstemmelse med de rettigheder, der måtte følge af national lovgivning, og uanset at denne nationale lovgivning måtte være i fuld overensstemmelse med EU-retten – kunne være ulovlige i medfør af TEUF art. 102, såfremt de udgjorde misbrug af en dominerende markedsposition. At det samme gælder TEUF art. 101's forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler er senest fastslået i *sag C-403+429/08 (Premier League)*.

Selvom harmoniseringen af ophavsretten i praksis altså godt kan have den effekt, at færre konkurrenceretlige problemstillinger opstår, så vil harmoniseringen aldrig føre til, at de konkurrenceretlige forbud i TEUF art. 101 og 102 fortrænges som følge af harmoniseringen. Disse bestemmelser har således ikke en subsidiær karakter i forhold til de ophavsretlige harmoniseringsdirektiver.

Reglerne om fri bevægelighed derimod er som udgangspunkt kun tænkt som gældende i mangel af – eller indtil – en fuldstændig harmonisering foreligger. Dette har EU-Domstolen udtalt i adskillige domme, jf. eksempelvis den varemærkeretlige *sag C-421/04 (Concord)*, hvor det blev udtalt, at »[i] følge fast retspraksis skal en national foranstaltning inden for et område, der har været genstand for en udtømmende harmonisering på fællesskabsplan, bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af bestemmelser i den primære ret.«⁴⁵

45. Jf. *sag C-421/04 (Concord)*, pr. 20. Se også *sag 5/77 (Tedeschi mod Denkavit)*, pr. 35, *sag 148/78 (Ratti)*, pr. 36, *sag 251/78 (Denkavit Futtermittel)*, pr. 14, *sag*

At fuld harmonisering som udgangspunkt udelukker anvendelse af TEUF art. 36 fremgår også indirekte af TEUF art. 114. I henhold til denne bestemmelse skal en bestemt procedure følges hvis en medlemsstat på trods af en vedtaget EU-harmonisering ønsker at opretholde nationale bestemmelser med henvisning til TEUF art. 36, jf. TEUF art. 114, stk. 4. I så fald skal medlemsstaten give Kommissionen meddelelse herom indeholdende en begrundelse, hvorefter Kommissionen inden for seks måneder træffer afgørelse om, hvorvidt bestemmelserne i Kommissionens øjne kan tillades, jf. TEUF art. 114, stk. 6.

I relation til EU-markedsrettens kollision med ophavsretten bliver det afgørende således, hvorvidt EU-harmoniseringen af ophavsretten i dag udgør en fuldstændig harmonisering af ophavsretten. Hvis dette er tilfældet, er der ikke længere grund til at overveje eller inddrage den fri bevægelighed som en eksternt kolliderende rettighed i ophavsretlige krænkelssager.

Om der er sket en fuldstændig harmonisering – også kaldet totalharmonisering – af et retsområde er i sig selv et fortolkningsspørgsmål.⁴⁶ Dertil kommer, at der på et område godt kan foreligge totalharmonisering i nogle spørgsmål, mens andre spørgsmål f.eks. alene er minimumsharmoniseret eller undertiden slet ikke harmoniseret.⁴⁷ For at afgøre, om et spørgsmål er totalharmoniseret og dermed om anvendelse af TEUF art. 36 er udelukket, må man således først afgøre, om de harmoniserende EU-retsakter, der findes på området, udtømmende regulerer det relevante spørgsmål, eller om medlemsstaterne endnu har reguleringsfrihed *ved siden af* EU-retsakten. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at totalharmonisering godt kan foreligge selv om medlemsstaterne har en reguleringsfrihed *inden for* retsakten.⁴⁸ Et direktiv,

C-33/97 (Colim), pr. 34-35 og 44, *sag C-350/97 (Monsees)*, pr. 24, *sag C-322/01 (Deutscher Apothekerverband)*, pr. 64, og *sag C-309/02 (Spitz)*, pr. 59, Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 393 ff., samt Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret – fri bevægelighed*, 1. udgave 2013, s. 19 samt 28 f. og 70 f. Se også fra helt tidlig praksis fra patentområdet *sag 24/67 (Parke)*, hvori EU-Domstolen udtalte, at »[d]e nationale regler om beskyttelse af den industrielle ejendomsret er endnu ikke blevet sammenarbejdet inden for Fællesskabets rammer; så længe dette ikke er tilfældet, kan den nationale karakter af beskyttelsen af den industrielle ejendomsret og forskellene mellem de relevante lovgivninger skabe hindringer både for patenterede produkters frie bevægelighed og for konkurrencen inden for fællesmarkedet«, jf. Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 39.

46. Jf. også Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 395 og 717, og Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 61.

47. Jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i Kontekst*, 5. udgave 2003, s. 297, samt Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 3. udgave 2013, s. 61.

48. Jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i Kontekst*, 5. udgave 2003, s. 295.

der f.eks. eksplicit hjemler medlemsstaterne bestemte reguleringsmuligheder, vil stadig skulle anses som et totalharmoniseringsdirektiv, hvis det må anses for at udelukke national lovgivning, der ikke har sådan hjemmel. Er et område totalharmoniseret, er konsekvensen, at primærretten, dvs. eksempelvis TEUF's bestemmelser om fri bevægelighed, mister sin betydning, idet harmoniseringen (sekundærretten) nu varetager det formål, denne tjente. Men samtidig følger det, at i det omfang eller i de henseender sekundærretten ikke har karakter af totalharmonisering, træder primærretten igen ind.⁴⁹

For så vidt angår de ophavsretlige EU-direktiver, er der på nuværende tidspunkt i alt 10.⁵⁰ De otte angår afgrænsede ophavsretlige emner, mens infosoc-direktivet, der udgør det mest omfattende direktiv, har et mere generelt anvendelsesområde, idet det harmoniserer de fleste af ophavsrettens grundbegreber samt eneretsbeføjelsernes og indskrænkningernes anvendelsesområde.⁵¹ Direktivernes fortolkning er genstand for mange præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen, og i flere af disse forelæggelser har det bl.a. været et spørgsmål, hvilken frihedsgrad direktiverne overlod medlemsstaterne inden for deres anvendelsesområde, dvs. spørgsmålet om de pågældende direktivbestemmelser var totalharmoniserende.

Den første sag, hvor EU-Domstolen udtalte sig om dette spørgsmål var i relation til begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden« i satellit- og kabel-direktivets art. 1, stk. 2, litra a. I sag C-293/98 (*Egeda mod Hoasa*) var den således forelagt et spørgsmål om fortolkningen af dette begreb i relation til nogle fjernsyn på nogle hotelværelser. EU-Domstolen fandt ikke, at begrebet udgjorde en totalharmonisering og fandt det således overladt til national ret at afgøre, hvornår noget udgjorde en sådan tilgængeliggørelse for almenheden i satellit- og kabeldirektivets forstand. Dommen er imidlertid speciel i den forstand, at den blev afsagt efter at der var fremsat forslag om vedtagelse af infosoc-direktivet, og eftersom dette forslag netop tilsigtede at harmonisere tilgængeliggørelsesbegrebet, fandt EU-Domstolen, at en sådan harmonisering ikke kunne anses for at være sket allerede med satellit- og kabeldirektivet, der

49. Jf. Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret – fri bevægelighed*, 1. udgave 2013, s. 19.

50. De rent ophavsretlige direktiver er EDB-direktivet, leje- og lånedirektivet, beskyttelsestidsdirektivet, satellit- og kabeldirektivet, databasedirektivet, følgeretsdirektivet, infosoc-direktivet, direktivet om forældreløse værker samt direktivet om kollektiv forvaltning. Derover findes der håndhævelsesdirektivet, der bl.a. gælder ophavsretten, men også gælder de andre immaterialretsområder. Se nærmere Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 69, samt Peter Schønning & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret*, 1. udgave 2011.

51. Dog indeholder direktivet ikke en harmonisering af visningsretten og opførelsesretten, jf. nærmere herom *afsnit 5.2.1*.

således på det punkt måtte anses for at være minimumsharmoniserende.⁵² På trods af dette er det mest interessante ved dommen imidlertid, at EU-Domstolen hermed i et *obiter dictum* tilkendegav, at infosoc-direktivets tilgængeliggørelsesbegreb var totalharmoniserende.⁵³

Den næste sag, EU-Domstolen blev forelagt, angik begrebet rimeligt vederlag i leje- og lånedirektivet i *sag C-245/00 (SENA mod NOS)*. Denne dom fjernede den tvivl, der måtte være efter *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)* om, hvad der var udgangspunktet var for de ophavsretlige direktivers harmoniseringskarakter. I dommen henviste EU-Domstolen til sin hidtidige praksis om fortolkningen af fællesskabsbegreber, og anvendte denne på fortolkningen af ophavsretsdirektiverne, idet den fastslog, at begrebet rimeligt vederlag »skal fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne og gennemføres af enhver medlemsstat, idet denne på sit eget område fastlægger de mest relevante kriterier for – inden for de grænser, som fællesskabsretten og navnlig nævnte direktiv sætter – at sikre, at dette fællesskabsbegreb overholdes«. ⁵⁴ Dommens resultat var, at der måtte anses for at være sket en vis delegation af reguleringskompetence til medlemsstaterne, men det fremgik samtidig, at der netop var tale om en delegation inden for direktivbestemmelsens grænser, som dermed udgjorde medlemsstaternes nationale detailregulerings hjemmel. Sagen er derfor den, at begrebet rimeligt vederlag må anses for at være totalharmoniseret.

Formuleringen i dommen kan være lidt tvetydig, idet den første del fastslår et krav om ensartet fortolkning, mens den sidste del af dommen angiver, at de nærmere kriterier for, hvornår noget er et rimeligt vederlag i et vist omfang kan fastsættes af medlemsstaterne. Ved læsning af dommen skal man dog have i erindring, at sagen angik et begreb – »rimeligt vederlag« – som har karakter af en retlig standard, og det er derfor naturligt, at der sker en vis delegation til medlemsstaterne. Dette ændrer dog ikke på, at der er tale om et totalharmoniseret fællesskabsbegreb. Der er med andre ord tale om et begreb, som ikke er givet en endelig fællesskabsdefinition i form af direkte anvendelige kriterier, men som ikke desto mindre er et totalharmoniseret fællesskabsbegreb, der skal fortolkes ensartet i samtlige medlemsstater. Dette følger af, at EU-Domstolen – i tillæg til præmissen ovenfor om, at der er tale om en fællesskabsbegreb, der skal fortolkes ensartet – udtalte følgende: »Da der imidlertid ikke

52. Jf. *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)*, pr. 26-28.

53. Således bliver præmisserne også udlagt i generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse i *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pkt. 43. EU-Domstolen bekræftede sit *obiter dictum* i *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pr. 30-31.

54. Jf. *sag C-245/00 (SENA mod NOS)*, pr. 23. Den tidligere praksis, EU-Domstolen henviste til, var *sag 327/82 (Ekro)*, *sag C-287/98 (Linster)* og *sag C-357/98 (Yiadam)* fra henholdsvis landsbrugs-, miljø- og udlændingområdet.

foreligger en fællesskabsdefinition af udtrykket rimeligt vederlag, er der ikke nogen objektiv grund, der kan retfærdiggøre, at Fællesskabets retsinstanser fastsætter præcise måder for fastlæggelsen af et ensartet rimeligt vederlag, der ville tvinge Domstolen til at sætte sig i medlemsstaternes sted, for hvilke [leje- og lånedirektivet] ikke fastsætter noget særligt kriterium [...]. Det tilkommer således udelukkende medlemsstaterne på deres område at fastlægge de mest relevante kriterier for at sikre, at dette fællesskabsbegreb respekteres inden for de grænser, der er fastsat ved fællesskabsretten og navnlig ved [leje- og lånedirektivet].«⁵⁵ Selvom en vis delegation er sket til medlemsstaterne, skal denne altså ske med respekt for det totalharmoniserede begrebs grænser. Resultatet fra sag C-245/00 (*SENA mod NOS*) er i øvrigt sidenhen blevet bekræftet flere gange og også overført til det lignende begreb »rimelig kompensation« i infosoc-direktivets art. 5, stk. 2.⁵⁶

Sidenhen har EU-Domstolen også måttet taget stilling til, om de helt centrale ophavsretlige grundbegreber »reproduktion«, jf. infosoc-direktivets art. 2, »overføring til almenheden«, jf. infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, samt »tilrådighedssstillelse for almenheden«, jf. infosoc-direktivets art. 3, stk. 2, er totalharmoniserede begreber. Disse begreber definerer udgangspunkterne for den ophavsretlige eneretsbeskyttelse og bestemmer – sammen med indskrænkningerne i infosoc-direktivet art. 5 – det materielle omfang af ophavsrettighedshaverens eneret. EU-Domstolen tog som nævnt forskud på denne problemstilling i sit *obiter dictum* i sag C-293/98 (*Egeda mod Hoasa*), men har altså efterfølgende utvivlsomt afgjort, at de nævnte grundbegreber er totalharmoniserede. Dette har den gjort i sag C-306/05 (*Rafael Hoteles*) og sag C-5/08 (*Infopaq I*).

I sag C-306/05 (*Rafael Hoteles*) var spørgsmålet, hvorvidt et hotels placering af signalmodtagende fjernsynsapparater på hotelværelserne udgjorde en overføring til almenheden. Dette fastslog EU-Domstolen, at det gjorde, idet den med henvisning til sag C-245/00 (*SENA mod NOS*), pr. 23, udtalte, at det følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, der ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesska-

55. Jf. sag C-245/00 (*SENA mod NOS*), pr. 34.

56. For så vidt angår leje- og lånedirektivet er resultatet bekræftet i sag C-192/04 (*Lagardere*), pr. 48, og i sag C-271/10 (*VEWA*), pr. 25-26. For så vidt angår infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, blev det fastslået i sag C-467/08 (*Padawan*), pr. 32-37, og fremgår også af generaladvokat Paolo Mengozzis forslag til afgørelse i sag C-521/11 (*Amazon*), pkt. 26 og 39.

bet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning. Videre fastslog den, at det ikke tilkommer medlemsstaterne at definere begrebet »almenheden«, som infosoc-direktivet anvender uden at definere det, jf. *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pr. 31. Præmissen kan anses som begrundet yderligere i generaladvokatens forslag til afgørelse, der bl.a. indeholder følgende: »Det er tydeligt, at [infosoc-direktivet] er udarbejdet som et harmoniseringsdirektiv, der først og fremmest har til formål at medvirke »til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked« og til »overholdelsen af et højt beskyttelsesniveau for de intellektuelle ejendomsrettigheder«. Retten til at tillade overføring til almenheden er et af de fire emner, som ifølge Kommissionen i forbindelse med fremsættelsen af dens direktivforslag krævede øjeblikkelige lovgivningsmæssige tiltag på fællesskabsplan i betragtning af deres betydning for det indre marked. I betragtning 23 anføres det udtrykkeligt, at direktivet »bør medføre en yderligere harmonisering af ophavsmænds ret til overføring til almenheden«. Det siger sig selv, at harmoniseringen ville blive udhulet, hvis medlemsstaterne selv kunne definere det ene af de to grundlæggende elementer i denne ret.«⁵⁷

Sag C-5/08 (Infopaq I) angik fortolkningen af infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, om midlertidige reproduktionshandlinger, men da denne bestemmelse forudsætter en fortolkning af begrebet »reproduktion« i infosoc-direktivets art. 2, som bestemmelsen også selv henviser til, udgør dommen i realiteten også en fortolkning af eneretsbeføjelsesbegrebet reproduktion. I dommen gentog EU-Domstolen sin formulering fra *sag C-245/00 (SENA mod NOS)*, pr. 23, jf. *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 27, og udtalte videre – med henvisning til *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, at det ikke tilkommer medlemsstaterne at definere begrebet »delvis reproduktion« i infosoc-direktivets art. 2.

Med *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)* og *sag C-5/08 (Infopaq I)* synes det tilmed afgjort, at medlemsstaterne ikke har reguleringsfrihed inden for direktivets begreber. Begge sager gentog udgangspunktet fra *sag C-245/00 (SENA mod NOS)* om, at det følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, der ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning. Mere klagende var det dog, at EU-Domstolen derefter fastslog, at det i relation til henholdsvis begrebet »almenheden« og begrebet »delvis reproduktion« ikke tilkom medlemsstaterne at definere disse begreber, som

57. Jf. generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse i *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pkt. 43.

infosoc-direktivet anvender uden at definere nærmere.⁵⁸ Disse begreber må således antages at være totalharmoniserede EU-retlige begreber, og medlemsstaternes implementering af disse begreber skal derfor omfatte nøjagtig det samme – og hverken mere eller mindre – end direktivernes begreber, og hvis en national domstol er i tvivl om begrebets fortolkning, må den stille et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen.

Praksissen fra *sag C-245/00 (SENA mod NOS)*, *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)* og *sag C-5/08 (Infopaq I)*, er videreført og dermed bekræftet i en række efterfølgende sager, jf. om begreberne rimeligt vederlag og rimelig kompensation *sag C-192/04 (Lagardere)*, pr. 48, *sag C-467/08 (Padawan)*, pr. 32-37, *sag C-271/10 (VEWA)*, pr. 25-27, samt generaladvokat Paolo Mengozzis forslag til afgørelse i *sag C-521/11 (Amazon)*, pkt. 26 og 39. Om begreberne »kommunikation til offentligheden« og »privat brug« i leje- og låne-direktivet samt om »overføring til almenheden« i infosoc-direktivet, jf. generaladvokat Verica Trstenjaks forslag til afgørelse i *sag C-162/10 (PPL mod Irland)*, pkt. 54, 77-79 og 155. Om begrebet »ved hjælp af egne midler« i infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra d, jf. *sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB)*, pr. 33-34. Om begrebet »sælges«, jf. *sag C-128/11 (UsedSoft)*, pr. 39-40. EU-Domstolen har også haft lejlighed til at udtalte sig om begrebet »spredning« i infosoc-direktivets art. 4, men her har den ikke været lige så klar i mælet. I *sag C-479/04 (Laserdisken II)*, *sag C-456/06 (Peek & Cloppenburg)* og *sag C-5/11 (Donner)* gentog den således ikke de formuleringer, den har anvendt siden *sag C-245/00 (SENA mod NOS)*, men den foretog dog fortolkninger af begrebet, og det forekommer usandsynligt, at ikke også spredningsbegrebet må anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb, ligesom de andre eneretsbeføjelselsbegreber.

Som nævnt ovenfor vil det altid være en fortolkning af de relevante bestemmelser, om man har at gøre med en totalharmoniseret problemstilling, eller en problemstilling, der ikke er totalharmoniseret. EU-Domstolen har endnu ikke haft lejlighed til at forholde sig til dette spørgsmål i forhold til alle direktivbestemmelser på ophavsrettens område, men i de tilfælde, hvor den har, har den anset dem for totalharmoniserende, og i de fleste af tilfældene synes den også at være tilbøjelig til at anse bestemmelserne for ikke at overlade medlemsstaterne nogen nævneværdig reguleringskompetence inden for begrebet. Undtagelsen hertil er de retlige standarder »rimeligt vederlag« i leje- og lånedirektivet og »rimelig kompensation« i infosoc-direktivet, som medlemsstaterne kan opstille kriterier for kalkulationen af.

Har man at gøre med en totalharmoniseret problemstilling medfører dette, at rettighedskollisioner mellem national dansk ophavsret og EU-rettens fri bevægelighed principielt ikke kan ske, idet løsningen på en sådan problematik ikke skal anskues som en rettighedskollision, men derimod som et spørgs-

58. Jf. *sag C-306/05 (Rafael Hoteles)*, pr. 31, og *sag C-5/08 (Infopaq I)*, pr. 29.

mål om korrekt direktivfortolkning. Således skal en national domstol, der i et sådant tilfælde er i tvivl om national ophavsrets forenelighed med den fri bevægelighed, altså ikke forelægge et præjudicielt spørgsmål om den nationale bestemmelses forenelighed med eksempelvis TEUF art. 34 og 36, men derimod et spørgsmål om bestemmelsens forenelighed med det relevante direktiv. EU-Domstolen vil herefter fastlægge fortolkningen af de relevante direktivbestemmelser, og at den så i den forbindelse muligvis vil inddrage TEUF art. 34 og 36 i sin fortolkning ændrer ikke på, at problemstillingen principielt angår direktivfortolkning og ikke skal ansues som en kollision mellem dansk ophavsret og den fri bevægelighed.

Når det kommer til de ophavsretlige grundbegreber, er der grund til at antage, at disse er fællesskabsretlige begreber, som det ikke er overladt medlemsstaterne at definere nærmere, idet det er de præcis samme handlinger, der skal være omfattet, henholdsvis ikke omfattet, af begreberne, uanset om den pågældende handling skal bedømmes efter f.eks. dansk, portugisisk eller italiensk ret. Ordlydsmæssige forskelle må stadig kunne accepteres, men begreberne er selvstændige EU-begreber, som det ikke er tilladt de enkelte medlemsstater at definere indholdet af. Dette kommer formentlig tydeligst til udtryk i forslaget til afgørelse i *sag C-5/11 (Donner)*, hvori det blev anført, at infosoc-direktivet »fuldstændig harmoniserer de tre enerettigheder i artikel 2-4, nemlig reproduktionsretten, retten til overføring til almenheden, der ikke er til stede på overførselsstedet, og spredningsretten«. ⁵⁹ Sammenfattende må det antages, at langt de fleste bestemmelser i infosoc-direktivet er totalharmoniserende bestemmelser, og det samme må som udgangspunkt også antages for de øvrige direktiver på ophavsrettens område. ⁶⁰

Der er dog også undtagelser. Dette illustreres for det første af *sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa)*, jf. herom ovenfor, men også senere domme fra efter infosoc-direktivets ikrafttræden viser dette. Således blev *sag C-403+429/08 (Premier League)* til dels løst som en rettighedskollision med den fri bevægelighed for tjenesteydelser i TEUF art. 56, og *sag C-5/11 (Donner)* til dels løst som en rettighedskollision med den fri varebevægelighed i TEUF art. 34.

I *sag C-403+429/08 (Premier League)* var der stillet en længere række spørgsmål vedrørende fortolkning af direktiver, der havde betydning for lovligheden af import og anvendelse af dekoderudstyr, der muliggjorde modta-

59. Jf. generaladvokat Niilo Jääskinens forslag til afgørelse i *sag C-5/11 (Donner)*, pkt. 46.

60. Jf. således også Søren Sandfeld Jakobsen, *Formidleransvaret på internettet*, i Juristen 2010, s. 210: »Infosoc-direktivet [...] må antages at være et totalharmoniseringsdirektiv« samt Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 60 f.

gelse af et græsk satellit-tv-signal i Storbritannien. Udover disse spørgsmål var der imidlertid også stillet spørgsmål om, hvorvidt national britisk lovgivning, der forbød importen, salget og anvendelsen af de omhandlede dekoderordninger, var i strid med den fri bevægelighed.⁶¹ Dette spørgsmål var ikke harmoniseret, og EU-Domstolen afgjorde derfor spørgsmålet i henhold til TEUF art. 56 om tjenesteydelseernes fri bevægelighed. Den britiske lov var vel som sådan ikke af ophavsretlig karakter, men skulle ikke desto mindre vurderes i forhold til, om den kunne finde begrundelse i hensynet til beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, dvs. den i retspraksis udviklede undtagelse til TEUF art. 56, som svarer til den traktatfæstede TEUF art. 36 om indskrænkninger i den fri varebevægelighed.⁶² EU-Domstolen fandt, at dette ikke var tilfældet, og forbuddet mod dekoderanordningerne stred derfor mod den fri tjenesteydelsesbevægelighed.⁶³

I *sag C-5/11 (Donner)* havde den tyske statsborger Titus Donner importeret møbler fra Italien til Tyskland. Møblerne nød ophavsretlig beskyttelse i Tyskland, men i Italien gjaldt en sådan beskyttelse ikke, eller kunne i hvert fald ikke håndhæves. Den tyske domstol forelagde et spørgsmål til EU-Domstolen om, hvorvidt en idømmelse af straf for medvirken til ophavsretskrænkende spredning ville være i strid med TEUF art. 34 og 36. EU-Domstolen omformulerede dette spørgsmål inden den besvarede det, idet det først måtte afgøres, hvorvidt der forelå en spredning i infosoc-direktivets forstand.⁶⁴ Problemet var nemlig, at tysk ret kunne tale for at spredning var sket i Tyskland, mens italiensk ret kunne tale for spredning i Italien, hvilket ville medføre konsumtion. EU-Domstolen slog fast, at spredning i henhold til infosoc-direktivets art. 4, stk. 1, skal undergives en selvstændig EU-retlig fortolkning, der ikke kan afhænge af en bestemt medlemsstats lov.⁶⁵ Herefter foretog EU-Domstolen en fortolkning af spredningsbegrebet, der førte til, at spredning skulle anses for sket i Tyskland.⁶⁶ Denne første del af dommen er således et eksempel på, at en fuldstændig harmonisering udelukker kollisionsproblematikker efter TEUF art. 34 og 36. Dommens anden del viser imidlertid, at harmoniseringen ikke i alle henseender er fuldstændig. Spørgsmålet om medvirken behandlede EU-Domstolen således efter TEUF art. 34 og 36, og efter de principper, som omtales nedenfor *afsnit 14.3* og *afsnit 14.4*.⁶⁷

61. Jf. *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 61.

62. Jf. *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 93-95.

63. Jf. *sag C-403+429/08 (Premier League)*, pr. 125.

64. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 22.

65. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 25.

66. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 30.

67. Jf. *sag C-5/11 (Donner)*, pr. 31-37.

EU-Domstolens retspraksis viser således, 1) at fuldstændig harmonisering (totalharmonisering) udelukker kollisioner med den fri bevægelighed, men samtidig 2) at fuldstændig harmonisering ikke kan antages at foreligge i enhver henseende på ophavsrettens område. Rettighedskollisioner mellem dansk national ophavsret og den fri bevægelighed vil således stadig kunne opstå i visse særtilfælde.⁶⁸ Men i praksis vil langt de fleste problemstillinger skulle behandles som spørgsmål om direktivfortolkning.

Et interessant eksempel i denne sammenhæng er i øvrigt de beskyttelser, der findes i den danske ophavsretslov af rettighedshaverens visningsret, jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3, og opførelsesret (dvs. tilgængeliggørelse for almenheden for et tilstedeværende publikum), jf. nærmere om disse eneretsbeføjelser i *afsnit 5.2.1*. Disse rettigheder er ikke omfattet af infosoc-direktivets art. 3. Grænseoverskridende problemer med visningsretten og opførelsesretten må derfor løses som kollisioner med den fri bevægelighed.

Sammenfattende må det konkluderes, at når en problemstilling er harmoniseret, vil der være en kraftig formodning for, at denne harmonisering er totalharmoniserende, hvorfor rettighedskollisioner med den fri bevægelighed ikke kan opstå som sådan, men derimod må løses som et spørgsmål om direktivfortolkning. Der hvor den fri bevægelighed alligevel kan få betydning som kolliderende rettighed er i de tilfælde, hvor man enten har at gøre med en problemstilling, der ikke er harmoniseret, eller en problemstilling, hvor harmoniseringen ikke har karakter af totalharmonisering. I praksis vil der – særligt som følge af infosoc-direktivet – være tale om få tilfælde, og selvom harmoniseringen af ophavsretten ikke har afværget enhver kollision med den fri bevægelighed, har den alligevel afværget langt de fleste. Der findes derfor i dag kun få områder, hvorpå kollisioner mellem national dansk ophavsret og TEUF's bestemmelser om fri bevægelighed kan opstå. EU-konkurrenceretten, som den er sikret på traktatniveau ved TEUF art. 101 og 102, er derimod rettet mod virksomheders adfærd og kollisioner med disse vil derfor ikke kunne anses for afværget som følge af den ophavsretlige direktivharmonisering.

14.3. Ophavsrettens særlige genstand og hovedfunktion

Har man at gøre med en national ophavsretlig bestemmelse, som synes at udgøre en hindring for den fri bevægelighed eller EU-konkurrenceretten, må man først undersøge, om spørgsmålet er totalharmoniseret, og er det tilfældet, må problemstillingen løses som et spørgsmål om direktivfortolkning. Dette vil, som følge af den omfattende harmonisering, der i dag eksisterer på

68. Hertil hælder også Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 417.

ophavsrettens område, ofte være tilfældet, jf. ovenfor *afsnit 14.2.*, men ikke altid. Kommer man nemlig frem til, at en totalharmonisering ikke foreligger i den pågældende henseende, har man at gøre med en rettighedskollision, der skal løses i henhold til EU-Domstolens retspraksis herom.

EU-Domstolens praksis om kollisioner mellem nationale ophavsretsbeskyttelser og EU-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og konkurrence strækker sig tilbage til længe før harmoniseringen af ophavsretten begyndte. Mange af de konkrete problemstillinger, som disse sager angik, vil således ikke skulle betragtes som rettighedskollisioner i dag, men i stedet løses inden for direktiverne. Dette ændrer imidlertid ikke på, at dommene viser, hvad der er de gældende retsprincipper i de henseender, hvor rettighedskollisioner stadig kan opstå.

EU-Domstolens praksis udgøres i øvrigt af en lang række domme ikke bare fra ophavsrettens område, men også fra navnlig patent- og varemærkeområdet. Denne praksis er undergivet omfattende behandling flere steder i litteraturen, men her skal alene nævnes de vigtigste ophavsretlige domme, idet disse til fulde illustrerer de principper, der gælder i tilfælde af rettighedskollisioner.⁶⁹

Første gang EU-Domstolen skulle tage stilling til national ophavsretslovgivnings forhold til EU-markedsretten var i *sag 78/70 (Deutsche Grammophon)*. Denne sag handlede om parallelimport af grammofonplader fra Frankrig til Tyskland, hvilket Deutsche Grammophon forsøgte at få nedlagt forbud mod ved påberåbelse af sin ophavsretlige fonogrambeskyttelse.⁷⁰ EU-Domstolen fastslog, at det ville være i strid med den fri varebevægelighed, hvis Deutsche Grammophon kunne forbyde sådan parallelimport. Hensynet til beskyttelse af industrielle og kommercielle rettigheder er imidlertid netop et af de hensyn, der kan begrunde indskrænkning i den fri bevægelighed, men eftersom traktaten ikke angiver nogen nærmere kriterier for, hvornår dette hensyn er tilstrækkeligt, var og er rettighedskollisionen reelt ikke løst i traktaten. Man kan for så vidt sige, at den ikke er løst, men blot erkendt. EU-Domstolen kunne have nøjedes med at afgøre sagen konkret i forhold til faktum i den forelagte sag, men EU-Domstolen valgte at afsige et mere generelt præjudikat, idet den udtalte, at TEUF art. 36 alene anerkender sådanne undtagelser

69. For en mere omfattende behandling af emnet på tværs af alle immaterialrettighederne henvises til Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005. Se derudover Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 43 ff., og Inge Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, 1. udgave 1996.

70. En udførlig gennemgang af sagen findes i Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 41 ff.

fra den frie varebevægelighed, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, som er »denne ejendoms særlige genstand«. ⁷¹

EU-Domstolen har efterfølgende fastholdt praksissen om ophavsrettens særlige genstand og anvender den i øvrigt også som det afgørende kriterium for de øvrige immaterialrettigheders kollision med EU-markedsretten. ⁷² Men samtidig har EU-Domstolen suppleret sin praksis med udtrykket rettighedens »hovedfunktion.« Dette begreb blev introduceret i *sag 62/79 (Coditel I)*, der angik fjernsynsudsendelse i Belgien af en ophavsretligt beskyttet biograffilm, som nogle belgiske kabel-tv-selskaber foretog i form af videreudsendelse af et tysk tv-signal, hvor filmen blev vist i fjernsynet i stedet for i biografen. I sin dom nåede EU-Domstolen frem til, at den fri bevægelighed i det konkrete tilfælde måtte vige til fordel for ophavsretten, og dette resultat nåede den navnlig på baggrund af, at »muligheden for indehaveren af ophavsretten og hans retssuccessorer for at kræve honorarer for enhver fremførelse af en film er en del af hovedfunktionen af ophavsretten til denne type litterære og kunstneriske værker«. ⁷³

EU-Domstolens anvendelse af begreberne »rettighedens særlige genstand« og »rettighedens hovedfunktion« har givet anledning til mange teoretiske overvejelser og diskussioner. ⁷⁴ I dag ligger det dog fast, at de er faste bestanddele i EU-Domstolens løsning af kollisioner mellem EU-markedsretten og en ophavsrettighed, idet de udgør de retlige kriterier for løsningen af kollisionsproblemstillingerne, som TEUF ikke selv angiver, og som EU-Domstolen derfor har fundet det nødvendigt at udvikle selv. Retstilstanden og forholdet mellem begreberne er mere præcist blevet beskrevet sådan, at ophavsrettens kollision med EU-markedsretten kun vil falde ud til ophavsrettens fordel, hvis ophavsrettighedens udøvelse kan klassificeres som en del af *ophavsrettighedens særlige genstand*, og at afgørelsen heraf afhænger af, hvad der er *rettighedens hovedfunktion*, hvilket igen dækker over de formål, som EU-retten anerkender som bærende den pågældende rettighed. ⁷⁵ Det er altså kun, hvis ophavsrettens særlige genstand er berørt af EU-markedsretten, at det kan komme på tale, at EU-markedsretten må vige. Er ophavsrettens særlige genstand derimod ikke berørt, er det altså ophavsretten, der må vige.

71. Jf. *sag 78/70 (Deutsche Grammophon)*, pr. 11.

72. Jf. Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 686 f.

73. Jf. *sag 62/79 (Coditel I)*, pr. 14.

74. Jf. herom Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 93 ff. og 165 ff.

75. Jf. Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 169.

Samtidig bemærkes det dog, at såfremt ophavsrettens særlige genstand er berørt, er dette ikke ensbetydende med, at EU-markedsretten viger. Det blev således en overgang diskuteret, om den særlige genstand var det afgørende kriterium, således at en konklusion om, at en rettigheds særlige genstand er berørt, medførte, at afgørelsen skal falde ud til denne rettigheds fordel. Spørgsmålet var med andre ord, om den særlige genstand nød total immunitet over for EU-markedsretten.⁷⁶ Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvilket blev endeligt afgjort med EU-Domstolens dom i *sag C-241+242/91 (Magill)*, hvor det konkurrenceretlige forbud mod misbrug af dominerende stilling i TEUF art. 102 fandtes at kunne indskrænke den ophavsretlige beskyttelse af nogle tv-programoversigter. I generaladvokat Claus Gulmanns forslag til afgørelse blev spørgsmålet om den særlige genstands eventuelle immunitet besvaret. Det udtaltes her, at begrebet ikke har en absolut karakter i den forstand, at enhver udøvelse af beføjelser omfattet af den særlige genstand herefter er immun i forhold til TEUF art. 36. Derimod kan en beføjelse, der principielt er omfattet af den særlige genstand, være udøvet under sådanne særlige omstændigheder, at udøvelsen skaber en uacceptabel hindring for de frie varebevægelser og derfor ikke kan anses for omfattet af immaterialrettens særlige genstand.⁷⁷

EU-Domstolens tankegang er præget af, at det som ovenfor nævnt ikke er muligt at arbejde med et forrangsprincip i disse sager. I stedet må der findes kriterier for at træffe valget mellem hvilken af de to rettigheder, der i den konkrete sag må vige. EU-Domstolens valg af ophavsrettens særlige genstand som kriterium er centralt i denne sammenhæng. Det er udtryk for den tankegang, at alle rettigheder har en særligt beskyttet kerne, men udenom denne også et mere perifert indhold, som ikke nyder den samme beskyttelse, som kernen gør.⁷⁸

Der er vel som sådan tale om en teleologisk fortolkning, men ikke som vi typisk kender den fra EU-Domstolens side. Fokus er ikke så meget på at finde frem til formålet med ophavsretten som politisk eller retlig regulering, men derimod at finde ind til noget mere essentielt ved rettigheden. Dette skyldes muligvis en erkendelse af, at ophavsretten netop har et tosidet formål, hvilket også illustreres af de mange indskrænkninger i ophavsretten, og som også

76. Jf. nærmere om denne diskussion Jens Hartig Danielsen, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, s. 98 ff.

77. Jf. generaladvokat Claus Gulmanns forslag til afgørelse i *sag C-241+242/91 (Magill)*, pkt. 45-46.

78. Jf. generaladvokat Claus Gulmanns forslag til afgørelse i *sag C-241+242/91 (Magill)*, pkt. 27-28.

fremgår af de danske lovforarbejder samt af infosoc-direktivets præambel.⁷⁹ I stedet søges altså endnu dybere ind i ophavsrettens karakter, ind til det, som er ophavsrettens kerne, dvs. beskyttelsen af den helt essentielle uomtvisteligt beskyttelsesværdige interesse hos ophavsmanden. Det betyder også, at man ikke kan begrunde indgreb i den frie bevægelighed med et eller andet formål med national ophavsret, som måske nok kan dokumenteres at være et formål med den nationale lovgivning, men som ikke ligger inden for ophavsrettens »særlige genstand.« Herved har man altså objektiviseret ophavsrettens formål. Følgen heraf er i realiteten, at man har givet reglerne om fri bevægelighed forrang i forhold til ophavsretten bortset fra den helt centrale kernebeskyttelse af ophavsretten, som kvalificerer til betegnelsen intellektuel ejendomsret.

Afgørelsen af, om en rettigheds særlige genstand er berørt, giver altså kun svar på rettighedskollisionens løsning i det tilfælde, hvor man når frem til, at den særlige genstand ikke er berørt. I disse tilfælde er den grundlæggende forudsætning for at kunne indskrænke EU-markedsretten ikke opfyldt, og EU-markedsretten vil derfor vinde kollisionen med den virkning, at ophavsretten i det konkrete tilfælde indskrænkes. I de tilfælde, hvor den særlige genstand derimod er berørt, tjener denne konstatering alene til at sætte rammerne for den proportionalitetsprøvelse, der udgør det endelige kriterium.

Praksissen om den særlige genstand kan betragtes som en slags præsumptivt forrangsprincip. Det vil altså sige at den ovenfor omtalte afvisning af forrangsteoriene ikke er total. EU-Domstolen har kvalificeret retstilstanden yderligere i forhold til, hvad der gælder i andre fri bevægeligheds-problestillinger. Normalt vil man således efter at have konstateret, at et legitimt hensyn foreligger, fortsætte over i en propotionalitetsvurdering. Men dette har EU-Domstolen altså ikke fundet tilstrækkeligt.

I stedet er det legitime hensyn blevet kvalificeret eller uddybet, således at den proportionalitetsvurdering, som ellers normalt er den afgørende test i disse sager, i første omgang træder i baggrunden, indtil man har afgjort, om man befinder sig i kerneområdet for rettigheden eller i de mere perifere områder af denne. Dette giver i sidste ende en mere veludviklet praksis, der giver klarere svar end den almindelige proportionalitetsvurdering, der jo i meget begrænset omfang giver forudsigelige svar. Dette indebærer til en vis grad nogle retssikkerhedsmæssige og forudsigelighedsmæssige fordele, men

79. Jf. FT 1994-95, tillæg A, s. 1327 f., og infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 31. Se desuden Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 41 ff., Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, s. 58-63, samt redegørelsen for de »informationsretlige hensyn« i Henrik Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, 1. udgave 2009, s. 91 ff.

betyder naturligvis også, at EU-Domstolen binder sig selv mere og mere til sin egen praksis hvorved hensyntagen til enkeltsagers særlige karakter kan blive vanskeligere og vanskeligere. En sådan mere og mere rigoristisk praksis indebærer således fordele og ulemper, men valget af retssikkerhed og forudsigelighed på bekostning af domstolenes skøn stemmer fint overens med den grundlæggende kontinentaleuropæiske ophavsretstradition samt med grundtanken om ophavsret i EU, jf. infosoc-direktivet præambelbetragtning nr. 11: »En effektiv og rigoristisk beskyttelsesordning for ophavsret og beslægtede rettigheder er et af de vigtigste redskaber til at sikre de nødvendige ressourcer til skabelsesprocessen og kulturproduktion i Europa og navnlig garantere skabende og udøvende kunstneres uafhængighed og værdighed.« Indtil videre har EU-Domstolens udtalelser om, hvad der hører til eller ikke hører til en rettigheds kerne dog været så forsigtige, at det nok kun er på overfladen, at det fremstår som om, at en større retssikkerhed og forudsigelighed er nået. Hertil kommer, at proportionalitetsprincippet alligevel skal inddrages som det afgørende kriterium, jf. umiddelbart nedenfor i afsnit 14.4.

14.4. Proportionalitetsprincippet

Uanset hvad man når frem til i relation til den særlige genstand, resterer der i henhold til EU-Domstolens faste praksis altid en sidste og udslagsgivende test i form af proportionalitetsprincippet. Det skal således altid vurderes, om den påtænkte løsning på rettighedskollisionen – hvad enten denne består i en indskrænkning af EU-markedsretten eller i en indskrænkning af ophavsretten – er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Proportionalitetsprincippet er et af EU-rettens grundlæggende principper. Det anses for at være blevet fastslået som et almindeligt retsprincip i EU-retten allerede i *sag 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft)*, men fremgår i dag i et vist omfang af TEU art. 5, hvoraf bl.a. følger, at indholdet og formen af EU's handlinger i medfør af proportionalitetsprincippet ikke må gå videre end nødvendigt for at nå målene i traktaterne.⁸⁰ Denne bestemmelse finder direkte anvendelse, når ophavsretten indskrænkes af EU-markedsretten, men kan også finde direkte anvendelse ved fortolkningen af de ophavsretlige EU-direktiver, der jo også udgør EU-handlinger.⁸¹ Såfremt EU-markedsretten indskrænkes af national ophavsretslovgivning, finder traktatbestemmelsen ikke direkte

80. Jf. Hjalte Rasmussen, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, s. 394, og Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 90.

81. Uanset dette er det dog sjældent, at EU-Domstolen henviser direkte til bestemmelsen, idet den foretrækker at henvise til sin egen praksis, jf. eksempelvis *sag C-479/04 (Laserdisken II)*, pr. 53.

anvendelse, men skal ikke desto mindre iagttages, hvilket til dels fremgår af TEUF art. 36, 2. pkt., men også følger af EU-Domstolens praksis.⁸²

Proportionalitetsprincippet anses almindeligvis for at bestå af tre led, nemlig 1) et krav om at foranstaltningen er egnet til at nå sit mål, 2) et krav om at foranstaltningen tillige er nødvendig for at nå målet og 3) et krav om forholdsmæssighed mellem foranstaltningen og det tilstræbte mål.⁸³ Der er i vidt omfang tale om en konkret vurdering fra sag til sag, men netop i rettighedskollisionstilfælde bliver anvendelsen af proportionalitetsprincippet imidlertid en anelse særegen, hvilket behandles nærmere nedenfor *afsnit 15.6* og *afsnit 16*.

15. Kollisioner med grundlæggende rettigheder

Dansk ophavsrets kollision med grundlæggende rettigheder kan potentielt blive genstand for domstolsbehandling ved 1) nationale danske domstole, 2) EU-Domstolen og 3) Menneskerettighedsdomstolen. De nationale danske domstoles fortolkning af national dansk ophavsret må naturligvis rette sig efter EU-Domstolens fortolkning af EUC og Menneskerettighedsdomstolens fortolkning af EMRK. Men såfremt der ikke ud fra de to domstoles praksis kan udledes en fælles doktrin om kollisionernes løsning, vil danske domstole eller retsanvendere være givet en meget utaknemmelig opgave med fortolkningen og anvendelsen af den danske lovgivning, der jo skal overholde begge traktatgrundlag og være i overensstemmelse med begge domstoles praksis.

Målet med dette afsnit er at undersøge, hvorvidt retskilderne om kollisioner mellem ophavsretten og (andre) grundrettigheder løses efter nogle faste principper eller tankegange, og dermed – sammen med *afsnit 13* og *afsnit 14* – at give en besvarelse af afhandlingens tredje specifikke tese. Den tredje

82. Jf. eksempelvis *sag 188/84 (Kommissionen mod Frankrig)*, pr. 15-16, og *sag C-55/94 (Gebhard)*, pr. 37, samt Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU Ret*, 6. udgave 2010, s. 380.

83. Jf. f.eks. *sag C-331/88 (Fedesa)*, pr. 13, samt Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, s. 390, Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU Ret*, 6. udgave 2010, s. 183, og Hjalte Rasmussen, *EU-ret i Kontekst*, 5. udgave 2003, s. 395. I *sag C-479/04 (Laserdisken II)*, pr. 53, anførte EU-Domstolen således blot, at »proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, indeholder et krav om, at de foranstaltninger, som iværksættes med en fællesskabsbestemmelse, skal være egnede til at nå det tilsigtede mål og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det«, og i *sag C-241+242/91 (Magill)* udtaltes, at »proportionalitetsprincippet [...] indebærer, at [en foranstaltning] ikke må overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål«.

specifikke tese er, at der eksisterer nogle generelle rammer eller principper for løsning af rettighedskollisioner, og bekræftes denne tese, bidrager dette desuden til bekræftelse af afhandlingens overordnede hovedtese.⁸⁴

15.1. Anerkendelse af rettighedskollisioner som (ophavs) retligt fænomen

Som nævnt ovenfor i *afsnit 12* har den traditionelle opfattelse i Danmark været, at ophavsretten ikke kan kollideres med grundrettigheder, idet ophavsretten og grundrettighederne principielt skal anses for at respektere hinanden. Efter denne opfattelse vil der altså alene kunne opstå de ovenfor i *afsnit 13.1* nævnte hensynskollisioner, som altså kan og skal løses ved fortolkning af rettighedernes generelle udstrækning. Denne traditionelle opfattelse lader sig imidlertid ikke fastholde længere. I stedet må det erkendes, 1) at rettighederne efter omstændighederne gør krav på det samme, og 2) at det har den konsekvens, at et valg mellem dem nødvendigvis må træffes i de pågældende tilfælde.

Et centralt spørgsmål i diskussionen om hvorvidt rettighedskollisioner er mulige har været, om ytringsfrihedsbeskyttelsen er begrænset til ytringers indhold og dermed ikke giver frihed til frit at vælge den form, de udtrykkes i. Ophavsretten giver i medfør af *princippet om den manglende idébeskyttelse* alene en rettighed over et værks form og ikke det materielle indhold, der måtte være i værket, dvs. budskabet eller den indeholdte information i værket. Hvis ytringsfriheden er begrænset til netop det materielle indhold – som altså netop ikke omfattes af ophavsretten – vil en kollision være udelukket allerede i medfør af dette princip. Denne argumentation er dog blevet afvist af Menneskerettighedsdomstolen i *Oberschlick v. Austria (1991)*, hvori det udtaltes, at »[a]rticle 10 (art. 10) protects not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed«.⁸⁵

84. Jf. nærmere om afhandlingens teser i *afsnit 2*.

85. Jf. *Oberschlick v. Austria (1991)*, pr. 57. Se også *Jersild v. Denmark (1994)*, pr. 31, *De Haes and Gijssels v. Belgium (1997)*, pr. 48, samt *Palomo Sanchez and others v. Spain (2011)*, pr. 53. Menneskerettighedsdomstolen havde muligvis allerede tilkendegivet dette i *Müller and others v. Switzerland (1988)*, pr. 27 og 33, hvori det udtaltes, at »[a]dmittedly, Article 10 (art. 10) does not specify that freedom of artistic expression, in issue here, comes within its ambit; but neither, on the other hand, does it distinguish between the various forms of expression« og at »[t]hose who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression.« Der blev i dommen også henvist til artikel 19, stk. 2, i FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder, der lyder som følger: »Enhver har ret til til ytringsfrihed; denne ret skal omfatte frihed til at søge, modtage og meddele oplysninger og tanker af enhver art

Afvisningen af at ytringsfriheden kun beskytter indholdet af ytringer og ikke formen førte til det resultat, at ophavsretten og ytringsfriheden potentielt kan kolliderer. Havde man afvist ytringsfrihedsbeskyttelse af form, ville kollisioner ikke kunne ske, idet de principielt var retligt afværget. En sådan snæver fortolkning af ytringsfriheden har domstolene ikke foretaget, og selvom dette formentlig er fornuftigt og hensigtsmæssigt, betyder det altså i ophavsretlig sammenhæng, at kollisionsproblematikken må håndteres på anden vis.

Uanset at en *retlig* afværgelse af kollisionen var blevet afvist af Menneskerettighedsdomstolen, blev det i lang tid – og bliver det undertiden fortsat – gjort gældende, at en *de facto*-afværgelse af kollisionen er foretaget internt i ophavsretten, idet hensynet til ytringsfriheden allerede er varetaget i loven, dvs. fra lovgivers side, og at denne varetagelse af ytringsfrihedshensynet må anses for tilstrækkelig og i øvrigt udtømmende. Dette synspunkt lider dog for det første af den svaghed, at hverken Højesteret, Menneskerettighedsdomstolen eller EU-Domstolen vil føle sig bundet af lovgivers implicite eller eksplicite bestemmelse om, at et hensyn er udtømmende varetaget i ophavsretslovgivningen. Stillingtagen hertil er netop de nævnte domstoles prærogativ. Mere konkret må synspunktet desuden anses for underkendt af Menneskerettighedsdomstolen i dennes senere praksis.

I *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria* (2007), der angik Kunstneren Otto Mühl's værk »Apocalypse«, der var en collage med forskellige offentligt kendte personer, herunder den østrigske politiker Jörg Haider, der indgik i seksuelle aktiviteter. Personernes kroppe var malet, men deres ansigter var fotografier klippet ud af aviser. I Østrig er retten til eget billede beskyttet i medfør af den østrigske ophavsretslov, og spørgsmålet for Menneskerettighedsdomstolen var derfor dennes overensstemmelse med ytringsfrihedsbeskyttelsen i EMRK art. 10. Menneskerettighedsdomstolens flertal fandt, at en krænkelse af EMRK art. 10 var sket, idet indgrebet ikke var proportionalt i forhold til det forfulgte mål og derfor ikke nødvendigt i et demokratisk samfund.

I to senere sager, der dog begge endte med en frifindelse for krænkelse af EMRK art. 10, synes kollisionen mellem ophavsretten og ytringsfriheden også at være anerkendt af Menneskerettighedsdomstolen som en potentialitet. I *Ashby Donald and others v. France* (2013) var tre fotografer, Ashby, Moraes og Claisse, blevet dømt for ophavsretskrænkelser i Frankrig for at have taget

uden hensyn til landegrænser, i mundtlig, skriftlig eller trykt form, i form af kunst eller ved andre midler efter eget valg.« At ytringsfriheden ikke er begrænset til en ytrings indhold, men i sig selv giver visse rettigheder til at vælge formen for ytringen, er formentlig også lagt til grund af Højesteret allerede i *U 1980.1037 HD* (Michael Witte).

nogle billeder af nogle ophavsretligt beskyttede tøjdesigns og lagt dem på internettet. Menneskerettighedsdomstolen fandt enstemmigt, at en krænkelse af EMRK art. 10 ikke var sket, men begrundede dette med staternes brede skønsmargin i sager om kommercielle ytringer, og bekræftede dermed, at den er villig til at realitetsbehandle spørgsmål om nationale ophavsretslovgivningers overensstemmelse med EMRK. Det samme viser *Neij and Sunde Kolmis-oppe v. Sweden* (2013), som var en klage over Sveriges domfældelse af to af de tre personer bag fildelingstjenesten *The Pirate Bay*, som var en side med såkaldte *BitTorrent*-links til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker. Selvom denne klage blev afvist som åbenbart ugrundet, jf. EMRK art. 35, stk. 3, litra a, valgte domstolen at udtale, at »[i]n the present case, the applicants put in place the means for others to impart and receive information within the meaning of Article 10 of the Convention. The Court considers that the actions taken by the applicants are afforded protection under Article 10 § 1 of the Convention and, consequently, the applicants' convictions interfered with their right to freedom of expression. Such interference breaches Article 10 unless it was »prescribed by law«, pursued one or more of the legitimate aims referred to in Article 10 § 2 and was »necessary in a democratic society« to attain such aim or aims.«

EU-Domstolen har ligesom Menneskerettighedsdomstolen i en række domme tilkendegivet, at nationale lovgiveres varetægelse af ytringsfrihedshensynet ikke udelukker EU-Domstolens efterfølgende kontrol af overensstemmelsen med EU's grundlæggende rettigheder, som i dag navnlig fremgår af EUC. EU-Domstolens grundrettighedspraksis tog sin begyndelse allerede i sag 44/79 (*Hauer*), men om EU-Domstolen også var parat til at inddrage grundrettighederne i ophavsretlige sager, kom der først afklaring på i 2006, da EU-Domstolen afsagde dom i sag C-479/04 (*Laserdisken II*) om den danske konsumptionsregels forenelighed med infosoc-direktivet. I sagen var ytringsfriheden påberåbt, og EU-Domstolen realitetsbehandlede dette anbringende. I den pågældende sag var anbringendet godt nok håbløst, men EU-Domstolens præmisser lod det ikke desto mindre komme til udtryk, at den ser det som sin opgave at foretage grundrettighedskontrol af nationale love og foranstaltninger.⁸⁶

At nationale love ikke kan unddrages en grundretlig kontrol fra EU-Domstolens side var næppe uforudsigeligt, men hvad der vel fortsat kan være en smule uklart, er, om EU-Domstolen tilsvarende vil undergive *EU-retsakter* en grundretlig prøvelse. Mange EU-retsakter, og ikke mindst de ophavsretlige EU-direktiver, angiver nemlig, at de er i overensstemmelse med eller re-

86. Jf. sag C-479/04 (*Laserdisken II*), pr. 60-66.

spekterer de grundlæggende rettigheder. Således angiver infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 3, at »[d]en foreslåede harmonisering medvirker til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse«, database-direktivets præambelbetragtning nr. 48, at »formålet med dette direktiv, der er at etablere et adækvat og ensartet beskyttelsesniveau for databaser for at sikre databasefremstilleren det vederlag, der tilkommer ham, er forskelligt fra det mål, der tilstræbes i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, hvis formål er at sikre fri udveksling af personoplysninger på grundlag af harmoniserede regler til beskyttelse af grundlæggende rettigheder, herunder navnlig retten til privatlivets fred, der er anerkendt i artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder; bestemmelserne i nærværende direktiv berører ikke lovgivningen om databeskyttelse« og håndhævelsesdirektivets præambelbetragtning nr. 32, at »[d]ette direktiv er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder og overholder de principper, der bl.a. er anerkendt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Direktivet har navnlig til formål at sikre, at den intellektuelle ejendomsret overholdes fuldt ud i overensstemmelse med chartrets artikel 17, stk. 2«. Spørgsmålet er derfor, om disse tilkendegivelser fra EU-lovgivers side vil blive respekteret af EU-Domstolen, eller om de alene vil blive anset for at være programerklæringer uden noget selvstændigt indhold. Det mest sandsynlige er formentlig, at EU-Domstolen vil anse dem for at være programerklæringer, som ikke udelukker en grundretlig kontrol fra EU-Domstolens side, hvilket formentlig også kan udledes allerede af *sag C-479/04 (Laserdisken II)*, hvori det bl.a. var gjort gældende, at infosoc-direktivets art. 4, stk. 2, om konsumption af spredningsretten var ugyldig som stridende imod bl.a. ytringsfriheden. Dette anbringende foretog EU-Domstolen en materiel prøvelse af, og selvom den nåede frem til, at bestemmelsen var i overensstemmelse med ytringsfriheden, viser dommens præmisser, at EU-Domstolen anser det som sin opgave at foretage grundretlig kontrol af også de af EU-lovgiver udstedte retsakter.⁸⁷

87. Jf. nærmere *sag C-479/04 (Laserdisken II)*, pr. 60-66. Dommen er i øvrigt fra før Lissabon-traktaten (TEUF) og dermed fra før ophøjelsen af EUC til traktatniveau. Allerede før EU-Domstolen havde traktatbestemmelser at henvise til, foretog den altså grundretlig kontrol af såvel national som EU-retlig ophavsretslovgivning.

At ikke kun ytringsfriheden, men potentielt også andre grundrettigheder, kan kollidere med ophavsretten fremgår også af EU-Domstolens praksis. I *sag C-70/10 (Scarlet Extended)*, fastslog EU-Domstolen således, at den ejendomsretlige beskyttelse af ophavsretten også skulle afvejes over for friheden til at oprette og drive egen virksomhed og retten til beskyttelse af personoplysninger, som er grundrettigheder, der er beskyttet i EUC art. 16 og 8. Af *sag C-457-460/11 (VG Wort)* følger det endvidere, at også den grundlæggende ret til ligebehandling, der er fastsat i EUC art. 20, skal iagttages af medlemsstaterne ved implementeringen og fortolkningen af EU's ophavsretsdirektiver.⁸⁸

Endelig har Menneskerettighedsdomstolen fastslået, at også retten til respekt for privatliv og familieliv i EMRK art. 8 kan indgå i kollisionsproblemstillingerne på rettighedshaverens side. *Von Hannover v. Germany I (2004)* angik en tvist mellem Monacos tronfølger Caroline von Hannovers søgsmål mod nogle paparazifotografers angivelige krænkelse af hendes ret til eget billede, som i Tyskland er beskyttet i medfør af den tyske *Urheberrechtsgesetz*. Som forsvar for offentliggørelse af de pågældende billeder var ytringsfriheden påberåbt, men Menneskerettighedsdomstolen dømte til fordel for Caroline von Hannover, idet den fandt, at der var sket en krænkelse af af hendes beskyttelse efter EMRK art. 8, og følgelig ikke af paparazifotografernes beskyttelse efter EMRK art. 10.

Anerkendelsen af rettighedskollisionen mellem ophavsretten og grundrettighederne har nu også fået et dansk præjudikat. I *U 2013.3002 VLD (Grenaa-forliset)*, der angik et tv-indslag om et skibsforslis, havde TV2/Østjylland filmet et billede i et privat hjem samt anvendt det som såkaldt »frame« ved siden af nyhedsoplæseren. Ophavsretten til det filmede billede var imidlertid et fotografi taget af fotografen Erling Hansen, og han sagsøgte TV2/Østjylland, der nægtede at betale for anvendelsen. Vestre Landsret dømte for krænkelse af Erling Hansens ophavsret. TV2/Østjylland havde i sagen bl.a. gjort gældende, at det ville være i strid med ytringsfriheden i EMRK art. 10, at dømme for krænkelse af Erling Hansens ophavsret til billedet, der var bragt i et indslag om myndighedernes fejl ved redningsaktionen, hvilket havde offentlighedens interesse. Erling Hansen havde omvendt anført, at ytringsfriheden netop kan indskrænkes med henblik på beskyttelse af andre rettigheder, og at de ophavsretlige regler allerede er indrettet på en måde, der tager hensyn til ytringsfriheden. Af Erling Hansen var gjort gældende, at kollisionen *de facto* var afværget, idet han havde argumenteret for at *de »ophavsretlige regler er allerede indrettet på en måde, der tager hensyn til ytringsfrihed.«* Men dette anbringende imødekom Vestre Landsret altså ikke, idet den afgjorde spørgs-

88. Jf. *sag C-70/10 (Scarlet Extended)*, pr. 49-50, og *sag C-457-460/11 (VG Wort)*, pr. 73.

målet efter proportionalitetsprincippet, og derved anerkendte kollisionen som et spørgsmål, som domstolene må tage selvstændig stilling til. Domstolene vil altså ikke uden videre forlade sig på, at lovgiver har afbalanceret grundrettighederne korrekt. Også i national dansk retspraksis er kollisionen således anerkendt af domstolene.

15.2. Betydningen af harmonisering

Som der blev redegjort for ovenfor i *afsnit 14.2*, finder EU-rettens beskyttelse af de frie bevægeligheder kun anvendelse, såfremt der ikke foreligger en fuldstændig EU-harmonisering af en given problemstilling. Fuldstændig harmonisering udelukker således principielt, at rettighedskollisioner mellem medlemsstaternes ophavsretslovgivninger og de frie bevægeligheder kan ske, idet sådanne problemstillinger i stedet skal behandles som spørgsmål om, hvorvidt det relevante direktivgrundlag er korrekt implementeret og fortolket. Som det også fremgik, gælder dette imidlertid ikke for EU-konkurrenceretten, der således ikke har en subsidær karakter i forhold til ophavsretsdirektiverne.

I relation til grundrettigheder bliver det også et nødvendigt spørgsmål, om EU's grundlæggende rettigheder, der nu er kodificeret i EUC, er subsidiære i forhold til harmoniserende retsakter udstedt af EU-lovgiver. Svaret følger nærmest allerede af rettighedernes betegnelse. Der er tale om grundlæggende rettigheder og derfor har de principielt også en allestedsnærværende og eviggyldig karakter. Harmoniseringen af ophavsretten udelukker således ikke dennes kollision med grundlæggende rettigheder. Ligesom konkurrenceretten har grundrettighederne altså ikke en subsidær karakter i forhold til harmoniseringsdirektiverne.⁸⁹

Langt de fleste kollisioner mellem ophavsretten og grundrettigheder vil dog formentlig blive betragtet som hensynskollisioner af de kompetente domstole, men såvel Menneskerettighedsdomstolen som EU-Domstolen synes at have tilkendegivet, at egentlige rettighedskollisioner også kan forekomme, og hvis sådanne opstår, må disse domstole naturligvis træffe en afgørelse, hvorved en eller begge rettigheder indskrænkes, udover hvad der ville kunne opnås ved fortolkning.

Behovet for at anskue noget som en rettighedskollision i stedet for en hensynskollision er også forstærket i kraft af EU-harmoniseringsdirektivernes uflexible karakter, jf. ovenfor *Del II* og *Del III*. En vis fleksibilitet synes i henhold til EU-Domstolens praksis at ligge i tilgængeliggørelsesbegrebet, jf. nærmere *afsnit 5.2.*, mens eksemplarfremsættelsesretten samt indskrænkningerne (lånereglerne) er temmelig uflexible, jf. herom *afsnit 5.1* og *afsnit*

89. Som nævnt ovenfor er *sag C-479/04 (Laserdisken II)* formentlig også udtryk for dette.

6. Medmindre man bortser fuldstændigt fra dette valg fra EU-lovgivers side – hvilket EU-Domstolen ikke synes villig til – er det uundgåeligt, at egentlige rettighedskollisioner må erkendes for at kunne opnå rimelige afgørelser på en række problemstillinger, som ophavsretten i dag mødes af, og som den formentlig kun vil blive konfronteret yderligere med i fremtiden, såfremt en revision af reglerne ikke sker.

15.3. Afvisningen af forrangsprincipper

Som behandlet ovenfor *afsnit 13.2* skal ophavsretten i henhold til såvel EUC art. 17, stk. 2, og EMRK-tillægsprotokol 1, art. 1, betragtes som en del af ejendomsretten og dermed som en grundrettighed. Dette har den konsekvens, at den sædvanlige tilgang til grundretlige problemstillinger er dårligt egnet til at løse rettighedskollisionerne. Almindeligvis vil man nemlig i grundrettighedssager have eksempelvis en lovgivning, retsafgørelse eller anden myndighedshandling, som eventuelt er i strid med en eller flere grundrettigheder beskyttet enten på forfatningsniveau eller i inter- eller supranationale traktater. I sådanne tilfælde er den retlige tankegang givet af reglerne hierarkiske forhold til hinanden, idet det er de nationale foranstaltningers indskrænkning i grundrettighederne, der skal kunne retfærdiggøres, og ikke omvendt. Almindeligvis har man altså i grundrettighedssager at gøre med et udgangspunkt eller et forrangsprincip, idet man vurderer den nationale foranstaltnings karakter, og såfremt denne er tilstrækkeligt begrundet, accepterer man en indskrænkning i grundrettighederne, men såfremt sådan begrundelse ikke findes, da har man et udgangspunkt, man falder tilbage på, altså en præsumptionsløsning. En sådan præsumptiv retstilstand eksisterer imidlertid ikke i tilfælde af rettighedskollisioner. Jens Elo Rytter har udtrykt dette således: »I indgrebstilfælde indebærer rettighedens vægt en generel forhåndsformodning til fordel for individets rettighed (*in dubio pro libertate*); det er indgrebet i rettigheden, som skal retfærdiggøres, ikke omvendt; forhåndsformodningen er dog uanvendelig, hvis indgrebet sker til beskyttelse af andre grundlæggende rettigheder, og der således reelt foreligger en rettighedskollision.«⁹⁰

Manglen på en præsumptiv retstilstand i tilfælde af kollisioner mellem to grundrettigheder synes at være blevet fastslået af Menneskerettighedsdomstolen i *Chassagnou and others v. France* (1999), der ikke angik ophavsrettigheder, men dog angik en rettighedskollision, nemlig mellem ejendomsretten og nogle private jagtrettigheder. I dommen angav Menneskerettighedsdomstolen først, at indskrænkning af rettigheder eller friheder i EMRK kan nød-

90. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 117. Se også s. 126.

vendiggøres og retfærdiggøres ved behovet for at beskytte andre rettigheder eller friheder, der også er beskyttet af EMRK, og anførte i den forbindelse, at »[i]t is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a »democratic society«. Dernæst fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at en bred skønsmargin måtte gives i sådanne tilfælde af rettighedskollisioner. Endelig udtaltes det, at i det modsatte tilfælde – altså hvis man ikke har at gøre med en EMRK-rettighedskollision, men derimod med en national foranstaltning, der indskrænker EMRK – er det kun »indisputable imperatives«, der kan retfærdiggøre indskrænkning af EMRK-rettigheder: »It is a different matter where restrictions are imposed on a right or freedom guaranteed by the Convention in order to protect »rights and freedoms« not, as such, enunciated therein. In such a case only indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right.«⁹¹ Det er det sidste led i præmissen, hvoraf det muligvis kan udledes modsætningsvist, at der i relation til rettighedskollisioner ikke kan gælde en forhåndsformodning eller præsumptiv retstilstand. »Indisputable imperatives«, der formentlig bedst oversættes til uomtvistelige nødvendigheder, er altså kriteriet for almindelige foranstaltninger i grundrettighederne, mens der i tilfælde af rettighedskollisioner i stedet er tale om, at man skal finde »a balance between the fundamental rights«. ⁹² Dommen angik som nævnt ikke ophavsretten, men specifikt i forhold til kollisioner mellem intellektuel ejendomsret og andre grundrettigheder er det nu i *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (2013)* fastslået, at »the respondent State had to balance two competing interests which were both protected by the Convention. In such a case, the State benefits from a wide margin of appreciation«. Denne præmis er knap så uddybende, men udtrykker formentlig det samme, nemlig at noget forrangsprincip ikke kan opstilles eller introduceres.

Manglen på et forrangsprincip og dermed udelukkelsen af den sædvanlige grundrettighedstankegang kommer også til udtryk i EU-Domstolens praksis. I sager om rettighedskollisioner mellem national ophavsretslovgivning og

91. Jf. Chassagnou and others v. France (1999), pr. 113.

92. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 126 f., hvor det anføres, at »[h]vis indgrebet i en grundlæggende rettighed derimod sker til beskyttelse af en anden grundlæggende rettighed, og der saledes foreligger en kollision mellem grundlæggende rettigheder, gælder der ingen generel prioritet for den ene rettighed frem for den anden. Sådanne kollisioner kan opstå, fordi navnlig EMRK (og EUC) i et vist omfang forpligter staten til at beskytte individets grundlæggende rettigheder mod privates indgreb og dermed forpligter staten til at gribe ind i sidstnævntes frihed. Ved sådanne egentlige rettighedskollisioner må man ifølge EMD foretage en afvejning mellem som udgangspunkt ligestillede rettigheder.«

grundrettigheder anvender EU-Domstolen således ikke formuleringer om nationale foranstaltningers indgreb i grundlæggende rettigheder, men udtrykker sig i stedet mere vagt, eksempelvis ved som i *sag C-275/06 (Promusicae)* at udtale, at »medlemsstaterne under gennemførelsen af [de i sagen relevante ophavsretlige direktiver] påser, at de lægger en fortolkning af disse [...] til grund, som gør det muligt at sikre den rette afvejning af de forskellige grundlæggende rettigheder, der er beskyttet af Fællesskabets retsorden. Under iværksættelsen af foranstaltningerne til gennemførelse af disse direktiver påhviler det herafter ikke blot myndighederne og domstolene i medlemsstaterne at fortolke deres nationale ret på en måde, der er forenelig med de nævnte direktiver, men også at sikre, at de ikke lægger en fortolkning heraf til grund, som kommer i konflikt med disse grundlæggende rettigheder eller med andre almindelige fællesskabsretlige principper, såsom proportionalitetsprincippet.«⁹³ I *sag C-70/10 (Scarlet Extended)* anvendtes formuleringen, at »beskyttelsen af den grundlæggende ejendomsret, der også omfatter intellektuelle ejendomsrettigheder, skal afvejes med andre grundlæggende rettigheder.«⁹⁴

15.4. Rettighedernes kerne

EUC art. 52, stk. 1, bestemmer, at enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved charteret, skal – udover at være fastlagt i lovgivningen – respektere disse rettigheders og friheders væsentligste

93. Jf. *sag C-275/06 (Promusicae)*, pr. 68. Præmissen blev gentaget af domstolen i kendelsen i *sag C-557/07 (LSG mod Tele2)*, pr. 28, der lyder således: »Domstolen præciserede desuden, at medlemsstaternes beføjelse til at tillægge enten retten til respekt for privatlivets fred eller ophavsretten forrang er undergivet flere krav. Ved gennemførelsen af direktiv 2000/31, 2001/29, 2002/58 og 2004/48 påhviler det således medlemsstaterne at påse, at de lægger en fortolkning af disse direktiver til grund, som gør det muligt at sikre den rette afvejning af de forskellige grundlæggende rettigheder, der er beskyttet af Fællesskabets retsorden. Ved gennemførelsen af disse direktiver skal myndighederne og domstolene i medlemsstaterne desuden ikke blot fortolke deres nationale ret på en måde, der er forenelig med disse direktiver, men også sikre, at de ikke lægger en fortolkning heraf til grund, som kommer i konflikt med disse grundlæggende rettigheder eller med andre almindelige fællesskabsretlige principper, såsom proportionalitetsprincippet (Promusicae-dommen, præmis 70).« Det bemærkes, at ordet forrang netop bliver anvendt i denne kendelse, men at det ikke blive brugt i betydningen generel eller præsumptiv forrang, men derimod netop som betegnelse på det konkrete resultat, der nødvendigvis må følge af en retsanvenders afvejning af to i udgangspunktet ligestillede rettigheder. Det bemærkes i øvrigt, at der i den engelsksprogede version af dommen anvendes ordet »priority« og altså ikke f.eks. »precedence« eller »supremacy«.

94. Jf. *sag C-70/10 (Scarlet Extended)*, pr. 44.

indhold. I den engelsksprogede version er kravet formuleret som »*respect the essence of those rights and freedoms*«.

En tilsvarende bestemmelse findes ikke i EMRK.⁹⁵ Ikke desto mindre følger det af Menneskerettighedsdomstolens praksis, at der også i relation til EMRK gælder et princip om, at rettighederne har en kerne, som nyder en særlig stærk beskyttelse. Denne praksis tog sin begyndelse allerede før affattelsen af EUC, jf. f.eks. *Winterwerp v. the Netherlands* (1979), hvor det om en psykiatrisk patient blev udtalt, at psykisk sygdom godt kan nødvendiggøre visse begrænsninger i udøvelsen af grundrettighederne, men at »*it cannot justify impairing the very essence of the right*«.⁹⁶ Ved affattelsen af EUC art. 52, stk.1, har man formentlig skelet til denne praksis. I hvert fald forekommer der at være overensstemmelse mellem EUC's kerneprincip og Menneskerettighedsdomstolens praksis.

I de få kollisionssager, der har været på ophavsrettens område, har Menneskerettighedsdomstolen endnu ikke anvendt formuleringen, men i *Müller and others v. Switzerland* (1988) var det gjort gældende, at kunstnerisk ytringsfrihed havde »*such fundamental importance that banning a work or convicting the artist of an offence struck at the very essence of the right guaranteed in Article 10*«, hvilket Menneskerettighedsdomstolen dog ikke i den konkrete sag var enig i.

EU-Domstolen derimod henviser – i hvert fald i sin senere praksis – hyppigt til begrebet rettighedernes kerne. Den har dog været en anelse inkonsekvent i sin terminologi, idet den både anvender udtrykket »*the very substance*« og »*the very essence*«, som i de danske sprogversioner oversættes til henholdsvis det »*egentlige indhold*« og det »*væsentligste indhold*«. ⁹⁷ Man

95. En række af EMRK's rettigheder nævner dog udtrykkeligt, at indskrænkning af disse kan ske af hensyn til beskyttelse af andre rettigheder, jf. således EMRK art. 8, stk. 2 (om retten til respekt for privatliv og familieliv), art. 9, stk. 2 (om retten til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed), art. 10, stk. 2 (om ytringsfrihed), art. 11, stk. 2 (om forsamlings- og foreningsfrihed), samt EMRK-tillægsprotokol 4 art. 2, stk. 3 (om friheden til valg af opholdssted).

96. Jf. *Winterwerp v. the Netherlands* (1979), pr. 60. Se ligeledes af ældre domme *Ashingdane v. the United Kingdom* (1985), pr. 57, og *Rees v. the United Kingdom* (1986), pr. 50. Se fra nyere tid *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (2002), pr. 99, og *Appleby v. the United Kingdom* (2003), pr. 47.

97. Jf. sag 5/88 (*Wachauf*), pr. 18, sag C-177/90 (*Kuehn*), pr. 16, sag C-22/94 (*The Irish Farmers Association*), pr. 27 og 29, sag C-292/97 (*Kjell Karlsson*), pr. 45 og 58, sag C-488/01 (*Jean-Claude Martinez mod Europa-Parlamentet*), pr. 232, og sag C-435+103/03 (*Axel Springer*), pr. 48 og 58, hvori der anvendes formuleringen »*the very substance*«/»*egentlige indhold*«, og sag C-92+93/09 (*Eifert*), pr. 50 og 65, sag C-12/11 (*Ryanair*), pr. 61, sag C-283/11 (*Sky Österreich*), pr. 48-49, sag C-101/12

må formentlig antage, at EU-Domstolen, efter at EUC er blevet ophøjet til traktatniveau, vil lægge sig fast på terminologien »the essence« (»væsentligste indhold«), som er det udtryk, der bruges i EUC art. 52, stk. 1.

Uanset hvilken terminologi, EU-Domstolen har anvendt, og i fremtiden vil anvende, må udtrykkene under alle omstændigheder antages grundlæggende at dække over det samme, nemlig en opfattelse af grundrettighederne som nogle retlige domæner, der består af en kerne, som nyder særlig stor beskyttelse, omgivet af nogle mere perifere beføjelser, som omfattes af rettigheden, men som ikke tilhører dens kerne og som derfor ikke er givet en lige så stærk beskyttelse. Denne tankegang stemmer ikke alene godt overens med Menneskerettighedsdomstolens tankegang, men synes også at ligge i naturlig forlængelse af EU-Domstolens praksis i sager om ophavsrettens kollision med EU-markedsretten, hvor begrebet »ophavsrettens særlige genstand« er blevet inddraget med henblik på at skære de vanskelige kollisionssager til inden proportionalitetsprincippet kunne bringes i anvendelse som det afgørende afvejningskriterium, jf. ovenfor afsnit 14.4.

Som tilfældet var med EU-markedsretten kan der nemlig heller ikke i relation til kollisioner med grundrettigheder udledes nogen endelige resultater af kerneteorien. Således kan også grundrettighedernes kerne nemlig principielt godt indskrænkes. Dette fremgår ikke særlig klart af hverken EUC art. 52, stk. 1, eller af EU-Domstolens domme. EU-Domstolens domme kan sågar indimellem indeholde formuleringer, der ligefrem kan forstås således, at kernen har en absolut karakter, jf. eksempelvis *sag 4/73 (Nold mod Kommissionen)*, hvori det udtaltes, at det var berettiget at opstille begrænsninger i grundrettighederne, »så længe det væsentlige i disse rettigheder ikke berøres.«⁹⁸ I senere praksis har EU-Domstolen dog formuleret sig tydeligere og placeret kerneteorien som en del af proportionalitetsvurderingen, jf. således den ophavsretlige *sag C-200/96 (Metronome)*, hvori EU-Domstolen bemær-

(Schaible), pr. 27, og *sag C-291/12 (Michael Schwarz)*, pr. 34 og 39, hvori der anvendes formuleringen »the very essence«/»væsentligste indhold.« I generaladvokat Eleanor Sharpstons forslag til afgørelse i *sag C-479/04 (Laserdisk II)*, pkt. 67, hvor »the very substance« er oversat til »selve de garanterede rettigheders kerne.« Terminologisk inkonsekvens i de danske oversættelser kan også findes i de enkelte sager, jf. således *sag C-20+64/00 (Booker Aquaculture)*, hvor der i den engelsksprogede version er anvendt begrebet »the very substance«, men hvor dette i den danske version er oversat til såvel det »egentlige indhold« (pr. 56, 70, 72, 81, 88, 92 og 94), men også til rettighedens »kerne« (pr. 51), og *sag C-78/98 (Preston)*, hvor »the very essence« er oversat til såvel »essensen af de rettigheder« (pr. 34) og »kernen af de rettigheder« (pr. 41).

98. Jf. *sag 4/73 (Nold mod Kommissionen)*, pr. 14.

kede, at »det fremgår af fast retspraksis, at såvel princippet om ejendomsrettens ukrænkelighed som princippet om ret til fri erhvervsudøvelse er et led i de almindelige fællesskabsretlige grundsætninger. De nævnte rettigheder er imidlertid ikke absolutte rettigheder, men skal ses i sammenhæng med deres funktion i samfundet. Ejendomsretten og retten til fri erhvervsudøvelse kan derfor underlægges begrænsninger, forudsat at sådanne begrænsninger er nødvendige for at tilgodese almene hensyn, som Fællesskabet forfølger, og forudsat at begrænsningerne ikke, når henses til deres formål, indebærer et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb over for det centrale indhold af den beskyttede rettighed.«⁹⁹ Her fremgår det klart, at det altså kun er de uforholdsmæssige og uantagelige indgreb i det centrale indhold, der ikke kan ske, og heraf følger det samme, som antages om den af Menneskerettighedsdomstolen anvendte keredoktrin, nemlig at denne indgår som et væsentligt analyseelement i anvendelsen af proportionalitetsprincippet, men at man ikke kan adskille de to begreber som selvstændige kriterier og derefter konkludere noget ud fra fastlæggelsen af rettighedens kerne i sig selv.¹⁰⁰

Det forekommer tydeligt, at Menneskerettighedsdomstolen har den opfattelse, at rettigheder har en særlig beskyttelsesværdig kerne, og at rettighedens styrke i kollision med andre rettigheder aftager jo længere fra kernen, kollisionen foregår. Hvad der imidlertid fortsat er meget uklart er, hvad denne kerne er for de enkelte rettigheder, eller hvorledes man som retsanvender analyserer sig frem til kernens indhold. Der er ikke mange præjudikater herom, men der findes muligvis enkelte i relation til ytringsfriheden. Her har Menneskerettighedsdomstolen – om end uden at forbinde det direkte med kerneterminologien – sondret mellem forskellige typer af ytringer, hvilket den har tillagt betydning for medlemsstaternes skønsmargin. I *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* (2012) sondrede den således mellem »political speech« og »speech in commercial matters or advertising«, hvor medlemsstaterne har større frihed til at begrænse de kommercielle ytringer, mens deres skønsmargin er lille for

99. Jf. sag C-200/96 (*Metronome*), pr. 21.

100. Den samme enhedsbedømmelse er formentlig også udtrykt i sag C-283/11 (*Sky Österreich*), pr. 47-48, om end formuleringen også her kunne ønskes klarere: »Denne omstændighed afspejles bl.a. af den måde, hvorpå proportionalitetsprincippet i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, skal gennemføres. I henhold til sidstnævnte bestemmelse skal enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der er sikret ved chartret, være fastlagt i lovgivningen, respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold og under iagttagelse af proportionalitetsprincippet være nødvendige og faktisk svare til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.«

så vidt angår begrænsninger i den politiske ytringsfrihed.¹⁰¹ Heraf følger muligvis, at kommercielle ytringer ikke kan høre til kernen.

Det er imidlertid ikke uden problemer at anvende en sådan sondring mellem ytringers karakter når det kommer til kunst, litteratur og andre ophavsretligt beskyttede værker. Det forudsætter nemlig, at man virkelig også kan sondre mellem dem, og på kunstens og litteraturens område er det netop ofte tilfældet, at disse ytringstyper blandes. Langt de fleste værker vil således indeholde æstetiske elementer, men ofte samtidig politiske budskaber, og indeholder måske tilmed mere eksistentielle eller filosofiske temaer. Det må forventes, at domstolene ikke vil lægge vægt på den subjektive hensigt med ytringen, hvilket også ville give bevismæssige problemer, men derimod anse begreberne for at være objektive begreber. Men det kræver så også, at de kan objektiviseres, og det kan meget nemt ende i en arrogant tilgang til de litterære og kunstneriske værker, som ophavsretten angår.

Et godt eksempel fra dansk retspraksis på en kommerciel ytring foreligger dog muligvis nu med *U 2014.888 HD (Netto)*, jf. nærmere herom ovenfor *afsnit 5.1* og *afsnit 6.1*. Sagen blev ikke afgjort som en (erkendt) rettighedskollision, men det forekommer rimeligt at antage, at Højesteret i sin vurdering af beskyttelsesomfanget og krænkelsesspørgsmålet har skelet til, at hensynet til Dansk Supermarked ikke havde kunstnerisk, men alene kommerciel karakter.

15.5. Medlemsstaternes skønsmargin

Det er velkendt, at Menneskerettighedsdomstolen indrømmer sine medlemsstater en vis skønsmargin i relation til sikring og overholdelse af grundrettighederne i EMRK.¹⁰² Dette indebærer, at uanset at det tilkommer Menneskerettighedsdomstolen at fastlægge fortolkningen af EMRK, så gør den kun dette til et vist nedre niveau, idet rettighederne anses for at overlade med-

101. Jf. *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* (2012), pr. 61. Sondringen er sidenhen gentaget og dermed bekræftet i *Ashby Donald and others v. France* (2013), pr. 39. I *U 2009.875 ØLD* (Bjørn Nørgaard) kan den samme tankegang formentlig spores, idet Østre Landsret i sin inddragelse af ytringsfriheden søgte for at betegne denne som »kunstnerisk ytringsfrihed«. Se om samme begreb også Preben Stuer Lauridsen, *Pressefrihed og personlighedsret*, 1. udgave 1988, s. 50 ff. At der ikke bør sondres mellem de to typer ytringer bliver imidlertid gjort gældende *de lege ferenda* i Caroline Heide-Jørgensen, *Reklameret*, 1. udgave 2008, s. 528, hvilket dog kritiseres i Palle Bo Madsen, *Anmeldelse af Caroline Heide-Jørgensen: Reklameret*, i *Juristen* 2008, s. 135.

102. Jf. *Handyside v. the United Kingdom* (1976), pr. 49, hvor princippet første gang blev formuleret samt Jens Elo Rytter, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 136, Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave 2011, s. 33 ff.

lemsstaterne et spillerum med hensyn til rettighedernes indhold i tilfælde af mere vanskelige samfundsmæssige afvejninger. Denne skønsmargin har stor betydning i tilfælde af rettighedskollisioner.

At der gælder en bred skønsmargin i tilfælde af rettighedskollisioner fremgår af *Chassagnou and others v. France* (1999), hvori det udtaltes, at »[t]he balancing of individual interests that may well be contradictory is a difficult matter; and Contracting States must have a broad margin of appreciation in this respect, since the national authorities are in principle better placed than the European Court to assess whether or not there is a »pressing social need« capable of justifying interference with one of the rights guaranteed by the Convention.«¹⁰³ Dette blev gentaget i *Ashby Donald and others v. France* (2013), hvori Frankrig blev frifundet for krænkelse af ytringsfriheden netop med henvisning til den særligt brede skønsmargin, der fulgte, dels af at sagen angik såkaldte kommercielle ytringer, og dels af at indgrebet skete for at beskytte *the rights of others* i henhold til EMRK art. 10, stk. 2.¹⁰⁴ Også i *Neij and Sunde Kolmisoppe v. Sweden* (2013), som blev afvist som åbenbart ugrundet, jf. EMRK art. 35, stk. 3, litra a, bemærkede Menneskerettighedsdomstolen først, at »intellectual property benefits from the protection afforded by Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention«, og fastslog derefter at »[t]hus, the respondent State had to balance two competing interests which were both protected by the Convention. In such a case, the State benefits from a wide margin of appreciation«.¹⁰⁵

Man bør imidlertid ikke i alle tilfælde af ophavsrettens kollision med EMRK forvente, at medlemsstaterne har frie rammer til at afgøre disse. Dette illustreres af *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria* (2007), hvori Østrig blev dømt for krænkelse af EMRK art. 10, selvom indgrebet – hvilket Menneskerettighedsdomstolen accepterede – var sket til beskyttelse af *the rights of others* i henhold til EMRK art. 10, stk. 2. Dommen er en 3/4-afgørelse, og flertallet inddrog ikke overvejelser om en eventuel skønsmargin. Af flertallets præmisser fremgår det derfor ikke, om en skønsmargin slet ikke forelå i det pågældende tilfælde, eller om en sådan forelå, men blot var blevet overskredet. To af de tre dissenterende dommere omtalte dog skønsmarginen og bemærkede dels, at »[w]e also take the view that the State's margin of appreciation should be particularly limited, or indeed practically non-existent, where its interference affects artistic freedom«, men vurderede i modsætning til flertallet, at i den pågældende sag nød kunstværket ikke »unlimited protection of

103. Jf. *Chassagnou and others v. France* (1999), pr. 113.

104. Jf. *Ashby Donald and others v. France* (2013), pr. 40.

105. Jf. *Neij and Sunde Kolmisoppe v. Sweden* (2013), s. 10 f.

Article 10 of the Convention, precisely because it interferes excessively with the rights of others».

Menneskerettighedsdomstolens domme illustrerer et forhold, som også fremgår af Menneskerettighedsdomstolens praksis i øvrigt, og som der også er bred enighed om i litteraturen, nemlig at skønsmarginen ikke har en fast karakter, men derimod varierer alt efter rettighedens karakter samt den indgribende foranstaltnings karakter.¹⁰⁶ Denne opfattelse har EU-Domstolen desuden også, jf. *sag C-71/02 (Karner)*, pr. 50, hvori det bl.a. med henvisning til Menneskerettighedsdomstolens praksis blev udtalt, at »den skønsebeføjelse, som de kompetente myndigheder har ved afgørelsen af, hvor den rette balance mellem ytringsfriheden og de ovenfor nævnte formål befinder sig, varierer for hvert enkelt af de formål, der gør det lovligt at begrænse denne ret, og i forhold til de omhandlede aktiviteter karakter. Når denne frihed ikke udøves for at bidrage til en debat af almen interesse, og den desuden udøves inden for et område, hvor staterne har en vis skønsmargen, kontrolleres det kun, om denne begrænsning er rimelig og forholdsmæssig.«

Også i denne sammenhæng synes en kerneteori eller kernetankegang at være fremherskende. Eksempelvis når det kommer til ytringsfriheden, gælder der en bred skønsmargin ved visse typer ytringer og en smallere eller til tider forsvindende lille skønsmargin ved andre typer ytringer. Hvad der imidlertid stadig forekommer meget uklart er, hvorledes det afgøres, om man har at gøre med en rettigheds kerne.

15.6. Proportionalitetsprincippet

Som nævnt ovenfor i *afsnit 14.4* indgår proportionalitetsprincippet som et centralt princip i EU-retten. Princippet er hyppigst blevet anvendt i relation til EU-markedsretten, hvilket har den naturlige baggrund, at dette historisk har udgjort og fortsat udgør det væsentligste element i EU-retten. I takt med at EU-retten har udviklet sig først i retspraksis men siden i form af EUC til også at beskytte grundlæggende rettigheder, er princippet imidlertid også blevet relevant i denne sammenhæng, hvilket også fremgår af EUC art. 52, stk. 1, 2. pkt.

Også i EMRK er proportionalitetsprincippet helt centralt og udgør den afgørende test for et givent indgrebs forenelighed med de sikrede rettigheder.¹⁰⁷ Ligesom tilfældet var ved ophavsrettens kollision med EU-markedsretten,

106. Jf. *Markt intern Verlag and Klaus Beermann v. Germany* (1989), pr. 33, og *VGT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (2001), pr. 69.

107. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 115, samt Christophe Geiger, *Fundamental Rights as Common Principles of European*

udgør proportionalitetsprincippet således også det afsluttende kriterium ved ophavsrettens kollision med grundlæggende rettigheder, hvad enten det er EUC, EMRK eller begge, der påberåbes. Også i forhold til grundlovens grundrettighedsbeskyttelse er proportionalitetsprincippet det afgørende kriterium.

Proportionalitetsprincippet må antages at være grundlæggende ens i såvel EUC, EMRK og GRL.¹⁰⁸ Det består af de tre led, som også blev nævnt ovenfor *afsnit 14.4*, nemlig 1) et krav om at foranstaltningen er egnet til at nå sit mål, 2) et krav om at foranstaltningen tillige er nødvendig for at nå målet og 3) et krav om forholdsmæssighed mellem foranstaltningen og det tilstræbte mål. Menneskerettighedsdomstolen formulerer dog typisk proportionalitetskravet som kravene om anerkendelsesværdigt formål (*»legitimate aim«*), nødvendighed (*»necessary in a democratic society«*), og påtrængende samfundsmæssigt behov (*»pressing social need«*). Undertiden anføres kravet om forholdsmæssighed dog også mere direkte, jf. eksempelvis *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria* (2007), pr. 38, som lyder: *»In sum, having balanced Mr Meisberger's personal interests and taking account of the artistic and satirical nature of his portrayal, as well as the impact of the measure at issue on the applicant association, the Court finds that the Austrian courts' injunction was disproportionate to the aim it pursued and therefore not necessary in a democratic society within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.«*

Netop i rettighedskollisionstilfælde bliver anvendelsen af proportionalitetsprincippet imidlertid en anelse særegen i og med, at man principielt ikke kan angribe problematikken som en rettighed, hvori der er gjort et indgreb, men derimod må tage udgangspunkt i en ligestilling af rettighederne, som der blot *in casu* må findes en løsning på. Denne særegne anvendelse af proportionalitetsprincippet ses også i relation til kollisioner mellem ophavsretten og EU-markedsretten, jf. ovenfor *afsnit 14.4*, og da den i begge henseender har samme eller i hvert fald sammenlignelige baggrunde behandles den nedenfor som et forsøg på at opstille en mere almen ophavsretlig kollisionsdoktrin, jf. nærmere nedenfor *afsnit 16*.

(and International) Intellectual Property Law, i Ansgar Ohly, Common Principles of European Intellectual Property Law, 2012, s. 226.

108. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 114 f., med henvisning til U 2010.1859 HK (*Behandlingshjemet Møllen*).

16. En almen ophavsretlig kollisionsdoktrin

Ovenfor er ophavsrettens kollision med henholdsvis EU-markedsretten og grundlæggende rettigheder behandlet. Gennemgangen har vist, at ophavsretten i tilfælde af at den kolliderer med disse rettigheder kan blive underkastet en indskrænkning. En sådan indskrænkning kommer til udtryk ved, at rettighedshaveren i de konkrete kollisionstilfælde ikke kan udnytte sine eneretsbeføjelser sådan som de ellers i ophavsretsloven isoleret betragtet er formuleret. En eller flere af eneretsbeføjelserne må altså efter omstændighederne vige for den kolliderende rettighed. Herom synes EU-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen at være enige, og det forekommer også, at de anskuer og løser kollisionsproblemstillingerne på grundlæggende ensartet vis. Spørgsmålet er således, om der har udviklet sig en mere almen europæisk – eller om man vil »europarettlig« – kollisionsdoktrin, i henhold til hvilken ophavsrettens kollision med andre rettigheder skal løses.

Det taler for en sådan doktrin, at der lader til at være en enighed mellem de to domstoles grundlæggende analyse af problemstillingerne samt om, hvilke kriterier de skal løses efter.

I såvel EU- som EMRK-retten og med hensyn til såvel markedsretten som grundrettighederne anvendes den samme tankegang og de samme retlige kriterier. Det er således på tværs af de to domstole og på tværs af de to retsområder opfattelsen, 1) at inddragelse af forrangsprincipper ikke er en holdbar løsning, 2) at problemstillingerne i tilfælde af harmonisering i videst mulige omfang skal løses som hensynskollisioner inden for harmoniseringens rammer, 3) at der, når en rettighedskollision må anerkendes, skal foretages overvejelser om de kolliderende rettigheders indhold og natur med henblik på at fastlægge deres kerner, og 4) at der på baggrund af disse overvejelser som afsluttende og afgørende kriterium skal foretages en proportionalitetsvurdering af, hvilken rettighed der må opretholdes, og hvilken der må fortrænges.

Proportionalitetsprincippet udgør i henhold til såvel EU-Domstolen som Menneskerettighedsdomstolen den afsluttende og afgørende test for, hvorledes rettighedskollisioner mellem ophavsretten og grundlæggende rettigheder eller markedsbestemmelser skal løses. I henhold til proportionalitetsprincippet skal en given foranstaltning 1) være egnet til at nå sit mål, 2) være nødvendig for at nå målet og endelig skal der være 3) forholdsmæssighed mellem foranstaltningen og det tilstræbte mål. Disse betingelser skal altså indgå som en sidste prøvelse uanset hvilken løsning på en rettighedskollision, man som retsanvender påtænker.

I relation til rettighedskollisioner er proportionalitetsprincippet imidlertid vanskeligt at arbejde med, idet der i disse sager principielt ikke gælder

et forrangsprincip. Det kan derfor i praksis være vanskeligt at arbejde med proportionalitetsprincippet, som til en vis grad forudsætter, at der gælder et udgangspunkt, som indskrænkes i form af en *foranstaltning*. For at være i stand til at anvende proportionalitetsprincippet har både EU-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen derfor været nødt til at bearbejde rettighedskollisionen inden proportionalitetsprincippet kunne bringes i anvendelse. De to domstole har begge fundet det nødvendigt at udvikle en praksis, der kunne afgøre, hvad der i disse sager udgjorde udgangspunktet og hvad der udgjorde foranstaltningen. Med henblik på at afgøre dette har domstolene anvendt begreber som rettighedens særlige genstand, rettighedernes egentlige indhold, rettighedernes kerne eller essens osv. Disse begreber giver således ikke løsningen på rettighedskollisionerne, men bidrager til at skære dem til, før proportionalitetsprincippet kan bringes i anvendelse.

Det lader også til, at der er enighed om, at det efter omstændighederne er muligt at indskrænke selve »kernen« eller »den særlige genstand.« Dette følger for så vidt angår grundrettighedskollisionerne af Menneskerettighedsdomstolens praksis.¹⁰⁹ I relation til EU-markedsretten har det derimod ikke været lige så klart. Således synes det undertiden antaget i litteraturen, at den såkaldte »særlige genstand« er uindskrænkkelig.¹¹⁰ Dette er imidlertid næppe rigtigt. Ligesom en grundrettigheds kerne efter omstændighederne også kan indskrænkes (om end det kræver væsentligt mere end indskrænkning af de mere perifere beføjelser), så kan ophavsrettens særlige genstand også indskrænkes. Tanken om, at den særlige genstand ikke kan indskrænkes stammer muligvis fra, at denne kernes retstekniske funktion er forskellig i henholdsvis menneskerettighedspraksis og markedsretlig praksis.

I den menneskeretlige praksis bliver fastlæggelsen af kernen således relevant i forbindelse med hovedreglen eller udgangspunktet i retstilstanden, idet et kollisionstilfælde som udgangspunkt må løses til fordel for den rettighed, hvis kerne berøres. Dette udgangspunkt kan så fraviges, hvis grundene er stærke nok, og proportionalitetsprincippet i øvrigt tillader det.

I den markedsretlige praksis fungerer den særlige genstand derimod som undtagelsen. Her er hovedreglen nemlig, at den frie bevægelighed eller konkurrencen ikke må hindres. Denne hovedregel kan imidlertid fraviges, hvis markedshindringen har baggrund i beskyttelse af ophavsretten, og i fastlæg-

109. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 129, samt ovenfor afsnit 15.4.

110. Jf. f.eks. Jens Schovsbo, *Særligt om immaterialretsaftaler*, i Caroline Heide-Jørgensen m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udgave 2009, s. 489 ff., samt Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 43.

gelsen af rækkevidden af denne undtagelse er det altså, at EU-Domstolen har udviklet begrebet »den særlige genstand.« At man har at gøre med ophavsrettens særlige genstand er altså i den markedsretlige praksis blot den første forudsætning for at kunne retfærdiggøre en markedshindring, og kun hvis denne er opfyldt går man videre til en proportionalitetsvurdering af indgrebet. Når den særlige genstand indskrænkes, sker det derfor blot ved en fastholdelse af hovedreglen. At der så endnu ikke har været nogen sager, hvor man fundet, at markedsindgrebet var begrundet i ophavsrettens særlige genstand, men hvor proportionalitetsprincippet (uanset det) var overtrådt, betyder således ikke, at dette ikke er muligt. Dette er formentlig baggrunden for antagelsen om, at den særlige genstand er ukrænkelig. Dette er den dog principielt ikke.

Endelig synes der, udover enigheden om kriterierne, også at være enighed om den retlige konsekvens af en dom, der indskrænker ophavsretten. Sådanne indskrænkninger skal nemlig sandsynligvis alene opfattes som *in casu*-suspensioner af eneretsbeføjelserne, hvilket vil sige, at den ophavsretlige beskyttelse opretholder sit indhold i henhold til den ophavsretlige regulering i de tilfælde, hvor kollisionen ikke foreligger.

Generelt lader de to domstoles praksis altså umiddelbart til fint at kunne forenes. Der kan imidlertid også identificeres nogle forskelle. I EU-Domstolens praksis om kollisioner med EU-markedsretten er den særlige genstand en grundbetingelse for indskrænkning af EU-markedsretten til fordel for ophavsretten. Her fungerer denne »kerneteori« altså som et »filter«, der frasorterer de tilfælde, der uden foretagelse af en proportionalitetsvurdering skal falde ud til EU-markedsrettens fordel, imens de sager, der »slipper gennem« dette filter, tillige skal bestå en proportionalitetstest. I grundrettighedssager kan »kerneteorien« derimod forekomme at have en lidt anden funktion. Her giver den ikke løsning på nogen sager i sig selv, men sætter derimod rammerne for proportionalitetstesten, der udgør den endelige test. Har man at gøre med en rettigheds kerne skal der meget til for at opfylde proportionalitetsprincippets krav om forholdsmæssighed. Har man ikke at gøre med en rettigheds kerne, er proportionalitetsprincippet mindre strengt.

En anden forskel findes for så vidt angår hjemmelskravets praktiske intensitet. Menneskerettighedsdomstolen vil således ved sin vurdering af betingelsen om »prescribed by law« langt hen ad vejen lægge den nationale domstols fortolkning af den nationale bestemmelse til grund og ikke gå nærmere ind i en selvstændig fortolkning af den pågældende nationale lovbestemmelse med henblik på at afgøre, om der nu også var lovhjemmel. EU-Domstolen derimod vil formentlig forholde sig til indholdet og fortolkningen af den nationale lov, eftersom der på ophavsrettens område netop er harmoniserende EU-direktiver, der ligger bag disse nationale lovgivninger, som derfor skal være i over-

ensstemmelse med direktiverne, hvis begreber i vidt omfang er fællesskabsretlige. EU-Domstolen udtaler således typisk, at begreber i EU-retsakter er fællesskabsretlige begreber, ligesom dens praksis i relation til implementering af EU-ret er ret streng i retning af, at implementeringen skal følge direktivet meget nøjagtigt.

Men på trods af forskellene lader der til at være en fælles opfattelse af de retlige kriterier, uanset om det er Menneskerettighedsdomstolen eller EU-Domstolen, der afgør sagen, og uanset om den kolliderende rettighed har markeds- eller grundretlig karakter. I alle kollisionstilfældene har det afgørende kriterium således været proportionalitetsprincippet. Dette indebærer både fordele og ulemper.

Proportionalitetsprincippet har den fordel, at det giver stor fleksibilitet for domstolene, ligesom der i og med dets anvendelse ligger, at man afgør en sag meget konkret, hvorved afgørelsernes mere generelle præjudikatsværdi begrænses.¹¹¹ Ulempen er imidlertid, at man ikke opnår, at domstolenes afgørelser bliver videre vejledende for retsanvenderne, og en forudsigelig retstilstand opnås derfor ikke. Den harmoniserende effekt af retspraksissen samt den konflikt- og procesbesparende effekt af en stor forudsigelighed for retsanvenderne opnås således ikke i samme omfang, som hvis der blev trukket nogle tydeligere linjer for ophavsrettighedens rækkevidde. Det er muligvis dette, der er baggrunden for, at man fra de to domstoles side netop har forsøgt at kvalificere proportionalitetsprøvelsen med overvejelserne om »kernen« eller »den særlige genstand.« I hvert fald EU-Domstolen synes at forsøge at kvalificere sin praksis mere, således at en snævrere skønsmargin bliver overladt til medlemsstaternes og medlemsstaternes domstole. Dette har muligvis baggrund i, at man fra EU-Domstolens side ikke er tryk ved i vidt omfang at overlade retstilstanden i hænderne på 28 forskellige nationale domstolsmyndigheder på et område, der har enorm betydning for det indre marked, og som får – hvis det ikke allerede har – enorm betydning for internettets og informationsteknologiens lovmæssighed.

En anden konsekvens af anvendelsen af proportionalitetsprincippet er, at det kan vanskeliggøre mere generelle tilsidesættelser af ophavsrettigheder, idet *det mindste middels princip* tvinger domstolene til at vurdere de enkelte eneretsbeføjelser hver for sig og i hver enkelt sag tage stilling til, hvilke af disse der eventuelt må opretholdes i medfør af dette princip. Det er således

111. Jf. Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, 1. udgave 2013, s. 115 f.: »Proportionalitetsvurderingen [beror] i sidste ende på rimelighedsbetragtninger knyttet til den konkrete sags omstændigheder og en konkret afvejning af de kolliderende hensyns indbyrdes vægt.«

kendetegnende for kollisionstilfældene – der jo angår rettigheder på samme niveau – at proportionalitetsprincippet konstant peger i to retninger. Værksanvenderens grundrettighed tilsiger, at ophavsretten ikke må gøre indgreb i denne i videre omfang end nødvendigt, men omvendt medfører den ejendomsretlige beskyttelse af ophavsretten, at brugerens rettighed heller ikke skal gøre indgreb i ejendomsretten i videre omfang end højst nødvendigt.

Dette medfører, at man ikke kan gøre rettighedskollisionerne til et enten/eller-spørgsmål om ophavsretlig beskyttelse eller ej. Man bliver nødt til at kigge på de ophavsretlige beføjelser enkeltvis og ud fra *det mindste middels princip* kun bortcensurere de beføjelser, det er nødvendigt at bortcensurere. For så vidt angår ophavsretten vil dette i vidt omfang angå spørgsmålet om alene at bortcensurere forbudsbeføjelsen, men ikke retten til at licensere sin eneret. I medfør af proportionalitetsprincippet kan en ophavsrettighed med andre ord kun underkendes helt, hvis det ikke ville være tilstrækkeligt udelukkende at underkende forbudsbeføjelsen. *Det mindste middels princip* medfører således, at vederlagsretten kan overleve en kollision selv om forbudsretten går til grunde i selvsamme kollision.

Et sådant resultat kan dog også kritiseres ud fra systemiske betragtninger. Sådant som ophavsretten lovteknisk er konstrueret, følger retten til licensgivning netop af forbudsretten. Alle rettighedshaverens udnyttelser af sin ret har således ultimativ hjemmel i forbudsbeføjelsen, og hvis denne ikke opretholdes, kan man mene at alle andre beføjelser må følge forbudsbeføjelsen i graven. Et sådant synspunkt forekommer dog meget formalistisk, og det lader da også til, at i hvert fald EU-Domstolen har en mere pragmatisk tilgang, der tillader en frasortering af forbudsbeføjelsen sideløbende med en anerkendelse af de øvrige, jf. eksempelvis *sag C-241+242/91 (Magill)* og *sag C-418/01 (IMS Health)*, jf. nærmere herom ovenfor *afsnit 14.2*.

Om den spirende kollisionsdoktrin udgør en hensigtsmæssig løsning af de ophavsretlige problemstillinger, den har været anvendt som løsning på, er det formentlig stadig for tidligt at evaluere på. I relation til de bredere overvejelser om ophavsrettens fleksibilitet er doktrinen imidlertid interessant ved, at den i visse henseender kan give indskrænkningssmuligheder, hvor ophavsrettens begrænsede fleksibilitet ellers udelukker det. Eksempelvis vil eventuelle uhensigtsmæssigheder ved Danmarks manglende implementering af en eksplicit parodiundtagelse kunne undgås ved, at ytringsfriheden påberåbes frem for den parodiundtagelse, som det er usikkert, om de danske domstole, og ultimativt EU-Domstolen, vil finde implementeret. At der ligger et ytringsfrihedshensyn bag parodiundtagelsen er således utvivlsomt, hvilket bl.a. er kommet til udtryk i *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria (2007)*, hvori der blev dømt for krænkelse af EMRK art. 10, bl.a. fordi den pågældende værksanvendelse

havde en »*artistic and satirical nature*«. ¹¹² Men i så fald bliver kriteriet naturligvis, om ytringen omfattes af ytringsfriheden og ikke om der er tale om en parodi eller ej, hvilket ville have været kriteriet, såfremt infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, var blevet implementeret i dansk ret.

17. Konklusion

En kollisionslære og en tilgang, hvor man anskuer ophavsrettens mest problematiske tilfælde som rettighedskollisioner, indebærer adskillige fordele frem for at løse problemerne efter lidet holdbare fortolkninger af lovens bestemmelser. Kollisionslæren kan således i vidt omfang løse ophavsrettens problemer,

112. Jf. *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria* (2007), pr. 38: »*In sum, having balanced Mr Meischberger's personal interests and taking account of the artistic and satirical nature of his portrayal, as well as the impact of the measure at issue on the applicant association, the Court finds that the Austrian courts' injunction was disproportionate to the aim it pursued and therefore not necessary in a democratic society within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.*« At ytringsfriheden yder et vist værn for parodier vurderes tilsvarende i NIR 1990.600 (Jan Rosén, *Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti?*), s. 600, hvor det anføres, at »[f]rågan har givetvis en klar yttrandefrihetsrättslig dimension«, samt i NIR 1997.438 (Rainer Oesch, *Bildcitat*), s. 442-443, hvor det fremgår, at »[s]edan gammalt anses sådana tillåtna som avspeglas av yttrandefriheten.« Den hollandske professor P. Bernt Hugenholtz vurderer ligefrem, at »[t]he Court [Menneskerettighedsdomstolen] might also be willing to find national copyright laws in direct contravention with Article 10 if they fail to provide exceptions for uses such as parody«, jf. P. Bernt Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, i Rochelle Cooper Dreyfuss m.fl. (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 1. udgave 2001, s. 362. Dette er dog næppe rigtigt, hvis Hugenholtz dermed mener, at der er en pligt til at have en parodiundtagelse, dvs. en regel, hvor retsfaktum er centreret om et parodibegreb, jf. herom ovenfor afsnit 10.2. Mener han derimod blot, at nationale domstole efter omstændighederne skal være i stand til at inddrage ytringsfriheden på ophavsrettens område, er det formentlig korrekt. Se desuden IIC 2006.371 (Christophe Geiger, »*Constitutionalising intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*), s. 395-396: »*In the same sense, the German Federal Court, in a case of parody of a trademark, has recently let the artistic freedom of Art. 5(3) of the German Basic Law prevail over the right of intellectual property. Analysing the violation of trademark law, it compared this violation with artistic freedom and considered that if the postcard [means of the parody] does not debase the claimant's trademark and if it is not proved that the defendant acted exclusively for a commercial purpose, the protection of artistic freedom has to prevail in the present litigation over the protection of the property right of Article 14(1) of the German Basic Law.*«

og det lader til, at det netop er en sådan kollisionslære, der foretrækkes som løsning fra EU-Domstolens og Menneskerettighedsdomstolens side.

Kollisionslæren forekommer samtidig i stigende grad som den mest oplagte forklaring på nogle af de domme, der er blevet afsagt af EU-Domstolen i de senere år. Samtidig med, at man i Danmark i vidt omfang er nået frem til, at ophavsretten ikke er en grundrettighed, har man således haft vanskeligheder med at forholde sig til EU-Domstolens praksis i markeds- og grundretlige sager. Men nøglen til en større forståelse for sidstnævnte ligger muligvis i en genovervejelse af vores synspunkt vedrørende førstnævnte. Såfremt man i stedet anskuer ophavsretten som en del af ejendomsretten – måske ikke nødvendigvis i GRL § 77's forstand, men så i det mindste i EU- og EMRK-sammenhæng – kan man formentlig opnå en større forståelse for den praksis, der lader til at have udviklet sig i relation til ophavsrettens kollisioner med andre rettigheder.

Det giver mening og store retsdogmatiske fordele at anskue en række problemstillinger, der tidligere har været sporadisk behandlet enkeltvis, i en bredere rettighedsmæssig sammenhæng.

EU-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen gør i princippet det samme i tilfælde af rettighedskollisioner. De søger at finde ind til kernen i rettighederne, og eftersom det må antages, at disse ikke kan kolliderer – den ene rettigheds kerne kan ikke også være den anden rettigheds kerne – giver dette et godt udgangspunkt for at afgøre en rettighedskollision. Er man inden for den ene rettigheds kerne, er man nødvendigvis uden for den andens, og afgørelsen må da som klart udgangspunkt falde ud til førstnævntes fordel. Dette udgangspunkt kan dog fraviges – der kan godt gøres indskrænkning i en rettigheds kerne – men det kræver meget tungtvejende grunde, og der vil blive anlagt en meget streng proportionalitetsprøvelse. Er man derimod uden for begge rettigheders kerne, vil der fra Menneskerettighedsdomstolens side i vidt omfang blive indrømmet medlemsstaten en »wide margin of appreciation«, ligesom også EU-Domstolen vil anlægge en mere lempelig vurdering ved anvendelse af et mere almindeligt proportionalitetsprincip.

Det er endnu ikke fuldt ud afklaret, hvad hver enkelt rettigheds kerne eller særlige genstand er. Enkelte bidrag findes dog. Ytringers beskyttelsesværdighed er eksempelvis højst sandsynligt forskellig alt efter, om det er en henholdsvis politisk, kommerciel eller kunstnerisk ytring.

Udover kerneteorien og proportionalitetsprincippet må doktrinen dog samtidig bestå af en række andre principper. For det første må det naturligvis kunne afgøres, hvornår man har at gøre med en rettighedskollision, og i den sammenhæng er udfordringen navnlig at sondre mellem rettighedskollisioner og hensynskollisioner. Hvor begge hensyn er repræsenteret i ophavsretten må

der være en formodning for, at der er tale om en hensynskollision, som skal løses inden for ophavsrettens rammer. Er den kolliderende rettighed ikke varetaget internt i ophavsretten må kollision doktrinen mobiliseres. For det andet må doktrinen anvendelse forudsætte, at den pågældende rettighedskollision ikke ligefrem er afværget af lovgiver. Endelig synes det at ligge bag doktrinen, at de kolliderende rettigheder ikke lader sig løse med forrangsprincipper, idet de som udgangspunkt må anses for at være på samme niveau, hvilket også synes understreget af, at den retlige konsekvens af en indskrænkning i tilfælde af en rettighedskollision kun er en *in casu*-suspension af den pågældende rettighed.

Om lighederne mellem Menneskerettighedsdomstolens og EU-Domstolens praksis i kollisionstilfælde er direkte tilsigtet kan ikke fastslås, men det lader sig derimod fastslå, at tankegangen hos de to domstole i sådanne sager er ens. Uanset om man vil anse en mere almen europæisk kollision doktrin for at være udviklet eller være under udvikling, kan det altså konstateres, at domstolene har samme syn på, hvordan problemstillingerne gribes an, og de nationale domstole i medlemslandene, herunder de danske domstole, bør derfor implementere samme metodik og terminologi i deres afgørelser.

Afslutning

18. Samlet konklusion

Som det fremgår ovenfor i *afsnit 1*, har anledningen til denne afhandling bl.a. været den interessante diskussion om, hvorvidt ophavsretten er for ufleksibel og giver domstolene for få og/eller for snævre muligheder for ved fortolkning af lovgivningen at nå til rimelige resultater i ophavsretlige krænkelssager. Diskussionen tager imidlertid som regel form af en retspolitisk diskussion (*de lege ferenda*), mens den retsdogmatiske diskussion om, hvilke grænser der egentlig gælder (*de lege lata*), ofte træder i baggrunden. Eftersom den retspolitiske diskussion ikke giver nogen praktisk mening, hvis ikke man først har undersøgt og fået afklaret de retsdogmatiske spørgsmål, har målet med denne afhandling netop været at forsøge retsdogmatisk at analysere og konkludere, hvor de fortolkningsmæssige grænser for dansk ophavsret går.

I *afsnit 2* er afhandlingens problemstillinger opstillet i form af en bred og overordnet hovedtese samt tre mere specifikke underteser. Tesernes forhold til hinanden er sådan, at undersøgelsen – herunder be- eller afkræftelsen – af underteserne vil bidrage med de fornødne kilder og konklusioner til, at hovedtesen kan enten be- eller afkræftes. Afhandlingens hovedtese er, *at ophavsretsloven ikke er udtømmende i den forstand, at afgrænsningen af ophavsretten i enhver henseende kan læses i ophavsretsloven eller fastslås ved en fortolkning af dennes bestemmelser*. Tesen tager sigte på, at ophavsrettens afgrænsning er mere fleksibel end ophavsretslovens ordlyd umiddelbart giver indtryk af. Denne fleksibilitet kan i givet fald foreligge på tre måder, nemlig 1) i form af såkaldt internalisering, 2) i form af ulovbestemte indskrænkninger, og 3) i form af en rettighedskollisionsdoktrin. Disse tre muligheder er netop emnet for de tre specifikke teser, og da der ikke er andre muligheder for fleksibilitet i dansk ophavsret end disse tre, vil besvarelsen af de specifikke teser bidrage til besvarelsen af hovedtesen.

I *Del II* er afhandlingens første specifikke tese undersøgt og bekræftet. Denne tese er, *at såkaldt internalisering kun er delvist muligt i dansk op-*

havsret, idet indskrænkende fortolkninger af eneretten kun er mulige i meget begrænset omfang, og udvidende fortolkninger af indskrænkninger i alt væsentligt er umulige. Tesen må i vidt omfang besvares ud fra infosoc-direktivet, herunder EU-Domstolens praksis om dette direktiv. Infosoc-direktivet indeholder en harmonisering af de væsentligste ophavsretlige eneretsbeføjelser og indskrænkningerne i disse beføjelser. Hvad der imidlertid er afgørende for, om der er mulighed for internalisering i reglerne, er dels, hvilken type harmonisering der er tale om, dels hvordan begreberne bliver fortolket af EU-Domstolen.

Gennemgangen af EU-Domstolens praksis viser, at der er tale om totalharmonisering, og at de begreber, som definerer eneretsbeføjelserne, er fællesskabsretlige begreber, der skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele EU. Dette betyder, at der ikke i dansk ophavsret kan udvikles en anden forståelse af begreberne end den EU-retlige forståelse af dem, hvilken i sidste ende fastlægges af EU-Domstolen.

Samtidig viser gennemgangen af EU-Domstolens praksis, at begreberne er meget brede og generelt bliver fortolket som sådan. Hvad angår *eksemplar-fremstillingsretten* er denne i realiteten altomfattende, og det må konkluderes, at alt hvad der kan anses for at være en »fremstilling af et eksemplar« i *sprogets forstand* også er det i *lovens forstand*. Hvad derimod angår *tilgængeliggørelsesretten*, er der formentlig visse begrænsede muligheder for at foretage internaliserende fortolkninger, dvs. fortolkninger, hvor tilgængeliggørelser, der i *sprogets forstand* vil være tilgængeliggørelser for almenheden, alligevel ikke anses for at være det i *lovens forstand*. Enkelte af EU-Domstolens domme kan tyde på en sådan tilgang. Der er dog stadig tale om en bredt defineret eneretsbeføjelse, og det vil under alle omstændigheder være sådan, at internalisering ikke står medlemsstaterne frit, men må foretages af de nationale domstole, fordi de vurderer, at det vil være den korrekte EU-retlige fortolkning, hvilket de eventuelt kan – og i visse tilfælde skal – søge afklaret ved en præjudiciel forelæggelse.

Endelig viste gennemgangen af *indskrænkningerne* i infosoc-direktivet, at disse bliver fortolket indskrænkende af EU-Domstolen, hvilket dels følger af et fast EU-retligt fortolkningsprincip, dels af den såkaldte *tretrinstest*. Udvidende fortolkninger af indskrænkningerne i de ophavsretlige eneretsbeføjelser er på den baggrund ikke en mulighed for domstolene og andre retsanvendere.

Som følge af, at muligheden for internalisering i de fleste henseender er udelukket og i de øvrige henseender meget begrænset, er spørgsmålet, om domstolene så har mulighed for, ved siden af de lovbestemte indskrænkninger, at udvikle og anvende ulovbestemte indskrænkninger. Dette er temaet for afhandlingens anden specifikke tese, der er, *at ulovbestemte indskrænkninger*

vanskeligt vil kunne eksistere under det nuværende retsgrundlags systematik, og at sådanne under alle omstændigheder vil kræve så klart et retskildegrundlag, at det må afvises, at der findes ulovbestemte indskrænkninger i gældende dansk ophavsret. Denne tese er behandlet og bekræftet i *Del III*. Muligheden for ulovbestemte indskrænkninger er for det første begrænset som følge af, at infosoc-direktivets indskrænkningsskatalog som udgangspunkt er udtømmende, og fordi Danmark allerede har implementeret og dermed udnyttet de fleste af hjemlerne i dette katalog. Der er således kun enkelte tilfælde, hvor en ulovbestemt indskrænkning i dansk ophavsret kan tænkes, og disse er henholdsvis en såkaldt bagatelgrænse i form af en *de minimis*-doktrin og en såkaldt parodiundtagelse. Begge har der været mange forestillinger om i den juridiske litteratur, men begge må samtidig afvises under det nugældende retsgrundlag, først og fremmest fordi retspraksis ikke synes at indeholde afgørelser, der kan udgøre sådanne ulovbestemte regler.

Når hverken internalisering eller ulovbestemte indskrænkninger for alvor er farbare veje til at opnå fleksibilitet i dansk ophavsret, synes der kun at være én mulighed for at sikre en sådan fleksibilitet, såfremt domstolene måtte finde det nødvendigt. Denne sidste mulighed er en inddragelse af andre rettigheder, hvilket afhandlingens tredje specifikke tese, der er behandlet og bekræftet i *Del IV*, angår. Denne tese er, *at ophavsretten efter omstændighederne indskrænkes i tilfælde af dens kollision med andre rettigheder, og at nogle nærmere rammer og principper for afgørelse af sådanne kollisionstilfælde kan afdækkes retsdogmatisk.* Som det fremgår, er tesens sigte bredere end blot at få afklaret, om andre rettigheder kan kolliderer med ophavsretten og i den forbindelse bringe en fleksibilitet ind i ophavsretten. Tesen er nemlig, at der har udviklet sig en egentlig rettighedskollisionsdoktrin, som skal anvendes af domstolene i alle tilfælde af ophavsrettens kollision med ikke-ophavsretlige rettigheder. Rettighedskollisioner er indtil videre set i relation til EU-markedsretten og i relation til grundrettigheder, og gennemgangen af henholdsvis EU-Domstolens og Menneskerettighedsdomstolens retspraksis i sådanne sager viser, at det grundlæggende er de samme overvejelser, som domstolene gør sig og derfor også de samme principper, som de må forventes at ville benytte sig af i fremtidige sager. De to domstoles praksis giver grundlag for at opstille en rettighedskollisionsdoktrin, i henhold til hvilken de kolliderende rettigheders kerne fastslås, hvorefter proportionalitetsprincippet anvendes til at afgøre, hvilken rettighed, der må fortrænges. Som følge af pligten til EU- og EMRK-konform fortolkning er det følgelig også de samme principper, som danske domstole skal anvende, når de bliver konfronteret med rettighedskollisioner.

Som følge af bekræftelsen af de tre specifikke teser kan afhandlingens hovedtese også bekræftes. Det kan således konkluderes, at ophavsretsloven ikke er udtømmende, og at afgrænsningen af ophavsretten ikke i enhver henseende kan læses i ophavsretsloven eller fastslås ved en fortolkning af dennes bestemmelser. Dette må man som ophavsretlig retsanvender være opmærksom på. Ved afgørelsen af ophavsretlige tvivlsspørgsmål må man således som udgangspunkt gøre sig overvejelser om 1) muligheden for internalisering, 2) eventuelle ulovbestemte indskrænkninger, samt 3) eventuelle rettighedskollisioner. Internalisering vil man dog kun skulle overveje i relation til tilgængeliggørelsesretten, og kun i helt særlige tilfælde vil det kunne komme på tale. Hvad angår ulovbestemte indskrænkninger, gælder der strenge hjemmels- og retskildekrav til disse, og der forekommer i øvrigt ikke at findes nogen i nu-gældende dansk ophavsret. Sådanne behøver man derfor – medmindre retsgrundlaget ændrer sig – ikke længere at gøre sig overvejelser om. Rettighedskollisionstilfældene derimod synes at blive flere og flere, og domstolene synes i stigende grad at inddrage sådanne overvejelser i deres afgørelser. Disse må man derfor være meget opmærksom på, og i tilfælde af en rettighedskollision skal man basere sin afgørelse på de samme principper som EU-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen har udviklet i deres praksis. Gør man det, vil man også øge sandsynligheden for, at disse domstole ikke vil underkende den nationale afgørelse efterfølgende, dels fordi man derved højst sandsynligt vil nå til det rette resultat, men også fordi de nævnte domstole da vil være mere tilbøjelige til at anse den nationale domstol for at have holdt sig inden for en eventuel skønsmargin.

Det er imidlertid en vanskelig opgave, de nationale domstole er blevet givet. Der synes nemlig at være en paradoksals modsætning i det nuværende samspil mellem national dansk ophavsret og Danmarks supra- og internationale forpligtelser. Mens dansk lovgiver og danske domstole på den ene side er blevet begrænset i ganske vidt omfang i forhold til deres regulerings- og fortolkningsmuligheder, kræver de samme forpligtelser en øget opmærksomhed og hensyntagen til grundrettigheder og andre kolliderende rettigheder. Danmark og for den sags skyld de øvrige EU-medlemsstater er herved blevet sat i en vanskelig position. Mens de på den ene side risikerer at krænke direktiver og dermed TEUF ved at fortolke lovgivningen fleksibelt, risikerer de ved en undladelse heraf at krænke samme traktats markedsretlige grundprincipper samt EUC og EMRK. Den sikre vej for domstolene ud af dette findes selvfølgelig i form af muligheden for præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Denne mulighed bør formentlig anvendes i højere grad af danske domstole. På den anden side er realiteten nok ofte den, at mange ophavsretssager ikke vedrører meget store sagsgenstande, og en meget procesforlængende præju-

diciel forelæggelse undgås derfor formentlig ofte i førsteinstanssagerne, hvor der ikke er pligt til en sådan præjudiciel forelæggelse. Dette er forståeligt, men man bør muligvis tage op til overvejelse, om ikke dansk ophavsret i det lange løb er bedst tjent med en afklaring af spørgsmålene. Ikke mindst fordi mange ophavsretssager ikke appelleres og derfor aldrig når til en appeldomstol, der har pligt til præjudiciel forelæggelse. I de tilfælde, hvor danske domstole imidlertid vælger det modsatte, altså at undlade forelæggelse, bør det være på baggrund af, at man ud fra de analyser og overvejelser indeholdt i denne afhandlings *DEL II-IV* er nået frem til, at man har at gøre med et *acte clair*-tilfælde.

19. De lege ferenda

Som det blev bemærket ovenfor, falder spørgsmålet om, hvorvidt ophavsretten er for ufleksibel eller for bred, som udgangspunktet uden for afhandlingen. De problemstillinger og den retspraksis, som er blevet behandlet i afhandlingen, giver dog måske et indirekte svar på det spørgsmål. Man kan nemlig ikke se bort fra, at domstolenes anerkendelse af rettighedskollisioner og ikke mindst de tilfælde, hvor sådanne har ført til indskrænkning af ophavsretten, i et eller andet omfang er udtryk for, at domstolene ikke anser ophavsretten for i sig selv at have foretaget en tilstrækkelig afbalancering og heller ikke i sig selv frembyder nok fleksibilitet for domstolene til, at de i deres afgørelser kan sikre den korrekte afbalancering inden for lovens rammer. Det forekommer således svært at komme uden om, at domstolenes behov for at anerkende rettighedskollisioner er et resultat af, at domstolene ikke anser den lovbestemte ophavsret for at give tilstrækkelig mulighed for at tage hensyn til disse kolliderende rettigheder.

Som det også blev nævnt i *afsnit 12*, er det dog formentlig ikke muligt i en moderne verden at udforme lovgivningen sådan, at rettighedskollisioner aldrig vil opstå, og som det også fremgår, er det heller ikke sikkert, at samfundet ville være bedre tjent med en sådan lovgivning, der nødvendigvis måtte være meget omfattende. Der er dog visse ting, man godt kunne forbedre. Eksempelvis burde lovgiver overveje, om man ønsker en parodiundtagelse i dansk ophavsret og i bekræftende fald indføre en lovbestemt parodiundtagelse, dvs. en implementering af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k. Dette ville eksempelvis betyde, at det ikke længere ville være nødvendigt at inddrage ytringsfriheden som en kolliderende rettighed i tilfælde af parodiske værksanvendelser, da loven så ville indeholde en parodiundtagelse, inden for hvilken det ville være muligt i tilstrækkelig grad at tage behørigt

hensyn til ytringsfriheden. Ligeledes kunne man overveje, om man ønsker, at værksanvendelser i forbindelse med demonstrationer eller reparationer af udstyr, skal være lovligt. En undtagelse for sådan anvendelse, som der blev frifundet for i *U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik)*, er der hjemmel til i infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra l, som Danmark ikke har udnyttet. En sådan undtagelse ville lovgiggøre visse *de minimis*-anvendelser, som måske netop bør være lovlige.

Men udover sådanne småjusteringer er der i virkeligheden meget lidt, som national dansk lovgiver og nationale danske domstole kan gøre med henblik på at ændre eller påvirke udstrækningen af det ophavsretlige beskyttelsesomfang. Harmoniseringen af ophavsretten i EU har medført, at det også fremover er EU-lovgiver, der må påtage sig at tilpasse ophavsretten, hvis dette skulle være eller blive nødvendigt. I den forbindelse kan man have det synspunkt, at EU-lovgiver har forsømt at løse denne opgave, men herved er man netop tilbage til spørgsmålet, om der retspolitisk er argumenter for og vilje til at ændre reglerne. I den forbindelse kan man dog ikke helt se bort fra, at der muligvis er en vis vejledning at hente i den udvikling, der har været og er i retspraksis. Retspraksis viser således, at i takt med infosoc-direktivets harmonisering af eneretsbeføjelserne og indskrænkningerne har medført meget lidt fleksible begrebsdefinitioner, har domstolene i stigende grad været nødt til at anerkende rettighedskollisioner. Dette er naturligvis også en retlig løsning, og hvis man som lovgiver er tilfreds med den udvikling, behøver man for så vidt ikke foretage sig noget. Spørgsmålet er imidlertid, om den løsning nu også er at foretrække. Den synes i hvert fald ikke at være befordrende for retssikkerheden, herunder forudsigeligheden, og manglende forudsigelighed i ophavsretten vil formentlig i det praktiske retsliv føre til 1) flere sagsanlæg, 2) større behov for aftaleregulering, og/eller 3) en favorisering af de pengestærke aktører, der har råd til advokattimer eller til at acceptere den standpunktsrisiko, der er forbundet med uforudsigeligheden. Som også Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier skriver, bør f.eks. ytringsfriheden af retssikkerhedsmæssige hensyn, herunder respekten for lovens ord og forudsigelighed, kun besøge ophavsretten helt undtagelsesvist.¹ Dette er et fornuftigt synspunkt, men så længe man ikke fra politisk hold bestræber sig på jævnlige at tilpasse ophavsrettens indskrækningskatalog, kan man kun forvente, at grundrettigheder vil besøge ophavsretten oftere og oftere.

Den øgede inddragning af grundrettigheder og andre rettigheder eller principper, som ophavsretten kan komme på kollisionskurs med, er således ikke uden problemer. Hertil kommer, at opløser man alt i grundrettigheder og

1. Jens Schovsbo & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013, s. 268.

principper, er der til sidst ikke andet tilbage end domstolenes dømmekraft, og selvom denne sikkert i vidt omfang er sund, er det et demokratisk problem, hvis lovgiver ikke længere er den primære regeludsteder.

Under det nuværende retsgrundlag synes de retsdogmatiske konklusioner, der er givet i denne afhandling, at være den eneste holdbare løsning på de vanskelige sager, ophavsretten oftere og oftere konfronteres med. Det er imidlertid ikke den bedste løsning. Den bedste løsning ville være, at man foretog en revision af reglerne på EU-niveau, og at der i disse regler blev indbygget enten en lang række yderligere indskrænkninger, eller at man på anden vis gjorde ophavsrettigheder mere fleksible, således at rettighedskollisioner kunne undgås ved at holde sig inden for ophavsrettens grænser. Det er en løsning, men kun en nødløsning, at domstolene er nødt til at anskue problemstillinger som rettighedskollisioner.

Resumé

Denne afhandling handler om dansk ophavsrets fleksibilitet, nærmere bestemt grænserne for fortolkningen af ophavsretsloven. Disse grænser følger dels af nationale danske retskilder, men i høj grad også af inter- og supranationale retskilder. Afhandlingens metode er retsdogmatisk, og afhandlingen har således som mål at formulere udsagn om gældende ret på grundlag af en analyse af de relevante retskilder.

Afhandlingen har som hovedtese, at ophavsretsloven ikke er udtømmende, forstået på den måde, at afgrænsningen af ophavsretten ikke i enhver henseende kan læses i ophavsretsloven eller fastslås ved en fortolkning af dennes bestemmelser. I afhandlingen søges denne tese bekræftet ved en undersøgelse af de tre teoretisk tænkelige muligheder, der er, for afgrænsning af den ophavsretlige enerets lovbestemte omfang. Disse tre muligheder er 1) såkaldt internalisering, hvorved forstås enten indskrænkende fortolkninger af eneretsbeføjelserne eller udvidende fortolkning af indskrækningsbestemmelser, også kaldet låne reglerne, 2) etableringen og anvendelsen af ulovbestemte indskrænkninger, og 3) indskrænkning af den ophavsretlige beskyttelse af hensyn til en kolliderende rettighed. Disse tre muligheder er i afhandlingen genstand for hver deres undertese, og behandles i afhandlingen i hvert deres kapitel.

I relation til *internalisering* konkluderes det i afhandlingen, at internalisering kun er muligt i begrænset omfang og kun i tilgængeliggørelsesretten, dvs. ikke i hverken eksemplarfremsættelsesretten eller i indskrænkningerne (låne reglerne).

Hvad angår *ulovbestemte indskrænkninger* konkluderes det, at der gælder meget strenge krav til sådannes EU-retlige hjemmelsgrundlag samt implementeringsmæssige retskildegrundlag, og der kan på den baggrund ikke antages at gælde nogen ulovbestemte indskrænkninger i dansk ophavsret. De udbredte forestillinger, der er om henholdsvis en ulovbestemt *de minimis*-doktrin og en ulovbestemt parodiundtagelse afvises således som en del af gældende dansk ophavsret.

Hvad derimod angår spørgsmålet om *rettighedskollisioner* konkluderes det, at disse i stigende grad anerkendes i retspraksis, og at der tilmed i EU-Domstolens og Menneskerettighedsdomstolens praksis kan identificeres

visse principper for deres retlige behandling og løsning. Dette giver grundlag for opstilling af en egentlig ophavsretlig rettighedskollisionsdoktrin, hvorefter ophavsretten kan indskrænkes af hensyn til kolliderende rettigheder, idet man i den forbindelse skal anvende proportionalitetsprincippet efter først at have gjort sig overvejelser om de kolliderende rettigheders respektive kerner.

På baggrund af behandlingen og bekræftelsen af de tre underteser kan afhandlingens hovedtese bekræftes. Ophavsretsloven er ikke udtømmende. Internalisering, ulovbestemte indskrænkninger og rettighedskollisioner er potentielle afgrænsnings- og fleksibiliseringsmuligheder, men som det også fremgår, er der i nugældende dansk ret kun en meget begrænset mulighed for internalisering, og ulovbestemte indskrænkninger kan ikke anses for at foreligge. Tilbage står derfor reelt kun rettighedskollisionsdoktrinen. Afslutningsvist problematiseres denne retstilstand, idet der er retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved rettighedskollisionsdoktrinen, der nok må anses for at være domstolenes nødvendige og uundgåelige reaktion på en for bred og/eller ufleksibel ophavsretslovgivning.

Summary in English

This dissertation examines the flexibility of Danish copyright law, more specifically the interpretational limits of the Danish Copyright Act. These limits follow partly from national Danish sources of law, but also to a great extent from inter- and supranational sources of law. The method of the dissertation is legal dogmatism and the dissertation therefore aims to assert what must be regarded as the current legal position based on an analysis of the relevant sources of law.

The main thesis of the dissertation is that the Danish Copyright Act is not exhaustive, i.e. that the scope of a copyright cannot in all cases be determined solely by a reading and interpretation of the Danish Copyright Act. This main thesis is sought confirmed by an examination of the theoretical possibilities of limiting the statutory scope of the copyright monopoly. These three possibilities are 1) so-called internalization, meaning either a narrow interpretation of the notions defining the monopoly or a broad interpretation of the statutory limitations of that monopoly, 2) the establishment and use of non-statutory limitations, and 3) the limiting of the scope of the copyright monopoly in order to protect a colliding right. These three possibilities are examined as separate subtheses and in separate chapters in the dissertation.

Regarding *internalization*, it is concluded that this is only possible to a limited extent and only with respect to the right of making available to the public, i.e. neither in the reproduction right nor in the limitations.

In relation to *non-statutory limitations*, it is concluded that very strict requirements regarding legal basis and implementation apply for such to exist, and in the case of national Danish copyright law there is no legal material that meets these requirements. The widespread views that hold Danish copyright law to contain a non-statutory *de minimis* doctrine and a non-statutory parody limitation are therefore dismissed.

However, regarding the issue concerning *the collisions of rights*, it is concluded that these are increasingly recognized in case-law, and, furthermore, that in the case-law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights certain principles concerning the legal treatment of such collisions of rights can be identified. This provides the basis for formulating

a *collision of rights doctrine*, according to which a copyright may be limited in order to protect colliding rights inasmuch as the principle of proportionality must be used to decide such cases, but not before the cores of the colliding rights have been determined.

On the basis of the examination and confirmation of the three subtheses, the main thesis of the dissertation is confirmed. Thus, the Danish Copyright Act is not exhaustive. Internalization, non-statutory limitations and collisions of rights are potential ways to limit the scope of the copyright monopoly. However, since internalization is only possible to a limited extent and since non-statutory limitations do not exist in current Danish copyright law, the only actual possibility of bringing flexibility into Danish copyright law is the collision of rights doctrine. In the end this legal situation is problematized, as the collision of rights doctrine causes concerns regarding legal foreseeability and security. The collision of rights doctrine may be deemed to be the necessary and inevitable reaction of courts to a copyright legislation that is too broad and/or inflexible.

Retspraksis

Dansk retspraksis

- U 1878.258 LHSD (Mester Oles Prædiken) 181-183, 185
U 1915.57 HSD (Gefion-springvandet) 123
U 1932.1010 HD (Demonstrationsmusik) 129, 138-140, 142, 144, 161, 290
U 1938.338 VLD (Stramaibroderi) 123
U 1951.657 ØLD (Vandmoderen) 185
U 1965.137 HD (Venetiansk Serenade) 192-193
U 1968.84 HD (Aalborg Kloster) 96
U 1980.1037 HD (Michael Witte) 34, 193, 262
U 1984.881 ØLD (Dronningens nytårstale) 148-149, 151, 161
U 1990.856 ØLD (The Many Faces of Jesus Christ) 195
U 1991.744 ØLD (Handicapbilleder) 131, 148-149, 152-153, 161
U 1993.183 ØLD (Pengesedler I) 145, 197, 202
U 1997.691 HD (Pengesedler II) 28, 41, 76, 98, 109-112, 135-136, 145, 161-162, 164
U 1997.1301 ØLD (Forrædernes Børn) 149
U 1998.525 ØLK (CeeDee Empire) 34, 140, 142, 144, 162
U 1999.547 ØLD (Filmcentret) 152
U 1999.2057 V (Frisørforretning) 52
U 2000.1291 ØLD (Louisiana) 150
U 2000.2359 ØLD (Tango Jealousie) 201-202
U 2001.1691 HD (Sparekassebrochuren) 122

- Sø- og Handelsrettens dom af 1. november 2006 (Integral) 142, 144
U 2006.1474 HK (TDC Totalløsninger) 114
U 2007.280 SHD (Mads Mikkelsen) 151
U 2008.77 ØLD (Salmeforspil) 156, 160
U 2009.875 ØLD (Bjørn Nørgaard) 60-64, 146-147, 154, 161, 166, 185, 187, 205-206
U 2010.60 ØLD (Spot) 100, 153, 157
U 2010.2221 HK (The Pirate Bay) 114
Københavns Byrets dom af 26. september 2011 (Les Djinns) 101, 157, 160, 162
Retten i Aarhus' dom af 20. januar 2012 (Laid Back mod Venstre) 209
Københavns Byrets fogedrets kendelse af 28. juni 2012 (Dark Shadows) 34, 98, 141, 154, 162, 165
Københavns Byrets dom af 17. december 2012 (Konservativ) 210
U 2012.129 HD (T-Shirt) 34
U 2012.901 HD (Kærlighedens Farve) 153
U 2012.2063 HD (Dansk Film Skat) 100
U 2013.1704 ØLD (Teach Me Real Love) 62-64, 206
U 2013.1782 HD (Infopaq) 114, 133
U 2013.3002 VLD (Grenaa-forliset) 150, 265
Sø- og Handelsrettens dom af 18. august 2014 (Oister Oi) 133, 159-160
U 2014.888 HD (Netto) 43, 64, 273

U 2014.1739 HD (Vild med Dans) 100,
160

EU-domstolen

Sag 26/62 (Van Gend en Loos) 233

Sag 56+58/64 (Consten) 238, 241

Sag 24/67 (Parke) 246

Sag 11/70 (Internationale Handels-
gesellschaft) 259

Sag 78/70 (Deutsche Grammophon) 31,
241-242, 255-56

Sag 4/73 (Nold mod Kommissionen)
232, 271

Sag 127/73 (BRT mod SABAM) 233

Sag 36/74 (Walrave) 234

Sag 65/75 (Tasca) 54

Sag 5/77 (Tedeschi mod Denkavit) 245

Sag 148/78 (Ratti) 245

Sag 251/78 (Denkavit Futtermittel) 245

Sag 44/79 (Hauer) 263

Sag 62/79 (Coditel I) 242, 256

Sag 102/79 (Kommissionen mod Belgien)
88-89

Sag 55+57/80 (GEMA) 241-242

Sag 58/80 (Dansk Supermarked mod
Imerco) 242

Sag 283/81 (CILFIT) 24, 29

Sag 327/82 (Ekro) 179, 248

Sag 14/83 (von Colson & Kamann) 235

Sag 143/83 (Kommissionen mod
Danmark) 85-86, 89

Sag 248/83 (Kommissionen mod
Tyskland) 84, 87, 89

Sag 29/84 (Kommissionen mod Tyskland)
87, 90

Sag 188/84 (Kommissionen mod
Frankrig) 260

Sag 247/85 (Kommissionen mod
Belgien) 91

Sag 252/85 (Kommissionen mod
Frankrig) 91

Sag 363/85 (Kommissionen mod
Italien) 87, 89, 90

Sag 158/86 (Warner Brothers) 242

Sag 339/87 (Kommissionen mod
Holland) 91

Sag 5/88 (Wachauf) 270

Sag C-331/88 (Fedesa) 260

Sag C-59/89 (Kommissionen mod
Tyskland) 83

Sag C-106/89 (Marleasing) 235

Sag C-177/90 (Kuehn) 270

Sag C-241+242/91 (Magill) 225, 233,
238, 245, 257, 260, 281

Sag C-91/92 (Faccini Dori) 235

Sag C-92+326/92 (Phil Collins) 31,
242-243

Sag C-415/93 (Bosman) 234

Sag C-22/94 (The Irish Farmers
Association) 270

Sag C-55/94 (Gebhard) 260

Sag C-178+179+188-190/94 (Dillen-
kofer) 91

Sag C-236/95 (Kommissionen mod
Grækenland) 87-88

Sag C-200/96 (Metronome) 271-272

Sag C-207/96 (Kommissionen mod
Italien) 88

Sag C-33/97 (Colim) 246

Sag C-225/97 (Kommissionen mod
Frankrig) 83

Sag C-292/97 (Kjell Karlsson) 270

Sag C-350/97 (Monsees) 246

Sag C-78/98 (Preston) 271

Sag C-281/98 (Angonese) 234

Sag C-287/98 (Linster) 179, 248

Sag C-293/98 (Egeda mod Hoasa) 46-
49, 68, 247-249, 252

Sag C-357/98 (Yiadam) 47, 248

Sag C-159/99 (Kommissionen mod
Italien) 83

Sag C-478/99 (Kommissionen mod
Sverige) 85-86

Sag C-20+64/00 (Booker Aquaculture)
271

Sag C-245/00 (SENA mod NOS) 47, 66,
179, 248-251

Sag C-322/01 (Deutscher Apotheker-
verband) 246

Sag C-415/01 (Kommissionen mod
Belgien) 83

Sag C-418/01 (IMS Health) 225, 238,
245, 281

- Sag C-488/01 (Jean-Claude Martinez mod Europa-Parlamentet) 270
- Sag C-71/02 (Karner) 275
- Sag C-309/02 (Spitz) 246
- Sag C-371/02 (Björnekulla) 86, 93
- Sag C-384/02 (Anklagemyndigheden mod Knud Grøngaard og Allan Bang) 74
- Sag C-435+103/03 (Axel Springer) 270
- Sag C-192/04 (Lagardere) 249, 251
- Sag C-421/04 (Concord) 245
- Sag C-479/04 (Laserdisken II) 74, 230, 244, 251, 259-260, 263-264, 266, 271
- Sag C-479/04 (Laserdisken II), 263
- Sag C-36/05 (Kommissionen mod Spanien) 74
- Sag C-53/05 (Kommissionen mod Portugal) 74
- Sag C-61/05 (Kommissionen mod Portugal) 88
- Sag C-306/05 (Rafael Hoteles) 46-49, 68, 248-251
- Sag C-341/05 (Laval un Partneri) 234
- Sag C-438/05 (Viking Line) 234
- Sag C-275/06 (Promusicae) 230, 238, 269
- Sag C-456/06 (Peek & Cloppenburg) 58-60, 251
- Sag C-557/07 (LSG mod Tele2) 238, 269
- Sag C-5/08 (Infopaq I) 16, 42-43, 47, 67, 69, 72-75, 114-115, 132-133, 199, 249-251
- Sag C-271/08 (Kommissionen mod Tyskland) 243-244
- Sag C-403+429/08 (Premier League) 43, 49, 50, 56, 69, 73, 75, 132-133, 245, 252-253
- Sag C-467/08 (Padawan) 32, 66-70, 73, 178-180, 249, 251
- Sag C-92+93/09 (Eifert) 270
- Sag C-136/09 (Divani Akropolis) 49
- Sag C-393/09 (BSA) 49, 52, 132
- Sag C-431+342/09 (Airfield) 52
- Sag C-431+432/09 (Airfield) 47, 50
- Sag C-462/09 (Opus Supplies) 69, 73
- Sag C-70/10 (Scarlet Extended) 230, 238, 265, 269
- Sag C-135/10 (Marco Del Corso) 48, 50-52, 77, 185
- Sag C-145/10 (Painer) 63-64, 69-71, 73, 75, 132
- Sag C-162/10 (PPL mod Irland) 47, 50-52, 251
- Sag C-271/10 (VEWA) 52, 249, 251
- Sag C-277/10 (Luksan) 55, 69, 73, 75, 92, 230
- Sag C-283/10 (Circul Globus București) 51, 56
- Sag C-302/10 (Infopaq II) 69, 73, 75
- Sag C-360/10 (SABAM mod Netlog) 230, 238
- Sag C-406/10 (SAS) 43, 132
- Sag C-461/10 (Bonnier) 35, 238
- Sag C-510/10 (DR & TV2 mod NCB) 66-69, 125, 180, 251
- Sag C-583/10 (Nolan) 179
- Sag C-5/11 (Donner) 57, 59-60, 77, 251-253
- Sag C-12/11 (Ryanair) 270
- Sag C-128/11 (UsedSoft) 59-60, 92, 238, 251
- Sag C-171/11 (Fra.bo) 234
- Sag C-283/11 (Sky Österreich) 270, 272
- Sag C-457-460/11 (VG Wort) 69, 72, 73, 265
- Sag C-521/11 (Amazon) 69, 249, 251
- Sag C-607/11 (TVCatchup) 50
- Sag C-101/12 (Schaible) 271
- Sag C-291/12 (Michael Schwarz) 271
- Sag C-313/12 (Romeo) 179
- Sag C-314/12 (UPC Telekabel) 220, 230
- Sag C-351/12 (OSA) 50, 72-73
- Sag C-355/12 (Nintendo) 132
- Sag C-435/12 (ACI Adam) 69, 73, 75, 178
- Sag C-463/12 (Copydan Båndkopi) 69
- Sag C-466/12 (Svensson) 50, 53-56
- Sag C-117/13 (Technische Universität Darmstadt) 69, 73
- Sag C-201/13 (Johan Deckmyn) 69-70, 134, 166, 172, 176-180, 182, 209, 215, 217
- Sag C-360/13 (Public Relations Consultants) 43, 69, 73

Menneskerettighedsdomstolen

Handyside v. the United Kingdom (1976):
ECHR 5493/72, afsagt 7/12/1976 273

Winterwerp v. the Netherlands
 (1979): *ECHR* 6301/73, afsagt
 24/10/1979 270

Ashingdane v. the United Kingdom
 (1985): *ECHR* 8225/78, afsagt
 28/05/1985 270

Rees v. the United Kingdom
 (1986): *ECHR* 9532/81, afsagt
 17/10/1986 270

Müller and others v. Switzerland (1988):
ECHR 10737/84, afsagt 24/05/1988
 261, 270

Markt intern Verlag and Klaus Beermann
 v. Germany (1989): *ECHR* 10572/83,
 afsagt 20/11/1989 275

Oberschlick v. Austria (1991): *ECHR*
 11662/85, afsagt 23/05/1991 261

Jersild v. Denmark (1994): *ECHR*
 15890/89, afsagt 23/09/1994 261

De Haes and Gijssels v. Belgium
 (1997): *ECHR* 19983/92, afsagt
 24/02/1997 261

Chassagnou and others v.
 France (1999): *ECHR*
 25088/94+28331/95+28443/95, afsagt
 29/04/1999 267-268, 274

VGT Verein gegen Tierfabriken v.
 Switzerland (2001): *ECHR* 24699/94,
 afsagt 28/06/2001 275

Christine Goodwin v. the United King-
 dom (2002): *ECHR* 28957/95, afsagt
 11/07/2002 270

Appleby v. the United Kingdom
 (2003): *ECHR* 44306/98, afsagt
 06/05/2003 270

Von Hannover v. Germany I
 (2004): *ECHR* 59320/00, afsagt
 24/06/2004 265

Melnychuk v. Ukraine (2005): *ECHR*
 28743/03, afsagt 05/07/2005 229

Anheuser Busch v. Portugal
 (2007): *ECHR* 73049/01, afsagt
 11/01/2007 229

Vereinigung Bildener Künstler v. Austria
 (2007): *ECHR* 68354/01, afsagt
 25/01/2007 262, 274, 276, 281-282

Balan v. Moldova (2008): *ECHR*
 19247/03, afsagt 29/01/2008 229

Palomo Sanchez and others v. Spain
 (2011): *ECHR* 28955/06+28957
 /06+28959/06+28964/06, afsagt
 12/09/2011 261

Mouvement Raëlien Suisse v. Switzer-
 land (2012): *ECHR* 16354/06, afsagt
 13/07/2012 272-273

Ashby Donald and others v. France
 (2013): *ECHR* 36769/08, afsagt
 10/01/2013 229, 262, 273-274

Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden
 (2013): *ECHR* 40397/12, afsagt
 19/02/2013 229, 263, 268, 274

Udenlandsk retspraksis

IIC 1972.70 (Disney Parody): *Bundesge-
 richtshof*, afsagt 26/03/1971 205

IIC 1974.478 (From Head to Toe): *Land-
 gericht Berlin*, afsagt 13/12/1972 172

NIR 1976.325 (Sveriges Flagga): *Svea
 Hovrätt*, afsagt 06/10/1974 178, 200

NIR 1983.323 (Livets teater): *Högsta
 Domstolen*, afsagt 16/02/1981 109,
 155

NIR 1987.89 (Demonstrationsmusik):
Högsta Domstolen, afsagt 10/12/1986
 138-140, 231

Campbell v. Acuff-Rose (1994): *US
 Court of Appeals*, 6th Circuit, afsagt
 07/03/1994 172, 179

NIR 1999.248 (Skriet): *Svea Hovrätt*,
 afsagt 28/11/1997 178, 201

IIC 1999.591 (Edgar Wallace Films):
Oberlandesgericht Hamburg, afsagt
 15/05/1997 153

IIC 2004.716 (Utrillo): *Cour de Cassati-
 on*, afsagt 13/11/2003 100, 194, 231

Newton v. Diamond (2004): *US Court
 of Appeals*, 9th Circuit, afsagt
 09/11/2004 158

IIC 2005.869 (Buren): *Cour de Cassation*,
 afsagt 15/03/2005 100

Bridgeport v. Dimension (2005): *US Court of Appeals*, 6th Circuit, afsagt 03/06/2005 158

NIR 2007.311 (Alfons Åberg): *Högsta Domstolen*, afsagt 23/12/2005 207, 210

Metall auf Metall I (2008): *Bundesgerichtshof*, afsagt 20/11/2008 158

NIR 2010.379 (Q-houses): *Högsta Domstolen*, afsagt 05/03/2010 110, 143

JILP 2010.624 (Previews): *Federal Court of Appeal*, afsagt 14/05/2010 142

NIR 2011.308 (Evert Taube): *Högsta domstolen*, afsagt 23/11/2010 151

NIR 2011.563 (Mauseth): *Høyesterett*, afsagt 25/03/2010 153

Metall auf Metall II (2011): *Oberlandesgericht Hamburg*, afsagt 17/08/2011 158

Sofa v. Dodger (2013): *US Court of Appeals*, 9th Circuit, afsagt 11/03/2013 153

Litteratur

- Andersen, Mads Bryde, *EDB og ansvar – Studier i edb-erstatningsrettens beskrivelsesproblematik*, 1. udgave 1988, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Andersen, Mads Bryde, *Ret og metode*, 1. udgave 2002, Gjøellerup
- Bacon, Francis, *Letters and remains of the Lord Chancellor Bacon – Collected by Robert Stephens*, London 1734
- Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov & Lasse Højlund Christensen, *Den civile retspleje*, 2. udgave 2010, Pejus
- Bently, Lionel, Thomas Dreier, Reto Hilty, P. Bernt Hugenholtz, Antoon Quaedvlieg, Alain Strowel, Dirk Visser, *The Wittem Project – European copyright code*, 2010, udgivet og tilgængelig online på www.copyrightcode.eu
- Blomqvist, Jørgen, *Overdragelse af ophavsrettigheder – Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning*, 1. udgave 1987, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Blume, Peter, *Højesteret og gældende ret*, i U 2014B.133
- Blume, Peter, *Juridisk metodelære*, 5. udgave 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Blume, Peter, *Retskildebegrebet*, i U 2013B.94
- Dahlerup, Verner (grdl.), *Ordbog over det danske Sprog*, 1. udgave 1936, Nordisk Forlag
- Danielsen, Jens Hartig, *Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*, 1. udgave 2005, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Deichmann, Hanne Kirk, *Programkoncepter – Ophavsret til tv-formater*, 1. udgave 2002, Forlaget Thomson
- Deichmann, Hanne Kirk, *Variationsværker*, i NIR 2004.101
- Delin, Leif, *Om parodi*, i NIR 1959.234
- Evald, Jens, *Retskilderne og den juridiske metode*, 2. udgave 2000, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Evald, Jens, *Retsmisbrug i formueretten*, 1. udgave 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Eyben, Bo von & Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret*, 8. udgave 2015, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Fenger, Niels, *Gennemførelse af direktiver og regler, der understøtter forordninger*, i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.), *Europæiseringen af dansk ret*, 1. udgave 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Frøbert, Knud Aage, *Retten til tekst, lyd og billeder*, 1. udgave 1986, Akademisk Forlag
- Frøbert, Knud Aage, *Retten til tekst, lyd og billeder*, 2. udgave 1996, Akademisk Forlag
- Geiger, Christophe, »Constitutionalising« intellectual property law? *The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*, i IIC 2006.371
- Geiger, Christophe, *Creating copyright limitations without legal basis, the »Buren« decision, a liberation*, i IIC 2005.842

- Geiger, Christophe, *Flexibilising copyright – remedies to the privatisation of information by copyright law*, i IIC 2008.178
- Geiger, Christophe, *Fundamental Rights as Common Principles of European (and International) Intellectual Property Law*, i Ansgar Ohly (red.), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, s. 223 ff.
- Geiger, Christophe, Jonathan Griffiths & Reto M. Hilty, *Declaration on a Balanced Interpretation of the »Three-Step Test« in Copyright Law*, i IIC 2008.707
- Geiger, Christophe, Jonathan Griffiths, Reto M. Hilty, *Towards a balanced interpretation of the three step test in copyright law*, i EIPR 2008.489
- Geiger, Christophe, *Quotation Right and Fundamental Rights: When the French Supreme Court Misses an Excellent Opportunity to Advance the Discourse on Copyright Exceptions*, i IIC 2004.717
- Gomard, Bernhard & Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. udgave 2013, Karnov Group Denmark
- Govaere, Inge, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, 1. udgave 1996, Sweet & Maxwell
- Gowers, Andrew, *Gowers Review of Intellectual Property*, 2006, bl.a. tilgængelig online på www.gov.uk
- Griffiths Jonathan, *The three-step test in European copyright law – problems and solutions*, i IPQ 2009.428
- Griffiths, Jonathan, *Constitutionalising or harmonising – the Court of Justice, the right to property and the European copyright law*, i *European Law Review* 2013, s. 65 ff.
- Grundtvig, Ludvig August, *Kort Fremstilling af Forfatterretten*, 1. udgave 1905, J. H. Schultz
- Grundtvig, Ludvig August, *Kort Fremstilling af Forfatterretten*, 2. udgave 1918 ved Kai Glahn, J. H. Schultz
- Guibault, Lucie, Guido Westkamp, Thomas Rieber-Mohn, Bernt Hugenholtz, Mireille van Eechoud, Natali Helberger, Lennert Steijger, Mara Rossini, Nicole Dufft & Philipp Bohn, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 2007, tilgængelig online på <http://ec.europa.eu> og på <http://ssrn.com/abstract=2006358>
- Hansen, Lone L. & Erik Werlauff, *Den juridiske metode – en introduktion*, 1. udgave 2013, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Hargreaves, Ian, *Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth*, 2011, bl.a. tilgængelig online på www.gov.uk
- Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*, 2. udgave 2012
- Heide-Jørgensen, Caroline, *Reklameret – Konkurrenceret og kommerciel ytringsfrihed*, 1. udgave 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Holtermann, Jakob v. H. & Henrik Palmer Olsen, *Afsluttende kommentar til Jens Ravnkildes tre artikler om retskildebegrebet*, i U 2014B.177
- Holtermann, Jakob v. H. & Henrik Palmer Olsen, *En definitionssandhed med modifikationer – kommentar til Jens Ravnkildes retskildebegreb*, i U 2013B.301
- Hugenholtz, P. Bernt, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, i Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman & Harry First (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 1. udgave 2001, Oxford University Press

- Hugenholtz, P. Bernt, *Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid*, i EIPR 2000.499
- Høedt-Rasmussen, Inger & Dirk Voorhoof, *Dansk kunstner vinder sag om surrealismens grænser*, i NIR 2008.166
- Hårbøl, Karl, Jørgen Schack & Henning Spang-Hansen, *Dansk Fremmedordbog*, 2. udgave 1999, Gyldendal
- Inesi, Andrew, *A Theory of De Minimis and a Proposal For Its Application in Copyright*, Berkeley Technology Law Journal, 2006, s. 945 ff.
- Jacobsen, Jens Hartvig, *Forlagsretten*, 1. udgave 1951, Gyldendal
- Jacobsen, Jens Hartvig, *Ophavsretten – Forfatter- og Kunstnerretten*, 1. udgave 1941, Gyldendal
- Jakobsen, Søren Sandfeld, *Formidleransvaret på internettet – en kommentar til Højesterets kendelse i Pirate Bay-sagen*, i Juristen 2010, nr. 8, s. 207 ff.
- Jehoram, Herman Cohen, *Is there a hidden agenda behind the general non-implementation of the EU three-step test*, i EIPR 2009.408
- Jensen, Torben, *Domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed*, i U 1990B.441
- Jensen, Torben, *Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser*, i U 1985B.25
- Jørgensen, Stig, *Kvalitetskriterier i retsvidenskaben*, i Ole Hasselbalch (red.), Juridisk Forskning, 1. udgave 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Jørgensen, Stig, *Symmetri og retfærdighed*, i Stig Jørgensen, Lovmål og dom: Retsteoretiske afhandlinger, 1. udgave 1975, Juristforbundets Forlag
- Karnell, Gunnar, *Kommentar till Högsta domstolens dom den 5 mars 2010 (NJA 2010 s. 135) – och litet till om tumnaglar*, i NIR 2010.386
- Kernochan, John M., *Practical Limitations on Authors' Rights*, i Mads Bryde Andersen, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 1. udgave 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Kirk, Ewan, *Encryption and competition in the Information Society*, IPQ 1999.37
- Knoph, Ragnar, *Ändsretten*, 1. udgave 1936, Nationaltrykkeriet
- Koktvedgaard, Mogens, *Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område*, i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell & Jan Rosén (red.), Festskrift til Gunnar Karnell, 1. udgave 1999, Carlsson Law Network
- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i Immaterialret*, 1. udgave 1988, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i Immaterialret*, 2. udgave 1991, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i Immaterialret*, 3. udgave 1994, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i Immaterialret*, 4. udgave 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i Immaterialret*, 5. udgave 1999, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i Immaterialret*, 6. udgave 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i Immaterialret*, 7. udgave 2005 ved Jens Schovsbo, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

- Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i konkurrenceret*, 5. udgave 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Kruse, Frederik Vinding, *Ejendomsretten*, 1. udgave 1929, Nyt Nordisk Forlag
- Kur, Annette, *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-04, 2008
- Lauridsen, Preben Stuer, *Pressefrihed og personlighedsret*, 1. udgave 1988, Gyldendal
- Ljungman, Seve, *Utförande konstnärers rätt enligt det svenska auktorlagförslaget*, i Torben Lund & Niels Alkil (red.), *Ophavsretlige perspektiver*, 1. udgave 1958, Dansk Videnskabs Forlag
- Lorenzen, Peer, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller, Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Lublin, David Francis & Peter Kaas, *Ophavsrettens demokratiske paradoks*, 1. udgave 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Lund, Torben, *Billedkunsten i retlig belysning*, 1. udgave 1944, G.E.C. Gads Forlag
- Lund, Torben, *Ophavsret – Kommenteret udgave af lovene af 31. maj 1961 om Ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder*, 1. udgave 1961, G.E.C. Gads Forlag
- Lundum, John, *Anvendelse af Menneskerettighedskonventionen – De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)*, i Morten Kjærum, Klaus Slavensky, Jens Vedsted-Hansen (red.), *Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv*, 1. udgave 1997
- Madsen, Palle Bo, *Anmeldelse af Caroline Heide-Jørgensen: Reklameret – Konkurrence- og kommerciel ytringsfrihed*, i *Juristen* 2008, nr. 4, s. 132 ff.
- Madsen, Palle Bo, *Markedsret Del 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 6. udgave 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Madsen, Palle Bo, *Markedsret, Del 3 – Immaterialret*, 5. udgave 2008, s. 87, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Meedom, Thorkild, *Kan den stedsevarende droit moralbeskyttelse opretholdes?*, i *NIR* 1985.153
- Mendis, Dinusha & Martin Kretschmer, *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions – A Comparative Review of the Underlying Principles*, 2013, bl.a. tilgængelig online på www.gov.uk
- Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner – Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret*, 1. udgave 1965, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen, *EU Ret*, 6. udgave 2010, Forlaget Thomson
- Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen, *EU-ret – fri bevægelighed*, 1. udgave 2013, Karnov Group Denmark
- Nemerofsky, Jeff, *What is a »trifle« anyway?*, i *Gonzaga Law Review* 2002, s. 315 ff.
- Nordell, Per Jonas, *Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning?*, i *NIR* 2007.317
- Nordell, Per Jonas, *Rätten till det visuella*, 1. udgave 1997, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet
- Oesch, Rainer, *Bildcitat*, i *NIR* 1997.438

- Rasmussen, Hjalte, *EU-ret i kontekst*, 5. udgave 2003, Forlaget Thomson
- Ravnkilde, Jens, *Hvad er en retskilde?* (2), i U 2013B.231
- Ravnkilde, Jens, *Hvad er en retskilde?* (3), i U 2013B.400
- Ravnkilde, Jens, *Hvad er en retskilde?*, i U 2013B.1
- Ravnkilde, Jens, *Hvordan finder man i tvivlstilfælde ud af, hvad der er gældende ret?*, i U 2014B.45
- Rieber-Mohn, Thomas, *Digital privatkopiering – åndsverksloven § 12 i møde med tekniske beskyttelsessystemer og retslige omgåelsesforbud*, 1. udgave 2010, Gyldendal Norsk Forlag
- Riis, Thomas, *Ophavsrettens fleksibilitet*, i NIR 2013.139
- Rognstad, Ole-Andreas i samarbejde med Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, 1. udgave 2009, Universitetsforlaget
- Rognstad, Ole-Andreas, *Spredning av verkseksemplarer: om konsumpsjon av rettigheter i eksemplarer av vernede åndsverk*, 1. udgave, 1999, Cappelen Akademisk Forlag
- Rosati, Eleonora, *Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities*, i JIPLP 2014.585
- Rosati, Eleonora, *Just a Matter of Laugh? Why the CJEU Decision in Deckmyn is Broader than Parody*, i Common Market Law Review 2015, under udgivelse, men allerede nu tilgængelig på <http://ssrn.com/abstract=2526835>
- Rosati, Eleonora, *Originality in EU Copyright – Full Harmonization through Case Law*, 1. udgave 2013, Edward Elgar
- Rosén, Jan, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*, i NIR 2007.1
- Rosén, Jan, *Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti*, i NIR 1990.600
- Rosenmeier, Morten, *Krænkes ophavsretten, hvis man råder over en mindre del af et beskyttet fænomen?*, i U 2014B.220
- Rosenmeier, Morten, *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker*, 1. udgave 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Rosenmeier, Morten, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed – En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, 2. udgave 2013, Hans Reitzels Forlag
- Ross, Alf, *Tû-Tû*, i O. A. Borum og Knud Illum (red.), *Festskrift til Henry Ussing*, 1. udgave 1951, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, s. 478 ff.
- Ryberg, Bjørn, Martin Kyst, Martin Sick Nielsen, Peter Schønning & Knud Wallberg, *Grundlæggende immaterialret*, 2. udgave, 2009, Gjellerup
- Rytter, Jens Elo, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, 2. udgave 2006, Forlaget Thomson
- Rytter, Jens Elo, *Grundrettigheder som almene retsprincipper*, i Juristen 2001, nr. 4, s. 121 ff.
- Rytter, Jens Elo, *Individets Grundlæggende Rettigheder*, 1. udgave 2013, Karnov Group Denmark
- Schaumburg-Müller, Steen, *Retsvidenskabelige problemer ifølge bedømmelsespraksis*, i U 2009B.192
- Schmidt, Per Håkon, *Teknologi og Immaterialret – Et studie i patent- og ophavsretten særligt med henblik på retsbeskyttelsen af edb-programmer og micro-chips*, 1. udgave 1989, G.E.C. Gads Forlag
- Schovsbo, Jens & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 1. udgave 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

- Schovsbo, Jens & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 2. udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Schovsbo, Jens & Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave 2013 under medvirken af Clement Salung Petersen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Schovsbo, Jens, *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, 1. udgave 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Schovsbo, Jens, *Særligt om immaterialretsaftaler*, i Caroline Heide-Jørgensen, Peter Stig Jakobsen, Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, Jan Magne Langseth, Ulla Neergaard, Sune Troels Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl, Jens Schovsbo, *Konkurrenceretten i EU*, 3. udgave 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 485 ff.
- Schønning, Peter & Jørgen Blomqvist, *International ophavsret*, 1. udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Schønning, Peter, *Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker*, i U 2013B.341
- Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 1. udgave 1995, GadJura
- Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 2. udgave 1998, GadJura
- Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 3. udgave 2003, Forlag Thomson
- Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4. udgave 2008, Forlaget Thomson
- Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udgave 2011, Karnov Group Denmark
- Senftleben, Martin, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, 1. udgave, 2004, Kluwer Law International
- Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrebet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 1. udgave 2010, Cappelen Akademisk Forlag
- Sommer, Tine, *Can Law Make Life (too) Simple? – From gene patents to the patenting of environmentally sound technologies*, 1. udgave 2013, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Spence, Michael, *Intellectual Property and the Problem of Parody*, i The Law Quarterly Review 1998, s. 594 ff.
- Strömholm, Stig, *Den Konstnärliga Friheten – ett reservat med många gränskonflikter*, i Mads Bryde Andersen, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.), *Festschrift til Mogens Koktvedgaard*, 1. udgave 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlags, s. 613 ff.
- Strömholm, Stig, *Utländsk material i juridiska monografier*, i *Svensk Juristtidning* 1971, s. 251 ff.
- Sykes, Jeremy Scott, *Copyright – The De Minimis Defense in Copyright Infringement Actions Involving Music Sampling*, The University of Memphis Law Review, 2006, s. 749 ff.
- Sørensen, Karsten Engsig & Poul Runge Nielsen, *EU-retten*, 5. udgave 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Sørensen, Karsten Engsig, *Pligten til EU-konform fortolkning*, i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.), *Europæiseringen af dansk ret*, 1. udgave 2008, s. 303 ff.
- Teilmann-Lock, Stina, *Ophavsrettens krise*, i Morten Rosenmeier & Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i krise*, 1. udgave 2011, s. 11 ff.
- Torp, Carl, *Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse*, 1. udgave 1889, J.H. Schultz

- Torp, Carl, *Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse*, 2. udgave 1898, J.H. Schultz Torremans, Paul L. C., Copyright as a Human Right, i Paul L. C. Torremans (red.), *Copyright and Human Rights – Freedom of Expression, Intellectual Property, Privacy*, 1. udgave 2004, Kluwer Law International
- Udsen, Henrik, *De informationsretlige grundsætninger – Studier i informationsretten*, 1. udgave 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Veech, Max L. & Charles R. Moon, *De minimis Non Curat Lex*, i Michigan Law Review 1947, s. 537 ff.
- Vousden, Stephen, *Airfield, Intermediaries and the Rescue of EU Copyright Law*, i IPQ 2012.311
- Wegener, Morten, *Juridisk metode*, 3. udgave 2000, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Weincke, Willi, *Ophavsret – Reglerne, Baggrunden, Fremtiden*, 1. udgave 1976, G. E. C. Gads Forlag
- Zahle, Henrik, *Dansk forfatningsret 3 – Menneskerettigheder*, 3. udgave 2003, Christian Ejlers' Forlag
- Zahle, Henrik, *Grundlovens menneskerettigheder: Sammenstødet mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner*, i Morten Kjærum, Klaus Slavensky, Jens Vedsted-Hansen (red.), *Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv*, 1. udgave 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 369 ff.
- Ålund, Monika, *Parodi och upphovsrätt*, i NIR 1992.101

Stikordsregister

1933-loven 11, 122, 183, 185-186
1961-loven 11, 33, 40-42, 45, 62, 71,
87, 95, 97-98, 109, 111, 123, 130,
138, 164, 167, 181, 184-188, 190-192,
198, 202, 212, 217, 227, 229
1995-loven 11, 12, 33, 95, 97, 118,
120, 123, 131, 138, 147-149, 151,
154, 161, 187, 190, 195, 198, 201-
202, 204, 219
1998-lovændringen 11, 41-42
2002-lovændringen 11, 28, 47, 111, 113,
137, 175-176, 203, 211, 216-217
2003-lovændringen 11, 220

A

Acte clair 29, 289
Adgangsbegrænsning 50
Aftaleregulering 290
Alfons Åberg 178, 200, 205, 207, 210
Andersen, Kai Normann 160
Atypicitet 106, 122, 127, 130,
134-135, 145

B

Bagatel *Se de minimis*
Baggrundsmusik 52
Bearbejdelse 61, 62
Beastie Boys 158
Bernerkonventionen 11, 14-15,
55-56, 72, 168
Beskyttelsesinteresse 114, 127, 135-136
Bestemthed 90-91, 108, 136, 164,
174, 216-217
BitTorrent 263
Brudstykkeaftale 100, 160
Brugergrænseflade 49

C

Cachelagring 65, 113
Callistratus 105
Citater 69, 117, 119-121, 140-141, 147-
149, 151, 154
Civil law 107
Club Lorry 201
Common law 107
Computere 60, 65, 113-114

D

Dagsbegivenheder 102, 121, 123, 126
Dam Troid 155
Databasedirektivet 30, 41, 71, 107,
132, 247, 264
Databaser 11, 107, 245, 264
Deckmyn, Johan 69-70, 134, 166, 172,
176-180, 182, 209, 215, 217
De lege ferenda 72, 145, 184, 191, 219,
223, 273, 285
De lege lata 21, 142, 185, 285
De minimis 16, 18, 20, 79, 87, 98-166,
168, 170, 216-217, 287, 290, 293, 295
Den Genmodificerede Havfrue 205
Den Lille Havfrue 146-147, 205
Den retsdogmatiske metode 21
Depp, Johnny 155
Det indre marked 43, 54, 65-66, 68,
175, 230, 232, 237-238, 241, 244,
250, 264, 280
Det mindste middels princip 280-281
Digesterne 106
Direkte forestilling eller fremførelse 56
Direkte virkning 25, 87, 233-235
Direktivfortolkning 252, 254

Direktivimplementering 20, 83-84, 88,
208, 211, 216
Djuma Soundsystem 157
Domstolshierarkiet 23, 29
DR 66-69, 125, 149, 180, 251
Drittwirkung 222, 234-235, 302
Droit moral 17, 100, 160, 183, 185, 188-
189, 191-193, 195-196, 198, 203, 206,
210-213, 215, 302

E

Edb-direktivet 11
Efemere optagelser 67, 69, 125
Ejendomsret 12, 58-60, 226-232,
237-239, 241, 243, 246, 264, 267,
269, 281, 283
Eksemplarfremsstilling 11, 14, 30, 37-38,
40-42, 44, 61-62, 66, 76, 93, 110-111,
113, 115-116, 126, 133, 151, 155-156,
160, 164, 185, 221, 236
EMRK 11, 16, 224, 229-232, 235-236,
238, 243, 260-265, 267-268, 270, 273-
277, 281, 283, 287-288
EMRK-konform fortolkning 235, 287
Engin, Atila 157
Equity-maksimer 105
Erhvervsøjemed 119
Eriksen, Edvard 60, 146-147
EU-harmonisering 16-17, 24, 28, 41, 80,
95, 97, 107, 129, 130, 139, 191, 214,
219, 221, 246, 266
EU-konform fortolkning 72, 86, 95,
174, 235, 304
Ex officio 35, 162, 192

F

Fair dealing 142
Fair use 107, 142, 153, 158, 179
Filmklip 146, 149, 152-154, 157, 162
Filmredigeringsprogrammer 146
Fogedforbud 34, 140, 154, 194
Fogedretskendelser 33-34, 162
Fonogram 52
Forhandlingsmaksimen 35, 40, 141
Forholdets natur 22, 28, 97, 165, 191
Formålmæssigt de minimis
116, 122, 124

Forrang 223, 232, 241-244,
257-258, 267-269, 278
Forskelbehandling 84, 242
Forudsigelighed 59, 259, 280, 290
Fotografier 60, 144, 146-149, 152, 154,
161-162, 186, 262
Fragment 133, 159
Frame 150, 265
Freie Benutzung 63, 153
Fremførelse 44-45, 55-56, 76, 111,
119, 197, 256
Fri benyttelse 60-62, 147, 190, 195, 197,
200, 204, 208, 212
Fri bevægelighed 25, 103, 223-224, 232-
234, 240-247, 251-256, 258, 302
Fribrugsregel 116, 197
Friheden til at oprette og drive egen virk-
somhed 230, 265
Frisør 145, 197
Fuldstændig harmonisering 244-246, 254
Fuldstændig reproduktion 133
Fundamentale retsprincipper og -grund-
sætninger 103
Funkadelic 158
Fællesskabsbegreb 42, 70, 76, 248

G

God skik 119-121
Grundloven 11, 28, 89, 95-96, 227, 231,
236, 276, 283
Grundlæggende rettigheder 11, 16, 103,
229, 232, 235, 243, 260, 263-264,
266-269, 275-277, 280
Gældende ret 21-23, 26-27, 42, 87, 100,
112, 140, 144, 146, 163, 167, 219,
222-223, 255, 293, 299, 303

H

Haider, Jörg 262
Hannover, Caroline von 265
Harddisk-recordere 146
Harmonisering 12, 17, 25, 33, 46, 54,
56-57, 66, 81, 84, 95, 104, 107, 179,
216, 230, 237-238, 242, 244, 246-247,
250, 254, 264, 266, 277, 286, 290
Hensynskollisioner 224, 261,
266, 277, 283

Hornsleth, Kristian von 62, 206

Hotel 49

Hovedmotiv 123, 151

I

Ikke-tilstedeværende almenhed 50

Implementering 82, 85, 88, 90

In casu-suspension 239, 279, 284

Indirekte horisontal virkning 235

Indre marked 65, 237, 250

Indskrænkende fortolkning 18, 20,

38, 41, 72, 74-76, 81, 110, 114,

239, 286, 293

Indskrænkninger 18, 20, 32, 35, 37-39,

42, 44, 55, 60, 61, 64-65, 69, 71-72,

75, 77, 79-217, 220, 232, 237-239,

241, 247, 253, 257, 279, 286,

288, 291, 294

Industriel ejendomsret 241

In extenso 119-120, 124, 133

Informationsfrihed 39, 230

Informationsretlig grundsæt-
ning 138, 142

Infosoc-direktivet 11, 15, 20, 27-28,

30, 32-33, 37, 39, 41-77, 80-83, 87,

93-95, 97, 101-104, 107-113, 118,

125, 129-130, 133-134, 138-140, 144,

146, 158, 160-166, 173-180, 189-191,

193, 198-199, 201-204, 208-209, 211,

213-214, 216-217, 219, 225, 230, 237-

238, 244-245, 247, 249-254, 258-259,

263-264, 282, 286-287, 289-290

Intellektuel ejendomsret 12, 229,

231, 258, 268

Internalisering 18, 20, 37-77, 110, 128-

129, 139, 147, 151, 155, 162, 166,

285-288, 293-294

Intern brug 116

Internettet 14, 50, 99, 142, 252, 263, 301

J

Jazzificering 192

Jesus 195

Jura novit curia 159

Justinians digester 105

K

Karikatur 69, 93, 166, 169, 174-

175, 191, 203

Knoph, Ragnar 184, 227

KODA 100, 152, 160, 197

Kollage 60, 62, 206, 262

Kommerciel ejendomsret 241

Kommercielle rettigheder 255

Kommercielle ytringer 64, 263, 272, 274

Kommunikation til offentligheden 48,

51-53, 251

Konkurrencebegrænsende aftaler 245

Konkurrenceret 38, 220, 223-225, 232-

233, 240, 242, 245, 254, 266, 302, 304

Konsumtion 244, 253, 264

Kopimøbler 58

Korte afsnit 115, 123

Kortvarig brug 116

Kraftwerk 158

Kunstkalender 150

Kunstnerisk ytringsfrihed 270, 273

Kunstnerparodier 170, 171

Kvalitativ de minimis 117-118,

122, 146, 152

Kvantitativ de minimis 116,

121, 133, 152

L

Laid Back 209

Legitimt hensyn 258

Leje- og lånedirektivet 48, 51-52, 66,

74, 198, 247-249, 251

Les Djinns 101, 157, 159-162

Lex posterior 87, 233

Lex specialis 225, 232, 242

Lex superior 87, 232-233, 243

Licens 50, 60, 113, 115-116, 239,

245, 281

Licensnægtelse 239

Ligebehandling 84, 265

Linking 50

Loop 158

Louisiana 150, 161

Lovens forstand 41, 76, 109, 112,

129, 139, 286

Lovteknik 57-58

Lytteprøver 140, 142

Låneregler 39, 64, 113, 165, 189, 205

M

Mangfoldiggørelse 197

Menneskerettighedsdomstolen 12, 221-226, 260-267, 270-283, 288

Midlertidige eksemplarfremsstillinger 44, 113

Mikkelsen, Mads 151-152, 161

Mindre dele 115-117

Minimumsharmonisering 46

Minor reservations doctrine 104

Munch, Edvard 201

Musikalbum 151, 155

Mühl, Otto 262

Møbler, kopimøbler 58

N

Naborettigheder 17, 30-31

Nationalbanken 145, 197

Naturligt led 123

Newton, James W. 158

Noder 73, 117, 156

NWA 158

Nyt publikum 49

Nørgaard, Bjørn 60-64, 146-147, 154, 161, 166, 185, 187, 205, 273

O

Obiter dictum 46, 248-249

Offentlige fremførelser 45

Offentliggørelsesbegrebet 139

Offentliggørelseskrav 83

Oister 133, 159-161

Omfangsmæssigt de minimis 126, 130, 136

Omgåelse 54

Opførelsesret 51, 53, 81, 254

Ophavsrettens eksistens og udøvelse 239, 244, 245

Ophavsrettens særlige genstand 256-257, 271, 278-279

Originalitet 131-132

Overføring til almenheden 45-46, 48-53, 56-58, 65, 80, 249, 251-252

P

Paparazzi 265

Parallelimport 244, 255

Parodi 16-17, 134, 166-217, 282

Patent 255, 303

Paulus 106

Pengesedler 110-111, 145-146, 197

Personoplysninger 264-265

Pligtsubjekt 234

Preemption 54

Privat brug 11, 66, 69, 111, 251

Produktdemonstrationer 138, 140-142, 144-145

Prognoseteorien 23, 25

Proportionalitetsprincippet 238-239, 259-260, 266, 269, 271-272, 275-281, 283, 287, 294

Protektionisme 25

Præjudiciel forelæggelse 93, 286, 288

Præjudikatsværdi 51, 60, 83, 161-162, 280

Q

Qui potest majus, potest et minus 69-71, 178

R

Radioforhandler 139

Radio og fjernsyn 14, 115, 124

Reductio ad absurdum 188

Regional konsumtion 244

Reklame 110-111, 122, 145, 152, 201

Rekvisitter 155

Reportageregul 121

Reproduktion 41-45, 47-48, 65-66, 69, 72, 74, 76, 81, 132-133, 164, 249-250

Respektret 188-189

Retlig standard 67-68, 120, 248

Retlig tradition 187, 206, 211

Retsfaktum 129, 210, 215, 217, 282

Retsfølge 167, 210

Retsgrundsætning 84, 87, 90, 92, 97, 214

Retskildebegrebet 22, 26, 300

Retskildeværdi 26-31, 33, 46, 95-96,
109-111, 136-139, 144, 146-147, 161,
166, 180, 182, 184, 188, 190, 203,
210-211, 217, 224, 240
Retsprincip 90, 103, 163, 216, 222, 230,
238, 259, 264, 303
Retssikkerhed 43, 83-84, 88, 91, 259
Retstomme rum 92, 96, 108, 112,
117-119, 123-124, 128, 154, 159,
163-164, 216
Retten til eget billede 152, 262
Retten til respekt for privatliv og familie-
liv 265, 270
Rettighedens kerne 257-259, 269-272,
275, 278-279, 283, 287
Rettighedsklarering 155
Rettighedskollision 18, 21, 64, 210, 215,
219-284, 287-291, 293-294
Rigoristisk fortolkning 60
Rimeligt vederlag 66, 186, 239, 248, 251
Ringe omfang 116-117, 120
Romerret 32, 105, 106
Ross, Alf 23, 26, 227

S

Salme 156
Samfundsmæssig afbalancering 37, 40
Sampling 101, 156-159
Sanghæfter 117-119
Satellit- og kabeldirektivet 46,
48, 198, 247
Scenografi 109, 155, 170
Screendump 143
Se & Hør 151
Setlur, Sabrina 158
Skibsforlis 150, 265
Skriget, Edvard Munch 201
Skulptur 60, 109, 122, 146-
147, 150, 205
Skøn 21, 107, 120, 259, 263, 268, 272-
275, 280, 288
Spredning 44, 47-48, 57-60, 63, 74, 76,
111, 244, 251, 253
Sprogets forstand 41, 76, 286
Standpunktsrisiko 290
Stillbilleder 146-149, 151, 154, 161
Streaming 50

Sunshine Reggae 209
Suske & Wiske 176
Sveriges Flagga 178, 200

T

Take it or leave it-hjemler 70, 178, 180
Tango Jalousie 201
Target parody 171
Teaterprogram 186
Territorialitetsprincip 242
Tese 5, 18-21, 27, 31, 38, 77, 79-80,
168-169, 215, 217, 222, 240, 260-261,
285-288, 293-294
The Pirate Bay 114, 263
Thorsen, Jens Jørgen 195
Tilfældighedshensyn 124
Tilgængeliggørelse 14, 30, 38, 40, 44,
46, 53, 57, 61-62, 76, 81, 133, 155-
156, 160, 185, 247, 254
Tilrådighedsstillelse for almenheden
45, 47-48, 51
Tilstedeværende publikum 51,
53, 77, 81, 254
Totalharmonisering 32, 46-48, 53, 57-
58, 64-71, 77, 179-180, 208-209, 216,
246-247, 251-252, 254-255, 286
Trailer 152, 160
Transmissioner 124
Tretrinstest 65, 71-72, 81, 286
Turkish Showbiz 157
TV2 66-69, 99-100, 125, 150, 180,
201, 251, 265
TV-programmer 12, 50-51, 99,
148-149, 170
TV-spot 201

U

Udenlandske retsafgørelser 31, 138
Udtømmende harmonisering 245
Udvidende fortolkning 18, 20, 38, 64,
71-72, 75, 77, 79, 125, 147, 199,
205, 286, 293
Ulovbestemte indskrænkninger 17-18,
20, 79-217, 285-288, 293-294
Ulovbestemt ret 35, 82-84, 91-93, 95-96,
169, 174, 210-211, 213-214, 217
Ulpian 106

Stikordsregister

Underordnet betydning 102,

121, 150-151

Undervisning 14

V

Varemærke 86, 136, 193-194, 229

Vederlagsretten 281

Venstre 209

Vild med Dans 100, 160

Vinding Kruse, Frederik 39,

226-227, 231

Visning 44, 51, 53-54, 58, 76, 81, 111,

122, 149, 247, 254

Værksdele 130-132, 148, 165,

205, 208, 215

Værkshøjde 119, 131-132, 159,

193, 199-200

Værkslære 201

Værksparodier 171

W

Weapon parody 171-172, 177,

180, 182, 209

Witte, Michael 34, 193, 262

Y

YouTube 146

Ytringsfriheden 38, 64, 124, 194-195,
206, 209-210, 214-215, 224-225, 228,
230, 232, 237-238, 243, 261-265, 272-
275, 281-282, 289-290

Ø

Økonomisk de minimis 115-119, 125,
127, 136, 146, 152, 164

Økonomisk gevinst 118

Økonomisk kriterium 114, 116, 127

Å

Åndelig ejendomsret 226

Dansk ophavsrets fleksibilitet er en analyse af den grundlæggende systematik og de centrale ophavsretlige begreber i ophavsretsloven med henblik på at fastslå, hvor fleksibel den ophavsretlige beskyttelse er, dvs. i hvilket omfang loven – herunder EU-direktiverne – giver domstolene mulighed for i deres konkrete retsanvendelse at udvide eller indskrænke den ophavsretlige beskyttelse.

Analysen er overordnet opdelt i tre emner:

- *Internalisering* – en analyse af mulighederne for indskrænkende og udvidende fortolkninger af ophavsretslovens centrale bestemmelser.
- *Ulovbestemte indskrænkninger* – en analyse af om ulovbestemte, domstolsskabte indskrænkninger er mulige, eller om ophavsretslovens indskrækningskatalog er udtømmende.
- *Rettighedskollisioner* – en analyse af hvorledes domstolene løser de sager, hvor anerkendelse af rettighedshaverens ophavsretlige beskyttelse vil indebære en indskrænkning i andres rettigheder.

Bogen indeholder en udførlig gennemgang af afgørelser fra danske domstole, EU-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen i sager, hvor ophavsrettens fleksibilitet – eller mangel på samme – har været central for udfaldet. I den forbindelse inddrager bogen såvel dansk som international litteratur på området og indeholder adskillige henvisninger hertil.

Dansk ophavsrets fleksibilitet henvender sig både til jurister, der har teoretisk interesse for området, og til jurister, der arbejder med ophavsret i praksis.

ISBN 978-87-574-3498-9

