

PERNILLE BRUUN ANDERSEN

Ophavsret & ytringsfrihed

PERNILLE BRUUN ANDERSEN

Ophavsret & ytringsfrihed

Ex Tuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Pernille Bruun Andersen
Ophavsret & ytringsfrihed
Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i februar 2018 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og design af MERE.INFO A/S. Sats er udført af PIA BRITT JENSEN, som har anvendt LibreOffice samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. TOVE MØGELVANG-HANSEN har stået for korrekturlæsning af manuskriptet. Forlagsredaktion: Jan Trzaskowski. Bogen er trykt på Munken Pure 120 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Ved at bruge FSC-certificeret papir støtter vi bæredygtig skovforvaltning.

Copyright © 2018 the author
Printed in Denmark 2018
ISBN 978-87-420-0007-6

Ex Tuto Publishing A/S
Toldbodgade 55, 1.
DK-1253 København K
www.extuto.com



Bogudgivelsen er støttet af
Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde

FairPublishing

Kapiteloversigt

DEL 1 – INDLEDENDE DEL	13
1. Introduktion	15
2. Ophavsrettens interne afbalanceringsmekanismer	41
3. Introduktion til ytringsfriheden	71
DEL 2 – UNDERSØGENDE DEL	89
4. Ophavsretten og ytringsfriheden ved EMD	91
5. Ophavsretten og ytringsfriheden ved EU-Domstolen	137
6. Ophavsretten og ytringsfriheden i national ret	171
DEL 3 – AFSLUTTENDE DEL	225
7. Sammenfatning og perspektivering	227
DEL 4 – APPENDIKS	241
Domspraksis	243
Litteratur	253
Stikordsregister	267

Indholdsfortegnelse

Forord	11
DEL 1 – INDLEDENDE DEL	13
1. Introduktion	15
1.1. Ophavsretten og ytringsfriheden. Et forhold i forandring	15
1.1.1. Den traditionelle opfattelse	15
1.1.1.a. Den danske grundrettighedstradition	15
1.1.1.b. Ophavsretten fremmer ytringsfriheden	17
1.1.1.c. Ophavsretten udgør et lovligt indgreb i ytringsfriheden	18
1.1.1.d. Ophavsretten begrænser ikke ytringsfriheden	19
1.1.2. Den nye opfattelse	22
1.1.2.a. Et nyt syn på grundrettigheder	22
1.1.2.b. Mere beskyttelse og mindre frihed	27
1.1.2.c. Immaterialretten kommer i FN's søgelys	29
1.1.2.d. Den teknologiske udvikling	31
1.2. Afhandlingens problemstilling og formål	32
1.3. Metode	34
2. Ophavsrettens interne afbalanceringsmekanismer	41
2.1. Introduktion	41
2.1.1. Ophavsrettens bagvedliggende rationaler	43
2.1.1.a. Hensynet til ophavsmandens arbejdsindsats	43
2.1.1.b. Hensynet til ophavsmandens moralske interesser	45
2.1.1.c. Hensynet til samfundet	45
2.1.2. Ophavsretten skal balancere	47
2.2. Udvalgte afbalanceringsmekanismer	48
2.2.1. Beskyttelsens bredde	49
2.2.1.a. Kravet om en identitetsoplevelse	50
2.2.1.b. Der kræves efterligning	51
2.2.1.c. Det overtagne skal være selvstændigt beskyttet	51
2.2.1.d. Princippet om den manglende idébeskyttelse	52
2.2.2. Indskrænkninger	55
2.2.2.a. Citatreglen	56

2.2.2.b.	Kunstcitat	59
2.2.2.c.	Gengivelse af kunst i forbindelse med dagsbegivenheder	60
2.2.2.d.	Kunstcitat af underordnet betydning	61
2.2.2.e.	Parodireglen	62
2.2.3.	De relevante fortolkningsmekanismer	64
2.2.3.a.	Fortolkningen skal være indskrænkende	64
2.2.3.b.	Fortolkningen skal sikre indskrænkningens effektive virkning og formål	68
2.3.	Sammenfatning	69

3. Introduktion til ytringsfriheden 71

3.1.	Introduktion	71
3.1.1.	Nogle historiske bemærkninger	71
3.1.1.a.	Junigrundloven	71
3.1.1.b.	FN's Verdenserklæring	73
3.2.	Ytringsfrihedens indhold	75
3.3.	Ytringsfrihedens bagvedliggende rationaler	81
3.3.1.	Hensynet til demokratiet	82
3.3.2.	Hensynet til sandheden	84
3.3.3.	Hensynet til individet	86
3.4.	Sammenfatning	87

DEL 2 – UNDERSØGENDE DEL 89

4. Ophavsretten og ytringsfriheden ved EMD 91

4.1.	Introduktion	91
4.1.1.	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention	91
4.1.1.a.	Særligt om ophavsretten i EMRK	93
4.1.2.	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol	95
4.1.3.	EMD's håndtering af rettighedskollisioner	97
4.1.3.a.	Bestemmelsens beskyttelsesomfang og indgrebs karakter	99
4.1.3.b.	Hjemmelskravet	101
4.1.3.c.	Kravet om legitimt formål	102
4.1.3.d.	Indgrebet skal være proportionalt	104
4.1.4.	Særligt om det menneskeretlige proportionalitetsprincip ved EMD	105
4.1.4.a.	Egnethedskravet	105
4.1.4.b.	Nødvendighedskravet	107
4.1.4.c.	Kernekravet	108
4.1.4.d.	Princippet om den rimelige balance	109
4.1.5.	Princippet om staternes skønsmargin	111
4.2.	Identifikation af de relevante afvejningskriterier ved EMD	112
4.2.1.	Hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans	113
4.2.1.a.	Hensynet til pressens public watchdog-funktion	116
4.2.1.b.	Hensynet til ytringens politiske karakter	119
4.2.1.c.	Hensynet til ytringens kunstneriske karakter	120
4.2.1.d.	Hensynet til ytringens kommercielle karakter	122

4.2.1.e.	Hensynet til om offeret er en kendt person	125
4.2.1.f.	Hensynet til klagerens tidligere opførsel	126
4.2.1.g.	Hensynet til sanktionens kølende effekt	128
4.2.1.h.	Hensynet til den svære afbalancering	130
4.3.	Sammenfatning	133

5. Ophavsretten og ytringsfriheden ved EU-Domstolen 137

5.1.	Introduktion	137
5.1.1.	Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder	137
5.1.1.a.	Særligt om ytringsfriheden i charteret	141
5.1.1.b.	Særligt om ophavsretten i charteret	142
5.1.2.	EU-Domstolen	144
5.1.2.a.	EU-Domstolens almindelige fortolkningsprincipper	145
5.1.2.b.	EU-Domstolens charter-specifikke fortolkningsprincipper	145
5.2.	EU-Domstolens håndtering af rettighedskollisioner	147
5.2.1.	Hjemmelskravet	148
5.2.2.	Princippet om legitimt formål anerkendt af unionen	149
5.2.3.	Det EU-retlige proportionalitetsprincip	149
5.2.3.a.	Egnethedskravet	150
5.2.3.b.	Nødvendighedskravet	152
5.2.3.c.	Princippet om absolut forholdsmæssighed	152
5.2.4.	Medlemsstaternes skønsmargin	156
5.3.	Identifikation af de generelle afvejningskriterier ved EU-Domstolen	157
5.3.1.	Relevante ophavsrets-ytringsfrihedskollisioner ved EU-Domstolen	157
5.3.1.a.	C-479/04 2006 (Laserdisken ApS)	157
5.3.1.b.	C-70/10 2011 (Scarlet Extended)	159
5.3.1.c.	C-145/10 2011 (Panier)	161
5.3.1.d.	C-360/10 2012 (SABAM v. Netlog)	162
5.3.1.e.	C-314/12 2014 (UPC Telekabel)	163
5.3.1.f.	C-201/13 2014 (Deckmyn)	165
5.4.	Sammenfatning	168

6. Ophavsretten og ytringsfriheden i national ret 171

6.1.	Introduktion	171
6.1.1.	Kort introduktion til EMRK's rolle i dansk ret	172
6.1.2.	Kort introduktion til charterets rolle i dansk ret	180
6.2.	Identifikation af relevante afvejningsfaktorer i national ret	183
6.2.1.	Ytringens samfundsmæssige relevans	183
6.2.1.a.	Hensynet til pressens public watchdog-funktion	185
6.2.1.b.	Hensynet til ytringens politiske karakter	197
6.2.1.c.	Hensynet til ytringens kunstneriske karakter	201
6.2.2.	Vindingskriteriet	206
6.2.3.	Misbrugskriteriet	210
6.2.4.	Nødvendighedskriteriet	213
6.2.5.	Andre hensyn	222
6.3.	Sammenfatning	223

DEL 3 – AFSLUTTENDE DEL **225**

7. Sammenfatning og perspektivering **227**

- 7.1. Sammenfatning af afhandlingens analyser 227
- 7.2. Perspektivering 233

DEL 4 – APPENDIKS **241**

Domspraksis **243**

- Dansk domspraksis 243
 - Ugeskrift for retsvæsen – UfR 243
 - Tidsskrift for kriminalret – TfK 244
 - Utrykte afgørelser 244
- Domspraksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 245
 - Afgørelser 245
 - Afgørelser fra den Europæiske Menneskeretskommission 247
- Domspraksis fra EU-Domstolen 247
 - Sager 247
 - Generaladvokatudtalelser 249
- Udenlandsk domspraksis 249
 - Amerikanske afgørelser 249
 - Engelske afgørelser 250
 - Tyske afgørelser 250
 - Østrigske afgørelser: 250
 - Svenske afgørelser 251
 - Norske afgørelser 251
 - Hollandske afgørelser 251
 - Franske afgørelser: 251

Litteratur **253**

- Bøger 253
- Samleværker 257
- Juridiske artikler 259
- Afhandlinger og rapporter 265
- Andre kilder 265

Stikordsregister **267**

Forord

Denne bog er en revideret udgave af min ph.d.-afhandling som jeg forsvarede ved Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, den 15. maj 2017. Afhandlingen er skrevet i perioden marts 2013 til februar 2017. De første tre år er foregået som ph.d. stipendiat i Center for Information og Innovationsret (CIIR). Den sidste periode er foregået om aftenen ved køkkenbordet sideløbende med min ansættelse som juridisk konsulent i DR (Danmarks Radio).

Undervejs i mit ph.d.-forløb har jeg været på studieophold ved Columbia University, New York. En tak til Estrid og Carl Torkild-Hansens legat for økonomisk støtte i den forbindelse.

Afhandlingen er halvt finansieret af Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under hovedorganisationen Akademikerne. Denne bog udgives også med støtte fra UBVA. Bogen er tilgængelig som gratis e-bog på www.ubva.dk. En helt særlig tak skal derfor også rettes til UBVA, uden hvem hverken afhandling eller bogudgivelse havde været en realitet.

En særlig tak skal også rettes til professor Morten Rosenmeier som med sin kyndige, kvalificerede og ikke mindst altid humoristiske vejledning har hjulpet mig med at forstå og formidle ophavsretten og ytringsfrihedens mange finurligheder.

Jeg takker også min kontor-buddy i CIIR postdoc Knud Wallberg for sin altid gode sparring og brugbare input.

Også en stor tak til min far, min mor og mine veninder, som på hver deres måde alle har bidraget til, at dette – til tider udmattende forløb – var til at komme igennem.

Den største tak skal dog lyde til min fantastiske kæreste Lennart Andersson, som gennem hele forløbet har troet på mig, og som – når det så allersortest ud – sørgede for, at jeg bevarede jordforbindelsen og det gode humør. Tak!

Valby, november 2017

Pernille Bruun Andersen

DEL 1
INDLEDENDE DEL

Kapitel 1

Introduktion

1.1. Ophavsretten og ytringsfriheden. Et forhold i forandring

1.1.1. Den traditionelle opfattelse

Ophavsretten udgør et indgreb i ytringsfriheden, fordi den begrænser den måde, andre mennesker lovligt må ytre sig på. F.eks. må man som udgangspunkt ikke ytre sig ved at citere et beskyttet værk i dets helhed eller illustrere et synspunkt med et billede, andre har ophavsret til. Alligevel er det først i nyere tid, man i nordisk ophavsret er begyndt at interessere sig for forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Når man ikke tidligere har interesseret sig for emnet, skyldes det, at ophavsretten og ytringsfriheden i mange år for de fleste landes vedkommende har været anset som to isolerede retsområder, der grundlæggende ikke havde noget med hinanden at gøre.¹

1.1.1.a. Den danske grundrettighedstradition

I dansk ret var det i det hele taget tidligere en basal opfattelse, at grundrettigheder normalt ikke var noget, som domstolene beskæftigede sig med. Grundrettigheder var noget, der fremgik af grundloven og de internationale konventioner, men derudover var grundrettig-

1. Se også Griffith/Suthersanen, *Introduction*, s. 1, hvor forfatterne beskriver, hvordan det “[...] until recently, [...] was assumed within the ‘copyright community’ that the two rights had nothing to do with one another”. Se også Helfer, Minn. Intell. Prop. Rev. 2003, s. 47, der skildrer, at immaterialretten og menneskeretten “[f]or decades [...] developed in virtual isolation from each other.”

hederne ikke rigtigt noget, man bekymrede sig om i praksis. Denne opfattelse er udtrykt flere steder:

I 1987 udtalte en anerkendt professor eksempelvis, at det var “[...] karakteristisk at de grundlovssikrede rettigheder, og de internationale konventioner [...] ingen praktisk betydning tillægges ved domstolene. Begynder man at tale om den slags for en domstol, klapper mange ørene i og begynder at tænke på frokost.”² Se også Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, s. 53, der beskrev den danske tradition som “[...] en konstant bestræbelse på at *undgå* at tage stilling til grundlovens anvendelse, hvis det på nogen måde [kunne] undværes for den konkrete afgørelse”.

Den danske tilbageholdenhed over for at tillægge grundloven afgørende vægt i konkrete sager ses også tydeligt i praksis, hvor den danske Højesteret kun én gang har fundet en dansk lov ugyldig, fordi den var grundlovsstridig.

I **UfR 1999.841 H (Tvind)** fandt den danske Højesteret § 7 i lov nr. 506 af 12. juni 1996 om ændring af lov om folkehøjskoler mv. i strid med grundlovens § 3, 3. led. Lovændringen betød, at lovgiver dermed afgjorde en retstvist mellem de såkaldte Tvind-skoler og Undervisningsministeriet, en afgørelse der ifølge Højesteret ikke hørte til “[...] under lovgivningsmagten, men under den dømmende magt”.³

Når det har været sådan i dansk ret, skyldes det formentlig, at det danske retssystem bygger på *majoritetsdemokrati*.⁴ Et majoritetsdemokrati er, modsat et konstitutionelt demokratisystem, defineret ved ikke at have en forfatningsdomstol eller noget der kan sidestilles her-

2. Wivel, P. (1987, 24. oktober). Når dommere hører ordet grundlov, tænker de på frokost, *Information*. I artiklen interviewes den tidligere juraprofessor Preben Stuer Lauridsen.

3. UfR 1999.841 H (Tvind), s. 851.

4. Se Tvarnø/Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, s. 133, der skildrer, hvordan domstole i et majoritetsdemokrati “[...] er meget tilbageholdende med at kontrollere, om lovgivning, der har et politisk flertal bag sig, strider mod normer, der står højere i retskildehierarkiet end lovgivning som grundloven og grundlæggende rettigheder og (efter medlemskabet af EU pga. EU-rettens forrang) en hvilken som helst EU-regel.”

med. Man siger også om majoritetsdemokratier, at “suveræniteten udøves af det folkevalgte parlament” modsat de “konstitutionelle demokratier, [...] hvor det er den dømmende magt, der kan afgøre, om grundlovens bestemmelser respekteres af den lovgivende magt”.⁵

1.1.1.b. Ophavsretten fremmer ytringsfriheden

Den danske grundrettighedstradition er dog ikke den eneste grund til, at forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ikke tidligere har fået mere opmærksomhed i dansk ret. På et mere internationalt plan er det også flere gange blevet gjort gældende, at ophavsretten og ytringsfriheden ikke er i konflikt med hinanden, fordi ophavsretten og ytringsfriheden deler samme mål: *at fremme ytringsfriheden*.⁶

Se eksempelvis fra amerikansk ret den amerikanske Supreme Court i sagen **Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises**, 471 U.S. 539 (1985), hvor domstolen med henvisning til den forfatningssikrede ytringsfrihed erindrede om at “[...] the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas.”⁷ Og fra den retsvidenskabelige litteratur se Jehoram, E.I.P.R. 1984, s. 3, hvor forfatteren skildrer, hvordan “[...] one of the very functions of copyright” er “[...] to secure the freedom of expression and information”. Og Hugenholtz, *Copyright and freedom of expression in Europe*, s. 351, hvor forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden beskrives som “[...] consistent because they both promote speech”. Og se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 302, hvor forfatterne anfører, at “[...] ophavsretten stimulerer videnskab og kunst, og at den derfor ikke hæmmer, men derimod fremmer ytringsfriheden”.

5. Herman Hansen, *Demokrati som styreform og som ideologi*, s. 61.

6. I amerikansk ret har man omtalt argumentet som “the shared goal argument”. Se f.eks. Birnhack, IDEA 2013, s. 266, der skildrer “the shared goal argument” som “[...] the tying together of two allegedly conflicting areas of law at their most important point: their goal. Once we think of two areas as sharing the same goal, the possibility that we will perceive the relationship as one of conflict diminishes”. I europæisk ret har man i stedet søgt at udtrykke forholdet sådan, at ophavsretten og ytringsfriheden kan ses som to “koncentriske cirkler”, jf. de Meij, *Copyright and Freedom of Expression in the Swedish Constitution*, s. 315.

7. Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985), s. 558. Dommen er også omtalt nedenfor i afsnit 1.1.1.d og 2.1.1.c.

Samme sted fremhæves i øvrigt, at ophavsretten også beskytter den “negative ytringsfrihed”, fordi ophavsretten “[...] gør det muligt for ophavsmanden at hindre, at hans værk bliver brugt i en bestemt sammenhæng”.

1.1.1.c. Ophavsretten udgør et lovligt indgreb i ytringsfriheden

På samme måde er det også flere gange blevet anført, at ophavsretten udgør et lovligt indgreb i ytringsfriheden, fordi ytringsfriheden ikke er en absolut rettighed.⁸ Argumentet hjemles navnlig af EMRK artikel 10, stk. 2, der bestemmer, at ytringsfriheden kan “[...] underkastes [...] formelle bestemmelser, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund [...] for at beskytte [...] andres [...] rettigheder [...]”.⁹ For mange år siden var det kort omdiskuteret, om artikel 10, stk. 2, overhovedet inkluderede ophavsretlige indgreb i ytringsfriheden.¹⁰ Diskussionen mistede dog hurtigt sin retlige relevans, og i dag er det fast antaget, at beskyttelsen af andres ophavsret som udgangspunkt udgør “et legitimt formål” efter artikel 10, stk. 2, fordi ophavsretten sigter mod at beskytte “andres rettigheder”.

At ophavsretten falder ind under det legitime formål “hensynet til andres rettigheder”, er udtalt i flere domme fra EMD. Se bl.a. **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**,

-
8. Se eksempelvis Schønning, *OPHL-Kom.*, s. 228, hvor forfatteren afviser at “[d]en grundlovssikrede ytringsfrihed indebærer [en] indskrænkning i ophavsretten (og vice versa)”. Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 260, hvor det anføres at “[n]år man alligevel kan have noget, der hedder ophavsret, er det fordi ophavsretten anses for en lovlig undtagelse til ytringsfriheden.”
 9. Det samme argument har været udtalt i amerikansk ret, hvor man i stedet har henvist til den amerikanske forfatnings Copyright Clause, der findes i forfatningens artikel I, section 8, clause 8. I bestemmelsen hedder det, at “The Congress shall have power [...] to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”.
 10. Se Hugenholtz, *Copyright and freedom of expression in Europe*, s. 349, hvor forfatteren henviser til, at en hollandske kommentator (P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland*, Amsterdam: Polak & Van Gennep 1966, s. 258), gjorde gældende, at “andres rettigheder” kun sigtede til andre konventionssikrede rettigheder.

hvor EMD fandt, at en national afgørelse, der anså ophavsretten til noget modetøj for krænkelse af billeder på internettet, fulgte et legitimt formål, nemlig "la protection des droits d'autrui" (andres rettigheder), fordi formålet med indgrebet var at beskytte modehusenes ophavsret.¹¹ Se også admissibilitetsafgørelsen¹² **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor EMD fandt, at en national dom for medvirken til ophavsretskrænkelser på internettet fulgte "[...] the legitimate aim of 'protection of the rights of others'".¹³ Se også fra ældre praksis **Chappell v. The United Kingdom [GC], no. 10461/83, ECHR 1989**, hvor EMD fandt, at nogle foreløbige foranstaltninger nedlagt mod en engelsk virksomhed, der beskæftigede sig med udveksling af piratkopierede videofilm, udgjorde et indgreb i artikel 8 (ret til respekt for privatliv og familieliv). Indgrebet fulgte dog et legitimt formål, som var "the rights of others", fordi indgrebet var nedlagt med henblik på at varetage hensyn til ophavsretten.¹⁴

1.1.1.d. Ophavsretten begrænser ikke ytringsfriheden

Foruden det allerede anførte er det også blevet gjort gældende, at hensynet til ytringsfriheden allerede er tilstrækkeligt varetaget i det ophavsretlige system selv. Argumentationen går på, at varetagelsen af ytringsfriheden bl.a. sker gennem ophavsrettens egne lov- og ulovbestemte indskrænkninger i eneretten.¹⁵ Man siger også af og til, at ytringsfriheden er *internaliseret* i ophavsretten.¹⁶

11. Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013, præmis 36.

12. EMD er forpligtet til at realitetsbehandle en individuel klage, hvis klagen opfylder de tidligere omtalte betingelser i EMRK artikel 34 og 35. En admissibilitetsafgørelse er Domstolens indledende vurdering af, hvorvidt disse formelle betingelser er opfyldt. Admissibilitetsvurderingen er således skridtet, før sagen antages til realitetsbehandling.

13. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013, s. 10.

14. Chappell v. The United Kingdom [GC], no. 10461/83, ECHR 1989, præmis 51.

15. Se Jehoram, GRUR Int. 1983, s. 388, der beskriver, hvordan "[...] the numerous restrictions in copyright, mentioned in the Berne Convention and national copyright legislations actually serve to mitigate the impact copyright could have on the freedom of expression and information." For andre ytringsfrihedsvenlige mekanismer i det ophavsretlige system se Hugenholtz, *Copyright and freedom of expression in Europe*, s. 351.

16. Se ibid., s. 351. Og Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 376, hvor forfatteren bruger internaliseringsbegrebet om det, at ytringsfriheden kan "[...] ud-

I dansk ret følger indskrænkningerne primært af bestemmelser af ophavsretslovens kapitel 2, hvor man blandt andet finder retten til at foretage eksemplarfremsstillinger til privat brug og i andre udvalgte sammenhænge (§§ 12 ff.), citatreglen (§ 22) og retten til at gengive kunstværker i forskellige sammenhænge (§ 23). Derudover findes der også forskellige ulovbestemte undtagelser til ophavsretsloven. Det er bl.a. et grundprincip, at det er tilladt at lave parodier ved brug af beskyttede værker (se afsnit 2.2.2.e).

At de ophavsretlige indskrænkninger varetager ytringsfrihedshensyn, er i svensk ret bl.a. understøttet af Högsta Domstolens dom af 23. december 1985 gengivet i **NJA 1985:893 (Manifestet)**, hvor den svenske avis Göteborgs-Posten uden tilladelse havde offentliggjort et fortroligt “manifest”, som indeholdt oplysninger om Göteborg Stadsteaters fremtidige organisation. Ved vurderingen af konflikten mellem ophavsretten og ytringsfriheden udtalte den svenske højesteret blandt andet, at “[...] flera av de uppställda undantagsreglerna har sålunda sin grund i det samhälleliga intresset av information till medborgarna i angelägenheter av allmän vikt.” Se også fra fransk ret Cour de Cassation, Chambre civile dom af 13. november 2003 (**Sté nationale de télévision France 2 c. Fabris**), der handlede om tv-stationen France 2, der i forbindelse med dækningen af en kunstudstilling havde filmet 12 værker af maleren Maurice Utrillos uden forudgående tilladelse, og hvor Cour de Cassation gav den franske appeldomstol (Cour d’appel de Paris) medhold i, at gengivelsen af værkerne ikke havde været i strid med EMRK artikel 10.¹⁷ Domstolen fandt i den forbindelse, at balancen mellem ophavsretten og ytringsfriheden allerede var tilstrækkeligt varetaget i ophavsrettens eget system.¹⁸

gøre en kilde til fortolkning af de immaterialretlige regler [...]”. Brug af internaliseringsbegrebet i kontekst med ophavsret og ytringsfrihed kan spores tilbage til 1970’erne, se eksempelvis Goldstein, Colum. L. Rev. 1970, s. 1039 ff. Selve internaliseringsterminologien blev indført i dansk ret i Schovsbo, *Grænsefladepørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, med særligt henblik på tilfælde, hvor konkurrenceretlige hensyn påvirker immaterialrettigheder, se særligt s. 12, 249, 264, 270 f. og s. 274 ff.

17. Sté nationale de télévision France 2 c. Fabris (2003): Cour de Cassation, Chambre civile 1, 13/11/03.
18. Dommen er også omtalt i Geiger, IIC 2004b, s. 716-726, i Karnell, NIR 2004, s. 531, og i Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 375.

Derudover er det også blevet anført, at hensynet til ytringsfriheden varetages af det ophavsretlige grundprincip om, at ophavsretten ikke beskytter rene ideer. I litteraturen beskrives det også som “[...] et princip om, at man *ikke beskytter svævende, uhåndgribelige, abstrakte fænomener* såsom bagvedliggende idéer, stilarter, metoder, egenskaber mv.,” og at det kun er ideens “konkrete udformning”, der nyder beskyttelse (se også afsnit 2.2.1.d).¹⁹ At princippet om den manglende idébeskyttelse løser konflikter mellem ophavsretten og ytringsfriheden, er udtalt i især mange amerikanske og engelske afgørelser.

Fra amerikansk ret kan bl.a. henvises til **Eldred v. Reno, 239 F.3d 372 (2001)**, hvor den amerikanske Court of Appeal, District of Columbia Circuit udtalte, at “copyright protection cannot embrace ideas; it therefore does not raise the same concern under the First Amendment.”²⁰ Se også den ovenfor omtalte sag (afsnit 1.1.1.b) **Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)**, hvor The Nation Magazine, uden tilladelse, havde offentliggjort en artikel med omfattende citater fra Præsident Gerald R. Fords (på daværende tidspunkt ikke offentliggjorte) erindringer, og hvor den amerikanske Supreme Court slog fast, at princippet om den manglende idébeskyttelse “[...] strike[s] a definitional balance between the First Amendment and the Copyright Act by permitting free communication of facts while still protecting an author’s expression.”²¹ Fra engelsk ret se **[2002] E.C.D.R. 32 (Ashdown v Telegraph Group Ltd)**, hvor domstolen bemærkede, at “[...] it is only the freedom to express information using the verbal formula devised by another that is prevented by copyright. This will not normally constitute a significant encroachment on the freedom of expression. [...] It is stretching the concept of freedom of expression to postulate that it extends to the freedom to convey ideas and information using the form of words devised by someone else.”²² Se også Nimmer, UCLA L. Rev. 1969, s. 1191, hvor forfatteren skildrer, hvordan princippet om den manglende idébeskyttelse er med til at sikre en sammenhæng mellem ophavsrettens og ytringsfrihedens bagvedliggende rationaler.

19. Se Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 66 ff.

20. Eldred v. Reno, 239 F.3d 372 (2001), s. 376.

21. Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985), s. 556.

22. [2002] E.C.D.R. 32 (Ashdown v Telegraph Group Ltd), s. 347.

Det er på grund af ræsonnementer som disse, der i mange år har eksisteret en udbredt opfattelse af, at ophavsretten og ytringsfriheden ikke rigtigt havde noget med hinanden at gøre.²³ Det er derfor, begreber som “ytringsfrihed”, “informationsfrihed” og “grundrettigheder” indtil for få år siden typisk ikke blev nævnt med et eneste ord i de ophavsretlige standardværker.

I nyere tid er de traditionelle argumenter imidlertid kommet under pres, og i dag er den traditionelle opfattelse ikke længere realistisk. Ændringen skyldes en kombination af flere forskellige forhold.

1.1.2. Den nye opfattelse

1.1.2.a. Et nyt syn på grundrettigheder

En af grundene er formentlig, at grundrettighederne helt generelt har fået langt større betydning ved de nationale domstole, end de havde tidligere. Allerede i løbet af 1980'erne kunne man i dansk ret så småt begynde at ane en ændring i Højesterets traditionelle syn på grundrettigheder.

Se til illustration **UfR 1980.1037/2 H (Danske Svin)**, hvor Højesteret frifandt kunstneren Michael Witte for med sin svineplakat at have krænket de danske slagteriers bomærke. Plakaten forestillede en karikatur af bomærket “den symboliserede gris” tilføjet ordene “Danske svin er sunde, de strutter af penicillin”. Plakaten var udarbejdet som led i en omfattende offentlig debat om den udbredte anvendelse af penicillin i husdyrbruget. Ud fra en konkret interesseafvejning, hvor hensynet til den frie meningsudveksling (informationsfriheden) blev holdt over for slagteriernes kommercielle interesser, fandt Højesteret, at “hensynet til den frie meningsudveksling om et sådant væsentligt samfundsanliggende må[tte] tillægges betydelig vægt”.²⁴ Et andet resultat kom Højesteret dog frem til i **UfR 1982.750 H (Frimurerne)**, hvor Højesteret tillod Den Danske Frimurerorden at modsætte sig offentliggørelsen af en tv-udsendelse vedr. frimurerordenens optagelses-

23. Se Griffith/Suthersanen, *Introduction*, s. 1.

24. UfR 1980.1037/2 H (Danske svin), s. 1044. Dommen er kommenteret i Jensen, UfR 1981B. Se navnlig s. 29, hvor forfatteren konkluderede, at ytringsfriheden “[v]ed flertallets fortolkning havde [...] fået et forspring”.

ceremonier, fordi optagelsesceremonierne ifølge domstolen hørte til frimurerordens "private forhold" og derfor ikke havde "samfundsmæssig interesse".²⁵

Synspunktet om, at grundrettigheder rent faktisk var noget, der betød noget, tog fart i slut-80'erne og start-90'erne. Det var i denne periode, Danmark modtog sine første domme for overtrædelse af den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Det skete først i sagen **Hauschildt v. Denmark, no. 10486/83, ECHR 1989**, hvor Danmark blev dømt for at have overtrådt konventionens artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang, og derefter i **Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, ECHR 1994**, hvor Danmark dømmes for overtrædelse af konventionens artikel 10 om ytringsfrihed.

Efter de to krænkelседомме fra EMD begynder dansk retspraksis for alvor at ændre sig i en mere ytringsfrihedsvenlig retning end før. Tiden, da dommerne kun tænker på frokost, når de hører ord som grundrettighed og ytringsfrihed, er officielt forbi. I kølvandet på den første dom fra EMD vælger Danmark at inkorporere den Europæiske Menneskerettighedskonvention i Danmark.²⁶ Dermed blev konventionen, der før kun havde pålagt Danmark folkeretlige forpligtelser, gjort til en del af dansk ret. Ændringen sætter sine tydelige fodspor i den efterfølgende domspraksis.

Se til illustration følgende sager afsagt før 1994: **UfR 1987.934 H (Havefesten)**: 5 pressefolk dømmes for husfredskrænkelser, efter at de sammen med 40 demonstranter er trængt ind i skibsreder Mærsk McKinney Møllers have. Højesteret mener ikke, at demonstrationen har en sådan tilstrækkelig "[...] nyheds- eller informationsværdi", at den "over for hensynet til beskyttelsen af privatlivets fred" kan berettigе pressefolkenes tilstedeværelse i haven uden samtykke. Formålet med demonstrationen er at holde en havefest, hvor skibsrederen skal have overrakt en racistpris.²⁷ Se også **UfR 1987.937 H (Overborgmesterens kontor)**: En pressefo-

25. UfR 1982.750 H (Frimurerne), s. 758.

26. Se lov nr. 285 af 29. april 1992 med efterfølgende ændringer, der følger af lov nr. 1080 af 20. december 1995, bekendtgørelse nr. 423 af 20. maj 1996 og bekendtgørelse nr. 749 af 19. oktober 1998.

27. For flere kommentarer se Jensen, UfR 1992B, s. 349-357, og Riis, UfR 1988B, s. 419-422.

tograf dømmes for husfredskrænkelser, fordi han sammen med 35 BZ'ere er trængt ind på overborgmesterens kontor. Selvom pressefotografen udelukkende er der for at afdække begivenheden, kommer Højesterets flertal frem til, at "[d]en nyheds- eller informationsværdi, som pressefotos fra besættelsen af overborgmesterens kontor måtte have, [ikke findes] at kunne tillægges en sådan vægt, at det over for det hensyn til beskyttelsen af privatlivets fred [...] kunne gøre det berettiget, at tiltalte trængte ind i kontoret sammen med demonstranterne."²⁸

Se derimod til sammenligning følgende sager afsagt efter 1994: **UFR 1994.988 H (Svend Aukens have)**: Højesteret frifinder en journalist for at have taget ulovligt ophold i politikeren Svend Aukens have i forbindelse med en demonstration om den planlagte Øresundsforbindelse. Højesteret når frem til, at der er tale om et så tilstrækkeligt "aktuelt politisk emne", at det er nok til at tilsidesætte hensynet til privatlivets fred til fordel for ytringsfriheden.²⁹ Se også **UFR 1999.1675 H (Peberholm)**: Højesteret frifinder tre tv-journalister for at krænke privatlivets fred ved deres tilstedeværelse under en demonstration på øen Peberholm i Øresund. Højesteret lægger vægt på, at det er "[...] vigtigt, at medierne får lejlighed til over for befolkningen at skildre begivenheder, der angår emner af offentlig interesse. Aktionen på øen havde til formål at foranledige fortsat debat om ikke blot Øresundsforbindelsen, men også en evt. Femern-forbindelse og deres miljømæssige konsekvenser."³⁰

Efter inkorporeringen af EMRK begynder hensynet til ytringsfriheden også at få større betydning i danske ophavsretssager.

Se blandt andet **utrykt byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog)**: Københavns byret idømmer den ansvarshavende redaktør for Dagbladet Politiken A/S 20 dages hæfte for at have bragt et ikke-offentliggjort bogmanuskript til Ritt Bjerregaards bog *Kommissærens dagbog* som et tillæg til avisen uden tilføjelse. Dette sker dog først efter en inddragelse af hensynet til nyhedsformidlingen, som domstolen dog i den konkrete sag ikke finder tungtvejende. Se også **UFR 1999.1462 Ø (BilledBladet)**: Østre Landsret dømmer en journalist og en chefredaktør på Bil-

28. UFR 1987.937 H (Overborgmesterens kontor), s. 938.

29. UFR 1994.988 H (Svend Aukens have), s. 990.

30. UFR 1999.1675 H (Peberholm), s. 1677.

ledBladet for at overtræde citatretten i en artikel om den danske kronprins. Hensynet til ytringsfriheden påberåbes, men afvises med henvisning til, at “[...] bladet kunne have informeret om hovedindholdet i bogen uden at gengive bogens tekst i videre omfang end tilladt efter ophavsretslovens § 22”. Se også **UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue)**: Østre landsret frifinder overraskende collagekunstneren Bjørn Nørgaard i en ophavsretssag, hvor kunstneren har brugt et billede af skulpturen Den Lille Havfrue uden tilladelse fra et interessentskab bestående af billedkunstneren Edvard Eriksens arvinger. Frifindelsen sker på baggrund af “en konkret afvejning af hensynet til effektiv beskyttelse af interessentskabets ophavsret over for hensynet til Bjørn Nørgaards kunstneriske ytringsfrihed”, hvor hensynet til Bjørn Nørgaards kunstneriske ytringsfrihed findes at veje tungest.³¹ Den konkrete hensynsafvejning mellem ophavsretten og ytringsfriheden er senere blevet gentaget i flere danske ophavsretssager. Se blandt andet **UfR 2013.1704 Ø (Hornsleth)**: Østre Landsret dømmer den danske collagekunstner Kristian von Hornsleth for at krænke ophavsretsloven, da han bruger et portrætfotografi i en collage uden først at indhente en tilladelse fra ophavsmanden. Den konkrete hensynsafvejning bruges af byretten, der når frem til, at “hensynet til en effektiv beskyttelse af sagsøgerens ret til at råde over det omhandlede foto” vejer tungere end “hensynet til sagsøgtes kunstneriske ytringsfrihed”.³² Afgørelsen stadfæstes senere af landsretten. Se også **utrykt byretsdom af 11. december 2014 (Martinus)**: Københavns Byret dømmer Åndsvidenskabsforlaget v/Kurt Christiansen mfl. for at krænke ophavsretsloven i forbindelse med en række uautoriserede eksemplarfremsstillinger og tilgængeliggørelser af værket *Det Tredje Testamente*. Retten udtaler, at “[h]ensynet til de sagsøgtes rettigheder efter artikel [...] 10 skal afvejes over for Martinus Instituts ophavsret [...] efter konventionens 1. tillægsprotokol, artikel 1, om ret til respekt for ejendomsretten”.³³

Også hos vores nordiske naboer begynder man at se, hvordan ytringsfrihedshensyn i stigende grad bliver inddraget i ophavsretssager.

31. UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue), s. 881.

32. UfR 2013.1704 Ø (Hornsleth), s. 1707.

33. Utrykt byretsdom af 11. december 2014 (Martinus), s. 35.

Se eksempelvis fra svensk ret den ovenfor (afsnit 1.1.1.d) omtalte **NJA 1985:893 (Manifestet)**: Den svenske avis Göteborgs-Posten bliver ved tre instanser dømt for ophavsretskrænkelser, da de uden tilladelse har offentliggjort et fortroligt “manifest”, som indeholdt oplysninger om Göteborg Stadsteaters fremtidige organisation. Den svenske Högsta Domstolen stadfæster først Hovrättens afgørelse efter en længere analyse af forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Se også Högsta Domstolens dom af 21. december 1998 gengivet i **NJA 1998:838 (Mein Kampf)**: En svensk forlægger bliver dømt for ophavsretskrænkelser, da han uden tilladelse har udgivet en svensk oversættelse af Hitlers dagbog Mein Kampf. Den svenske Högsta Domstolen åbner dog op for, at inkorporeringen af EMRK i svensk ret kan betyde, at ytringsfriheden kan have forrang for ophavsretten.³⁴ Fra norsk ret se Oslo Byretts dom af 27. marts 2001 gengivet i **RG-2001-1151 (PR-bureauet)**: Oslo Byret dømmer et PR-bureau for at krænke ophavsretten til et billede, som bureauet uden tilladelse har bragt i aviser som led i en informationskampagne, der sætter fokus på kirkenes holdninger til homofili. I den konkrete sag afviser domstolen at tillægge ytringsfriheden vægt på bekostning af ophavsretten. Domstolen bemærker i den forbindelse, at “Selskapet (og aksjonen) hadde mange muligheter til å fremstille budskapet “kirken for alle”. De kunne imidlertid ikke benytte en hvilken som helst form.”³⁵ Begrundelsen er ledsaget af en længere redegørelse for forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden.

At ophavsretten ikke længere er immun over for ytringsfrihedshensyn slår den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fast i to afgørelser fra 2013, **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, og **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**.

I **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013** skulle EMD tage stilling til, om det var en uacceptabel indskrænkning i ytringsfriheden efter EMRK artikel 10, at en fransk domstol var skredet ind over for nogle modefotografer, der havde offentliggjort fotografier af beskyttet tøj fra et modeshow, som de var blevet inviteret med til. EMD fandt, at det ikke var tilfældet,

34. NJA 1998:838 (Mein Kampf), s. 851.

35. RG-2001-1151 (PR-bureauet).

og henviste bl.a. til, at ytringsfriheden giver kommercielle ytringer en mindre vidtgående beskyttelse end politiske ytringer, og at modefotograferne ikke deltog i en debat om samfundsanliggender, men styredes af kommercielle formål. Se nærmere præmis 39 f. og nedenfor i afsnit 4.2.1.d. I **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013** fandt EMD de svenske domstoles indskriden over for den berygtede "Pirate Bay"-fil-delings-tjeneste forenelig med EMRK artikel 10, bl.a. fordi den information, der blev delt på tjenesten, ikke nød samme ytrings- og informationsfrihedsbeskyttelse som politiske ytringer, jf. dommens pkt. D og nedenfor i afsnit 4.2.1.d.

1.1.2.b. Mere beskyttelse og mindre frihed

Også andre grunde kan være med til at forklare, hvorfor der er sket en forandring i forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden. En af forklaringerne kan være, at ophavsretten i løbet af det 20. århundrede er blevet *løbende styrket*. Det har igen efter nogles opfattelse indebåret, at balancen mellem hensynet til ophavsmanden og hensynet til det omgivende samfund er blevet uhensigtsmæssigt forrykket til fordel for rettighedshaverne. Efter manges opfattelse er ophavsretten i de senere år blevet mere rettighedshavervenlig end brugervenlig.

Dette kommer blandt andet til udtryk gennem forlængelsen af ophavsrettens gyldighedstid, der i EU's beskyttelsestidsdirektiv blev forlænget fra Bernerkonventionens 50 år til nu i stedet at gælde i 70 år efter ophavsmandens død. Forlængelsen af beskyttelsestiden er af flere kommentatorer blevet kritiseret for ikke at være "samfundsøkonomisk rationel".³⁶ Også beskyttelsens *indhold* er blevet styrket, bl.a. gennem bestemmelser, der kun tillader digital privatkopiering på særlige, restriktive betingelser, eller gennem regler om beskyttelse af tekniske beskyttelsesforanstaltninger, jf. infosoc-direktivets artikel 6 f, inkorporeret i ophavsretslovens kapitel 6 a. Hertil kommer den styrkelse af ophavsmændenes retsstilling, der følger af reglerne i låne- og lejedirektivet, håndhævelses-direktivet etc.

Styrkelsen af ophavsretten er ikke kun sket på EU-plan. I 1994 gik det internationale samfund sammen om at omdanne den inter-

36. Se Riis, *Ophavsret og retsøkonomi*, s. 105 ff., 117, 194, 199. Se også Rosenmeier, NIR 2005, s. 534.

nationale handelsaftale *the General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) til den mellemstatslige organisation *the World Trade Organization* (WTO).³⁷ Som en obligatorisk del af WTO-pakken hørte også en ny international handelsaftale om immaterielle rettigheder i form af den såkaldte *Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights* (TRIPS-aftalen).³⁸ TRIPS-aftalen indførte nogle internationale minimumstandards for beskyttelsen af immaterielle rettigheder. TRIPS-aftalen inkorporerede blandt andet Bernerkonventionens artikel 1-21, jf. således TRIPS-aftalens artikel 9, stk. 1. I praksis betød inkorporeringen af Bernerkonventionens bestemmelser i TRIPS-aftalen, at de udvalgte bestemmelser blev underlagt WTO's tvistbilæggelses-system, med den konsekvens at Bernerkonventionens bestemmelser, fra da af, kunne håndhæves gennem handelssanktioner landene imellem.³⁹ Man taler derfor også om, at den internationale ophavsret gik fra en "de facto" beskyttelse i Bernerkonventionen til en "de jure" beskyttelse i TRIPS-aftalen.⁴⁰

TRIPS-aftalen indførte blandt andet en ny bestemmelse om retten til udlejning af edb-programmer, lydoptagelser og kinematografiske værker, jf. TRIPS-aftalens artikel 11, hvorefter alle WTO-medlemmer for fremtidens skulle give "[...] forfattere og disses rets-successorer bemyndigelse til at tillade eller forbyde kommerciel udlejning til offentligheden af originaler eller kopier af ophavsretsbeskyttede værker. [...]"⁴¹ En anden vigtig styrkelse af ophavsmændene lå i TRIPS-aftalens videreudvikling af Bernerkonventionens *tretrinstest*.

I Bernerkonventionen er tre-trins-testen en regel om, at unionslandene kun kan indføre indskrænkninger i ophavsmandens ret til eksemplarfremsstilling i "visse særlige tilfælde" (trin 1), der ikke "på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket" (trin 2) og

37. Se også Schønning/Blomqvist, *International Ophavsret*, s. 367.

38. TRIPS-aftalen udgør et tillæg (Annex no. 1C.) til den overordnede WTO-aftale (Agreement Establishing the World Trade Organization), og den er bindende for alle medlemmer af WTO, jf. WTO-aftalens artikel 2, stk. 2 EF (nu EU) tiltrådte WTO-aftalen den 1. januar 1995, jf. WTO-aftalen artikel XI, stk. 1. Danmarks ratificerede TRIPS-aftalen ved bekendtgørelse nr. 71 af 8. juni 1995. Se også <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm> (sidst set 16. januar 2016).

39. Siden den 30. november 2015 har WTO haft 162 medlemmer.

40. Nimmer, Vand.L.Rev. 1995, s. 1393.

41. Uddrag fra TRIPS-aftalens artikel 11.

ikke "på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser" (trin 3), jf. konventionens artikel 9, stk. 2.⁴² I TRIPS-aftalen, derimod, er tre-trins-testen videreudviklet til en regel om, at "Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder", jf. TRIPS-aftalens artikel 13. Som det fremgår, valgte man at ændre formuleringen "ophavsmandens legitime interesser" til i stedet at lyde således: "[...]the legitimate interest of the right holder". Denne lille ændring betød, at tre-trins-testen gik fra at være en regel om, at unionslandene kun kunne indføre indskrænkninger i *ophavsmandens* ret til eksemplarfremsstilling under tre betingelser, til nu at gælde *alle rettighedshavere* ["the right holder"]. Ud over den markante udstrækning af den ophavsretlige beskyttelse betød vedtagelsen af TRIPS-aftalen dermed også, at der skete en indsnævring af medlemmernes muligheder for at indføre undtagelser og indskrænkninger til eneretten.

Foruden ovenstående betød TRIPS-aftalen også, at der blev etableret et effektivt håndhævelsessystem i form af WTO's tvistbilægningssystem. TRIPS-aftalen var således et stort lod på rettighedshavernes vægtskål.

1.1.2.c. Immaterialretten kommer i FN's søgelys

Vedtagelsen af TRIPS-aftalen skabte uro i FN-regi. Især gav den måde, hvorpå TRIPS-aftalen ad bagvejen tvang mange udviklingslande til at overholde de store immaterialretskonventioner, anledning til betænkelighed. Én anerkendt økonom sammenlignede ligefrem inkorporeringen af immaterialretten i WTO-systemet med "[...] the introduction of cancer cells into a healthy body".⁴³ TRIPS-aftalen førte i sidste ende til, at FN's Sub-kommission for menneskerettigheder (en tænketank under menneskerettighedskommissionen) udstedte den vigtige *resolution 2000/7 om immaterialret og menneskerettig-*

42. Hele bestemmelsen lyder: "Det er forbeholdt unionslandenes lovgivning at tillade reproduktion af sådanne værker i visse særlige tilfælde, under forudsætning af, at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser."

43. Bhagwati, *In Defence of Globalization*, s. 183.

heder. Det var i denne resolution, FN første gang officielt udtrykte bekymring for forholdet mellem immaterialretten og menneskerettighederne. I resolutionen anerkendes det blandt andet, at der eksisterer “[...] apparent conflicts between the intellectual property rights regime embodied in the TRIPS Agreement [...] and international human rights law, on the other”.⁴⁴ Og i samme resolution anmoder Sub-kommissionen udvalgte aktører om at sætte øget fokus på forholdet mellem immaterialretten og menneskerettighederne.

Resolutionens målgruppe var de nationale medlemsstater, jf. præmis 5, de mellemstatslige organisationer, jf. præmis 6, FN’s egne menneskerettighedsorganer, herunder blandt andet FN-rapportører, jf. præmis 9, FN’s højkommissær for menneskerettigheder, jf. præmis 10, og FN’s Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, jf. præmis 11, samt de ikke-statslige organisationer (NGO’er), jf. præmis 14.

Resolutionen bærer frugt, og kort tid efter foreligger der flere FN-dokumenter med omfattende analyser af immaterialrettens forhold til menneskeretten. Som fremhævet af *Helfer* var de fire vigtigste begebenheder følgende: *For det første* tre nye resolutioner om adgang til medicin vedtaget af FN’s Menneskerettighedskommission.⁴⁵ *For det andet* en omfattende rapport fra FN’s højkommissær for menneskerettigheder om forholdet mellem TRIPS-aftalen og menneskeretten.⁴⁶

44. Se Sub-Commission on Human Rights resolution 2000/7, Intellectual property rights and human rights, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/7 (17. august 2000), præmis 2. Kan tilgås her: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=8201>.

45. Se Helfer, Minn. Intell. Prop. Rev. 2003, s. 56, der henviser til følgende tre resolutioner: Commission on Human Rights resolution 2001/33, Access to medication in the context of pandemics such as HIV/AIDS, E/CN.4/RES/2001/33 (23. april 2001), kan tilgås her: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4820>; Commission on Human Rights resolution 2002/32, Access to medication in the context of pandemics such as HIV/AIDS, E/CN.4/RES/2002/32 (22. april 2002), kan tilgås her: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4900>; Og Commission on Human Rights resolution 2003/29, Access to medication in the context of pandemics such as HIV/AIDS, tuberculosis and malaria, E/CN.4/RES/2003/29 (22. april 2003), kan tilgås her: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4980>.

46. Se United Nations, Commission on human rights, The impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights: report of the High Commissioner, E/CN.4/Sub.2/2001/13 (27. juni 2001). Rapport-

Rapporten kritiserer blandt andet formålsbestemmelsen i TRIPS-aftalens artikel 7 for ikke at komme nærmere ind på, hvordan balancen mellem rettigheder og forpligtelser skal foretages i praksis.⁴⁷ Rapporten foreslog, at man ved lejlighed ændrer TRIPS-aftalens artikel 7, så den i stedet indeholder en direkte henvisning til menneskerettighederne.⁴⁸ *For det tredje* en officiel meddelelse fra FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder, hvor komitéen anfører, at "[...] intellectual property regimes must promote and protect all human rights, including the full range of rights guaranteed in the Covenant [International Covenant on Economic, social and Cultural Rights]."⁴⁹ *Og for det fjerde* en omfattende rapport om globalisering fra to FN-rapportører, hvori der også udtrykkes bekymring for TRIPS-aftalens indflydelse på menneskerettighederne.⁵⁰

1.1.2.d. Den teknologiske udvikling

Også den teknologiske udvikling har udfordret forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Internettet har gjort det nemmere for almindelige mennesker at ytre sig uden de store anstrengelser. Har man adgang til en computer, en tablet eller en nyere mobiltelefon kan man på under 2 minutter give og modtage information til og fra hele verden. Er man uenig i det, der står skrevet i aviserne, kan man nemt give sin uforbeholdne mening til kende på avisernes egen hjemmeside. Man kan også oprette blogs, skrive debatindlæg på

ten kan tilgås her: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=7260>. Se Helfer, Minn. Intell. Prop. Rev. 2003, s. 56.

47. United Nations, Commission on human rights, the impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights: report of the High Commissioner, E/CN.4/Sub.2/2001/13 (27. juni 2001), s. 8, præmis 23.

48. Ibid. s. 20, præmis 68.

49. Se United Nations, Committee on Economic Social and Cultural Rights, Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights: Statement by the Committee on Economic Social and Cultural Rights, E/C.12/2001/15 (14. december 2001), kan tilgås her: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/statements/E.C.12.2001.15HRIIntel-property.pdf>> (citeret i Helfer, Minn. Intell. Prop. Rev. 2003, s. 56).

50. United Nations, Commission on human rights, Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights: progress report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, E/CN.4/Sub.2/2001/10 (2. august 2010), kan tilgås her: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/148/01/PDF/G0114801.pdf?OpenElement>>. Se Helfer, Minn. Intell. Prop. Rev. 2003, s. 56.

Facebook, sende snapchats, lægge videoer på YouTube, linke til artikler eller dele billeder på Instagram. Mulighederne er uendelige. Den teknologiske udvikling har også gjort det langt nemmere at få adgang til ophavsretligt beskyttet materiale, at bearbejde materialet og at gengive det på andre platforme uden tilladelse fra rettighedshaveren.⁵¹ Især de kontinentaleuropæiske ophavsretslove har haft svært ved “at følge med” den teknologiske udvikling. Når det er sådan, skyldes det blandt andet, at de kontinentaleuropæiske ophavsretslove er bygget op omkring udtømmende (og nu i vidt omfang også harmoniserede) lister af undtagelser og indskrækningsbestemmelser til eneretten. Harmoniseringen opstiller en lang række begrænsninger for de muligheder, som de individuelle lande har, når det kommer til at finjustere de interne afbalanceringsmekanismer i ophavsretten.⁵²

1.2. Afhandlingens problemstilling og formål

Når en domstol tillægger hensynet til ytringsfriheden selvstændig vægt i en konkret ophavsretssag, er det juridisk bemærkelsesværdigt på flere planer.

For det første er der en risiko for, at inddragelse af ytringsfriheden i ophavsretssager kan medvirke til at gøre sagerne *uforudsigelige*. En sådan uforudsigelighed kom bl.a. til udtryk i de to danske kollagesager nævnt ovenfor (afsnit 1.1.2.a). I begge sager var der tale om collagekunst, i begge sager var der tale om en uautoriseret eksemplar fremstilling af et beskyttet værk, i begge sager var der ingen indskrækningsbestemmelser, der fandt anvendelse, og i begge sager havde billedet en central placering i kollagen. Alligevel var det kun i én af sagerne, collagekunstneren fik medhold. Uforudsigelighedsproblemet er særligt iøjnefaldende i sager, hvor domstolens ytringsfrihedsvenlige fortolkninger er så vidtgående, at de fremstår som stri-

51. Se også Jütte, E.I.P.R. 2016, s. 11, der med henvisning til konflikten mellem ophavsretten og ytringsfriheden beskriver, hvordan “[...] the internet has escalated this conflict significantly, with an unprecedented number of copyright infringements occurring on a daily basis.”

52. Se også Hugenholtz, Communications of the ACM 2013, s. 26, hvor forfatteren giver den langsommelige proces i EU og en generel mangel på fleksibilitet i de kontinentaleuropæiske ophavsretslove en stor del af skylden for, at ophavsretten er i krise.

dende mod lovens ordlyd.⁵³ Dermed er ikke sagt, at uforudsigelighed pr. definition altid er juridisk uheldig, da det selvfølgelig er givet, at retsanvendelse i et vist omfang må være skønsmæssig og balancere mellem hensynet til forudsigelighed og konkret rimelighed. Samtidig er det dog vigtigt at understrege, at juridisk uforudsigelighed også kan blive så stor, at den er uønskværdig, og at retssystemet i vidt omfang bygger på et retssikkerhedsideal om, at regler skal være klare og forudsigelige. Ellers kan det både føre til, at der anlægges overflødige retssager, der ikke skulle være anlagt, eller at sager, der skulle være anlagt, ikke bliver det.

For det andet er sager, der tillægger ytringsfriheden vægt på ophavsrettens bekostning, interessante og bemærkelsesværdige, fordi de tyder på, *at de hensyn til ytringsfriheden, der menes at være indbygget i det ophavsretlige system, ikke realiseres tilfredsstillende*. Det er vigtigt, at ophavsretten balancerer, dvs. at den ikke kun tager hensyn til rettighedshaverne, men også til omgivelserne. Ophavsretten skal være stærk, men trods alt ikke for stærk. Det er derfor, der er søgt indbygget en række afbalanceringsmekanismer i ophavsretten selv, herunder i reglerne om ophavsrettens tidsbegrænsning, de ophavsretlige undtagelsesregler og princippet om den manglende idébeskyttelse. Alle disse mekanismer har til formål at skabe en retstilstand, hvor beskyttelsen ikke går for vidt, og hvor ophavsmandens omgivelser har rimelige udfoldelsesmuligheder uanset eneretsbeskyttelsen (se også nærmere nedenfor afsnit 2.1.2). Traditionelt er det opfattelsen, at disse forskellige tiltag tilfører ophavsretten den nødvendige afbalancering. Hvis det imidlertid kan konstateres som en almen tendens, at domstolene tolker de ophavsretlige regler på overraskende, ytringsfrihedsvenlige måder, eller ligefrem lader ytringsfriheden føre til tilsidesættelse af de ophavsretlige regler, tyder det på, at den ophavsretlige balance ikke er optimal, og at ophavsrettens egne afbalanceringsmekanismer ikke fører til den tilstræbte afbalancering. Sager, hvor

53. Se hertil Mads Bryde Andersens indlæg på UBVAs Ophavsretssymposium (2010), "Ophavsret og ytringsfrihed". Tilgængelig som web tv på: <http://ophavsretten-afskaffes.greatdane.dk/?page_id=487> (set den 30. oktober 2016). Se til emnet også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (3. udgave), s. 268, hvor forfatterne advarer mod at anse ytringsfrihed "som en trylleformular, som man bruger til at trylle de ophavsretlige regler, man ikke bryder sig om, væk".

man inddrager ytringsfriheden som selvstændig retskilde i ophavsretten, er dermed egnet til at illustrere, på hvilke punkter en optimal ophavsretlige balance ikke er til stede, og hvor der er grund til at ændre de ophavsretlige regler i mere ytringsfrihedsvenlig retning, hvis balancen skal genoprettes.

Afhandlingen har til formål at give et indblik i forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Hensigten er endvidere at påvise, at det gennem analyser af domspraksis er muligt at identificere, hvilke afvejningskriterier der kan inddrages i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. Afhandlingens analyser skulle gerne bidrage til at identificere områder, hvor den aktuelle ophavsretlige balance ikke er optimal, og hvor der derfor er behov for justeringer. Desuden tilsigter afhandlingen at gøre det mere tydeligt for rets-anvendere, hvilken rolle ytringsfriheden spiller i ophavsretssager, og hvornår det kan være relevant eller irrelevant at påberåbe sig ytringsfrihed i en ophavsretssag. Afhandlingens resultater tilsigter dermed at gøre sager, hvor en part påberåber sig ytringsfrihed, mere forudsigelige. Afhandlingen har derimod ikke til formål at tage stilling til, om det er en god eller dårlig idé at inddrage ytringsfrihed i ophavsretssager. Afhandlingens resultater tilsigter ikke desto mindre at bidrage til, at sådanne overvejelser kan foretages på et mere oplyst grundlag.

Dette leder til afhandlingens to forskningsspørgsmål:

1. Kan kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden lede til problemer, der ikke kan løses inden for det ophavsretlige system selv?
2. Er det muligt at identificere generelle kriterier, der er egnet til at løse kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden i forskellige typer af ophavsretssager?

1.3. Metode

I det følgende redegøres der kort for afhandlingens metode forstået som den metode, der bruges til at besvare afhandlingens to forskningsspørgsmål.

En besvarelse af dem forudsætter, at der indledningsvis sker en beskrivelse *af gældende ret baseret på retskildestudier*. De væsentligste

retskilder inden for dansk ophavsret er traditionelt ophavsretsloven, EU-direktiverne og retspraksis fra danske domstole og EU-Domstolen.⁵⁴ I relation til afhandlingens emne er der desuden grund til at fokusere på Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (charteret) og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). Hertil kommer den retsvidenskabelige litteratur, der ikke mindst på det område, afhandlingen beskæftiger sig med, ofte kan indeholde selvstændige bidrag, der ligger ud over gengivelse og fortolkning af de nævnte, mere primære retskilder. Baseret på studier af de nævnte kilder søger afhandlingen at give en solid beskrivelse af en række tilfælde, hvor ophavsretten og ytringsfriheden har kollideret, med nævnelse af den relevante retspraksis.

Som led i besvarelsen af afhandlingens forskningsspørgsmål forsøges det desuden klarlagt, henholdsvis om ophavsrets-/ytringsfrihedskollisioner leder til problemer, ophavsretten ikke selv kan løse (forskningsspørgsmål 1), og om der kan identificeres kriterier, der er egnet til løsning af kollisionerne (forskningsspørgsmål 2). Denne klarlæggelse kan i sagens natur ikke ske ved rene retskildestudier, men forudsætter drøftelser på et andet plan. Besvarelsen af forskningsspørgsmål 2 må ske ved en form for analytisk abstraktion, hvor det ved sammenligning af forskellige retssager mv. søges klarlagt, i hvilket omfang det er rimeligt at se dem som udtryk for samme kriterier. Besvarelsen af forskningsspørgsmål 1 derimod må nødvendigvis inddrage retspolitiske overvejelser, herunder om, hvilke problemer ophavsretten skal løse, og hvordan man bedst løser dem. Hvis man skal sætte etiketter på afhandlingens metode, kan man udtrykke det sådan, at der sker en klarlæggelse af gældende ret baseret på dogmatiske retskildestudier, hvorpå følger analyser af mere retspolitisk-analytisk art.

Afhandlingens undersøgelser tilrettelægges således:

Kapitel 2 undersøger de interne afbalanceringsmekanismer i ophavsretten. De danske afbalanceringsmekanismer er i høj grad harmoniseret gennem TRIPS-aftalen og EU's direktiv af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (infosoc-direktivet). Foruden de tidli-

54. Sml. Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 23.

gere anførte retskilder gør kapitel 2 derfor også brug af to andre retskilder, nemlig TRIPS-aftalen og de dertil hørende panelrapporter fra WTO's tvistbilægningssystem. Danmark har tiltrådt TRIPS-aftalen, og det er almindeligt anerkendt, at den udgør en relevant retskilde i dansk ret.⁵⁵ Det samme må være tilfældet med panelrapporterne. Formålet med kapitel 2 er at identificere de relevante interne afbalanceringsmekanismer og at fastlægge deres nærmere indhold.

Kapitel 3 skitserer ytringsfrihedens materielle indhold og bagvedliggende rationaler. De primære relevante retskilder vil her være grundlovens § 77, EMRK artikel 10, og charterets artikel 11, samt domspraksis fra de danske domstole, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) og EU-Domstolen. Formålet med kapitlet er at klarlægge nogle af de bagvedliggende hensyn, der kan ligge til grund for de afvejningskriterier, der identificeres senere hen i afhandlingen.

Kapitel 4 undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved EMD. De relevante retskilder vil her være domspraksis fra EMD og retsvidenskabelig litteratur. Kapitlet identificerer først de *generelle afvejningskriterier*, som EMD normalt tillægger betydning i sager om EMRK artikel 10, og der redegøres for afvejningskriterierenes nærmere indhold. Med udgangspunkt i de enkelte identificerede afvejningskriterier undersøges det dernæst, hvilken relevans afvejningskriterierne har i sager, hvor ytringsfriheden kolliderer med ophavsretten.

I *kapitel 5* analyseres forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved EU-Domstolen. Formålet med kapitel 5 er dels at klarlægge, hvordan EU-Domstolen håndterer rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, dels at afdække, om der findes generelle EU-retlige afvejningskriterier, som kan have betydning i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. De relevante retskilder for dette kapitel er især infosoc-direktivet, charteret og domspraksis fra EU-Domstolen.

Kapitel 6 undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden i national europæisk, herunder nordisk ret. Formålet med kapitel 6 er for det første at identificere, hvad det er for afvejningsfaktorer, som de nationale domstole inddrager og tillægger vægt, når ophavs-

55. Se Tværnø/Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, s. 308.

retten og ytringsfriheden kolliderer, og for det andet at undersøge, hvordan forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden håndteres i praksis. De vigtigste retskilder er den danske ophavsretslov, infocodirektivet, charterets artikel 11, EMRK artikel 10, domspraksis fra de danske domstole, EU-Domstolen og EMD.

Kapitel 6 inddrager også retsstof fra *andre lande end Danmark*. Det naturlige udgangspunkt er ganske vist, at udenlandske retskilder ikke har retskildeværdi i Danmark. Når det alligevel er valgt at inddrage udenlandsk materiale i afhandlingen, skyldes det, at de ophavsretlige retskilder i vidt omfang udgør en modifikation til udgangspunktet. De ophavsretlige afbalanceringsmekanismer er i høj grad harmoniseret, dels gennem en række internationale traktater,⁵⁶ dels gennem EU-direktiver.⁵⁷ Dette bevirker, at der i vidt omfang gælder de samme ophavsretlige regler i forskellige lande, og ophavsretlige kilder fra et land kan derfor have en betydelig oplysende værdi ved administration af tilsvarende ophavsretskilder i andre lande. I dansk litteratur om ophavsret henvises der derfor i meget vidt omfang til udenlandsk retskildemateriale. Se som nogle eksempler Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, eller Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret*.

56. De vigtigste internationale traktater, der harmoniserer ophavsretten, er i øjeblikket følgende: Bernerkonventionen af 9. september 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker som revideret, senest i Paris den 24. juli 1971; Rom-konventionen af 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fonogramfremstillere og radioforetagender; Verdenskonventionen om ophavsret af 1952, revideret i Paris i 1971; TRIPS-aftalen som trådte i kraft i 1995; WIPO Copyright Treaty (WCT), som trådte i kraft i 2002 og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) af 1996. For en detaljeret gennemgang af de internationale konventioner se Goldstein/Hughenoltz, *International Copyright*, s. 29 ff., Schønning/Blomqvist, *International Ophavsret*, s. 30 ff., og Blomqvist, *Primer on international Copyright and related rights*, s. 8 ff.

57. På EU-plan er der i skrivende stund udstedt følgende harmoniseringsdirektiver: Direktiv 2014/26/EU (forvaltningsdirektiv), direktiv 2012/28/EU (direktiv om forældreløse værker), direktiv 2011/77/EU (beskyttelsestidsdirektiv), direktiv 2009/24/EF (direktiv om retlig beskyttelse af edb-programmer), direktiv 2006/115/EF (udlejning- og udlånsdirektiv), direktiv 2004/48/EF (håndhævelsesdirektiv), direktiv 2001/84/EF (følgeretsdirektiv), direktiv 2001/29/EF (infocodirektiv), direktiv 96/9/EF (databasedirektiv), direktiv 93/83/EC (viderespredningsdirektiv), direktiv 87/54/EC (halvlederdirektiv).

Der er i øvrigt en generel formodning for, at love baseret på udenlandsk ret skal fortolkes på en sådan måde, at der tages hensyn til, hvad man gør i andre lande.⁵⁸ Således skildret af Ussing i 1932: “Ved Fortolkning af Love som den ny Veksel- og Checklov maa man i videst muligt Omfang *tage Hensyn til, at de er Frugter af internationalt Samarbejde*. Fortolkningen bør derfor tilstræbe et Resultat, der kan tænkes anerkendt internationalt.”⁵⁹

Analysen inddrager også *utrykte domme*. Om det er hensigtsmæssigt at lægge vægt på dem i juridisk litteratur, er et emne, der har tiltrukket sig stor teoretisk opmærksomhed. Hvor højesteretsdomme og langt de fleste principielle landsretsdomme kan findes via diverse tidsskrifter og databaser, adskiller byretsdommene sig ved, at de som bekendt normalt ikke offentliggøres. Byretsdomme kan i stedet typisk kun rekvireres efter kontakt til den pågældende domstol, som mod betaling fremsender et udskrift af dommen. En væsentlig forudsætning for at få adgang til dommen er, at man faktisk kender til dens eksistens, hvilket i sig selv kan være forbundet med udfordringer. Den manglende offentliggørelse af byretsdomme er derfor det væsentligste argument for ikke at tillægge byretsdomme for megen vægt, når gældende ret skal klarlægges.⁶⁰

I denne afhandling er det ikke desto mindre valgt at medtage byretsdomme. Det skyldes dels, at den praksis, der foreligger om forholdet mellem ophavsret og ytringsfrihed, foreløbig er så sparsom, at det taler for at inddrage så mange retskilder som muligt, og dels at de fleste danske ophavsretssager i praksis starter og slutter i byretterne. Tog afhandlingen udelukkende afsæt i højesteretsdomme fra de nordiske lande, ville resultatet give et misvisende billede af virkeligheden. Som det udtrykkes af Smith i 1978: “Hovedgrunden til at man bør beskæftige sig med rettspraksis såvel fra lagmannsrett som fra herred- og byrett, og i langt større grad enn hittil, er ganske enkelt at

58. Tvarnø/Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, s. 267.

59. Ussing, UfR 1932B, 316.

60. Se Kjønsstad, *Noen synspunkter på rettsdogmatisk forskning*, s. 51, hvor forfatteren henviser til Carl August Fleishers udtalelse om, at for “[...] hver enkelt underrettsavgjørelse som er kjent, kan man teoretisk alltid regne med at det finnes minst to i motsatt retning, men som ikke er blitt kjent”.

denne praksis utgjør et viktig stykke norsk virkelighet og særdeles vesentlig del av norsk rettsliv”.⁶¹

Noget tilsvarende gjør sig givetvis gældende i dansk ret. Forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden har desuden karakter af et grundretligt spørsmål, der er reguleret af en række grundrets-traktater, som binder alle de lande, der har tiltrådt dem.⁶² Praksis og teori fra EU-Domstolen, EMD og andre lande vedr. forholdet mellem ophavsret og ytringsfrihed er dermed med til at belyse et grundretligt problem, der også er relevant i Danmark.

I kapitel 7 foretages der en afsluttende analyse, en sammenfatning af afhandlingens analyser samt en perspektivering.

61. Smith, *Statsliv og rettsteori*, s. 34.

62. De vigtigste menneskerettighedskonventioner, der har betydning for forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden, er i skrivende stund: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention af 4. november 1950, FN's konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder af 16. december 1966 og FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder af 16. december 1966. Både ophavsretten og ytringsfriheden er desuden grundretligt beskyttet i FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder af 10. december 1948, der dog ikke er en traktat.

Kapitel 2

Ophavsrettens interne afbalanceringsmekanismer

2.1. Introduktion

I dette kapitel undersøgeres ophavsrettens interne afbalanceringsmekanismer. Formålet med dette kapitel er at identificere de relevante afbalanceringsmekanismer i ophavsretten og at klarlægge deres nærmere indhold. Kapitel 2 skal bidrage til besvarelsen af forskningsspørgsmål 1.

Den danske ophavsretslov beskytter basalt set to ting. For det første har egentlige *litterære og kunstneriske værker* ophavsretlig beskyttelse efter ophavsretslovens kapitel 1 ff. Beskyttelsen gives bl.a. til tekster, kort, film, computerprogrammer mv. Det er en grundbetingelse, at værkerne er *originale*, dvs. skabt af ophavsmanden ved kreativitet.¹

I nyere tid har originalitetskravet været genstand for en omfattende totalharmonisering på EU-plan. Harmoniseringen betyder, at værker skal anses for originale, hvis de er ophavsmandens "egen intellektuelle frembringelse". Harmoniseringen fremgår, for så vidt angår edb-programmer, fotografiske værker og databaser af programdirektivets artikel 1, stk. 3, beskyttelsestidsdirektivets betragtning 16 og databasedirektivets artikel 3, stk. 1. For så vidt angår andre værkstyper, er harmoniseringen foretaget af EU-Domstolen i en række domme, hvorefter værker kun kan være omfattet af infosoc-direktivet, hvis de er udtryk for ophavsmandens egen

1. Generelt om originalitetskravet se Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 76 f., Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 89 ff., og Rosenmeier, NIR 2001, s. 535 ff.

intellektuelle frembringelse. Se f.eks. **C-5/08 2009 (Infopaq)** præmis 37 (“[O]phavsretten efter artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 [kan] kun finde anvendelse i relation til en genstand, der er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.”). Se også **C-393/09 2010 (BSA)** præmis 46 (“[e]n grafisk brugergrænseflade omfattes [...] i sin egenskab af et værk af den ophavsretlige beskyttelse, såfremt den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”). Og se også **de forenede sager C-403/08 og C-429/08 2011 (Premier League)** præmis 155 (“ophavsretten [kan] kun [...] finde anvendelse i forhold til en genstand, der udgør ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”). Der kan også henvises til **C-145/10 2011 (Panier)** præmis 87 ff. (“ophavsretten [...] kan [kun] anvendes i relation til en genstand [...], der er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse [...] en intellektuel frembringelse [betragtes] som ophavsmandens egen, når den afspejler hans personlighed. [...] Dette er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg”). Se tilsvarende **C-406/10 2012 (SAS)**, **C-604/10 2012 (Football Dataco)** og **C-335/12 2014 (Nintendo)**.

Ud over den ophavsretlige beskyttelse af litterære og kunstneriske værker har en række fænomener en såkaldt *naboretlig beskyttelse*. I Danmark fremgår beskyttelsen af ophavsretslovens kapitel 5, der bl.a. beskytter udøvende kunstneres værksfremførelser (§ 65), lydoptagelser, billedoptagelser og radio-/tv-udsendelser (§§ 66 ff.), fotografier (§ 70) og kompilationer (§ 71). Både i forbindelse med de ophavsretligt beskyttede værker og de naboretligt beskyttede fænomener gælder det, at beskyttelsen opstår, så snart der er skabt noget, der lever op til lovens betingelser, uden at det er nødvendigt at registrere retten el.lign. Retserhvervelsen er med andre ord *formløs*.²

Ophavsretten udstyrer ophavsmanden med dels *økonomiske* enerettigheder (§ 2), dels *ideelle* rettigheder (§ 3). De økonomiske enerettigheder bevirker, at ophavsmanden har eneret til eksemplar-fremstilling og til at gøre værket tilgængeligt for almenheden ved

2. Se Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 75. For de egentlige værkers vedkommende udspringer princippet om den formfrie beskyttelse af Bernerkonventionen (1971), artikel 5(2), 1. pkt.

eksemplarspredning, eksemplarvisning og offentlig fremførelse. De ideelle rettigheder efter § 3 består dels i en faderskabsret (§ 3, stk. 1), dels en respektret (§ 3, stk. 2). Faderskabsretten går ud på, at ophavsmanden har krav på at blive navngivet i overensstemmelse med god skik ved eksemplarfremsstilling og tilgængeliggørelse for almenheden. Respektretten tillader ophavsmanden at modsætte sig krænkende ændringer af sit værk og brug af det på krænkende måder eller sammenhænge. I modsætning til de økonomiske rettigheder er de ideelle rettigheder som udgangspunkt uoverdragelige. Ophavsmanden kan dog overdrage dele af sine ideelle rettigheder, såfremt det gælder “en efter art og omfang afgrænset brug af værket”, jf. OHL § 3, stk. 3.

2.1.1. Ophavsrettens bagvedliggende rationaler

2.1.1.a. Hensynet til ophavsmandens arbejdsindsats

Et af ophavsrettens bagvedliggende rationaler udspringer af idéen om, at ophavsmanden skal have rimelig adgang til at høste frugterne af sit arbejde. Hensynet antages bl.a. at kunne føres tilbage til naturretlige forestillinger, herunder den britiske filosof John Lockes “arbejdsteori”, dvs. en teori om, at arbejdet begrundet ejendomsretten, og at personer, der udfører et stykke arbejde, har et naturretligt krav på arbejdsresultatet. Lockes arbejdsteori er fremført i Locke, *Two Treatises of Government*, s. 200 § 27. Forfatteren udtalte bl.a., at ...

“Though the Earth, and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has a *Property* in his own *Person*: This no Body has any Right to but himself. The *Labour* of his Body, and the *Work* of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his Labour with it, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his Property. It being by him removed from the common State Nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common Right of other Men. For this *labour* being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a Right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others.”³

3. Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 42,

Ideen om, at den enkelte forfatter eller kunstner bør høste æren for sit værk, kan dog spores længere tilbage end til Locke.⁴ I ophavsretlig litteratur henvises i den forbindelse ofte til en slags “ophavsrets-sag” fra år 560. I sagen havde munken Columbanus uden tilladelse kopieret en håndskrevet salmebog tilhørende en abbed Finnian, og spørgsmålet var, hvem af parterne der ejede kopien. Sagen blev afgjort af den irske konge, som gav abbeden medhold med begrundelsen “Som kalven hører til koen hører kopien til originalen”.⁵ Se i samme retning Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, s. 18, hvor forfatteren beskriver, hvordan det “mishagede den romerske digter Marcus Valeris Martialis (40-100 e. kr.) [...] stærkt, når andre tiltog hans digte – hans åndelige børn – og han lignede da dette ‘tyveri’ med forbrydelsen menneskerov, ‘plagium’.” Samme forfatter skildrer et andet sted, hvordan man “i ældre eskimokulturer [...] respekterede ophavsretten på den måde, at en eskimo ikke ville synge en anden mands sang.”⁶ Arbejdsteorien synes navnlig at skinne igennem i engelsk ophavsret, hvor hensynet også er blevet brugt til at forklare originalitetskravet.⁷ Efter traditionel engelsk terminologi anses originalitetskravet således for opfyldt, når ophavsmanden har præsteret en vis mængde “skill and labour” mv.⁸

med henvisning til Nozick, *Anarchy, state, and utopia*, s. 175. Nozick stiller sig kritisk over for Lockes synspunkt om, at ejendomsretten opstår, blot man tilføjer sin arbejdskraft. Han illustrerer det på følgende måde: “Why does mixing one’s labour with something make one the owner of it? [...] If I own a can of tomato juice and spill it in the sea so that its molecules (made radioactive, so I can check this) mingle evenly throughout the sea, do I thereby come to own the sea, or have I foolishly dissipated my tomato juice? Perhaps the idea, instead, is that laboring on something improves it and makes it more valuable; and anyone is entitled to own a thing whose value he has created.” (s. 174-175).

4. Strömholm, *Copyright – National and International Development*, s. 2.

5. Schønning, NIR 2009, s. 1 f. Det originale votum er citeret på originalsproget i Rosenmeier, *Ophavsret for begyndere*, s. 25 (“La gach boin an boinin, le gach leabhor a lebhrian”). Om sagen i øvrigt se en række henvisninger til retshistorisk litteratur i sidstnævnte værk anf. sted.

6. Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, s. 17. For flere eksempler se Rosenmeier, *Ophavsret for begyndere*, s. 24 ff., og Schønning, NIR 2009, s. 2 ff.

7. Se Birnhack, *Copyrighting Speech*, s. 50, der som eksempel nævner sagen [1964] 1 W.L.R. 273 (Ladbroke (Football) Ltd. v William Hill (Football) Ltd.) (se især dommen s. 277 f.).

8. Jf. udførligt Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 94 ff.

2.1.1.b. Hensynet til ophavsmandens moralske interesser

Et andet hensyn bag ophavsretten er hensynet til ophavsmandens moralske rettigheder. Man taler i den forbindelse om, at ophavsretten kan ses som udtryk for en *personlighedsretsteori*.⁹ Personlighedsretsteorien kan groft sagt udtrykkes sådan, at lovgiver gennem juridiske regler skal sikre varetagelsen af en række helt basale menneskelige behov. Det er især behovet for selvrealisering, det personlige udtryk og menneskets værdighed, der her er i fokus.¹⁰ I ophavsretten kommer personlighedsretsteorien tydeligst til udtryk i form af de ideelle rettigheder.¹¹ Den personlighedsretlige tænkemåde kommer også til udtryk i FN's Verdenserklæringens artikel 27, stk. 2, hvor det hedder 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.”¹²

Personlighedsretsteorien har historisk set især præget kontinental-europæisk ophavsret.¹³

2.1.1.c. Hensynet til samfundet

Et tredje rationale bag ophavsretten er et generelt samfundshensyn. Ophavsretten skal fungere som en *incitamentsmotor for innovation og kreativ virksomhed*. Hensynet udspringer af en utilitaristisk tankegang.¹⁴ Anvendt på ophavsret er det utilitaristiske grundsynspunkt, at

9. For mere om personlighedsretten se Schroeder, U.Miami L.Rev. 2005, s. 453-504. Om personlighedsretshensyn bag ophavsretten se også Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 67 ff., 95 ff. og 109 ff. For en generel introduktion til de forskellige teories indflydelse på immaterialretten se Fisher, *Theories of Intellectual Property Law*.

10. Se Leaffer, *Understanding Copyright Law*, s. 20.

11. Se bl.a. *ibid.*, s. 20, Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 44, og Fisher, *Theories of Intellectual Property Law*, s. 171. Generelt om ophavsrettens eksistensberettigelse se Koktvedgaard, NIR 1975, s. 294 ff., og Blomqvist, *Ophavsrettens eksistensberettigelse*, s. 63 ff.

12. Se også Kase, *Copyright thought in continental Europe*, s. 8.

13. Om naturrettens indflydelse på immaterialretten se Leaffer, *Understanding Copyright Law*, s. 17 ff.; Fisher, *Theories of Intellectual Property Law*, s. 171 ff. og Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 43 f.

14. En central afhandling på området er Bentham, *A manual of political economy*. Om den utilitaristiske teoris indflydelse på immaterialretten se også Knoph, *Ånds-*

beskyttelsen virker som økonomisk gulerod i forhold til rettighedshavere, hvilket øger produktionen af værker, hvilket i sidste ende øger den samlede samfundsmæssige velfærd. Efter en utilitaristisk tankegang er den optimale ophavsretsbeskyttelse nået, “[...] når eneretten er netop så stærk, at den belønning, som rettighedshaveren kan opnå, er tilstrækkelig til, at han vil iværksætte den pågældende innovationsaktivitet”.¹⁵

Incitamentsteorien fremgår bl.a. af verdens første ophavsretslov, den engelske Statute og Anne.¹⁶ Det hedder her, at loven gives “for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books”. Incitamentshensynet fremgår også af den amerikanske forfatning artikel 1, section 8, clause 8, hvor det hedder at “The Congress shall have power [...] to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”. Ræsonnementet bag artikel 1, section 8, er dels, at offentligheden i en eller anden udstrækning nyder godt af ophavsmændenes kreative indsats, og dels at ophavsretten er et nødvendigt instrument til at stimulere den kreative indsats.¹⁷ At den amerikanske ophavsret afspejler denne tankegang, har den amerikanske højesteret også understreget flere gange. Se til illustration den ledende dom **Mazer v. Stein, 327 U.S. 201 (1954)**, s. 219, hvor retten udtalte, at “The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in ‘Science and useful Arts.’” Se også **Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151 (1975)**, s. 156, hvor domstolen udtalte, at “[t]he immediate effect of our copy-

retten, s. 7, Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 45 f., Leaffer, *Understanding Copyright Law*, s. 17 ff. og Landes/Posner, *The Journal of Legal Studies* 1989, s. 325-363.

15. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 45 f. For en kritik af den utilitaristiske model se Derclaye, *What can intellectual property law learn from happiness research?*, s. 177 ff.
16. The Statute of Anne blev vedtaget i England tilbage i 1710. Flere steder i den juridiske litteratur står loven omtalt som Statute of Anne 1709. Det meste korrekte er dog at bruge årstallet 1710. Forklaring i Teilmann-Lock, *British and French Copyright*, s. 28 (fodnote 23).
17. Nimmer, *UCLA L.Rev.* 1969, s. 1186.

right law is to secure a fair return for an “author’s” creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good”. Og sidst, men ikke mindst **Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises**, 471 U.S. 539 (1985), s. 558, hvor det hedder, at “In our haste to disseminate news, it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas.” Se også Jehoram, E.I.P.R. 1984, s. 5, hvori forfatteren skildrede, hvordan “[c]opyright lawyers should show more sensitivity to one of the very functions of copyright: To secure the freedom of expression and information”.

2.1.2. Ophavsretten skal balancere

Ophavsretten bæres altså af de overordnede hensyn, der er nævnt ovenfor. Samtidig hviler ophavsretten på det grundsynspunkt, at en optimal ophavsret er en *afbalanceret* ophavsret, som både tager hensyn til rettighedshaverne og brugere. Der er især to vigtige grunde til, at ophavsretten skal balancere.

For det første er balancen en grundlæggende forudsætning for incitamentsteorien. Hvis ikke der eksisterer en rimelig balance mellem rettighedshavere og brugere, kan incitamentsteorien ikke overbevisende legitimere ophavsretten. Alle står på skuldrene af deres forgængere, og værksskabelse forudsætter derfor, at de skabende ophavsmænd kan bruge andres værker i rimeligt omfang, herunder ved at citere fra dem, bruge deres ideer mv. eller genbruge historiske tekststykker mv. Hvis man gør beskyttelsen for stærk og omfattende, vil man imidlertid besværliggøre ophavsmændenes brug af andres værker på en måde, der til sidst vil hæmme skabelsen af deres egne. Med en retsøkonomisk terminologi vil man, hvis man styrker beskyttelsen for meget, øge de transaktionsomkostninger, der er forbundet med værksskabelse, på en uacceptabel måde. For stærk beskyttelse hæmmer snarere end fremmer fremtidig værksskabelse.

Se bl.a. Riis: *Ophavsret og retsøkonomi*, s. 77, jf. s. 91. Se også Landes/Posner, *The Journal of Legal Studies* 1989, s. 342 ff. Se også i samme retning Geiger, E.I.P.R. 2006, s. 367, hvor forfatteren konkluderer: “if the needs of the public (for example new ideas,

diverse/active cultural life ...) are accepted as a justification for the existence of copyright, the latter has to be designed in such a way that it serves society. In order to do so, it has to be subjected to certain limits. The interests of the public are thus a reason for granting protection but also a reason for limiting it.”

En anden grund til, at balancen er vigtig, er, at en afbalancering af ophavsretten er med til at styrke ophavsrettens legitimitet, forstået som befolkningens anerkendelse af ophavsretten som en ret der skal respekteres. Hvis man vil have befolkningen til at respektere ophavsretten er det helt essentielt, at de ophavsretlige regler afspejler udviklingen i det omkringlæggende samfund. At det hænger sådan sammen, er bredt antaget i den retsvidenskabelige litteratur.

Se blandt andet Riis, *Ophavsrettens strukturelle problemer*, s. 54, der beskriver, hvordan “[...] ophavsrettens legitimitet i vid udstrækning knytter sig til retsreglernes evne til at øge nytten i samfundet – jo større nytte samfundet har af reglerne, des større legitimitet har de.” Se også Geiger, E.I.P.R. 2006, s. 366, der med en henvisning til oplysningstiden skildrer, hvordan retten kun kan være “... solid and lasting as long as it is in harmony with the society which it is supposed to reflect.” Og Helfer, Int’l Intell.Prop.L. & Pol’y. 2001, s. 3, der skildrer, hvordan fortolkningen af indskrænkninger og undtagelser er “[...] such an important task because the clauses serve as the principal means by which national governments strike a balance between the rights of copyright owners and other important societal goals, including the proliferation of knowledge and art, freedom of expression, and the enhancement of culture.”¹⁸

2.2. Udvalgte afbalanceringsmekanismer

Traditionelt er afbalanceringen af ophavsretten sikret gennem en række *interne afbalanceringsmekanismer*. Nogle af dem har karakter af indskrænkninger til ophavsretten, f.eks. regler om citat mv.¹⁹ Andre

18. (citeret i Correa, TRIPS-Kom., s. 134 f.).

19. Internationalt sonderer man af og til mellem “undtagelser fra” og “indskrænkninger i” ophavsretten. Se f.eks. Schønning/Blomqvist, *International Ophavsret*, s. 312. Der er dog pt. ikke nogen fast international praksis vedr. terminologien, jf. Kur, Rich. J. Global L. & Bus. 2008, s. 290 f. I dansk bruges begreberne ty-

afbalanceringsmekanismer kan ligge i de ophavsretlige beskyttelses- og krænkellesbetingelser, regler om ophavsrettens tidsbegrænsning mv.

Ophavsretssager, hvor ytringsfriheden tillægges betydning, vil ofte aktualisere nogle ganske bestemte afbalanceringsmekanismer: (1) principper om, hvornår værker krænker andre, der ikke er identiske med dem, ofte anset for at vedrører beskyttelsens "bredde"; (2) udtrykkelige regler, der indebærer indskrænkninger i ophavsretten, herunder om lovlig citering mv.; og (3) visse ulovbestemte indskrænkninger, herunder om parodiens lovlighed mv. Inddragelsen af ytringsfrihedshensynet vil så i visse sager ske på den måde, at ytringsfriheden leder til særlige tolkninger af de nævnte regler. I andre tilfælde er sagen den, at de nævnte afbalanceringsregler umiddelbart ikke kan lovliggøre sagsøgtes adfærd, hvorpå retten ikke desto mindre frifinder for krænkelse med henvisning til ytringsfriheden. I begge situationer er det typisk de nævnte regler, der påvirkes af ytringsfrihedshensyn. I mange tilfælde må man derfor se de sager, der tillægger ytringsfriheden vægt på ophavsrettens bekostning, som udtryk for, at de nævnte regler ikke internaliserer ytringsfriheden tilstrækkeligt, og ikke skaber den interne afbalancering, som de har til formål at skabe.

De pågældende regler skildres nedenfor.

2.2.1. Beskyttelsens bredde

Ophavsretsloven giver ophavsmanden eneret til at råde over værket i forskellige henseender, jf. ovenfor 2.1. Hvis andre gør det uden tilladelse, krænkes ophavsretten. I en række tilfælde sker krænkelsen ved, at tredjemand råder over fænomener, der er identiske med det værk, ophavsmanden oprindeligt skabte. Det er f.eks. tilfældet, hvis nogen uden tilladelse fotokopierer en beskyttet tekst eller lægger en kopi af et beskyttet billede på nettet. Ophavsretskrænkelser kan imidlertid også foreligge, selvom det fænomen, som tredjemand råder over, ikke er identisk med det oprindelige værk, hvis det minder om det. Det kan f.eks. være en krænkelse at filmatisere et litterært værk eller omforme det til en tegneserie. Man udtrykker det somme tider sådan, at den ophavsretlige beskyttelse har en vis "bredde" eller

pisk som synonyme jf. f.eks. Schønning, *OPHL-Kom.*, s. 227, hvor forfatteren beskriver, at "[u]dtrykkene indskrænkninger og undtagelser er synonyme".

“beskyttelsessfære”.²⁰ Samtidig er det givet, at det ikke er enhver brug af et værk, der er krænkende. Det er almindeligt kendt, at langt de fleste, ophavsretligt beskyttede fænomener i et eller andet omfang bygger på tidligere fænomener. En forfatter vil (bevidst eller ubevidst) være inspireret af de bøger, han selv har læst, ligesom en kunstmaler vil være inspireret af de malerier, han selv har oplevet i løbet af sit liv.²¹ Det er derfor vigtigt, at den ophavsretlige beskyttelses bredde afgrænses på en rimelig og fornuftig måde, sådan at beskyttelsen ikke bliver for vidtgående.

Man har derfor forsynet den ophavsretlige krænkelseslære med en række afbalanceringsmekanismer, der skal modvirke, at den ophavsretlige beskyttelse bliver for bred.

De pågældende afbalanceringsmekanismer går ud på følgende:

2.2.1.a. Kravet om en identitetsoplevelse

Identitetsoplevelseskravet går ud på, at der skal foreligge en passende grad af identitet mellem det oprindelige værk og fænomen nr. 2, før der kan statueres krænkelse. Princippet er blandt andet omtalt i lovmotiverne til § 1 i 1961-loven, hvor det hedder, at “[...] beskyttelsen

20. Se f.eks. Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 486 ff., og Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 208, og Schønning, OPHL-Kom., s. 141.

21. Se også lovmotiverne til 1961-lovens § 4, stk. 2, hvor det hedder, at det som regel for en kunstner “*vil være en selvfølgelig ting, at han i sin skabende virksomhed lader sig inspirere og påvirke af tidligere tiders kunst eller af samtidens*”. Observationen er også skildret af Justice Story i den amerikanske dom Emerson v. Davies, F. Cas. 615 (1845), s. 619: “In truth, in literature, in science and in art, there are, and can be, few, if any, things, which, in an abstract sense, are strictly new and original throughout. Every book in literature, science and art, borrows, and must necessarily borrow, and use much which was well known and used before. No man creates a new language for himself, at least if he be a wise man, in writing a book. He contents himself with the use of language already known and used and understood by others. No man writes exclusively from his own thoughts, unaided and uninstructed by the thoughts of others. The thoughts of every man are, more or less, a combination of what other men have thought and expressed, although they may be modified, exalted, or improved by his own genius or reflection. If no book could be the subject of copyright which was not new and original in the elements of which it is composed, there could be no ground for any copyright in modern times, and we should be obliged to ascend very high, even in antiquity, to find a work entitled to such eminence.”

omfatter værket i alle de skikkelser, det kan antage uden at tabe sin identitet.”²² Der eksisterer ikke nogen fast definition af princippet indhold.²³

Se hertil f.eks. Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, s. 119, hvor forfatteren beskriver, hvordan det centrale er, i hvilket omfang dommeren anser de to fænomener “som værende det samme”. I Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 209, hedder det, at “værkerne skal ligne hinanden” og at “identitetsvurderingen skal være saglig, rimelig og objektiv.”

2.2.1.b. Der kræves efterligning

Det er desuden en krænkelsesbetingelse, at der er sket *efterligning*,²⁴ dvs. at værk nr. 2 skal være frembragt med afsæt i værk nr. 1. Omvendt vil det være udelukket at statuere krænkelse, hvis skaberen af værk nr. 2 ikke havde kendskab til værk nr. 1. Man siger også, at ophavsretten er en *efterligningsbeskyttelse* og ikke en *prioritetsbeskyttelse*.²⁵

2.2.1.c. Det overtagne skal være selvstændigt beskyttet

Som sagt ovenfor 2.1. kan værker kun beskyttes, hvis de i sig selv opfylder et krav om originalitet. Det ligger desuden fast, at et værk kun krænker et andet, hvis det, som det påstået krænkende værk har til fælles med det beskyttede værk, *selvstændigt opfylder originalitetskravet*. Dette princip, der førhen var fulgt i retspraksis i en række lande, er nu også anerkendt af EU-Domstolen.

Se **C-5/08 (Infopaq)** præmis 38 f. og 47 f., de forenede sager **C-403/08 og C-429/08 (Premier League)** præmis 159 og **C-355/12 (Nintendo)** præmis 22. Fra dansk retspraksis se bl.a. **UfR 1961.1027 H** (spisebestik, hvis originalitet i sammensætningen af et ubeskyttet rillemotiv og bestikkets øvrige dele, var ikke krænket

22. FT 1959/60, A, sp. 2683.

23. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 209.

24. Jf. nærmere Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 210 f.

25. Se f.eks. Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, s. 134, der konkluderede, at “[o]phavsretten må og skal beskrives som en ren efterligningsbeskyttelse.”

af nogle bestik, der højst havde efterlignet rillemotivet, men ikke den originale sammensætning) og **UFR 2015.979 H (STEVE stolen)** og **UFR 2015.992 H (DAN stolen)** (TRIPP TRAPP barnestol ikke krænkede af lignende stole ud fra en “helhedsbedømmelse baseret på de formelementer, der er særegne for TRIPP TRAPP stolen”).²⁶

2.2.1.d. Princippet om den manglende idébeskyttelse

Krænkelservurderinger reguleres endelig af princippet om den manglende idébeskyttelse. Det er et internationalt anerkendt princip, der går ud på, at rene idéer og principper ikke nyder ophavsretlig beskyttelse, og at det derfor ikke krænker et værk at efterligne dets ideer og principper. Det er eksempelvis på grund af princippet om den manglende idébeskyttelse, at en forfatter, der har skrevet en bog om dreng, der kan trylle, ikke kan forhindre, at andre gør det samme. Han kan højst forhindre andre i at efterligne hans bog på en mere konkret måde.

Princippet om den manglende idébeskyttelse følger både implicit og eksplicit af en række internationale traktater. Princippet følger implicit af Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1, hvor beskyttelsens genstand er nærmere afgrænset til “litterære og kunstneriske værker”. Princippet følger eksplicit af TRIPS-aftalens artikel 9, stk. 2, hvor den ophavsretlige beskyttelse er afgrænset til “expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such”. Princippet følger også eksplicit af WCT artikel 2, der har overtaget ordlyden fra TRIPS-aftalens artikel 9, stk. 2.

I dansk ret følger princippet om den manglende idébeskyttelse eksplicit af ophavsretslovens § 4, stk. 2, der har følgende ordlyd:

“[...] *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.”

Ophavsretslovens § 4, stk. 2, er indført med det formål at understrege princippet om den manglende idébeskyttelse.²⁷ I praksis nævnes prin-

26. Læs mere i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 211 ff.

27. Se lovmotiverne til 1961-loven s. 2696, hvor det om § 4, stk. 2, hedder, at bestem-

cippet om den manglende idébeskyttelse oftest i det, man kan kalde *bearbejdelsessager*, dvs. alle de krænkelssager, hvor der ikke er tale om en fuldkommen identisk kopiering.

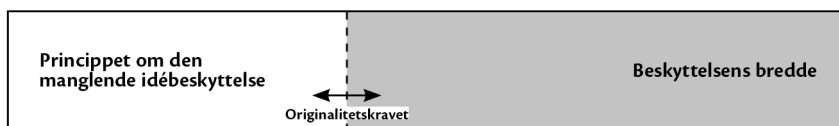
Se blandt andet **UfR 1999.1762 Ø (Kvit eller dobbelt)**, hvor Østre Landsret fandt, at Danmarks Radio med sit program "Kvit eller Dobbelt" havde efterlignet det engelske tv-quizprogram "Who Wants To Be A Millionaire" i en sådan grad, at der var sket en krænkelse af Markedsføringslovens § 1. Ifølge fogedrettens kendelse (som blev stadfæstet af Østre landsret) var der derimod ikke tale om en krænkelse af ophavsretsloven, fordi "[...] et tv-format er en samling idéer og principper, som isoleret set ikke ydes ophavsretlig beskyttelse." Se også **UfR 2012.1543 V (Hjem-is-bilen)**, hvor fogedretten i Sønderborg udtalte, at et "[...] forretningskoncept, hvorefter der drives virksomhed med omførsel af konsumis i dertil indrettede isbiler til forbrugerne, udgør et idegrundlag, der ikke som helhed er ophavsretligt beskyttet."

Princippet om den manglende idébeskyttelse er tæt sammenvævet med originalitetskravet. Det er således et traditionelt grundprincip, at *beskyttelsens bredde afhænger af originalitetsgraden*.²⁸ Beskyttelsens bredde er ikke nogen fast masse, men en elastisk størrelse, der, afhængig af værkets originalitet, kan udvide sig (beskytte meget) eller trække sig sammen (beskytte lidt). Jo mere originalt et fænomen er, jo større bliver værkets beskyttelsessfære, og jo mindre skal der til for

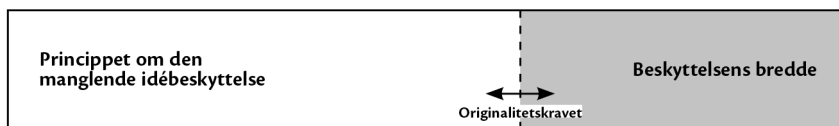
melsen er "[...] overflødig, idet det følger af den almindelige regel i lovforslagets § 1, at ophavsret erhverves, når et litterært eller kunstnerisk værk frembringes, uden at der foreligger en bearbejdelse af et andet værk. Det kan dog have en vis betydning, at man understreger det forhold, at det for en kunstner som regel vil være en ganske selvfølgelig ting, at han i sin skabende virksomhed lader sig inspirere og påvirke af tidligere tiders kunst eller af samtidens. Hvis blot hans værk opfylder kravene med hensyn til nyhed og selvstændighed, vil det opnå en af ophavsretten til andre værker uafhængig beskyttelse, selvom det indeholder stilelementer, idéer eller kunstneriske effekter, som kan spores tilbage til andre ophavsmænds værker."

28. Se Udsen, *De informationsretlige grundsætninger*, s. 488, hvor forfatteren opstiller en generel grundsætning om, at "jo større indsats der ligger til grund for informationen, jo bredere beskyttelse tildeles informationen [...]" Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterielret* (4. udgave), s. 216, der omtaler princippet som "[...] en juridisk sikkerhedsventil, der bl.a. skal sørge for, at beskyttelsen ikke går for vidt".

at krænke det (se figur 2.1 nedenfor). Og omvendt, jo mindre originalt et fænomen er, jo mere skal der til for at krænke det (se figur 2.2 nedenfor). Dermed får mængden af originalitet betydning for, hvor grænsen går mellem beskyttede indslag og ubeskyttede ideer. Ved værker, der kun har lille originalitet og kun beskyttes mod nærgående efterligning, trækkes således en snæver grænse mellem beskyttet udtryk og ubeskyttede ideer.



Figur 2.1. Et fænomen med “meget” originalitet.



Figur 2.2. Et fænomen med “lidt” originalitet.

I praksis har det altid været overladt til de nationale domstole at fastsætte den nærmere grænse mellem fri benyttelse og ulovlig krænkelse gennem et konkret skøn. Befinder fænomen nr. 2 sig uden for fænomen nr. 1's beskyttelsesområde, er der ikke sket en krænkelse. Det er i denne situation, man i dansk ret taler om, at frembringelsen er sket gennem *lovlig fri benyttelse af et andet*, jf. OPHL § 4, stk. 2. Befinder fænomen nr. 2 sig derimod *inden for* fænomen nr. 1's beskyttelsesområde, er der som udgangspunkt sket et indgreb i eneretsbeskyttelsen efter OPHL § 2.

Princippet om, at beskyttelsens bredde afhænger af originaliteten, har muligvis fået modspil af EU Domstolen i **C-145/10 2011 (Panier)**. En østrigsk domstol havde givet et enkelt portrætfotografi snæver beskyttelse, hvorpå EU Domstolen blev spurgt, om fotografier, herunder portrætter, ved hvis optagelse der var få udformningsmuligheder, har en svagere beskyttelse end andre. Hertil svarede domstolen bl.a., at når det er slået fast, at et værk er originalt, afhænger beskyttelsesomfanget ikke af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker, jf. nærmere præmis 93 ff. I dansk ophavsretslitteratur er det på den baggrund blevet gjort gældende, at EU Domstolen med dens udtalelser i **C-145/10 2011 (Panier)** har harmoniseret krænkelssvurderingen.²⁹ Det menes således af Rosenmeier/Schovsbo, UfR 2015B, s. 183 f., at “[...] kriteriet om, at originalitetsgraden har betydning for beskyttelsens bredde (”stort værk stor beskyttelse”, ”lille værk lille beskyttelse”), er svært at forene med kravet i præmis 96 om, at beskyttelse skal være ”vid”, og bemærkningerne i præmis 97 om, at beskyttelsen ikke er afhængig af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne.” Forfatterne skildrer også et andet sted, at det er “[...] nærliggende at tolke dommen som udtryk for, at beskyttede værker generelt har samme beskyttelsessfære, og at principper om, at nogle værker kun beskyttes mod nærgående efterligning, ikke længere kan opretholdes.”³⁰

2.2.2. Indskrænkninger

Ophavsretten er også understøttet med andre afbalanceringsmekanismer i form af lov- og ulovbestemte *indskrænkninger*. Indskrænkningernes formål er, ligesom principperne om beskyttelsens bredde, at sikre en rimelig balance mellem rettighedshavere og brugere.

Indskrænkningerne kan inddeles i tre hovedkategorier: *Fribrugsregler*, *tvangslicensregler* og *aftalelicensregler*.³¹ Kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden synes umiddelbart kun at aktualisere de

29. Se Rosenmeier/Schovsbo, UfR 2015B, s. 183, hvor forfatterne anfører, at “[d]ommen [tilsyneladende] indebærer [...] en harmonisering af krænkelssbedømmelsen, som skal følge de hensyn og principper, som kan udledes af præmis 96, 97 og 99.”

30. Ibid., s. 184.

31. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 234.

såkaldte fribrugsregler. Fribrugsreglerne har stor betydning i praksis, fordi det er de regler, der automatisk legitimerer visse eneretsbeskyttede handlinger, uden at man behøver at spørge rettighedshaveren om lov, og uden at man behøver at betale for det.

Fælles for alle indskrænkningerne er, at der gælder nogle grundlæggende betingelser før de kan bruges. Derudover har hver indskrænkning også typisk sine egne specifikke betingelser. For at undgå repetitioner af fællesbetingelserne følger en kort redegørelse her.

I dansk ret skal en handling traditionelt opfylde en række betingelser, før den kan legitimeres af en indskrænkning. For det første skal det fænomen, som handlingen vedrører, have kvalificeret sig til beskyttelse efter ophavsretsloven. For det andet skal handlingen udgøre et indgreb i eneretsbeskyttelsen. For det tredje skal handlingen respektere ophavsmandens ideelle rettigheder jf. ophavsretslovens § 3. For det fjerde skal handlingen respektere de betingelser, der findes oplyst i ophavsretslovens § 11. Efter denne bestemmelse er det blandt andet ikke tilladt at ændre værket i *videre udstrækning, end den tilladte brug kræver*, ligesom det også er et krav, at kilden angives i overensstemmelse med god skik. Efter § 11 kan de indskrækningsbestemmelser, der legitimerer eksemplarfremsstillinger, i øvrigt heller ikke aktiveres, hvis handlingen vedrører et ulovligt værk (kravet om lovligt forlæg).

De indskrænkninger, der er mest relevante i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer, er følgende:

2.2.2.a. Citatregler

Det er for det første et ophavsretligt grundprincip, at det er tilladt at *citere* fra beskyttede værker, jf. for så vidt angår dansk ret ophavsretslovens § 22, der har følgende ordlyd:

“Af et offentliggjort værk er det tilladt at citere i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet.”³²

I daglig tale betyder udtrykket “citater” en “[...] ordret gengivelse af et kortere tekstafsnit eller et mundtligt udsagn.”³³ Ifølge Schovsbo/

32. Den nuværende artikel 22 svarer til den tidligere § 14, stk. 1, i ophavsretsloven fra 1961,

33. Den Store Danske, online ordbog <http://www.denstoredanske.dk/Sprog,_relig>

Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave) betyder det ophavsretlige citatbegreb ikke helt det samme. I stedet betyder det, “[...] at man overtager en lille del fra et værk og bruger den i en større sammenhæng, typisk i et andet værk”.³⁴

Citatreglen er hjemlet i Bernerkonventionens artikel 10, stk. 1, hvorefter citater kun er tilladte, såfremt de værker, der citeres fra, er “[...] lovligt [...] gjort tilgængelige for almenheden”, “[...] i overensstemmelse med god skik”, og hvis citaterne “[...] med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad der berettiges af formålet”.³⁵ I den retsvidenskabelige litteratur er der ikke enighed om, hvorvidt Bernerkonventionens artikel 10, stk. 1, er fakultativ eller obligatorisk for unionslandene.³⁶ Diskussionen har dog mistet sin retlige relevans for EU-landene, da citatreglen med vedtagelsen af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra d, udtrykkeligt blev gjort til en valgfri indskrænkingsbestemmelse, jf. udtrykket “kan” i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2. Efter bestemmelsen er det kun tilladt at citere, såfremt citatet foretages “[...] med henblik på formål som kritik eller anmeldelser”. Citatreglens indhold er harmoniseret gennem domspraksis fra EU-Domstolen, der blandt andet har slået fast, at citatreglen skal fortolkes i lyset af Bernerkonventionens regler, jf. bl.a. **C-145/10 2011 (Panier)**, hvor domstolen i lyset af Bernerkonventionens artikel 10, stk. 1, kom frem til, at udtrykket “mise à la disposition du public” i den franske version af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra d, skulle “[...] forstås den omstændighed, at værket gøres tilgængeligt for almenheden.”³⁷

Citatreglen aktualiseres kun, når følgende betingelser er opfyldt. For det første kræves det, at de generelle betingelser for brug af indskrænkingsbestemmelser – jf. de indledende bemærkninger i afsnit 2.2.2 ovenfor – er opfyldt. Efter ophavsretslovens § 22 forudsætter et

gion_og_filosofi/Sprog/Fremmedord/c-ck/citat?highlight=citat> (sidst set 5. februar 2017).

34. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 269.

35. Se Bernerkonventionen af 9. september 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker som revideret, senest i Paris den 24. juli 1971 artikel 10, stk. 1. Den oprindelige franske version af § 10, stk. 1, kan tilgås her <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/fr/berne/trt_berne_009fr.pdf> (sidst set 5. februar 2017).

36. Se Schønning/Blomqvist, *International Ophavsret*, s. 314 f.

37. Se C-145/10 2011 (Panier), præmis 124-128.

lovligt citat derudover, at det, der citeres fra, skal være *offentliggjort*, at citatet skal være *i overensstemmelse med god skik*, og at der kun må citeres *i det omfang, som betinges af formålet*. Ifølge Schønning, *OPHL-Kom.*, s. 335 smelter de sidste to betingelser ofte sammen til et samlet “loyalitetsskrav”. Citatretten er en såkaldt *retlig standard*, hvilket betyder, at den overlader et bredt skøn til domstolene.³⁸ Den bagvedliggende tanke er, ifølge lovmotiverne til 1995-loven (§ 22), at sikre “[...] at domstolene på en smidig måde vil kunne tage hensyn til den tekniske og samfundsmæssige udvikling.”³⁹

Se også lovmotiverne til 1961-loven, hvorefter citatretten “[...] hovedsageligt [er] baseret på hensynet til ophavsmændene og til den betydning, det har for dem i deres arbejde at kunne gengive stykker af tidligere offentliggjorte værker.”⁴⁰ Vigtigheden af citatretten er senere hen blevet uddybet, bl.a. i Betænkning nr. 1197: *Slutbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen* (1990), hvor citatretten omtales som “[...] en meget vigtig undtagelse fra de ophavsretlige enerettigheder. I et samfund som det danske, hvor en fri offentlig debat har en høj prioritet, ville det være ødelæggende, hvis ophavsretten hindrede spredning af autentiske informationer om, hvad der i forskellige sammenhænge tilkendes gives offentligt.”⁴¹ Et andet sted i samme betænkning hedder det, at “[...] der er et behov for en sådan regel [tydeligt ses] ved videnskabelige værker samt i forbindelse med den almindelige politiske, kulturelle og samfundsmæssige debat. Her er det åbent, at en skribent, som f.eks. vil kritisere og kommentere nogle synspunkter, fremsat af en anden debattør, må være berettiget til at gengive dennes indlæg, i det omfang det er nødvendigt, for at læseren kan forstå, hvad sagen drejer sig om.”⁴²

Ophavsretslovens § 22 anses normalt ikke for at muliggøre citat fra værker af billedkunst, herunder fotografier, jf. blandt andet lovmotiverne til § 14 i 1961-loven, hvor det om “lån af kunstværker” hedder, at “[f]or kunstværkers vedkommende bliver der ikke tale om

38. Se bemærkningerne til § 22 i Forslag til Lov om ophavsret af 18. januar 1995.

39. Se *ibid.*

40. Se lovmotiverne til 1961-loven, s. 2710.

41. Betænkning nr. 1197: *Slutbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen* (1990), s. 18.

42. *Ibid.* s. 165.

nogen citatret i almindelig forstand. En gengivelse af et brudstykke af et kunstværk vil tværtimod ofte være en krænkelse af kunstnerens *droit moral*".⁴³ Retten til at citere fra dem er i dansk ret derimod omfattet af særlige regler om "kunstcitater", jf. straks nedenfor.

2.2.2.b. Kunstcitater

Retten til at citere fra billedkunst følger af ophavsretslovens § 23, stk. 1-3. Ophavsretslovens § 23, stk. 1, gør det muligt at citere fra billedkunst i forbindelse med kritiske eller videnskabelige fremstillinger. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Offentliggjorte kunstværker og værker af beskrivende art, jf. § 1, stk. 2, må gengives i kritiske eller videnskabelige fremstillinger i tilslutning til teksten, når det sker i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet. Gengivelsen må ikke ske i erhvervsøjemed."

Ophavsretslovens § 23 kan ud fra en traditionel fortolkning legitimeres indgrib i eneretsbeskyttelsen til et *kunstværk* eller et *værk af beskrivende art*, hvis de generelle betingelser for brug af en indskrænkingsbestemmelse er opfyldt, jf. de indledende bemærkninger ovenfor. Det er som sagt kun gengivelser fra to værkstyper, der er i stand til at aktivere § 23, stk. 1, nemlig citat fra kunstværker⁴⁴ og citat fra værker af beskrivende art.⁴⁵ Efter ophavsretslovens § 23, stk. 1, forudsætter et lovligt kunstcitater desuden, at det værk, der citeres fra, skal være "[o]ffentliggjort", at kunstcitateret kun "[...] må gengives i kritiske eller videnskabelige fremstillinger i tilslutning til teksten", at kunstcitateret er "[...] i overensstemmelse med god skik", og at der kun må citeres "[...] i det omfang som betinges af formålet".

43. Se lovmotiverne til § 14 i 1961-lovens s. 2711. Se også i samme retning Schönning, *OPHL-Kom.*, s. 334.

44. Udtrykket "kunstværk" i § 23, stk. 1, dækker ifølge Schönning, *OPHL-Kom.*, s. 344 over "[...] værker af billedkunst, bygningskunst og brugskunst samt fotografiske værker."

45. Ifølge ophavsretslovens § 1, stk. 2, dækker værker af beskrivende art over "[k]ort samt tegninger og andre i grafisk eller plastisk form udførte værker af beskrevne art".

Kunstcitatreglen er ikke selvstændigt reguleret i Bernerkonventionen. Det følger dog af den generelle bestemmelse i Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2, at unionslandene kan indføre indskrænkninger i reproduktionsretten til kunstneriske og litterære værker “[...] i visse særlige tilfælde, under forudsætning af, at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser.” Kunstcitatreglen er eksplicit reguleret i Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra a, hvorefter “[m]edlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger [i retten til eksemplarfremstilling og evt. fremførelse], hvis der udelukkende er tale om anvendelse til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning eller med henblik på videnskabelig forskning, såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og det sker i et omfang, som det ikke-kommercielle formål berettiger til”. EU-Domstolen har indtil videre til gode at udtale sig nærmere om fortolkningen af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra 1.

2.2.2.c. Gengivelse af kunst i forbindelse med dagsbegivenheder

Retten til at gengive kunst i forbindelse med dagsbegivenheder følger specifikt af ophavsretslovens § 23, stk. 2, der har følgende ordlyd:

“Offentliggjorte kunstværker må gengives ved omtale af dagsbegivenheder i aviser og tidsskrifter, når det sker i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet. Bestemmelsen i 1. pkt. finder ikke anvendelse på værker, der er frembragt med henblik på gengivelse i aviser eller tidsskrifter.”

Ophavsretslovens § 23, stk. 2, kan efter en traditionel fortolkning legitimere et indgreb i eneretsbeskyttelsen til et *kunstværk*, hvis følgende betingelser er opfyldt. Bl.a. skal de generelle betingelser for brug af en indskrænkning være opfyldt, jf. de indledende bemærkninger ovenfor. Bestemmelsen opstiller også to yderligere krav. For det første er det et krav, at gengivelsen kun må finde sted i forbindelse med omtale af en *dagsbegivenhed*, og for det andet er det et krav, at gengivelsen sker i en *avis eller et tidsskrift*.⁴⁶

46. Se nærmere i Schønning, *OPHL-Kom.*, s. 446 f.

Retten til at gengive kunst i forbindelse med dagsbegivenheder er harmoniseret i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra c, hvorefter “[m]edlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt [i retten til eksemplarfremsending og evt. fremførelse], [...] hvis der er tale om gengivelse i pressen, overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse af udgivne artikler om aktuelle økonomiske, politiske eller religiøse emner eller af værker eller andre frembringelser af samme karakter, der er udsendt over radio og tv, når en sådan anvendelse ikke udtrykkeligt er beskyttet og kilden, herunder ophavsmandens navn, anføres, eller hvis der er tale om anvendelse af værker eller andre frembringelser i forbindelse med redegørelse for dagsbegivenheder, og det sker i et omfang, som det informative formål berettiger til, og såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt [...]” EU-Domstolen har indtil videre også til gode at udtale sig nærmere om fortolkningen af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra c.

2.2.2.d. Kunstcitater af underordnet betydning

Ophavsretsloven hjemler også en ret til at gengive kunstværker af underordnet betydning. Hjemlen findes i ophavsretslovens § 23, stk. 3, der har følgende ordlyd:

“Udgivne kunstværker eller eksemplarer af kunstværker, der af ophavsmanden er overdraget til andre, må gengives i aviser, tidskrifter, film og fjernsyn, når gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng.”

Ophavsretslovens § 23, stk. 3, kan efter en traditionel fortolkning legitimere indgreb i eneretsbeskyttelsen til *kunstværker*, hvis følgende betingelser er opfyldt. For det første skal de generelle betingelser for brug af en indskrænkning være opfyldt, jf. de indledende bemærkninger ovenfor. For det andet er det et krav at værket, der gengives, er *udgivet* eller overdraget til andre med ophavsmandens accept. For det tredje er det et krav, at gengivelse er af underordnet betydning.

Retten til at gengive kunstværker af underordnet betydning er harmoniseret ved infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i, hvorefter “[m]edlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt [i retten til eksemplar-

fremstilling og evt. fremførelse], [...] hvis der er tale om tilfældig medtagelse af et værk eller en anden frembringelse i andet materiale”. EU-Domstolen har også til gode at udtale sig nærmere om fortolkningen af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i.

2.2.2.e. Parodireglen

I dansk ret anses parodireglen som et slags ulovbestemt indskrænkingsprincip, der går ud på, at ophavsmænd generelt må tåle *parodier og travestier*.⁴⁷ Princippet følger bl.a. af 1961-lovmotiverne til § 3, hvor det er angivet, at “[...] bestemmelsen ikke vil være til hinder for fremførelsen eller udgivelsen af parodier eller travestier, idet der for disses tilladelighed må siges at være en fast tradition.”⁴⁸ I nordisk ophavsretslitteratur har der aldrig været fuldstændig enighed om, hvorvidt parodireglen følger af den fri afbenyttelsesret, jf. OPHL § 4, stk. 2, eller om der er tale om et ulovbestemt indskrænkingsprincip til enere retten.⁴⁹ I denne afhandling behandles princippet som en indskrænkning.

Parodiprincippet er harmoniseret gennem den fakultative bestemmelse i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, der bestemmer at “[m]edlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger [i retten til eksemplar fremstilling og evt. fremførelse], [...] hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche”. I forbindelse med implementeringen af Infosoc-direktivet undlod man at udnytte muligheden for indførelsen af en udtrykkelig lovbestemt parodiregel i den danske ophavsretslov. Det er dog ikke

47. Generelt om parodibegrebet se Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 292 ff. Se også Delin, NIR 1959, s. 234 ff., Rosén, NIR 1990, s. 600 ff., Ålund, NIR 1992, s. 100 ff., Nordell, NIR 2007, s. 317 ff. Det engelske *Intellectual Property Office* har i 2013 udarbejdet en uafhængig rapport om parodireglens funktion i syv forskellige jurisdiktioner (UK, Canada, Frankrig, Australien, Tyskland, US, og Holland). Rapporten har omfattende henvisninger til retspraksis. Publikationen kan downloades gratis via <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/309902/ipresearch-parody-report2-150313.pdf> [set 5. februar 2017].

48. Se lovmotiverne til 1961-loven, s. 2693.

49. Se Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 293, der er fortaler for det sidste.

desto mindre fast antaget, at parodireglen i dansk ret gælder på ulovbestemt grundlag.⁵⁰

Parodireglen aktualiseres kun, når en række nærmere betingelser er opfyldt. For det første er det givet, at parodireglen kun kan legitimeret et indgreb i eneretsbeskyttelsen, hvis parodien har en *humoristisk effekt*.⁵¹ Det er i den henseende blevet anført, at parodien skal være “reel klar og væsentlig”, hvilket igen betyder, at det ikke er “nok, at sagsøgte selv morer sig”.⁵² En generel opfattelse har også været, at parodireglen udelukkende legitimerer de såkaldte *målparodier*. En mål-parodi er en parodi, der tilsigter at gøre nar af det parodierede værk selv. I skarp kontrast hertil står de såkaldte *middelparodier*, hvor det overtagne stof bruges som middel til at parodiere noget andet end fænomenet selv.⁵³ I 2014 fik de traditionelle parodibetingelser modspil af EU-Domstolen.

C-201/13 2014 (Deckmyn), handlede om fortolkningen af den fakultative parodiregel i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k. Domstolen udtalte, at parodiundtagelsen skal fortolkes sådan, at “[...] en parodi som væsentligste kendetegn dels skal vække forestilling om et eksisterende værk, samtidigt med at den skal udvise synlige forskelle i forhold til dette, dels skal være et udtryk for humor eller latterliggørelse.”⁵⁴ Domstolen afviste derimod, at det er en betingelse for lovlige parodier, at der er tale om en målparodi (“Begrebet ‘parodi’ i denne bestemmelses forstand er ikke underlagt betingelser om, at en parodi skal [...] skal ramme selve originalværket [...]”).⁵⁵ Desuden tilføjede Domstolen, at det ville stride imod infosoc-direktivets formål, hvis de medlemsstater, der i forvejen havde indført parodiundtagelsen, “[...] frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på ikke-harmoniseret vis

50. Jf. nærmere Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 292 (med omfattende henvisninger til yderligere litteratur, der understøtter samme synspunkt). Anderledes Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 157 ff.

51. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 294 f.

52. *Ibid.*, s. 294.

53. Om de forskellige parodityper se nærmere i bl.a. Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 153 og Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 293 f., og den førnævnte parodirapport Mendis/Kretschmer, *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*.

54. C-201/13 2014 (Deckmyn), præmis 33.

55. *Ibid.*

[...]”.⁵⁶ Domstolen foretog således en totalharmonisering⁵⁷ af parodiundtagelsen i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k.

Før C-201/13 2014 var den generelle opfattelse, i nordisk ret, at parodier kun var tilladte, hvis de tidligere nævnte traditionelle betingelser var opfyldt. Derimod ansås det ikke for tilladt at bruge et beskyttet værk til at parodiere noget andet end værket.⁵⁸ I lyset af C-201/13 2014 (*Deckmyn*) er det ikke sådan længere. Det danske parodiprincip må derfor for fremtiden antages at skulle fortolkes i overensstemmelse med *Deckmyn*, jf. *princippet om EU-konform fortolkning*,⁵⁹ *princippet om EU-rettens forrang*,⁶⁰ *medlemsstaternes loyalitetsforpligtelse* og EU-Domstolens praksis.⁶¹

2.2.3. De relevante fortolkningsmekanismer

2.2.3.a. Fortolkningen skal være indskrænkende

Som udgangspunkt skal indskrænkninger i ophavsretten fortolkes *indskrænkende*. Som det hedder i lovmotiverne til kapitel 2 i 1961-loven, skal indskrænkninger “[...] i tvivlstilfælde [...] fortolkes på en sådan måde, at de formål, de tjener, virkelig kan ske fyldest, men på den anden side heller ikke videre”.⁶²

56. C-201/13 2014 (*Deckmyn*), præmis 16.

57. Begrebet *totalharmonisering* er defineret i Von Eyben, *Juridisk ordbog*, s. 382, som “etablering i EU-retten af fælles regler, ofte gennem vedtagelsen af et direktiv, hvor medlemsstaterne er afskåret fra at opretholde eller indføre afvigende nationale regler på vedkommende område; modsat minimalharmonisering.”

58. Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 295.

59. Se især præmis 26 i sag C-14/83 1984 (Von Colson), hvor domstolen slog fast, at “[...] den nationale domstol [er] forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål [...]”. Se også sag C-106/89 1990 (*Marleasing*), hvor domstolen i præmis 8 slog fast, at “[...] den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat [...]”. Se også C-201/13 2014 (*Deckmyn*), præmis 15 og 16 og C-435/12 2014 (*ACI Adam*), præmis 34. En omfattende domsanalyse af C-201/13 2014 (*Deckmyn*) kan læses i Rosati, CML Rev. 2015, s. 511 ff.

60. Fastslået i sag C-6/64 1964 (*Costa v. Enel*).

61. Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 297 f.

62. Se lovmotiverne til kapitel 2 i 1961-loven, s. 2703.

Baggrunden herfor er den ovenfor (afsnit 1.1.2.b) omtalte tre-trinstest. Den oprindelige *tretrinstest* finder man som bekendt i Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2. Bestemmelsen fastlægger de nærmere betingelser for, hvornår en medlemsstat kan indføre undtagelser og begrænsninger i reproduktionsretten. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

“Det er forbeholdt unionslandenes lovgivning at tillade reproduktion af sådanne værker i visse særlige tilfælde, under forudsætning af, at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser.”

Tre-trins-testen blev senere videreført i både WCT artikel 10 og WPPT artikel 16.

Derudover skete der også en inkorporering af Bernerkonventionens tre-trins-test flere steder TRIPS-aftalen. Se om de nævnte aftaler ovenfor kapitel 1, afsnit 1.1.2.b. De respektive tretrinstests findes i TRIPS-aftalens artikel 13 (om ophavsret), artikel 17 (om varemærker), artikel 26, stk. 2 (om design) og artikel 30 (om patenter). TRIPS-aftalens artikel 13, har følgende ordlyd:

“Medlemmerne må kun fastsætte begrænsninger af eller undtagelser fra enerettigheder i visse særlige tilfælde, som ikke strider mod en normal udnyttelse af værket og ikke i urimelig grad er til skade for rettighedsindehaverens legitime interesser.”

TRIPS-aftalens artikel 13 opstiller, ligesom tre-trins-testen i Bernerkonventionen, tre kumulative betingelser for, hvornår en medlemsstat må indføre nye indskrænkninger og undtagelser fra den ophavsretlige eneret. Der skal (1) være tale om et særligt tilfælde, (2) som ikke strider mod en normal udnyttelse af værket, og (3) indskrænkningen/undtagelsen må ikke i urimelig grad skade rettighedsindehaverens legitime interesser.

De tre betingelser i TRIPS-aftalens tretrins-test har senere været genstand for en omfattende analyse i en WTO panel-rapport fra 2000 i sagen WT/DS160/R United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, hvor panelet kom frem til, at en bestemmelse i

den amerikanske ophavsretslov, der havde til formål at fritage små virksomheder fra at skulle betale for at afspille musik, var i strid med Bernerkonventionens artikel 11bis og artikel 11, og i strid med TRIPS artikel 13.⁶³ Om indholdet af den første betingelse udtalte panelet blandt andet, at “[...] a limitation or exception in national legislation should be clearly defined and should be narrow in its scope and reach.”⁶⁴ I forhold til den anden betingelse var panelet af den opfattelse, at en indskrænkning/undtagelse i national ret nærmer sig en konflikt med den normale udnyttelse, når indskrænkningen/undtagelsen tillader en brug, der kommer i økonomisk konkurrence med rettighedshaverens eneret og dermed fratager ham kommercielle gevinster.⁶⁵ I forhold til den tredje betingelse var panelet af den opfattelse, at man bevæger sig på grænsen for den urimelige grad af skade, hvis undtagelsen/indskrænkningen resulterer i eller har potentiale til at forårsage et urimeligt indkomsttab for rettighedshaveren.⁶⁶ Betingelse 2 og 3 synes således at have et væsentligt overlap.

De to tre-trins-tests minder meget om hinanden, men de er ikke helt identiske. En af ændringerne findes i de respektive tests indledning. Hvor artikel 9, stk. 2, indleder med ordene “Det er forbeholdt unionslandenes lovgivning at tillade reproduktion af [...]”, indleder artikel 13 i stedet med ordene: “Medlemmerne må kun fastsætte begrænsninger af [...]”. Meget tyder på, at denne ændring har bidraget til en mere restriktiv fortolkning af TRIPS-aftalens tre-trins-test end Bernerkonventionens.⁶⁷ En anden vigtig forskel knytter sig til den *eneret*, som de respektive tre-trins-tests sigter til at regulere. Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2, begrænser udelukkende unionslandenes mulighed for at opstille undtagelser til eksemplarfremsstillingsretten. Ser man omvendt på TRIPS-aftalens artikel 13, indskrænker den ikke kun muligheden for at opstille undtagelser til eksemplarfremsstillingsretten, men også til de andre dele af ophavsretten beskyttet af TRIPS-aftalen.⁶⁸ En tredje og vigtig ændring skete i de respek-

63. WTO Dispute Panel Report on Section 110 of the U.S. Copyright Act, WT/DS160/R af 15. juni 2000.

64. Ibid., præmis 6.112.

65. Ibid., præmis 6.183.

66. Ibid., præmis 6.229.

67. Correa, *TRIPS-Kom.*, s. 136.

68. Ibid., s. 136.

tive tre-trins-tests *tredje betingelse*. I henhold til Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2, følger det som sagt, at et unionsland kun må tillade reproduktion af litterære og kunstneriske værker ...

“[...] i visse særlige tilfælde, under forudsætning af, at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i *ophavsmandens legitime interesser*” (min udhævnings).

Til sammenligning hedder det i TRIPS-aftalens artikel 13, at medlemmerne kun må fastsætte begrænsninger af eller undtagelser fra enerettighederne

“[...] i visse særlige tilfælde, som ikke strider mod en normal udnyttelse af værket og ikke i urimelig grad er til skade for *rettighedsindehaverens legitime interesser*” (min udhævnings).

Som det fremgår, blev “ophavsmandens legitime interesser” byttet ud med “rettighedshaverens legitime interesser”. Dermed skete der en betydelig udvidelse af tre-trins-testens sidste betingelse, hvilket samtidigt betød en tilsvarende indsnævring af WTO-medlemmernes muligheder for at indføre begrænsninger og undtagelser fra den ophavsretlige eneret. Hvor en begrænsning tidligere “kun” skulle respektere ophavsmandens legitime interesser, skal der nu også tages højde for eventuelle rettighedshavere.

Med vedtagelsen af Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 blev Bernerkonventionens tre-trins-test inkorporeret i direktivets artikel 5, stk. 5, der nu 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.”⁶⁹

69. Allerede før vedtagelsen af infosoc-direktivet kom Bernerkonventionens tre-trins-test til udtryk i Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer, jf. direktivets artikel 6, stk. 3 (om delkompilering). Se også artikel 6, stk. 3, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser. Ifølge FÆLLES HOLDNING (EF) nr. 48/2000 fastlagt af Rådet den 28. september 2000 med henblik på vedtagelse

Ordlyden i artikel 5, stk. 5, lægger således for det første op til en indskrænkende fortolkning af direktivets undtagelser og indskrækningsbestemmelser, jf. bestemmelsens brug af udtrykket “[...] *visse specielle tilfælde*”.

At der skal ske indskrænkende fortolkning af undtagelserne, følger også af et generelt EU-retligt princip om, at direktivbestemmelser, der udgør undtagelser fra en hovedregel, generelt skal fortolkes indskrænkende.

Se f.eks. **C-36/05 2006 (Kommissionen mod Spanien)** (“[...] de bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindeligt princip i samme direktiv, [skal] [...] fortolkes indskrænkende”).⁷⁰ Se også **C-5/08 2009 (Infopaq)** (“Ved fortolkningen af hver enkelt af disse betingelser skal [...] 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 [...]”).⁷¹ Se videre **C-435/12 2014 (ACI Adam)**.⁷²

2.2.3.b. Fortolkningen skal sikre indskrænkningens effektive virkning og formål

EU-Domstolen har også slået fast, at alle indskrænkninger skal fortolkes sådan, at fortolkningen varetager den fastlagte indskrækningsbestemmelser effektive virkning samt overholder direktivets overordnede mål. Direktivets overordnede mål følger af direktivets betragtning 31, hvor det blandt andet hedder, at “[...] [h]armoniseringsgraden [af undtagelser og indskrænkninger] bør baseres på deres følger for det indre markeds funktion”.⁷³

af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/.../EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, s. 18 er ordlyden af artikel 5, stk. 5, baseret på ordlyden af de to tre-trins-test i WIPO-traktaterne.

70. C-36/05 2006 (Kommissionen mod Spanien) præmis 31.

71. C-5/08 2009 (Infopaq) præmis 56.

72. C-435/12 2014 (ACI Adam) præmis 23.

73. Se også betragtning 1 i FÆLLES HOLDNING (EF) nr. 48/2000 fastlagt af Rådet den 28. september 2000 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/.../EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, s. 1, hvor det fremgår, at harmoniseringen af ophavsretten medvirker til at respektere “[...] de grundlæg-

Se f.eks. **C-201/13 2014 (Deckmyn)** ("Fortolkningen af begrebet parodi skal [...] under alle omstændigheder gøre det muligt at sikre den [...] fastlagte undtagelses effektive virkning og at overholde dens formål").⁷⁴ Se også **C-403+429/08 2011 (Premier League)** ("Fortolkningen af de nævnte betingelser skal [...] gøre det muligt at sikre den [...] fastlagte undtagelses effektive virkning og at overholde dens formål").⁷⁵ Se desuden **C-145/10 2011 (Panier)** ("[...] selv om det er korrekt, at betingelserne i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 [...] skal fortolkes indskrænkende, idet bestemmelsen udgør en fravigelse af den i direktivet fastsatte almindelige regel, forholder det sig ikke desto mindre således, at fortolkningen af de nævnte betingelser [...] skal gøre det muligt at sikre den således fastlagte undtagelses effektive virkning og at overholde dens formål").⁷⁶ Se også **C-479/04 2006 (Laserdisken ApS)** ("Denne fortolkning er [...] den eneste, som fuldt ud er i overensstemmelse med direktivets mål, som ifølge første betragtning til direktivet er at beskytte det indre markeds funktion").⁷⁷

2.3. Sammenfatning

Formålet med kapitel 2 er *at identificere de relevante interne afbalanceringsmekanismer og at fastlægge deres nærmere indhold*. De relevante afbalanceringsmekanismer kan inddeles i følgende to grupper.

Den første gruppe er de principper, der bruges til at justere beskyttelsens bredde. De relevante principper er kravet om identitetsoplevelse, kravet om efterligning, kravet om, at det overtagne stof skal være beskyttet, og princippet om den manglende idébeskyttelse.

Den anden gruppe udgøres af visse ophavsretlige indskrænkninger, dvs. regler, der bruges til at legitimere handlinger, der ellers ville være forbeholdt ophavsmanden. De mest relevante indskrænkninger er citatreglen, kunstcitatreglen og parodireglen.

Disse og lignende traditionelle afbalanceringsmekanismer er blandt de måder, hvorpå ophavsretten prøver at skabe en balance

gende retsprincipper, særlig ejendomsretten—herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse." (2000/C 344/01).

74. C-201/13 2014 (Deckmyn), præmis 23.

75. C-403+429/08 2011 (Premier League), præmis 163.

76. C-145/10 2011 (Panier), præmis 133.

77. C-479/04 2006 (Laserdisken ApS), præmis 26.

mellem på den ene side hensynet til ophavsmanden, på den anden side hensynet til omgivelsernes ytringsfrihed. Disse mekanismer er førhen anset for tilstrækkeligt. Men nu er de under pres.

Det skyldes måske, at de – som det er fremgået – er fulde af utallige modifikationer, der skal hindre dem i at blive for stærke. De ophavsretlige indskrænkninger skal således pr. definition fortolkes snævert og indskrænkende efter tre-trins-testen og i lyset af det indre markedes funktion. Desuden kan undtagelserne kun bruges på alle mulige specifikke juridiske betingelser. Citatreglen kan f.eks. kun bruges på offentliggjorte værker, ligesom kunscitatreglen kun er anvendelig, hvis citatet fremgår i en fremstilling, der enten er “kritisk” eller “videnskabelig”, eller så længe der kun er tale om gengivelse i forbindelse med en dagsbegivenhed eller en gengivelse af underordnet betydning. Også parodireglen har traditionelt indeholdt en række snævre betingelser, herunder at den kun finder anvendelse, hvis parodien tilsigter at latterliggøre selve det værk, der bruges som led i parodien. Alle disse begrænsninger giver ud fra en samlet vurdering indskrænkningerne begrænset anvendelighed.

Det må i hvert fald, som beskrevet i indledningen af afhandlingen, konstateres, at de interne afbalanceringsmekanismer i dag ofte er ude af stand til at hidføre den nødvendige afbalancering. I stedet tyer man til ytringsfriheden, jf. de tidligere omtalte domme i afsnit 1.1.2.a (og kapitel 6 nedenfor).

Kapitel 3

Introduktion til ytringsfriheden

3.1. Introduktion

I dette kapitel skitseres ytringsfrihedens nærmere indhold, og dens bagvedliggende rationaler identificeres.

Ytringsfriheden er en af de mest betydningsfulde menneskerettigheder i et demokratisk samfund. Ytringsfriheden er beskyttet i alle demokratiske forfatninger og i flere internationale menneskerettighedstraktater. Sådan har det ikke altid været.

3.1.1. Nogle historiske bemærkninger

3.1.1.a. Junigrundloven

I midten af det 18. århundrede var der censur i de fleste europæiske lande, også i Danmark. Censuren betød, at alt materiale skulle forhåndsgodkendes, inden det blev sendt i trykken. Forhåndsgodkendelsen kunne kun gives af udvalgte myndigheder anerkendt af staten.¹ Overtrædelser af censuren kunne i værste tilfælde straffes med døden.² Det første spadestik på vejen mod en egentlig trykkefrihed i Danmark blev taget den 31. marts 1755, hvor kongen og hans råd-

1. Jørgensen, *Trykkefrihedsspørgsmaalet i Danmark 1799-1848*, s. 15.

2. Jensen, *Censur i Danmark fra 1750 til 1849*.

givere kom med en opfordring til den danske befolkning om at tage aktiv del i debatten om en ny landbrugsreform.³ Det var dog først i 1770, da Christian VII's livlæge J.F. Struensee blev regent (*de facto*), censuren blev fjernet.⁴ Dermed blev Danmark det første land i verden, der (omend det kun var kortvarigt) fik indført en total og uindskrænket trykkefrihed.⁵

Det varede dog ikke længe, før anonyme flyveskriftsforfattere udnyttede trykkefriheden til at rette personlige beskyldninger mod fremtrædende personer, og et år efter den var blevet indført, blev trykkefriheden igen underlagt visse indskrænkninger. Skrifter med injurierende indhold kunne nu straffes, og lod en bogtrykker materiale trykke uden at angive forfatterens navn, kunne bogtrykkeren ifalde et ansvar for det krænkende indhold.⁶ Efter Struensees fald i 1772 blev trykkefriheden yderligere indskrænket.⁷ Selv om det ikke officielt hed sig, at censuren var genindført, var der tale om censurliggende tilstande. Det sås bl.a., at censorer blev indsat til at gennemlæse og rette i skrifter, inden de blev trykt.⁸ Først ved statskuppet i 1784, da Kronprins Frederik VI (med hjælp fra trykkefrihedsfortaleren A.P. Bernstorff) overtog magten, blev en friere trykkefrihed igen etableret, og støt og roligt blev den frie trykkefrihed anset for at være en personlig rettighed.⁹ Ved et reskript af 3. december 1790 blev politimesteren frataget sin ret til vilkårligt at idømme bøder i trykkefrihedssager. Sådanne sager skulle nu for fremtiden afgøres ved domstolene.¹⁰ Da A.P. Bernstorff døde i 1797, gik der ikke længe, før Kronprinsens syn på trykkefrihed begyndte at ændre sig. Kronprinsen blev træt af offentlig kritik, og den 27. september 1799 blev Trykkefrihedsforordningen offentliggjort.¹¹ Forordningen bød på nye og langt strengere straffe for misbrug af trykkefriheden.

De alvorligste trykkefrihedsforbrydelser stod oplistet i forordningens §§ 1-5, hvor al hån eller opstand mod regeringsformen, kongen,

3. Jørgensen, *Trykkefrihedsspørgsmaalet i Danmark 1799-1848*, s. 16.

4. *Ibid.*, s. 17.

5. Laursen, *Journal of the History of Ideas* 2000, s. 190 ff.

6. Jørgensen, *Trykkefrihedsspørgsmaalet i Danmark 1799-1848*, s. 18.

7. *Ibid.*, s. 20.

8. Jensen, *Censur i Danmark fra 1750 til 1849*.

9. Jørgensen, *Trykkefrihedsspørgsmaalet i Danmark 1799-1848*, s. 22.

10. Tamm, UfR 1989B, s. 452.

11. Jørgensen, *Trykkefrihedsspørgsmaalet i Danmark 1799-1848*, s. 28.

forfatningen eller religion var forbudt. Muligheden for dødsstraf blev dog aldrig virkeliggjort i praksis.¹² For de strengeste forbrydelser kunne der ud over dødsstraf idømmes livstid i fangelejr eller landsforvisning i alt mellem 3 år og livstid.¹³

For Danmarks vedkommende opstod "menneskeretten" ved indarbejdelsen af frihedsrettighederne i junigrundloven af 1849. På daværende tidspunkt var menneskerettigheder et rent nationalt anliggende, og det var op til de enkelte stater selv at beslutte, hvordan menneskerettighederne skulle udmøntes i praksis. Med den danske junigrundlov af 1849 forsvandt enevælden i Danmark, og den danske befolkning fik en demokratisk forfatning.¹⁴ Ved udarbejdelsen af junigrundloven var borgernes beskyttelse mod statsmagten i fokus, og den nye forfatning indeholdt flere frihedsrettigheder, herunder § 91 om ytringsfrihed.¹⁵

Grundlovens § 91 var den historiske forfader til den nuværende grundlovs § 77 om ytringsfrihed. Med forfatningssikrede frihedsrettigheder, herunder retten til ytringsfrihed, var fundamentet for et velfungerende demokrati støbt. Indholdsmæssigt er junigrundlovens § 91 og den nuværende grundlovs § 77 stort set identiske. En lille ændring i ordlyden skete dog ved grundlovsreformen i 1953, hvor ordene "i skrift og tale" blev tilføjet.

3.1.1.b. FN's Verdenserklæring

Den 10. december 1948 vedtoges FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder ("Verdenserklæringen"). Verdenserklæringen indeholder en række grundlæggende retsprincipper, som i dag er almindeligt accepteret.¹⁶ Den oprindelige tanke med Verdenserklæringen var udelukkende, at dokumentet skulle fungere som en slags guideline for at sikre en fælles forståelse for de rettigheder og friheder, som fremgår af De Forenede Nationers Pagt ("FN-Pagten").¹⁷ Formålet med Ver-

12. Ibid., s. 31.

13. Tamm, UFR 1989B, s. 459

14. Om overgangen fra enevælde til demokrati se også Ross, *Dansk Statsforfatningsret I*, s. 101 ff.

15. Se også kronikken Christensen, *Grundloven og frihedsrettighederne*.

16. Rehof/Trier, *Menneskeret*, s. 586.

17. FN-Pagten blev underskrevet i San Francisco den 26. juni 1945 og trådte i kraft den 24. oktober 1945.

denserklæringen fremgår af dens præambel, hvor det blandt hedder at

“PLENARFORSAMLINGEN [proklamerer] nu denne VERDENSERKLÆRING OM MENNESKERETTIGHEDERNE som et fælles mål for alle folk og alle nationer med det formål, at ethvert menneske og ethvert samfundsorgan stedse med denne erklæring for øje skal stræbe efter gennem undervisning og opdragelse at fremme respekt for disse rettigheder og friheder og gennem fremadskridende nationale og internationale foranstaltninger at sikre, at de anerkendes og overholdes overalt og effektivt, både blandt befolkningerne i medlemsstaterne og blandt befolkningerne i de områder, der befinder sig under deres styre.”¹⁸

Verdenserklæringen er ikke retligt bindende for medlemsstaterne, og det er derfor heller ikke muligt for private at klage til FN eller andre organer, hvis en stat overtræder Verdenserklæringen.¹⁹ Betydningen af Verdenserklæringen må dog ikke undervurderes. Verdenserklæringen har haft stor indflydelse på den moderne menneskeret, og i litteraturen er den bl.a. blevet omtalt som “the centerpiece of the international human rights revolution” og som rangerende på niveau med det engelske Magna Carta, den franske “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen” og den amerikanske uafhængighedserklæring.²⁰ Verdenserklæringen har også haft stor betydning for den måde, den Europæiske Menneskerettighedskonvention ser ud på i dag.²¹

Både opavsretten og ytringsfriheden er beskyttet i FN’s verdenserklæring. Ytringsfriheden er skrevet ind i Verdenserklæringens artikel 19, hvor det hedder at

“enhver har ret til menings- og ytringsfrihed; denne ret omfatter frihed til at hævde sin opfattelse uden indblanding og til at søge,

18. Verdenserklæringen kan tilgås her: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/dns.pdf> (set 5. februar 2017).

19. Se Justitsministeriets Klagevejledning “Sådan klager du til FN” (2008), kan hentes på <http://jm.schultzboghandel.dk/upload/microsites/jm/ebooks/andre_pu/bl/i_sådan%20klager%20du_net.pdf> (set 5. februar 2017), s. 6.

20. Helfer/Austin, *Human Rights and Intellectual Property*, s. 7.

21. Christoffersen, *Fair Balance*, s. 70.

modtage og meddele oplysning og tanker ved et hvilket som helst meddelelsesmiddel og uanset landegrænser”.

Ophavsretten er beskyttet i Verdenserklæringens artikel 27, stk. 2, hvor det hedder, at

“Enhver 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.”

Bestemmelserne i Verdenserklæringen skal læses i sammenhæng med begrænsningsklausulen i artikel 29, stk. 2, hvor det hedder, at

“[...] enhver [under udøvelsen af sine rettigheder og friheder] kun [er] underkastet de begrænsninger, der er fastsat i loven alene med det formål at sikre skyldig anerkendelse af og hensyntagen til andres rettigheder og friheder og med det formål at opfylde de retfærdige krav, som moralen, den offentlige orden og det almene vel stiller i et demokratisk samfund.”

3.2. Ytringsfrihedens indhold

For dansk rets vedkommende er ytringsfriheden beskyttet tre relevante steder. Den er beskyttet i grundlovens § 77, i EMRK artikel 10, og i nyere tid er beskyttelsen af ytringsfriheden også skrevet ind i charterets artikel 11. Indholdsmæssigt svarer charterets artikel 11 til EMRK artikel 10. Bestemmelserne har følgende ordlyd:

Grundloven § 77

“Enhver er berettiget til på tryk, i skrift og tale at offentliggøre sine tanker under ansvar for domstolene. Censur og andre forebyggende forholdsregler kan ingensinde påny indføres.”

EMRK artikel 10

“1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at give eller modtage meddelelser eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til grænser. Denne Artikel forhindrer ikke stater i at kræve, at radio-, fjernsyns- eller filmforetagender kun må drives i henhold til bevilning.

2. Da udøvelsen af disse frihedsrettigheder medfører pligter og ansvar, kan den underkastes sådanne formelle bestemmelser, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig sikkerhed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udspreddelse af fortrolige oplysninger eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed.”

Charteret artikel 11

“1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser.

2. Mediefrihed og mediernes pluralisme respekteres.”²²

I den statsretlige teori sondres der traditionelt mellem såkaldt *formel ytringsfrihed* og *materiel ytringsfrihed*. Ved formel ytringsfrihed forstås friheden til at fremkomme med ytringer uden forudgående godkendelse fra en censurinstans.²³ Det er traditionelt antaget, at det er den formelle ytringsfrihed, der sigtes til i grundlovens § 77.²⁴ Ifølge Zahle sigter censurbegrebet i § 77 således til “[...] enhver prøvelse af en ikke offentliggjort ytring foretaget af en offentlig myndighed med henblik på at afgøre, om offentliggørelse må finde sted eller ej.”²⁵ Grundlovens § 77, 2. pkt. nævner desuden et forbud mod “andre forebyg-

22. Før vedtagelsen af charteret hørte ytringsfriheden til en af *de almindelige retsgrundsætninger*, som EU-Domstolen skulle beskytte, jf. blandt andet C-148/91 1993 (Veronica Omroep Organisatie), præmis 10, C-353/89 1991 (Kommissionen mod Nederlandene) præmis 30, C-260/89 1991 (ERT AE), præmis 44 og C-219/91 1992 (Ter Voort), præmis 35.

23. Generelt om den formelle ytringsfrihed se Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, s. 665 ff., Sørensen, *Statsforfatningsret*, 2. udgave ved Peter Germer, s. 376 ff., Germer, *Statsforfatningsret* (5. udgave), s. 367 ff. og Ross/Espersen, *Dansk Statsforfatningsret*, s. 716 ff.

24. Se f.eks. Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, s. 665, Ross/Espersen, *Dansk Statsforfatningsret*, s. 707, Germer, *Statsforfatningsret* (4. udgave), s. 367, Zahle, *GRL-Kom.*, s. 536.

25. Zahle, *GRL-Kom.*, s. 536.

gende forholdsregler”. Her sigtes til “censurlignende foranstaltninger, der kan forhindre eller forsinke offentliggørelse af ytringer.”²⁶

Den *materielle ytringsfrihed* er retten til at fremkomme ned ytringer uden at blive mødt med sanktioner.²⁷ I den retsvidenskabelige litteratur er den materielle ytringsfrihed også omtalt som “[...] det område, hvor end ikke lovgivningsmagten har mulighed for at gøre ytringer ansvarspådragende.”²⁸ I grundlovens § 77, 1. pkt., hedder det, at ytringer kan fremsættes, dog “under ansvar for domstolene”, og dermed kan en materiel ytringsfrihed som udgangspunkt ikke udledes af grundlovens § 77. I den statsretlige litteratur er det ikke desto mindre omdiskuteret, om ikke grundlovens § 77, ud over at beskytte den formelle ytringsfrihed, også indebærer en vis beskyttelse den materielle ytringsfrihed.²⁹

Den overvejende opfattelse er dog, at grundloven § 77 ikke yder nogen materiel ytringsfrihedsbeskyttelse.³⁰ Diskussionen mistede sin retlige relevans ved inkorporeringen af den Europæiske Menneskerettighedskonvention i 1992, idet man her fik en lovfæstet beskyttelse af den materielle ytringsfrihed.

26. Se Germer, *Statsforfatningsret* (5. udgave), s. 379.

27. Ross, UfR 1973B, s. 201. Generelt om den materielle ytringsfrihed se Christensen/Jensen/Jensen, *GRL-Kom.*, s. 500 ff.

28. Zahle, *GRL-Kom.*, s. 539.

29. At GRL § 77 også i et vist omfang beskytter den materielle ytringsfrihed, blev første gang gjort gældende i Germer, *Ytringsfrihedens væsen*, særligt s. 209-249. For en kritik af Germers synspunkt se Ross, UfR 1973 B. At GRL § 77 beskytter den materielle ytringsfrihed er sidenhen også gjort gældende i Germer, *Statsforfatningsret* (5. udgave), s. 343 ff., Zahle, *Dansk forfatningsret* (3. udgave), s. 92. Se også Jensen, UfR 1992B, s. 349, hvor det anføres, at det i “den overvejende del af den nyere statsretlige teori [er] accepteret, at også den materielle ytringsfrihed nyder en grundlovsmæssig beskyttelse”. At dette stadig er tilfældet, udfordres dog bl.a. i Betænkning nr. 1472: *Ytringsfrihed og meddelelser for offentligt ansatte* (2006), s. 51, hvor det hedder, at “[m]ed hensyn til den materielle ytringsfrihed er det den overvejende opfattelse i den statsretlige litteratur, at grundlovens § 77 ikke umiddelbart beskytter denne side af ytringsfriheden”. Se også UfR 1987. 934 H (Havefesten), hvor landsrettens flertal kun ville anerkende den formelle ytringsfrihed. Om diskussionen i øvrigt se også Heide-Jørgensen, Reklameret, s. 141 ff., Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, s. 73 ff., Zahle, *GRL-Kom.*, s. 536 ff., Sørensen, *Statsforfatningsret*, 2. udgave ved Peter Germer, s. 372 ff.

30. Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, s. 670, Ross/Espersen, *Dansk Statsforfatningsret*, s. 709, 716 og 724, og Sørensen, *Statsforfatningsret*, 2. udgave ved Peter Germer, s. 374.

I denne afhandling bruges udtrykket “ytringsfrihed” som en samlet betegnelse for både den formelle og den materielle ytringsfrihed.

Ytringsfriheden dækker for det første over individets ret til at fremsætte ytringer (ytringsfriheden).³¹ Beskyttelsen følger bl.a. direkte af grundlovens § 77, der bestemmer, at enhver har ret til “[...] på tryk, i skrift og tale at offentliggøre sine tanker”. Beskyttelsen følger også af EMRK artikel 10, hvor det hedder, at “[y]tringsfriheden omfatter meningsfrihed og frihed til at give [...] meddelelser eller tanker”. Rent indholdsmæssigt svarer charterets artikel 11 til beskyttelsen i EMRK artikel 10, og retten til at fremsætte ytringer er derfor også beskyttet af charteret. Ud over de mere traditionelle *sproglige* ytringer, der fremsættes via skrift og tale, beskytter både grundlovens § 77, EMRK artikel 10 og charteret også ytringer af mere utraditionel karakter. For så vidt angår § 77, er det således blevet anført, at bestemmelsen også beskytter ytringer fremsat ved i form af “[...] billeder, malerier, skulpturer m.m.”.³² Det samme gælder for EMRK artikel 10, der, som nævnt i Betænkning nr. 1472: *Ytringsfrihed og meddelelse for offentligt ansatte* (2006), s. 53, også beskytter “[...] ikke-sproglige udtryksformer som f.eks. faste og levende billeder, kunstneriske udtryksformer, symboler, symbolsk påklædning og symbolske handlinger, hvis der med handlingen formidles et budskab, f.eks. ved tegn”. Også film, fotos og billedkunst, herunder tegninger, kan derfor som udgangspunkt være omfattet af beskyttelsen efter artikel 10.³³

Fra EMD’s praksis se bl.a. **Gough v. the United Kingdom, no. 49327/11, ECHR 2015** (Retten til at udtrykke sin holdning til nøgenhed ved at gå nøgen rundt i offentligheden var beskyttet af artikel 10). Se også **Fáber v. Hungary, no. 40721/08, ECHR 2012** (Retten til at vise et flag under en demonstration var en beskyttet udtryksform under artikel 10). Se også **Müller and others v. Switzerland, no. 10737/84, ECHR 1988** (Ytringsfriheden omfattede her dels en kunstner, der havde udstillet billeder på en kunst-

31. Se også Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 264, hvor ytringsfriheden er omtalt som “[...] friheden til at ytre sig om hvad som helst og i enhver form”.

32. *Ibid.*, s. 264.

33. Se eksempelvis *Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC]*, no. 40660/08&60641/08, ECHR 2012, præmis 103 og *Verlagsgruppe News GmbH v. Austria (No.2)*, no. 10520/02, ECHR 2006, præmis 29.

udstilling, dels arrangørerne af udstillingen, se præmis 27. Retten lod sig i den forbindelse inspirere af FN's Internationale konvention om civile og politiske rettigheder af 1966 artikel 19, stk. 2, der giver ret til ytringsfrihed "i mundtlig, skriftlig eller trykt form, i form af kunst eller ved andre midler efter eget valg"). En skulptur med øringer af menneskefostre var også en ytring i den Europæiske Menneskeretskommissions afgørelse **S og G v. UK, no. 17634/91, 02/09/1991**. At man principielt kan ytre sig via sit tøj, er udtalt af menneskeretskommissionen i afgørelsen **Stevens v. UK, no. 11674/85, 03/03/1986**.

I praksis betyder den meget brede afgrænsning af ytringsfrihedsbegrebet, at en række fremsatte ytringer ofte vil være beskyttet af både konventionens artikel 10 og af ophavsretten, jf. tillægsprotokol nr. 1.³⁴

Se f.eks. **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013** (Domstolen slog fast, at artikel 10 som udgangspunkt beskytter ytringer fremsat ved digital og i vidt omfang ophavsretsstridig "fildeling", dvs. ordninger, hvor forskellige internetbrugere op- og downloader beskyttet stof til og fra hinandens computere).³⁵

Foruden ovenstående dækker ytringsfriheden også over individets ret til at modtage ytringer fremsat af andre (informationsfriheden). Informationsfriheden er ikke beskyttet af grundlovens § 77.³⁶ Beskyttelsen af informationsfriheden følger dog direkte af EMRK artikel 10, hvorefter "[...] ytringsfrihed [...] omfatter [...] frihed til at [...] modtage meddelelser eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til grænser".³⁷

Fra praksis se bl.a. **Kalda v. Estonia, no. 17429/10, ECHR 2016** (i strid med informationsfriheden i EMRK artikel 10, ikke at tillade livstidsfange adgang til tre specifikke internetsider, hvor han kunne gøre sig bekendt med sine menneskerettigheder). Se også **Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, no. 14234/88 og**

34. Se også NOU 1999: 27, s. 181.

35. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013, s. 9.

36. Se Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 263.

37. Se bl.a. *ibid.*, s. 265 f.

14235/88, ECHR 1992 (forbud mod at udbrede information til gravide om mulighederne for at få foretaget aborter i udlandet var i strid med klagerens ret til at give og modtage information.) Se også fra dansk ret **UFR 2004.2149 H (Antenne-entusiasten)** (afslag på ansøgning om at opføre en antennemast til hobbybrug var ikke i strid med informationsfriheden i EMRK artikel 10.)

I denne afhandling bruges udtrykket “ytringsfrihed” som en samlebetegnelse, der også omfatter informationsfriheden.

Også den såkaldte *negative ytringsfrihed* er beskyttet af artikel 10, dvs. retten til *ikke* at udtale sig.³⁸ Den negative ytringsfrihed beskytter blandt andet retten til ikke at afsløre kilder.

Se f.eks. **Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. the Netherlands, no. 39315/06, ECHR 2013** (Overvågning af journalister med henblik på at kunne afsløre deres kilder var en krænkelse af EMRK artikel 10.)

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har desuden slået fast, at beskyttelsen i artikel 10 ikke kun er forbeholdt “information” og “ideer”, der modtages positivt eller som anses for harmløse eller ligegyldige, men at beskyttelsen også udstrækker sig til ytringer, der fornærmer, chokerer eller forstyrrer staten eller dele af befolkningen.

Se **Handyside v. The United Kingdom, no. 5493/72, ECHR 1976** (EMD udtalte, at ytringsfriheden var anvendelig “[...] not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broad-mindedness without which there is no “democratic society”).³⁹

Meget få ytringer falder uden for ytringsfrihedsbeskyttelsen. En ytring vil normalt kun være ubeskyttet, hvis der er tale om *misbrug af rettigheder*. Dette følger af EMRK artikel 17, der har følgende ordlyd:

38. Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 10-59)*, s. 802 f.

39. *Handyside v. The United Kingdom*, no. 5493/72, ECHR 1976, præmis 49.

“Ingen bestemmelse i denne Konvention må fortolkes som medførende ret for nogen stat, gruppe eller person til at indlade sig på nogen virksomhed eller udføre nogen handling, der sigter til at tilintetgøre nogen af de heri nævnte rettigheder og friheder, eller til at begrænse dem i videre omfang, end der er hjemmel for i Konventionen.”⁴⁰

Ytringer, der opfordrer til vold (hate speech) og Holocaust-benægtelser, er normalt ikke beskyttet af artikel 10.⁴¹

Se f.eks. **Pavel Ivanov v. Russia, no. 35222/04, ECHR 2007** (Klager havde tilskyndet til had mod jøder gennem en avis og var ved de nationale domstole blevet dømt for tilskyndelse til racehad, ligesom han også havde fået forbud mod at udøve journalistisk virksomhed i 3 år. Forbuddet udgjorde ikke et indgreb i EMRK artikel 10, fordi “[...] a general and vehement attack on one ethnic group is in contradiction with the Convention’s underlying values, notably tolerance, social peace and non-discrimination”).⁴²

3.3. Ytringsfrihedens bagvedliggende rationaler

Det er formentlig de færreste danskere, der i dag vil sætte spørgsmålstegn ved ytringsfrihedens berettigelse. Forklaringen kan måske være, at ytringsfriheden ikke, ligesom f.eks. ophavsretten, begrænser individets udfoldelsesmuligheder.

Se også Nimmer, der skildrer hvordan “[t]he ideal of free speech, if not the reality, has been so much a part of our national ethos, that, like motherhood and love, few stop to question just why it is desirable.”⁴³

Synspunktet her er imidlertid, at ytringsfrihedens bagvedliggende rationaler er vigtige, fordi de under visse omstændigheder kan have afgørende betydning for fortolkningen af de *afvejningskriterier*, der indgår i kollisionssager mellem ytringsfriheden og ophavsretten.

40. Se også EU charterets artikel 54.

41. Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 10-59)*, s. 802.

42. Pavel Ivanov v. Russia, no. 35222/04, ECHR 2007, s. 4.

43. Nimmer, *UCLA L.Rev.* 1969, s. 1187.

Ytringsfriheden begrundes oftest med henvisning til følgende tre hensyn: hensynet til demokratiet, hensynet til sandheden og hensynet til individet.⁴⁴

Se f.eks. EMD's udtalelse i **Handyside v. The United Kingdom, no. 5493/72, ECHR 1976**, hvor der henvises til to af de tre hensyn ("Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic society], one of the basic conditions for its progress and for the development of every man").⁴⁵

I det følgende redegøres der kort for indholdet af de respektive hensyn.

3.3.1. Hensynet til demokratiet

At ytringsfriheden er en nødvendig forudsætning for demokratiet, anføres i stort set alle sager fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor ytringsfriheden kolliderer med andre rettigheder.⁴⁶ Samme synspunkt er anerkendt af både EU-Domstolen og af den danske Højesteret.

Se f.eks. **C-112/00 2003 (Schmidberger)** ("På den anden side kan de grundlæggende rettigheder, der er genstand for hovedsagen, det vil sige ytrings- og forsamlingsfriheden, til trods for, at de udtrykkeligt anerkendes i EMRK og udgør en af grundpillerne i et demokratisk samfund, begrænses, hvis almene hensyn kræver det [...]").⁴⁷ Se også i samme retning **C-274/99 P 2001 (Connolly mod Kommissionen)** ("[...] som Menneskerettighedsdomstolen har fastslået, udgør 'ytringsfriheden [...]' en af de vigtigste dele af grundlaget for [et demokratisk samfund ...]".⁴⁸ Og **C-340/00 P**

44. Se f.eks. Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 262 f., Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*, s. 2 ff. Se også Barendt, *Freedom of speech*, s. 6 ff. Forfatteren nævner foruden de tre nævnte rationaler også et rationale, der går på mistro til magthaverene ("Suspicion of government"). Det sidste argument synes dog i et vist omfang at være sammenflettet med demokrati-rationalet.

45. *Handyside v. The United Kingdom*, no. 5493/72, ECHR 1976, præmis 49.

46. *Se Lingens v. Austria*, no. 9815/82, ECHR 1986, præmis 41, hvor domstolen udtalte at "[...] freedom of expression [...] constitutes one of the essential foundations of a democratic society".

47. *C-112/00 2003 (Schmidberger)*, præmis 79.

48. *C-274/99 P 2001 (Connolly mod Kommissionen)*, præmis 39.

2001 (Kommissionen mod Cwik) (“[...] ytringsfriheden [...] udgør en af grundpillerne i et demokratisk samfund [...]”).⁴⁹ Og fra dansk ret se også Højesterets udtalelse i **UfR 1999.1798 H (Rockerloven)** (“[Grundlovens § 79] er ligesom bestemmelserne om ytringsfrihed i § 77 og foreningsfrihed i § 78 en nødvendig og selvfølgelig forudsætning for et demokrati”).⁵⁰

Der er flere grunde til, at ytringsfriheden anses for en af de vigtigste rettigheder i et demokratisk samfund.

For det første spiller ytringsfriheden en central rolle i forholdet mellem befolkningen og magthaverne. Veludviklede demokratier fungerer ved, at staten ikke ledes af hele befolkningen, men af repræsentanter valgt af befolkningen. Det gælder også i Danmark. Ved en sådan konstellation er ytringsfriheden vigtig for demokratiet, fordi den sikrer, at de folkevalgte repræsentanter ikke misbruger den magt, de har fået overladt.

Se også Herman Hansen, *Demokrati som styreform og som ideologi*, s. 29, hvor forfatteren anfører, at “[h]vad folkets flertal ønsker [...] ikke nødvendigvis [er] det samme som, hvad folkets flertal har sanktioneret ved at stemme på et parti og derigennem på partiets program og de valgløfter, partier har fremsat under valgkampen.”

For det andet gør ytringsfriheden det også muligt for befolkningen at udveksle information om de folkevalgte repræsentanter. Ytringsfriheden er således et særdeles vigtigt værktøj til at afsløre misbrug af magt.

Det anføres også tit, at ytringsfriheden er vigtig for demokratiet, fordi ytringsfriheden er med til at sikre *en fri politisk debat*. En fri politisk debat er vigtig for demokratiet, fordi sådanne debatter gør befolkningen i stand til at træffe deres valg på et oplyst grundlag. At en fri politisk debat er en forudsætning for et velfungerende demokrati, er et almindeligt anerkendt grundsynspunkt ved mange domstole, herunder også den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

49. C-340/00 P 2001 (Kommissionen mod Cwik), præmis 18.

50. UfR 1999.1798 H (Rockerloven), s. 1808.

Se f.eks. domstolens udtalelse i **Lingens v. Austria, no. 9815/82, ECHR 1986** (“[...] freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention”).⁵¹ Se også **Castells v. Spain, no. 11798/85, ECHR 1992** (“Freedom of the press affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of their political leaders. In particular, it gives politicians the opportunity to reflect and comment on the preoccupations of public opinion; it thus enables everyone to participate in the free political debate which is at the very core of the concept of a democratic society”).⁵² Fra dansk ret se også **UfR 2000.2234 H (Tre på tråden)** (Politiker idømt 7 dages betinget hæfte for overtrædelse af straffelovens § 266b, stk. 1 (racisme-paragraffen). Højesteret udtalte dog, at “[y]tringsfriheden er grundlæggende for et demokratisk samfund, idet tolerance over for andres meninger er en nødvendig forudsætning for den frie debat.”). Og fra amerikansk ret **Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)**, hvor Højesteretsdommer Justice Brandeis anførte, hvordan “[...] freedom to think as you will and to speak as you think are indispensable to the discovery and spread of political truth”.⁵³ Se også fra retsvidenskabelig litteratur Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 263, hvor forfatteren beskriver, hvordan “[...] [d]en demokratiske proces [kun har] mening, hvis vælgerne kan træffe deres valgt på grundlag af en fri politisk debat”.

3.3.2. Hensynet til sandheden

Et andet vigtigt grundsynspunkt er, at ytringsfriheden er vigtig for sandhedssøgningen.⁵⁴ Det er blevet anført, at sandhedshensynet bl.a. kan spores tilbage til den engelske poet John Milton og hans censurkritiske værk *Areopagitica* fra 1644.⁵⁵ I dag sammenkobles sand-

51. Lingens v. Austria, no. 9815/82, ECHR 1986, præmis 42.

52. Castells v. Spain, no. 11798/85, ECHR 1992, præmis 43.

53. Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927), s. 375

54. Generelt om sandhedshensynet se Barendt, *Freedom of speech*, s. 7 ff. Se også Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, s. 272, hvor forfatteren beskriver “[...] viden [...] som det bedste grundlag for en fornuftig indretning af samfundet” og at “[d]et [...] ikke blot [gælder] faktisk viden, men også erkendelse af, hvad der er etisk ‘rigtigt’”.

55. Se bl.a. Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*, s. 3. John Miltons værk kan tilgås her: <<http://site.ebrary.com.ep.fjernadgang.kb.dk/lib/royalli->

hedshensynet dog primært med den engelske filosof John Stuart Mill.⁵⁶ Mill skildrede bl.a., hvordan det kun er ved “[...] the collision of adverse opinions that the remainder of the truth has any chance of being supplied”.⁵⁷

Mills var generelt fortalende for, at retten til at fremsætte ytringer skulle beskyttes ens, uanset om der var tale om sande eller potentielt forkerte ytringer. Denne teori har efterfølgende været genstand for kritik.⁵⁸ Mills synspunkt om, at selv forkerte ytringer fortjener beskyttelse, anerkendes da heller ikke fuldt ud af den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor ytringer, der er åbenbart forkerte, f.eks. holocaust-benægtelser, som tidligere nævnt ikke beskyttes, jf. ovenfor i afsnit 3.2.

EMD har henvist til sandhedsrationalet mindst to gange, jf. **Chauvy and Others v. France, no. 64915/01, ECHR 2004**, hvor domstolen udtalte, at “[...] it is an integral part of freedom of expression to seek historical truth”.⁵⁹ Domstolen gentog samme udtalelse i **Giniewski v. France, no. 64016/00, ECHR 2006**.⁶⁰

I amerikansk ret er højesteretsdommer Justice Holmes kendt for at have benyttet sig af sandhedsrationalet. Det skete i sagen **Abrams v. United States, 250 U.S 616 (1919)**, hvor Holmes videreudviklede sandhedsrationalet ved at omtale det som en markedsplads for idéer, jf. Holmes’ udtalelse om, at “[...] the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market”.⁶¹

I litteraturen er det også blevet anført, at Holmes’ markedsplads-metafor er udtryk for, at ytringsfriheden ikke skal ses som et endemål

brary/detail.action?docID=10805326>

56. Se f.eks. Sakulin, *Trademark protection and freedom of expression*, s. 132 og Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*, s. 2 f.

57. Mill, *On liberty*, s. 95, (Citeret i Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*, s. 3).

58. Se f.eks. Barendt, *Freedom of speech*, s. 9, hvor forfatteren bl.a. anfører, hvordan hensynet til den offentlige orden i visse situationer må veje tungere end hensynet til det hypotetiske individs ret til intellektuel udvikling.

59. Chauvy and Others v. France, no. 64915/01, ECHR 2004, præmis 69.

60. Giniewski v. France, no. 64016/00, ECHR 2006, præmis. 51.

61. Abrams v. United States, 250 U.S 616 (1919), s. 630. (Citeret i bl.a. Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*, s. 3 og i Weinrib, U.T.Fac.L.Rev. 2009., s. 174).

(“an end in itself”), men i stedet som et middel, der kan bruges til at nå frem til sandheden.⁶²

3.3.3. Hensynet til individet

Et tredje vigtigt hensyn bag ytringsfriheden er, at ytringsfriheden gør det muligt for individet at realisere sig selv.⁶³ I kollisionssager mellem ytringsfriheden og andre konventionssikrede rettigheder fremhæves hensynet til individets selvrealisering ofte i sammenhæng med hensynet til demokratiet.

Hensynet til individets mulighed for selvrealisering er bl.a. omtalt af i Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 262, hvor forfatteren beskriver, hvordan “[...] adgangen til at give sin mening til kende er en af de mest umiddelbare måder, hvorpå man kan udtrykke og udfolde sin personlighed i forhold til det omgivende samfund.” Forfatteren skildrer også et andet sted, hvordan “[...] det [i høj grad er] i mødet med andres opfattelser og meninger, at personligheden formes”.⁶⁴

Det er blevet anført, at rationalet adskiller sig fra demokrati-rationalet og sandhedsrationalet ved ikke på samme måde at være fokuseret på et nærmere fastsat mål (f.eks. at fremme en fri debat, eller at holde øje med magthaverne).⁶⁵ Det også er blevet anført, at hensynet til individets selvrealisering kan bruges til at legitimere fremsatte ytringer, selvom ytringerne i det større billede er af begrænset gavn for samfundet.⁶⁶ Det kan dog heller ikke afvises, at hensynet til individets selvrealisering i sidste ende alligevel kan være til gavn for samfundet, fordi det kan have afgørende betydning for de valg, som individet træffer senere hen. Se f.eks. i denne retning Scalon, som gjorde følgende selvobservation:

“Even if I dismiss what is said or shown to me as foolish and exaggerated, I am slightly different for having seen or heard it. This difference can be trivial but it can also be significant and have a

62. Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*, s. 3.

63. Generelt om hensynet til individet se Barendt, *Freedom of speech*, s. 13 ff.

64. Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, s. 271.

65. Barendt, *Freedom of speech*, s. 13.

66. Ibid., s. 13.

significant effect on my later decisions. For example, being shown powerful photographs of the horrors of war, no matter what my initial reaction to them may be, can have the effect of heightening (or ultimately of dulling) my sense of the human suffering involved, and this may later affect my opinions about foreign policy in ways I am hardly aware of.”⁶⁷

Det er blevet anført, at hensynet til individets mulighed for at realisere sig selv kan bruges til at legitimere alle de ytringer, der umiddelbart ikke kan legitimeres under de to andre hensyn. Som fremhævet af Barendt giver det ikke mening at udstrække rationalet til juridiske personer.⁶⁸

3.4. Sammenfatning

Formålet med dette kapitel var at *skitsere ytringsfrihedens indhold og at identificere ytringsfrihedens bagvedliggende rationaler*.

Ytringsfriheden, som begrebet bruges i denne afhandling, dækker over flere ting. For det første omfatter ytringsfriheden både den materielle og den formelle ytringsfrihed. Den beskyttede ytring kan fremsættes på mange måder, f.eks. ved brug af billeder, symboler og tegn. Retten til at fremsætte ytringer er beskyttet af både grundlovens § 77, EMRK artikel 10 og charterets artikel 11. For det andet omfatter ytringsfriheden også informationsfriheden, dvs. retten til at modtage ytringer fremsat af andre. Informationsfriheden er ikke beskyttet i grundloven, men af både EMRK artikel 10 og charterets artikel 11. Ytringsfriheden omfatter også den negative ytringsfrihed, dvs. retten til ikke at udtale sig.

Ytringsfriheden begrundes almindeligvis ud fra tre rationaler: hensynet til demokratiet, hensynet til sandheden og hensynet til individet. På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at det bagvedliggende demokrati-hensyn udelukkende kan bruges til at legitimere ytringer, der enten har til formål at holde snor i magthaverne, eller har til formål at fremme den politiske debat.⁶⁹ Dette må derfor også gælde i kollisionssager med ophavsretten. Anvendt på ophavs-

67. Scalon, U.Pitt.L.Rev. 1978, s. 525. (Citeret i Sakulin, *Trademark protection and freedom of expression*, s. 137.)

68. Se Barendt, *Freedom of speech*, s. 15.

69. Se Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*, s. 3.

retten kan det bagvedliggende demokrati-rationale således hovedsageligt bruges til at legitimere ophavsretskrænkende ytringer, hvis den ophavsretskrænkende ytring fremsættes med henblik på at holde kort snor i magthaverne, og/eller hvis den ophavsretskrænkende ytring fremsættes med henblik på at fremme en politisk debat. Derimod synes der i mindre grad at være belæg for, at demokrati-rationalet kan bruges til at legitimere andre former for ophavsretskrænkende adfærd.

På baggrund af ovenstående må det også kunne konkluderes, at sandhedsrationalet, med visse modifikationer, kan bruges til at legitimere alle ytringer, som i et eller andet omfang forsøger at få en sandhed frem. Sandhedsrationalet finder også anvendelse på ytringer af ikke-politisk karakter.⁷⁰ Anvendt på ophavsretten kan sandhedsrationalet således i teorien bruges som et argument for at tillade ophavsretskrænkende ytringer, hvis ytringen fremsættes for at få en sandhed frem. Der er ikke noget krav om, at formålet skal være politisk. På baggrund af ovenstående må det dog samtidigt formodes, at sandhedsrationalet langt hen af vejen er genstand for en række modifikationer, og at rationalet må træde til side, hvis andre mere tungtvejende samfundshensyn er på spil.

På baggrund af ovenstående må det afslutningsvis også kunne konkluderes, at hensynet til individets ret til selvrealisering kan legitimere ytringer, selvom de umiddelbart kan synes at være af begrænset gavn for samfundet. Meget tyder på, at det er hensynet til individet, der kan bruges, når en ytring ikke kan legitimeres af de to andre hensyn. Hensynet til individet kan på grund af dets natur formentlig ikke udstrækkes til juridiske personer. Det er dog givet, at hensynet kan være relevant i ophavsretssager, hvor hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed kolliderer med beskyttelsen af ophavsretten.

70. Se *ibid.*, s. 3.

DEL 2

UNDERSØGENDE DEL

Kapitel 4

Ophavsretten og ytringsfriheden ved EMD

4.1. Introduktion

Dette kapitel undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). Kapitlet giver først en kort introduktion til den Europæiske Menneskerettighedskonvention og EMD. Herefter identificerer kapitlet de *generelle afvejningskriterier*, som EMD tillægger betydning i sager om EMRK artikel 10, og der redegøres for afvejningskriteriernes nærmere indhold. Med udgangspunkt i de identificerede afvejningskriterier analyseres det, hvilken rolle afvejningskriterierne spiller i sager, hvor ytringsfriheden i EMRK artikel 10 kolliderer med ophavsretten. Formålet med kapitel 4 er at identificere de generelle kriterier, der kan bruges til at løse kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden.

4.1.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) blev vedtaget af Europarådet i 1950. Danmark ratificerede konventionen den 31. marts 1953, og den trådte i kraft samme år.¹ Formålet med EMRK var blandt andet at sikre en kollektiv håndhævelse af de rettigheder, som tidligere havde været skrevet ind i FNs ikke-bindende Verdenserklæring om menneskerettigheder.²

1. Se bekendtgørelse nr. 20 af 11. juni 1953.

2. Betænkning nr. 1220: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (1991), s. 21.

EMRK består af tre afsnit: afsnit I – Rettigheder og friheder, afsnit II – Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og afsnit III – Forskellige bestemmelser. Siden 1950 er en række yderligere friheder og rettigheder kommet til. De nye friheder og rettigheder er skrevet ind i tillægsprotokoller. Tillægsprotokollerne er bindende for de stater, der har ratificeret dem. Immaterialretten er beskyttet i artikel 1 i Tillægsprotokol 1 til EMRK. Danmark ratificerede Tillægsprotokol 1 (sammen med EMRK) ved bekendtgørelse nr. 20 af 11. juni 1953.

EMRK er særlig ved, at det er en af de få menneskerettighedskonventioner i verden, som giver individet mulighed for at indbringe en sag direkte for en international domstol. Pligtssubjektiviteten er nærmere afgrænset i konventionens artikel 59, hvor det hedder, at konventionen er åben for undertegnelse af Europarådets medlemmer. Europarådets medlemmer er stater, hvilket igen betyder, at det kun er stater, der kan indklages for EMD (se nærmere om EMD i afsnit 4.1.2). Der kan derfor ikke indbringes en klage over privatpersoner, virksomheder m.fl.³

Se også **Storck v. Germany, no. 61603/00, ECHR 2005**, hvor EMD slog fast, at det kan tilregnes staten, når en national domstol undlader at fortolke en national retsregel i lyset af en bestemmelse i EMRK (“The Court concludes that the Bremen Court of Appeal, as was confirmed by the higher courts, failed to interpret the provisions of civil law relating to the applicant’s compensation claims in contract and tort in the spirit of Article 5. There has therefore been an interference imputable to the respondent State with the applicant’s right to liberty as guaranteed by Article 5 § 1 of the Convention”).⁴

Rettighedssubjektiviteten er dels reguleret i konventionens artikel 1, hvor det hedder, at

“alle medlemsstater skal garantere enhver person under deres jurisdiktion de rettigheder og friheder, som følger af konventionens afsnit 1”, dels i konventionens artikel 34, hvor der står, at

3. Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 1-9)*, s. 14.

4. Storck v. Germany, no. 61603/00, ECHR 2005, præmis 99.

“[d]omstolen kan modtage klager fra enhver person, enhver ikke-statslig organisation eller gruppe af enkeltpersoner, der hævder at være blevet krænket af en af de høje kontraherende parter i de rettigheder, der er anerkendt ved denne Konvention eller de dertil knyttede protokoller”.⁵

4.1.1.a. Særligt om ophavsretten i EMRK

Immaterielle rettigheder er beskyttet i EMRK tillægsprotokol 1, artikel 1. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Tillægsprotokol 1 artikel 1

“Enhver fysisk eller juridisk person har ret til respekt for sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat ved lov og følger af folkerettens almindelige principper.

Foranstående bestemmelser skal imidlertid ikke på nogen måde begrænse statens ret til at håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesse, eller for at sikre betaling af skatter, andre afgifter og bøder.”

At artikel 1 i EMRK tillægsprotokol 1 ikke kun beskytter den fysiske ejendomsret, men også immaterielle rettigheder generelt, slog Domstolen fast i **Melnychuk v. Ukraine (dec.), no. 28743/03, ECHR 2005**. I sagen havde klager bl.a. gjort gældende, at nogle citater i en avisartikel krænkede klagers ophavsret efter artikel 1. Med henvisning til tidligere udtalelser fra den daværende Europæiske Menneskerettighedskommission⁶ slog EMD fast, at “[...] intellectual property is protected by Article 1 of Protocol No. 1”.⁷ At immaterielle rettigheder generelt er omfattet af artikel 1, har Domstolen efterfølgende

5. Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 1-9)*, s. 14.

6. Den Europæiske Menneskerettighedskommission var et organ, der eksisterede i perioden 1954-1998. Organet var en del af det oprindelige klagesystem sammen med EMD og Ministerkomitéen. Den Europæiske Menneskerettighedskommission blev nedlagt med vedtagelsen af Tillægsprotokol 11, jf. Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 1-9)*, s. 5 f.

7. Melnychuk v. Ukraine (dec.), no. 28743/03, ECHR 2005, s. 7.

gentaget flere gange.⁸ Senest i sagen **Sia Akka/Laa v. Latvia, no. 562/05, ECHR 2016**, hvor domstolen tilføjede, at “[t]he protection of musical works and the economic interests deriving from them [...] fall within the scope of rights protected under Article 1 of Protocol No. 1”.⁹

Artikel 1 i EMRK tillægsprotokol 1 adskiller sig bl.a. fra EMRK artikel 10 ved ikke at have en udtømmende liste af anerkendelsesværdige formål, der kan begrunde indskrænkning af beskyttelsen. I stedet indeholder protokol 1, artikel 1, tre regler, der normalt vurderes separat.¹⁰ De tre regler kom første gang til udtryk i sagen **Sporrong and Lönnroth v Sweden, no 7151/75, ECHR 1982**, hvor Domstolen udtalte følgende:

“[a]rticle (P1-1) comprises three distinct rules. The first rule, which is of a general nature, enounces *the principle of peaceful enjoyment of property*; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers *deprivation of possessions* and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property *in accordance with the general interest*, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph [...]” (mine udhævninger).¹¹

Regel nr. 1 følger altså af artikel 1, 1. afsnit. Afsnittet fastslår den generelle ret til at nyde godt af sin ejendom. Regel nr. 2 følger af artikel 1, 2. afsnit, hvor det hedder, at der kan foretages indgreb i ejendomsretten, hvis det er i samfundets interesse og er fastslået ved lov. Regel nr. 3 følger af artikel 1, 3. afsnit, der stiller krav om proportionalitet

8. Se f.eks. *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [GC], no. 73049/01, ECHR 2007, præmis 72. Sagen angik registreringen af et varemærke. Domstolen udtalte, at “[...] Article 1 of Protocol No. 1 is applicable to intellectual property as such”. Se i samme retning domstolens udtalelser i *Balan v. Moldova*, no. 19247/03, ECHR 2008, præmis 34. Se også *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013, s. 10 og *Ashby Donald and others v. France*, no. 36769/08, ECHR 2013, præmis 40.

9. *Sia Akka/Laa v. Latvia*, no. 562/05, ECHR 2016, præmis 41.

10. *Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, EMRK-kom. (art. 10-59)*, s. 1228.

11. *Sporrong and Lönnroth v Sweden*, no 7151/75, ECHR 1982, præmis 61.

mellem indgreb i ejendomsretten og hensynet til almenhedens interesse. Bestemmelsen anser således kun et indgreb i ejendomsretten for anerkendelsesværdigt, hvis indgrebet er i samfundets interesse. Formuleringen af protokol 1, artikel 1, tyder på, at staterne som udgangspunkt tildeles en noget videre skønsmargin, end de har efter EMRK artikel 8-11.¹²

Princippet om legitimt formål i almenhedens interesse – i relation til indgreb i artikel 1 i tillægsprotokol 1 – blev formuleret af EMD i **Hutten-Czapska v. Poland [GC], no. 35014/97, ECHR 2006**, hvor Domstolen fandt det “[...] natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, the Court has on many occasions declared that it will respect the legislature’s judgment as to what is in the “public” or “general” interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation.”¹³

Det betyder dog ikke, at staten har fuldkommen frie tøjler, når det drejer sig om indgreb i ejendomsretten.¹⁴

4.1.2. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) skal sikre, at alle medlemsstaterne overholder de rettigheder og friheder, som de har skrevet under på ved undertegnelsen. Før 1998 blev alle klager indbragt for Den Europæiske Menneskerettighedskommission, og det var derefter op til dette organ at tage stilling til, om en klage skulle indbringes for EMD. I 1998 blev EMD og Den Europæiske Menneskerettighedskommission slået sammen til et fælles håndhævelsesorgan – EMD, og i dag indbringes alle klager direkte for sidstnævnte. EMD’s kompetence udstrækker sig til alle sager, der handler om fortolkningen og anvendelsen af EMRK og dens tilhørende protokoller, jf. EMRK artikel 32.

12. Dette støttes også af Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 10-59)*, s. 1229.

13. Hutten-Czapska v. Poland [GC], no. 35014/97, ECHR 2006, præmis 166.

14. EMD har flere gange fundet stater skyldige i overtrædelse af protokol 1, artikel 1. En omfattende liste over krænkelsessager kan findes i Carss-Frisk, *The Right to Property*, s. 6 (note 8).

EMRK indeholder to forskellige klageadgange, den mellemstatslige klageadgang og den individuelle klageadgang. Den mellemstatslige klageadgang følger af konventionens artikel 33, men anvendes sjældent.¹⁵ Den individuelle klageadgang følger af Konventionens artikel 34, hvor det hedder, at "Domstolen kan modtage klager fra enhver person, enhver ikkestatslig organisation eller gruppe af enkeltpersoner, der hævder at være blevet krænket af en af de høje kontraherende parter i de rettigheder, der er anerkendt ved denne Konvention eller de dertil knyttede protokoller. De høje kontraherende parter forpligter sig til ikke på nogen måde at lægge hindringer i vejen for den effektive udøvelse af denne ret." Før man kan indgive en individuel klage til EMD, er det et krav, at en række betingelser er opfyldt. Betingelserne er oplistet i EMRK artikel 35, der bl.a. bestemmer, at EMD kun må optage en sag, hvis alle nationale retsmidler er udtømte. Sagen skal desuden indbringes senest 6 måneder fra den dato, hvor den endelige afgørelse i sagen blev truffet (stk. 1). EMD må ikke behandle en klage, hvis klagen er væsentligt identisk med en tidligere sag ført ved domstolen (stk. 2(b)), eller hvis klagen er uforenelig med bestemmelserne i EMRK eller dens protokoller (stk. 3(a)). For at klage til EMD skal klager altid være individuelt påvirket af det konkrete indgreb.¹⁶

I praksis benytter EMD sig af en såkaldt *dynamisk fortolkningsstil*, som betyder, at domstolen hele tiden forsøger at fortolke de grundlæggende rettigheder i EMRK i lyset af aktuelle samfundsforhold.¹⁷ Den dynamiske fortolkningsstil gælder for alle bestemmelser i konventionen.¹⁸

EMD introducerede den dynamiske fortolkning i **Tyrer v. The United Kingdom, no. 5856/72, ECHR 1978**. Domstolen slog her fast, at korporlig afstraffelse som straf for overtrædelse af national

15. En liste over mellemstatslige klager i perioden 1956-2014 kan tilgås via dette link: <http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf> [set 8. februar 2017].

16. Jf. eksempelvis Altuğ Taner Akçam v. Turkey, no 27520/07, ECHR 2011, præmis 65 og 66. Denne betingelse gælder kun for den individuelle klageadgang.

17. Generelt om den dynamiske fortolkning ved EMD se Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 1-9)*, s. 22 f. og de der i anførte henvisninger.

18. Ibid., s. 23.

ret var i strid med konventionen, og erindrede i den forbindelse om, at EMRK er “[...] a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions”.¹⁹ Siden har den dynamiske fortolkning været eksplicit fremhævet af EMD flere gange. Se eksempelvis **Christine Goodwin v. The United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002**. Sagen drejede sig om transseksuelles juridiske rettigheder i Storbritannien. EMD udtalte, at “[it] is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”.²⁰

Det er givet, at EMD også i et vist omfang benytter sig af komparativ fortolkning, dvs. en fortolkning, der tager hensyn til, om der inden for det område, domstolen skal behandle, eksisterer en ensartet praksis mellem flere lande. Dette er bl.a. blevet anført af Lorenzen m.fl., der skildrer, hvordan den komparative fortolkning “[...] er tæt forbundet med staternes skønsmargin, da EMD i denne forbindelse ofte anfører, at staternes skønsmargin er snæver, hvis der er konsensus på et område, hvorimod skønsmargin omtales som vid, hvis der ikke er konsensus.”²¹

4.1.3. EMD's håndtering af rettighedskollisioner

En ting, som ophavsretten og ytringsfriheden begge har til fælles, er, at ingen af rettighederne anses for absolutte og uindskrænkede. Kun fire bestemmelser i EMRK's samlede rettighedskatalog indebærer absolutte rettigheder, nemlig artikel 3 (forbud mod tortur), artikel 4, stk. 1 (forbud mod slaveri og tvangsarbejde), artikel 7, stk. 1, 1. pkt. (forbud mod straf uden lovhjemmel) og artikel 7, stk. 1, 2. pkt. (forbud mod at give en højere straf end den, der var anvendelig på det

19. Tyrer v. The United Kingdom, no. 5856/72, ECHR 1978, præmis 31. At dette var den første gang, EMD anvendte den dynamiske fortolkning, gøres også gældende i Dzehtsiarou, GLJ 2011, s. 1731.

20. Christine Goodwin v. The United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002, præmis 74. For flere eksempler fra domspraksis se Dzehtsiarou, GLJ 2011, s. 1731 f.

21. Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 1-9)*, s. 23.

tidspunkt, da den straffbare lovovertrædelse blev begået). Det er kun de absolutte rettigheder, der er immune over for statslige indgreb. Alle andre rettigheder er *relative*.

Som fremhævet i Christoffersen, *Fair Balance* (2008), s. 107 f. kan rettighedskollisioner ved EMD inddeles i følgende tre grupper: 1) Kollisioner mellem to eller flere relative rettigheder, 2) Kollisioner mellem en eller flere relative rettigheder og en eller flere absolutte rettigheder, og 3) Kollisioner mellem absolutte rettigheder. Kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden hører til i gruppe 1.

Det er som udgangspunkt kun tilladt at foretage et indgreb i en relativ rettighed, hvis indgrebet lever op til nogle klassiske *indgrebsbetingelser*:²²

1. Indgrebet er foreskrevet ved lov,
2. indgrebet følge et legitimt formål, og
3. indgrebet skal være proportionalt.

De tre betingelser indgår dog i en større sammenhæng, hvor Domstolen også lægger vægt på andre omstændigheder, herunder blandt andet hvilke rettigheder der er involveret.

Når domstolen vurderer, om indgrebsbetingelserne er opfyldt, foregår det typisk i følgende trin:

- Trin 1. Beskyttelsesomfanget af den bestemmelse, hvor den ret, der gøres indgreb i, er hjemlet, fastlægges og indgrebets karakter bestemmes.
- Trin 2. Det undersøges, om indgrebet har hjemmel i national ret,
- Trin 3. Det undersøges, om indgrebet følger et legitimt formål,
- Trin 4. Det undersøges, om indgrebet er proportionalt (nødvendigt i et demokratisk samfund).
- Trin 5. Indgrebet holdes til sidst op imod den såkaldte doktrin om staternes skønsmargin.

22. Se *ibid.*, s. 27 ff.

I det følgende redegøres der kort for de enkelte trin. Trin 5 uddybes under afsnit 4.2.

4.1.3.a. Bestemmelsens beskyttelsesomfang og indgrebs karakter

For at kunne afgøre, om et indgreb i en bestemmelse er i strid med konventionen, må det først klarlægges, hvad den bestemmelse, der gøres indgreb i, beskytter. Dette sker gennem en nærmere undersøgelse af de specifikke rettighedsbestemmelser. Har man f.eks. at gøre med en rettighedskollision mellem ophavsretten og ytringsfriheden, tages der udgangspunkt i henholdsvis tillægsprotokol 1, artikel 1, og EMRK artikel 10.

Har Domstolen slået fast, at den specifikke bestemmelse er relevant, vurderes det herefter, om der er tale om et "indgreb" i konventionens forstand. For ytringsfrihedens vedkommende hedder det i EMRK artikel 10, stk. 1, at "[e]nhver har ret til ytringsfrihed [...] uden indblanding fra offentlig myndighed". Et indgreb kan således normalt kun karakteriseres som et indgreb i artikel 10's forstand, hvis det er begået af en offentlig myndighed. Desuden skal indgrebet have en vis væsentlig karakter. Se *Lorenzen m.fl.*, der fremhæver, at "[...] en helt ubetydelig eller ganske beskeden påvirkning af rettighedernes beskyttelsesområde generelt ikke vil være tilstrækkeligt til at blive anset som et indgreb".²³ Et indgreb i ytrings- eller informationsfriheden kan f.eks. være i form af et foreløbigt forbud,²⁴ en dom²⁵ eller en undladelse.²⁶

I Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013 slog EMD for første gang fast, at en national dom for at krænke ophavsretten kan udgøre et indgreb i ytringsfriheden. Domstolen bemærkede i den forbindelse, at ytringsfriheden normalt omfatter retten til at publicere billeder, og at et ophavsretligt

23. Ibid., s. 27.

24. Se f.eks. *Barthold v. Germany*, no. 8734/79, ECHR 1985 (Midlertidigt forbud mod indhold i avisartikel var i strid med artikel 10 (dissens)).

25. Se f.eks. *Jersild v. Denmark*, no. 15890/89, ECHR 1994 (Journalist dømt for videreformidling af andres racistiske udtalelse var i strid med artikel 10).

26. Se f.eks. *Kenedi v. Hungary*, no. 31475/05, ECHR 2009 (Det var i strid med artikel 10, at en historieforsker ikke kunne få uhindret adgang til dokumenter.) For flere eksempler se Herr, *Jur.FF.* 2011, s. 199.

begrundet forbud mod at offentliggøre billeder af beskyttet tøj derfor udgjorde et indgreb i artikel 10 i konventionens forstand, jf. dommens præmis 34 (“[...] Art. 10 of the Convention is intended to apply to Internet communication [...] regardless of the type of message being conveyed...and even if the objective pursued is of a pecuniary nature [...]. It also notes that the freedom of expression includes the publication of the photographs [...]. It concludes from this that the publication of the photographs at issue on an Internet site dedicated to fashion and presenting to the public images of fashion shows for viewing free of charge or in return for payment or for sale constitutes the exercise of the right to freedom of expression. The Court therefore considers that the conviction of the applicants for these facts constituted an interference with this right”).²⁷

Se også i samme retning **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor EMD lagde ud med at slå fast, at de nationale domme, der med henvisning til ophavsretten skred ind over for fildelingstjenesten “The Pirate Bay”, jf. ovenfor afsnit 4.1.3 udgjorde et indgreb i klagernes ytringsfrihed, fordi artikel 10 ikke kun beskytter indholdet af en information, men også de midler, som bruges til at formidle information på (“[...] 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”).²⁸

27. Den engelske oversættelse er lånt fra Max Planck Institute, IIC 2014, s. 357 f. Den originale præmis 34 lyder: “[...] l’article 10 de la Convention a vocation à s’appliquer à la communication au moyen de l’Internet [...], quel que soit le type de message qu’il s’agit de véhiculer [...], et même lorsque l’objectif poursuivi est de nature lucrative. [...] la publication des photographies litigieuses sur un site Internet dédié à la mode et proposant au public des images de défilés à la consultation libre ou payante et à la vente relève de l’exercice du droit à la liberté d’expression, et que la condamnation des requérants pour ces faits s’analyse en une ingérence dans celui-ci.”

28. **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, s. 9.

4.1.3.b. Hjemmelskravet

Et indgreb i en konventionssikret rettighed skal også altid have *hjemmel i national ret*.²⁹ I EMRK artikel 10, stk. 2, hedder det således, at ytringsfriheden “[...] kan underkastes sådanne formelle bestemmelser, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov”. På samme måde hedder det i Tillægsprotokol 1, artikel 1, at ejendomsretten kan begrænses “[...] i overensstemmelse med de ved lov [...] fastsatte betingelser.”

Hjemmelskravet har til formål at sikre, at menneskerettighederne ikke bliver genstand for vilkårlige indgreb fra staten.

I **The Sunday Times v The United Kingdom (No. 1)**, no. 6538/74, ECHR 1976, har EMD formuleret det nærmere indhold af hjemmelskravet således: “Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable.”³⁰

Hjemmelskravet betyder altså ifølge EMD to ting. For det første betyder det, som det fremgår, at loven skal være tilstrækkeligt tilgængelig for individet (“adequately accessible”), dvs. at borgeren skal have haft mulighed for at gøre sig bekendt med loven. For det andet betyder hjemmelskravet, at en norm ikke betragtes som en “lov”, medmindre normen er tilstrækkeligt præcist formuleret. Ifølge EMD indebærer dette, som det fremgår, at borgeren skal have været i stand til – med passende rådgivning – at forudse de konsekvenser, som en given handling vil kunne have. Det ligger dog samtidig fast, at Domstolen ikke stiller krav om absolut forudsigelighed. Hjemmelskravet giver umiddelbart ikke anledning til problemer i kollisionssager mel-

29. The Sunday Times v The United Kingdom (No. 1), no. 6538/74, ECHR 1976, præmis 47.

30. Ibid., præmis 49.

lem ophavsretten og ytringsfriheden, da hensynet til ophavsretten altid vil være lovhjemlet.

Se således **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, hvor EMD fandt, at *hjemmelskravet* var opfyldt, fordi den nationale afgørelse var truffet i henhold til den franske ophavsretslovs artikel L. 335-2 og artikel L. 335-3, jf. dommens præmis 36 (“[...] the applicants were convicted of counterfeiting by disseminating or representing a work of the mind in infringement of copyright on the basis of Art. L. 335-2 and L. 335-3 of the Intellectual Property Code as interpreted by the domestic courts. It concludes from this that the restriction was prescribed by law”).³¹

Se også i samme retning **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor Domstolen ligeledes fandt, at de nationale afgørelser, der skred ind over for Pirate Bay-fildelingstjenesten, var hjemlet, fordi ophavsretten var beskyttet i den svenske ophavsretslov (“The applicants’ convictions were based on the Copyright Act and the Penal Code. The Court observes that the applicants were only convicted in respect of material shared through TPB which was protected by copyright in accordance with the Copyright Act. It follows that the interference was “prescribed by law”).³²

4.1.3.c. Kravet om legitimt formål

Et indgreb i en konventionssikret rettighed skal ifølge EMRK artikel 18 også altid opfylde kravet om legitimt formål. EMRK artikel 18 har følgende ordlyd:

“De ifølge denne Konvention tilladte indskrænkninger i disse rettigheder og friheder må ikke anvendes i noget andet øjemed end det, for hvilke de er foreskrevet.”

31. Oversættelsen er lånt fra Max Planck Institute, IIC 2014, s. 558. Den relevante del af den originale præmis 36 lyder: “La Cour constate que les requérants ont été condamnés pour contrefaçon par diffusion ou représentation d’œuvre de l’esprit au mépris des droits de l’auteur, sur le fondement des articles L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle tels qu’interprétés par les juridictions internes. Elle en déduit que l’ingérence était prévue par la loi. [...]”

32. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013, s. 10.

Det vil altid fremgå af den enkelte rettighed, hvad der betragtes som et anerkendelsesværdigt formål. For ytringsfrihedens vedkommende følger det direkte af artikel 10, stk. 2, hvor det hedder, at ytringsfriheden kan begrænses af hensyn til

“[...] den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig sikkerhed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udsprelse af fortrolige oplysninger eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed.”

EMD har slået fast, at beskyttelsen af ophavsretten anses som et anerkendelsesværdigt formål, fordi den falder ind under “hensynet til andres rettigheder”, jf. artikel 10, stk. 2.

Se **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor EMD fandt, at et ophavsretligt begrundet indgreb over for grundlæggerne af fildelingstjenesten “The Pirate Bay” fulgte “[...] the legitimate aim of protecting the plaintiffs’ copyright to the material in question.” Se også **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**. Et indgreb i ytringsfriheden for at beskytte ophavsretten til modetøj fulgte her ifølge EMD “[...] one of the legitimate aims set out in the second paragraph of Art. 10 of the Convention – the protection of the rights of others – in that its objective was to safeguard the copyright of the fashion houses whose creations were the subject matter of the photographs at issue”.³³ Sml. også **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, no. 68354/01, ECHR 2007**. Et indgreb i ytringsfriheden foretaget med henblik på at beskytte retten til eget billede, der var beskyttet af den østrigske ophavsretslov, fulgte ifølge EMD “[...] the legitimate aim of ‘protection of the rights of others’”.³⁴

EMD har slået fast, at de anerkendelsesværdige formål skal fortolkes indskrænkende, hvorved forstås, at det kun er de eksplicit anførte for-

33. Se *Ashby Donald and Others v. France*, no. 36769/08 ECHR, præmis 36.

34. *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, no. 68354/01, ECHR 2007, præmis 29. Dommen er også omtalt nedenfor i afsnit 4.2.1.c og 4.3.1.e.

mål i EMRK artikel 10, stk. 2, der kan legitimere et indgreb i artikel 10, stk. 1.³⁵

At indgreb i ytringsfriheden skal fortolkes indskrænkende, følger direkte af **Vogt v. Germany [GC], no. 17851/91, ECHR 1995**, hvor EMD udtalte at “[f]reedom of expression, as enshrined in Article 10 (art. 10), is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established”.³⁶

For en god ordens skyld bemærkes det i øvrigt, at det på konventionens originalsprog hedder, at hensynet til “the protection of [...] morals” kan være et anerkendelsesværdigt formål for et indgreb i ytringsfriheden. Denne formulering tilsigter dog udelukkende en beskyttelse af hensynet til andres god navn og rygte og må således ikke forveksles med den beskyttelse af ideelle rettigheder, som man finder inden for ophavsretten.³⁷

4.1.3.d. Indgrebet skal være proportionalt

Proportionalitetsprincippet er et centralt grundretligt princip, udviklet med henblik på at sikre en rimelig balance mellem individets rettigheder og kolliderende hensyn.³⁸ Proportionalitetsprincippet følger bl.a. direkte af flere bestemmelser i EMRK, jf. f.eks. artikel 8-11, hvorefter et indgreb i rettighederne kun er tilladt, hvis indgrebet er “nødvendigt i et demokratisk samfund”. Domstolen har flere gange slået vigtigheden af proportionalitetsprincippet fast.

Se f.eks. **Öcalan v. Turkey [GC], no 46221/99, ECHR 2005**, præmis 88, hvor Domstolens bemærkede, at “[i]nherent in the whole of the Convention is the search for a fair balance between the

35. Se f.eks. *Klass and others v. Germany*, no. 5029/71, ECHR 1978, præmis 42 og *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, no. 13585/88, ECHR 1991, præmis 59.

36. *Vogt v. Germany [GC]*, no. 17851/91, ECHR 1995, præmis 52. Se også i samme retning *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, ECHR 1976, præmis 49, *Lingens v. Austria*, no. 9815/82, ECHR 1986, præmis 41, samt *Jersild v. Denmark*, no. 15890/89, ECHR 1994, præmis 37.

37. Se *Sadurski*, EuConst 2012, s. 461 (note 15).

38. Generelt om proportionalitetsprincippet se Christoffersen, *Fair Balance*.

demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.”³⁹

Se også **Sporrong and Lönnroth v Sweden, no. 7151/75 og 7152/75, ECHR 1982**, præmis 69, hvor Domstolen udtalte, at “the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights [...]. The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1)”.

4.1.4. Særligt om det menneskeretlige proportionalitetsprincip ved EMD

I den juridiske litteratur er det blevet anført, at EMD's proportionalitetsprincip almindeligvis beskrives som indeholdende fire principper: et egnethedsprincip, et nødvendighedsprincip, et kerneprincip og et princip om rimelig balance.⁴⁰ I det følgende redegøres der kort for det nærmere indhold af disse fire principper.

4.1.4.a. Egnethedskravet

Proportionalitetsprincippet's første led – egnethedskravet – går ud på, at et indgreb i en konventionssikret rettighed skal være *egnet som middel* til at nå det mål, som indgrebet forfølger.

Princippet synes ikke at være ofte udtalt i Domstolens praksis.

Se dog **Observer and Guardian v. The United Kingdom, no. 13585/88, ECHR 1991**, der drejede sig om et fagedforbud mod offentliggørelsen af en bog om den britiske efterretningstjeneste. En uautoriseret offentliggørelse af bogen i USA betød her, at et fagedforbud i Storbritannien (i en nærmere angivet periode) ikke længere var egnet som middel til målet.⁴¹ Domstolen fandt derfor, at opretholdelsen af forbuddet i Storbritannien i denne periode indebar en krænkelse af artikel 10.

39. For flere eksempler se *ibid.*, s. 31 (note 195).

40. Se Christoffersen, UfR 2015B, s. 115.

41. Jf. *Observer and Guardian v. The United Kingdom, no. 13585/88, ECHR 1991*, præmis 66 ff. Dommen er også omtalt i Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, s. 80.

Egnethedskravet har været genstand for en omfattende analyse af Jonas Christoffersen.⁴² Ifølge Christoffersen handler princippet grundlæggende om indgrebets hensigt og effektive virkning.⁴³ Indgrebets potentielle virkning kan imidlertid være svært at forudse, og ifølge Christoffersen er det da også "sjældent", at EMD foretager sådanne eksplicitte analyser. Forfatteren har opstillet en model over egnethedskravet, hvorefter "[d]en vægt, der tillægges ethvert argument, [- implicit eller eksplicit -] afhænger [...] af en normativt orienteret bedømmelse af vægten af de retligt beskyttede interesser og en empirisk orienteret vurdering af den fremtidige virkning af aktuelle og hypotetiske foranstaltninger på disse interesser".⁴⁴ Modellen er gengivet grafisk i *Christoffersen: Fair Balance* (2008) s. 182.

Anvender man Christoffersens egnethedsmodel på afhandlingens emne, må følgende to ting skulle undersøges ved en konflikt mellem ophavsretten og ytringsfriheden:

For det første må der foretages det, som Christoffersen betegner som en såkaldt *normativ bedømmelse* af de to rettigheder, dvs. en vurdering af, hvilken retlig interesse de respektive rettigheder har til hensigt at beskytte. For ytringsfrihedens vedkommende vil det her være individets interesse i at ytre sig og til at modtage information mv., jf. afsnit 3.2. For ophavsrettens vedkommende vil det være ophavsmandens (eller rettighedshaverens) interesse i at få beskyttet sin eneret, jf. afsnit 2.1.

For det andet må det ifølge Christoffersen også undersøges, hvilke fremtidige (måske hypotetiske) *virksomheder* de kolliderende interesser har til hensigt at beskytte. For ophavsretten og ytringsfrihedens vedkommende må dette betyde, at der skal tages udgangspunkt i de respektive rettigheders bagvedliggende rationaler.

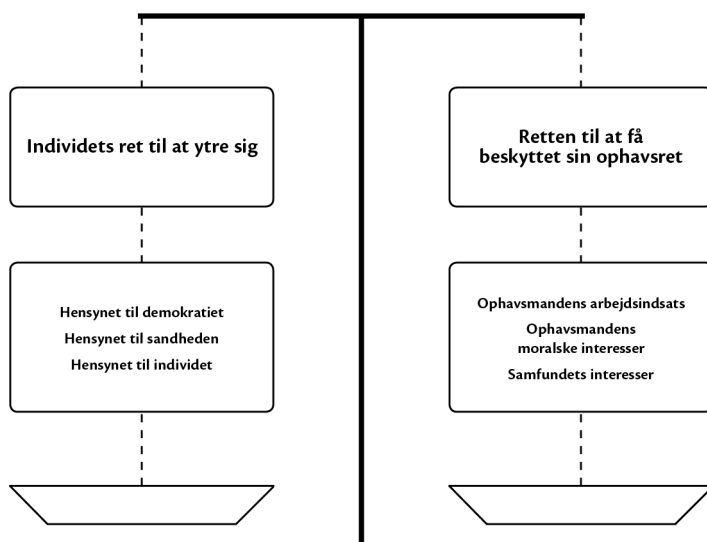
Den samlede bedømmelse af, hvorvidt et indgreb i f.eks. ophavsretten med henvisning til ytringsfriheden (eller omvendt) opfylder proportionalitetskravets egnethedstest, vil således i høj grad afhænge af en konkret vurdering, hvor indgrebets karakter må vurderes ud fra, dels vægten af de retlige interesser bag de kolliderende rettigheder, og dels de kolliderende interessers evne til i den konkrete situation at nå deres respektive formål. I lyset af Christoffersens model må det

42. Se Christoffersen, *Fair Balance*, s. 157 ff.

43. Christoffersen, UfR 2015B, s. 116 f.

44. Ibid., s. 118.

ved en rettighedskollision desuden formodes, at det ikke er nok, at de respektive interesser er i stand til at nå deres respektive relevante mål for at opfylde egnethedstesten. Det må også vurderes, hvilken af de to rettigheder der gør det bedst. Med afsæt i figur nr. 13 i Christoffersen, *Fair Balance* (2008) s. 182 kan afvejningen mellem ophavsretten og ytringsfriheden i relation til egnethedskravet også illustreres ved følgende vægtskål:



Figur 4.1. Afvejning af ophavsretten og ytringsfriheden i relation til egnethedskravet"

4.1.4.b. Nødvendighedskravet

Proportionalitetsprincippets andet led – nødvendighedskravet – siger til, at medlemsstaten ved et indgreb i en konventionssikret rettighed *helst* skal have valgt det mindst indgribende middel til at nå

målet.⁴⁵ Det er imidlertid også blevet anført, at nødvendighedskravet ikke spiller den store rolle i EMD's praksis.⁴⁶ Dette skyldes måske, at et indgreb i en konventionssikret rettighed normalt ikke vil blive karakteriseret som værende uproportionalt, bare fordi staten ikke har anvendt den mindst indgribende løsning.⁴⁷ Så længe det ikke er åbenbart, at et mindre indgribende middel kunne have været anvendt, vil kravet normalt være opfyldt.

4.1.4.c. Kernekravet

Proportionalitetsprincippet's tredje led – kernekravet – sigter til, at et indgreb i en konventionssikret rettighed ikke vil være proportionalt, hvis indgrebet foretages i den konventionssikrede rettigheds *kerne*.⁴⁸ Princippet følger ikke af EMRK, men er udviklet i EMD's praksis, hvor der implicit har været henvist til kernekravet flere gange.

Fra ældre praksis se f.eks. **Winterwerp v. The Netherlands, no. 6301/73, ECHR 1979**, hvor EMD i en sag vedrørende et indgreb i en psykiatrisk patients ret til frihed og sikkerhed samt ret til retfærdig rettergang udtalte, at "[...] mental illness may entail restricting or modifying the manner of exercise of such a right [...], but it cannot justify impairing the very essence of the right." Se også "**Belgian Linguistic" v. Belgium [GC], no. 1474/62 mfl., ECHR 1968**. Med henvisning til indgreb i artikel 2 i tillægsprotokol 2 (retten til undervisning) udtalte EMD, at det "[...] goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention."⁴⁹

45. Se Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 105. Se også Greer, Oxford J. Leg. St. 2003, s. 409, der med henvisning til det samlede proportionalitetsprincip anfører, hvordan princippet begrænser "[...] interference with Convention rights to that which is least intrusive in pursuit of a legitimate objective."

46. Se Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 105.

47. Christoffersen, UFR 2015B, s. 118.

48. For en dybdegående analyse af kerneprincippet henvises til Christoffersen, *Fair Balance*, s. 128 ff. Se også Christoffersen, UFR 2015B, s. 120, og Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 242 ff.,

49. "Belgian Linguistic" v. Belgium, no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, ECHR 1968, præmis 5.

EMD har også implicit anvendt kerneprincippet i sager, hvor ytringsfriheden er kollideret med den generelle ejendomsret efter artikel 1 i Tillægsprotokol 1.

Se f.eks. **Appleby and Others v. the United Kingdom, no. 44306/98, ECHR 2003**, hvor det ikke var i strid med klagers ytringsfrihed, at hun blev forhindret i at opstille en bod i et privat galleri, hvor klager kunne fremsætte sine politiske holdninger bl.a. ved at dele flyers ud. Domstolen udtalte dog, at “[...] where [...] the bar on access to property has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression *or it can be said that the essence of the right has been destroyed*, the Court would not exclude that a positive obligation could arise for the State to protect the enjoyment of the Convention rights by regulating property rights. A corporate town where the entire municipality is controlled by a private body might be an example” (min udhævning).⁵⁰

Kerneprincippet synes således at udspringe af en grundlæggende tankegang om, at en konventionssikret rettighed i et eller andet omfang har en urørlig kerne. Både ytringsfriheden og ophavsrettens relative karakter gør imidlertid, at begge disse rettigheders “kerner” er vanskeligt definerbare. Dette understøttes også af Domstolens udtalelse i **Appleby and Others v. the United Kingdom, no. 44306/98, ECHR 2003** (lige ovenfor), hvor et indgreb, selvom der var tale om et indgreb i den politiske ytringsfrihed (som normalt nyder en meget tungtvejende beskyttelse), ikke fandtes at gribe ind i ytringsfrihedens kerne. På denne baggrund må kerneteorien formodes at være af relativ lille relevans for ophavsret-ytringsfrihedskollisioner i praksis.⁵¹ Omvendt vil kerneteorien formentlig have langt større betydning i rettighedskollisioner, hvor kollisionen sker mellem en eller flere absolute rettigheder.⁵²

4.1.4.d. Princippet om den rimelige balance

Proportionalitetsprincippets sidste led – princippet om den rimelige balance – må antages at være det i praksis vigtigste led for kollisioner

50. Appleby and Others v. the United Kingdom, no. 44306/98, ECHR 2003, præmis 47.

51. Se dog anderledes Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 242 f.

52. Christoffersen, UFR 2015B, s. 120.

mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Princippet går ud på, at medlemsstaten, ved en kollision mellem to eller flere konventions-sikrede rettigheder, skal sikre en rimelig balance mellem de hensyn, der ligger bag de respektive rettigheder.

At medlemsstaterne skal sikre en rimelig balance mellem de kolliderende rettigheder bagvedliggende hensyn, er blandt andet udtalt i den før omtalte sag **Appleby and Others v. the United Kingdom, no. 44306/98, ECHR 2003**, hvor EMD, ved vurderingen af, om staten havde en positiv forpligtelse til at beskytte klagers ytringsfrihed, udtalte, at “[...] regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which is inherent throughout the Convention.”⁵³

Se videre bl.a. Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 101, hvor forfatteren udtaler, at “[h]vis indgrebet i en grundlæggende rettighed [...] sker til beskyttelse af en anden grundlæggende rettighed, og der således foreligger en kollision mellem grundlæggende rettigheder, gælder der ingen generel prioritet for den ene rettighed frem for den anden. [...] Ved sådanne egentlige rettighedskollisioner må man ifølge EMD foretage en afvejning mellem som udgangspunkt ligestillede rettigheder”.

Det fremgår af EMDs praksis, at princippet om den rimelige balance finder anvendelse i sager, hvor ytringsfriheden kolliderer med ophavsretten i artikel 1 i EMRK tillægsprotokol 1.

Se bl.a. **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, hvor spørgsmålet var, om EMRK artikel 10 afskar nogle modehuse fra at skride ind over for nogle fotografer, der havde taget billeder af ophavsretligt beskyttet tøj under et mode-show. Domstolen bemærkede, at der var tale om kollision mellem klagers ytringsfrihed og modehusenes ophavsret, hvorfor der måtte tilstræbes en balance, som imidlertid kunne være svær.⁵⁴ Se også i samme retning **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor spørgsmålet var, om ophavstretlig indskriden over for “Pirate Bay”-fildestjenesten var i over-

53. Appleby and Others v. the United Kingdom, no. 44306/98, ECHR 2003, præmis 40.

54. Ibid., præmis 40.

ensstemmelse med EMRK artikel 10, og hvor Domstolen bl.a. udtalte, at “[...] the respondent State had to balance two competing interests”.⁵⁵

4.1.5. Princippet om staternes skønsmargin

Doktrinen om staternes skønsmargin er et grundlæggende princip ved EMD. Princippet skal bl.a. ses i lyset af EMRK artikel 19 og 32, hvorefter Domstolen har kompetence til at efterprøve, om medlemsstaterne overholder konventionen.

Domstolen har bl.a. formuleret doktrinen i **Handyside v. the United Kingdom, no. 5493/72, ECHR 1976**: “The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights [...]. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. [...] By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them. [...] Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation.”⁵⁶

Ved en klagesag efterprøver EMD, i hvilket nærmere omfang den indklagede stat har overholdt de førmtalte indgrebsbetingelser, dvs. hjemmelskravet, kravet om legitimt formål og proportionalitetskravet. Princippet om staternes skønsmargin bruges til at betegne den intensitet, som Domstolen anvender under denne prøvelse.⁵⁷ Er intensiteten svag, taler man om en bred skønsmargin, hvilket vil sige, at staten har et mere omfattende råderum for sin retlige vurdering. Er intensiteten derimod stærk, taler man om en snæver beskyttelsesmargin, hvor staten har et lille råderum. Udstrækningen af staternes

55. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013, s. 10.

56. Handyside v. the United Kingdom, no. 5493/72, ECHR 1976, præmis 76 (citeret i Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, s. 113.)

57. Se også Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, s. 110.

skønsmargin kan påvirkes af forskellige faktorer, jf. nærmere nedenfor.

4.2. Identifikation af de relevante afvejningskriterier ved EMD

EMD har udviklet en række specifikke afvejningskriterier, som den bruger til at fastlægge staternes skønsmargin ved bestemte typer af rettighedskollisioner. Et af de steder, hvor EMD har været mest aktiv med at udpensle eksplicitte afvejningskriterier, er i rettighedskollisioner mellem ytringsfriheden (EMRK artikel 10) og privatlivets fred (EMRK artikel 8).

I sagen **Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012** formulerede EMD således seks afvejningskriterier, som kan bruges til at fastsætte staternes skønsmargin ved rettighedskollisioner mellem artikel 10 og artikel 8. Ifølge Domstolen er de relevante afvejningskriterier for sådanne rettighedskollisioner (1) ytringens emne,⁵⁸ (2) ytringens offer,⁵⁹ (3) offerets tidligere opførsel,⁶⁰ (4) den metode som har været anvendt til at indhente den information, der ligger til grund for den omstridte ytring,⁶¹ (5) ytringens indhold, form og konsekvenser,⁶² samt (6) sanktionens kølende effekt.⁶³ De seks afvejningskriterier er siden blevet gentaget af den danske Højesteret i **UfR 2015.3106 H (KGB)**.

Det er givet, at flere af de afvejningskriterier, som Domstolen formulerede i **Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012**, også i vidt omfang kan have betydning for rettighedskollisioner mellem ytringsfriheden og ophavsretten. De relevante kriterier, der gerne inddrages i kollisionssager ved EMD, beskrives derfor i det følgende.

58. Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012, præmis 90.

59. Ibid., præmis 91.

60. Ibid., præmis 92.

61. Ibid., præmis 93.

62. Ibid., præmis 94.

63. Ibid., præmis 95. Domstolen har siden anvendt de respektive afvejningskriterier i flere domme. Se f.eks. Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], no. 40660/08 and 60641/08, ECHR 2012, præmis 108-113. Se også Haldimann and Others v. Switzerland, no. 21830/09, ECHR 2015, præmis 56-67.

4.2.1. Hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans

Den første afvejningsfaktor, der kan have betydning for intensiteten af EMD's prøvelse, er, i hvilket nærmere omfang den anfægtede ytring kan siges at være samfundsmæssigt relevant, dvs. om ytringen *vedrører et samfundsmæssigt relevant emne* og bidrager til en debat af *offentlig interesse*. Domspraksis viser, at jo mere den anfægtede ytring opfylder disse betingelser, jo snævrere bliver statens skønsmargin ved et indgreb i artikel 10. Dette gælder helt generelt i sager, hvor hensynet til ytringsfriheden er på spil.

Se f.eks. **Kharlamov v. Russia, no. 27447/07, ECHR 2016**. Det var her i strid med EMRK artikel 10 at dømme en professor for at fremsætte ærekrænkende udtalelser i forbindelse med et universitetsvalg. Domstolen lagde vægt på, at der er “[...] little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on debate on questions of public interest and very strong reasons are required for justifying such restrictions”.⁶⁴ Se også **Morice v. France [GC], no. 29369/10, ECHR 2015**, hvor en advokat var blevet dømt for at have fremsat injurierende ytringer om to dommere i en avis. EMD fandt, at der var sket en krænkelse af advokatens ytringsfrihed i henhold til EMRK artikel 10 og henviste i den forbindelse til ytringens samfundsmæssige relevans (“[...] a high level of protection of freedom of expression [...] will normally be accorded where the remarks concern a matter of public interest”).⁶⁵ Der kan også henvises til **Haldimann and Others v. Switzerland, no. 21830/09, ECHR 2015**, hvor fire schweiziske journalister ved de schweiziske domstole var blevet idømt dagbøder for at have optaget en forsikringsmægler med skjult kamera. EMD slog fast, at offentlighedens interesse i at få adgang til information om salgsmetoderne i forsikringsbranchen “[...] concerned a debate of considerable public interest”.⁶⁶

Hensynet til ytringens samfundsmæssige interesse blev også omtalt i ophavsretssagen **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, hvor tre modefotografer havde fotograferet noget tøj under den franske modeuge i Paris. Billederne havde fotograferne efterfølgende lagt op på deres hjem-

64. Kharlamov v. Russia, no. 27447/07, ECHR 2016, præmis 29.

65. Morice v. France [GC], no. 29369/10, ECHR 2015, præmis 125.

66. Haldimann and Others v. Switzerland, no. 21830/09, ECHR 2015, præmis 56.

meside uden tilladelse fra modehusene. Fotograferne blev sagsøgt af den franske mode-forening (*la Fédération française de la couture*) samt en række af de store franske modehuse, der gjorde gældende, at fotograferne havde krænket ophavsretten til tøjet. Under sagens behandling ved de nationale domstole påberåbte fotograferne sig EMRK artikel 10. Fotograferne fik medhold i første instans med den begrundelse, at fotograferne ikke havde skrevet under på en eksklusiv aftale med modehusene og derfor ikke havde handlet forsætligt ved at publicere billederne uden deres tilladelse. Fotograferne tabte dog senere sagen i appelretten. Sagen nåede til den franske højesteret (Cour de Cassation), hvor den blev afvist. Fotograferne klagede herefter til den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor de gjorde gældende, at tilgængeliggørelsen af billederne udgjorde "information" i artikel 10's forstand, og at tilgængeliggørelsen af billederne derfor måtte være beskyttet af konventionen.⁶⁷ Ved fastsættelsen af staternes skønsmargin lagde EMD vægt på *ytringens samfundsmæssige relevans*, herunder at publiceringen af billederne på hjemmesiden ikke havde været fremsat som led i en offentlig debat. Domstolen kunne ikke benægte, at offentligheden kunne have en generel interesse i mode og i modeshows, men nåede alligevel frem til, at publiceringen af billederne ikke kunne anses for at bidrage til en debat af almen interesse.

Se også i samme retning **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, der angik de svenske myndigheders indskriden over for fildelingshjemmesiden "The Pirate Bay". I 2008 blev der anlagt en straffesag i Sverige mod hjemmesidens fire stiftere, og i 2009 blev alle fire idømt 1 års ubetinget fængsel og en bøde på 32 millioner svenske kroner for medvirken til andres ophavsretskrænkelser.⁶⁸ Dommene blev anket til Svea Hovrätt, der fandt, at bøderne skulle forhøjes til 46 millioner kr., men at fængselsstraffen skulle nedsættes til henholdsvis ti, otte og fire måneder for tre af de tiltalte.⁶⁹ To af hjemmesidens stiftere klagede til den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor de gjorde gældende, at der var sket brud på EMRK artikel 10. Ved prøvelsen af, om indgrebet havde været proportionalt, bemærkede EMD indledningsvist, at proportionalitetsvurderingen ikke er nogen absolut test, men at der derimod er tale om en konkret hen-

67. Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013, præmis 26.

68. Se Stockholms Tingsrätts dom af 17/04/2009.

69. Svea Hovrätts dom af 26/11/2010. Grundet sygdom blev strafansvaret for en af de tiltalte ikke behandlet af Svea hovrätt. I stedet fik Tingsrättens dom på 1 års fængsel retskraft.

synsafvejning, hvor forskellige faktorer kan spille ind. De nationale domstole skal her forholde sig dels til karakteren af de modstridende interesser, og dels hvilken grad af beskyttelse disse respektive interesser bør have i den konkrete sag (“The test of whether an interference was necessary in a democratic society cannot be applied in absolute terms. On the contrary, the Court must take into account various factors, such as the nature of the competing interests involved and the degree to which those interests require protection in the circumstances of the case.”)⁷⁰ Domstolen bemærkede også, at staternes skønsmargin kan påvirkes af forskellige faktorer, hvoraf den vigtigste er typen af information, og at den artikel 10-beskyttelse, som tilkom det distribuerede materiale i den konkrete sag, ikke kunne nyde samme beskyttelsesniveau som den beskyttelse, der gives til ytringer af politisk karakter eller ytringer der bidrager til en debat. (“[...] the width of the margin of appreciation afforded to States varies depending on a number of factors, among which the type of information at issue is of particular importance. In the present case, although protected by Article 10, the safeguards afforded to the distributed material in respect of which the applicants were convicted cannot reach the same level as that afforded to political expression and debate”).

Se også **Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012**, hvor mediernes dækning af en straffesag mod en kendt skuespiller var i offentlighedens interesse (“The Court notes that the articles in question concern the arrest and conviction of the actor X, that is, public judicial facts that may be considered to present a degree of general interest. The public do, in principle, have an interest in being informed – and in being able to inform themselves – about criminal proceedings, whilst strictly observing the presumption of innocence [...]”).⁷¹

Fra den retsvidenskabelige litteratur kan bl.a. henvises til Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 277, hvor forfatteren skildrer det som helt centralt for proportionalitetsvurderingen af et indgreb i ytringsfriheden, “[...] om ytringen/reportagen vedrører et emne af samfundsmæssig interesse og bidrager til den offentlige debat”.

70. Ibid., s. 10

71. Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012, præmis 96.

Domstolen har slået fast, at den nærmere definition af, hvad der kan karakteriseres som et emne af offentlig interesse, altid vil afhænge af de konkrete omstændigheder i sagen.⁷²

Det ligger dog fast, at det normalt kan have betydning for vurderingen, om den anfægtede ytring er fremsat i *pressen* (se afsnit 4.2.1.a). På samme måde kan det også påvirke vurderingen, hvis den anfægtede ytring vedrører noget politisk (se afsnit 4.2.1.b), hvis ytringen har *kunstnerisk karakter* (se afsnit 4.2.1.c), eller, hvis den anfægtede ytring er af *kommerciel karakter* (se afsnit 4.2.1.d).

4.2.1.a. Hensynet til pressens public watchdog-funktion

Pressen er offentlighedens kontrol- og informationsorgan (“public watchdog”) og har derfor en helt særlig rolle, når det drejer sig om virkeliggørelsen af ytrings- og informationsfriheden i praksis. Af samme grund er hensynet til pressens public watchdog-funktion også et af de momenter, som kan indgå, når det skal vurderes, hvor samfundsrelevant en anfægtet ytring er. Medlemsstaterne har generelt en snæver skønsmargin i kollisionssager, hvor hensynet til pressens public watchdog-funktion er på spil. Hensynet til pressens public watchdog-funktion gælder i alle sager, hvor hensynet til ytringsfriheden er relevant.

Om mediernes særlige rolle se især **Jersild v. Denmark, no. 15890/89, ECHR 1994**, hvor EMD fandt det stridende mod EMRK artikel 10, at Danmark havde dømt journalisten Jens Olaf Jersild for at have udbredt raceforhånende udtalelser i en journalistisk reportage. (For en beskrivelse af den danske dom, se nedenfor i kapitel 6, afsnit 6.1.1). Ved vurderingen af, om indgrebet i journalistens ytringsfrihed havde været proportionalt, påpegede EMD, at “[...] freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and that the safeguards to be afforded to the press are of particular importance [...]”. Whilst the press must not overstep the bounds set, inter alia, in the interest of “the protection of the reputation or rights of others”, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive

72. Ibid., præmis 90.

them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of “public watchdog”⁷³.

Se også **Lingens v. Austria, no. 9815/82, ECHR 1986**, præmis 41, hvor ytringsfriheden efter EMRK artikel 10, stk. 1, kolliderede med hensynet til at beskytte andres gode navn og rygte i EMRK artikel 10, stk. 2, og hvor EMD udtalte, at “[...] freedom of expression [...] constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broad-mindedness without which there is no “democratic society” [...]. These principles are of particular importance as far as the press is concerned. Whilst the press must not overstep the bounds set, inter alia, for the “protection of the reputation of others”, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas on political issues just as on those in other areas of public interest”.

Er ytringen udelukkende fremsat for at stimulere offentlighedens generelle nysgerrighed, trækker det dog omvendt i retning af, at den nationale stat får en bredere skønsmargin. Se bl.a. **von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], no. 40660/08 and 60641/08, ECHR 2012**, hvor billeder bragt i den tyske sladderpresse af Caroline von Hannover under bl.a. en skitur ikke var i strid med prinsessens ret til privatliv efter EMRK artikel 8, fordi medlemsstaten i den konkrete sag havde en bred skønsmargin. Domstolen udtalte dog, at “[...] in certain special circumstances the public’s right to be informed can even extend to aspects of the private life of public figures, [...] this will not be the case [...] where the published photos and accompanying commentaries relate exclusively to details of the person’s private life and have the sole aim of satisfying public curiosity in that respect”⁷⁴.

Se også i samme retning domstolens udtalelse i den ovenfor (afsnit 3.3.1) omtalte afgørelse **Castells v. Spain, no. 11798/85, ECHR 1992** præmis 4.

73. Se også *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, no. 13585/88, ECHR 1991, præmis 59.

74. *Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC]*, no. 40660/08 and 60641/08, ECHR 2012, præmis 110.

På baggrund af ovenstående må man gå stærkt ud fra, at hensynet til pressens public watchdog-funktion også er et relevant hensyn at inddrage i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. Det må dog også i disse typer sager ligge fast, at hensynet til pressens public watchdog-funktion kun er beskyttelsesværdigt, når ytringen fremsættes med henblik på at bidrage til den offentlige debat.

Dette understøttes af domstolens afgørelse i **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, der anså indskriden over for nogle fotografer, der havde fotograferet modetøj under et modeshow, for at være i overensstemmelse med EMRK artikel 10. Det er givet, at Domstolen lagde vægt på, at fotograferne ikke var til stede for at udøve deres funktion som public watchdog, men udelukkende for at tage billeder med henblik på salg. Domstolen bemærkede således, at det ikke kunne benægtes, at offentligheden kunne have en generel interesse i mode og i modeshows, men at publiceringen af billederne, på trods af dette, ikke kunne anses for at bidrage til en debat af almen interesse (“In the case at issue, the disputed photographs were published on an Internet site belonging to a company managed by the first two applicants, with the specific aim of selling them or providing access in return for payment. Thus the applicants’ activities were primarily commercial. Moreover, although one cannot deny that the public is interested in fashion in general and haute couture fashion shows in particular, it could not be said that the applicants took part in a debate of general interest when restricting themselves to making photographs of fashion shows accessible to the public”).⁷⁵ Se dog omvendt Geiger/Izyumenko, IIC 2014, s. 335, hvor forfatteren kritiserer EMD for i sagen mere eller mindre bevidst at have ignoreret hensynet til pressens public watchdog-funktion.

75. Citeret fra Max Planck Institute, IIC 2014, s. 359. Den originale præmis 39 har følgende ordlyd: “En l’espèce, les photographies litigieuses ont été publiées sur un site Internet appartenant à une société gérée par les deux premiers requérants, dans le but notamment de les vendre ou d’y donner accès contre rémunération. La démarche des requérants était donc avant tout commerciale. De plus, si l’on ne peut nier l’attrait du public pour la mode en général et les défilés de haute couture en particulier, on ne saurait dire que les requérants ont pris part à un débat d’intérêt général alors qu’ils se sont bornés à rendre des photographies de défilés de mode accessibles au public”.

4.2.1.b. Hensynet til ytringens politiske karakter

Et andet hensyn, der kan trække i retning af samfundsrelevans, er, hvis ytringen handler om noget politisk. EMD har således utallige gange slået fast, at det kan påvirke statens skønsmargin i negativ retning, hvis den anfægtede ytring har et politisk indhold.

Der kan bl.a. henvises til **Brosa v. Germany, no. 5709/09, ECHR 2014**, hvor EMD – i en sag om uddeling af politiske foldere – gentog, hvad den allerede tidligere havde slået fast, nemlig at “[...] there is little scope, under Article 10 § 2 of the Convention, for restrictions on political speech [...]”. Se også **Radio Twist a.s. v. Slovakia, no. 62202/00, ECHR 2007**, hvor offentliggørelsen af en telefonsamtale mellem to slovenske ministre i radioen ikke var en krænkelse af artikel 8. Domstolen lagde vægt på, at samtalens kontekst og indhold klart var politisk (“The context and content of the conversation were thus clearly political [...]”).⁷⁶ Se også i samme retning **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], no. 21279/02 og 36448/02, ECHR 2007** (“There is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on freedom of expression in the area of political speech or debate – where freedom of expression is of the utmost importance”).⁷⁷ Se videre **Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR 1999** (“[...] there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on matters of public interest”).⁷⁸

EMD har endnu ikke haft lejlighed til at behandle sager om ophavsret, hvor hensynet til ytringens politiske karakter har spillet en selvstændig rolle som afvejningsfaktor. På baggrund af ovenstående må det dog kunne lægges til grund, at hensynet til ytringens politiske karakter også er et relevant hensyn i disse typer sager. Dette understøttes af EMDs mere generelle udtalelser i både **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013** og i **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, no. 40397/12, ECHR 2013**.

76. Radio Twist a.s. v. Slovakia, no. 62202/00, ECHR 2007, præmis 58.

77. Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], no. 21279/02 og 36448/02, ECHR 2007, præmis 46

78. Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR 1999, præmis 61

Se således **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013 præmis 39** (“[...] whilst there is little scope under Art. 10(2) of the Convention for restrictions on political speech, for example, the Contracting States have a broad margin of appreciation in the regulation of speech in commercial matters [...]”).⁷⁹ Se også i samme retning **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013** (“In the present case, although protected by Article 10, the safeguards afforded to the distributed material in respect of which the applicants were convicted cannot reach the same level as that afforded to political expression and debate”).

4.2.1.c. Hensynet til ytringens kunstneriske karakter

En ytring kan også være samfundsmæssigt relevant, fordi den kommer til udtryk gennem kunst. At hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed kan være et relevant hensyn at inddrage i alle kollisionsager, hvor hensynet til ytringsfriheden er på spil, understøttes af omfattende domspraksis fra EMD.

Se bl.a. den tidligere omtalte (afsnit 4.1.3.c) **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, no. 68354/01, ECHR 2007**, hvor det bl.a. var hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed, der betød, at en politiker måtte tåle at få sit billede placeret i en pornografisk kollage. For så vidt angår hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed, bemærkede domstolen bl.a., at “[...] satire is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference with an artist’s right to such expression must be examined with particular care”.⁸⁰

Se også **Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], no. 21279/02 og 36448/02, ECHR 2007**, hvor det ikke var i strid med en forfatters kunstneriske ytringsfrihed, at denne (og vedkommendes udgiver) var blevet dømt for at have fremsat ære-

79. Citeret fra Max Planck Institute, IIC 2014, s. 359. Den originale præmis 39 har følgende ordlyd: “[...] si l’article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d’expression en matière politique par exemple, les Etats contractants disposent d’une large marge d’appréciation lorsqu’ils réglementent la liberté d’expression dans le domaine commercial [...]”.

80. **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, no. 68354/01, ECHR 2007**, præmis 33.

krænkende udtalelser i en bog om den franske præsident Le Pen. I sagen vejede hensynet til “andres gode navn og rygte eller rettigheder” nemlig tungere end hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed. Domstolen bemærkede i den forbindelse bl.a., at “[...] novelists – like other creators – and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in paragraph 2 of Article 10. Whoever exercises his freedom of expression undertakes, in accordance with the express terms of that paragraph, ‘duties and responsibilities’”.⁸¹

Der kan også henvises til **Alınak v. Turkey, no. 40287/98, ECHR 2005**, hvor Tyrkiet blev dømt for at have overtrådt EMRK artikel 10, efter at en tyrkisk sikkerhedsdomstol havde slået fast, at bogen “The Heat of Şiro” skulle beslaglægges. Bogen var baseret på virkelige hændelser, som var foregået i den tyrkiske by Ormaniçi. EMD henviste bl.a. til, at “[...] even though some of the passages from the book seem very hostile in tone, the Court considers that their artistic nature and limited impact reduced them to an expression of deep distress in the face of tragic events, rather than a call to violence”.⁸²

Se også i samme retning **Karataş v. Turkey [GC], no. 23168/94, ECHR 1999**, hvor Tyrkiet blev dømt for at have krænket EMRK artikel 10, efter at en tyrkisk statsborger var blevet dømt 1 år og 9 måneders fængsel samt en bøde på 41.666.666 tyrkiske lira (svarende til næsten 94.000 danske kr.) for at have publiceret et digt, der kritiserede den tyrkiske regering. EMD lagde bl.a. vægt på, at “[...] the poems had an obvious political dimension. Using colourful imagery, they expressed deep-rooted discontent with the lot of the population of Kurdish origin in Turkey. In that connection, the Court recalls that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on matters of public interest”.⁸³ Domstolen bemærkede videre, at “[...] even though some of the passages from the poems seem very aggressive in tone and to call for the use of violence, the Court considers that the fact that they were artistic in nature and of limited impact made them less a call to an

81. *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], no. 21279/02 og 36448/02, ECHR 2007, præmis 51.

82. *Alınak v. Turkey*, no. 40287/98, ECHR 2005, præmis 45.

83. *Karataş v. Turkey* [GC], no. 23168/94, ECHR 1999, præmis 50.

uprising than an expression of deep distress in the face of a difficult political situation”.⁸⁴

Se også **Otto-Preminger-Institut v. Austria, no. 13470/87, ECHR 1994**, hvor det ikke var en krænkelse af EMRK artikel 10, at der var sket beslaglæggelse og konfiskation af en film, der portrætterede en række religiøse karakterer på en omstridt måde. I den konkrete sag kolliderede hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed således med hensynet til beskyttelsen af andres rettigheder, herunder retten til respekt for religion, men det sidste hensyn vejede tungest.

Se videre den tidligere omtalte afgørelse **Müller and others v. Switzerland, no. 10737/84, ECHR 1988**, hvor Domstolen nåede frem til, at det ikke var i strid med hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed i EMRK artikel 10 at konfiskere en række malerier af hensyn til den offentlige moral. Domstolen medgav dog, at hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed er vigtig (“Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society”).⁸⁵

EMD har ikke endnu haft lejlighed til at inddrage hensynet til ytringens kunstneriske karakter som en selvstændig afvejningsfaktor i sager om ophavsret kontra ytringsfrihed. På baggrund af ovenstående fremstår det imidlertid som givet, at hensynet til ytringens kunstneriske karakter er et generelt hensyn, som også må være relevant i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer.

4.2.1.d. Hensynet til ytringens kommercielle karakter

Hensynet til ytringens kommercielle karakter er også hensyn, der kan være relevant i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. Modsat de foregående hensyn vil medlemsstaten typisk have en *bre-dere* skønsmargin, hvor den anfægtede ytring primært er af kommerciel karakter, jf. også ovenfor afsnit 4.1.1.a.

Se f.eks. **Ernst August von Hannover v. Germany, no. 53649/09, ECHR 2015**, hvor det ikke var en krænkelse af privatlivets fred i

84. Ibid., præmis 52.

85. Müller and others v. Switzerland, no. 10737/84, ECHR 1988, præmis 33. Omtalt ovenfor afsnit 3.2.

EMRK artikel 8, at et cigaretfirma havde anvendt to offentligt kendte personers navne i nogle humoristiske cigaretreklamer. Domstolen lagde vægt på, at staterne havde en bred skønsmargin ved kommercielle ytringer “[...] Der Gerichtshof ruft in Erinnerung, dass der Ermessensspielraum der Vertragsstaaten im kommerziellen Bereich besonders groß ist”.⁸⁶

Se også **Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, ECHR 2012**, hvor klager – en organisation, der søgte at skabe kontakt til rumvæsener – havde fået forbud mod at ophænge plakater, der indeholdt en henvisning til organisationens hjemmeside. Den pågældende hjemmeside indeholdt en henvisning til en anden hjemmeside, der – selvom man ikke kunne købe et egentligt produkt på hjemmesiden – havde en slags semi-kommerciel karakter, fordi hjemmesiden i et vist omfang var missionerende (“Even if the applicant association’s speech falls outside the commercial advertising context – there is no inducement to buy a particular product – it is nevertheless closer to commercial speech than to political speech per se, as it has a certain proselytising function. The State’s margin of appreciation is therefore broader”).⁸⁷ Hjemmesidens semi-kommercielle karakter betød således, at staten havde en bred skønsmargin, jf. også domstolens udtalelse om at “[w]hilst there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech [...]. States have a broad margin of appreciation in the regulation of speech in commercial matters or advertising”.⁸⁸

I 2013 afsagde den Europæiske Menneskerettighedsdomstol som tidligere nævnt ovenfor afsnit 1.1.1.c sine to første domme, hvor ytringsfriheden i EMRK artikel 10 kolliderede med ophavsretten i tillægsprotokol 1 artikel 1. Det drejer sig om sagerne **Ashby Donald and**

86. Ernst August von Hannover v. Germany, no. 53649/09, ECHR 2015, præmis 46. Min oversættelse: “Retten minder om, at de kontraherende staters skønsmargin – inden for den kommercielle sektor – er stor”. Afgørelsen findes kun på tysk. Et resumé af dommen på engelsk kan dog findes i en pressemeddelelse fra Domstolen af 19. februar 2015 tilgængelig via dette link: <https://www.emr-sb.de/tl_files/EMR-SB/content/PDF/Presse/Judgments%20Bohlen%20v.%20Germany%20and%20Ernst%20August%20von%20Hannover%20v.%20Germany%20%20satirical%20cigarette%20advertisement.pdf> (set 5. februar 2017).

87. Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, ECHR 2012, præmis 62.

88. Ibid., præmis 61.

Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013 og **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**. Hensynet til ytringens kommercielle karakter spillede en rolle i begge sager.

I **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, bemærkede EMD, at en meddelelses indhold som udgangspunkt er af underordnet betydning for, om en ytring kan beskyttes efter artikel 10, og at det ikke spiller nogen rolle for selve beskyttelsen, om ytringen er fremsat med økonomisk vinding for øje.⁸⁹ EMD bemærkede også, at staternes skønsmargin kan indskrænkes ved kommercielle ytringer, hvis det, der er på spil, ikke bare er den individuelle persons ret til at fremkomme med en kommerciel ytring, men i stedet hans ret til at deltage i en debat i offentlighedens interesse ("The width of the margin of appreciation afforded to Contracting States in the matter varies depending on a number of factors, among which the type of discourse or information at issue is of particular importance. Thus, whilst there is little scope under Art. 10(2) of the Convention for restrictions on political speech, for example, the Contracting States have a broad margin of appreciation in the regulation of speech in commercial matters [...], it being understood that the extent of the margin of appreciation must be reduced when what is at stake is not a given individual's purely "commercial" statements, but his participation in a debate affecting the general interest [...]").⁹⁰ I den konkrete sag tillagde domstolen det vægt, at den hjemmeside, som bille-

89. Den Europæiske menneskerettighedsdomstol har også flere gange tidligere slået fast, at kommunikation via Internettet er omfattet af beskyttelsen i konventionens artikel 10, jf. eksempelvis *Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2) v. the United Kingdom*, no. 3002/03 og no. 23676/03, ECHR 2009, præmis 27, og *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, no. 33014/05, ECHR 2011, præmis 29-32.

90. Citeret fra Max Planck Institute, IIC 2014, s. 359. Den originale tekst – der findes i dommens præmis 39 har følgende ordlyd: "L'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants en la matière varie en fonction de plusieurs éléments, parmi lesquels le type de "discours" ou d'information en cause revêt une importance particulière. Ainsi, si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique par exemple, les Etats contractants disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial [...], étant entendu que l'ampleur de celle-ci doit être relativisée lorsqu'est en jeu non l'expression strictement "commerciale" de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général [...]".

derne var lagt op på, tilhørte et selskab, som var drevet af to af fotografierne, og at billederne var lagt op på hjemmesiden med henblik på salg. På denne baggrund fandt den, at fotografernes aktiviteter primært havde været af kommerciel karakter, og bl.a. derfor nåede man frem til, at der ikke var sket et indgreb i artikel 10 (se ovenfor i afsnit 4.2.1.a).

Hensynet til ytringens kommercielle karakter spillede formentlig også en rolle **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor hensynet også nævnes kort (“[...] the Swedish courts advanced relevant and sufficient reasons to consider that the applicants’ activities within the commercially run TPB amounted to criminal conduct requiring appropriate punishment”).⁹¹

4.2.1.e. Hensynet til om offeret er en kendt person

Et andet vigtigt moment, der kan have betydning for vægtningen af ytringens samfundsmæssige relevans, er, om offeret for ytringen er en kendt person. Her har det betydning for intensiteten af EMD prøvelse, om ytringen er fremsat med henblik på at ramme en offentligt kendt person eller ej. Således har EMD flere gange slået fast, at politikere og andre offentligt kendte personer generelt må finde sig i mere end privatpersoner. Hensynet til, om offeret er en kendt person, vil oftest overlappe med de allerede nævnte hensyn, dvs. hensynet til pressens public watchdog-funktion, hensynet til ytringens politiske karakter samt hensynet til ytringens kunstneriske karakter.

For et overlap mellem hensynet til, om offeret er en kendt person, og hensynet til pressens public watchdog-funktion kan f.eks. henvises til den tidligere omtalte **von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], no. 40660/08 and 60641/08, ECHR 2012**, der angik publiceringen af billeder af en offentlig kendt person (“[...] a distinction has to be made between private individuals and persons acting in a public context, as political figures or public figures”).⁹²

Som eksempel på et overlap mellem hensynet til ytringens politiske karakter og hensynet til, om offeret er en kendt person,

91. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013, s. 11.

92. Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], no. 40660/08 and 60641/08, ECHR 2012, præmis 110.

kan nævnes **Brosa v. Germany, no. 5709/09, ECHR 2014**, hvor et forbud mod at uddele foldere under en valgkamp, som anklagede en bestemt politiker for at være tilhænger af en nynazistisk forening, udgjorde en krænkelse af EMRK artikel 10. Domstolen erindrede om, at “[...] the limits of acceptable criticism are wider as regards a politician than as regards a private individual [...]”.⁹³

For et overlap mellem hensynet til ytringens kunstneriske karakter, hensynet til ytringens politiske karakter og hensynet til, om offeret er en kendt person, kan nævnes den tidligere omtalte afgørelse (afsnit 4.1.3.c og 4.2.1.c). **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, no. 68354/01, ECHR 2007**, hvor et forbud mod at udstille et maleri var i strid med en kunstforenings ytringsfrihed efter EMRK artikel 10. Maleriet forestillede en række kendte personer, herunder bl.a. Moder Teresa, den tidligere formand for det østrigske frihedsparti FPÖ Jörg Haider og den tidligere generalsekretær for FPÖ Walter Meischberger. Personerne, der figurerede på maleriet, herunder klager Walter Meischberger, fremstod nøgne i forskellige seksuelle positioner. Deres kroppe var malet i hånden, og ansigter var forstørrede avisudklip. Domstolen lagde vægt på, at “[...] the painting could hardly be understood to address details of Mr Meischberger’s private life, but rather related to Mr Meischberger’s public standing as a politician from the FPÖ. [...] [I]n this capacity Mr Meischberger has to display a wider tolerance in respect of criticism”.⁹⁴

Der findes indtil videre ingen eksempler på, at EMD har inddraget hensynet til, om offeret er en kendt person, i en afgørelse om ophavsret kontra ytringsfrihed. På baggrund af ovenstående må det dog lægges til grund, at der er tale om et helt generelt hensyn, der også må gælde i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer.

4.2.1.f. Hensynet til klagerens tidligere opførsel

Et hensyn, der også kan påvirke intensiteten af Domstolens prøvelse i kollissionssager, er hensynet til klagerens tidligere opførsel. Et lignende hensyn kendes fra kollisioner mellem ytringsfriheden og privatlivets fred, hvor EMD flere gange har slået fast, at det kan have

93. Brosa v. Germany, no. 5709/09, ECHR 2014, præmis 41. Se i samme retning Lingens v. Austria, no. 9815/82, ECHR 1986, præmis 42.

94. Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, no. 68354/01, ECHR 2007, præmis 34.

betydning for intensiteten af prøvelsen, hvis den person, som ytringen vedrører, tidligere selv har forsøgt at komme i offentlighedens søgelys.

Se f.eks. den før omtalte sag **Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012**. Det havde her betydning for intensiteten af EMD's prøve, at den tiltalte skuespiller selv tidligere havde været meget aktiv med at dele ud af sit privatliv til pressen. Som en følge heraf fandt Domstolen, at hans ret til at få respekteret sit privatliv var reduceret ("Another factor is X's prior conduct vis-à-vis the media. He had himself revealed details about his private life in a number of interviews [...]. In the Court's view, he had therefore actively sought the limelight, so that, having regard to the degree to which he was known to the public, his "legitimate expectation" that his private life would be effectively protected was henceforth reduced").⁹⁵

Se dog omvendt **Egeland and Hanseid v. Norway, no. 34438/04, ECHR 2009**. En dom for at publicere billeder af en drabsdømt uden den dømtes samtykke var ikke i strid med de respektive chefredaktørers ytringsfrihed, heller ikke selvom den dømte tidligere havde samarbejdet med pressen ("[...] the fact that B had cooperated with the press on previous occasions could not serve as an argument for depriving her of protection against the publication by the press of the photographs in question").⁹⁶

Hensynet til klagerens tidligere opførsel må i et vist omfang også være relevant i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer.

Dette understøttes også af den ovenfor (afsnit 4.2.1) omtalte **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor EMD også lagde vægt på den passivitet, som klagerne havde udvist i forbindelse med at få den ulovlige fildeling stoppet ("[...] the Court has regard to the fact that the domestic courts found that the applicants had not taken any action to remove the torrent files in question, despite having been urged to do so. Instead they had been indifferent to the fact that copyright-pro-

95. Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012, præmis 101.

96. Egeland and Hanseid v. Norway, no. 34438/04, ECHR 2009, præmis 62.

tected works had been the subject of file-sharing activities via TPB”).⁹⁷

4.2.1.g. Hensynet til sanktionens kølende effekt

Det kan også have betydning for vægtningen af ytringens samfundsmæssige relevans, i hvilket nærmere omfang den sanktion, som er blevet pålagt klager (f.eks. en bøde eller fængsel), kan have en kølende effekt på ytringsfriheden. I domstolens praksis bruges udtrykket “chilling effect”. At en sanktion kan have en kølende effekt på ytringsfriheden, betyder, at sanktionen kan have en afsmittende effekt på andre, i den forstand, at disse (f.eks. andre medier eller kunstnere) for at undgå at havne i samme situation som klager undgår at fremsætte lignende ytringer som dem, vedkommende har fremsat. Jo mere indgribende en sanktion er, desto større er risikoen for, at sanktionen kan have en kølende effekt på ytringsfriheden. Og jo større den kølende effekt på ytringsfriheden er, desto mindre vil staternes skønsmargin være.

Se f.eks. den ovenfor (afsnit 4.2.1) omtalte sag **Haldimann and Others v. Switzerland**, no. 21830/09, ECHR 2015, hvor nogle journalister var blevet dømt til at betale dagbøder for nogle optagelser, der var foretaget med skjult kamera. Domstolen lagde her vægt på, at selv om dagbøderne var af underordnet betydning, kunne domfældelsen i sig selv have en afskrækkende effekt på andre medier (“[...] the Court considers that the sanction imposed by the criminal court may be liable to deter the media from expressing criticism [...], even though the applicants themselves were not denied the opportunity to broadcast their report”).⁹⁸ Se

97. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, no. 40397/12, ECHR 2013, s. 11 f.

98. Haldimann and Others v. Switzerland, no. 21830/09, ECHR 2015, præmis 67. Se også i samme retning Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, ECHR 1994, præmis 35 (“The punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so. In this regard the Court does not accept the Government’s argument that the limited nature of the fine is relevant; what matters is that the journalist was convicted”). Se også Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, no. 13778/88, ECHR 1992, præmis 68 (“[...] the Court considers that the conviction and sentence were capable of discouraging open discussion of matters of public concern.”)

dog omvendt **Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, no. 49017/99, ECHR 2014**. To danske journalister var ved Højesteret blevet dømt til at skulle betale en godtgørelse på 100.000 kr. samt 20 dagbøder à 400 kr. for at fremsætte ærekrænkende sigtelser mod en kriminalinspektør. Domstolen fandt ikke, at dagbøderne havde en kølende effekt på mediefriheden (dvs. mediernes ytrings- og informationsfrihed).⁹⁹

Hensynet til sanktionens kølende effekt har endnu ikke været inddraget som et selvstændigt afvejningskriterium i sager om ophavsret kontra ytringsfrihed ved EMD. Det må dog på baggrund af ovenstående lægges til grund, at der er tale om et helt generelt hensyn, der også kan have betydning i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer.

Det kan diskuteres, om EMD måske implicit inddrog afvejningskriteriet om sanktionens kølende effekt i **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, der som bekendt angik nogle fotografier taget under den franske modeuge (se afsnit 4.2.1.d). I den konkrete sag nåede EMD frem til, at de relativt store bøder på henholdsvis €8.000 for to af klagerne og €3.000 for den sidste klager ikke var uproportionale. Heller ikke de store erstatningsbeløb på henholdsvis €100.000 for to af klagerne og €55.000 for den sidste klager fandt Domstolen uproportionale.¹⁰⁰ Mest tyder dog på, at der ikke var tale om brug af kriteriet om sanktionens kølnende effekt. Snarere konkluderede Domstolen, at sanktionen var proportional, fordi staternes skønsmargin var bred, hvilket formentlig (mellem linjerne) kan tilskrives, at en kombination af flere faktorer var på spil, herunder at fotografierne ikke agerede som public watchdog, og at ytringen havde kommerciel karakter.

Det kan også diskuteres, om EMD implicit inddrog afvejningskriteriet om sanktionens kølende effekt i **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, ved at undersøge de sanktioner, som klagerne var blevet idømt ved den nationale domstol. EMD bemærkede blandt andet, at klagerne kun var blevet dømt for medvirken til deling af den del af ind-

99. Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, no. 49017/99, ECHR 2014, præmis 93.

100. Se Ashby Donald and others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013, præmis 43. For en engelsk oversættelse se Max Planck Institute, IIC 2014, s. 360.

holdet, der var beskyttet af ophavsretsloven. I sagen foretog EMD, ligesom i **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, en proportionalitetsvurdering af sanktioner, men ligesom i den tidligere afgørelse fremhævede EMD heller ikke her noget, der mindede om en henvisning til sanktionernes kølende effekt. Meget tyder derfor også her på, at sanktioner fandtes proportionale, fordi staten havde en bred skønsmargin som følge af hensynet til ytringens kommercielle karakter og hensynet til den svære afbalancering, jf. om sidstnævnte hensyn straks nedenfor.

4.2.1.h. Hensynet til den svære afbalancering

Et andet hensyn, der kan spille ind ved fastsættelsen af staternes skønsmargin i sager om ophavsret kontra ytringsfrihed, er, hvor svær den konkrete afbalancering har været i den specifikke sag. EMD har udtalt, at der ved rettighedskollisioner, hvor tillægsprotokol 1 artikel 1 er involveret, gælder et princip om, at der skal være en rimelig balance mellem middel og mål, hvilket kan oversættes til, at der skal foreligge proportionalitet mellem det indgreb, der foretages i ejendomsretten, og det formål, der forsøges opnået med indgrebet.¹⁰¹ At der skal være en rimelig balance ved indgreb i tillægsprotokol 1 artikel 1, stemmer helt overens med det sidste led i det almindelige menneskeretlige proportionalitetsprincip (se ovenfor afsnit 4.1.4.d). Den rimelige balance mellem artikel 1 i tillægsprotokol 1 og kolliderende rettigheder kan imidlertid være meget svær at finde, og derfor har EMD fundet det relevant at slå fast, at staten ved sådanne svære afvejninger mellem artikel 1 og hensynet til andres konventionssikrede rettigheder må have en bred skønsmargin.

At staten har en bred skønsmargin ved kollisioner mellem artikel 1 og hensynet til andres konventionssikrede rettigheder, har Domstolen slået fast i sagen **Chassagnou and Others v. France, nos. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, ECHR 1999**, hvor en pligt til at afstå jord, for at jorden kunne bruges til jagt, var i strid med klagers ret efter artikel 1 i Tillægsprotokol 1 (kollision mellem tillægsprotokol 1 artikel 1 og EMRK artikel 11 om forsamlings- og foreningsfrihed). Med en henvisning til de kollisioner, der kan

101. Hutten-Czapska v. Poland [GC], no. 35014/97, ECHR 2006, præmis 167.

opstå indbyrdes mellem konventionens egne rettigheder, udtalte Domstolen, hvordan “[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” [...]”.¹⁰²

Hensynet til den svære afbalancering har også været inddraget som et selvstændigt afvejningskriterium i de to sager ved EMD, hvor ophavsretten og ytringsfriheden er kollideret.

Se således **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, hvor Domstolen med henvisning til Chassagnou and Others v. France [GC], no. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, ECHR 1999, præmis 113, erindrede om, at kollisionssager mellem to konventionssikrede rettigheder kan tvinge staten ud i en svær afbalancering mellem de kolliderende hensyn, og at staten i sådanne tilfælde må tildeles en bred skønsmargin. Domstolen bemærkede, at dette også måtte gælde for kollisioner mellem artikel 10 og artikel 1 i Tillægsprotokol 1 (“The Court then observes that in the field of Art. 11 of the Convention it has held that, where the objective pursued is that of “protecting the rights and freedoms of others” and where these rights and freedoms themselves are amongst those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights of freedoms likewise set forth in the Convention. In such a case, the balancing of individual interests that may well be contradictory is a difficult matter, and the Contracting States must be allowed a broad margin of appreciation in this respect [...]. These considerations are equally applicable in the context of Art. 10 of the Convention, where the aim pursued by the restriction is the protection of the rights of others within the meaning of this provision [...]”).¹⁰³ På denne baggrund konkluderer Domstolen, at

102. Chassagnou and Others v. France, nos. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, ECHR 1999, præmis 113.

103. Citeret fra Max Planck Institute, IIC 2014, s. 359. Det originale uddrag fra præmis 40 har følgende ordlyd: “La Cour rappelle ensuite qu’elle a jugé sur le terrain de l’article 11 de la Convention que, lorsque le but poursuivi est celui de la ‘protection des droits et libertés d’autrui’ et que ces ‘droits et libertés’ figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut

derede retten, at den nationale stat måtte have en særlig vid skønsmargin.¹⁰⁴ I lyset af staternes brede skønsmargin nåede domstolen herefter frem til, at der ikke var sket en krænkelse af klagernes ret efter EMRK artikel 10.

Se også i samme retning **Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013**, hvor Domstolen gentog, hvad den tidligere havde slået fast i Ashby Donald-sagen (“... 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”). Den pågældende passus betyder dog ikke, at alle kollisioner mellem kollisions-sikrede rettigheder automatisk giver medlemsstaten en bred skønsmargin. Ifølge EMDs udtalelse i samme afgørelse kan stater-nes skønsmargin således stadig blive påvirket af de andre kriterier også (“[...] In this connection, the Court would also underline that the width of the margin of appreciation afforded to States varies depending on a number of factors, among which the type of information at issue is of particular importance”). Det er således givet, at en i udgangspunktet bred skønsmargin kan gøres smal, hvis andre hensyn, herunder f.eks. hensynet til pressens public watchdog-rolle eller hensynet til ytringens politiske karakter, er på spil. I den konkrete sag var det en kombination af hensynet til ytringens kommercielle karakter og hensynet til den svære afbalancering, der i sidste ende førte til, at Sverige fik en særligt bred skønsmargin (“It follows that the nature of the information at hand, and the balancing interest mentioned above, both are such as to afford the State a wide margin of appreciation which, when accumulated as in the present case, makes the margin of appreciation particularly wide [...].”)¹⁰⁵ Domstolen afviste herefter sagen

admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention. La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante [...]. Ces considérations valent aussi dans le contexte de l'article 10 de la Convention, lorsque le but poursuivi par l'ingérence est la 'protection' 'des droits d'autrui' au sens de cette disposition [...].”

104. Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013, præmis 44. Max Planck Institute, IIC 2014, s. 360.

105. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013, s. 11.

med hjemmel i konventionens artikel 35, stk. 3, litra a,¹⁰⁶ og stk. 4.¹⁰⁷

4.3. Sammenfatning

Kapitel 4 har undersøgt forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved EMD. Formålet med kapitlet var for det første at identificere, om der i Domstolens praksis findes nogle generelle afvejningskriterier, som kan bruges til at løse kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden. På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at der findes otte relevante afvejningskriterier.

Flere af de relevante afvejningskriterier er udviklet af Domstolen med henblik på at løse kollisioner mellem artikel 10 og artikel 8 om privatlivets fred. Som beskrevet må de pågældende kriterier dog også utvivlsomt kunne tillægges betydning for kollisioner mellem ytringsfriheden og ophavsretten.

Helt overordnet har hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans betydning for fastsættelsen af staternes skønsmargin. Her vurderes det, i hvilket omfang den anfægtede ytring bidrager til en debat af offentlig interesse. Jo mere den anfægtede ytring vedrører et samfundsmæssigt relevant emne og bidrager til en debat af offentlig interesse, jo snævrere bliver staternes skønsmargin (dvs. jo mere intens bliver EMDs prøvelse).

De otte identificerede afvejningskriterier er hensyn, der hver især kan indgå i denne vurdering. De respektive hensyn er (1) hensynet til pressens public watchdog-funktion, (2) hensynet til ytringens politiske karakter, (3) hensynet til ytringens kunstneriske karakter, (4) hensynet til ytringens kommercielle karakter, (5) hensynet til, om offeret er en kendt person, (6) hensynet til klagerens tidligere opførsel, (7) hensynet til sanktionens kølende effekt, og (8) hensynet til den svære afbalancering.

106. EMRK artikel 35, stk. 3, litra a: "Domstolen skal afvise en klage, der er indbragt i henhold til artikel 34, når Domstolen er af den opfattelse, at [...] klagen er uforenelig med bestemmelserne i konventionen eller de dertil knyttede protokoller, er åbenbart ugrundet eller er misbrug af den individuelle klageadgang".

107. EMRK artikel 35, stk. 4: "Domstolen skal afvise enhver klage, som den anser for uforenelig med denne Artikel. Den kan gøre dette på ethvert tidspunkt i proceduren."

For så vidt angår det første hensyn – hensynet til pressens public watchdog-funktion – har det betydning, hvorvidt ytringen er fremsat af pressen med henblik på at bidrage til en debat af offentlig interesse. Jo mere dette er tilfældet, jo mindre bliver staternes skønsmargin ved indgreb i EMRK artikel 10. Er ytringen fremsat af pressen, men bidrager den ikke til en debat i offentlighedens interesse, og fremsættes ytringen udelukkende med henblik på økonomisk vinding, taler det omvendt for, at staterne får tildelt en bred skønsmargin.

For så vidt angår det andet hensyn – hensynet til ytringens politiske karakter – taler det generelt for en snæver skønsmargin, jo mere politisk den anfægtede ytring er.

Det samme gælder for det tredje hensyn – hensynet til ytringens kunstneriske karakter – især, hvor den kunstneriske ytring har karakter af noget politisk, f.eks. kritik af en politiker.

For så vidt angår det fjerde hensyn – hensynet til ytringens kommercielle karakter – taler det generelt for en bredere skønsmargin, jo mere ytringen har rent kommerciel karakter.

For så vidt angår det femte hensyn – *hensynet til, om offeret er en kendt person* – har det betydning, hvilken rolle den person, som er genstand for ytringen, har haft. Politikere og andre offentligt kendte personer må normalt tåle mere end andre.

For så vidt angår det sjette kriterium – *hensynet til klagerens tidligere opførsel* – kan det generelt have betydning for intensiteten af EMD's prøvelse, hvis den person, som ytringen vedrører, tidligere selv har forsøgt at komme i offentlighedens søgelys. I sager, hvor ytringsfriheden og ophavsretten kolliderer, kan det særligt have betydning, hvorvidt den påståede krænker har ignoreret henvendelser om ophavsretskrænkende adfærd.

For så vidt angår det syvende afvejningskriterium – hensynet til sanktionens kølende effekt – har det betydning for fastsættelsen af staternes skønsmargin, om den sanktion, klager er blevet idømt ved den nationale domstol, kan have en afskrækkende, dæmpende effekt i forhold til andres udøvelse af deres ytringsfrihed. Jo mere dette er tilfældet, jo snævrere bliver staternes skønsmargin.

Ved det ottende hensyn – hensynet til den svære afbalancering – har det betydning, hvor svær den konkrete hensynsafvejning mellem EMRK artikel 10 og artikel 1 i tillægsprotokol 1 er. Jo sværere denne afbalancering er, jo bredere bliver staternes skønsmargin.

Kapitel 5

Ophavsretten og ytringsfriheden ved EU-Domstolen

5.1. Introduktion

I dette kapitel analyseres forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved EU-Domstolen. Kapitlet har to formål. Det første formål er at klarlægge, hvordan EU-Domstolen håndterer rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Det andet formål er at undersøge, om der findes generelle EU-retlige afvejningskriterier, som kan have betydning i sager, hvor ytringsfriheden og ophavsretten kolliderer. For forståelsens skyld gives der indledningsvis en kort introduktion til charteret og EU-Domstolen.

5.1.1. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

Charteret blev vedtaget den 2. december 2000 på et EU-topmøde i Nice. Ifølge charterets præambel var formålet med charteret helt overordnet at styrke beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder ved at gøre rettighederne mere synlige. Charteret blev oprindeligt vedtaget som en ikke retligt bindende erklæring, men med Lissabontraktatens ikrafttrædelse den 1. december 2009 blev charteret i henhold til artikel 6, stk. 1, i Traktaten om den Europæiske Union gjort til primær retskilde i EU, og siden har charteret haft bindende virkning for medlemsstaterne.¹ Ifølge charteret artikel 51, stk. 1, er dets bestemmelser

1. Sørensen/Nielsen/Danielsen, *EU-Retten*, s. 34.

“[...] rettet til Unionens institutioner, organer, kontorer og agenter under iagttagelse af nærhedsprincippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten. [...]”

For dansk rets vedkommende betyder dette, at charteret skal respekteres af de danske myndigheder, dvs. den danske forvaltning og de danske domstole, når de anvender EU-retten. For så vidt angår de danske domstole, følger dette i øvrigt også allerede af Traktaten om den europæiske Union artikel 19, stk. 1, hvor det hedder, at

“Medlemsstaterne tilvejebringer den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten.”

Charteret finder anvendelse på alle situationer, der hører under EU-retten, jf. således Domstolens udtalelse i **C-617/10 2013 (Åkerberg)**:

“Eftersom de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved charteret, [...] skal efterleves, når en national lovgivning falder ind under EU-rettens anvendelsesområde, findes der ikke situationer, som henhører under EU-retten, uden at de grundlæggende rettigheder finder anvendelse. Den omstændighed, at EU-retten finder anvendelse, indebærer, at de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved chartret, finder anvendelse”.²

Charteret har ikke ændret den pligt, som institutionerne hele tiden har haft til at overholde de grundlæggende rettigheder. Før vedtagelsen af charteret fulgte denne pligt allerede af *almindelige retsprincipper*.³ Det er dog blevet anført, at charteret har forskellige særlige *retsvirkninger*:

2. C-617/10 2013 (Åkerberg), præmis 21.

3. Principperne kommer til udtryk i Traktaten om den europæiske Union artikel 21, stk. 1. Se f.eks. sag C-11/70 1970 (Internationale Handelsgesellschaft) præmis 4, hvor EU-Domstolen slog fast, at “overholdelsen af de fundamentale rettigheder indgår [...] i de almindelige retsprincipper, hvis overholdelse Domstolen skal sikre”. Se også sag C-4/73 1974 (Nold), præmis 13, C-44/79 1979 (Hauer), præmis 15 og C-265/87 1989 (Schräder), præmis 14. Se også Fælleserklæring fra Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen, jf. OJ C 103, 27/04/1977 P. Find hele Fælleserklæringen på <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977Y0427\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977Y0427(01):EN:HTML)> (set 15. januar 2015).

For det første er det gjort gældende, at charteret har en såkaldt “gentagelsesvirkning”.⁴ Ifølge *Christoffersen* følger gentagelsesvirkningen af charterets artikel 51, stk. 2, der bestemmer, at charteret ikke “[...] udvider [...] anvendelsesområdet for EU-retten ud over Unionens kompetencer [og ikke skaber] nye kompetencer eller nye opgaver for Unionen og [ikke ændrer] de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne.” Det følger således af charterets artikel 51, stk. 2, at charteret ikke giver institutionerne nye kompetencer. *Christoffersen* beskriver gentagelsesvirkningen som det, at charteret virkning “[...] i vidt omfang er begrænset til at tydeliggøre eller gentage gældende EU-ret”.⁵

For det andet er det blevet anført, at charteret har en såkaldt “fortolkningsvirkning”.⁶ Fortolkningsvirkningen er relevant for kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, fordi den ifølge *Christoffersen* bevirker, “[...] at EUC’s [charteret] bestemmelser kan [...] påberåbes ved fortolkningen af vedtagne retsakter og ved kontrollen af retsakternes lovmedholdelighed”.⁷ I praksis betyder charterets fortolkningsvirkning, at charteret kan bruges til f.eks. at fortolke en direktivbestemmelse om ophavsret indskrænkende i lyset af ytringsfriheden.⁸

For det tredje er det blevet anført, at charteret har en såkaldt “ugyldighedsvirkning”.⁹ I praksis kan charteret ugyldighedsvirkning bevirke, at charterets bestemmelser kan bruges til at gøre en EU-retsakt ugyldig. Dette var f.eks., hvad der skete i de forenede sager **C-293/12 og C-594/12 2014 (Digital Rights Ireland)**, hvor det såkaldte logningsdirektiv blev erklæret ugyldigt.¹⁰ Charterets ugyldighedsvirkning kan således også have relevans for forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden, fordi charteret potentielt kan bruges til at erklære en ophavsretsakt for ugyldig.

Grundrettigheder kan normalt påberåbes af private over for staten. Denne såkaldte *direkte vertikale virkning* gælder som udgangs-

4. *Christoffersen*, *Charteret-Kom.*, s. 45.

5. *Ibid.*, s. 45.

6. *Ibid.*, s. 45.

7. *Ibid.*, s. 46 ff.

8. *Ibid.*, s. 48.

9. *Ibid.*, s. 48 ff.

10. Se nærmere *ibid.*, s. 49.

punkt også for de grundrettigheder, som findes i charteret. Charteret adskiller sig dog fra grundloven og EMRK ved, at private kun kan påberåbe sig charteret, når det drejer sig om anvendelsen eller fortolkningen af en EU-regel.

Det er usikkert, i hvilket nærmere omfang charteret kan siges at have såkaldt *direkte horisontal virkning*, dvs. at charterets bestemmelser kan påberåbes af en privat over for en anden privat. For direkte horisontal virkning taler bl.a., at charteret er skrevet ind i Traktaten om den europæiske Union, idet EU-Domstolen tidligere har slået fast, at unionens traktater kan have direkte horisontal virkning mellem to private.¹¹

Se f.eks. **C-43/75 1976 (Defrenne)**, hvor EU-Domstolen slog fast, at EØF-traktatens artikel 119 om ligeløn havde direkte horisontal virkning mellem private.¹²

Det understøttes også visse steder i den juridiske litteratur. Se f.eks. Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 48, hvor forfatteren, med henvisning til en af EU-Domstolen fremsat udtalelse i **C-255/07 2010 (Kücükdeveci)**, anfører, hvordan EU-Domstolen “[...] har åbnet for, at [charteret] og EUs uskrevne grundrettigheder i et vist omfang kan have direkte virkning i sager mellem private, selv om [charteret] er rettet til EU’s institutioner og medlemsstaterne”.¹³ Se også Christoffersen, *Charteret-Kom.*, s. 52, hvor forfatteren skildrer, hvordan charteret “[...] efter omstændighederne” kan have virkning mellem private.¹⁴

Omvendt er der dog også argumenter, der taler imod direkte horisontal virkning. I Craig/De Búrca, *EU Law*, s. 196, er det eksempelvis anført, at en af de ting, der taler imod direkte horisontal virkning, er charterets artikel 51, stk. 1, hvor det som anført ovenfor (afsnit 5.5.1) hedder, at charterets bestemmelser “[...] er rettet til Unio-

11. Se også Craig/De Búrca, *EU Law*, s. 196.

12. C-43/75 1976 (Defrenne), præmis 40.

13. Forfatteren henviser til Domstolens udtalelse i sagen C-255/07 2010 (Kücükdeveci), præmis 22, hvor Domstolen påpeger “[...] at det fremgår af artikel 6, stk. 1, TEU [Traktaten om den europæiske Union], at Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne.”

14. Christoffersen, *Charteret-Kom.*, s. 52.

nens institutioner og organer, kontorer og agenturer [...] samt til medlemsstaterne”.¹⁵ Se også i samme retning generaladvokatens forslag til afgørelse i sag **C-282/10 2011 (Dominguez)**. Sagen udsprang af en national retstvist mellem en arbejdstager og dennes arbejdsgiver og angik førstnævntes ret til at få betalt sin ferie under et længerevarende sygdomsforløb. Generaladvokaten undersøgte i den forbindelse bl.a., hvorvidt charterets artikel 31, stk. 2, (om retten til retfærdige og rimelige arbejdsforhold) havde direkte horisontal virkning mellem private. Med henvisning til, at kravet om lovhjemmel ved indgreb i grundlæggende rettigheder “[...] i sagens natur kun [kan] være rettet til Unionen og dens medlemsstater som udøvere af offentlig myndighed”¹⁶, konkluderede Generaladvokaten, at “[...] chartrets artikel 31, stk. 2, ikke [fandt] direkte anvendelse mellem private”.¹⁷ EU-Domstolen valgte ikke at tage stilling til, om charteret kunne have direkte horisontal virkning.

5.1.1.a. Særligt om ytringsfriheden i charteret

Ytringsfriheden er som tidligere anført (afsnit 3.2) beskyttet i charterets artikel 11, der har følgende ordlyd:

“Ytrings- og informationsfrihed

1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser.

2. Mediefrihed og mediernes pluralisme respekteres.”

I EMRK er ytringsfriheden, herunder meningsfrihed, informationsfrihed mv., som bekendt samlet i artikel 10. Sådan er det ikke i charteret. Her er ytringsfriheden splittet op. Ytringsfriheden er primært beskyttet i charterets artikel 11, hvor bl.a. meningsfriheden og informationsfriheden udtrykkeligt er nævnt. Ytringsfriheden er dog også beskyttet andre steder.

15. Se Craig/De Búrca, *EU Law*, s. 196.

16. Se Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-282/10 2011 (Dominguez), præmis 83.

17. Se *ibid.*

For det første er det blevet anført, at ytringsfriheden også beskyttes delvist af charterets artikel 10, der beskytter retten til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed. Bestemmelse beskytter retten til, at personer kan udtrykke deres religiøse overbevisninger frit.¹⁸

Det er også blevet anført, at ytringsfriheden overlapper med en række andre bestemmelser i charteret, f.eks. charterets artikel 13, som beskytter retten til kunst og videnskab.¹⁹ Derudover er det også blevet anført, at der er et vist overlap mellem charterets artikel 11 og charteret artikel 22 (om kulturel, religiøs og sproglig mangfoldighed), charterets artikel 36 (om adgang til tjenesteydelser af almen økonomisk interesse), og charterets artikel 42 (om retten til aktindsigt).²⁰ Beskyttelsen af ytringsfriheden i charterets artikel 11 svarer dog stadig indholdsmæssigt til EMRK artikel 10, jf. charterets artikel 52, stk. 3.²¹ Det nærmere indhold heraf er beskrevet ovenfor (afsnit 3.2).

5.1.1.b. Særligt om ophavsretten i charteret

Før vedtagelsen af charteret havde den intellektuelle ejendomsret karakter af et såkaldt *almindeligt fællesskabsretligt princip*, som EU-Domstolen skulle beskytte.²² Med vedtagelsen af charteret følger beskyttelsen nu direkte i charterets artikel 17, stk. 2. Charteret artikel 17 har følgende ordlyd:

“Ejendomsret

1. Enhver 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 nød-

18. Se f.eks. Peers/Hervey/Kenner/Ward, *EU Charter of Fundamental Rights*, s. 395, hvor forfatteren anfører, at “[f]reedom of conscience and religion involves the right to express one’s religious beliefs (freedom of expression, Art. 11)”. Se også i samme retning Christoffersen, *Charteret-Kom.*, s. 153, hvor forfatteren i sin kommentar til charterets artikel 11 bemærker, at charterets “[...] artikel 10 omfatter retten til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed, som derved overlapper med meningsfriheden i [charterets] art. 11.”

19. Se Peers/Hervey/Kenner/Ward, *EU Charter of Fundamental Rights*, s. 314, og Christoffersen, *Charteret-Kom.*, s. 153.

20. Peers/Hervey/Kenner/Ward, *EU Charter of Fundamental Rights*, s. 314.

21. Se kommentaren til charterets artikel 51, stk. 3, i Forklaringer til charteret om grundlæggende rettigheder, EU-Tidende (2007/C 303/02) s. 33.

22. Jf. C-275/06 2008 (Promusicae), præmis 62, og C-479/04 2006 (Laserdisken), præmis 62.

vendigt 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.

2. Intellectuel ejendomsret er beskyttet.”²³

Indholdsmæssigt svarer charterets artikel 17 til artikel 1 i Tillægsprotokol 1 til EMRK, jf. charterets artikel 52, stk. 3. Det eneste andet folkeretlige instrument, der har en lignende bestemmelse, er FN's Konvention om Økonomiske, Sociale og kulturelle rettigheder, som i artikel 15, litra c, bestemmer, at

“1. De i denne konvention deltagende stater anerkender enhvers ret til at: [...]

c) nyde fordel af den beskyttelse af moralske og materielle interesser, der hidrører fra al videnskabelig, litterær eller kunstnerisk frembringelse, som han er ophavsmanden til.”

Ifølge forklaringerne til charteret er baggrunden for at skrive beskyttelsen af de immaterielle rettigheder direkte ind i charteret artikel 17, stk. 2, immaterialrettens “[...] stigende betydning og på grund af den afledte EU-ret.”²⁴ I en efterfølgende rapport udarbejdet af det såkaldte *EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights* (et uafhængigt udvalg nedsat af Europa-Kommissionen med henblik på at styrke de grundlæggende rettigheder i medlemsstaterne) uddybes denne forklaring. I rapporten henvises der blandt andet til det store antal EU-direktiver på immaterialretsområdet. Der henvises også til både de ikke så betydningsfulde konventioner fra Europarådet²⁵ samt til de mere betydningsfulde internationale instrumenter, der varetages af WIPO, herunder Pariserkonventionen, Bernerkonventionen og Romkonventionen.²⁶

23. For en udførlig analyse af charterets artikel 17, stk. 2, se Geiger, E.I.P.R.2009, s. 113-117, og Geiger, IIC 2010, s. 255-258.

24. Se Forklaringer til charteret om grundlæggende rettigheder, EU-Tidende (2007/C 303/02) s. 23.

25. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, s. 169.

26. Ibid., s. 169.

Betegnelsen “intellektuel ejendomsret” er i øvrigt blot en anden betegnelse for immaterielle rettigheder. På nuværende tidspunkt eksisterer der ikke nogen universel afgrænsning af, hvornår man har med immaterielle rettigheder at gøre. Derfor er det heller ikke muligt at foretage en fuldkommen afgrænsning af artikel 17, stk. 2’s materielle indhold.²⁷ Det er dog uomtvistet, at artiklen i hvert fald omfatter ophavsretten, jf. blandt andet forklaringerne til charteret, hvor det hedder, at artikel 17, stk. 2, “[...] [d]en intellektuelle ejendomsret [...] ud over ophavsret også [omfatter] bl.a. patent- og varemærkeret samt beslægtede rettigheder.”²⁸

For så vidt angår charterets artikel 17’s rettighedssubjekt, retter bestemmelsen sig, som det fremgår, til “enhver”. Det må derfor formodes, at begrebet også dækker over juridiske personers ejendomsret.²⁹

5.1.2. EU-Domstolen

EU-Domstolen er én ud af en række institutioner i EU, jf. Traktaten om den europæiske Union artikel 13, stk. 1.³⁰ EU-Domstolen beskæftiger sig primært med præjudicielle afgørelser, overtrædelsesprocedurer, annulationssøgsmål, passivitetsspørgsmål og erstatningssøgsmål.³¹ Forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden berøres oftest i forbindelse med de præjudicielle spørgsmål, som er nærmere reguleret i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, artikel 267. Bestemmelsen fastslår dels, at EU-Domstolen har kompetence til at afgøre sager *vedrørende fortolkning af traktaterne* (Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 267(a)), og dels at EU-Domstolen har kompetence til at afgøre sager vedrørende *gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer* (Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 267(b)). Det er derfor også EU-Domstolen,

27. Peers/Hervey/Kenner/Ward, *EU Charter of Fundamental Rights*, s. 490.

28. Se Forklaringer til charteret om grundlæggende rettigheder, EU-Tidende (2007/C 303/02) s. 23. Se også Christoffersen, *Charteret-Kom.*, s. 203.

29. Se *ibid.*, s. 58.

30. Unionens andre institutioner er: Europa-Parlamentet, Det Europæiske Råd, Rådet, Europa-Kommissionen, Den Europæiske Centralbank og revisionsretten.

31. Kilde: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_da.htm> (sidst set 5. februar 2017).

der tager sig af præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af charteret. Det ligger i det præjudicielle spørgsmåls natur, at EU-Domstolen ikke, ligesom EMD, udtaler sig om, hvorvidt en medlemsstat har krænket charterets specifikke rettigheder eller friheder. I det følgende redegøres der kort for EU-Domstolens forskellige fortolkningsprincipper.

5.1.2.a. EU-Domstolens almindelige fortolkningsprincipper

Når EU-Domstolen skal vurdere, hvorvidt en bestemt fortolkning eller retsakt er i overensstemmelse med EU-retten, benytter den sig normalt af to kendte fortolkningsprincipper.

Det første *princip er princippet om formålsfortolkning*, der, som navnet antyder, går ud på, at den relevante retsakt skal fortolkes i overensstemmelse med Unionens mål. Unionens overordnede mål følger af Traktaten om den europæiske Union artikel 3, stk. 1, hvor det hedder, at “Unionens mål er at fremme freden, sine værdier og befolkningernes velfærd”.

Det andet almindelige fortolkningsprincip, som EU-Domstolen traditionelt benytter sig af, er *princippet om dynamisk fortolkning*. Dette princip går ud på, at fortolkningen af en bestemt retsakt skal fortolkes i lyset af EU-rettens udviklingstrin på det tidspunkt, da bestemmelsen anvendes, ikke det tidspunkt, da den blev vedtaget.³²

Begge principper følger bl.a. af **C-238/81 1982 (CILFIT)**, hvor EU-Domstolen bemærkede, at “[...] de enkelte EF-regler [skal] vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse”.³³

5.1.2.b. EU-Domstolens charter-specifikke fortolkningsprincipper

Med vedtagelsen af charteret blev EU-Domstolens almindelige fortolkningsprincipper suppleret af en række yderligere fortolknings-

32. Læs mere om de almindelige fortolkningsprincipper i Christoffersen, *Charteret-Kom.*, s. 56, og Sørensen/Nielsen/Danielsen, *EU-Retten*, s. 108.

33. C-238/81 1982 (CILFIT), præmis 20.

principper. Disse nye EU-charterspecifikke fortolkningsprincipper følger af charterets artikel 52 og 53.

Det første princip går ud på, at charterets rettigheder og friheder, såfremt de svarer til EMRK's, skal fortolkes som sidstnævnte, jf. charterets artikel 52, stk. 3:

“I det omfang dette charter indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, har de samme betydning og omfang som i konventionen. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse.”

Det næste princip går ud på, at charterets grundlæggende rettigheder, såfremt de allerede følger af national ret, skal fortolkes i harmoni med de nationale medlemsstaters fælles forfatningsretlige traditioner, jf. charterets artikel 52, stk. 4:

“I det omfang dette charter anerkender grundlæggende rettigheder, således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, skal disse rettigheder fortolkes i harmoni med disse traditioner.”

Det tredje princip går ud på, at der ved fortolkningen af charterets bestemmelser altid skal tages hensyn til national lovgivning og praksis, jf. charterets artikel 52, stk. 6:

“Der tages fuldt hensyn til national lovgivning og praksis som angivet i dette charter.”

Som fremhævet af Christoffersen, Charteret-Kom., s. 56 f. skal charterets bestemmelser desuden “[...] fortolkes i overensstemmelse med de officielle forklaringer”³⁴ og “[...] i lyset af anden international menneskeret”.

34. Se Forklaringer til charteret om grundlæggende rettigheder, EU-Tidende (2007/C 303/02).

5.2. EU-Domstolens håndtering af rettighedskollisioner

Inkorporeringen af EMRK's bestemmelser i EU-retten gennem charteret har ikke ændret på det faktum, at hverken ophavsretten eller ytringsfriheden er absolutte rettigheder. Begge rettigheder er relative, og begge viger de i visse situationer for kolliderende rettigheder.

At ytringsfriheden ikke er absolut, har EU-Domstolen bl.a. udtalt i **C-71/02 2004 (Karner)**: "Princippet om ytringsfriheden kan til trods for, at den udtrykkeligt anerkendes i EMRK's artikel 10 og udgør en af grundpillerne i et demokratisk samfund, begrænses, hvis hensynet til den almene interesse kræver det [...]"³⁵

Se også Domstolens udtalelse i **C-368/95 1997 (Familiapress)**: "Forbuddet mod at sælge publikationer, der giver adgang til at deltage i præmiekonkurrencer, kan [...] skade ytringsfriheden. Det bemærkes dog, at artikel 10 i [EMRK] giver mulighed for at gøre indskrænkninger i denne frihed for at opretholde et alsidigt presseudbud, under forudsætning af, at indskrænkningerne er hjemlet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund."³⁶

At ophavsretten i artikel 17, stk. 2, heller ikke er absolut, har EU-Domstolen også udtalt flere gange. Se f.eks. **C-314/12 2014 (UPC Telekabel)**, hvor EU-Domstolen bemærkede "[...] at det på ingen måde følger af chartrets artikel 17, stk. 2, at den intellektuelle ejendomsret skulle være urørlig, og at dens beskyttelse derfor nødvendigvis skulle være absolut."³⁷ Se også **C-70/10 2011 (Scarlet Extended SA)**, hvor EU-Domstolen, med henvisning til beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret i artikel 17, stk. 2, bemærkede, at "[...] det intet sted i denne bestemmelse eller i Domstolens retspraksis [fremgår], at en sådan ret er urørlig, og at dens beskyttelse derfor skulle være absolut."³⁸

Charteret adskiller sig fra EMRK ved ikke at have specifikke undtagelser knyttet til hver rettighed eller frihed. I stedet følger retten til at foretage indgreb af en samlet begrænsningsbestemmelse. Denne bestemmelse er charterets artikel 52, stk. 1, der har følgende ordlyd:

35. C-71/02 2004 (Karner), præmis 50.

36. C-368/95 1997 (Familiapress), præmis 26.

37. C-314/12 2014 (UPC Telekabel), præmis 61.

38. C-70/10 2011 (Scarlet Extended SA), præmis 43.

“Enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.”

Charterets artikel 52, stk. 1 opstiller, som det fremgår, tre kumulative betingelser, som alle skal være opfyldt, før der kan foretages en legitim begrænsning i charterets bestemmelser. For det første skal begrænsningen *være fastsat i lovgivningen*. For det andet er det et krav, at begrænsningen enten skal svare *til mål af almen interesse, der er anerkendt af unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder*. For det tredje er det et krav, at en begrænsning i charteret kun kan indføres *under iagttagelse af proportionalitetsprincippet*. I det følgende redegøres kort for disse betingelsers nærmere indhold.

5.2.1. Hjemmelskravet

Den første betingelse for at foretage en begrænsning i charterets grundrettigheder går ud på, at et indgreb altid må være fastlagt i lovgivningen. Kravet om lovhjemmel er udtryk for det almindelige uskrevne legalitetsprincip, der allerede implicit følger af Traktaten om den europæiske Union artikel 5, stk. 2, hvor det hedder, at “[...] Unionen kun [handler] inden for rammerne af de beføjelser, som medlemsstaterne har tildelt den i traktaterne”. At der findes et EU-retligt legalitetsprincip udtalte EU-Domstolen også i **C- 46/87 1989 (Hoechst)**, hvor domstolen bemærkede, at “[...] offentlige myndigheders indgriben i forhold af privat karakter, hvad enten der er tale om fysiske eller juridiske personer, skal være hjemlet og begrundet af årsager, der er fastlagt ved lov”, og at “[...] en sådan beskyttelse må anses som udtryk for en fællesskabsretlig grundsætning”.³⁹

5.2.2. Princippet om legitimt formål anerkendt af unionen

Den anden betingelse for at foretage en begrænsning i charteret går ud på, at indgrebet kun kan legitimeres, hvis indgrebet forfølger et

39. C-46/87 1989 (Hoechst), præmis 19.

mål af almen interesse, der er anerkendt af unionen. Det følger af de såkaldte officielle bemærkninger til charterets artikel 52, at denne formulering både sigter til

“[...] de formål, der er nævnt i artikel 3 i traktaten om Den Europæiske Union, og andre interesser, der beskyttes af specifikke bestemmelser i traktaterne, såsom artikel 4, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Union, artikel 35, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og artikel 36 og 346 i denne traktat”.⁴⁰

5.2.3. Det EU-retlige proportionalitetsprincip

Den tredje betingelse for at foretage en begrænsning i charteret går ud på, at begrænsningen altid kun må ske under iagttagelse af proportionalitetsprincippet. Det må antages, at charterets proportionalitetsprincip i artikel 52, stk. 1, indholdsmæssigt kan sidestilles med det almindelige EU-retlige proportionalitetsprincip.⁴¹ Det almindelige EU-retlige proportionalitetsprincip er skrevet ind i Traktaten om den europæiske Union artikel 5, stk. 1 og 4 (tidligere artikel 5 i TEF), der har følgende ordlyd:

“Artikel 5

1. Afgrænsningen af Unionens beføjelser er underlagt princippet om kompetencetildeling. Udøvelsen af Unionens beføjelser er underlagt nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

[...]

4. I medfør af proportionalitetsprincippet går indholdet og formen af Unionens handling ikke videre end nødvendigt for at nå målene i traktaterne.

Unionens institutioner anvender proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet.”

EU-Domstolen har defineret det nærmere indhold af det EU-retlige proportionalitetsprincip flere gange.

40. Se Forklaringer til charteret om grundlæggende rettigheder, EU-Tidende (2007/C 303/02) s. 32.

41. Christoffersen, *Charteret-Kom.*, s. 465.

Se f.eks. **C-283/11 2013 (Sky Österreich)**, der angik en kollision mellem retten til at oprette og drive egen virksomhed (artikel 16) og retten til ytringsfrihed (artikel 11). Domstolen udtalte her, “[...] at proportionalitetsprincippet indebærer, at EU-institutionernes retsakter ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt og passende for gennemførelsen af det formål, der lovligt tilstræbes med den omhandlede lovgivning, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst indgribende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål”.⁴²

Det er blevet anført, at det EU-retlige proportionalitetsprincip består af tre dele: et egnethedskrav, et nødvendighedskrav og et krav om absolut forholdsmæssighed.⁴³

At begrænsningen både skal være egnet og nødvendig, er blandt andet udtalt i De forenede sager **C-403/08 og C-429/08 2011 (Premier League)**, hvor EU-Domstolen bemærkede, at “[...] en restriktion af en ved traktaten sikret grundlæggende frihed ikke kan begrundes, medmindre den varetager tvingende almene hensyn, *er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det almennyttige formål, som den forfølger*, og *ikke går videre end nødvendigt for at nå dette mål*” (min udhævning).⁴⁴

5.2.3.a. Egnethedskravet

Det første led af det EU-retlige proportionalitetsprincip – egnethedskravet – kan i høj grad sidestilles med det egnethedskrav, der også gælder i sager ved EMD (se afsnit 4.1.4.a). Ligesom ved indgreb i EMRK skal en begrænsning i charteret også være egnet til at sikre virkningen af det mål, som begrænsningen forfølger.⁴⁵ For EU-Domstolens vedkommende har denne, ligesom EMD, slået fast, at det ikke er en betingelse for at opfylde egnethedskravet, at begrænsningen er *den bedst egnede* til at sikre virkningen af det mål, som den for-

42. C-283/11 2013 (Sky Österreich), præmis 50. For flere domshenvisninger se samme sted.

43. Se Fengler, UfR 2014B, s. 227-236.

44. De forenede sager C-403/08 og C-429/08 2011 (Premier League), præmis 93.

45. Se Fengler, UfR2014B, s. 228. f.

følger. Så længe begrænsningen ikke er “absolut uegnet”, vil EU-Domstolen normalt anse egnethedskravet for opfyldt.

Se f.eks. **C-309/10 2011 (Agrana Zucker GmbH)**, hvor EU-Domstolen kom frem til, at en specifik artikel i en forordning og en opkrævning efter denne artikel var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, fordi det ikke fremgik, “[...] at fastsættelsen af den midlertidige afgift var absolut uegnet til at nå det tilstræbte mål.”⁴⁶

I nyere retsvidenskabelig litteratur er det desuden blevet anført, at EU-Domstolen har udviklet en ny gren på det almindelige egnethedskrav.⁴⁷ Efter den nye gren er det ikke længere nok, at begrænsningen er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål. Begrænsningen må også være “sammenhængende og systematisk”.⁴⁸ Efter den nye gren vil det (groft sat op) f.eks. ikke være sammenhængende og systematisk, at en medlemsstat af sundhedsmæssige årsager forbyder befolkningen at spise sukker, men samtidig tillader, at det står befolkningen frit for at indtage ubegrænsede mængder burgere. I virkelighedens verden giver denne sort/hvide tankegang dog ikke mening, og ifølge Niels Fenger fungerer det da heller ikke sådan i praksis. I Fenger, UfR 2014B, s. 230, skildrer forfatteren således, at det nye egnethedskrav “[...] ikke tvinger medlemsstaterne til “alt-eller-intet-løsninger”, når blot de kan argumentere rimeligt for, hvorfor retsakten er begrænset til bestemte situationer og ikke omfatter andre forhold, der i samme grad fremkalder de skadelige virkninger, som retsakten hævdes at ville modvirke”.

5.2.3.b. Nødvendighedskravet

Det andet led af det EU-retlige proportionalitetsprincippet – nødvendighedskravet – må også i høj grad kunne sidestilles med det nødvendighedskrav, der gælder ved EMD. At en begrænsning skal være nødvendig for at kunne legitimeres, omtales også som den såkaldte

46. C-309/10 2011 (Agrana Zucker GmbH), præmis 51. For flere eksempler se Fenger, UfR 2014B, s. 228 (note 8).

47. Se *ibid.*, s. 229 f.

48. Se f.eks. Domstolens udtalelse i De forenede sager C-316/07, C-358/07-C-360/07, C-409/07 og C-410/07 2010 (Markus Stoß), præmis 83,

“nødvendighedstest”.⁴⁹ Nødvendighedstesten er ifølge EU-Domstolens praksis opfyldt, når “[...] samme resultat ikke kan nås ved hjælp af mindre indgribende regler”.⁵⁰ Nødvendighedstesten er indgående behandlet af Fenger, som bl.a. beskriver, hvordan “[...] formålet med nødvendighedstesten er at begrænse indgreb i borgernes retsfære til det, der er påkrævet for at nå de lovlige formål.”⁵¹

5.2.3.c. Princippet om absolut forholdsmæssighed

Proportionalitetsprincippet tredje led – princippet om absolut forholdsmæssighed – synes i vidt omfang at kunne sidestilles med de sidste to led af proportionalitetsprincippet ved EMD, dvs. kernekravet og princippet om den rimelige balance (se ovenfor afsnit 4.1.4.c og 4.1.4.d). Dette stemmer overens med den måde, som Fenger beskriver princippet om den absolutte forholdsmæssighed på, herunder at det er delt op i to dele. Forfatteren beskriver således, hvordan der først “[...] foretages en identifikation af vægten af de forskellige modstridende hensyn og derpå en afvejning af disses relative vægt” (min udhævning).⁵²

Den første del, dvs. *identifikationen af de respektive rettigheders indbyrdes vægt* (kernekravet), følger direkte af charterets artikel 52, stk. 1, hvor det, som anført ovenfor (afsnit 5.2), hedder at “[...] enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, [...] skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold” (min udhævning). At en begrænsning ikke må gribe ind i rettighedens kerne, har EU-Domstolen udtalt eksplicit i en række sager.

Se f.eks. Domstolens udtalelse i **C-112/00 2003 (Schmidberger)**, hvor Domstolen skulle tage stilling til, om de østrigske myndigheder ved ikke at forbyde en demonstration på Brenner-motorvejen havde tilsidesat EU-retten, herunder retten til den frie varebevægelighed. Domstolen udtalte her, at udøvelsen af retten til ytringsfrihed kan “[...] underkastes begrænsninger, forudsat at sådanne begrænsninger [...] ikke [...] indebærer et uforholds-

49. Fenger, UfR 2014B, s. 231.

50. Se f.eks. C-353/89 1991 (Kommissionen mod Nederlandene), præmis 19.

51. Fenger, UfR 2014B, s. 231.

52. Ibid., s. 233.

mæssigt og uacceptabelt indgreb, der krænker selve de [...] garanterede rettigheders kerne”.⁵³

I nyere tid har Domstolen også henvist til kernekravet i sager, hvor forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden er kollideret.

Se f.eks. **C-314/12 2014 (UPC Telekabel)**, hvor Domstolen skulle tage stilling til, om det var foreneligt med charterets grundlæggende rettigheder generelt at forbyde en internetudbyder at gøre det muligt for dennes kunder at få adgang til et bestemt websted, hvis visse betingelser var opfyldt. Det generelle forbud fandtes ikke i strid med charterets grundlæggende rettigheder, idet Domstolen blandt andet ikke fandt, at forbuddet greb “[...] ind i selve kernen af retten til friheden til at oprette og drive egen virksomhed for en internetudbyder.”⁵⁴

Se også **Generaladvokat E. Sharpstons forslag til afgørelse i sag C-479/04 2006 (Laserdisken ApS)**. Domstolen skulle her tage stilling til, hvorvidt fortolkningen og gyldigheden af infosocdirektivets artikel 4, stk. 2, om konsumtion af spredningsretten var i strid med ytringsfriheden. Med henvisning til Domstolens tidligere udtalelse i **C-112/00 2003 (Schmidberger)** udtalte Generaladvokaten, at “Domstolen har fastslået, at udøvelsen af ytringsfriheden kan underkastes begrænsninger, forudsat at sådanne begrænsninger virkelig er i overensstemmelse med formål i almenhedens interesse, og ikke, når henses til det forfulgte formål, indebærer et uforholdsmæssigt og uacceptabelt indgreb, der krænker selve de garanterede rettigheders kerne.”⁵⁵

På samme måde som efter EMDs praksis⁵⁶ er det dog også i EU-retten svævende, hvad en retsdisciplins kerne egentlig er, og heller ikke ved EU-Domstolen synes kernekravet at have nogen afgørende indflydelse på det endelige resultat, når ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. I stedet synes det i langt højere grad at være forholdsmæssighedsprincippet og anden del – afvejningen af *de relative rettig-*

53. C-112/00 2003 (Schmidberger), præmis 80.

54. C-314/12 2014 (UPC Telekabel), præmis 51.

55. Se Generaladvokat E. Sharpstons forslag til afgørelse i sag C-479/04 2006 (Laserdisken ApS), præmis 67.

56. Jf. nærmere ovenfor afsnit 4.1.4.c.

heders vægt – der vil have betydning i sager, hvor ophavsretten kolliderer med ytringsfriheden.

Denne sidste del af proportionalitetsprincippet er bl.a. omtalt af *Fenger*, som skildrer, hvordan princippet har karakter af “[...] en mere politisk og værdiladet prøvelse”.⁵⁷ Dette fører også samme forfatter til at kritisere princippet, med henvisning til at “[...] [princippet om den absolutte forholdsmæssighed] indebærer [...], at det undertiden kan være svært at forudsige, hvilke retsakter der kan overleve en juridisk prøvelse. Afvejningen af modstridende saglige værdier har per definition karakter af en vag og elastisk standard, som i den praktiske udfyldning nødvendigvis må være præget af den enkelte retsanvenders individuelle intuitive retspolitiske standpunkter”.⁵⁸

En gennemgang af domspraksis fra EU-Domstolen viser, at domstolen allerede har behandlet en lang række sager, hvor ophavsretten er kollideret med andre rettigheder. Domspraksis afslører imidlertid også, at princippet om den rimelige balance ikke altid har haft en lige så fremtrædende rolle i ophavsretlige rettighedskollisioner, som det har i dag.

Meget tyder på, at princippet først for alvor begyndte at få en fremtrædende rolle efter den 1. december 2009, da charteret fik bindende virkning for medlemsstaterne.

Se til illustration følgende sager afsagt før den 1. december 2009: **C-200/96 1998 (Metronome Musik)** angik gyldigheden af en bestemmelse i det daværende udlejnings- og udlånsdirektiv. Bestemmelsen pålagde medlemsstaterne at indføre en ret til at tillade eller forbyde eneret til udlejning af et ophavsretligt beskyttet værk. Til spørgsmålet om, hvorvidt direktivbestemmelsen var forenelig med fælleskabets grundrettigheder, herunder retten til fri erhvervsudøvelse, bemærkede Domstolen indledningsvis, at både ejendomsretten og princippet om fri erhvervsudøvelse var rettigheder, der kunne begrænses “[...] forudsat at begrænsningerne ikke [...] [indebar] et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb over for det centrale indhold af den beskyttede rettighed”.⁵⁹ Uden at nævne princippet om rimelig balance konkluderede Domstolen herefter, at fordi der ikke var “[...] grundlag for at antage, at de

57. Fenger, UfR 2014B, s. 233.

58. Ibid., s. 233.

59. C-200/96 1998 (Metronome Musik), præmis 21.

forfulgte formål skulle kunne nås gennem foranstaltninger, som i højere grad beskytter den frie erhvervsudøvelse for personer eller virksomheder, som har specialiseret sig inden for erhvervsmæssig udlejning af fonogrammer, [kunne] konsekvenserne af indførelsen af en eneret til udlejning ikke antages at være uforholdsmæssige eller uantagelige”.⁶⁰

Se også **C-479/04 2006 (Laserdisken ApS)**, hvor Domstolen skulle tage stilling til, om infosoc-direktivets artikel 4, stk. 2, vedr. konsumtion af spredningsretten var i strid med ytringsfriheden. Først lagde Domstolen ud med at anerkende, at både ytringsfriheden og ophavsretten havde karakter af grundrettigheder, som havde krav på beskyttelse af fællesskabets retsinstanser.⁶¹ Dernæst udtalte Domstolen med henvisning til EMRK artikel 10, stk. 2, at rettighederne kan begrænses, hvis begrænsningen bl.a. står “[...] i et rimeligt forhold til det forfulgte formål”.⁶² Herefter konkluderede Domstolen imidlertid uden nærmere overvejelser om proportionalitet, at “[...] den påberåbte begrænsning af friheden til at modtage information [var] berettiget, eftersom den [var] nødvendig for at beskytte intellektuelle ejendomsrettigheder, såsom ophavsretten, der er en del af den private ejendomsret.”⁶³ (Dommen er også omtalt nedenfor i afsnit 5.3.1.a).

Se derimod til sammenligning følgende sager afsagt efter 2009:

I **C-70/10 2011 (Scarlet Extended)** skulle EU-Domstolen tage stilling til, om et påbud om indførelse af et filtreringssystem over for en online social netværksplatform var foreneligt med charterets grundlæggende rettigheder. I den konkrete sag kolliderede beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret i charterets artikel 17, stk. 2, for det første med internetudbyderens frihed til at oprette og drive egen virksomhed i medfør af charterets artikel 16. For det andet kolliderede den med internetudbyderens kunders ret til at få beskyttet deres personoplysninger i charterets artikel 8 og kundernes frihed til at modtage eller videregive oplysning i charterets artikel 10.⁶⁴ Til spørgsmålet om, hvorvidt filtreringssystemet var i strid med disse rettigheder, udtalte Domstolen, med hen-

60. C-200/96 1998 (Metronome Musik), præmis 26.

61. C-479/04 2006 (Laserdisken ApS), præmis 62.

62. Ibid., præmis 64.

63. Ibid., præmis 65.

64. C-70/10 2011 (Scarlet Extended), præmis 49-50.

visning til dens tidligere afgørelse i **C-275/05 2008 (Promusicae)**, at “[...] beskyttelsen af den grundlæggende ejendomsret, der også omfatter intellektuelle ejendomsrettigheder, skal afvejes med andre grundlæggende rettigheder”⁶⁵, og at “[...] det tilkommer de nationale myndigheder og domstole inden for rammerne af de foranstaltninger, der vedtages for at beskytte indehavere af ophavsretten, at sikre en passende afvejning mellem beskyttelsen af denne ret og de grundlæggende personrettigheder, der er berørt af sådanne foranstaltninger.”⁶⁶ (Dommen er også behandlet i afsnit 5.3.1.b).

Se videre **C-461/10 2012 (Bonnier)**, der angik fortolkningen af en række direktiver, blandt andet direktiv 2006/24/EF af 15. marts 2006 (om lagring af data mv.), herunder om direktivet var til hinder for, at en udbyder skulle udlevere oplysninger til rettighedshaveren om den person, som delte ophavsretskrænkende indhold. Til dette spørgsmål udtalte Domstolen bl.a., at det “[...] påhviler 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 Unionens retsorden. Ved gennemførelsen af disse direktiver skal myndighederne og domstolene i medlemsstaterne [...] 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 EU-retlige principper, såsom proportionalitetsprincippet.”⁶⁷

5.2.4. Medlemsstaternes skønsmargin

Det følger af Domspraksis, at der også i EU-retten gælder et grundlæggende princip om, at medlemsstaterne har et vist skøn, når det kommer til anvendelsen og fortolkningen af EU-retten.⁶⁸ Princippet om staternes skønsmargin har været omtalt i flere sager fra EU-Domstolen.

65. Ibid., præmis 44.

66. Ibid., præmis 45.

67. C-461/10 2012 (Bonnier), præmis 56.

68. Generelt om EU-Domstolens prøvelsesintensitet se Fenger, UfR 2014B, s. 234 ff.

Se f.eks. den tidligere omtalte **C-145/10 2011 (Panier)**. Ved be-
svarelsen af, hvordan infoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra e,
skulle fortolkes, bemærker Domstolen, at den pågældende be-
stemmelse “[...] ikke angiver, under hvilke omstændigheder det er
muligt at påberåbe sig den offentlige sikkerheds interesse for at
anvende et beskyttet værk, hvorfor medlemsstater, der påberåber
sig denne undtagelse, har en vid skønsmargen”.⁶⁹

Se også **C-275/06 2008 (Promusicae)**, hvor Domstolen
bemærkede, at det var “[...] logisk, at direktiverne indeholder
bestemmelser, som indrømmer medlemsstaterne en nødvendig
skønsmargin til at definere gennemførelsesforanstaltninger, som
kan tilpasses forskellige tænkelige situationer”.⁷⁰

5.3. Identifikation af de generelle afvejningskriterier ved EU-Domstolen

Siden vedtagelsen af charteret har EU-Domstolen haft anledning til at behandle en række sager, hvor forskellige grundrettigheder er kolli-
deret. I dette afsnit analyseres de sager, hvor ophavsretten er kolli-
deret med ytringsfriheden. Formålet med afsnittet er at afdække, om
der findes generelle afvejningskriterier, som EU-Domstolen inddrager
og tillægger vægt, når ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer.

5.3.1. Relevante ophavsrets-ytringsfrihedskollisioner ved EU-Domstolen

5.3.1.a. C-479/04 2006 (Laserdisken ApS)

Tvisten i hovedsagen angik Laserdisken ApS, der blandt andet solgte
eksemplarer af filmværker gennem danske butikker.⁷¹ Filmværkerne
var primært importeret fra EU, men også i visse tilfælde fra tred-
jelande. Selskabet solgte også eksemplarer af filmværker, der ikke var
udgivet i Europa.⁷² Importen kunne ikke forhindres, da der efter da-
tidig dansk ret gjaldt et såkaldt “globalt konsumtionsprincip”, hvor-
efter eksemplarer, der var kommet ud i omsætningen med ophavs-

69. C-145/10 2011 (Panier), præmis 101.

70. C-275/06 2008 (Promusicae), præmis 67.

71. C-479/04 2006 (Laserdisken ApS), præmis 11.

72. Ibid., præmis 12.

mandens samtykke, kunne videresælges uden tilladelse, hvilket gjaldt, uanset hvor det lovlige førstegangssalg var sket henne.⁷³ Den 17. december 2002 blev infosoc-direktivets artikel 4, stk. 2, implementeret i dansk ret ved ændring af ophavsretslovens § 19. Med implementeringen blev det globale konsumptionsprincip afskaffet og erstattet af et princip om EØS-territorial konsumtion. Ændringen betød, at Laserdisken ikke længere lovligt kunne importere og sælge filmværker fra tredjelande, medmindre filmværkerne forinden havde været solgt eller på anden måde overdraget til andre inden for EØS med ophavsmandens accept. I 2003 lagde Laserdisken sag an mod Kulturministeriet ved Østre Landsret med påstand om, dels at § 19 ikke var anvendelig, dels at hele infosoc-direktivet var ugyldigt, fordi der ikke var hjemmel til at vedtage direktivet i den daværende EF-traktats bestemmelser.⁷⁴ Laserdisken ApS gjorde videre gældende, at infosoc-direktivets artikel 4, stk. 2, var i strid med EMRK artikel 10. Laserdisken henviste i den forbindelse for det første til, bestemmelsen betød, at Unionens borgere blev frataget deres ret til at modtage information, fordi bestemmelsen ville medføre forbud mod import fra tredjelande. Desuden hævdede Laserdisken, at bestemmelsen betød en tilsidesættelse af friheden for indehavere af ophavsret til at viderebringe deres idéer.⁷⁵

Til spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende bestemmelse var i strid med EMRK artikel 10, bemærkede Domstolen indledningsvis, at både ophavsretten og ytringsfriheden er grundrettigheder, som skal beskyttes af Fællesskabets retsinstanser.⁷⁶ Herefter bemærkede retten, at det følger af EMRK artikel 10, stk. 1, at ytringsfriheden ikke er absolut, men at den kan begrænses, hvis indgrebet er

“[...] foreskrevet ved lov, er berettigede ud fra et eller flere legitime formål henset til denne bestemmelse og er nødvendige i et demokratisk samfund, dvs. at de skal være berettigede ud fra tvungne samfundsmæssige hensyn og navnlig stå i et rimeligt forhold til det forfulgte formål”.⁷⁷

73. Se nærmere om forskellen Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 266. Se også Schönning: *OPHL-kom.* (2011), s. 318.

74. Se UfR 2010.2109 H (Konsumption).

75. C-479/04 2006 (Laserdisken ApS), præmis 60.

76. Ibid., præmis 62.

77. Ibid., præmis 64.

I den konkrete sag forkastede Domstolen påstanden om, at det EØS-territoriale konsumtionsprincip kunne være i strid med ytringsfriheden. Domstolens begrundelse var, at "den påberåbte begrænsning [var] [...] berettiget, eftersom den [var] nødvendig for at beskytte intellektuelle ejendomsrettigheder, såsom ophavsretten, der er en del af den private ejendomsret".⁷⁸

I sagen var det i øvrigt første gang, Domstolen eksplicit anerkendte, at hensynet til ytringsfriheden kan resultere i, at en retsakt, der har til hensigt at beskytte ophavsretten, principielt kan være ugyldig. I den juridiske litteratur er sagen derfor blevet omtalt som repræsenterende "[...] the culmination of the rejection and ignorance period in IP matters".⁷⁹

I **C-479/04 2006 (Laserdisken ApS)** opremsede Domstolen de klassiske betingelser for indgreb i ytringsfriheden, der følger af EMRK artikel 10, stk. 2, herunder også betingelsen om, at der skal foretages en proportionalitetsvurdering (undtagelserne skal "[...] stå i et rimeligt forhold til det forfulgte formål").⁸⁰ EU-Domstolen undlod imidlertid at efterprøve, om indgrebsbetingelserne var opfyldt, men lagde blot til grund, at det var de.

5.3.1.b. C-70/10 2011 (Scarlet Extended)

Denne sag udsprang af en national retstvist mellem det belgiske forvaltningsselskab SABAM og internetudbyderen Scarlet. I 2004 blev SABAM opmærksom på, at en række af Scarlets kunder fildelte og downloadede ophavsretligt beskyttet materiale uden afregning til SABAM, som derefter anlagde sag mod Scarlet. SABAM ønskede blandt andet, at det blev pålagt Scarlet at blokere for kundernes adgang til at fildele det ulovlige materiale. Ved en dom af 29. juni 2007 blev Scarlet påbudt at gøre det umuligt for kunderne at fortsætte med den ulovlige fildeling. Scarlet appellerede dommen. Det var i denne forbindelse, appeldomstolen spurgte EU-Domstolen, om et påbud udstedt af den nationale domstol gående på at pålægge en internetudbyder, for egen regning, at indføre et tidsubegrænset filtreringssystem, som kunne bruges til at blokere for delingen af det

78. Ibid., præmis 65.

79. Mylly, *The constitutionalization of the European legal order*, s. 12. (Citeret i Schovsbo, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum* 2015, s. 386).

80. C-479/04 2006 (Laserdisken ApS), præmis 64.

ophavsretskrænkende materiale, ville være i overensstemmelse med 5 EU-direktiver og EMRK artikel 8 og artikel 10.

Efter en gennemgang af de respektive direktiver lagde EU-Domstolen indledningsvist ud med at slå fast, at det pågældende påbud (uanset eksistensen af de grundlæggende rettigheder) ville være i strid med EU-retten, fordi påbuddet havde karakter af generel overvågningsforpligtelse, hvilket læst i lyset af de pågældende direktivers ordlyd var forbudt.⁸¹

Først herefter foretog Domstolen vurderingen af påbuddets forhold til de grundlæggende rettigheder, herunder bl.a. forholdet mellem artikel 17, stk. 2, og ytringsfriheden. Domstolen slog indledningsvis fast, at ejendomsretten i charterets artikel 17, stk. 2, ikke var absolut.⁸² Med henvisning til **C-275/06 2008 (Promusicae)** hvor artikel 17, stk. 2, var kollideret med retten til beskyttelsen af personlige oplysninger og privatlivets fred, udtalte Domstolen, at “[...] den grundlæggende ejendomsret, der også omfatter intellektuelle ejendomsrettigheder, skal afvejes med andre grundlæggende rettigheder.”⁸³ Domstolen udtalte videre, at “[...] det tilkommer de nationale myndigheder og domstole inden for rammerne af de foranstaltninger, der vedtages for at beskytte indehavere af ophavsretten, at sikre en passende afvejning mellem beskyttelsen af denne ret og de grundlæggende personrettigheder, der er berørt af sådanne foranstaltninger.”⁸⁴ I den konkrete sag overlod Domstolen imidlertid ikke skønnet af den rimelige balance til medlemsstaten. I stedet foretog Domstolen selv proportionalitetsvurderingen.

For så vidt angår kollisionen mellem ophavsretten og ytringsfriheden fandt Domstolen, at et påbud ville være i strid med charterets artikel 11, fordi “[...] virkningerne af det nævnte påbud ikke [ville] begrænse sig til den berørte internetudbyder, idet det omtvistede filtreringssystem ligeledes ville kunne krænke denne internetudbyders kunders [...] frihed til at modtage eller videregive oplysninger [...]”.⁸⁵ Domstolen konkluderede herefter, at hvis medlemsstaten vedtog et sådant påbud, ville medlemsstaten “[...] ikke overholde kra-

81. Se bl.a. C-70/10 2011 (Scarlet Extended), præmis 36 og 40.

82. Ibid., præmis 43.

83. Ibid., præmis 44.

84. Ibid., præmis 45.

85. Ibid., præmis 50.

vet om at sikre en passende afvejning mellem på den ene side den intellektuelle ejendomsret og på den anden side [...] friheden til at modtage eller afgive oplysninger”.⁸⁶ For så vidt angår det nærmere indhold af proportionalitetsvurderingen, afslørede Domstolen, foruden ovenstående, ikke, hvilke faktorer der kunne påvirke en potentiel balance.

5.3.1.c. C-145/10 2011 (Panier)

Twisten i hovedsagen angik en række portrætfotografier af den østrigske pige Natascha Kampusch, som i 1998 blev bortført og holdt fanget i otte år. Før Natascha Kampusch forsvandt, havde skolefotografen Eva-Maria Panier taget en række portrætfotografier af hende.⁸⁷ I forbindelse med efterforskningen blev en række af disse billeder offentliggjort af myndighederne.⁸⁸ I 2006 lykkedes det Natascha Kampusch at flygte fra bortføreren Wolfgang Priklopil. Før hendes første offentlige optræden valgte flere medier at offentliggøre en række af de tidligere offentliggjorte portrætfotografier.⁸⁹ Flere medier havde desuden bragt et “fantombillede” af Natascha Kampusch, der var lavet på baggrund af et af de oprindelige portrætfotografier. Fantombilledet skulle vise, hvordan hun måtte formodes at se ud som voksen.⁹⁰ Alle billeder offentliggjort efter Natascha Kampusch’s flugt blev bragt uden tilladelse fra fotografen. I forbindelse med en national ophavsretssag anlagt af fotografen mod en række aviser forelagde Handelsgericht Wien EU-Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, herunder bl.a. om fortolkningen af infosoc-direktivet artikel 5, stk. 3, litra d (undtagelser og indskrænkninger med henblik på citat) og artikel 5, stk. 5 (tre-trins-testen).

EU-Domstolen bemærkede, med en kort henvisning til 31. betragtning i infosoc-direktivet, at “[...] det er nødvendigt at bevare en ‘rimelig balance’ dels mellem rettigheder og interesser hos ophavs-mændene på den ene side, dels mellem rettigheder og interesser hos brugerne af de beskyttede frembringelser på den anden side”.⁹¹ I den

86. Ibid., præmis 53.

87. C-145/10 2011 (Panier), præmis 27.

88. Ibid., præmis 30.

89. Ibid., præmis 34.

90. Ibid., præmis 36.

91. Ibid., præmis 132.

konkrete sag fandt Domstolen dog, at den pågældende undtagelsesbestemmelse i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra d, sammenholdt med tre-trins-testen i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5, allerede varetog denne rimelige balance.⁹² Domstolen udtalte sig ikke om, hvilke afvejningskriterier der kunne påvirke balancen.

5.3.1.d. C-360/10 2012 (SABAM v. Netlog)

I C-360/10 2012 (SABAM v. Netlog) skulle EU-Domstolen, ligesom i C-70/10 2011 (Scarlet Extended) tage stilling til, om et påbud om indførelse af et filtreringssystem, denne gang over for en online social netværksplatform, var foreneligt med grundrettighederne, herunder navnlig charterets artikel 8 og 11. Tvisten i hovedsagen drejede sig igen om KODAs belgiske administrationsselskab SABAM, der mente, at den sociale netværksplatform Netlog gjorde det muligt for sine brugere at benytte sig af SABAMs repertoire uden betaling.⁹³ Den 23. juni 2009 indbragte SABAM sagen for præsidenten for Rechtbank van eerste aanleg te Brussel med henblik på at få Netlog tilpligtet til “[...] øjeblikkeligt at ophøre med enhver ulovlig tilrådighedsstillelse af musikværker eller audiovisuelle værker fra SABAM’s repertoire under fastsættelse af en tvangsbøde på 1 000 EUR pr. dags forsinkelse.”⁹⁴ Netlog gjorde modsat gældende, “[...] at såfremt SABAM fik medhold i sin sag, ville dette føre til, at Netlog blev pålagt en generel overvågningsforpligtigelse, hvilket [var] forbudt”.⁹⁵

I de næsten identiske præmisser som i Scarlet-sagen udtalte EU-Domstolen igen, at det tilkom “[...] de nationale myndigheder og domstole [...] at sikre en passende afvejning mellem beskyttelsen af [ophavsretten] og de grundlæggende personrettigheder, der er berørt af sådanne foranstaltninger”.⁹⁶ Igen undlod EU-Domstolen at udtale sig nærmere om, hvilke afvejningsfaktorer der kunne påvirke den konkrete balance.

92. Ibid., præmis 137.

93. C-360/10 2012 (SABAM), præmis 18.

94. Ibid., præmis 21.

95. Ibid., præmis 22.

96. Ibid., præmis 43.

5.3.1.e. C-314/12 2014 (UPC Telekabel)

C-314/12 2014 (UPC Telekabel) angik to filmproduktionsselskaber, der havde opdaget, at en række af deres film kunne downloades og streames fra et nærmere specifikt websted. Ved de nationale domstole havde filmproduktionsselskaberne indgivet en begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på at få internetudbyderen UPC Telekabel til at spærre adgangen for sine kunder til det specifikke websted.⁹⁷ Den 13. maj 2011 forbød den østrigske Handelsgericht UPC Telekabel at formidle sine kunder adgang til webstedet. Den østrigske Handelsgericht fandt, at forbuddet skulle gennemføres, dels ved spærring af domænenavnet, dels ved spærring af selskabets aktuelle og fremtidige IP-adresser.⁹⁸ Forbuddet blev delvist omgjort ved Oberlandesgericht, der fandt, at UPC Telekabel selv måtte bestemme, hvilke midler de ville anvende til at gennemføre forbuddet.⁹⁹ Sagen blev herefter appelleret til Oberster Gerichtshof (den østrigske højesteret), hvor UPC Telekabel gjorde gældende, at de forskellige spæringsforanstaltninger, som selskabet kunne iværksætte, alle kunne omgås, og at flere af dem var uforholdsmæssige og tidskrævende.¹⁰⁰ På den baggrund forelagde Oberster Gerichtshof EU-Domstolen en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af infosocdirektivets artikel 8, stk. 3 (Forbud over for mellemmand).

Et af spørgsmålene gik på bl.a. på, om det var foreneligt med de grundlæggende rettigheder, herunder navnlig charterets artikel 17, stk. 2, artikel 16 og artikel 11 “[...] generelt at forbyde [...] en internetudbyder at gøre det muligt for dennes kunder at få adgang til et bestemt websted”¹⁰¹

Indledningsvist bemærkede Domstolen, at

“[...] at når flere grundlæggende rettigheder er i indbyrdes konflikt, påhviler det medlemsstaterne under gennemførelsen af et direktiv at påse, at de lægger en fortolkning af dette til grund, som gør det muligt at sikre en passende afvejning af de anvendelige grundlæggende rettigheder, der er beskyttet af EU’s retsor-

97. C-314/12 2014 (UPC Telekabel), præmis 11.

98. Ibid., præmis 12.

99. Ibid., præmis 14.

100. Ibid., præmis 16.

101. Ibid., præmis 17.

den. Under iværksættelsen af foranstaltningerne til gennemførelse af dette direktiv påhviler det herefter ikke blot myndighederne og retterne i medlemsstaterne at fortolke deres nationale ret på en måde, der er forenelig med det nævnte direktiv, 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 EU-retlige principper, såsom proportionalitetsprincippet”¹⁰²

Domstolen bemærkede videre, at der i den konkrete sag var tale om en *kollision* mellem flere rettigheder, herunder den intellektuelle ejendomsret i chartrets artikel 17, stk. 2, friheden til at oprette og drive egen virksomhed i chartrets artikel 16, og for det tredje internetbrugernes informationsfrihed i chartrets artikel 11.¹⁰³

Domstolen bemærkede også, at

“[...] de foranstaltninger, som internetudbyderen vedtager [skal] være strengt målrettede i den forstand, at de skal tjene til at bringe tredjemands krænkelse af ophavsretten eller en beslægtet rettighed til ophør, uden at internetbrugere, der anvender denne udbyders tjenester med henblik på retmæssig adgang til information, påvirkes derved. I modsat fald vil denne udbyders indgriben i disse brugeres informationsfrihed være uberettiget i forhold til det formål, der forfølges”.¹⁰⁴

Udover, at forbuddet skulle være “strengt målrettet” mod at bringe krænkelse til ophør, udtalte Domstolen sig ikke nærmere om, hvilke faktorer der i praksis kunne spille ind ved vurderingen af proportionalitetsprincippet.

For så vidt angår de nærmere afvejningskriterier, kan der i denne sag findes relevant information i generaladvokat P.C. Villalóns (ikke bindende) forslag til afgørelse. Generaladvokaten anfører her en række holdepunkter, som de nationale domstole kan lade sig inspirere af, dog også med det forbehold, at de anførte holdepunkter ifølge generaladvokaten “[...] på ingen måde [udgjorde] en udtømmende liste over de synspunkter, der bør inddrages i overvejelserne.

102. Ibid., præmis 46.

103. Ibid., præmis 47.

104. Ibid., præmis 56.

Den nationale ret skal derimod foretage en fuldstændig afvejning af alle relevante omstændigheder i det konkrete tilfælde.”¹⁰⁵ De relevante holdepunkter var ifølge Generaladvokaten følgende:

For det første anføres det, at den såkaldte “[...] kvantitative vurdering af spærreforanstaltningens forventede effekt er et synspunkt, der skal inddrages i afvejningen.”¹⁰⁶

For det andet “[...] skal foranstaltningens kompleksitet og varighed og de dermed forbundne omkostninger også inddrages i afvejningen. [...]”¹⁰⁷

For det tredje skal der ifølge generaladvokaten også tages hensyn til, at rettighedshaveren ikke må afskæres fra beskyttelse over for et websted, der massivt krænker dennes rettigheder”.¹⁰⁸ I den forbindelse anfører generaladvokaten videre, at “[...] ophavsmanden [...] dog primært, så vidt dette er muligt, [skal] gøre krav gældende direkte over for udbyderne af det ulovlige websted eller deres internetudbydere.”¹⁰⁹

For det fjerde kan en internetudbyder også “[...] henvise til sin aktivitets samfundsmæssige betydning [...]”¹¹⁰ Det bemærkes dog i denne sammenhæng, at generaladvokatens udtalelser selvfølgelig ikke har nogen afgørende retskildemæssig værdi. Det bemærkes også, at ingen af de anførte kriterier blev fulgt i dommen.

5.3.1.f. C-201/13 2014 (Deckmyn)

Sagen angik belgieren Johan Deckmyn, som var medlem af det højreorienterede belgiske parti Vlaams Belang.¹¹¹ I 2011 uddelte Johan Deckmyn under en nytårsreception i Gent nogle kalendere, hvorpå han selv stod anført som udgiver. På forsiden af kalenderne var der en tegning, som lignede forsiden på et tidligere nummer af det belgiske tegneseriehæfte *Suske en Wiske* med titlen “de Wilde Weldoener” (Den vilde velgører). Den oprindelige tegning var lavet i 1991 af Van-

105. Generaladvokat P.C. Villalóns forslag til afgørelse i sag C-314/12 2013 (UPC Telekabel), præmis 104.

106. Ibid., præmis 105.

107. Ibid., præmis 106.

108. Ibid., præmis 107.

109. Ibid., præmis 107.

110. Ibid., præmis 108.

111. C-201/13 2014 (Deckmyn), præmis 7.

dersteen og forestillede en af hovedpersonerne i tegneseriehæftet. Personen på tegningen fløj i en enmandshelikopter iført en hvid tunika og kastede mønter ned til personer på gaden, som forsøgte at samle dem sammen. I Deckmyns version var den vilde velgører byttet ud med Gents borgmester, og de personer, der samlede mønter sammen på gaden, var erstattet af mørklødede personer med slør.¹¹² Vandersteen m.fl. mente, at den nye tegning var en krænkelse af den oprindelige tegning, og stævnedes Deckmyn for krænkelse af sin ophavsret. Ved den belgiske førsteinstans blev Deckmyn pålagt at ophøre med enhver brug af tegningen.¹¹³ Da Deckmyn mente, at tegningen udgjorde en lovlig parodi efter den belgiske ophavsretslovs § 22, stk. 1, nr. 6, appellerede han sagen. Under appelsagen valgte appeldomstolen at forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af parodibegrebet i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3 litra k, der tillader medlemslandene at have ophavsretlige undtagelser om “anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche”.

Ud over at fremkomme med en lang række bidrag til fortolkningen af den pågældende bestemmelse (se afsnit 2.2.2.e) udtalte EU-Domstolen sig også om balancen mellem ophavsretten og ytringsfriheden. For det første udtalte domstolen, at

“[a]nvendelsen i en konkret situation af undtagelsen for parodi [...] skal [...] respektere en rimelig balance mellem på den ene side interesserne og rettighederne for [rettighedshaverne], og på den anden side ytringsfriheden for brugeren af et beskyttet værk, der påberåber sig undtagelsen for parodi [...]”.¹¹⁴

For det andet bemærkede EU-Domstolen, at det i den konkrete sag måtte tilkomme

“[...] den forelæggende ret under hensyntagen til alle omstændighederne i tvisten i hovedsagen at vurdere, om anvendelsen af undtagelsen for parodi [...] såfremt den i hovedsagen omhandlede

112. Ibid., præmis 9. Et billede af begge versioner kan tilgås her: <<http://www.kad.v.nl/nl/blog/525/100/suske-wiske-en-de-grenzen-van-parodie>> (set 5. februar 2017).

113. C-201/13 2014 (Deckmyn), præmis 10.

114. Ibid., præmis 34.

tegning har de væsentligste kendetegn for en parodi, respekterer denne rimelige balance”.¹¹⁵

For det tredje erindrede EU-Domstolen om princippet med forbud mod forskelsbehandling på grund af farve, race og etnisk oprindelse, og bemærkede i den forbindelse, at “[...] Vandersteen mfl. i princippet [kunne have] en legitim interesse i, at det beskyttede værk ikke [blev forbundet] med et sådant budskab”.¹¹⁶ Heller ikke her udtalte EU-Domstolen sig om, hvilke faktorer der kunne påvirke medlemsstatens afvejning af de kolliderende hensyn.

Foruden ovenstående kollisionssager har EU-Domstolen også haft lejlighed til at beskæftige sig med proportionalitetsprincippet i en anden sag, hvor ophavsretten i charterets artikel 17, stk. 2, kolliderede med andre grundrettigheder. Det skete i sagen **C-275/06 2008 (Promusicae)**, hvor EU-Domstolen bl.a. skulle tage stilling til, om en fortolkning af nogle direktiver, som gik ud på, at medlemsstaterne ikke var tvunget til at fastsætte en pligt til at videregive personoplysninger under en civil retssag, ville indebære en tilsidesættelse af dels beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret i charterets artikel 17, stk. 2, og dels beskyttelsen af adgangen til effektive retsmidler i charterets artikel 47.¹¹⁷ I den konkrete sag kolliderede disse to rettigheder med respekten for privatliv og familieliv i charterets artikel 7 og beskyttelsen af personoplysninger i charterets artikel 8. Til spørgsmålet om, hvorvidt de relevante direktiver udgjorde en tilsidesættelse af charterets artikel 17, stk. 2, og artikel 47, udtalte Domstolen,

“[...] at [det] påhviler [...] medlemsstaterne under gennemførelsen af de ovennævnte direktiver 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.”¹¹⁸

Igen bemærkede Domstolen, at det “[...] ikke blot [påhviler] [...] myndighederne og domstolene i medlemsstaterne at fortolke deres

115. C-201/13 2014 (Deckmyn), præmis 35.

116. Ibid., præmis 30-31.

117. C-275/06 2008 (Promusicae), præmis 61.

118. Ibid., præmis 68.

nationale ret på en måde, der er forenelig med de nævnte direktiver”, de skal 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”.¹¹⁹ Domstolen udtalte sig heller ikke her om, hvilke faktorer der kunne påvirke udfaldet af proportionalitetsprincippet.

5.4. Sammenfatning

Kapitel 5 har undersøgt forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved EU-Domstolen. Formålet med kapitlet var for det første at klarlægge, hvordan EU-Domstolen håndterer rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Som det fremgår, er der sket en betydelig forandring i den måde, EU-Domstolen håndterer forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden på. Før 2009 var hensynet til ytringsfriheden generelt ikke noget, som indgik i EU-Domstolens overvejelser i ophavsretssager. Meget tyder imidlertid på, at der er sket en betydelig ændring i EU-Domstolens fremgangsmåde efter 2009. Dette skyldes formentlig det faktum, at charteret blev gjort til primær retskilde ved vedtagelsen af Lissabontraktaten.

På baggrund af den gennemgåede praksis må det videre kunne konkluderes, at medlemsstaterne altid ved kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden må sikre, at der foretages en rimelig balance mellem de kolliderende hensyn. Det må antages, at dette ikke kun gælder for kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, men formentlig også gælder for kollisioner mellem ophavsretten og andre grundrettigheder.

Kapitlets andet formål var at undersøge, hvilke faktorer der kunne have betydning for denne afvejning. På baggrund af ovenstående kan det imidlertid konkluderes, at EU-Domstolen ikke udtaler sig om, hvilke faktorer der kan påvirke den rimelige balance i kollisionssager mellem ophavsretten og ytringsfriheden.

At dette er tilfældet, er erkendt i den juridiske litteratur. Se f.eks. Fenger, UfR 2014B, s. 234, hvor forfatteren skildrer, at et af de steder, hvor “[...] EU-Domstolen er tilbageholdende med at over-

119. Ibid., præmis 68.

tage afvejningen mellem modstridende hensyn, er sager, hvor den prøvede myndighed forfølger et mål, der er anerkendt i enten EU's Charter om grundlæggende rettigheder eller i andre menneskeretlige dokumenter.”

Det leder igen til den konklusion, at medlemsstaterne generelt vil have et bredt skøn, når det kommer til kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Medlemsstaternes brede skøn betyder, at man i langt de fleste tilfælde vil lede forgæves, hvis man forsøger at opspore præcise EU-retlige kriterier for ophavsret-ytringsfrihedskollisioner.

Dette må dog ikke sidestilles med, at der ikke findes faktorer, der i sidste ende kan påvirke balancen. Det må tværtimod antages, at den rimelige balance i EU-retten kan påvirkes af de samme faktorer, som er i stand til at påvirke den rimelige balance ved EMD. Denne formodning støttes af følgende to forhold:

For det første understøttes det af charterets artikel 52, stk. 3, hvor det hedder, at

“[...] i det omfang [charteret] indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, har de samme betydning og omfang som i konventionen.”

For det andet understøttes det af domspraksis. I **De forenede sager C-92/09 og C-93/09 2010 (Volker und Markus Schecke)** skulle Domstolen tage stilling til, i hvilket omfang nogle EU-retsakter, der fastslog, at man skulle offentliggøre personoplysninger på modtagere af landbrugsstøtte, var i strid med charterets artikel 7 (privatlivets fred) og charterets artikel 8 (beskyttelse af personoplysninger). Med henvisning til charterets artikel 52, stk. 3, udtalte Domstolen, at “[...] de begrænsninger i retten til beskyttelse af personoplysninger, der lovligt kan foretages, svarer til de begrænsninger, der accepteres inden for rammerne af artikel 8 i EMRK”.¹²⁰

Se også den tidligere omtalte dom **De forenede sager C-293/12 og C-594/12 C-293/12 (Digital Rights Ireland)**, der angik gyldighe-

120. De forenede sager C-92/09 og C-93/09 2010 (Volker und Markus Schecke), præmis 52.

den af logningsdirektivet (se afsnit 5.1.1). Ved vurderingen af, om det pågældende direktiv udgjorde en proportional begrænsning af charterets artikel 7 og 8, foretog Domstolen en direkte henvisning til de faktorer, der normalt indgår ved vurderingen af indgreb i EMRK artikel 8.¹²¹

På baggrund af ovenstående må det sammenfattende kunne konkluderes, dels at EU-Domstolens måde at håndtere rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden på har ændret sig betydeligt, siden charteret fik bindende virkning for medlemsstaterne, og dels at de afvejningsfaktorer, der kan påvirke den rimelige balance ved EU-Domstolen, grundlæggende må være de samme som dem, der kan påvirke prøvelsesintensiteten ved EMD.

121. De forenede sager C-293/12 og C-594/12 C-293/12 (Digital Rights Ireland), præmis 47.

Kapitel 6

Ophavsretten og ytringsfriheden i national ret

6.1. Introduktion

Dette kapitel undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden i national europæisk ret. Formålet med kapitel 6 er som anført ovenfor (afsnit 1.3) for det første at identificere, hvad det er for afvejningsfaktorer, som de nationale domstole inddrager og tillægger vægt, når ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer, og for det andet at undersøge, hvordan forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden håndteres i praksis ved disse domstole.

Som beskrevet ovenfor i kapitel 1 rettes fokus primært på retstilstanden i de nordiske lande. Der inddrages dog også domspraksis fra andre europæiske lande, hvor det er relevant, herunder fra Tyskland, England, Frankrig, Holland og Østrig. Enkelte steder er der også nævnt eksempler fra amerikansk ret med henblik på illustration af problemstillinger, der kan være relevante i europæisk ret.

I det følgende gives indledningsvis en kort beskrivelse af EMRK og charterets rolle i national ret (se afsnit 6.1.1 og afsnit 6.1.2).

Herefter identificeres og beskrives de relevante afvejningskriterier i national ret. Der vil i den forbindelse løbende blive trukket tråde tilbage til de to foregående kapitler for på den måde at klarlægge, i hvilket omfang de enkelte kriterier er udtryk for de samme kriterier, der bruges ved Menneskerettighedsdomstolen og dermed implicit EU-Domstolen. Dermed skulle kapitel 6 gerne bidrage til besvarelsen af afhandlingens to forskningsspørgsmål.

6.1.1. Kort introduktion til EMRK's rolle i dansk ret

Den 31. marts 1953 ratificerede Danmark EMRK. Ratificeringen betød, at Danmark fik en folkeretlig forpligtelse til at efterleve konventionens bestemmelser i national ret. Den folkeretlige forpligtelse fremgår af Wienerkonventionens artikel 26, hvor det hedder, at “[e]nhver ikraftværende traktat er bindende for dens deltagere og skal opfyldes af dem i god tro”.¹ Bortset fra det stiller folkeretten ikke yderligere krav til, hvordan den enkelte medlemsstat skal opfylde sine folkeretlige forpligtelser. Det hænder, at den ratificerede traktat selv nævner specifikke opfyldelsesbetingelser, og den slags betingelser skal naturligvis respekteres. EMRK indeholder ikke sådanne særlige forpligtelser, og selvom det under forhandlingerne om EMRK var oppe at vende, om de kontraherende medlemsstaterne skulle forpligtes til at tillægge EMRK direkte virkning i national ret, blev forslaget afvist.² Det var derfor op til staterne selv at afgøre, hvordan EMRK skulle implementeres.³

Opfyldelse af traktater kan normalt ske gennem enten *konstatering af normharmonien*, *omskrivning* eller *inkorporering*. Ved *konstatering af normharmonien* lægges det i forbindelse med ratificeringen af traktaten til grund, at traktaten allerede er i overensstemmelse med national ret. Dette indebærer, at medlemsstaten som udgangspunkt ikke behøver at foretage sig noget. Ved omskrivning sker opfyldelsen ved, at national ret omskrives, så den er i overensstemmelse med traktaten. Inkorporering vil derimod sige, at traktaten gøres til en del af dansk ret ved lov. EMRK blev inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29. april 1992. Før inkorporeringen, dvs. i perioden fra 1953 til 1992, var den primære opfyldelsesmetode konstatering af normharmonien.⁴

Uanset hvilken opfyldelsesmetode staten vælger, bliver en traktat – efter en traditionel dansk retsopfattelse – dog ikke en del af dansk ret på lige fod med andre retsregler. Dette skyldes, at den pligt, traktaten medfører, principielt er rent folkeretlig. Dette er i overens-

1. Se bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969, BKI nr. 34 af 29. april 1980. (Wienerkonvention om traktatretten).

2. Se Christoffersen, UfR 2001B, s. 145.

3. Se Spiermann, *Moderne Folkeret*, s. 149 f., og Tvarnø/Nielsen, *retskilder og retsteorier* s. 167.

4. Betænkning nr. 1220: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (1991), s. 47.

stemmelse med en traditionel “dualistisk” opfattelse, hvorefter folkeretten kun gælder for stater, og ikke i dem.⁵

Se også Eilschou Holm, N. (1981). Konventionens praktiske betydning i Danmark. *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 50 (3-4), s. 118-142, s. 120, hvor det anføres at “[...] en gyldigt indgået traktat ikke uden videre kan håndhæves af danske domstole eller administrative myndigheder på lige fod med, endsige forud for en sædvanlig dansk lov.”⁶ Modpolen til den dualistiske retsteori er den *monistiske retsteori*, hvor folkeretten og den nationale ret anses for at være dele af det samme system. I monistiske systemer stilles der ikke krav om inkorporering af de folkeretlige traktater, og de bliver derimod automatisk ved tiltrædelsen til en del af national ret. Se bl.a. Tvarnø/Nielsen, *retskilder og retsteorier*, s. 173.

En af de måder, hvorpå man i dansk ret har søgt at skabe overensstemmelse mellem national ret og folkeretten på, er derfor ved at opstille en række ulovbestemte principper, fortolkningsregler mv. De vigtigste er *fortolkningsreglen*, *formodningsreglen*, *instruktionsreglen* og *udfyldningsreglen*. Det er blevet anført, at de respektive principper er udtryk for “undtagelser” fra det dualistiske udgangspunkt.⁷ *Fortolkningsreglen* går ud på, at medlemsstaterne – så vidt det er muligt – skal fortolke national ret i overensstemmelse med folkeretten. Fortolkningsreglen er omtalt i forarbejderne til 1992-loven, hvor det fremgår, at “[...] danske retsregler [efter fortolkningsreglen] så vidt muligt [skal] fortolkes på en sådan måde, at de er i overensstemmelse med vore folkeretlige forpligtelser”.⁸ Fortolkningsreglen fik sit danske

5. Se Betænkning nr. 1220: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (1991), s. 146. Den dualistiske retsopfattelse er også omtalt i Betænkning nr. 682: *Betænkning om kundgørelse og opfyldelse af traktater* (1973), s. 12, hvor det hedder at “[...] de skandinaviske lande og Storbritannien, bygger [...] på det dualistiske system, hvorefter der ingen umiddelbar forbindelse er mellem folkeret – herunder traktater – og intern ret.”

6. Eilschou Holm, N. (1981). Konventionens praktiske betydning i Danmark. *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 50 (3-4), s. 118-142, s. 120. (Citatet er gengivet i Holst-Christensen, N. (1989). Gælder menneskerettighederne i Danmark. *Juristen*, vol. 2, s. 48-57, s. 49).

7. Zahle, H. (2006c). *Dansk forfatningsret, studieudgave*. København: Christian Ejlers Forlag, s. 362.

8. Se Forslag til lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fremsat den 19. februar 1992 (almindelige bemærkninger pkt. 2.3.) Fra den retsviden-

navn af Ross.⁹ *Formodningsreglen* finder anvendelse, når der opstår en klar modstrid mellem national ret og folkeretten, og det ikke er muligt at fortolke sig ud af konflikten ved brug af fortolkningsreglen. I sådanne tilfælde følger det af formodningsreglen, at den retsanvendende myndighed simpelthen skal formode, at det ikke har været lovgivers intention at lovgive i strid med folkeretten, og derefter anvende national ret folkeretskonformt.¹⁰ Også denne regel fik sit danske navn af Ross.¹¹ Resultatet bliver derfor, at folkeretten trumfer national ret. Det antages dog, at formodningsreglen er uanvendelig i tilfælde, hvor lovgivningsmagten bevidst har tilsigtet et folkeretsbrud.¹² *Instruktionsreglen* sigter primært til de forvaltningsretlige afgørelser og minder om fortolkningsreglen, idet den går ud på, at admi-

skabelige litteratur se også Rehof/Trier, *Menneskeret*, s. 85, hvor reglen er beskrevet som en regel om, at “[...] administrationen og domstole – medmindre der eksisterer eksplicit datum for det modsatte i retskilderne – skal fortolke danske retskilder i overensstemmelse med folkeretlige forpligtelser”. Og Zahle: *Dansk forfatningsret, studieudgave* (2006c), s. 363, hvor forfatteren anfører, at “[...] danske retsregler ved fortolkningstvivil [ifølge fortolkningsreglen skal] fortolkes på en måde, der bringer dem i overensstemmelse med landets internationale forpligtelser”. Forfatteren er dog samtidigt kritisk over for reglen, som han samme sted beskriver som “[...] for snæver”. Se også Spiermann, *Moderne Folkeret*, s. 162, der beskriver fortolkningsreglen som det, at “[...] dansk ret kan (rettere end skal) fortolkes i overensstemmelse med Danmarks folkeretlige forpligtelser”.

9. Se således Ross, *Lærebog i Folkeret*, s. 77, hvor forfatteren skildrer følgende: “Antagelig overalt antages den Fortolkningsregel, at den nationale Ret i Tvivil, altsaa hvor dens Udtryk er tvetydige, maa forstaas paa den Maade, der bedst bringer den i Overensstemmelse med Folkeretten”.
10. Se også Rehof/Trier, *Menneskeret*, s. 85, hvor formodningsreglen er beskrevet som en regel “[...] hvorefter administration og domstole, i alt fald f.s.v.a. sædvaneret og formentlig også traktatret skal formode, at danske retsregler, der synes i stride mod folkeretlige forpligtelser, og hvis modstrid med folkeretten ikke kan løses ved anvendelse af fortolkningsreglen, ikke intenderer er folkeretsbrud, og derfor ikke kan bringes til anvendelse imod den folkeretlige forpligtelse”.
11. Se Ross, *Lærebog i Folkeret*, s. 77 f., hvor forfatteren anfører at “[...] man vistnok, ihvertfald i Lande som Danmark, hvor Domstolene arbejder med betydelig Frihed i Lovfortolkningen, [kan] opstille en Formodning for, at den nationale Ret maa fortolkes med saadanne Forbehold, at den kommer i Overensstemmelse med almindelig anerkendt Folkeret”.
12. Se hertil forarbejderne til 1992-loven, hvor det hedder at “[f]ormodningsreglen indebærer, at de retsanvendende myndigheder og domstolene skal tage deres udgangspunkt i, at Folketinget må formodes ikke at ville handle i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser”.

nistrative skøn skal fortolkes folkeretskonformt.¹³ *Udfyldningsreglen* er omtalt som en regel, der går ud på, at administrationen og domstolene – ved såkaldte “retstomme rum” – skal udfylde tomrummet i lyset af den relevante traktat.¹⁴ Visse af reglerne – eller i hvert fald de ønsker om folkeretskonformitet i retsanvendelsen, som de afspejler – er flere gange kommet til udtryk i danske højesteretsdomme.

Se f.eks. Højesterets dom af 29. august 1989 refereret i **UfR 1989.928 H (Tvangsfjernelsen)**. Højesteret henviste her direkte til praksis fra EMD, da retten udtalte, at en række bestemmelser i den daværende bistandslov skulle forstås “[...] i overensstemmelse med de afgørelser, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol [havde] truffet vedrørende tilsvarende spørgsmål [...]”.

Se også Højesterets kendelse af 1. november 1989 gengivet i **UfR 1990.13 H (Den inhabile dommer)**, hvor Højesteret – i en sag om en byretsdommers habilitet – henviste til den nedenfor omtalte dom **Hauschildt v. Danmark, no. 10486/83, ECHR 1989**, og anførte, at en række bestemmelser i retsplejeloven skulle “[...] fortolkes i overensstemmelse med de principper, der er lagt til grund i Menneskerettighedsdomstolens dom.”¹⁵

Se også Højesterets dom af 15. oktober 1990 refereret i **UfR 1990.903 H (Det døde vidne)**. De tiltalte i en sag om en mulig rettergangsfejl gjorde her gældende, at brugen af en indenretlig forklaring afgivet af en person, der havde været sigtet i sagen, men som efterfølgende var afgået ved døden, og brugen af et brev, var i strid med EMRK artikel 6, stk. 3, litra d, om retten til en retfærdig rettergang, herunder at enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, skal have mulighed for at afhøre vidner, som er ført imod ham. Dette blev afvist af Højesteret, der dog medgav, at retsplejelovens § 877, stk. 3, skulle “[...] fortolkes under hensyn til artikel 6, stk. 3, litra d, i menneskerettighedskonventionen.”¹⁶

13. Se også Holdgaard, FM 1995, s. 3, der beskriver instruktionsreglen som en regel om, at “[...] danske administrative myndigheder og domstole er forpligtiget til at inddrage folkeretlige bestemmelser herunder altså også menneskeretlige regler, når skønsmæssige beføjelser udøves, uanset om disse er konkrete eller generelle retsakter”.

14. Se Werlauff, UfR 1991B, s. 228.

15. UfR 1990.13 H (Den inhabile dommer), s. 21.

16. UfR 1990.903 H (Det døde vidne), s. 904. De tre afgørelser er omtalt i Betænkning nr. 1220: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (1991), s. 74 ff.

Kombinationen af det dualistiske udgangspunkt og de ovenfor nævnte principper resulterede imidlertid i en ganske omfattende debat om, hvorvidt EMRK overhovedet gjaldt i dansk ret.¹⁷

I 1989 modtog Danmark sin første dom fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Det skete i sagen **Hauschildt v. Danmark, no. 10486/83, ECHR 1989**, hvor Danmark blev dømt for at overtræde EMRK artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang.

I **UFR 1984.668/2 Ø (Hauschildt)** blev sølvhandleren Mogens Hauschildt idømt 7 års fængsel i Københavns Byret for omfattende bedrageri i forbindelse med handel med ædelmetaller. Sagen blev anket til landsretten, som satte straffen ned til 5 år. Under hele sagens forløb sad Hauschildt varetægtsfængslet, og varetægtsfængslingen blev løbende forlænget dels af den samme dommer ved byretten, og dels af de samme dommere ved landsretten, som efterfølgende også var med til at dømme Hauschildt i straffesagen. Hauschildt klagede til EMD, der dømte Danmark for overtrædelse af EMRK artikel 6, stk. 1, om retten til en retfærdig rettergang.

Dommen førte til en folketingsbeslutning af 19. maj 1989, hvor folketinget opfordrede regeringen til at nedsætte et udvalg, som skulle “[...] undersøge fordele og ulemper ved inkorporering af [EMRK] i dansk ret og fremkomme med forslag til, hvorledes en inkorporering rent teknisk kan ske”.¹⁸ Det resulterede i den omfattende Betænkning nr. 1220: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (1991). Betænkningen konkluderede blandt andet følgende om de danske domstoles anvendelse af EMRK i perioden fra ratificeringen i 1953 og frem til afgivelsen af betænkningen:

“Den foretagne gennemgang af dansk retspraksis, der næppe er udtømmende, viser, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes som retskilde ved danske domstole. Højesterets afgørelser [...] viser endvidere, at Højesteret lægger konventionsorganernes afgørelser til grund, og at dansk ret derfor så vidt

17. Debatten er bl.a. omtalt i Tværnø/Nielsen, *retskilder og retsteorier*, s. 173, hvor der også kan findes adskillige henvisninger til de forskellige synspunkter.

18. Nr BSF 38: Folketingsbeslutning om inkorporering af den europæiske menneskerettighedskonvention i dansk ret. Vedtaget den 19. maj 1989.

muligt ad fortolkningsvejen tilpasses til retsudviklingen som fastlagt af konventionsorganerne. Højesterets afgørelser [...] er udtryk for en intensiv prøvelse af, om der konkret er handlet i overensstemmelse med Menneskerettighedskonventionen, og om danske lovregler lever op til kravene i konventionen. Mens Højesteret således følger Den europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning, er Højesteret dog tilbageholdende med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen, i hvert fald hvis dette kunne have mere vidtrækkende konsekvenser. I overensstemmelse med den traditionelle rollefordeling mellem domstole og lovgivningsmagt henskyder Højesteret mere politiske valg til lovgivningsmagten”.

Af betænkningen fremgår også, at formålet med 1992-loven skulle være “[...] at gøre de nationale reglers folkeretlige baggrund klar og fastslå deres bindende karakter.”¹⁹ Udvalget understregede dog samtidig, at en eventuel inkorporering af EMRK i dansk ret ikke måtte blive “[...] en sovepude for lovgivningsmagten”, og at “Menneskerettighedskonventionen indeholder en række vage standarder, der overlader et betydeligt skøn til de enkelte medlemsstater, og de valg, som udøvelsen af dette politiske skøn indebærer, bør træffes af lovgivningsmagten og ikke af domstolene”.²⁰

Herefter blev EMRK med tilhørende protokoller inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29. april 1992 (1992-loven).²¹ Efter vedtagelsen af 1992-loven sker der en støt stigning i antallet af danske sager, hvor EMRK inddrages.²² Det er givet, at denne stigning formentlig skal ses i lyset af, at Danmark i 1994 modtager sin anden dom fra EMD. Det sker i **Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, ECHR 1994**, hvor Danmark bliver dømt for at have krænket konventionens artikel 10. Sagen udspringer af **UfR 1998.399 H (Grønjakkerne)**,

19. Betænkning nr. 1220: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (1991), s. 155.

20. Betænkning nr. 1220: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret* (1991), s. 148.

21. L 1992-04-29 nr 285 Lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

22. Se f.eks. Betænkning nr. 1407: *Betænkning om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2001), 36, hvor det anføres at EMRK – efter inkorporeringen – “[...] påberåbes for og/eller anvendes af danske domstole i et stort – og tilsyneladende stigende – antal tilfælde.”

hvor en journalist bliver dømt for at medvirke til fremsættelse af raceforhånende udtalelser.

I UfR 1989.399 H (*Grønjakkerne*) finder den danske Højesteret journalisten Jens Olaf Jersild skyldig i medvirken til fremsættelse af raceforhånende udtalelser. Udtalelserne er blevet fremsat af nogle unge racister – de såkaldte grønjakker – under et tv-interview foretaget af Jersild. Interviewet bliver efterfølgende vist i fjernsynet på Danmarks Radio. Under sagen påberåber journalisten sig sin ret til ytringsfrihed, men hensynet bliver afvist af Højesteret, der ikke finder “[...] at der i [sagen foreligger] sådanne hensyn til ytringsfrihed om emner og episoder af almen interesse, at de over for hensynet til beskyttelsen mod racediskrimination [kan] føre til, at de tiltalte alligevel frifindes.”²³ Jersild klager over dommen til EMD, der efterfølgende dømmer Danmark for overtrædelse af EMRK artikel 10 (se afsnit 4.2.1.a).

I 1999 fik et nyt udvalg til opgave at undersøge fordele og ulemper ved inkorporering af yderligere menneskerettighedskonventioner i dansk ret. Udvalgsarbejdet resulterede i Betænkning nr. 1407: *Betænkning om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2001). I betænkningen redegøres der bl.a. for de danske domstoles brug af EMRK i perioden 1992-2001, dvs. fra vedtagelsen af Menneskerettighedskonventionsloven og frem til afgivelsen af Betænkning nr. 1407. I betænkningen konkluderes det blandt andet, at EMRK – efter inkorporeringen – “[...] påberåbes for og/eller anvendes af danske domstole i et stort – og tilsyneladende stigende – antal tilfælde.” For så vidt angår påberåbelsen/anvendelsen af EMRK artikel 10, fremgår det videre, at der alene i perioden 1994-2000 var ni afgørelser, hvor hensynet til pressens ytringsfrihed efter EMRK artikel 10 blev inddraget. Det fremgår også af betænkningen, at de respektive afgørelser viser, at “[...] danske domstole tillægger hensynet til konventionens artikel 10 og pressens ytringsfrihed stor betydning ved fortolkningen og anvendelsen af dansk ret.”²⁴ Dertil kommer, at

23. UfR 1989.399 H (*Grønjakkerne*), s. 402.

24. Betænkning nr. 1407: *Betænkning om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2001), s. 52. Der henvises til følgende sager: UfR 1994.988 H (Svend Aukens have), UfR 1995.402 Ø (Hærværk på Nørrebro), UfR 1997.259/2 H (bygherren og ejendomsrådgiveren), UfR 1999.122 H (Politiets blin-

EMRK artikel 10 – ifølge betænkningen – i perioden 1994-2001 også blev inddraget i 10 sager, der ikke drejede sig om pressen.²⁵ I perioden 1994-2001 blev EMRK artikel 10 inddraget i (mindst) to ophavsretssager. Den første er Østre Landsrets dom af 11. maj 1999, **UfR 1999.1462 Ø (BilledBladet)**, der drejede sig om uretmæssige citater fra bogen “En familie og dens Dronning”. Den anden sag er en utrykt **byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog)**, som angik en uautoriseret offentliggørelse af Ritt Bjerregaards dagbog i Politiken. Den første sag behandles nedenfor i afsnit 6.2.4, den anden sag i afsnit 6.2.1.a.

Efter inkorporeringen af EMRK i dansk ret ligger det nu helt klart, at danske domstole er forpligtet til at fortolke de danske regler i overensstemmelse med EMRK. Desuden må det antages, at danske domstole skal følge EMD’s praksis, også selvom Danmark ikke er part. Dette selvfølgelig udgangspunkt er også anerkendt af både Højesteret og den juridiske litteratur.

Se f.eks. **UfR 2003.2044 H (De racistiske synspunkter)**, hvor Højesteret frifandt en politiker for at fremsætte en udtalelse om, at en anden politiker havde racistiske synspunkter. Højesteret henviser til EMDs afgørelse *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, no. 28525/95, ECHR 2002 og bemærkede, at “[...] et modsat resultat ville være i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10 om ytringsfrihed, således som denne bestemmelse fortolkes af Menneskerettighedsdomstolen [...]”.²⁶ Se også fra den retsvidenskabelige litteratur Christoffersen, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2006, s. 107, hvor forfatteren anfører, at “[...] udgangspunktet er, at danske domstole

de Øje), UfR 1999.336 Ø (Sprængstoftilbuddet), UfR 1999.560 H (Bankoplysningerne), UfR 1999.1462 Ø (BilledBladet), UfR 1999.1675 H (Peberholm) og UfR 2000.1005/2 Ø (Hærværk på Nørrebro II).

25. Se Betænkning nr. 1407: *Betænkning om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2001), s. 53. Betænkningen henviser til UfR 1997.490 V (Parabolantennen), UfR 1997.1406 V (Hekseprocessen), UfR 1999.509 Ø (Æreskrænkende sigtelser mod politiet), 1999.656V (Parabolantennen II), UfR 1999.1113 Ø (Muhammedanerne), UfR 1999.1536 H (Fængselsbesøg), UfR 1999.1910 Ø (Jønkes bøger), UfR 2000.2143 Ø (Den danske forening), UfR 2000.2234 H (De nedværdigende udtalelser), og UfR 2001.953 Ø (Rockerne og fængselsfunktionærerne).

26. UfR 2003.2044 H (De racistiske synspunkter), s. 2063.

følger og skal følge EMD's fortolkning af EMRK, medmindre der er tale om en vilkårlig eller klart forkert fortolkning af EMRK." Se også Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, s. 36, hvor forfatteren anfører, at "[u]dgangspunktet er, at danske domstole og andre retsanvendende myndigheder ikke blot skal fortolke dansk ret i lyset af EMRK-komplekset, men desuden skal give EMRK-komplekset forrang i tilfælde af konflikt med dansk ret".

Det seneste udvalg, der har undersøgt menneskeretsområdet, blev nedsat af regeringen den 21. december 2012. Af kommissoriet fremgår det blandt andet, at udvalget skulle "[...] se på spørgsmålet om Danmarks overholdelse af sine internationale forpligtelser inden for menneskeretsområdet".²⁷

Udvalgsarbejdet resulterede i Betænkning 1546: *Om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2014). For så vidt angår EMRK, kommer betænkningen dog ikke med noget nyt. Den henviser primært til konklusionerne af de to tidligere betænkninger.

På baggrund af ovenstående ligger det klart, at den danske stat har en utvivlsom juridisk forpligtelse til at sikre, at de danske domstole, ved rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, fortolker de danske regler om ophavsret på en sådan måde, at reglerne ikke kommer i konflikt med EMRK.

6.1.2. Kort introduktion til charterets rolle i dansk ret

Det følger helt generelt af EU-Domstolens faste praksis, at de nationale domstole er forpligtet til at fortolke og anvende de nationale retsregler i overensstemmelse med EU-retten.

Se f.eks. **De forenede sager C-397/ 01 og C-403/01 2004 (Pfeiffer)**, hvor EU-Domstolen slog fast, at pligten til EU-konform fortolkning også gælder for de nationale domstole. Domstolen udtalte således, "at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af artikel 10 EF til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighe-

27. Betænkning 1546: *Om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2014), s. 1.

derne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence”.²⁸ Se også i samme retning **C-106/89 1990 (Marleasing)**, hvor EU-Domstolen slog fast, at “den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat [...]”.²⁹

Pligten til EU-Konform fortolkning følger dels af loyalitetsforpligtelsen i Traktaten om den europæiske Union artikel 4, stk. 3, dels af TEUF artikel 288 om direktivers bindende virkning.³⁰

At pligten følger af disse to hjemler, har EU-Domstolen udtalt i **C-14/83 1984 (Von Colson)**, hvor Domstolen bemærkede, at “[...] den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens artikel 5 [nu Traktaten om den europæiske Union artikel 4] til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens artikel 189, stk. 3 [nu TEUF artikel 288]”.³¹

Pligten til EU-konform fortolkning har stor relevans for rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, fordi pligten betyder, at de nationale domstole ved rettighedskollisioner mellem to grundrettigheder ikke kun skal fortolke direktiv-konformt, men også charter-konformt. I praksis betyder dette, at nationale domstole er forpligtet til at løse rettighedskollisioner mellem to grundrettigheder

28. De forenede sager C-397/ 01 og C-403/01 2004 (Pfeiffer), præmis 110. (citeret i Tvarnø/Nielsen, *retskilder og retsteorier*, s. 226).

29. C-106/89 1990 (Marleasing), præmis 8.

30. Se f.eks. Tvarnø/Nielsen, *retskilder og retsteorier*, s. 226, og Kristiansen, Juristen 2014, s. 17-29.

31. C-14/83 1984 (Von Colson), præmis 26. (Citeret i Kristiansen, Juristen 2014, s. 18.) For flere eksempler se Tvarnø/Nielsen, *retskilder og retsteorier*, s. 228 ff.

i overensstemmelse med charteret og det EU-retlige proportionalitetsprincip.

At de nationale domstole er forpligtet til at fortolke rettighedskollisioner i overensstemmelse med det EU-retlige proportionalitetsprincip, er bl.a. udtalt i den tidligere omtalte **C-314/12 2014 (UPC Telekabel)**, hvor EU-Domstolen udtaler, at “[...] når flere grundlæggende rettigheder er i indbyrdes konflikt, påhviler det medlemsstaterne under gennemførelsen af et direktiv at påse, at de lægger en fortolkning af dette til grund, som gør det muligt at sikre en passende afvejning af de anvendelige grundlæggende rettigheder, der er beskyttet af EU’s retsorden. Under iværksættelsen af foranstaltningerne til gennemførelse af dette direktiv påhviler det herefter ikke blot myndighederne og retterne i medlemsstaterne at fortolke deres nationale ret på en måde, der er forenelig med det nævnte direktiv, 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 EU-retlige principper, såsom proportionalitetsprincippet”.³² Afgørelsen er også behandlet ovenfor (afsnit 5.3.1.a). Se også i samme retning **C-275/06 2008 (Promusicae)**, præmis 68, som også er behandlet ovenfor (afsnit 5.3.1.g).

At de nationale domstole er forpligtet til at fortolke rettighedskollisioner i overensstemmelse med det EU-retlige proportionalitetsprincip, er ofte fremhævet i den juridiske litteratur. Se f.eks. Jensen, UfR 1994B, s. 343, hvor forfatteren erindrer om, at “[...] der faktisk allerede eksisterer et almindeligt proportionalitetsprincip, der i vidt omfang må respekteres af lovgivningsmagten og håndhæves af domstolene, nemlig det EF-retlige proportionalitetsprincip.” Se også Fenger, UfR 2014B, s. 227 f., hvor forfatteren med henvisning til det EU-retlige proportionalitetsprincips praktiske relevans skildrer, hvordan princippet “[...] lægger [...] føringer på den nationale retsdannelse, idet de nationale myndigheder ikke blot skal fortolke deres nationale ret på en måde, der er forenelig med skreven EU-ret, men også sikre, at de ikke udsteder nationale regler og anlægger en fortolkning af disse, som kommer i konflikt med EU-rettens grundlæggende rettigheder, herunder proportionalitetsprincippet.”

32. C-314/12 2014 (UPC Telekabel), præmis 46.

Charteret blev, som tidligere anført i afsnit 5.1.1, juridisk bindende for medlemsstaterne med vedtagelsen af Lissabontraktaten. For dansk rets vedkommende betyder denne ophøjelse af charteret, at charteret har forrang for national ret, og at sidstnævnte derfor må vige i tilfælde af en eventuel konflikt.³³

På baggrund af ovenstående ligger det således klart, at den danske stat – ligesom alle andre EU medlemsstater – har en EU-retlig forpligtelse til at sikre, at de nationale domstole, ved rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, lægger en fortolkning til grund, som ikke kommer i konflikt med charteret og det EU-retlige proportionalitetsprincip.

6.2. Identifikation af relevante afvejningsfaktorer i national ret

Rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved nationale domstole kan påvirkes af forskellige afvejningskriterier. F.eks. kan det tale for at tillægge ytringsfriheden vægt, hvis den ophavsretsstridige ytring er af politisk karakter. Derimod kan det omvendt tale for at tillægge ophavsretten vægt på bekostning af ytringsfriheden, hvis ytringen skader ophavsmanden økonomisk. Der findes også andre kriterier, som kan have betydning for den konkrete hensynsafvejning. I det følgende identificeres de relevante kriterier, der gerne inddrages i nationale sager.

6.2.1. Ytringens samfundsmæssige relevans

Et af de afvejningskriterier, der tillægges betydning for ytringsfrihedens rolle i nationale kollisionssager, er, om den potentielt ophavsretskrænkende ytring har en *samfundsmæssig relevans*. Dette er overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens praksis (se afsnit 4.2.1).

Eftersom den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dens praksis er en integreret del af EU-retten (se afsnit 5.1.1), må en hensyntagen til ytringens samfundsmæssige relevans også formodes at være i overensstemmelse med EU-retten.

33. Betænkning 1546: *Om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2014), s. 323.

Måske kan hensynet til den anfægtede ytrings samfundsmæssige relevans også udledes implicit af TRIPS-aftalens artikel 7, der foreskriver, at beskyttelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder skal være med til at sikre en “[...] balance mellem rettigheder og forpligtelser”.³⁴ Hensynet kan formentligt også mere eksplicit udledes af de to WIPO-traktaters respektive præambler.³⁵ I WCT anerkendes det f.eks., at der er et “[...] need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention”. Og i den næsten identiske præambel til WPPT anerkendes det på samme måde, at der er et “[...] need to maintain a balance between the rights of performers and producers of phonograms and the larger public interest, particularly education, research and access to information”.

At ytringens samfundsmæssige interesse er en relevant afvejningsfaktor i nationale ophavsretssager, er bredt anerkendt i nationalretlig juridisk litteratur.

Se f.eks. Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 380 f., hvor forfatteren skildrer, at det “[...] har betydning for brugen af reglerne om ytringsfrihed [...] om den beskyttede information har offentlig interesse [...]”. Forfatteren beskriver samme sted, hvordan kriteriet har “fokus på offentlighedens behov for adgang til samfundsmæssig relevant information.” Kriteriet er også omtalt i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 310, hvor det hedder, at det “[...] må [...] spille ind, hvilket formål den påstået ophavsretsstridige ytring havde, og at det er et grundretligt princip, at ytringer vedr. politiske o.l. spørgsmål af almen interesse fortjener en mere omfattende ytringsfrihedsbeskyttelse end andre ytringer”. Se også i samme retning Rosén, NIR 2007, s. 5, hvor forfatteren med henvisning til tysk praksis om indgreb i ejendomsretten skildrer en mulig indikation af en “[...] balance to be struck between protection of copyright and the public interest.”³⁶ Fra ikke-skandinavisk litteratur kan henvises til Geiger, E.I.P.R. 2006, s. 368, hvor forfatteren skildrer, hvordan “[...] even the protected expression can be used in certain circum-

34. Se også Dworkin, *Copyright, the public interest, and freedom of speech*, s.156.

35. Ibid., s.156.

36. (Citeret i Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 381.)

stances if important public interests require it". Se også Geiger, IIC 2004a, s. 268, hvor samme forfatter erindrer om, at "[...] intellectual property rights, like all property rights, are "socially rooted," i.e., they are subject to a certain number of limitations imposed by the public interest".

Det ligger fast, at de nationale domstole i sager om ophavsret kontra ytringsfrihed faktisk inddrager hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans. I praksis kan det f.eks. betyde meget i den type sager, om den påstået ophavsretsstridige ytring er fremsat i *pressen* (se nedenfor i afsnit 6.2.1.a). Desuden kan det have betydning, om den påståede ophavsretsstridige ytring handler om et *politisk emne* (se afsnit 6.2.1.b), eller om den har karakter af en *kunstnerisk ytring* (se afsnit 6.2.1.c). Alle disse hensyn er hver især udtryk for en slags manifestation af hensynet til ytringens samfundsmæssige interesse.

6.2.1.a. Hensynet til pressens public watchdog-funktion

I demokratiske stater nyder pressen i henhold til folke- og EU-retten en særlig tungtvejende ytringsfrihedsbeskyttelse, hvilket hænger sammen med dens tidligere omtalte public watchdog-funktion (se afsnit 4.2.1.a). At hensynet til pressens særlige ytringsfrihed også spiller en rolle i nationale kollisionssager, gælder også helt generelt, dvs. ikke kun i sager, hvor ytringsfriheden kolliderer med ophavsret, men også i sager, hvor ytringsfriheden kolliderer med andre rettighedstyper.

Se f.eks. Højesterets udtalelse i **UfR 1997.259/2 H (bygherren og ejendomsmægleren)**, hvor en journalist og en redaktør på en lokal avis ved en civil straffesag blev dømt for at fremsætte injurier. Begge blev senere frifundet af Højesteret, som udtalte, at det "[i] afvejningen af hensynet til ytringsfriheden over for hensynet til beskyttelsen mod ærekrænkelser, [særligt må indgå], at der ikke opstilles begrænsninger, som hindrer medierne i på rimelig måde at udfylde rollen som offentlighedens kontrol- og informationsorgan ('public watchdog')".³⁷

37. UfR 1997.259/2 H (bygherren og ejendomsmægleren), s. 272.

Der er også mange andre eksempler på kollissionssager, hvor hensynet til pressens særlige ytringsfrihed har påvirket proportionalitetsvurderingen i ikke-ophavsretssager.

Se f.eks. **TfK 2016.361 Ø (Ungdomshuset)**, hvor en pressefotograf blev dømt for husfredskrænkelser efter straffelovens § 264, stk. 1, efter at han uberettiget var trængt ind og tog ophold i en virksomhed. Formålet med den uberettigede indtrængen var en happening, der skulle markere årsdagen for rydningen af ungdomshuset. I den konkrete sag indgik hensynet til pressens ytringsfrihed ved vægtningen af proportionalitetsprincippet i den forstand, at Østre Landsret lagde vægt på, at aktionen fandt sted syv år efter, at ungdomshuset var blevet ryddet. Efter en konkret afvejning mellem hensynet til nyhedsformidlingen og hensynet til privatlivets fred nåede retten frem til, at “[...] aktionen ikke havde en sådan samfundsmæssig interesse eller aktuel nyhedsværdi, som over for hensynet til beskyttelsen af privatlivets fred berettigede tiltalte til at følge med ind på kontoret uden samtykke”.³⁸

Se også **UfR 2012.2328 H (Hundehandleren)**, hvor et flertal i Højesteret frifandt en journalist og en fotograf for – i forbindelse med et kritisk program om ulovlig handel med hunde – at have foretaget skjulte optagelser i et privat hjem. Højesteret lagde her vægt på, at “[f]otograferingen indgik i en tv-udsendelse om handel med hunde over internettet, indsmugling af hunde og ulovlig handel med hunde”, og at “[u]dsendelsen rejste en række spørgsmål af væsentlig samfundsmæssig interesse om dyrevelfærd, dyreetik og køberrisici”.³⁹

I **UfR 2012.1788 H (Fælleddgården)** vejede hensynet til privatlivets fred derimod tungere end hensynet til pressens ytringsfrihed, selvom det var uomtvistet, at den anfægtede ytring bidrog til en debat af offentlig interesse. I den konkrete sag var en journalist gået “undercover” på et omsorgscenter og havde i den forbindelse indsamlet en lang række fortrolige oplysninger med skjult kamera. Optagelserne – der blandt andet viste beboere under toiletbesøg – var derefter blevet videregivet af journalisten til et produktionsselskab og til DR. Optagelserne blev efterfølgende vist i fjernsynet. Højesteret nåede frem til, at videregivelsen af de fortrolige oplysninger ikke kunne legitimeres med henvisning til pressens ytringsfrihed. Under den konkrete hen-

38. TfK 2016.361 Ø (Ungdomshuset), s. 361 f.

39. UfR 2012.2328 H (Hundehandleren), s. 2337.

synsafvejning, hvor hensynet til pressens ytringsfrihed skulle afvejes over for hensynet til beboernes privatliv, bemærkede retten, at det var “[...] ubestridt, at videregivelsen af optagelserne skete til brug for en tv-udsendelse, som omhandlede spørgsmål af væsentlig samfundsmæssig interesse”. Højesteret bemærkede dog hertil, at “[...] optagelserne, som blev videregivet, efter Højesterets opfattelse indebar grove krænkelse af beboernes privatliv [...]”. Optagelserne viste således beboerne i meget intime situationer i deres hjem, herunder afklædte, under toiletbesøg og under plejepersonalets bistand med udførelse af intimhygiejne, uden at beboerne havde samtykket hertil [...]” Efter en samlet hensynsafvejning nåede Højesteret til sidst frem til, at “... hensynet til at belyse mulige kritisable forhold på omsorgscentret Fælledgården ikke berettigede de nævnte grove krænkelse af beboernes privatliv”.⁴⁰

Se også **UfR 2010.2448 H (Strandbillederne)**, hvor Ugebladet Se og Hør blev dømt til at betale en godtgørelse på 75.000 kr. til en kendt studievært for at have bragt en række billeder af den pågældende studievært, hvor hun optrådte topløs og gravid på en mennesketom strand. Højesteret udtalte, at det “[v]ed afgørelsen af, hvilken vægt der skal tillægges hensynet til ytrings- og pressefrihed, spiller [...] en rolle, om offentliggørelse sker som led i en behandling af samfundsmæssigt relevante spørgsmål.” I den konkrete sag vejede hensynet til studieværtens privatliv tungere end hensynet til pressens ytringsfrihed.

Pressens ytringsfrihed fik i øvrigt afgørende betydning i **UfR 2010.1859 H (Behandlingshjemmet)**, hvor Højesteret ikke fandt, at der var grundlag for at nedlægge et fogedforbud mod DR’s visning af optagelser foretaget med skjult kamera på et behandlingshjem for alkoholmisbrugere. Højesteret udtalte, at det “[i] afvejningen af hensynet til ytringsfriheden over for andre hensyn, herunder hensynet til privatlivets fred, [særligt må] indgå, at der ikke opstilles begrænsninger, som hindrer medierne i på rimelig måde at udfylde rollen som offentlighedens kontrol- og informationsorgan. Det forhold, at en offentliggørelse kan medføre en krænkelse, er derfor ikke tilstrækkelig til, at et fogedforbud kan nedlægges, medmindre krænkelsen er af en sådan grovhed, at hensynet til den krænkede overstiger hensynet til ytrings- og informationsfriheden”.⁴¹ I den konkrete sag lagde Højesteret vægt på,

40. UfR 2012.1788 H (Fælledgården), s. 1822.

41. UfR 2010.1859 H (Behandlingshjemmet), s. 1876.

at “[...] optagelserne [var] sket til brug for en tv-udsendelse om spørgsmål af væsentlig samfundsmæssig interesse”.⁴²

Fra ældre praksis se også **UfR 1999.1675 H (Peberholm)**, hvor Højesteret frifandt tre tv-journalister for at krænke privatlivets fred ved deres tilstedeværelse under en demonstration på øen Peberholm i Øresund. Højesteret lagde vægt på, at det var “[...] vigtigt, at medierne [fik] lejlighed til over for befolkningen at skildre begivenheder, der angår emner af offentlig interesse.”⁴³

Se videre **UfR 1999.1154/2 Ø (Samværssagen)**, hvor en mor fik nedlagt fogenforbud mod, at DR kunne vise skjulte optagelser af hendes barn. Optagelserne var lavet i forbindelse med en samværssag og godkendt af faderen, som dog ikke havde forældremyndigheden til barnet. I fogedrettens begrundelse, der blev stadfæstet af Østre Landsret, udtalte retten at der var “[...] en stor offentlig interesse i at få belyst det pågældende utvivlsomt samfundsrelevante emne”, men at “[...] hensynet til barnet under de konkrete omstændigheder [vejede] tungere”.⁴⁴

Se også den ovenfor (afsnit 1.1.2.a) omtalte dom **UfR 1994.988 H (Svend Aukens have)**, hvor Højesteret frifandt en journalist for at have taget ulovligt ophold i en politikers have i forbindelse med en demonstration om den planlagte øresundsforbindelse. Højesteret lagde vægt på, at den planlagte øresundsforbindelse var et så tilstrækkeligt “aktuelt politisk emne”, at det var nok til at trumfe hensynet til privatlivets fred.⁴⁵

Hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans blev også inddraget og tillagt vægt i den ovenfor (afsnit 1.1.2) omtalte **UfR 1989.726 H (Nordvang)**, hvor Højesteret ophævede et fogenforbud, der forbød Ekstrabladet at vise billeder og bringe et navn af to patienter på et psykiatrisk hospital. Højesteret begrundede bl.a. ophævelsen af fogenforbuddet med, at “[o]mtalen og fotogengivelsen af de to personer [var] sket som led i en saglig reportage af betydelig nyheds- og informationsværdi [...]”.⁴⁶

Det samme var tilfældet i **UfR 1989.399 H (Grønjakkerne)**, hvor journalisten Jersild som bekendt blev dømt i Højesteret for medvirken til offentlig fremsættelse af raceforhånende udtalelser på fjernsynet (se ovenfor i afsnit 6.1.1). Hensynet til ytringens sam-

42. Ibid., s. 1876.

43. UfR 1999.1675 H (Peberholm), s. 1677.

44. UfR 1999.1154/2 Ø (Samværssagen), s. 1156.

45. UfR 1994.988 H (Svend Aukens have), s. 990.

46. UfR 1989.726 H (Nordvang), s. 735.

fundsmæssige relevans blev inddraget, men ikke tillagt vægt af Højesterets flertal, da flertallet fandt, at “[...] at der [ikke] i denne sag [forelå] sådanne hensyn til ytringsfrihed om emner og episoder af almen interesse, at de over for hensynet til beskyttelsen mod racediskrimination [kunne] føre til, at de tiltalte alligevel frifindes”. Sagen blev som bekendt senere behandlet af EMRK, som fandt Højesterets afgørelse i strid med EMRK artikel 10 (se afsnit 4.2.1.a).

Hensynet til pressens særlige ytringsfrihed har også været aktuelt i en række sager, hvor ytringsfriheden og ophavsretten er kollideret.

Den første danske kollisionssag mellem ophavsretten og ytringsfriheden forelå i den **utrykte byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog)**, som angik Politikens uautoriserede offentliggørelse af en bog med titlen “Kommissærens dagbog” skrevet af den daværende danske EU-kommissær Ritt Bjerregaard. Få dage inden bogen skulle udkomme, trak Ritt Bjerregaard bogen tilbage. Årsagen hertil var – ifølge forfatteren selv – at en række allerede offentliggjorte brudstykker fra dagbogen havde ført til “en skæv og meget uheldig præsentation” af hendes synspunkter.⁴⁷ Politikens daværende chefredaktør Tøger Seidenfaden var dog af en anden holdning, og i en pressemeddelelse udtalte han, formentlig rigtigt, at Ritt Bjerregaard havde følt sig tvunget til at trække bogen tilbage på grund af et politisk pres fra daværende kommissionsformand Jacques Santer.⁴⁸ Chefredaktøren udtalte i samme meddelelse følgende: “[...] Alle danskere må have mulighed for at vurdere bogen i sin helhed. De kan ikke være tjent med kun at få præsenteret uddrag af bogen, som i øvrigt kun er kommenteret af såkaldte eksperter. Vi tjener demokratiet og dets interesser ved at give alle lejlighed til at læse bogen”. Dagen efter pressemeddelelsen publicerede Politiken dagbogen i sin helhed som et tillæg til avisen, hvorefter anklagemyndigheden rejste tiltale mod chefredaktøren for ophavsretskrænkelse. Tøger Seidenfaden gjorde gældende, at håndhævelsen af ophavsretten ville være i strid med ytringsfriheden i EMRK artikel 10.⁴⁹ Under sagen blev hensynet til offentlighedens interesse inddraget i forbindelse med vurderingen af, hvilken vægt hensynet til ytringsfrihedshensynet

47. Utrykt byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog), s. 6.

48. Ritzaus Bureau, *Politiken trykker Ritt Bjerregaards bog*.

49. Utrykt byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog), s. 21.

skulle tillægges. Retten bemærkede i den forbindelse følgende: “Uanset at dagbogen er skrevet af en politiker om også politiske emner, er og bliver dagbogen netop en dagbog om livet i Bruxelles. Når Ritt Bjerregaard er citeret for at have sagt, at dagbogens skulle læses i sin helhed, er det givetvis i det lys, som udtalelsen skal ses. Dagbogen indeholder meget andet og mere end det i pressen citerede. Denne bog måtte Ritt Bjerregaard trække tilbage af politiske grunde, og det gav pressen anledning til frit at gøre sig tanker om baggrunden herfor. Hensynet til nyhedsformidlingen findes imidlertid ikke under de foreliggende omstændigheder at være så tungtvejende, at det berettigede tiltalte til at lade rettighedshavernes værk udgive i sin helhed som et tillæg til en avis. Der var og er intet i dagbogen, der kunne belyse den politiske proces i forbindelse med tilbagetrækningen. Såfremt det havde været tilfældet, kan det ikke udelukkes, at sådanne forhold kunne have haft offentlighedens interesse.”⁵⁰

Fra svensk ret kan henvises til **NJA 1985:893 (Manifestet)**, hvor den svenske avis Göteborgs-Posten havde offentliggjort et privat dokument, der var skrevet af en teaterinstruktør og indeholdt en række forslag til nye principper for Göteborg Stads-teaters fremtidige organisation. Baggrunden for offentliggørelsen var, at der før offentliggørelsen havde cirkuleret det rygte i offentligheden, at dokumentet indeholdt planer for en socialistisk magtovertagelse på teatret. Sagen resulterede i, at Göteborgs-Posten blev dømt for ophavsretskrænkelser ved tre instanser. I den svenske Højesteret skete det imidlertid først efter en længere analyse af forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden, hvor retten konkluderede at “[...] uppgiften att i sådana typfall som nu åsyftas begränsa straffansvaret för upphovsrättsintrång till förmån för ett motstående yttrandefrihetsintresse bör förbehållas lagstiftaren. Det torde trots det sagda kunna uppstå situationer där yttrandefrihetsintresset gör sig gällande med sådan styrka att domstolarna rimligen måste ta ansvar för en friande dom vid åtal för intrång i upphovsrätten. Här avses fall som skulle kunna sägas ha beröringspunkter med de nödsituationer som enligt 24 kap 4 § BrB leder till straffrihet.”⁵¹ Den svenske Højesteret anerkendte

50. Ibid., s. 28.

51. NJA 1985:893 (Manifestet), s. 908 f. BrB kapitel 24 § 4 har følgende ordlyd: “En gärning som någon, i annat fall än som nämnts tidigare i detta kapitel, begår i nöd utgör brott endast om den med hänsyn till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt är oförsvarlig. Nöd föreligger när fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen

således, at der vil kunne opstå situationer, hvor hensynet til ytringsfriheden kan være så tungtvejende, at domstolen – selvom ansvaret i rettens optik ligger hos lovgiver – må frifinde for ophavsretskrænkelser, og at der i sådanne tilfælde må kunne drages en parallel til strafferetlige bestemmelser om nødret. En nødsituation forelå dog ikke den konkrete sag. Retten lagde her vægt på to ting. For det første, at sagsøgte kunne have refereret informationen uden at krænke ophavsretten. Retten udtalte således, “[...] intresset av att ge allmänheten en korrekt information och att bidra till att föra teaterdebatten vidare till största delen – om än inte på alldeles idealiskt sätt – hade kunnat fyllas genom ett referat av idéer och faktauppgifter i manifestet som inte inkräktade på [ophavsmandens] ensamrätt till verket”.⁵² For det andet, at der også var et hensyn at tage til ophavsmandens ideelle interesser i ikke at få offentliggjort dokumentet, før det var gennemarbejdet. Retten fremhævede således, at “[d]et kan inte heller bortses från [ophavsmandens] legitima önskan att offentlig spridning ej gavs åt en framställning som befann sig på utkaststadiet och som kanske inte gjorde full rättvisa åt hans idéer och tankar i ämnet.”⁵³ Det sidstnævnte hensyn er udtryk for det såkaldte nødvendighedskriterium, der beskrives i afsnit 6.2.4 nedenfor.

Dommen gav anledning til en omfattende betænkning om forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden, afgivet af det såkaldte svenske Lagutskottet, dvs. et udvalg under den svenske Rigsdag, som på daværende tidspunkt behandlede spørgsmål af bl.a. civilretlig relevans, herunder spørgsmål af immaterialretlig karakter (Lagutskottet blev nedlagt i 2006).⁵⁴ Betænkningen var overvejende kritisk over for udfaldet af Manifest-dommen. Det hed således, at

“[...] olovligen publicera ett skönlitterärt verk kan normalt inte försvaras med hänvisning till informationsintresset. I upphovsrättslagen har emellertid begreppet verk fått en synnerligen vidsträckt innebörd. Manifestet i det nyss nämnda avgörandet av

skyddat intresse.” Bestemmelsen er den svenske pendant til den danske straffelovs § 14 om nødret.

52. NJA 1985:893 (Manifestet), s. 893, s. 18.

53. Ibid., s. 893, s. 18.

54. Se Lagutskottets betænkning 1986/87:11 om förhållandet mellan upphovsrätt och tryckfrihet.

högsta domstolen var sålunda ett utkast till ett arbetsprogram för teaterverksamheten. Det är inte tillfredsställande att upphovsrätten till en sådan handling skall hindra publicering, om det, som i detta fall, finns ett påtagligt intresse av information och offentlig debatt.”⁵⁵

Betänkningen gav også andre eksempler på situationer, hvor en håndhævelse af ophavsretten umiddelbart synes uhensigtsmæssig:

“Antag att en tidning lyckas spåra en hyllningsdikt som en svensk diplomat har författat och tillägnat diktatorn i det land där diplomaten tjänstgör. Även om denna dikt inte har offentliggjorts utan endast exempelvis föredragits vid en mottagning finns tydligen ett starkt publicitetsintresse. Att här ge diplomatens upphovsrätt ett generellt företräde med den konsekvensen att den tidningsman som publicerar dikten skall dömas till både straff och skadestånd ter sig enligt motionärerna minst sagt diskutabelt.”⁵⁶

Betänkningen blev senere afvist af Rigsdagen og førte ikke til lovændring i svensk ret.⁵⁷

Hensynet til pressens public watchdog-funktion har også været inddraget i en række tyske ophavsretssager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden er kollideret.

Se f.eks. Bundesgerichtshofs dom af 20. marts 2003 gengivet i **NJW 2003:3633 (Gies Adler)**. Sagen angik, om en karikaturtegning af billedkunstneren Ludwig Gies' ørnefigur, som i en årrække hang i den tyske Bundestag i Bonn, var lovlig i medfør af det ophavsretlige princip om, at parodier og karikaturer mv. ikke er krænkende.⁵⁸ Som udgangspunkt var svaret nej, fordi det, såvel i som uden for Tyskland, traditionelt har været antaget, at parodier mv. kun går fri af ophavsretten i tilfælde, hvor formålet er at latterliggøre et beskyttet værk, mens det, der tilsigtedes latterliggjort i sagen, ikke var selve ørnefiguren, men derimod tysk

55. Jf. Lagutskottets betænkning 1986/87:11 om förhållandet mellan upphovsrätt och tryckfrihet, s. 12.

56. Ibid.

57. Jf. Riksdagens protokol 1986/87:74, s. 36. Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterielret* (3. udgave), s. 265.

58. NJW 2003:3633 (Gies Adler), s. 3633.

skattelovgivning. Den tyske højesteret anlagde imidlertid en ny, vidtgående tolkning af parodiprincippet og bestemte, at mens "parodier" skal angå det parodierede værk, kan "karikaturer" lovligt gengive et værk humoristisk som led i latterliggørelse af noget, som værket symboliserer og står for.⁵⁹

Afgørende for retten var i den forbindelse, at hensynet til pressefriheden i den tyske grundlov talte for, at karikaturen kunne karakteriseres som en politisk meningstilkendegivelse. ("Dafür, dass eine solche Benutzung eines geschützten Werks vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers nicht erfasst, sondern als Ausdrucksmittel der politischen Auseinandersetzung im Rahmen einer freien Benutzung i.S. des § 24 I UrhG erlaubt ist, spricht nicht zuletzt die Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG [...]). Ob darüber hinaus die Kunstfreiheit tangiert ist (Art. 5 III GG), bedarf unter diesen Umständen keiner weiteren Erörterung. [...] Da sich die beanstandete Darstellung als eine freie Benutzung nach § 24 I UrhG darstellt, kann die Frage offen bleiben, ob die Übernahme auch durch das Zitatrecht des § 51 Nr. 2 UrhG gedeckt").⁶⁰ Retten var dog som udgangspunkt afvisende over for, at hensynet til ytringsfriheden i sig selv kunne medføre undtagelser til ophavsretten ("Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht kann der Konflikt zwischen dem Urheberrecht und den Kommunikationsgrundrechten nicht mit Hilfe einer solchen außerhalb der urheberrechtlichen Tatbestände erfolgenden Abwägung oder gar unter Rückgriff auf das Institut des übergesetzlichen Notstands gelöst werden [...]").⁶¹

59. Jf. om parodiprincippet Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 292 ff., se også Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 149 ff. Det traditionelle krav om, at parodier mv. skal angå selve det værk, der latterliggøres, er nu afskaffet af EU-Domstolen i C-201/13 af 3.9.2014 (Deckmyn). Se nærmere ovenfor i afsnit 2.2.2.e.

60. Oversættelse: "For at anse en sådan benyttelse af et beskyttet værk for at falde uden for den ophavsretlige eneret, og for at være en politisk meningstilkendegivelse, der har karakter af fri benyttelse, jf. § 24, stk. 1, taler ikke mindst pressefriheden efter grundlovens artikel 5 I 2. Om kunstheden, der beskyttes af grundlovens artikel 5 III, også tangeres, behøver herefter ikke undersøges. [Læs: Da der er tale om fri benyttelse, behøver retten ikke gå ind i, om overtagelsen er dækket af citatretten.]" (Min oversættelse).

61. NJW 2003:3633 (Gies Adler), s. 3635. Oversættelse: "I modsætning til, hvad der er antaget i juridisk teori, kan konflikten mellem ophavsretten og ytringsfriheden ikke løses ved en sådan afvejning, der finder sted uafhængigt af de ophavsretlige betingelser, eller løses med henvisning til princippet om nødret" (min oversættelse).

Fra ældre tysk praksis kan henvises til Bundesgerichtshofs afgørelse af 2. april 1958 gengivet i **GRUR 1987:34 (Liedtextwiedergabe I)**, hvor hensynet til ytringsfriheden blev inddraget, men ikke tillagt vægt i en sag, hvor nogle tyske ugeblade havde gengivet nogle vers fra sangen "Lili Marleen". Retten antydede dog i samme forbindelse, at hensynet til pressens ytringsfrihed i visse situationer kunne begrunde indgreb i ophavsretten ("Der Schutz der Pressefreiheit erfordere hier keine Beschränkung der urheberrechtlichen Befugnisse; denn die freie Meinungsäußerung und Berichterstattung seien hier ohne den Eingriff in das urheberrechtlich geschützte Werk möglich").⁶²

I den hollandske Gerechtshof's-Gravenhages dom af 4. september 2003 (**Scientology v. providers and Karin Spaink**) til lagde man ytringsfriheden så meget vægt, at man nærmest lod den begrunde en selvstændig undtagelse fra ophavsretten. Sagen angik bl.a. den hollandske journalist Karin Spaink, som var blevet stævnet af Scientology for – uden tilladelse – at have lagt nogle ophavsretligt beskyttede Scientology-dokumenter ud på Internet. Teksterne var, fandt retten, ikke offentliggjort som krævet i den hollandske citatbestemmelse, og gengivelse kunne derfor ikke legitimeres med henvisning til den. Domstolen lagde dog vægt på, at Scientology ikke var blege for at afvige fra almindelige demokratiske værdier, og at Scientology med hemmeligholdelsen af dokumenterne forsøgte at opretholde en form for magt over medlemmerne ved bl.a. at gøre det svært for dem at diskutere teksternes indhold med hinanden.⁶³ På denne baggrund lagde domstolen til grund, at hensynet til ytringsfriheden vejede tungere end ophavsretten, og at den sidstnævnte måtte vige for den førstnævnte.⁶⁴

62. GRUR 1987:34 (Liedtextwiedergabe I), s. 35. Oversættelse: "Beskyttelsen af pressefriheden tilsiger her ingen indskrænkning i de ophavsretlige beføjelser; for den frie meningsudveksling og informationsformidling er her mulige uden indgreb i det ophavsretligt beskyttede værk". (Min oversættelse).

63. Se *Scientology v. providers and Karin Spaink* (2003), præmis 8.2, hvor domstolen udtalte følgende: "[...] Uit de hiervoor onder 8.3 vermelde teksten blijkt dat Scientology c.s. met hun leer en organisatie de verwerping van democratische waarden niet schuwen Uit die teksten volgt tevens dat met de geheimhouding van OT II en OT III mede wordt beoogd macht uit te oefenen over leden van de Scientology-organisatie en discussie over de leer en praktijken van de Scientology-organisatie te verhinderen." Dommen (der desværre kun findes kun på hollandsk) kan tilgås her: <<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSGR:2003:AI5638>>.

64. Dommen er også omtalt i Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 379,

Hensynet til pressens public watchdog-funktion var også oppe at vende i **Hof Amsterdams afgørelse af 8. juli 1999 (Anne Frank Fonds vs. Het Parool)**, hvor den hollandske avis Het Parool blev dømt for at krænke ophavsretten til Anne Franks dagbog. I sagen havde avisen uden tilladelse fra rettighedshaverne publiceret et antal sider, som ikke tidligere havde været offentliggjort. Avisen blev stævnet af rettighedshaverne og påberåbte sig under sagen EMRK artikel 10. I den forbindelse henviste avisen til, at offentligheden havde en væsentlig interesse i, at de manglende sider blev offentliggjort. Retten medgav, at publikation af de manglende sider var i offentlighedens interesse, men fandt, at hensynet til rettighedshavernes offentliggørelsesret vejede tungere.⁶⁵

Se fra engelsk ret **[2002] E.C.D.R. 32 (Ashdown v Telegraph Group Ltd)**, der angik publiceringen af et ikke-offentliggjort referat udarbejdet af den daværende leder for det socialliberalistiske parti Liberal Democrats Paddy Ashdown. Referatet skildrede et hemmeligt møde mellem Paddy Ashdown og den daværende premierminister Tony Blair, som efter sigende skulle have drejet sig om stiftelsen af en koalitionsregering mellem de to parters respektive partier. Ca. to år efter mødet, da det var blevet offentligt kendt, at Ashdown ville træde tilbage fra sin stilling, gav han et radiointerview med BBC Radio 4, hvor han blandt andet omtalte sine dagbøger og muligheden for at udgive dem. På nogenlunde samme tid viste han sine dagbøger fortroligt frem til nøje udvalgte repræsentanter for en række aviser og forlag, heriblandt en repræsentant for The Sunday Telegraph. Kort efter fik den politiske redaktør på The Sunday Telegraph af uforklarlige årsager fat i mødereferatet, og store dele af det havnede i avisen. Paddy Ashdown lagde herefter sag an mod The Sunday Telegraph for at krænke ophavsretten til referatet. Domstolen nåede frem til, at hensynet til ophavsretten måtte veje tungest, men anerkendte, at hensynet til ytringers samfundsmæssige relevans kan betyde, at hensynet til ytringsfriheden skal tillægges vægt på bekostning af ophavsretten. Retten udtalte således, at der "[...] will be occasions when it is in the public interest not merely that information should be published, but that the public should be told the very

65. Mediaforum 1999-9:252 (Anne Frank Fonds vs. Het Parool), s. 252-255. Se især dommens præmis 4.18.

words used by a person, notwithstanding that the author enjoys copyright in them.”⁶⁶

Fra amerikansk ret kan nævnes højesteretsafgørelsen **Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises**, 471 U.S. 539 (1985). Sagen angik The Nation Magazine, der, uden forudgående tilladelse fra forlaget Harper & Row Publishers (“Harper & Row”), offentliggjorde en artikel (“artikel B”) med omfattende citater fra den tidligere Præsident Gerald Fords erindringer. Erindringerne var interessante, fordi de indeholdt baggrunden for Fords kontroversielle benådning af sin forgænger Præsident Nixon. Sagen opstod dels, fordi the Nation valgte at offentliggøre artikel B, før erindringerne var udgivet, dels fordi artikel B udkom, kort før en lignende artikel (“artikel A”) var planlagt til at udkomme i The Time Magazine. Kort før offentliggørelsen af artikel B havde Time Magazine nemlig betalt et stort pengebeløb for en eksklusivaftale med Harper & Row. Offentliggørelsen af artikel B i The Nation Magazine gjorde eksklusivaftalen værdiløs, og som følge heraf hævdede The Time Magazine aftalen med Harper & Row. Spørgsmålet var herefter, om brugen af erindringerne i artikel B kunne legitimeres af den amerikanske såkaldte fair use-doktrin.⁶⁷ Sagen nåede til den amerikanske højesteret, som slog fast, at hensynet til offentlighedens interesse ikke kunne legitimere en udvidet fortolkning af den amerikanske ophavsretslovs “fair use”-bestemmelse. Domstolen henviste i stedet til det ophavsretlige princip om manglende idébeskyttelse og udtalte i den forbindelse, at “... copyright’s idea/expression dichotomy “strike[s] a definitional balance between the First Amendment and the Copyright Act by permitting free communication of facts while still protecting an author’s expression”,⁶⁸ og at “[i]n view of the First Amendment protections already embodied in the Copyright Act’s distinction between

66. [2000] EWCA Civ 37 (Hyde Park Residence Ltd v Yelland), præmis 43. Dommen er genstand for en omfattende analyse i Griffiths, I.P.Q. 2002, s. 240-262.

67. Fair use-doktrinen er en amerikansk fribrugsregel, der gør det muligt for andre end ophavsmanden at bruge beskyttet materiale uden tilladelse. Fair use-doktrinen oplister fire faktorer, som skal assistere domstolene ved deres vurdering af, hvorvidt en given brug kan karakteriseres som “fair use”. De fire faktorer er: (1) “Formålet med og karakteren af brugen”, (2) “Det ophavsretsbeskyttede værks natur”, (3) “Omfanget af brugen af det pågældende værk” og (4) “Effekten på markedet eller for værdien af markedet”. Fair use-doktrinen indgår i næsten alle amerikanske sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden er på kollisionskurs.

68. Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985), s. 556.

copyrightable expression and uncopyrightable facts and ideas, and the latitude for scholarship and comment traditionally afforded by fair use, we see no warrant for expanding the doctrine of fair use to create what amounts to a public figure exception to copyright”.⁶⁹

6.2.1.b. Hensynet til ytringens politiske karakter

Et andet hensyn, der kan påvirke vægten af ytringsfriheden i ophavsretssager, er, hvis ytringen har karakter af en *politisk ytring*. En politisk ytring kan i denne sammenhæng defineres som en ytring, der i et eller andet omfang bidrager til en politisk debat. Det kan i den forbindelse tillægges betydning, om den, der fremsætter ytringen, er politiker.⁷⁰ Om det er tilfældet, har dog ikke afgørende betydning. Også privatpersoner har således en udvidet ytringsfrihedsbeskyttelse i sager om politiske ytringer. At hensynet til den ytringens politiske karakter indgår ved vurderingen af ophavsretlige rettighedskollisioner, er helt i overensstemmelse med menneskerettighedsdomstolens praksis (se ovenfor i afsnit 4.2.1.b).

Hensynet til ytringens politiske karakter har – ligesom hensynet til pressens særlige ytringsfrihed – helt generel betydning i kollisionssager om ytringsfrihed. Der er således mange eksempler på, at en anfægtet ytrings politiske karakter har haft betydning for den vægt, hensynet til ytringsfriheden er blevet tillagt i ikke-ophavsretlige kollisionssager.

Se f.eks. **UfR 2003.2044 H (De racistiske synspunkter)**, hvor Højesteret frifandt en repræsentant for Folkebevægelsen mod EU for at have fremsat injurier under et interview til Radioavisen, hvor den pågældende repræsentant havde udtalt, at hun “[...] meget nødtigt [ville] identificeres med Pia Kjærsgårds racistiske

69. Ibid., s. 560.

70. I Danmark anses der således at gælde en “særligt vidtgående ytringsfrihed for politikere om kontroversielle samfundsanliggender”. Se bl.a. UfR 2000.2234 H (Tre på tråden), s. 2247 (citeret i Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, s. 283). Se også ibid. s. 283, der gør opmærksom på, at dette bl.a. kommer direkte til udtryk i den danske grundlovs § 57, stk. 2, 2. led, der har følgende ordlyd: “For sine ytringer i folketinget kan intet af dets medlemmer uden folketingets samtykke drages til ansvar udenfor samme”.

synspunkter [...]”.⁷¹ Ifølge Højesteret overskred udtalelserne ikke grænserne for ytringsfriheden i EMRK artikel 10, fordi udtalelserne var “[...] sket i en politisk debat om vigtige samfundsmæssige anliggender [...]”.⁷²

Fra ældre praksis kan nævnes **UFR 1938.576 V (Justitsministeren)**, hvor en person blev frikendt for en række udtalelser fremsat i et åbent brev om den daværende justitsminister Steincke. Vestre Landsret lagde til grund, at der eksisterede en udvidet ytringsfrihed, når det kom til at kritisere politiske partier og politikere. Domstolen udtalte således, at “[...] der gennem mange Aar i offentlige Drøftelser - baade skriftlige og mundtlige - [har] været brugt en særdeles kraftig Udtryksmaade til Kritik af politiske Partiers og Ministres Handlemaade, uden at Indskriden herimod i Almindelighed er sket, og der har som Følge heraf paa disse Omraader udviklet sig en saadan Ytringsfrihed, at de nu omhandlede trende Udladelser ikke kan anses at indeholde nogen Haan eller fornærmelig Tiltale mod Justitsminister Steincke.”⁷³

Den udvidede ytringsfrihed for politikere er også omtalt i flere sager. Fra nyere praksis kan f.eks. nævnes **UFR 2016.2066 Ø (Det racistiske tweet)**, hvor en politiker i en ankesag ved Østre Landsret blev dømt for at overtræde straffelovens § 266 b. stk. 1 (racismeparagraffen) for på Twitter at have udgivet følgende sætning: “Om jødernes situation i Europa: muslimerne fortsætter hvor Hitler sluttede. Kun den behandling, Hitler fik, vil ændre situationen”. Denne ytring kunne ifølge landsretten ikke legitimeres af hensynet til ytringsfriheden, heller ikke selvom der ifølge landsretten gjaldt “[...] vide rammer for særligt politikeres udtalelser som led i en politisk debat”.

Den særligt vidtgående ytringsfrihed blev også omtalt i **UFR 2004.734 H (Folketingskandidaten)**, hvor en politiker blev dømt for at have fremsat nedværdigende udtalelser mod muslimer på Internettet. Heller ikke her fandt Højesteret, at “[...] hensynet til den særligt vidtgående ytringsfrihed for politikere om samfundsanliggender” gjorde, at de konkrete udtalelser blev straffrie.

Fra litteraturen kan også henvises til Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 278: “Politisk debat i klassisk forstand nyder selvsagt en stærk beskyttelse.” Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 310: “Det er

71. UFR 2003.2044 H (De racistiske synspunkter), s. 2062.

72. Ibid., s. 2063.

73. UFR 1938.576 V (Justitsministeren), s. 583.

[...] et grundretligt princip, at ytringer vedr. politiske o.l. spørgsmål af almen interesse fortjener en mere omfattende ytringsfrihedsbeskyttelse end andre ytringer”. Se også Jensen, UfR 1992B, s. 351, hvor forfatteren i en kommentar til UfR 1988.411 V udtaler, at “[v]urderingen af en ytrings utilbørlighed (og dermed strafbarhed) er afhængig af, om ytringen er af politisk karakter, idet politiske ytringer åbenbart tillægges en bedre (materiel) beskyttelse end ytringer af mere personlig karakter”. Se også Hasselbalch/Rosenmeier, *Juristen* 2015, s. 215 f., hvor forfatteren gør gældende, at det er “[...] et grundretligt princip, at politiske ytringer fortjener en mere omfattende ytrings- og informationsfrihedsbeskyttelse end andre ytringer”.

Det er givet, at hensynet til en ytrings politiske karakter også kan spille en rolle i sager, hvor ytringsfriheden kolliderer med ophavsretten. Det er vanskeligt at finde dansk praksis om det. Der kan dog henvises til en række udenlandske ophavsretssager.

Fra tysk ret kan bl.a. henvises til Landgericht Berlins dom af 26. maj 1977 gengivet i **GRUR 1978:108 (Der Spiegel)**, hvor gengivelse af 4 beskyttede fotografier af personer fra terrorgruppen Bader-Meinhof på en tysk Tv-station fandtes retmæssig, fordi gengivelsen havde karakter af en politisk ytring. Billederne var blevet vist i forbindelse med en kritisk udsendelse om tidsskriftet *Der Spiegel*s rolle som talerør for Baader-Meinhof-gruppen. Efter traditionel tysk ret var der som udgangspunkt sket en krænkelse af ophavsretten, fordi man normalt ikke må citere billeder i deres helhed. Efter en ytringsfrihedsvenlig fortolkning af den tyske citatbestemmelse, hvor hensynet til den politiske ytringsfrihed fandtes at veje særligt tungt, valgte domstolen imidlertid at se igennem fingre med det (“Die allgemeinen Gesetze sind ihrerseits im Licht der Grundrechte zu sehen und so zu interpretieren, daß der besondere Wertgehalt der Grundrechte auf jeden Fall gewahrt bleibt [...]. Ein Gesetz, das wie § 51 Nr. 2 UrhG im konkreten Fall die Wertentscheidung des Grundgesetzes für die Pressefreiheit bei wörtlicher Anwendung einer unverhältnismäßigen Beschränkung unterworfen würde, ist seinerseits grundgesetzkonform zu interpretieren. Das bedeutet, daß kleinere Werke, wie die Fotos des Kl., im Rahmen der Meinungs- und Pressefreiheit dann auch als

Ganzes zitiert werden können, wenn anders die Auseinandersetzung mit dem benutzten Werk unmöglich werden würde”).⁷⁴

Også i Østrig har hensynet til den politiske ytringsfrihed været inddraget i en rettighedskollision mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Det skete i den østrigske Obersten Gerichtshofs dom af 13. juli 2010 gengivet i **ZUM 2011:275 (Wiener Landtagswahlkampf)**, hvor hensynet til ytringsfriheden betød, at det blev anset for at være en lovlig parodi, at en forening for abortmodstandere havde brugt en socialdemokratisk valgplakat og lavet sin egen version af plakaten. Formålet med parodi-plakaten var at advare folk om det socialdemokratiske parti SPÖ's abortpolitik.⁷⁵ I den konkrete sag havde det ifølge retten ikke betydning, at den pågældende politiker på den oprindelige plakat ikke selv stillede op til det konkrete valg. Det var tilstrækkeligt, at politikerens havde ytret sig i det offentlige rum om det pågældende emne.

Meget tyder også på, at hensynet til den politiske ytringsfrihed – i hvert fald implicit – spillede en væsentlig rolle i den amerikanske **Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (2001)**. Sagen angik et foreløbigt forbud, som var blevet nedlagt mod publicering og distribution af novellen *The Wind Done Gone* – en novelle af Alice Randall. Novellen fremstod som en kritisk parodi på Margaret Mitchells klassiker *Gone With The Wind*. Førstnævnte novelle var især kritisk over for den måde, som slaverne blev fremstillet på i den oprindelige bog. Den nye version var således bygget op omkring samme handling, samme plots og samme karakterer som i *Gone With The Wind*, men modsat originalen var den skrevet ud fra en slaves synsvinkel. Rettighedshaverne gjorde gældende, at *The Wind Done Gone* var en ulovlig fortsættelse. I første omgang fik rettighedshaverne medhold, og det lykkedes dem at få nedlagt et foreløbigt forbud. Afgørelsen

74. GRUR 1978:108 (Der Spiegel), s. 111. Oversættelse: “De almene love skal ses i lyset af grundrettighederne, og de skal tolkes sådan, at grundrettighedernes særlige værdiindhold varetages i alle tilfælde [...]. En lov, der som OPHL § 51, nr. 2, hvis man tolker den ordret, i det konkrete tilfælde vil medføre en værdiskridning af pressefrihedens grundlove, skal på sin side tolkes grundlovskonformt. Det betyder, at små værker såsom sagsøgerens fotos, inden for rammerne af menings- og pressefriheden kan citeres i deres helhed, hvis andet umuliggør kritik af værket” (min oversættelse). Om dommen se i øvrigt bl.a. Hugenholtz, *Copyright and freedom of expression in Europe*, s. 355 og Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterielret* (4. udgave), s. 306.

75. Se ZUM 2011:275 (Wiener Landtagswahlkampf), s. 275.

blev dog senere omgjort af den amerikansk appeldomstol (11th Cir.), der fandt, at novellen var en lovlig parodi, der kunne legitimeres under den amerikanske fair use-doktrin, hvis nærmere indhold er beskrevet kort ovenfor (note 507). Appeldomstolen fandt også, at det forbud, som distriktsdomstolen havde nedlagt mod udgivelse og distribution af bogen, havde været i åbenbar strid med den amerikanske forfatning. Domstolen lagde bl.a. vægt på, at *The Wind Done Gone* ikke var “[...] a general commentary upon the Civil-War-era American South, but a specific criticism of and rejoinder to the depiction of slavery and the relationships between blacks and whites in *GWTW*.” Denne bemærkning er i amerikansk litteratur blev fortolket som det, at hensynet til den politiske ytringsfrihed spillede en rolle i sagen.⁷⁶

Fra amerikansk kan også henvises til **Keep Thomson Governor Committee v. Citizens for Gallen, 457 F.Supp. 957 (1978)**, hvor hensynet til den politiske ytringsfrihed betød, at en politiker måtte bruge 12 sekunder af et stykke beskyttet musik, som en anden politiker havde rettighederne til. Musikken var blevet brugt i forbindelse med en valgkampagne. Retten lagde vægt på, at musikken havde karakter af en “political campaign message”, ligesom det også blev tillagt vægt, at der var tale om ikke-kommerciel brug.⁷⁷

6.2.1.c. Hensynet til ytringens kunstneriske karakter

Hensynet til ytringens *kunstneriske karakter* kan også spille en rolle for den vægt, ytringsfriheden tillægges, når ytringsfriheden kolliderer med ophavsretten i national ret.

At hensynet til den ytringens kunstneriske karakter spiller en rolle ved vurderingen af ophavsretlige rettighedskollisioner, er i overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens praksis (4.2.1.c).

Ligesom ved de to forgående hensyn er der også her tale om et hensyn, der gælder helt generelt. Indtil videre findes der kun et meget begrænset antal danske afgørelser, hvor hensynet til den kunst-

76. Murphy, B. s. (2002). *Wind Done Gone: Parody or Piracy-A Comment on Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*. *Georgia State University Law Review*, vol. 19, s. 567-601, s. 599.

77. *Keep Thomson Governor Committee v. Citizens for Gallen*, 457 F.Supp. 957 (1978), s. 961.

neriske ytringsfrihed har spillet en rolle i ikke-ophavsretssager. Følgende eksempler kan dog nævnes:

UfR 2011.3021 Ø (Suverænen), hvor hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed i EMRK artikel 10 vejede tungere end hensynet til beskyttelsen af privatlivets fred i EMRK artikel 8. Sagens angik en forfatters brug af en virkelig person i en roman ved navn "Suverænen", som bl.a. gengav den pågældendes billede, navn adresse mv. Ved vurderingen af, om hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed eller hensynet til privatlivets fred skulle veje tungest, fortog landsretten en hensynsafvejning og udtalte følgende: "På baggrund af ovenstående lægger landsretten ved afvejning af [sagsøgerens] interesse i at beskytte oplysninger af rent privat karakter, jf. hensynet bag straffelovens § 264 d og EMRK artikel 8, over for hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed, jf. EMRK artikel 10, således på den ene side vægt på, at Suverænen i det hele er fiktion, og at værket er et kunstnerisk udtryk for deltagelse i en debat af samfundsmæssig interesse, og på den anden side, at de oplysninger, som [sagsøgeren] ønsker beskyttet, enten er af mindre følsom karakter, eller er oplysninger, som allerede er offentligt kendt. Uanset at der i det fiktive værk Suverænen utvivlsomt tages afsæt i reelt eksisterende personer og ting, finder landsretten på denne baggrund, at hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed klart vejer tungere end hensynet til [sagsøgerens] ønske om at beskytte oplysninger af privat karakter".⁷⁸

Fra dansk ret kan også nævnes den ovenfor (afsnit 1.1.1.a) omtalte **UfR 1980.1037/2 H (Danske Svin)**, hvor det var retmæssigt, at kunstneren Michael Witte havde lavet en satirisk plakat, som satte fokus på anvendelse af penicillin i det danske husdyrbrug. Her blev hensynet til den frie meningsudveksling, som bekendt, tillagt vægt på bekostning af hensynet til slagteriernes kommercielle interesse i sit bomærke. I den konkrete sag blev hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed ikke eksplicit nævnt, men det kan heller ikke udelukkes, at hensynet ikke spillede en implicit rolle ved afvejningen.

Hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed har også været inddraget i mindst to danske sager om forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden.

78. U.2011.3021 Ø (Suverænen), s. 3042.

Første gang i **UFR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue)**, hvor den danske kunstner Bjørn Nørgaard blev frifundet for at krænke ophavsretten til billedhuggeren Edvard Eriksens berømte statue *Den Lille Havfrue* ved Langelinje i København. Faktum i sagen var, at Bjørn Nørgaard i forbindelse med fejringen af H.C. Andersen-året uden tilladelse fra Edvard Eriksens arvinger havde udarbejdet en kollage, hvor han havde indsat et billede af Den Lille Havfrue. Billedet fandtes to steder i kollagen og var centralt placeret ved siden af to billeder af Bjørn Nørgaards egen skulptur "Den gen-modificerede havfrue". Efter en traditionel ophavsretlig vurdering var der tale om en ophavsretskrænkelse, dels fordi man normalt ikke kan citere værker i deres helhed, og dels fordi man som udgangspunkt ikke kan citere fra billedkunst i kollager (se afsnit 2.2.2.a (citatreglen) og afsnit 2.2.2.b (kunstcitat)). Ikke desto mindre blev Bjørn Nørgaard overraskende frifundet for ophavsretskrænkelse. Frifindelsen skete på baggrund af en konkret hensynsafvejning mellem ophavsretten og ytringsfriheden ("[...] afgørelsen af, om Bjørn Nørgaards værk er frembragt gennem fri benyttelse af fotografierne af Edvard Eriksens skulptur 'Den Lille Havfrue', må træffes ud fra en konkret afvejning af hensynet til effektiv beskyttelse af interessentskabets ophavsret over for hensynet til Bjørn Nørgaards kunstneriske ytringsfrihed.").

Anden gang var i **UFR 2009.875 Ø (Hornsleth)**. Her blev en dansk kollagekunstner dømt for at krænke ophavsretten til et portrætfoto af en kunstjournalist efter, at han uden tilladelse fra fotografen havde sat portrætfotoet ind i en pornografisk kollage. Ved vurderingen af, om brugen af billedet kunne legitimeres af hensynet til Hornsleths kunstneriske ytringsfrihed, udtalte Københavns Byret følgende: "Retten finder efter en afvejning af på den ene side hensynet til sagsøgtes 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 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 sagsøgtes anvendelse af fotoet krænker sagsøgerens rettigheder til eksemplarfremsstilling og spredning af fotoet, jf. ophavsretslovens § 70. Retten finder ikke, at sagsøgtes gengivelse og spredning kan anses som en travesti. Retten har herved lagt vægt på formålet med fremstillingen af collagen. [...] Det

omhandlede foto indgår i collageen i en stærkt pornografisk sammenhæng. Retten finder på den baggrund, at den sammenhæng, fotoet er gjort tilgængeligt for almenheden i, må betegnes som krænkende som anført i ophavsretslovens § 3, stk. 2.” En konkret afvejning førte således til, at hensynet til fotografens kunstneriske ytringsfrihed vejede tungere end hensynet til Hornsleths kunstneriske ytringsfrihed. Sagen blev anket til Landsretten, der blot stadfæstede byrettens dom med en lakonisk bemærkning om, “[...] at de af Kristian von Hornsleth anførte anbringender, herunder om sin kunstneriske ytringsfrihed, ikke [kunne] føre til et andet resultat”.

I fransk ret spillede hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed en mere selvstændig rolle i Cour de Cassations dom af 1. maj 2015 gengivet i **IIC 2015:989 (Glamour)**, hvor den franske kunstner Peter Klasen brugte et ophavsretligt beskyttet modefoto af en kvinde i tre forskellige kollager.⁷⁹ Ophavsmanden bag fotografiet, fotografen Alix Malka, stævtede Klasen for ophavsretskrænkelser. Under sagen påberåbte Klasen sig sin kunstneriske ytringsfrihed i EMRK artikel 10. Hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed blev imidlertid afvist ved den franske Cour D’Appel de Paris dom af 1. maj 2015, der ikke mente, at ytringsfriheden kunne tillægges vægt på bekostning af ophavsretten til fotografiet.⁸⁰ Den franske højesteret, Cour de Cassation, hjemviste appelrettens afgørelse med henvisning til, at appelretten ikke havde fortaget et korrekt proportionalitetsafvejning mellem ophavsretten og den kunstneriske ytringsfrihed (“[...] limits to the exercise of the freedom of expression, which encompasses the freedom of artistic expression, are only permissible provided that they are proportionate to the legitimate objective pursued, in other words are made necessary in a democratic society by an overriding social need. [...] The appeal court thereby failed to give its decision a legal basis in the light of Art. 10 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”).⁸¹

79. En af kollagerne (“Blue face/Red Machine/High Voltage”) kan tilgås her: <<http://www.artnet.com/artists/peter-klasens/blue-face-red-machine-high-voltage-L0VDx964iVH5kWzJZ74wlQ2>> (set 5. februar 2017).

80. Klasen v. Malka (2013), s. 4 f.:

81. IIC 2015:989 (Glamour), s. 990.

Det har givet haft betydning, at dommen er afsagt kort tid efter EMD's afgørelse i **Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013**, hvor den Europæiske Menneskerettighedsdomstol som beskrevet ovenfor (afsnit 4.2.1.d) slog fast, at kollisionsager mellem ophavsretten og ytringsfriheden altid skal underlægges en konkret proportionalitetsafvejning.

Hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed blev i tysk ret tillagt betydning i Bundesverfassungsgerichts dom af 29. juli 2000 givet i **NJW 2001:598 (Germania 3)**. Sagen angik den tyske dramatiker og teaterdirektør Heiner Müller, der i forbindelse med udarbejdelsen af manuskriptet til teaterstykket *Germania 3: Gespenster am toten Mann* havde benyttet sig af en lang række citater fra andre kunstnere, heriblandt den berømte tyske dramatiker Berthold Brecht.⁸² Der var tale om omfattende citater fra Brechts værker (i alt 4 sider), og det hele kulminerede i, at rettighedshaverne bag Brechts værker stævnedes udgiveren af stykket Germania 3. Sagen nåede til den tyske forfatningsdomstol, hvor man undersøgte, om hensynet til ytringsfriheden kunne påvirke den traditionelle fortolkning af den tyske citatbestemmelse, sådan at bestemmelsen kunne legitimere de omfattende citater. Ved vurderingen af, om hensynet til ytringsfriheden kunne legitimere de – i udgangspunktet ophavsretsstridige – konkrete gengivelser, lagde den tyske forfatningsdomstol vægt på, at brugen i den konkrete sag ikke skadede rettighedshaveren økonomisk, hvortil den bemærkede, at når dette var tilfældet, må ophavsretten træde i baggrunden for den kunstneriske ytringsfrihed (“Steht – wie vorliegend – ein geringfügiger Eingriff in die Urheberrechte ohne die Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile [...] der künstlerischen Entfaltungsfreiheit gegenüber, so haben die Verwertungsinteressen der Urheberrechtsinhaber im Vergleich zu den Nutzungsinteressen für eine künstlerische Auseinandersetzung zurückzutreten”).⁸³

82. For en engelsk oversættelse af dommen se Adeney, E. & Antons, C. (2013). The Germania 3 decision translated: the quotation exception before the German Constitutional Court. *European Intellectual Property Review*. vol. 35 (11), s. 646-657, s. 650 f.

83. NJW 2001:598 (Germania 3), s. 599. Oversættelse: “Står, som i den foreliggende sag, et ringe indgreb i ophavsretten uden fare for mærkbare økonomiske ulemper, så skal rettighedshaverens udnyttelsesinteresser træde tilbage for interessen i kunstnerisk debat.” (Min oversættelse).

At hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed kan have betydning for konkrete nationale kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, er også anerkendt i den juridiske litteratur. Se f.eks. Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 380, hvor forfatteren anfører, at “[...] ytringsfrihedshensynet [kan] tillægges vægt, når beskyttet information anvendes som led i kunstnerisk virke”. Se også i samme retning Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 310, hvor det anføres, at “[o]gså kunstsneriske ytringer antages at have en særlig omfattende ytringsfrihedsbeskyttelse”.

6.2.2. Vindingskriteriet

Også andre hensyn kan spille ind ved afvejningen af, om en tilsyneladende ophavsretsstridig ytring kan legitimeres pga. hensynet til ytringsfriheden. Bl.a. kan det have betydning for afvejningen, dels om brugen af det beskyttede stof er sket for at berige den påståede krænker, og dels om brugen er egnet til at genere ophavsmanden økonomisk. Et lignende vindingskriterium kendes – så vidt vides – ikke fra Menneskerettighedsdomstolens praksis. Måske skyldes det udgangspunktet om, at kommercielle ytringer også er omfattet af beskyttelsen i EMRK artikel 10, stk. 1. Når det er sagt, er udgangspunktet ved EMD dog, at sager, hvor ytringen har en kommercielle karakter, ofte vil trække i retning af, at staterne har en bred skønsmargin (se afsnit 4.2.1.d). Det samme vil hensynet til den svære balance, som domstolen skal foretage i kollisioner, hvor tillægsprotokol 1 artikel 1 er involveret (se afsnit 4.2.1.h). Efter min opfattelse må det nationale vindingskriterium derfor anses for foreneligt med EMD’s praksis. Der kan i den forbindelse også henvises til, at medlemsstaterne er overladt et bredt skøn, som må betyde, at medlemsstaterne som udgangspunkt har frit lejde til at inddrage alle de relevante hensyn, der kan have betydning for den konkrete hensynsafvejning.

Der findes en lang række eksempler fra ind- og udland, der viser, at det kan have betydning for den konkrete hensynsafvejning mellem ophavsretten og ytringsfriheden i national ret, om den påståede ophavsretsstridige ytring fremsættes med økonomiske vinding for øje, og om den er egnet til at genere rettighedshaveren økonomisk.

Vindingskriteriet var bl.a. et af de momenter, der blev inddraget og tillagt vægt i den ovenfor (afsnit 6.2.1.c) omtalte **UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue)**, hvor det ansås for tilladeligt, at billedkunstneren Bjørn Nørgaard brugte et billede af Den Lille Havfrue i en kollage. En af de ting, retten lagde vægt på, var således, at den anfægtede ytring ikke var fremsat med vinding for øje (“[...] Anvendelsen af fotografierne er ikke egnet til at berige Bjørn Nørgaard eller forlaget på bekostning af interessentskabet”).⁸⁴

Se også fra svensk ret **NJA 1998:838 (Mein Kampf)**, hvor en svensk forlægger havde udgivet en svensk oversættelse af Hitlers “Mein Kampf” uden først at klarere rettighederne til bogen. I en efterfølgende straffesag for ophavsretskrænkelser, anlagt af den svenske anklagemyndighed, gjorde forlæggeren gældende, at det havde været næsten umuligt at få fat i et svensk eksemplar af bogen på et svensk bibliotek eller antikvariat, og at det måtte være i offentlighedens interesse, at bogen var offentligt tilgængelig, så alle havde mulighed for at danne sig en mening om den. Til spørgsmålet om, hvorvidt offentlighedens interesse kunne legitimere udgivelsen, henviste den svenske første instans (Tingsrätten) indledningsvist til, at der i meget specielle situationer kan være straffrihed for ophavsretskrænkelser. En sådan situation var der dog ifølge Tingsretten ikke tale om her. Domstolen udtalte således, at “[...] omständigheterna i förevarande mål, som gäller ett kommersiellt utnyttjande av upphovsrättsskyddat verk genom framställning och försäljning till allmänheten av et stort antal exemplar, [är] inte sådana att intresset av yttrandefrihet står i sådan motsättning till skyddet för upphovsrätten att frihet från ansvar för intrånget – om detta har skett uppsåtligt eller av grov oaktsamhet – kan komma i fråga.”⁸⁵ Den svenske HovRät delte Tingsrättens bedømmelse af ytringsfrihedsspørgsmålet og stadfæstede dommen.⁸⁶ Sagen blev derefter indbragt for den svenske højesteret, der ligeledes stadfæstede. Højesteret bemærkede i den forbindelse kort, at det ikke var nok til en tilsidesættelse af ophavsretten, at det havde været svært at få fat i et svensk eksemplar af Mein Kampf, heller ikke selvom værket var af historisk interesse.⁸⁷ Dommen viser, at det – i hvert fald ved de to første

84. UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue), s. 881.

85. NJA 1998:838 (Mein Kampf), s. 844.

86. Ibid., s. 847.

87. Ibid., s. 851.

instanser havde betydning, at der var tale om en kommerciel udnyttelse af et ophavsretligt beskyttet værk gennem produktion og salg til almenheden i et stort antal eksemplarer.⁸⁸

Fra østrigsk ret se også den ovenfor (afsnit 6.2.1.b) omtalte **ZUM 2011:275 (Wiener Landtagswahlkampf)**, hvor det ikke var en krænkelse, at en forening for abortmodstandere havde brugt en valgplakat i forbindelse med en parodi. Foruden det politiske aspekt lagde retten også vægt på, at brugen af billedet ikke "udhulede" ophavsmandens økonomiske interesser og ikke gjorde indgreb i den almindelige udnyttelse af værket, og at brugen af billedet var nødvendig for den konkrete parodi ("Die Abbildung höhlt auch weder die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers aus noch beeinträchtigt sie die normale Auswertung des als Vorbild dienenden Lichtbilds. Selbst wenn man die Grafik nicht als freie Bearbeitung beurteilen wollte, wäre ihre Veröffentlichung daher durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung gedeckt, das ohne Eingriff in das Urheber- oder Leistungsschutzrecht nicht oder nur unzulänglich in der gewählten Form einer parodistischen Anspielung ausgeübt werden könnte").⁸⁹

Se også **TO-RD 2006:53 (FECRIS)**. Her var det i strid med ophavsretten, at en forening mod sekter havde oversat og publiceret en række tekster fra det norske trossamfund "Smiths venner" i deres helhed på nettet. Den østrigske højesteret udtalte, at der ved rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden må foretages en interesseafvejning mellem de to rettigheder ("[o]b dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung ein Vorrang vor Urheber- und Leistungsschutzrechten zukommt, ist aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden").⁹⁰ Retten udtalte videre, at der gælder to grundbetingelser, som må være opfyldt, før man kan lade hensynet til ytringsfriheden veje tungere end ophavsretten. For det første må rettighedshaverens økonomiske

88. Ibid., s. 844.

89. Ibid., s. 278. Oversættelse: "[...] afbildningen udhuler hverken ophavsmandens økonomiske interesser eller gør indgreb i den normale udnyttelse af det naboretligt beskyttede fotografi, der tjener som forbillede. Selv hvis man ikke anså grafikken som fri benyttelse, ville dens offentliggørelse være dækket af grundretten til ytringsfrihed, fordi parodien ikke eller kun i utilstrækkelig grad ville kunne udøves i den valgte form uden at krænke ophavs- og naboretten." (Min oversættelse).

90. TO-RD 2006:53 (FECRIS), s. 59. Oversættelse: "Om der tilkommer den grundretlige ytringsfrihedsbeskyttelse en forrang i forhold til ophavs- og naboretligheder, må afgøres ud fra en interesseafvejning." (Min oversættelse).

interesser ikke berøres, og for det andet må ophavsretskrænkelser have været nødvendig for udøvelsen af ytringsfriheden (“Grundvoraussetzung jeder Rechtfertigung eines Eingriffs in Urheber- und Leistungsschutzrechte durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ist, dass die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers nicht berührt werden und das Grundrecht ohne Eingriff in das Urheber- oder Leistungsschutzrecht nicht ausgeübt werden kann”).⁹¹

Vindingskriteriet indgik også som et afvejningsmoment i den østrigske Obersten Gerichtshofs dom af 12. juni 2001 gengivet i **GRUR Int 2002:341 (Medienprofessor)**, hvor det ansås for berettiget, at en person lagde 16 ophavsretligt beskyttede avisartikler ud på nettet, fordi han ville bevise, at han var offer for en mediehetz. Her lagde domstolen bl.a. vægt på, at rettighedshaverens økonomiske interesser ikke var påvirket af den i ophavsretlig kontekst krænkende brug (“Die durch das Verbreitungs- und Vervielfältigungsrecht geschützten wirtschaftlichen Interessen des Urhebers können demnach durch die Aufnahme der 16 Artikel und der dazugehörigen Lichtbilder in die Homepage des Bekl. nicht berührt sein.”).⁹² Også andre hensyn spillede en rolle for udfaldet (se nedenfor afsnit 6.2.3).

Se fra tysk ret den ovenfor (afsnit 6.2.1.c) omtalte **NJW 2001:598 (Germania 3)**, hvor rettighedshaverne bag Berthold Brechts værker måtte tåle, at kunstnerens materiale havde været genstand for omfattende citat i forbindelse med opførelsen af den tyske dramatiker Heiner Müllers teaterstykke *Germania 3: Gespenster am toten Mann*. Også her indgik det som et moment i afvejningen mellem ophavsretten over for ytringsfriheden, at indgrebet i ophavsretten skete uden nogen egentlig økonomisk risiko for rettighedshaveren (“Steht – wie vorliegend – ein geringfügiger Eingriff in die Urheberrechte ohne die Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile [...] der künstlerischen Entfaltungsfreiheit gegenüber, so haben die Verwertungsinteressen der Urheber-

91. Ibid., s. 59: Oversættelse: “Grundforudsætningen for enhver retfærdiggørelse af, at der via den grundretligt beskyttede ytringsfrihed kan ske indgreb i ophavs- og naborettigheder, er, at ophavsmandens økonomiske interesser ikke berøres, og at ytringsfriheden ikke kan udøves, medmindre der sker indgreb i ophavs- og naborettighederne” (min oversættelse).

92. GRUR Int 2002:341 (Medienprofessor), s. 343. Oversættelse: “Ophavsmandens økonomiske interesser, beskyttet af sprednings- og eksemplarfremsættelsesretten, kan derfor ikke berøres gennem publikationen af de 16 artikler med tilhørende billeder p hjemmesiden” (min oversættelse).

rechtsinhaber im Vergleich zu den Nutzungsinteressen für eine künstlerische Auseinandersetzung zurückzutreten”).⁹³

Se fra engelsk ret den ovenfor (afsnit 6.2.1.a) omtalte [2002] E.C.D.R. 32 (**Ashdown v Telegraph Group Ltd**), hvor det ansås for retsstridigt, at The Sunday Telegraph havde publiceret et ikke tidligere offentliggjort referat (omtalt i afsnit 6.2.1.a). Her indgik vindingskriteriet, herunder den kommercielle værdi på bekostning af rettighedshaveren, som et tungtvejende hensyn ved afvejningen mellem ophavsretten og ytringsfriheden (“[...] we are in no doubt that the extensive quotations of Mr Ashdown’s own words added a flavour to the description of the events covered which made the article more attractive to read and will have been of significant commercial value in enabling the Sunday Telegraph to maintain, if not to enhance, the loyalty of its readership”).⁹⁴

At vindingskriteriet kan have betydning for den vægt, hensynet til ytringsfriheden tillægges i en kollision med ophavsretten, er anerkendt i den juridiske litteratur. Se Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 382: “[...] omvendt vil ytringsfrihedshensynet kunne tillægges større vægt, jo mindre informationsbrugen må forventes at skade rettighedshaverens (økonomiske) interesser”. Se også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 310, hvor forfatteren skildrer, hvordan det “[...] nok også [har] betydning, i hvilket omfang brugen af det beskyttede stof sker for at berige sagsøgte, og i hvilket omfang det generer rettighedshaveren økonomisk. Hvis ikke brugen gør det, kan det være en faktor, der trækker i retning af, at de ophavsretlige regler skal tolkes på ytringsfrihedsvenlige måder.”

6.2.3. Misbrugskriteriet

Det kan efter national retspraksis også have betydning for udfaldet af en kollisionssag, om ophavsretten er blevet *misbrugt*, dvs. brugt til at undertrykke kritik af ophavsmanden eller modvirke, at en sandhed kommer frem.

93. NJW 2001:598 (Germania 3), s. 599. Oversættelse: “Står – som i det foreliggende tilfælde – et ringe indgreb i ophavsretten over for den kunstneriske udfoldelsesfrihed, uden at der er fare for mærkbare økonomiske skadevirkninger, må ophavsretsindehaverens udnyttelsesinteresser træde tilbage i forhold til interessen i udnyttelse af en kunstnerisk diskussion” (Min oversættelse).

94. [2002] E.C.D.R. 32 (**Ashdown v Telegraph Group Ltd**), s. 358.

At det ikke er tilladt at misbruge ophavsretten til at undertrykke ytringsfriheden falder helt i tråd med både EMRK og charteret. Således følger det – som allerede anført – direkte af både EMRKs artikel 17 og charterets artikel 54, at det ikke er tilladt at misbruge grundrettigheder (se afsnit 3.2).

Der er på nuværende tidspunkt ingen trykte danske afgørelser om ophavsret, hvor misbrugskriteriet har været direkte inddraget og til-lagt vægt. Uden for Danmark findes der dog mange eksempler herpå.

Fra norsk ret kan henvises til **Oslo Byrets dom af 27. marts 2001 (Bratlie)**, hvor et PR-bureau blev dømt for at krænke ophavsretten til et fotografi. Helt konkret havde PR-bureauet fået til opgave at lave en informationskampagne om kirkens holdning til homoseksualitet. Kampagnen bestod bl.a. i en helsidesannonce, der skulle bringes i alle landets aviser. Én avis havde dog nægtet at publicere annoncen. I stedet havde denne avis valgt at bringe en artikel, hvori man kunne læse en begrundelse for, at annoncen var blevet fravalgt. I tilknytning til denne artikel bragte man endvidere et billede af en af de ansatte fra PR-bureauet, som holdt den omstridte annonce frem. Ophavsmanden bag fotografiet af den ansatte var fotografen Bratlie. Efter publiceringen af sidstnævnte artikel modtog PR-bureauet et anonymt brev. I brevet fandt man sidstnævnte artikel inklusive fotografiet af PR-medarbejderen. På billedet havde den anonyme afsender skrevet følgende “ALLE SER JO AT DU ER HOMOFIL. HELDIGVIS EN UTDØENDE RASE!!!”. Denne hændelse fik PR-Bureauet til umiddelbart efter at bringe en ny annonce – denne gang med et billede af den iturevne artikel inkl. fotografiet med den kræn-kende kommentar. Spørgsmålet var nu, om fotografen havde krav på betaling for den fornyede gengivelse, eller om hensynet til PR-bureauets ytringsfrihed betød, at der ikke skulle ske ekstra-betaling for at bringe billedet igen. Ved afvejningen af ophavsretten over for ytringsfriheden lagde domstolen bl.a. vægt på, at fotografen ikke havde brugt sin ophavsret til at undertrykke en informeret offentlig debat (“Heller ikke kan retten se at en utøvelse av enerett etc. i dette tilfellet blir brukt som middel for å motvirke en informert offentlig debatt. Den ytring det er tale om i vår sak, er etter rettens oppfatning et banalt/grumsete uttrykk for oppfatninger som allmennheten er vel kjent med forekommer hos enkeltindivider eller grupper i vårt samfunn. At det for kampan-jens del og av selskapet ble oppfattet som gunstig illustrasjon av

dette faktum, er etter rettens oppfatning ikke tilstrekkelig til å la ytringsfrihetsprinsippet gå foran Bratlies rettigheter i dette tilfelle”).⁹⁵ Det hadde også betydning, at man kunne have fortalt om hendelsen uden at bringe fotografiet (jf. nedenfor i afsnit 6.2.4).

Se f.eks. fra østrigsk ret den ovenfor (afsnit 6.2.2) omtalte **GRUR Int 2002:341 (Medienprofessor)**, hvor det var retmæssigt, at en person – som dokumentation for, at han havde været udsat for massiv mediehetz i pressen – havde lagt 16 beskyttede artikler ud på en hjemmeside. I forbindelse med den konkrete hensynsafvejning mellem ophavsretten og ytringsfriheden lagde domstolen vægt på, at rettighedshaverne forsøgte at bruge ophavsretten til at undgå den kritik, der kunne komme i kølvandet på dokumentationen. I den forbindelse fremhævede retten, at mediernes forsøg på via ophavsretten at indskrænke den pågældendes ytringsfrihed for at skærme sig selv mod kritik ikke kunne retfærdiggøres i et demokratisk samfund (“Ihre Berufung auf das Urheber- und Leistungsschutzrechtliche Ausschließungsrecht kann nur den Zweck verfolgen, eine Auseinandersetzung mit der durch die Artikelserie dokumentierten Medienkampagne zu verhindern. Dass dieser Zweck eine Einschränkung der Meinungsfreiheit durch das Urheber- und Leistungsschutzrecht in einer demokratischen Gesellschaft nicht rechtfertigen kann, bedarf keiner weiteren Begründung”).⁹⁶ Det indgik også som et vægtlod i afvejningen, at gengivelsen af artiklerne ikke påvirkede rettighedshaveren økonomisk (se afsnit 6.2.2).

Misbrugskriteriet havde også afgørende betydning i **Scientology v. providers and Karin Spaink (2003)**, hvor Scientologys misbrug af ophavsretten betød, at det var tilladeligt, at en journalist havde lagt beskyttet tekst ud på nettet (se afsnit 6.2.1.a).

At misbrugskriteriet er relevant for rettighedskollisioner, understøttes også af den juridiske litteratur. Se f.eks. Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 379: “Retspraksis viser tilsvarende, at reglerne om ytringsfrihed tillægges vægt, når enerettighederne påberåbes med henblik på at stoppe kritik af rettighedshaveren eller denne produkter”. Det samme synspunkt gøres gældende i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret*

95. Oslo Byrets dom af 27. marts 2001 (Bratlie), s. 1160.

96. GRUR Int 2002:341 (Medienprofessor), s. 343 Oversættelse: “Deres påberåbelse af deres ophavs- og naboretlige eneret kan kun forfølge det formål at forhindre debat om den mediehetz, som artikelserien dokumenterer. At dette formål ikke i et demokratisk samfund kan begrunde en indskrænkning via ophavsretten af meningsfriheden, kræver ingen nærmere begrundelse” (min oversættelse).

(4. udgave), s. 311, hvor det hedder, at det “[... formentlig må] tillægges betydning, om rettighedshaveren prøver at bruge sin ophavsret til at undertrykke kritik af sig selv eller modvirke, at sandheden kommer frem. [...] Der er i så fald tale om en slags “ophavsretsmisbrug”, og det er ikke det, ophavsretsloven er sat i verden for at muliggøre”. Se også Hasselbalch/Rosenmeier, Juristen 2015, s. 215 “[...] det har betydning, om rettighedshaveren prøver at bruge sin ophavsret til at undertrykke kritik af sig selv eller modvirke, at en sandhed kommer frem.”

Måske kan misbrugskriteriet ses som en slags manifestation af det ulovbestemte princip *de minimis non curat lex*. Princippet går ud på, at det bl.a. ikke kræver tilladelse fra ophavsmanden at bruge et værk på en måde, der er helt atypisk og ikke i strid med den beskyttelsesinteresse, der ligger bag de ophavsretlige regler.⁹⁷ Se nærmere nedenfor i kapitel 7.

Misbrugskriteriet har også ligheder med den strafferetlige fortolkningsgrundsætning om *materiel atypicitet*, der i litteraturen bl.a. er blevet defineret som værende et princip, hvorefter der skal ske “[...] en frasortering af tilfælde, der nok falder ind under ordlyden af en bestemmelse, men som er så specielle i forhold til bestemmelsens beskyttelsesinteresse, at de desuagtet falder uden for.”⁹⁸ Det ligger dog uden for afhandlingens rammer at foretage en nærmere analyse af denne grundsætning.

6.2.4. Nødvendighedskriteriet

Som beskrevet ovenfor (afsnit 4.1.4.b) følger det af nødvendighedskravet, som kan udledes af det folkeretlige proportionalitetsprincip, at medlemsstaten ved et indgreb i en konventionssikret rettighed *helst* skal have valgt det mindst indgribende middel til at nå målet. På samme måde følger det af det nødvendighedsprincip, der kan indfortolkes i det EU-retlige proportionalitetsprincip, at en begrænsning i en grundrettighed kun kan legitimeres, hvis den er nødvendig (se også afsnit 5.2.3.b). På lignende måde er det antaget i national ret, at der i sager om ophavsret kontra ytringsfrihed skal tages hensyn til,

97. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 288 ff.

98. Bønsing, S. og Langsted, L.B. “Uberettigede” gaver til offentligt ansatte – en forvaltningsretlig og strafferetlig analyse. UfR 2010B.333, s. 333-340, s. 333.

hvad man kan kalde et *nødvendighedskriterium*. Kriteriet går ud på, at ytringsfriheden kun kan tillægges vægt på bekostning af ophavsretten, hvis det er nødvendigt at krænke ophavsretten for at få ytringen ud. Nødvendighedskriteriet har været inddraget i en lang række nationale ophavsretssager, hvor sagsøgte har påstået, at ytringsfriheden lovliggjorde en, efter en traditionel vurdering, ophavsretsstridig adfærd.

Af danske sager, hvor nødvendighedskriteriet har været særskilt inddraget, kan bl.a. nævnes **utrykt byretsdom af 11. december 2014 (Martinus)**. I sagen sagsøgte Martinus Idealfond en række personer for brud på ophavsretten til værket *Det Tredje Testamente* af den danske forfatter Martinus Thomsen (1890-1981). Det var i sagen ubestridt, at de sagsøgte ikke havde fået tilladelse af Martinus Idealfond til at udnytte det pågældende værk i form af udgivelse og tilgængeliggørelse for almenheden. Spørgsmålet var imidlertid, om hensynet til religionsfriheden i EMRK artikel 9 eller hensynet til ytringsfriheden i EMRK artikel 10 alligevel kunne føre til, at den pågældende eksemplarfremstilling og tilgængeliggørelse kunne anses for berettiget. Under den konkrete hensynsafvejning mellem EMRK artikel 10 og artikel 1 i Tillægsprotokol 1 udtalte domstolen bl.a.: "I forhold til konventionens artikel 10 må det på den ene side tillægges vægt, at udgivelse og tilgængeliggørelse af værket efter de sagsøgtes forklaringer ikke skete med kommercielt formål. På den anden side må der lægges vægt på, at de sagsøgte frit kan udbrede deres eget syn på værket, herunder på de forskellige udgaver, og fremkomme med kritik af instituttets forvaltning af sin opgave med bevarelse og udgivelse af Martinus' værker. Det kan ikke anses at have været nødvendigt for at understøtte disse synspunkter eller for den samfundsmæssige debat at udgive eller tilgængeliggøre den fulde længde af en række af Martinus' bøger mv. i strid med Martinus Instituts ophavsret. Retten finder herefter, at håndhævelse af ophavsretten i de foreliggende tilfælde ikke strider mod Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 9 eller 10". Således konkluderede domstolen altså, at det konkret ikke havde været nødvendigt at krænke ophavsretten for at budskabet ud, og derfor var der sket en krænkelse af ophavsretten til værket.

Se også **UfR 2013.3002 V (TV2/Østjylland)**, hvor Vestre Landsret nåede frem til, at TV-2/Østjylland havde krænket ophavsretten til et fotografi. Krænkelsen skete ved, at tv-stationen i

forbindelse med en udsendelse om et skibsforslis havde filmet en mindeopstilling, hvor fotografiet indgik, under et besøg hos de omkomnes familie. På billedet kunne man se to af de omkomne. Byretten antog, at gengivelsen af billedet var lovlig efter ophavsretslovens § 23, stk. 3, hvorefter “[u]dgivne kunstværker eller eksemplarer af kunstværker, der af ophavsmanden er overdraget til andre, må gengives i aviser, tidsskrifter, film og fjernsyn, når gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng”. Fotografen ankede til landsretten, hvor tv-stationen foruden ophavsretslovens § 23, stk. 3, henviste til, at håndhævelsen af ophavsretten i den konkrete sag ville være i strid med EMRK artikel 10. Begge anbringender blev dog afvist af Vestre Landsret. For så vidt angår ophavsretslovens § 23, stk. 3, lagde retten vægt på, at fotoet blev benyttet som “hovedmotiv” og ikke havde den underordnede betydning, som kræves efter § 23, stk. 3.⁹⁹ Vedrørende EMRK artikel 10 udtalte retten følgende: “TV2/Østjyllands udsendelse [handlede ikke] om selve forliset, men de efterlades reaktion og navnlig myndighedernes fejl i forbindelse med redningen. På den baggrund har brugen af det foto, som [fotografen] havde ophavsret til, ikke været nødvendig, og det vil derfor ikke være i strid med artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention at fastslå, at TV2/Østjylland har krænket [fotografens] ophavsret til fotografiet.”¹⁰⁰

Se også Østre Landsrets dom af 11. maj 1999 gengivet i **UfR 1999.1462 Ø (BilledBladet)**, hvor to ansatte på BilledBladet havde gengivet omfattende citater fra bogen “En familie og dens Dronning” i en artikel med titlen “Tak fordi du støttede mig mor”. Det var i sagen ubestridt, at citaterne fra bogen udgjorde mere end 90 % af artiklen. De sagsøgte gjorde dog gældende, at “[...] formålet var at viderebringe kronprinsens udtalelser”, at der var citeret “[...] i overensstemmelse med god skik, idet formålet ikke kunne være nået på anden måde”, og at “[...] kronprinsens udtalelser [var] en væsentlig information til offentligheden og derfor [var] underlagt offentlighedsprincippet i medfør af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10”.¹⁰¹ Retten var dog ikke enig heri. For så vidt angår ophavsretslovens § 22, lagde retten vægt på, at mere end 90 % af artiklens tekst bestod af uddrag fra bogen. For så vidt angår EMRK artikel 10, lagde retten

99. UfR 2013.3002 V (TV2/Østjylland), s. 3005 f.

100. Ibid., s. 3006.

101. UfR 1999.1462 Ø (BilledBladet), s. 1465.

vægt på, at “[...] bladet kunne have informeret om hovedindholdet i bogen uden at gengive bogens tekst i videre omfang end tilsladt efter ophavsretslovens § 22.”¹⁰² Brugen havde med andre ord ikke været nødvendig.

Se også i samme retning den tidligere omtalte **utrykte byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog)**, hvor domstolen ikke fandt det godtgjort, at det konkret havde været nødvendigt at offentliggøre en hel dagbog som tillæg til en avis uden tilladelse fra rettighedshaverne (“Der var og er intet i dagbogen, der kunne belyse den politiske proces i forbindelse med tilbagetrækningen. Såfremt det havde været tilfældet, kan det ikke udelukkes, at sådanne forhold kunne have haft offentlighedens interesse”).¹⁰³

Se fra svensk ret den ovenfor (afsnit 1.1.1.d og 6.2.1.a) omtalte **NJA 1985:893 (Manifestet)**, hvor nødvendighedskriteriet også vejede tungere end hensynet til offentlighedens interesse.

Se også fra østrigsk ret den ovenfor (afsnit 6.2.2) omtalte **TORD 2006:53 (FECRIS)**, hvor en forening mod sekter havde publiceret nogle dokumenter på nettet i sin helhed, og hvor retten slog fast, at en af de betingelser, der skal være opfyldt, før hensynet til ytringsfriheden kan tilsidesætte ophavsretten, er, at den krænkende ytring skal have været nødvendig for udøvelsen af ytringsfriheden.

Nødvendighedskriteriet blev også inddraget i Obersten Gerichtshofs dom af 3. oktober 2000 gengivet i **ZUM 2001:574 (Schüssels Dornen-Krone)**, hvor hensynet til ytringsfriheden legitimerede, at en avis havde gengivet billeder af en konkurrents avisforsider. Retten lagde vægt på, at det var “nødvendigt” at gengive sagsøgers forsider og billeder i deres helhed for at understøtte den kritiske påstand, som sagsøgte havde gjort gældende om sagsøger og dennes måde at fremstille et specifikt emne på i sin avis. (“Um diese Kritik zu belegen und dem Leser zu ermöglichen, sich ein eigenes Bild zu machen, ist es notwendig, die Titelblätter abzudrucken”).¹⁰⁴

Se fra fransk ret **Sté nationale de télévision France 2 c. Fabris (2003)**, hvor hensynet til ytringsfriheden i EMRK artikel 10 ikke kunne legitimere, at den franske tv-station France 2

102. Ibid., s. 1466.

103. Ibid., s. 28.

104. ZUM 2001:574 (Schüssels Dornen-Krone), s. 578. Oversættelse: “For at understøtte denne kritik og gøre det muligt for læseren at danne sig sit eget billede er det nødvendigt at aftrykke titelbladet” (min oversættelse).

som led i dækningen af en kunstudstilling gengav 12 værker af maleren Maurice Utrillo. Domstolen lagde vægt på, at det ikke havde været nødvendigt for tv-stationen at gengive værkerne for at informere seerne om udstillingen, ligesom det også blev tillagt vægt, at tv-stationen havde haft mulighed for at indhente en tilladelse (“[...] la société France 2 avait la possibilité d’informer les téléspectateurs de l’existence de l’exposition sans qu’il lui fût indispensable de représenter des oeuvres du peintre dans les conditions critiquées, ainsi que la faculté de rechercher l’autorisation [...]”).¹⁰⁵

Fra norsk ret kan også henvises til den ovenfor (afsnit 6.2.3) omtalte **Oslo Byrets dom af 27. marts 2001 (Bratlie)**, hvor et PR-bureau blev dømt for at have gengivet et fotografi uden betaling til fotografen i forbindelse med en informationskampagne om kirken holdning til homoseksualitet. Foruden at lægge vægt på misbrugskriteriet (her manglende misbrug) lagde domstolen vægt på, at PR-Bureauet godt kunne have fortalt om hændelsen med det anonyme brev uden at gengive det kommenterede billede i en ny annonce (“I tillegg kommer at selskapet etter rettens oppfatning hadde mulighet til å informere allmennheten om tildragelsen, dvs. gi informasjonen en annen form, uten å krenke Bratlies rettigheter”).¹⁰⁶

Fra svensk ret se **Stockholms Tingsrätts dom af 14. september 1998 (Religious Technology Center v. Zenon Panoussis)**, hvor det var i strid med ophavsretten, at den svenske statsborger Zenon Panoussis havde udgivet en række hemmelige Scientology-dokumenter på Internettet. De hemmelige dokumenter var normalt kun tilgængelige mod betaling og kun for de medlemmer, som havde opnået en vis grad inden for Scientology-systemet. Efter Panoussis handling kunne dokumenterne læses af alle, der besøgte hjemmesiden. Sagens primære stridspunkt var, om dokumenterne kunne anses for offentliggjorte i ophavsretslovens forstand, idet gengivelserne i så fald måske kunne legitimeres i den svenske citatbestemmelse (§ 22).¹⁰⁷ Til trods for, at dokumenterne allerede var gjort tilgængeligt for mere end 20.000 medlemmer af

105. Sté nationale de télévision France 2 c. Fabris (2003). Oversættelse: “[...] France 2 havde mulighed for at informere brugerne om udstillingens eksistens uden at præsentere malerens værker under de kritiserede formål, og havde retten til at indhente tilladelse” (min oversættelse). Dommen kan tilgås her: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007048573>>.

106. Oslo Byrets dom af 27. marts 2001 (Bratlie), s. 1160.

107. Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

Scientology, fandt både tingsretten og hovrätten, at dokumenterne ikke var offentliggjorte, og ifølge domstolenes flertal kunne hensynet til Panoussis' ytringsfrihed ikke ændre på dette resultat. Tingsretten bemærkede, at alle havde mulighed for at kritisere Scientology uden at krænke deres ophavsret. ("Personer som ogillar scientologireligionen har möjlighet att angripa eller debattera denna utan att begå intrång i RTCs upphovsrätt till olika skyddade verk. Den av Zenon Panoussis beskrivna intressekonflikten existerar således inte. Tingsrätten finner på grunda av det sagda att artikel 10 i europakonventionen inte utgör hinder mod att utdöma sanktioner mot Zenon Panoussis för intrång i RTCs upphovsrätt.")¹⁰⁸ Dommen blev stadfæstet af Svea Hovrätt, hvor flertallet med en meget kort bemærkning afviste at tage nærmere stilling til den påståede interessekonflikt mellem ophavsretten og ytringsfriheden ("Vad Zenon Panoussis har anfört om artikel 10 i Europakonventionen och bristande uppsåt föranleder inte någon annan bedömning").¹⁰⁹

Se fra tysk ret Bundesgerichtshofs dom af 16. januar 1997 givet i **GRUR 1997:459 (Cb-Infobank 2)**, hvor hensynet til offentlighedens interesse i adgang til information ikke kunne legitimere, at en bank havde tilbudt sine kunder elektronisk adgang til en række aviser uden først at klarere rettighederne hertil.

Se også fra engelsk ret **[2000] EWCA Civ 37 (Hyde Park Residence Ltd v Yelland)**, der angik offentliggørelsen af en række stillbilleder fra et overvågningskamera i den engelske avis The Sun. Billederne viste Prinsesse Diana og Dodi Fayed forlade en villa tilhørende Mohamed Al-Fayed (Dodi Fayed's far), dagen før de blev dræbt ved en bilulykke i Paris. Mohamed Al Fayed lagde efterfølgende sag an mod The Sun. En af påstandene lød, at The Sun havde krænket ophavsretten til stillbillederne ved at publicere dem uden tilladelse. The Sun gjorde omvendt gældende, at det klokkeslæt, der var anført på billederne, havde offentlighedens interesse, fordi klokkeslættet var med til at afsløre verserende rygter om parrets færden inden ulykken. Ved vurderingen af, om hensynet til offentligheden betød, at ophavsretten måtte vige for ytringsfriheden, udtalte appeldomstolen bl.a. følgende: "Copyright does not lie on the same continuum as, nor is it the antithesis of, freedom of expression. The force of an owner's interest in the protection of his copyright cannot be weighed in the same direct

108. Religious Technology Center v. Zenon Panoussis (1998), s. 50 f.

109. Ibid., s. 17.

way against a public interest in knowing the truth.”¹¹⁰ I den konkrete sag nåede appeldomstolen dog frem til, at hensynet til offentlighedens interesse ikke kunne trumfe ophavsretten og udtalte, at “[...] while they may destroy Mr Fayed’s statements about the length of time spent by the two at Villa Windsor and so to some extent undermine his reasons for suggesting that it was clear that the two were in love and intending to marry, that point, for what it was worth, could have been made sufficiently without using misappropriated copyright material.”¹¹¹ Det spillede med andre ord en afgørende rolle, at det ikke havde været nødvendigt at offentliggøre de konkrete billeder for at fortælle offentligheden om det pågældende klokkeslæt.

At der gælder et nødvendighedskriterium i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer, er også fast antaget i den retsvidenskabelige litteratur.

Nødvendighedskriteriet er således bl.a. omtalt i Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 381, hvor det hedder, at der “[i] nogle tilfælde er [...] lagt vægt på, om det har været nødvendigt at gengive den beskyttede information for at opfylde det formål, der lå bag ytringen. [...] [T]ypisk kan den information, der ønskes offentliggjort, gives, uden det er nødvendigt at gengive det konkrete værk, hvori informationen gives”. Se også mere generelt om princippet om den manglende idébeskyttelse ovenfor i afsnit 2.2.1.d.

På baggrund af ovenstående kan det konstateres, at der findes et nationalt nødvendighedskriterium, hvorefter det har betydning for den vægt, ytringsfriheden tillægges i en ophavsretssag, om budskabet kunne have været fremsat uden at krænke ophavsretten. Kunne budskabet være kommet frem uden at krænke rettighedshaverens ophavsret, taler det således ifølge ovenstående for ikke at tillægge hensynet til ytringsfriheden vægt på bekostning af ophavsretten.

Et lignende afvejningskriterium kendes ikke fra de folkeretlige afvejningskriterier, hvor afvejningskriterierne blot er delelementer i

110. [2000] EWCA Civ 37 (Hyde Park Residence Ltd v Yelland), præmis 76.

111. Ibid., præmis 78.

den samlede proportionalitetsvurdering, dvs. vurderingen af, om indgrebet var nødvendigt.

Det traditionelt strikse krav om nødvendighed i nationale ophavsretssager kunne måske indikere, at det nationale nødvendighedskriterium er en slags videreudvikling af det underliggende krav om nødvendighed, som findes i både det EU-retlige proportionalitetsprincip (se afsnit 5.2.3.b) og det menneskeretlige proportionalitetsprincip (se afsnit 4.2.5.b).

Samtidigt må det dog også konstateres, at nødvendighedskravet – i hvert fald når det anvendes i nationale ophavsretssager – oftere bruges som en slags selvstændigt afvejningskriterium end som udtryk for en proportionalitetsvurdering.

I dag ligger det imidlertid fast, at de nationale medlemsstater har både en folkeretlig og en EU-retlig forpligtelse til at sikre, at der, ved rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, oprettholdes en rimelig balance mellem de kolliderende rettigheder (se ovenfor i afsnit 4.1.4.d og 4.2.3.c). Det er derfor meget tvivlsomt, om forpligtelsen til at sikre en rimelig balance er mulig at forene med det nationale nødvendighedskriterium, fordi kriteriet i meget vidt omfang giver ophavsretten forrang for ytringsfriheden. Det er efter min vurdering tilfældet, fordi man – med henvisning til princippet om den manglende idébeskyttelse – altid vil kunne argumentere for, at ytringen kunne have været fremsat på en anden måde.

Det er klart, at et indgreb – hvad enten det foretages i ophavsretten eller i ytringsfriheden – altid skal være proportionalt, og i sagens natur ligger det da også klart, at ytringsfriheden ikke kan bruges som et *carte blanche* til at bruge beskyttede værker uden til-ladelse. Det er imidlertid også nærliggende at argumentere for, at det konflikter med princippet om rimelig balance, hvis medlemsstaten kun vurderer proportionaliteten af et indgreb i ophavsretten ud fra, om et givent budskab kunne være fremsat på en anden – ikke ophavsretskrænkende – måde. Det afgørende bør snarere være, om der i den konkrete kollisionssag er balance mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Det vil i den forbindelse være naturligt at vurdere, om et ophavsretskrænkende budskab kunne være blevet fremsat lige så effektivt på en måde, som ikke samtidigt krænkede ophavsretten. Dette understøttes også i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 309, hvor forfatteren skildrer, hvor-

dan det “[f]ørst og fremmest må [...] være en betingelse, at den brug af beskyttet stof, der er sket, var nødvendig for at komme af med et bestemt budskab” og samme forfatter s., 311, hvor det hedder at: “[...] det primære, grundlæggende kriterium bør altid være, om sagsøgtes handling var nødvendig for at komme af med et budskab, eller i hvert fald om den var rimelig og naturlig måde at gøre tingene på”.

Det er i hvert fald efter min opfattelse tvivlsomt, om det er foreneligt med EMD og EU-retten at tillægge nødvendighedskriteriet en almen, afgørende betydning i nationale sager. En fremgangsmåde, hvor nødvendighedskriteriet er det eneste afvejningskriterium, der tillægges betydning når ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer, vil derimod være i strid med kravet om rimelig balance, som i dag kræves efter både praksis fra EMD og praksis fra EU-Domstolen.

Synspunktet understøttes af Sakulin, *Trademark protection and freedom of expression*, s. 283 f., der stiller sig kritisk over for et lignende nødvendighedskriterium i varemærkeretten: “The application of such an alternative means test or necessity test will always play a role in a balancing process. However, if it becomes the only decisive consideration, it would be an unjustified bias of the law [...]. If no other consideration can overrule the requirement of necessity [...], the necessity or alternative means test would completely reverse the proportionality test contained in Article 10.2 ECHR.”

På trods af ovenstående står det dog også klart, at nødvendighedskriteriet ikke i praksis opfattes som udtryk for nogen ufravigelig betingelse. Således er der allerede flere eksempler på sager fra ind- og udland, hvor hensynet til ytringsfriheden har været i stand til at tilsidesætte hensynet til rettighedshaveren, også selvom ytringen kunne være fremkommet uden at krænke ophavsretten.

Se f.eks. fra dansk ret **UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue)**, der tillod Bjørn Nørgaard at bruge billeder af Den Lille Havfrue i en kolage, der skulle markere H.C. Andersen-året, og hvor det er svært at se, at brugen var “nødvendig” i den sammenhæng.

Der kan også henvises til den hollandske **Gerektshof’s-Gravenhages dom af 4. september 2003 (Scientology v. providers and Karin Spaink)**, der tillod offentliggørelse af hemmelige Scientology-dokumenter, som vel lige så godt kunne have været refereret.

På samme måde kunne man argumentere for, at det ikke var nødvendigt at bruge billedkunstneren Ludwig Gies' ørnefigur i **NJW 2003:3633 (Gies Adler)** for at latterliggøre den tyske skattelovgivning. Det er vel også givet, at man i **GRUR 1978:108 (Der Spiegel)** kunne have beskrevet med ord, hvordan Der Spiegel havde fungeret som talerør for Baader-Meinhof-gruppen uden at bringe ophavsretligt beskyttede billeder.

6.2.5. Andre hensyn

Andre hensyn end de allerede ovenfor anførte kan måske også spille ind ved afvejningen af ophavsretten over for ytringsfriheden. Således så man f.eks. både i **UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue)** og i **UfR 2009.875 Ø (Hornsleth)**, hvordan domstolen tillagde formålet med kollagen selvstændig betydning i forbindelse med den konkrete hensynsafvejning.

Se f.eks. domstolens udtalelse i **UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue)**, hvor formålet med kollagen betød, at havfruens beskyttelsesbredde blev mindre, hvilket muliggjorde, at hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed var i stand til at trumfe hensynet til ophavsretten ("[...] anvendelsen af fotografierne har en særlig baggrund. Værket er således udarbejdet i anledning af H.C. Andersen-året og vedrører H.C. Andersens eventyr om "Den Lille Havfrue". Bjørn Nørgaard ønskede at gå dybere ind i fortællingen og pege på forskellige tolkninger illustreret bl.a. ved anvendelse af Edvard Eriksens nationalromantiske figur og sin egen "genmodificerede" havfrue. 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 krænket").¹¹²

Se også i samme retning (men med modsat udfald) **UfR 2009.875 Ø (Hornsleth)**, hvor en collagekunstner havde bragt et portrætfoto af en journalist i en meget pornografisk collage. Portrætfotoet af journalisten var klippet ud og indsat i kollagen, så det så ud, som om hun deltog i et krævende sexorgie sammen med tre andre deltagere. Her var formålet med kollagen – ifølge kunstneren selv at give "[...] en kommentar til den uretfærdighed,

112. UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue), s. 881.

han oplevede ved en artikel, [journalisten] skrev om “The Ivy”, der blev drevet af en af sagsøgtes venner. Sagsøgte ønskede at give en satirisk, humoristisk kommentar om, at hun måtte lære kærligheden at kende. Collagen var et debatindlæg. Han ønskede at skabe et værk ud af situationen”.

6.3. Sammenfatning

Kapitel 6 har undersøgt forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden i national ret. Formålet med kapitlet var at identificere, hvad det er for afvejningsfaktorer, de nationale domstole inddrager og tillægger vægt, når ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at der findes mindst fire relevante afvejningskriterier, som de nationale domstole typisk inddrager og tillægger vægt.

Det første afvejningskriterium er hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans (se afsnit 6.2.1). Kriteriet lægger op til en vurdering af, dels i hvilken udstrækning den ophavsretsstridige ytring vedrører et samfundsrelevant emne, dels hvor meget ytringen bidrager til en debat af offentlig interesse. Jo mere den ophavsretsstridige ytring bidrager til en debat af offentlig interesse, jo mere taler det for at tillægge hensynet til ytringsfriheden vægt på bekostning af ophavsretten. Der er flere faktorer, der kan tale i retning af, at en i udgangspunktet ophavsretsstridig ytring kan være i offentlighedens interesse. En af disse faktorer er hensynet til pressens public watchdog-funktion. Jo mere den påstået ophavsretsstridige ytring er udtryk for, at pressen har handlet som public watchdog, jo mere taler det for at tillægge hensynet til ytringsfriheden vægt på bekostning af ophavsretten (se afsnit 6.2.1.a). Et andet forhold, som kan have indflydelse på, hvor samfundsmæssigt relevant den påstået ophavsretskrænkende ytring er, er, i hvilket omfang den vedrører noget politisk (se afsnit 6.2.1.b). Et tredje hensyn, der kan tale i retning af, at man har at gøre med en samfundsmæssig relevant ytring, er, om den påstået ophavsretsstridige ytring fremsættes af kunstneriske grunde, f.eks. ved, at det beskyttede stof indgår i et kunstnerisk værk (se afsnit 6.2.1.c).

Det andet afvejningskriterium er *vindingskriteriet*. Ved vindingskriteriet har det betydning, om den tilsyneladende ophavsretsstridige ytring fremsættes med økonomisk vinding for øje, og/eller om den er

egnet til at genere rettighedshaveren økonomisk. Bruges et værk med økonomisk vinding for øje, og påfører brugen rettighedshaveren et økonomisk tab, taler det imod, at hensynet til ytringsfriheden vil blive tillagt vægt på bekostning af ophavsretten i en national kollisions sag mellem ophavsretten og ytringsfriheden (se afsnit 6.2.2).

Det tredje afvejningskriterium – *misbrugskriteriet* – lægger op til en vurdering af, om ophavsretten er brugt til at undertrykke kritik eller til at modvirke, at en sandhed kommer frem. Misbruges ophavsretten, taler det for at tillægge hensynet til ytringsfriheden vægt på bekostning af ophavsretten (se afsnit 6.2.3).

Efter det fjerde afvejningskriterium – *nødvendighedskriteriet* – har det betydning, om det er nødvendigt at krænke ophavsretten for at få ytringen ud. Har det ikke været nødvendigt at krænke ophavsretten for at få ytringen ud, anses det i national ret for en faktor, der taler for at tillægge hensynet til ophavsretten vægt på ytringsfrihedens bekostning. For ikke at være i strid med kravet om rimelig balance, som kræves efter både praksis fra EMD og praksis fra EU-Domstolen, er det en forudsætning, at nødvendighedskriteriet ikke tillægges en almen afgørende betydning i sager, hvor ophavsretten kolliderer med ytringsfriheden (se afsnit 6.2.4).

DEL 3
AFSLUTTENDE DEL

Kapitel 7

Sammenfatning og perspektivering

7.1. Sammenfatning af afhandlingens analyser

I afhandlingens kapitel 1 blev banen kridtet op for afhandlingens overordnede emne og problemstilling. Gennem et miljøbillede skildredes de væsentligste faktorer, der har bidraget til det nuværende forhold mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Fra at blive opfattet som et retsområde helt immunt over for ytringsfriheden indgår ytringsfriheden nu i stigende grad i nationale ophavsretssager. Følgende faktorer har især bidraget til denne udvikling:

- Der er kommet et nyt syn på grundrettighedernes rolle i nationale sager (se afsnit 1.1.2.a),
- Ophavsretten er blevet løbende styrket på bekostning af ytringsfriheden (se afsnit 1.1.2.b),
- Vedtagelsen af TRIPS-aftalen har bidraget til denne styrkelse og har også medført, at ophavsretten er kommet i FN's søgelys (se afsnit 1.1.2.c),
- Den måde, ophavsretslovgivningen er bygget op på, har medført, at lovgivningen har haft svært ved at følge med den teknologiske udvikling (se afsnit 1.1.2.d).

I kapitel 1 blev der herefter redegjort for de juridiske udfordringer, der kan opstå, når hensynet til ytringsfriheden inddrages i ophavsretssager. Inddragelsen kan ske ved, enten at ytringsfriheden bruges til at fortolke de eksisterende indskrænkningsbestemmelser udvidende, eller at ytringsfriheden fører til helt at tilsidesætte de ophavs-

retlige regler. Det blev påpeget, at inddragelsen af ytringsfriheden i nationale ophavsretssager for det første kan gøre sagerne uforudsigelige, ligesom det for det andet kan være et tegn på, at de eksisterende afbalanceringsmekanismer i ophavsretten ikke længere opfylder deres funktion tilfredsstillende (se afsnit 1.2).

Dette ledte videre til afhandlingens overordnede formål, som var *at afdække, på hvilke punkter den ophavsretlige balance ikke er optimal, samt at identificere de afvejningsfaktorer, der i praksis tillægges betydning i sager, hvor ophavsretten kolliderer med ytringsfriheden*. Det er dermed ambitionen at påvise, at det gennem analyser af domspraksis er muligt at identificere, hvilke afvejningskriterier der kan inddrages i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. Afhandlingens analyser skulle gerne bidrage til at identificere områder, hvor den aktuelle ophavsretlige balance ikke er optimal, og hvor der derfor er behov for justeringer. Desuden tilsigter afhandlingen at gøre det mere tydeligt for retsanvendere, hvilken rolle ytringsfriheden spiller i ophavsretssager, og hvornår det kan være relevant eller irrelevant at påberåbe sig ytringsfrihed i en ophavsretssag. Se nærmere afsnit 1.2.

Afhandlingen opstiller to overordnede forskningsspørgsmål:

1. Kan kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden lede til problemer, der ikke kan løses inden for det ophavsretlige system selv?
2. Er det muligt at identificere generelle kriterier, der er egnet til at løse kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden i forskellige typer af ophavsretssager?

Kapitel 2 identificerer ophavsrettens interne afbalanceringsmekanismer og klarlægger deres nærmere indhold. Kapitlet konkluderer, at ophavsrettens interne afbalanceringsmekanismer efterhånden er blevet underlagt så mange betingelser, at deres praktiske anvendelighed kan diskuteres.

Kapitel 3 beskriver ytringsfrihedens nærmere indhold og bagvedliggende rationaler. Kapitlet konkluderer, at hensynet til ytringsfriheden primært begrundes ud fra følgende tre rationaler: hensynet til demokratiet, hensynet til sandheden og hensynet til individet. Kapitlet konkluderer, at de tre rationaler kan være relevante for den

vægt, ytringsfriheden tillægges i sager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer.

Afhandlingens bærende kapitler er kapitel 4-6, der undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden i praksis.

Kapitel 4 undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Som beskrevet i kapitlet har EMD slået fast, at ophavsretten ikke længere er immun over for ytringsfriheden, men derimod, at de nationale domstole – i alle sager, hvor ophavsretten potentielt udgør et indgreb i ytringsfriheden – har pligt til at sikre, at der foretages en konkret afvejning mellem hensynet til ytringsfriheden og hensynet til rettighedshaveren. Det begrænsede antal sager (to), hvor EMD har forholdt sig til rettighedskollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, gør det relevant også at undersøge Menneskerettighedsdomstolens praksis i andre typer af sager, hvor ytringsfriheden kolliderer med andre grundlæggende rettigheder. Analysen viser, at der findes et overordnet afvejningskriterium – hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans – som i praksis påvirkes af forskellige underliggende afvejningskriterier. Det er desuden muligt at identificere otte relevante afvejningskriterier, der primært inddrages i andre typer rettighedskollisioner, hvor hensynet til ytringsfriheden er på spil, men som samtidig må anses for at have en så generel karakter, at de også må være relevante i kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Der er tale om følgende kriterier:

- Hensynet til pressens public watchdog-funktion (se afsnit 4.2.1.a)
- Hensynet til ytringens politiske karakter (se afsnit 4.2.1.b)
- Hensynet til ytringens kunstneriske karakter (se afsnit 4.2.1.c)
- Hensynet til ytringens kommercielle karakter (se afsnit 4.2.1.d)
- Hensynet til, om offeret er en kendt person (se afsnit 4.2.1.e)
- Hensynet til klagerens tidligere opførsel (se afsnit 4.2.1.f)
- Hensynet til sanktionens kølende effekt (se afsnit 4.2.1.g)
- Hensynet til den svære afbalancering (se afsnit 4.2.1.h)

Kapitel 5 undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden ved EU-Domstolen. Analysen viser, at der er sket en betydelig ændring i EU-Domstolens tilgang til forholdet mellem ophavsretten

og ytringsfriheden. Hvor hensynet til ytringsfriheden generelt ikke var noget, som indgik i EU-Domstolens overvejelser i ophavsretssager før 2009, er der efter 2009 sket en markant ændring. Den primære årsag hertil kan tilskrives charterets ophøjelse til primær retskilde. Kapitlets vigtigste resultat er, at EU-Domstolen nu gentagne gange har slået fast, at medlemsstaterne ved kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden har pligt til at sikre en rimelig balance mellem ophavsretten og ytringsfriheden. Det har ikke været muligt at identificere særlige EU-retlige afvejningsfaktorer. Kapitellet konkluderer dog, at de afvejningsfaktorer, der kan påvirke den rimelige balance ved EU-Domstolen, grundlæggende er de samme som dem, der kan påvirke balancen ved EMD.

Kapitel 6 undersøger forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden i national europæisk ret med særligt henblik på de nordiske lande. En analyse af domspraksis viser, at der også i national ret er sket betydelige ændringer i den måde, forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden håndteres på. De nationale domstole er således – ligesom EU Domstolen – ved at indstille sig på, at ytringsfriheden rent faktisk kan spille en rolle i ophavsretssager. En analyse af domspraksis fører til en identifikation af følgende afvejningskriterier i national ret:

- Hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans (se afsnit 6.2.1)
 1. hensynet til pressens public watchdog-funktion (se afsnit 6.2.1.a)
 2. hensynet til ytringens politiske karakter (se afsnit 6.2.1.b)
 3. hensynet til ytringens kunstneriske karakter (se afsnit 6.2.1.c)
- Vindingskriteriet (se afsnit 6.2.2)
- Misbrugskriteriet (se afsnit 6.2.3)
- Nødvendighedskriteriet (se afsnit 6.2.4)

De identificerede afvejningskriterier i kapitel 6 gav anledning til en nærmere undersøgelse af, om de nationale kriterier er i overensstemmelse med de folkeretlige kriterier og kravet om rimelig balance. Resultatet er:

For så vidt angår hensynet til *ytringens samfundsmæssige relevans* stemmer det nationale afvejningskriterium helt overens med EMD's praksis (se afsnit 4.2.1). Hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans i nationale ophavsretssager giver således ikke anledning til udfordringer. På samme måde ligger det fast, at det generelt er de samme hensyn ved EMD og i national ret, der kan påvirke vurderingen af, om en ytring er samfundsmæssigt relevant og dermed i sidste ende den vægt, hensynet til ytringsfriheden tilskrives i en konkret sag. Fælles for både EMD's praksis og de nationale domstole er, at vurderingen af ytringens samfundsmæssige relevans påvirkes af:

- Hensynet til pressens public watchdog-funktion (se afsnit 4.2.1.a og 6.2.1.a)
- Hensynet til den anfægtede ytrings politiske karakter (se afsnit 4.2.1.b og 6.2.1.b)
- Hensynet til den anfægtede ytrings kunstneriske karakter (se afsnit 4.2.1.c og 6.2.1.c)

For så vidt angår det, der her i afhandlingen er kaldt vindingskriteriet, ligger det fast, at dette afvejningskriterium er et relevant afvejningskriterium i nationale ophavsretssager, hvor ophavsretten og ytringsfriheden er på kollisionskurs. Sker der brug af beskyttet stof med henblik på at tjene penge på bekostning af rettighedshaverne, taler det generelt for, at hensynet til ophavsretten skal veje tungere end hensynet til ytringsfriheden. Et egentligt vindingskriterium kendes ikke fra EMD's praksis. Derimod er det fast antaget ved EMD, at kommercielle ytringer har en mindre vidtgående ytringsfrihedsbeskyttelse. Desuden følger det af EMDs praksis, at staterne er overladt et vidtgående skøn med hensyn til, hvornår ytringsfrihedshensyn skal kunne fortrænge eller påvirke kolliderende regler. Kapitlet konkluderer på den baggrund, at vindingskriteriet er foreneligt med doms-praksis fra EMD (se afsnit 6.2.2).

I national ret lægges også vægt på det, der her i afhandlingen er kaldt et misbrugskriterium. Kriteriet går ud på, at det kan have betydning for afvejningen mellem ophavsretten og ytringsfriheden, om rettighedshaveren så at sige misbruger ophavsretten. Kriteriet eksistens understøttes både af dansk litteratur og en række udenlandske domme. Kapitlet konkluderer, at misbrugskriteriet er i overens-

stemmelse med både EMRK og charteret, fordi det både følger af EMRKs artikel 17 og charterets artikel 54, at det ikke er tilladt at misbruge grundrettigheder.

For så vidt angår det nationale nødvendighedskriterium, konkluderer kapitel 6, at det kan have betydning for afvejningen mellem ophavsretten og ytringsfriheden i national ret, om den potentielt ophavsretskrænkende ytring kunne have været fremsat på en måde, som ikke krænker ophavsretten. Er dette tilfældet, taler det efter en traditionel opfattelse for, at ytringsfriheden ikke tillægges vægt i afvejningen. Kapitlet konkluderer imidlertid også, at det er tvivlsomt, om denne fremgangsmåde altid vil være i overensstemmelse med princippet om den rimelige balance, der kræves efter både EMD og EU-Domstolens nyere praksis. I bestræbelsen på at sikre en rimelig balance mellem ophavsretten og ytringsfriheden må det afgørende i stedet være, om ytringsfrihedskonform fortolkning af de ophavsretlige regler – som anført af Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 311 – afspejler en “rimelig og naturlig måde at gøre tingene på”, jf. også ovenfor i afsnit 6.2.4.

Sammenfattet konkluderes det, at de nationale afvejningskriterier grundlæggende er i overensstemmelse med de kriterier, der anvendes ved EMD. Det eneste afvejningskriterium, der indebærer en udfordring, er således nødvendighedskriteriet, der – i de ophavsrets-sager, hvor kriteriet anvendes på mere bombastisk måde og fremstår som den afgørende afvejningsfaktor – formentlig konflikter med kravet om den rimelige balance.

For så vidt angår besvarelsen af forskningsspørgsmål 1 – Kan kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden lede til problemer, der ikke kan løses inden for det ophavsretlige system selv? – må det på baggrund af afhandlingens analyser konstateres, at spørgsmålet må kunne besvares bekræftende. Det kan konkluderes, at der kan opstå kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden, som ophavsrettens egne interne afbalanceringsmekanismer ikke altid selv kan løse, og hvor hensynet til ytringsfriheden må inddrages.

Afhandlingens analyser tillader også en bekræftende besvarelse af forskningsspørgsmål 2 – Er det muligt at identificere generelle kriterier, der kan bruges til at løse kollisioner mellem ophavsretten og ytringsfriheden i forskellige typer af ophavsretssager?

De identificerede afvejningskriterier er:

- Hensynet til ytringens samfundsmæssige relevans, herunder
 1. Hensynet til pressens public watchdog-funktion
 2. Hensynet til ytringens politiske karakter
 3. Hensynet til ytringens kunstneriske karakter
 4. Hensynet til ytringens kommercielle karakter
 5. Hensynet til, om offeret er en kendt person
 6. Hensynet til klagerens tidligere opførsel
 7. Hensynet til sanktionens kølende effekt
- Hensynet til den svære afbalancering
- Vindingskriteriet
- Misbrugskriteriet
- Nødvendighedskriteriet

7.2. Perspektivering

Det er nærliggende at se afhandlingens resultater som et symptom på nogle større og mere generelle forandringer i samfundet. Det er således givet, at tendensen til at foretage ytringsfrihedsvenlige fortolkninger af de ophavsretlige regler er et tegn på, at ophavsretten måske er blevet for rettighedshavervenlig.

Et af de steder, hvor ophavsretten er blevet styrket til fordel for rettighedshaverne, men på bekostning af brugerne, er i forbindelse med den ophavsretlige beskyttelsestid for litterære og kunstneriske og litterære værker. Den blev i 1995 forlænget fra 50 til 70 år fra ophavsmandens død på baggrund af det tidligere omtalte beskyttelsestidsdirektiv (se også afsnit 1.1.2.b). Også på andre af ophavsrettens områder er beskyttelsestiden blevet forlænget. I 2013 valgte man således at foretage en forlængelse af beskyttelsestiden for udøvende kunstneres ret til egne fremførelser fra 50 år til 70 år (løbende fra det tidspunkt, fremførelsen fandt sted), ligesom man også valgte at forlænge beskyttelsestiden for fremstillere af lydoptagelser fra 50 til 70 år (løbende fra det tidspunkt, lydoptagelsen fandt sted, eller fra første udgivelse). Forlængelser af den ophavsretlige beskyttelsestid er noget, der generelt har været genstand for kritik af ophavsretsjurister

rundt omkring i verden.¹ Kritikken skal måske ses i lyset af, at der sjældent er nogen egentlig sammenhæng mellem sådanne forlængelser og ophavsrettens bagvedliggende rationaler. Ser man f.eks. på det bagvedliggende hensyn til ophavsmanden, vil de fleste formentlig kunne nå til enighed om, at ophavsmanden har et berettiget krav på at nyde godt af frugterne af sit arbejde i sin egen levetid. Forlængelsen af beskyttelsestiden for kunstneriske og litterære værker vedrører imidlertid ikke ophavsmandens ret til at høste frugterne af sin arbejdskraft, men kommer højst arvinger og kommercielle aktører til gode. På samme måde kan det være svært at gennemskue, hvorvidt det er den udøvende kunstner, der nyder godt af forlængelsen af beskyttelsestiden for lydoptagelser, eller om det i virkeligheden er det bagvedliggende pladeselskab, der spinder guld på forlængelsen. Måske er det dog især den manglende sammenhæng mellem forlængelsen af beskyttelsestiden og et andet bagvedliggende hensyn – *hensynet til samfundet* – der giver anledning til den største kritik. Det sidstnævnte hensyn går som bekendt ud på, at ophavsretten skal fungere som en slags incitamentsmotor for innovation og kreativ virksomhed. Det er imidlertid meget svært at forestille sig, hvordan en forlængelse af beskyttelsestiden i perioden efter ophavsmandens død er i stand til at motivere den konkrete ophavsmand til at skabe flere værker i sin levetid.

Et andet sted, hvor ophavsretten er blevet betydeligt mere rettighedshavervenlig og mindre brugervenlig, er på den digitale front. I dansk ret valgte man f.eks. i 2003 at stramme reglerne for, hvornår man lovligt kan foretage digital privatkopiering.² Resultatet er, at det efter den danske ophavsretslovs § 12 kun er tilladt at digitalkopiere værker bortset fra computerprogrammer og databaser, hvis kopieringen sker til personlig brug. Det er desuden en betingelse, at det, der kopieres fra, ikke er lånt eller lejet. Endvidere har europæisk ophavsret fået regler, der skal beskytte mod omgåelse af DRM-teknologi, herunder kopispæringer og andre former for adgangskontrollerende indretninger.³ DRM-teknologi gør det f.eks. muligt for online-ud-

1. Se f.eks. Rosenmeier, NIR 2005, s. 534. Se også Breyers dissens i den amerikanske højesteretsdom *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), s. 245 ff.

2. Lov nr. 997 af 9. december 2003.

3. Reglerne om DRM-teknologi er bl.a. reguleret i ophavsretslovens § 75 c, stk. 1, hvorefter det ikke er “[...]” tilladt uden samtykke fra rettighedshaveren at foretage

bydere af digital musik, film og bøger at kontrollere, hvor mange gange man spiller en bestemt sang, ser en bestemt film eller læser en bestemt bog. Det er også på grund af denne teknologi, man normalt ikke kan lægge sine fysiske DVD'er ind som digitale filer i sin computer. Ønsker man at se sine lovligt indkøbte DVD-film, mens man er på ferie på Mallorca, er man således tvunget til enten at tage de fysiske DVD'er med i en ekstra kuffert, købe filmen én gang til som digital fil, eller man kan vælge at bryde kopispærringen. Sidstnævnte er utvivlsomt en omgåelse af DRM teknologi.⁴ Flere forfattere har påvist, at reglerne om DRM-teknologi er samfundsøkonomisk angribelige.⁵

En anden udfordring af den digitale virkelighed er reglerne for *streaming*. Efter de nugældende regler er det f.eks. i strid med ophavsretsloven at se et ophavsretligt beskyttet videoklip på YouTube eller Facebook, hvis videoklipet er lagt op uden rettighedshaverens samtykke. Baggrunden er, at der i ophavsretlig forstand sker midlertidig eksemplarfremsstilling. Det er evident, at reglerne kriminaliserer store dele af befolkningen. Hensigtsmæssigheden heraf kan givetvis diskuteres.

Også andre ting tyder på, at forholdet mellem rettighedshavere og brugere ikke længere balancerer optimalt. Det kan f.eks. konstateres, at EU-Domstolen som tidligere nævnt (afsnit 2.2.2.e) har fundet det nødvendigt at udvide anvendelsesområdet for parodireglen, således at reglen nu også tillader brug af værker til at parodiere andet

omgåelse af effektive tekniske foranstaltninger". Bestemmelsen blev indført i ophavsretsloven ved lov nr. 1051 af 17. december 2002 og havde til formål at implementere infococ-direktivets artikel 6, stk. 1-3.

4. Se dog Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 322, hvor forfatterne bl.a. henviser til daværende kulturminister Brian Mikkelsens svar på spørgsmål nr. 38 (L 19 bilag 111.), hvori ministeren bl.a. udtaler, at "[...] det ikke er forbudt at omgå en teknisk foranstaltning, som har til formål at hindre eller besværliggøre den personlige tilegnelse af et værk m.v. Afspilningen af eksempelvis en cd eller en dvd-film er ikke en ophavsretligt relevant handling, og de tilfældige og flygtige fikseringer, der måtte opstå som led i denne proces, ændrer ikke på dette faktum".
5. Se f.eks. Riis, *Ophavsretlige selvhjælpsforanstaltninger*, s. 425-446. Se bl.a. s. 445, hvor forfatteren, med henvisning til reglerne om tekniske beskyttelsesforanstaltninger, konkluderer, at der er "[...] en risiko for at teknologien og markedsforholdene udvikler sig på en sådan måde at ophavsretten bliver en utålelig byrde for samfundet".

end værket selv. Også EU-Domstolens linje i sager om internet-linking afspejler forståelse for, at ophavsretten ikke må blive for stærk på bekostning af brugerhensyn. Mens det førhen var en udbredt opfattelse, at det krævede tilladelse at linke til beskyttet stof på nettet, har EU-Domstolen nu slået fast i **C-466/12 2014 (Svensson)** og **C-348/13 2014 (Bestwater)**, at linking til beskyttet materiale er lovligt, så længe det, der linkes til, er lagt op med ophavsmandens tilladelse, og så længe linket ikke bruges til at omgå DRM-teknologi, herunder ved at give adgang til stof på lukkede internetsider. De to afgørelser er derudover for nyligt blevet suppleret af **C-160/15 2016 (GS Media BV)**, hvor Domstolen strækker retten til linking endnu videre ved at slå fast, at det nu også kan være lovligt at linke til ulovligt uploadet materiale, så længe linkeren ikke har kendskab til, at det beskyttede materiale er lagt op uden rettighedshaverens accept. Det virker sandsynligt, at Domstolens nye praksis på linking-området kan ses som et tegn på, at EU-Domstolen nu anerkender, at ophavsretten er blevet for stærk, og at behovet for at give brugerne friere tøjler er nødvendigt for at bevare ophavsrettens legitimitet.

Også andre ting tyder på, at ophavsretten har brug for et eftersyn.⁶ Eksempelvis behøver man ikke bevæge sig særligt langt væk fra Danmarks grænser, før man møder politiske partier, hvis grundlæggende mission det er at få ændret de ophavsretlige regler i mere brugervenlige retninger. Her kan blandt henvises til både det svenske og det islandske piratparti. Sidstnævnte opnåede 14,5 % af stemmerne ved det islandske valg i 2016.

Der kan også henvises til den omfattende kritik af ophavsretten som værende utilstrækkelig, som i de senere år er blevet fremført fra personer, der ønsker indført forskerundtagelser. Se f.eks. Casper Tybjergs indlæg på UBVA-symposiet 2011, hvor oplægsholderen beskriver, hvordan ophavsretten reelt afskærer forskere inden for film- og medievidenskab fra at vise stillbilleder fra film i lærebøger og undervisningsmateriale, fordi det ikke er tilladt at citere stillbilleder fra film efter den danske ophavsretslov.⁷

6. Se også Rosenmeier, NIR 2005, s. 534, hvor forfatteren skildrer, hvordan ophavsretten “[...] efterhånden er ved at blive så stærk, at det næsten kan være svært at leve med den”.

7. Tybjergs indlæg på UBVAs Ophavsretssymposium (2011), “Ophavsretten og videnskaben, <http://ophavsretten-brugerne.greatdane.dk/?page_id=493> (set den

Sidstnævnte problemstilling har været genstand for behandling i mindst én amerikansk retssag. I **Time Inc. v. Bernard Geis Associates**, 293 F.Supp. 130 (1968) nåede en amerikansk distriktsdomstol frem til, at det var i orden, at en forfatter havde brugt 22 beskyttede stillbilleder fra den beskyttede amatør-smalfilms-optagelse af Kennedy-drabet på trods af brugens umiddelbare ophavsretskrænkende karakter. Stillbillederne var blevet brugt i en bog, der var sig kritisk over for en officiel undersøgelsesrapport, som var blevet lavet kort efter drabet.⁸ Ved vurderingen af, om brugen af stillbillederne kunne tillades, lagde domstolen vægt på, at hensynet til offentlighedens interesse, herunder offentlighedens ret til at have den fulde adgang til information vedrørende drabet vejede tungere end de rettigheder der måtte være tilknyttet billedet (“[t]here is a public interest in having the fullest information available on the murder of President Kennedy”).⁹

Som anført ovenfor og i det indledende kapitel afsnit 1.1.2 er det formentlig en kombination af mange forskellige ting, der har ført til, at ophavsretten er blevet så stærk, som den fremstår i dag. Ophavsretten beskytter mere og mere, og den beskytter værkerne i meget længere tid, jf. afsnit 1.1.2.b. Sammenholder man den løbende styrkelse af ophavsretten (se afsnit 1.1.2.b), undtagelsesbestemmelsernes manglende fleksibilitet (se afsnit 1.1.2.b og afsnit 2.2.2) og EU-retts tunge lovgivningsmølle med det nye syn på grundrettigheder (beskrevet ovenfor i afsnit 1.1.2.a), er det ikke overraskende, at man fra national side i visse situationer har valgt at bruge ytringsfriheden som en sikkerhedsventil til at genskabe noget af den tabte balance.

Indtil der sker mere drastiske revisioner på EU-niveau af den måde, det ophavsretlige system er bygget op på, må det dog forventes, at behovet for at inddrage ytringsfrihed i ophavsretssager kun vil stige i takt med den teknologiske udvikling.¹⁰ Indtil det sker, kan

30. oktober 2016). Se også i samme retning Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 274, hvor forfatterne kritiserer reglen om, at man ikke må citere stillbilleder fra film.

8. Se også Fraser, Cardozo Arts & Ent.L.J. 1998, s. 21, hvor sagen omtales som værende “[t]he case most responsible for firing the debate over the First Amendment implications of federal copyright law”.

9. Time Inc. v. Bernard Geis Associates, 293 F.Supp. 130 (1968), s. 146.

10. Dette understøttes også af Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 265.

afhandlingens resultater forhåbentlig assistere med at gøre disse sager mere gennemskuelige og forudsigelige.

EU-Domstolen og EMD har slået fast, at de nationale domstole skal foretage en konkret hensynsafvejning, når ophavsretten og ytringsfriheden kolliderer. I praksis betyder dette, at de nationale domstole er forpligtet til at foretage en konkret proportionalitetsvurdering i alle de sager, hvor brugen af et beskyttet værk ikke er til ladet efter de almindelige bestemmelser. Det betyder givetvis også, at de nationale domstole dermed er forpligtet til at tilsidesætte eksisterende lovbestemmelser, hvis ophavsretten udgør et indgreb i ytringsfriheden, som ikke kan anses for proportionalt. Vurderingen af, om et konkret indgreb i ophavsretten er proportionalt, kan – selv ved inddragelse af konkrete afvejningsfaktorer – stadig være meget uforudsigelig.

En betragtning, der i øvrigt også understøttes af Fenger, der skil-
drer hvordan “[a]fvejningen af modstridende saglige værdier [...] per definition [har] karakter af en vag og elastisk standard, som i den praktiske udfyldning nødvendigvis må være præget af den enkelte retsanvenders individuelle intuitive retspolitiske standpunkter”.¹¹

Det er derfor et basalt spørgsmål, om det er optimalt at lade det være op til den dømmende magt at afgøre, om ophavsretligt begrundede indgreb i ytringsfriheden er proportionale, eller om en del af dette ansvar bør føres tilbage til lovgiver. Det kunne f.eks. ske ved, at man fra lovgivers side justerede på ophavsrettens eksisterende afbalance-
ringsmekanismer, så de i højere grad afspejler den aktuelle ophavsret-
lige virkelighed. Det er f.eks. af diskutabel hensigtsmæssighed, at vi stadig har bestemmelser, der kriminaliserer store dele af befolk-
ningen, fordi de offentliggør eller tilgår beskyttet stof på Facebook, Instagram, YouTube og andre sociale netværkstjenester. På samme måde kan man drøfte, om det er holdbart, at et værk altid skal være

11. Fenger, UfR 2014B, s. 5. Se også Mads Bryde Andersens indlæg på UBVAs Ophavsretssymposium 2010, hvor oplægsholderen behandler den grundlæggende problematik om magtfordeling, herunder hvorvidt det er domstolene eller lovgiver, der skal bestemme, hvilke undtagelsesbestemmelser der gælder til ophavsretten. Symposiumet er tilgængeligt som web-tv på <www.ubva.dk>.

offentliggjort, før man må citere fra det (se også afsnit 2.2.2.a). I samme retning virker det heller ikke særligt nutidigt, at man ikke må citere stillbilleder fra film efter ophavsretslovens § 22, jf. lige ovenfor. Som det ser ud nu, er der dog ingen tegn på, at de ophavsretlige undtagelser vil blive udvidet i synderlig grad. Tværtimod bevirker den tætte EU-harmonisering af de ophavsretlige undtagelser, især i infococ-direktivet, at de nationale lovgivende myndigheder får færre og færre muligheder for selv at indføre nye ophavsretlige undtagelser. At domstolene inddrager ytringsfrihedshensyn i konkrete ophavsrets-sager, vil dermed også fremover være en af de få måder, hvorpå man kan tage trykket af den ophavsretlige kedel og skabe konkret rimelige resultater i tilfælde, hvor de ophavsretlige regler trækker i urimelige retninger.

Samme formål kan i et vist omfang opfyldes af det ulovbestemte ophavsretlige princip *De minimis non curat lex*, dvs. "retten er ligeglad med bagateller".¹² Det gælder ikke mindst i situationer, hvor en traditionel anvendelse af ophavsretlige regler ville resultere i noget, der fremstår som misbrug af ophavsretten.¹³ Det anses f.eks. bl.a. for at skyldes de minimis-princippet, at man ikke behøver at indhente en tilladelse fra ophavsmanden ved en "helt bagatelagtig værksudnyttelse",¹⁴ og at det f.eks. er tilladt at fløjte på gaden uden at betale til KODA.¹⁵ Desuden, og lige så vigtigt, indebærer de minimis-princippet, at det kan være lovligt at bruge et værk på en måde, der er helt atypisk og ikke i strid med den beskyttelsesinteresse, der ligger bag de ophavsretlige regler.¹⁶

12. Læs mere om princippet hos Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 395 ff., Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 288 ff. og Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, s. 90 ff.

13. Se også Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 395 ff., hvor forfatteren anfører, hvordan de minimis-princippet har karakter af en informationsretlig grundsætning.

14. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 289.

15. Generelt om de minimis-princippet se Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 288 ff., Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*, s. 395 ff. For en omfattende historisk beskrivelse af princippet se Veech/Moon, *Mich.L.Rev.* 1947, s. 537 ff.

16. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave), s. 290.

I praksis foretog Højesteret en implicit henvisning til de minimis-princippet i **UfR 1997.691 H (Pengesedlerne)**, hvor det ikke var en krænkelse af ophavsretten til de danske pengesedler, at nogle ugeblade havde brugt de danske pengesedler som blikfang i en række reklamer for nogle pengekonkurrencer. I den konkrete sag udtalte Højesteret, at det “[...] ved fastlæggelsen af beskyttelsens omfang [måtte] tages i betragtning, at pengesedlers primære formål [var] at repræsentere en økonomisk værdi”. Herefter nåede Højesteret frem til følgende: “I de påtalte tilfælde er pengesedlerne hverken gengivet i deres helhed eller i normal eller blot tilnærmelsesvis normal størrelse, men i bundter, vifter eller lignende på fotos, der indgår som en del af reklamer for præmiekonkurrencer. I en sådan sammenhæng er pengesedlernes symbolværdi det afgørende, mens gengivelserne af sedlerne som kunstværker er af uvæsentlig betydning”.¹⁷

Princippet blev inddraget mere direkte i den amerikanske ophavsretssag **Sandoval v. New Line Cinema Corp., 147 F.3d 215 (1998)**, hvor det ikke var en krænkelse af ophavsretten, at der var blevet gengivet en række fotografier i spillefilmen *Seven*. Gengivelserne af fotografierne varede sammenlagt 36 sekunder, men domstolen fandt, at gengivelserne faldt ind under de minimis-princippet. Fotografens krænkelsespåstand blev derfor afvist.¹⁸

Uden for USA er der dog langt mellem de ophavsretssager, hvor de minimis-princippet tillægges betydning. Desuden er der en lang række tilfælde, hvor de ophavsretlige regler fører til uhensigtsmæssige resultater, uden at det giver mening at karakterisere den skete brug som bagatelagtig eller atypisk. I praksis er inddragelse af ytringsfrihedshensyn derfor ofte den eneste mulighed, hvis man vil rimeligheds-censurere de resultater, de traditionelle ophavsretlige regler lægger op til. Det er derfor et vigtigt spørgsmål, om det er muligt at kortlægge, hvilke kriterier domstolene lægger og kan forventes at lægge til grund i sager om ophavsret versus ytringsfrihed. Det er det, der er forsøgt her i afhandlingen.

17. UfR 1997.691 H (Pengesedlerne), s. 697.

18. Sandoval v. New Line Cinema Corp., 147 F.3d 215 (1998), s. 217 f.

DEL 4

APPENDIKS

Domspraksis

Dansk domspraksis

Ugeskrift for retsvæsen – UfR

UfR 1938.576 V (Justitsministeren)

UfR 1961.1027 H (Spisebestik)

UfR 1980.1037/2 H (Danske Svin)

UfR 1982.750 H (Frimurerne)

UfR 1984.668/2 Ø (Hauschildt)

UfR 1987.934 H (Havefesten):

UfR 1987.937 H (Overborgmesterens kontor)

UfR 1989.399 H (Grønjakkerne)

UfR 1989.726 H (Nordvang)

UfR 1989.928 H (Tvangsfjernelsen)

UfR 1990.13 H (Den inhabile dommer)

UfR 1990.903 H (Det døde vidne)

UfR 1994.988 H (Svend Aukens have)

UfR 1997.259/2 H (Bygherren og ejendomsmægleren)

UfR 1997.691 H (Pengesedlerne)

UfR 1999.841 H (Tvind)

UfR 1999.1154/2 Ø (Samværssagen)

UfR 1999.1462 Ø (BilledBladet)

UfR 1999.1675 H (Peberholm)
UfR 1999.1762 Ø (Kvit eller dobbelt)
UfR 1999.1798 H (Rockerloven)
UfR 2000.2234 H (Tre på tråden)
UfR 2003.2044 H (De racistiske synspunkter)
UfR 2004.734 H (Folketingskandidaten)
UfR 2004.2149 H (Antenne-entusiasten)
UfR 2009.875 Ø (Den Lille Havfrue)
UfR 2010.1859 H (Behandlingshjemmet)
UfR 2010.2109 H (Konsumption)
UfR 2010.2448 H (Strandbillederne)
UfR 2012.1543 V (Hjem-is-bilen)
UfR 2012.1788 H (Fælledegården)
UfR 2012.2328 H (Hundehandleren)
UfR 2013.1704 Ø (Hornsleth)
UfR 2013.3002 V (TV2/Østjylland)
UfR 2015.3106 H (KGB)
UfR 2015.979 H (STEVE stolen)
UfR 2015.992 H (DAN stolen)
UfR 2016.2066 Ø (Det racistiske tweet)

Tidsskrift for kriminalret – TfK

TfK 2016.361 Ø (Ungdomshuset)

Utrykte afgørelser

Utrykt byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog)
Utrykt byretsdom af 11. december 2014 (Martinus)

Domspraksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Afgørelser

“Belgian Linguistic” v. Belgium, no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, ECHR 1968

Handyside v. The United Kingdom, no. 5493/72, ECHR 1976

The Sunday Times v The United Kingdom (No. 1), no. 6538/74, ECHR 1976

Klass and others v. Germany, no. 5029/71, ECHR 1978

Tyrer v. The United Kingdom, no. 5856/72, ECHR 1978

Winterwerp v. The Netherlands, no. 6301/73, ECHR 1979

Sporrong and Lönnroth v Sweden, no. 7151/75 og 7152/75, ECHR 1982

Barthold v. Germany, no. 8734/79, ECHR 1985

Lingens v. Austria, no. 9815/82, ECHR 1986

Müller and others v. Switzerland, no. 10737/84, ECHR 1988

Chappell v. The United Kingdom [GC], no. 10461/83, ECHR 1989

Hauschildt v. Denmark, no. 10486/83, ECHR 1989

Observer and Guardian v. The United Kingdom, no. 13585/88, ECHR 1991

Castells v. Spain, no. 11798/85, ECHR 1992

Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, no. 13778/88, ECHR 1992

Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, no. 14234/88 og 14235/88, ECHR 1992

Otto-Preminger-Institut v. Austria, no. 13470/87, ECHR 1994

Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, ECHR 1994

Vogt v. Germany [GC], no. 17851/91, ECHR 1995

Karataş v. Turkey [GC], no. 23168/94, ECHR 1999

Chassagnou and Others v. France, nos. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, ECHR 1999

Süreç v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR 1999

- Christine Goodwin v. The United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002
- Appleby and Others v. the United Kingdom, no. 44306/98, ECHR 2003
- Chauvy and Others v. France, no. 64915/01, ECHR 2004, ECHR 2004
- Melnychuk v. Ukraine (dec.), no. 28743/03, ECHR 2005
- Alinak v. Turkey, no. 40287/98, ECHR 2005
- Öcalan v. Turkey [GC], no 46221/99, § 88, ECHR 2005
- Storck v. Germany, no. 61603/00, ECHR 2005
- Verlagsgruppe News GmbH v. Austria (No.2), no. 10520/02, ECHR 2006
- Hutten-Czapska v. Poland [GC], no. 35014/97, ECHR 2006
- Giniewski v. France, no. 64016/00, ECHR 2006
- Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], no. 21279/02 og 36448/02, ECHR 2007
- Pavel Ivanov v. Russia, no. 35222/04, 185 2007
- Radio Twist a.s. v. Slovakia, no. 62202/00, ECHR 2007
- Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, no. 68354/01, ECHR 2007
- Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], no. 73049/01, ECHR 2007
- Balan v. Moldova, no. 19247/03, ECHR 2008
- Times Newspapers Ltd (no. 1 and 2) v. the United Kingdom, no. 3002/03 og no. 23676/03, ECHR 2009
- Kenedi v. Hungary, no. 31475/05, ECHR 2009
- Egeland and Hanseid v. Norway, no. 34438/04, ECHR 2009
- Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, ECHR 2011
- Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, ECHR 2012
- Axel Springer AG v. Germany [GC] no. 39954/08, ECHR 2012
- Fáber v. Hungary, no. 40721/08, ECHR 2012
- Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], no. 40660/08&60641/08, ECHR 2012

Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. the Netherlands, no. 39315/06, ECHR 2013

Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, ECHR 2013

Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, ECHR 2013

Brosa v. Germany, no. 5709/09, ECHR 2014

Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, no. 49017/99, ECHR 2014

Haldimann and Others v. Switzerland, no. 21830/09, ECHR 2015

Morice v. France [GC], no. 29369/10, ECHR 2015

Gough v. the United Kingdom, no. 49327/11, ECHR 2015

Ernst August von Hannover v. Germany, no. 53649/09, ECHR 2015

Sia Akka/Laa v. Latvia, no. 562/05, ECHR 2016

Kalda v. Estonia, no. 17429/10, ECHR 2016

Kharlamov v. Russia, no. 27447/07, ECHR 2016

Afgørelser fra den Europæiske Menneskeretskommission

Stevens v. UK, no. 11674/85, 03/03/1986

Nederlandse Omroepprogramma Stichting v. the Netherlands, no. 16844/90, 9/06/1988

S og G v. UK, no. 17634/91, 02/09/1991

Domspraksis fra EU-Domstolen

Sager

C-6/64 1964 (Costa v. Enel)

C-11/70 1970 (Internationale Handelsgesellschaft)

C-4/73 1974 (Nold)

C-43/75 1976 (Defrenne)

C-44/79 1979 (Hauer)

C-238/81 1982 (CILFIT)

C-14/83 1984 (Von Colson)

C- 46/87 1989 (Hoechst)

C-265/87 1989 (Schräder)
C-106/89 1990 (Marleasing)
C-353/89 1991 (Kommissionen mod Nederlandene)
C-260/89 1991 (ERT AE)
C-219/91 1992 (Ter Voort)
C-148/91 1993 (Veronica Omroep Organisatie)
C-368/95 1997 (Familiapress)
C-200/96 1998 (Metronome Musik)
C-274/99 P 2001 (Connolly mod Kommissionen)
C-340/00 P 2001 (Kommissionen mod Cwik)
C-112/00 2003 (Schmidberger)
C-71/02 2004 (Karner)
De forenede sager C-397/ 01 og C-403/01 2004 (Pfeiffer)
C-36/05 2006 (Kommissionen mod Spanien)
C-479/04 2006 (Laserdisker ApS)
C-275/06 2008 (Promusicae)
C-5/08 2009 (Infopaq)
De forenede sager C-92/09 og C-93/09 2010 (Volker und Markus
Schecke)
C-255/07 2010 (Küçükdeveci)
De forenede sager C-316/07, C-358/07-C-360/07, C-409/07 og C-
410/07 2010 (Markus Stoß)
C-393/09 2010 (BSA)
C-70/10 2011 (Scarlet Extended SA)
C-145/10 2011 (Panier)
C-309/10 2011 (Agrana Zucker GmbH)
De forenede sager C-403/08 og C-429/08 2011 (Premier League)
C-360/10 2012 (SABAM v. Netlog)
C-406/10 2012 (SAS)
C-461/10 2012 (Bonnier)
C-604/10 2012 (Football Dataco)
C-283/11 2013 (Sky Österreich)

C-617/10 2013 (Åkerberg)
C-201/13 2014 (Deckmyn)
C-293+594/12 2014 (Digital Rights Ireland)
C-314/12 2014 (UPC Telekabel)
C-335/12 2014 (Nintendo)
C-435/12 2014 (ACI Adam)

Generaladvokatudtalelser

Generaladvokat E. Sharpstons forslag til afgørelse i sag C-479/04 2006 (Laserdiskens ApS).
Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-282/10 2011 (Dominguez)
Generaladvokat P. C. Villalóns forslag til afgørelse i sag C-314/12 2013 (UPC Telekabel)

Udenlandsk domspraksis

Amerikanske afgørelser

Emerson v. Davies, F. Cas. 615 (1845), Massachusetts Circuit Court, 01/05/1845
Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), Supreme Court of the United States, 10/11/1919
Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927), Supreme Court of the United States, 16/05/1927
Mazer v. Stein, 327 U.S. 201 (1954), Supreme Court of the United States, 08/03/1954
Time Inc. v. Bernard Geis Associates, 293 F.Supp. 130 (1968), United States District Court S.D. New York, 24/09/1968
Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151 (1975), Supreme Court of the United States, 17/06/1975
Keep Thomson Governor Committee v. Citizens for Gallen, 457 F.Supp. 957 (1978), United States District Court, D. New Hampshire, 02/10/1978

- Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985),
Supreme Court of the United States 20/05/1985
- Sandoval v. New Line Cinema Corp., 147 F.3d 215 (1998), United States
Court of Appeals, Second Circuit, 24/06/1998
- Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003), Supreme Court of the United
States, 15/01/2013
- Eldred v. Reno, 239 F.3d 372 (2001), United States Court of Appeals,
District of Columbia Circuit, 16/02/2001
- Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (2001), United
States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 10/10/2001

Engelske afgørelser

- [1964] 1 W.L.R. 273 (Ladbroke (Football) Ltd. v William Hill (Foot-
ball) Ltd.): House of Lords, 21/01/1963
- [1972] 2 Q.B. 84 (Hubbard v. Vosper): Court of Appeal (Civil Divi-
sion), 19/11/1971
- [2002] E.C.D.R. 32 (Ashdown v Telegraph Group Ltd): Court of
Appeal (Civil Division), 18/07/2001
- [2000] EWCA Civ 37 (Hyde Park Residence Ltd v Yelland): Court of
Appeal (Civil Division), 10/02/2000

Tyske afgørelser

- GRUR 1987:34 (Liedtextwiedergabe I): Bundesgerichtshof,
02/04/1958
- GRUR 1978:108 (Der Spiegel): Landgericht Berlin, 26/05/1977
- GRUR 1997:459 (Cb-Infobank 2): Bundesgerichtshof 16/01/1997
- NJW 2001:598 (Germania 3): Bundesverfassungsgericht, 29/07/2000
- NJW 2003:3633 (Gies Adler): Bundesgerichtshof 20/03/2003

Østrigske afgørelser:

- ZUM 2001:574 (Schüssels Dornen-Krone): Obersten Gerichtshof
3/10/2000
- GRUR Int 2002:341 (Medienprofessor): Obersten Gerichtshof,
12/06/2001

TO-RD 2006:53 (FECRIS): Obersten Gerichtshof, 11/08/2005
ZUM 2011:275 (Wiener Landtagswahlkampf): Obersten Gerichtshof,
13/07/2010

Svenske afgørelser

NJA 1985:893 (Manifestet): Högsta Domstolen 23/12/1985
Religious Technology Center v. Zenon Panoussis (1998): Stockholms
Tingsrätt 14/09/1998
NJA 1998:838 (Mein Kampf): Högsta Domstolen, 21/12/1998
RG-2001-1151 (PR-bureauet): Oslo Byrett, 27/03/2001
Pirate Bay (2009): Stockholms Tingsrätt dom af 17/04/2009
Pirate Bay (2010): Svea Hovrätts dom af 26/11/2010

Norske afgørelser

Bratlie (2001): Oslo Byrett 27/03/2001

Hollandske afgørelser

Mediaforum 1999-9:252 (Anne Frank Fonds vs. Het Parool): Hof
Amsterdam, 08/07/1999
Scientology v. providers and Karin Spaink (2003): Gerechtshof's-
Gravenhage, 04/09/03

Franske afgørelser:

Sté nationale de télévision France 2 c. Fabris (2003): Cour de
Cassation, Chambre civile 1, 13/11/03. Dommen kan tilgås her:
<[https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURI-
TEXT000007048573](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURI-TEXT000007048573)>
IIC 2015:989 (Glamour): Cour de Cassation, 01/05/2015
Klasen v. Malka (2013): Cour D'Appel de Paris, 18/09/2013

Litteratur

Bøger

- Andersen, P., *Dansk Statsforfatningsret* (København, 1954). Forkortet: Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*.
- Barendt, E., *Freedom of speech* (Oxford, 2010). E-bog: Lokaliseret den 30. oktober 2016 på: <<http://www.oxfordscholarship.com.ep.fjernadgang.kb.dk/view/10.1093/acprof:oso/9780199225811.001.0001/acprof-9780199225811>> Forkortet: Barendt, *Freedom of speech*.
- Bentham, J., *A manual of political economy* (publiseringssted ukendt 1843), E-bog: Lokaliseret den 30. oktober 2016 på: <http://soc-serv.mcmaster.ca/ec_on/ugcm/3ll3/bentham/manualpolitaleconomy.pdf> Forkortet: Bentham, *A manual of political economy*.
- Bhagwati, J., *In Defence of Globalization* (USA, 2007). Forkortet: Bhagwati, *In Defence of Globalization*.
- Blomqvist, J., *Primer on international Copyright and related rights* (Cheltenham 2014). Forkortet: Blomqvist, *Primer on international Copyright and related rights*.
- Carss-Frisk, M., *The Right to Property: A guide to the implementation of article 1 of protocol No. 1 to the European Convention on human rights* (Strasbourg, 2001). Forkortet: Carss-Frisk, *The Right to Property*.
- Christensen, J.P. mfl., *Grundloven med kommentarer* (København, 2015). Forkortet Christensen/Jensen/jensen, GRL-Kom.
- Christoffersen, J., *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder* (Tilst 2014). Forkortet: Christoffersen, *Charteret-Kom*.

- Correa, C., *Trade related aspects of intellectual property rights: A commentary on the TRIPS agreement* (Oxford, 2007). Forkortet: Correa, TRIPS-Kom.
- Craig, P. & De Búrca, G., *EU Law – Text, cases, and materials* (Oxford, 2015). Forkortet: Craig/De Búrca, *EU Law*.
- von Eyben, B., *Juridisk ordbog* (København, 2008). Forkortet: Von Eyben, *Juridisk ordbog*.
- Germer, P., *Ytringsfrihedens væsen* (København, 1973). Forkortet: Germer, *Ytringsfrihedens væsen*.
- Germer, P., *Statforfatningsret* (København, 2007). Forkortet: Germer, *Statforfatningsret* (4. udgave).
- Germer, P., *Statsforfatningsret* (København, 2012). Forkortet: Germer, *Statsforfatningsret* (5. udgave).
- Goldstein, P. & Hugenholtz, B., *International Copyright* (New York, 2012). Forkortet: Goldstein/Hugenholtz, *International Copyright*.
- Heide-Jørgensen, C., *Reklameret, konkurrenceret og kommerciel ytringsfrihed* (København, 2008). Forkortet: Heide-Jørgensen, *Reklameret*.
- Helfer, L.R. & Austin, G.W., *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface* (New York, 2011). Forkortet: Helfer/Austin, *Human Rights and Intellectual Property*.
- Herman Hansen, M., *Demokrati som styreform og som ideologi* (København, 2010). Forkortet: Herman Hansen, *Demokrati som styreform og som ideologi*.
- Jørgensen, H., *Trykkefriadsspørgsmaalet i Danmark 1799-1848, et Bidrag til en Karakteristik af den danske Enevælde i Frederik VI's og Christian VIII's Tid* (København, 1944). Forkortet: Jørgensen, *Trykkefriadsspørgsmaalet i Danmark 1799-1848*.
- Kase, F.J., *Copyright thought in continental Europe, its development, legal theories and philosophy, a selected and annotated bibliography* (South Hackensack, 1967). Forkortet: Kase, *Copyright thought in continental Europe*.
- Knoph, R., *Åndsretten* (Oslo 1936). Forkortet: Knoph, *Åndsretten*.
- Koktvedgaard, M., *Immaterialretspositioner* (København, 1965). Forkortet: Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*.

- Koktvedgaard, M., *Lærebog i Immaterialret* (København 2005). Forkortet: Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*.
- Leaffer, M. A., *Understanding Copyright Law* (New Providence, 2010). Forkortet: Leaffer, *Understanding Copyright Law*.
- Locke, J., *Two Treatises of Government (Bog 2): Essay concerning the true original, extend, and end of civil government* (London, 1713). E-bog: Lokaliseret den 30. oktober 2016 på <<https://books.google.dk/>>. Forkortet: Locke, *Two Treatises of Government*.
- Lorenzen, mfl., *Den europæiske menneskerettighedskonvention med kommentarer (Art. 1-9)* (København, 2011a). Forkortet: Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 1-9)*.
- Lorenzen, mfl., *Den europæiske menneskerettighedskonvention med kommentarer (Art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne)* (København, 2011b). Forkortet: Lorenzen/Christoffersen/Holst-Christensen/Kessing/Schaumburg-Müller/Vedsted-Hansen, *EMRK-kom. (art. 10-59)*.
- Mill, J.S., *On liberty* (New York, 2012). E-bog: Lokaliseret den 30. oktober 2016 på: <<http://ebooks.cambridge.org.ep.fjernadgang.kb.dk/chapter.jsf?bid=CBO9781139149785&cid=CBO9781139149785A003&tabName=Chapter>>. Forkortet: Mill, *On liberty*.
- Nicol, mfl., *Media Law & Human Rights* (Oxford, 2009). Forkortet: Nicol/Millar/Sharland, *Media Law & Human Rights*.
- Nozick, R., *Anarchy, state, and utopia* (New York, 1974). Forkortet: Nozick, *Anarchy, state, and utopia*.
- Peers, S. mfl., *EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (London, 2014). E-bog: Lokaliseret den 30. oktober 2016 på: <https://books.google.dk>. Forkortet: Peers/Hervey/Kenner/Ward, *EU Charter of Fundamental Rights*.
- Rehof, L. A. & Trier, T., *Menneskeret* (København, 1990). Forkortet: Rehof/Trier, *Menneskeret*.
- Riis, T., *Ophavsret og retsøkonomi* (København, 1996). Forkortet: Riis, *Ophavsret og retsøkonomi*.
- Rosenmeier, M., *Ophavsret for begyndere: En bog til ikke-jurister* (København, 2014). Forkortet: Rosenmeier, *Ophavsret for begyndere*.
- Rosenmeier, M., *Værkslæren i ophavsretten* (København, 2001). Forkortet: Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*.

- Ross, A., *Lærebog i Folkeret* (København, 1942). Forkortet: Ross, *Lærebog i Folkeret*.
- Ross, A., *Dansk Statsforfatningsret I* (København, 1966). Forkortet: Ross, *Dansk Statsforfatningsret I*.
- Ross, A. & Espersen, O., *Dansk Statforfatningsret* (København, 1983). Forkortet: Ross/Espersen, *Dansk Statforfatningsret*.
- Rytter, J.E., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret* (København 2010). Forkortet: Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*.
- Rytter, J.E., *Individets grundlæggende rettigheder* (København, 2016). Forkortet: Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*.
- Sakulin, W., *Trademark protection and freedom of expression: an inquiry into the conflict between trademark rights and freedom of expression under European, German, and Dutch law* (Alphen aan den Rijn, 2010). Forkortet: Sakulin, *Trademark protection and freedom of expression*.
- Schovsbo, J., *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten* (København, 1996). Forkortet: Schovsbo, *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*.
- Schovsbo, J. mfl., *Immaterialret* (København, 2015). Forkortet: Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave).
- Schovsbo, J. mfl., *Immaterialret* (København, 2013). Forkortet: Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (3. udgave).
- Schønning, P., *Ophavsretsloven med kommentarer* (København, 2011). Forkortet: Schønning, *OPHL-Kom*.
- Schønning, P. & Blomqvist, J., *International Ophavsret* (København, 2011). Forkortet: Schønning/Blomqvist, *International Ophavsret*.
- Smith, C., *Statsliv og rettsteori* (Oslo, 1978). Forkortet: Smith, *Statsliv og rettsteori*.
- Spiermann, O., *Moderne Folkeret* (København, 2006). Forkortet: Spiermann, *Moderne Folkeret*.
- Sørensen, K. mfl., *EU-Retten* (København, 2014). Forkortet: Sørensen/Nielsen/Danielsen, *EU-Retten*.

- Sørensen, M., *Statsforfatningsret* (2. udgave ved Peter Germer, København, 1973). Forkortet: Sørensen, *Statsforfatningsret, 2. udgave ved Peter Germer*.
- Teilmann-Lock, S., *British and French Copyright* (København, 2009). Forkortet: Teilmann-Lock, *British and French Copyright*.
- Tvarnø, C. & Nielsen, R., *Retskilder og retsteorier* (København, 2014). Forkortet: Tvarnø/Nielsen, *rets-kilder og retsteorier*.
- Udsen, H., *De Informationsretlige Grundsætninger* (København, 2009). Forkortet: Udsen, *De Informationsretlige Grundsætninger*.
- Udsen, H., *IT-ret* (København, 2015). Forkortet: Udsen, *IT-ret*.
- Zahle, H., *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer* (København, 2006a). Forkortet: Zahle, *GRL-Kom*.
- Zahle, H., *Dansk forfatningsret 3 – Menneskerettigheder* (København, 2006b). Forkortet: Zahle, *Dansk forfatningsret 3*.
- Zahle, H., *Dansk forfatningsret* (studieudgave, København, 2006c). Forkortet: Zahle, *Dansk forfatningsret*.

Samleværker

- Birnhack, M., "Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View" i Paul L.C. Torremans (red.), *Copyright and Human rights* (Hague, London, New York, 2004). Forkortet: Birnhack, *Copyrighting Speech*.
- Blomqvist, J., "Ophavsrettens eksistensberettigelse" i Mads Bryde Andersen, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.), *Festskrift til Mogens Koktvedgaard* (København, 2003). Forkortet: Blomqvist, *Ophavsrettens eksistensberettigelse*.
- Derclaye, E., "What can intellectual property law learn from happiness research?" i Graeme B. Dinwoodie (red.), *Methods and Perspectives in Intellectual Property* (Padstow, 2013). Forkortet: Derclaye, *What can intellectual property law learn from happiness research?*
- Dworkin, G., "Copyright, the public interest, and freedom of speech: A UK copyright Lawyer's perspective" i Jonathan Griffiths og Uma Suthersanen (red.), *Copyright and free speech* (New York, 2005). Forkortet: Dworkin, *Copyright, the public interest, and freedom of speech*.

- Fisher, W., "Theories of Intellectual Property Law" i Stephen R. Munzer (red.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (New York, 2001). Forkortet: Fisher, *Theories of Intellectual Property Law*.
- Griffiths, J. & Suthersanen U., "Introduction" i Jonathan Griffiths og Uma Suthersanen (red.), *Copyright and free speech* (New York, 2005). Forkortet: Griffith/Suthersanen, *Introduction*.
- Hugenholtz, P.B., "Copyright and freedom of expression in Europe" i Rochelle C. Dreyfuss, Diane L. Zimmerman & Harry First (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: innovation policy for the knowledge society* (Oxford 2001). Forkortet: Hugenholtz, *Copyright and freedom of expression in Europe*.
- Kjønstad, A., "Noen synspunkter på rettsdogmatisk forskning" i Ole Hasselbalch (red.), *Juridisk Forskning* (København, 2002). Forkortet: Kjønstad, *Noen synspunkter på rettsdogmatisk forskning*.
- de Meij, J.M., "Copyright and Freedom of Expression in the Swedish Constitution: An Exampel for the Netherlands?" i Jan J.C. Kabel & Willy Alexander (red.), *Intellectual property and information law: essays in Honour of Herman Cohen Jehoram* (Hague 1998). Forkortet: de Meij, *Copyright and Freedom of Expression in the Swedish Constitution*.
- Mylly, T., "The constitutionalization of the European legal order: Impact of human rights on intellectual property in the EU" i Christophe Geiger (red.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (Cheltenham, 2015). Forkortet: Mylly, *The constitutionalization of the European legal order*.
- Riis, T., "Ophavsretlige selvhjælpsforanstaltninger" i Mads Bryde Andersen, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.), *Festskrift til Mogens Koktvedgaard* (København, 2003). Forkortet: Riis, *Ophavsretlige selvhjælpsforanstaltninger*.
- Riis, T., "Ophavsrettens strukturelle problemer" i Morten Rosenmeier & Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i Krise* (København, 2011). Forkortet: Riis, *Ophavsrettens strukturelle problemer*.
- Strömholm, S., "Copyright – National and International Development" i Eugen Ulmer & Gerhard Schricker (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (vol. 14, Leiden, Boston, 2007).

Forkortet: Strömholm, *Copyright – National and International Development*.

Juridiske artikler

- Adeney, E. & Antons, C. (2013), "The Germania 3 decision translated: the quotation exception before the German Constitutional Court", *European Intellectual Property Review*. vol. 35(11), s. 646-657. Forkortet: Adeney/Antons, E.I.P.R. 2013.
- Birnhack, M. (2003), "The Copyright Law and Free Speech Affair: Making-up and Breaking-up", *The Journal of Law and Technology*, vol. 43(2), s. 233-298. Forkortet: Birnhack, IDEA 2013.
- Christoffersen, J. (2006), "Den danske debat om den internationale menneskeret", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheder*, vol. 24(2), s. 97-114. Forkortet: Christoffersen, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheder* 2006.
- Bønsing, S. & Langsted, L.B., "'Uberettigede' gaver til offentligt ansatte – en forvaltningsretlig og strafferetlig analyse" (2010), *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 333-340. Forkortet: Bønsing/Langsted, UfR 2010 B.
- Christoffersen, J. (2001), "Folkerettens virkning i dansk ret", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 143-148. Forkortet: Christoffersen, UfR 2001 B.
- Christoffersen, J. (2015), "Menneskerettens proportionalitetsprincip", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 115-122. Forkortet: Christoffersen, UfR 2015 B.
- Delin, L. (1959), "Om parodi", *Nordiskt Immatriellt Rättsskydd*, vol. 3-4, s. 234-249. Forkortet: Delin, NIR 1959.
- Dzehtsiarou, K. (2011), "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, vol. 12(10), s. 1730-1745. Forkortet: Dzehtsiarou, GLJ 2011.
- Eilschou Holm, N. (1981), "Konventionens praktiske betydning i Danmark", *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 50(3-4), s. 118-142. Forkortet: Eilschou Holm, *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret* vol. 50(3-4) 1981.
- Fenger, N. (2014), "EU-rettens proportionalitetsprincip", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 227-236. Forkortet: Fenger, UfR 2014 B.

- Fraser, S. (1998), "The conflict between the first amendment and copyright law and its impact on the internet", *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 16(1), s. 1-52. Forkortet: Fraser, Cardozo Arts & Ent.L.J. 1998.
- Geiger, C. (2006), "Copyright and free access to information: for a fair balance of interests in a globalised world", *European Intellectual Property Review*, vol. 28(7), s. 366-373. Forkortet: Geiger, E.I.P.R. 2006.
- Geiger, C. & Izyumenko, E. (2014), "Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45(3), s. 316-342. Forkortet: Geiger/Izyumenko, IIC 2014.
- Geiger, C. (2004), "Fundamental rights, a safeguard for the coherence of intellectual property law?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 35(3), s. 268-280. Forkortet: Geiger, IIC 2004a.
- Geiger, C. (2010), "Intellectual 'property' after the Treaty of Lisbon: towards a different approach in the new European legal order?", *European Intellectual Property Review*, vol. 32(6), s. 255-258. Forkortet: Geiger, IIC 2010.
- Geiger, C. (2009), "Intellectual property shall be protected!?! Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a mysterious provision with an unclear scope", *European Intellectual Property Review*, vol. 31(3), s. 113-117. Forkortet: Geiger, E.I.P.R. 2009.
- Geiger, C. (2004), "Supreme Court (Cour de Cassation): FRANCE", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 35(6), s. 716-726. Forkortet: Geiger, IIC 2004b.
- Goldstein, P. (1970), "Copyright and the First Amendment", *Columbia Law Review*, vol. 70(6), s. 983-1057. Forkortet: Goldstein, Colum. L. Rev. 1970.
- Greer, s. (2003), "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23(3), s. 405-433. Forkortet: Greer, Oxford J. Leg. St. 2003.

- Griffiths, J. (2002), "Copyright Law After Ashdown-Time to Deal Fairly with the Public", *Intellectual Property Quarterly*, s. 240-262. Forkortet: Griffiths, I.P.Q. 2002.
- Jensen, M.H. (1994), "Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 335-344. Forkortet: Jensen, UfR 1994 B.
- Jensen, T. (1981), "Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 25-30. Forkortet: Jensen, UfR 1981 B.
- Hasselbalch, O. & Rosenmeier, M. (2015), "Kan massemedier og medie- personligheder bruge juraen til at undertrykke alternative internetmediers kritik?", *Juristen*, vol. 6, s. 213-224. Forkortet: Hasselbalch/Rosenmeier, Juristen 2015.
- Helfer, L.R. (2003), "Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?", *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 5(1), s. 47-61. Forkortet: Helfer, Minn. Intell. Prop. Rev. 2003.
- Helfer, L.R. (2008), "The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights", *Harvard International Law Journal*, vol. 49(1), s. 1-52. Forkortet: Helfer, Harv. Int'l L.J. 2008.
- Helfer, L.R. (2001), "World Music on a US stage: an analysis of the section 110(5) WTO dispute", *International Intellectual Property Law & Policy*, vol. 48(1), s. 1-9. Forkortet: Helfer, Int'l Intell. Prop.L. & Pol'y. 2001.
- Herr, R. E. (2011), "The Right to Receive Information under Article 10 of the ECHR", *Juridiska Foreningen i Finland*, vol. 2011 (2), s. 193-211. Forkortet: Herr, Jur.FF. 2011.
- Holdgaard, M.B. (1995), "Menneskerettigheder som retskilde i Danmark", *Fuldmægtigen*, vol. 36, s. 1-6. Forkortet: Holdgaard, FM 1995.
- Holst-Christensen, N. (1989), "Gælder menneskerettighederne i Danmark", *Juristen*, vol. 2, s. 48-57. Forkortet: Holst-Christensen, Juristen 1989.
- Hughenoltz, P.B. (2013), "Law and technology: Fair use in Europe", *Communications of the ACM*, vol. 56(5), s. 26-28. Forkortet: Hughenoltz, Communications of the ACM 2013.

- Jehoram, H.C. (1984), "Freedom of expression in copyright law", *European Intellectual Property Review*, vol. 1(3). Forkortet: Jehoram, E.I.P.R. 1984.
- Jehoram, H.C. (1983), "The Freedom of Expression in Copyright and Media Law", *GRUR Int.*, vol. 32(6-7), s. 385-389. Forkortet: Jehoram, GRUR Int. 1983.
- Jensen, J.A. (1992), "Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere domspraksis", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 349-357. Forkortet: Jensen, UfR 1992 B.
- Jütte, B.J. (2016), "The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe", *European Intellectual Property Review*, vol. 38(1), s. 11-22. Forkortet: Jütte, E.I.P.R. 2016.
- Karnell, G. (2004), "Copyright protection under human rights control – in particular of works not disseminated to the public", *Nordiskt Immatriellt Rättsskydd*, vol. 6, s. 516-535. Forkortet: Karnell, NIR 2004.
- Koktvedgaard, M. (1975), "Ophavsrettens existensberettigelse", *Nordiskt Immatriellt Rättsskydd*, s. 294-299. Forkortet: Koktvedgaard, NIR 1975.
- Kristiansen, J. (2014), "Grænser for EU-konform fortolkning i lyset af nyere højesteretspraksis", *Juristen*, vol. 1, s. 17-29. Forkortet: Kristiansen, Juristen 2014.
- Kur, A. (2008), "Of oceans, Islands, and inland water – how much room for exeptions and limitations under the Three-step test?", *Richmond Journal of Global Law and Business*, vol. 8, s. 287-350. Forkortet: Kur, Rich. J. Global L. & Bus. 2008.
- Landes, W.M. & Posner, R.A. (1989), "An Economic Analysis of Copyright Law", *The Journal of Legal Studies*, vol. 18(2), s. 325-363. Forkortet: Landes/Posner, The Journal of Legal Studies 1989.
- Laursen, J.C. (2000), "Spinoza in Denmark and the Fall of Struensee, 1770-1772", *Journal of the History of Ideas*, vol. 61(2), s. 189-202. Forkortet: Laursen, Journal of the History of Ideas 2000.
- Max Planck Institute for Innovation and Competition (2014), "Ashby Donald and others v. France", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45 (3), s. 354-360. Forkortet: Max Planck Institute, IIC 2014.

- Murphy, B.S. (2002), "Wind Done Gone: Parody or Piracy-A Comment on Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company", *Georgia State University Law Review*, vol. 19, s. 567-601. Forkortet: Murphy, Ga.St.U.L.Rev. 2002.
- Nimmer, D. (1995), "The end of copyright", *Vanderbilt Law Review*, vol. 48, s. 1385-1420. Forkortet: Nimmer, Vand.L.Rev. 1995.
- Nimmer, M.B. (1969), "Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?", *University of California at Los Angeles Law Review*, vol. 17, s. 1180-1204. Forkortet: Nimmer, UCLA L.Rev. 1969.
- Nordell, P. J. (2007), "Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning? Kommentar till NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg)", *Nordiskt Immatriellt Rättsskydd*, vol. 3, s. 317-321. Forkortet: Nordell, NIR 2007.
- Riis, E. (1988), "U.f.R. 1987 s. 934 og 937 – Højesterets domme af 30. oktober 1987. Privatlivets fred og pressen", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 419-422. Forkortet: Riis, UfR 1988 B.
- Rosati, E. (2015), "Just a laughing matter? Why the decision in Deckmyn is broader than parody", *Common Market Law Review*, vol. 52(2), s. 511-530. Forkortet: Rosati, CML Rev. 2015.
- Rosén, J. (2007), "Freedom of expression in lineage with authors' rights", *Nordiskt Immatriellt Rättsskydd*, vol. 1, s. 1-10. Forkortet: Rosén, NIR 2007.
- Rosén, J. (1990), "Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti?", *Nordiskt Immatriellt Rättsskydd*, vol. 4, s. 600-605. Forkortet: Rosén, NIR 1990.
- Rosenmeier, M. (2005), "Kommentar til Højesterets dom af 12. marts 2003 (Albertslund-lampen)", *Nordisk Immaterielt Rättsskydd*, vol. 5, s. 533-536. Forkortet: Rosenmeier, NIR 2005.
- Rosenmeier, M. (2001), "Originalitetskravet i kontinentaleuropæisk og angloamerikansk ophavsret", *Nordiskt Immatriellt Rättsskydd*, vol. 4, s. 535-537. Forkortet: Rosenmeier, NIR 2001.
- Rosenmeier, M. & Schovsbo, J. (2015), "Brugskunstbeskyttelsen mod 'meget nærgående efterligninger'. Er Højesterets praksis på kant med EU-retten?", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 181-185. Forkortet: Rosenmeier/Schovsbo, UfR 2015 B.

- Ross, A. (1973), "Om ytringsfrihed og grundlovsfortolkning", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 201-205. Forkortet: Ross, UfR 1973 B.
- Sadurski, W. (2012), "Allegro without Vivaldi: Trademark Protection, Freedom of Speech, and Constitutional Balancing", *European Constitutional Law Review*, vol. 8(03), s. 456-492. Forkortet: Sadurski, EuConst 2012.
- Scalon, T.M. (1978), "Freedom of expression and categories of expression", *University of Pittsburg Law Review*, vol. 40, s. 519-550. Forkortet: Scalon, U.Pitt.L.Rev. 1978.
- Schovsbo, J. (2015), "Constitutional Foundations and Constitutionalization of IP Law – A Tale of Different Stories?", *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal*, vol. 7(4), s. 383-394. Forkortet: Schovsbo, Zeitschrift für Geistiges Eigentum 2015.
- Schroeder, J.L. (2005), "Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property", *University of Miami Law Review*. 60(4), s. 453-504. Forkortet: Schroeder, U.Miami L.Rev. 2005.
- Schønning, P. (2009), "1709-ouverturen", *Nordiskt Immatrielt Rättsskydd*, vol. 1. s. 1–20. Forkortet: Schønning, NIR 2009.
- Tamm, D. (1989), "Den danske 'Constitution' og den franske revolution", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 449-459. Forkortet: Tamm, UfR 1989 B.
- Ussing, H. (1932), "Litteratur om Veksel- og Checkloven", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 313-319. Forkortet: Ussing, UfR 1932 B.
- Veech, M.L. & Moon, C.R. (1947), "De Minimis Non Curat Lex", *Michigan Law Review*, vol. 45(5), s. 537-570. Forkortet: Veech/Moon, Mich.L.Rev. 1947.
- Weinrib, J. (2009), "What is the purpose of freedom of expression", *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 67(1), s. 165-190. Forkortet: Weinrib, U.T.Fac.L.Rev. 2009.
- Werlauff, E. (1991), "Folkeretlige retssikkerhedsgarantier – direkte virkning i dansk ret", *Ugeskrift for retsvæsen*, s. 227-233. Forkortet: Werlauff, UfR 1991 B.
- Ålund, M. (1992), "Debatt. Parodi och upphovsrätt", *Nordiskt Immatrielt Rättsskydd*, vol. 1, s. 101-112. Forkortet: Ålund, NIR 1992.

Afhandlinger og rapporter

- Christoffersen, J. (2008). *Fair Balance: A Study of the Principles of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*. Københavns Universitet. Forkortet: Christoffersen, *Fair Balance*.
- Linkis, J. (2015). *Dansk ophavsrets fleksibilitet*. Aarhus Universitet. Forkortet: Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*.
- Mendis, D. & Kretschmer, M. (2013). *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*. Lokaliseret den 30. oktober 2016 på: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/309902/ipresearch-parody-report2-150313.pdf>. Forkortet: Mendis/Kretschmer, *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*.
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights. (2006). *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Lokaliseret den 30. oktober 2016 på: <<http://158.109.131.198/catedra/images/experts/COMMENTARY%20OF%20THE%20CHARTER.pdf>>. Forkortet: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*.

Andre kilder

- Bryde Andersens indlæg på UBVAs Ophavsretssymposium (2010), "Ophavsret og ytringsfrihed". <http://ophavsretten-afskaffes.gre.atdane.dk/?page_id=487> (set den 30. oktober 2016).
- Christensen, J.P. (23. marts 2013). "Grundloven og frihedsrettighederne", *Jyllands-Posten*. <<http://jyllands-posten.dk/debat/kronik/article5273497.ece>> (set den 30. oktober 2016). Forkortet: Christensen, *Grundloven og frihedsrettighederne*.
- Jensen, N.M. (2012). "Censur i Danmark fra 1750 til 1849", <<http://danmarkshistorien.dk/leksikon-og-kilder/vis/materiale/censur-i-danmark-fra-1750-til-1849/>> (set den 30. oktober 2016). Forkortet: Jensen, *Censur i Danmark fra 1750 til 1849*.
- Ritzaus Bureau, (25. oktober 1995). "Politiken trykker Ritt Bjerregaards bog", <<http://www.infomedia.dk>> (set den 30. oktober 2016).

2016). Forkortet: Ritzaus Bureau, *Politiken trykker Ritt Bjerregaards bog*.

Ritzaus Bureau, (13. august 2016), "Islandsk piratparti har vind i de politiske sejl", <<http://nyheder.tv2.dk/udland/2016-08-13-islands-piratparti-har-vind-i-de-politiske-sejl>> (set den 8. oktober 2016). Forkortet: Ritzaus Bureau, *Islandsk piratparti har vind i de politiske sejl*.

Tybbers indlæg på UBVAs Ophavsretssymposium (2011), "Ophavsretten og videnskaben", <http://ophavsretten-brugerne.greatdane.dk/?page_id=493> (set den 30. oktober 2016).

Wivel, P. (1987, 24. oktober 1987), "Når dommere hører ordet grundlov tænker de på frokost", *Information*.

Stikordsregister

A

Absolutte rettigheder, 97f., 147
Afbalanceringsmekanismer, 48
Afvejningskriterier, 34
Anne Frank Fonds vs. Het
Parool, 195
Appleby and Others v. the United
Kingdom, 110
Ashby Donald and Others v.
France, 18, 26, 99, 102f., 113,
118f., 124, 129, 131, 205
Ashdown v Telegraph Group
Ltd, 21, 195, 210
Avisartikler, 209
Aviser, 218
Avisforside, 216
Axel Springer AG v. Germany, 112,
115, 127

B

Balance, 47
Behandlingshjemmet, 187

Bernerkonventionen, 27f., 37, 42, 52,
57, 60, 65ff., 143
Berthold Brecht, 205, 209
Beskyttelsens bredde, 49, 53, 55
Beskyttelsessfære (se *beskyttelsens
bredde*)
Bestwater, 236
BilledBladet, 24, 179, 215
Billedkunst, 59
Bjørn Nørgaard (se *Den Lille
Havfrue*)
Bonnier, 156
Bratlie, 217
BSA, 42
Baader-Meinhof-gruppen, 199

C

Cb-Infobank 2, 218
Censur, 71
Chappell v. The United
Kingdom, 19
Charter om grundlæggende
rettigheder, 137
Charter-specifikke fortolkningsprin-
cipper, 145
Charterets rolle i dansk ret, 180

Citat, 20, 21, 25, 48, 56ff., 69, 70, 93,
179, 194, 199, 205, 215, 217

D

Dagbøger, 195
Dagsbegivenheder, 60
Danske Svin, 22, 202
De Forenede Nationers Pagt, 73
De minimis non curat lex, 213, 239
Deckmyn, 63, 69, 165
Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, 91, 95
Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, 91
Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, 137
Den Lille Havfrue, 25, 203, 207, 221f.
Der Spiegel, 199, 222
Det EU-retlige proportionalitetsprincip, 149
Det menneskeretlige proportionalitetsprincip, 105
Det Tredje Testamente, 214
Direkte horisontal virkning, 140
Direkte vertikal virkning, 139
Dynamisk fortolkningsstil, 96

E

Efterligning, 51
Egnethedskravet, 105, 150
Eldred v. Reno, 21
EMD (Se *Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol*)
Erindringer, 21, 196

EU-Domstolen, 144
EU-konform fortolkning, 181

F

FECRIS, 208, 216
Fildeling, 114
Film, 163
FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder, 45, 73
Football Dataco, 42
Formel ytringsfrihed, 76
Formodningsreglen, 173
Fortolkningsreglen, 173
Fotografier, 26, 59, 199, 214, 217
Fribugsregler, 56
Frimurerne, 22
Fælledgården, 186

G

Germania 3, 205, 209
Gies Adler, 192, 222
Glamour, 204
Gone With The Wind, 200
Grundrettigheder, 15
Grønjakkerne, 177f., 188
GS Media BV, 236

H

Handyside v. The United Kingdom, 80, 82
Harmonisering, 32
Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises, 17, 21, 47, 196
Hate speech, 81

Hauschildt, 176
 Hauschildt v. Denmark, 23, 176
 Høvefesten, 23
 Heiner Müller, 205, 209
 Hensynet til ...
 andres rettigheder, 103
 demokratiet, 82
 den svære afbalancering, 130, 229
 individet, 86
 klagerens tidligere opførsel, 126, 229
 om offeret er en kendt person, 125, 229
 pressens public watchdog-funktion, 116, 185, 229f.
 sandheden, 84
 sanktionens kølende effekt, 128, 229
 ytringens kommercielle karakter, 122, 229
 ytringens kunstneriske karakter, 120, 201, 229f.
 ytringens politiske karakter, 119, 197, 229f.
 ytringens samfundsmæssige relevans, 113, 230
 Hjem-is-bilen, 53
 Hjemmelskravet, 101, 111, 148
 Holocaust-benægtelser, 81
 Hornsleth, 25, 203, 222
 Hundehandleren, 186
 Hyde Park Residence Ltd v Yelland, 218

I

Idébeskyttelse, 21, 52
 Identitetsoplevelse, 50

Incitamentsteorien, 46
 Indgreb i ejendomsretten, 94
 Indskrænkninger, 19f., 26, 48
 Infopaq, 42, 51
 Informationskampagne, 211
 Infosoc-direktivet, 27, 41, 57, 60ff., 67, 155, 157f., 161, 166, 235, 239
 Instruktionsreglen, 173
 Internalisering, 19, 49

J

J.F. Struensee, 72
 Jersild v. Denmark, 23, 116, 177
 John Lockes "arbejdsteori", 43
 John Stuart Mill, 85
 Junigrundloven, 71, 73

K

Keep Thomson Governor Committee v. Citizens for Gallen, 201
 Kendte personer, 125
 Kernekravet, 108, 152
 Kollager, 25, 32f., 203f.
 Kommissærens dagbog, 24, 179, 189, 216
 Komparativ fortolkning, 97
 Konstitutionelt demokratisystem, 16
 Kravet om legitimt formål, 102, 111
 Kunstcitat, 59, 61, 69f.
 Kunstudstilling, 217
 Kunstværker, 61
 Kvit eller dobbelt, 53

L

Laserdisken ApS, 69, 153, 155, 157, 159
Liedtextwiedergabe I, 194
Lingens v. Austria, 117
Ludwig Gies' ørnefigur, 192

M

Majoritetsdemokrati, 16
Manifestet, 20, 26, 190, 216
Marleasing, 181
Martinus, 25, 214
Materiel atypicitet, 213
Materiel ytringsfrihed, 76
Maurice Utrillo, 217
Mazer v. Stein, 46
Mediehetz, 212
Medienprofessor, 209, 212
Mein Kampf, 26, 207
Melnychuk v. Ukraine, 93
Metronome Musik, 154
Michael Witte, 22
Middel-parodier, 63
Misbrug af rettigheder, 80
Misbrugskriteriet, 210, 230
Modefotografer, 26, 113
Modefotografi, 204
Modeshow, 26
Modetøj, 118
Mål-parodier, 63

N

Naboretlig beskyttelse, 42
Natascha Kampusch, 161
Negativ ytringsfrihed, 80
Neij and Sunde Kolmisoppi v.
Sweden, 19, 26f., 79, 100, 102f.,
110, 114, 119, 125, 127, 129, 132
Nintendo, 42, 51
Nordvang, 188
Nødvendighedskravet
(-kriteriet), 107, 151, 213, 230

O

Originalitetskravet, 41, 51
Overborgmesterens kontor, 23

P

Panier, 42, 55, 57, 69, 157, 161
Parodi, 62, 70, 166, 193, 200f.
Peberholm, 24, 188
Personlighedsretsteori, 45
Pfeiffer, 180
Pirate Bay, 114
Plot, 200
Politikere, 125
Politisk debat, 83
Politiske ytringer, 27
Portrætfotografier, 161
PR-bureau, 26, 211, 217
Premier League, 42, 51, 69
Pressefoto, 24

Princippet om ...
 absolut forholdsmæssighed, 152
 den manglende
 idébeskyttelse, 21, 33, 52
 den rimelige balance, 109, 152
 dynamisk fortolkning, 145
 formålsfortolkning, 145
 legitimt formål anerkendt af
 unionen, 148
 staternes skønsmargin, 111
 Prinsesse Diana, 218
 Privatlivets fred, 24
 Privatpersoner, 125
 Promusicae, 156f., 160, 167, 182
 Proportionalitet, 104, 111, 149, 167
 Præjudicielle spørgsmål, 145
 Public watchdog (se *Hensynet til
 pressens public watchdog-funktion*)

R

Raceforhånende udtalelser, 178
 Referat, 195
 Relative rettigheder, 98
 Religionsfrihed, 214
 Religious Technology Center v.
 Zenon Panoussis, 217

S

SABAM v. Netlog, 162
 Samværssagen, 188
 Sandhedsrationalet, 85
 SAS, 42
 Scarlet Extended, 155, 159
 Schüssels Dornen-Krone, 216
 Scientology, 194, 212, 217, 221
 Sekt, 208

Selvrealisering, 45, 86
 Sté nationale de télévision France
 2 c. Fabris, 20, 216
 Stillbilleder, 237
 Strandbillederne, 187
 Streaming, 235
 Suntrust Bank v. Houghton Mifflin
 Co., 200
 Suverænen, 202
 Svend Aukens have, 24, 188
 Svensson, 236

T

The Wind Done Gone, 200
 Time Inc. v. Bernard Geis
 Associates, 237
 Travestier, 62
 Tre-trins-testen, 28, 65
 TRIPS-aftalen, 28f., 52, 65
 TV2/Østjylland, 214
 Tvind, 16
 Twentieth Century Music Corp. v.
 Aiken, 46

U

Udfyldningsreglen, 175
 Ulovbestemte indskrænkninger, 55
 Ungdomshuset, 186
 UPC Telekabel, 153, 163, 182

V

Valgplakat, 208
 Verdenserklæringen, 73

Vereinigung Bildender Künstler v.

Austria, 103, 120

Vindingskriteriet, 206, 230

Von Colson, 181

Von Hannover v. Germany, 117

W

Wiener Landtagswahlkampf, 200,

208

Ø

Økonomiske vinding (Se *hensynet til
ytringens kommercielle karakter*)