

Festskrift til
Jørgen Blomqvist



MORTEN ROSENMEIER, THOMAS RIIS,
JENS SCHOVSBO & HENRIK UDSEN (RED.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2021 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion. KATE GILBERT (engelsk) og LINO VOGT (dansk) har været ansvarlige for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2021 the editors and contributing authors severally

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-420-0041-0

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Bogen er udgivet med støtte fra Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) og Dreyers Fond



dreyersfond

FairPublishing

DISSE STUDIER TILEGNES
ADJUNGERET PROFESSOR, LIC.JUR. JØRGEN BLOMQVIST
I ANLEDNING AF HANS 70 ÅRS FØDSELSDAG DEN 7. MAJ 2021



Kapiteloversigt

	Forord	xxiii
1	Forfatternes Forvaltningsselskab – skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab <i>Leder Henrik Faursby Ahlers, UBVA-sekretariatet, & direktør Stig von Hielmcrone, Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA</i>	1
2	Ophavsretlig specialisering – fordele og risici <i>Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet</i>	19
3	Copyright and Artificial Intelligence —with a focus on the area of music <i>Senior Lecturer, Jur. Dr (LL.D.) Johan Axhamn, School of Economics and Management, Lund University</i>	33
4	Parodirettslig vakuum i norsk rett <i>Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo</i>	87
5	Do the Right Thing! Authors’ contracts in the 2019 copyright directive <i>President of ALAI Italia, Stefania Ercolani, SciencesPo Paris, former professor of cultural property law</i>	131
6	Half-Opened “Umbrella” —Interpretation problems of Article 8 of the WCT <i>Member Mihály Ficsor, Hungarian Copyright Council, former Assistant Director General of WIPO</i>	163
7	§ 35 gennem 35 år <i>Advokat og partner Tereze Foged, Lassen Ricard advokatfirma</i>	191

8	Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada	231
	<i>Professor Ysolde Gendreau, Faculty of Law, Université de Montréal</i>	
9	Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin	253
	<i>Jane C. Ginsburg, Columbia University School of Law</i>	
10	Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura	269
	<i>Konsulent Martin Gormsen</i>	
11	Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union	283
	<i>Professor Emeritus Frank Gotzen, KU Leuven, President of ALAI International</i>	
12	Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder	295
	<i>Advokat Anders Sevel Johnsen, Dansk Journalistforbund</i>	
13	Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder	327
	<i>Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel</i>	
14	Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko	343
	<i>Professor (mso), LL.M., ph.d. Torsten Bjørn Larsen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet.</i>	
15	A Phonogram, to be or not to be?	367
	<i>Professor Dr. Silke von Lewinski, Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, Munich</i>	
16	Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder	381
	<i>Ordförande Jukka Liedes, Upphovsrättsliga Föreningen i Finland</i>	
17	Anne Black-sagen	403
	<i>Professor, ph.d. Bent Ole Gram Mortensen, Syddansk Universitet</i>	
18	Danser la vie	419
	<i>Victor Nabhan</i>	
19	EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder	421
	<i>Juridisk konsulent Dan Stausholm Nielsen, UBVA</i>	

20	Ophavsret og ytringsfrihed	435
	<i>Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen & partner Jakob Plesner, begge Ples&Lindholm</i>	
21	Universitetspersonals upphovsrätt och öppen publicering – finsk synpunkt	459
	<i>Professor Rainer Oesch, University of Helsinki</i>	
22	Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner	471
	<i>Direktør Anders Rasch & afdelingschef Martin Kyst, begge Copydan Tekst & Node</i>	
23	Treaty Interpretation and Treaty Making	485
	<i>Professor Emeritus Sam Ricketson, Melbourne Law School, Victoria, Australia</i>	
24	Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten	507
	<i>Professor, dr.jur. Thomas Riis, CIIR, Københavns Universitet</i>	
25	The RAAP Decision of the CJEU —What Happened to Reciprocity?	525
	<i>Professor, dr.juris Ole-Andreas Rognstad, University of Oslo</i>	
26	The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration —Details of the RAAP case	549
	<i>Professor Emeritus, Dr. Jan Rosén, Stockholm University</i>	
27	Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?	569
	<i>Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet</i>	
28	Æres den som æres bør – EU-harmonisering af ophavsftaleretten	597
	<i>Professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo, CIIR, Københavns Universitet</i>	
29	Linking after VG Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story?	623
	<i>Associate Professor, PhD Sebastian Felix Schwemer, CIIR, University of Copenhagen</i>	
30	DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse?	641
	<i>Advokat Peter Schønning</i>	

31	Operationalizing Vigeland	
	—2 x 2 Public Order and Morality Arguments	653
	<i>Professor dr. Martin Senftleben, IViR, University of Amsterdam</i>	
32	Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions	693
	<i>Associate Professor, PhD Stina Teilmann-Lock, Copenhagen Business School</i>	
33	Mellemmandsoverføring?	707
	<i>Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet</i>	
34	Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser	729
	<i>Adjunkt, ph.d. Jøren Ullits, Syddansk Universitet</i>	
35	Titelbeskyttelsen i dansk ret	745
	<i>Advokat (L), ph.d. Knud Wallberg</i>	

Ophavsret og ytringsfrihed

*Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen
& partner Jakob Plesner, begge Ples&Lindholm**

1. Indledning¹

Ophavsretsloven giver ophavsmanden en *eneret* til de værker – f.eks. film, musik og bøger – som vedkommende skaber. Det indebærer, at ophavsmanden som udgangspunkt har monopol på at dele hele eller dele af værket, dvs. at “at enhver reproduktion eller overføring til almenheden af et værk af tredjemand kræver ophavsmandens forudgående samtykke”.²

Da vi lever i et videnssamfund er der imidlertid i visse situationer en samfundsmæssig interesse i at dele information, herunder materiale som andre har skabt. Det indebærer, at der kan opstå en konflikt mel-

* Tak til Helene May Kristensen for hjælp med informationssøgning, korrekturlæsning m.v.

1. Om samme emne se bl.a. Mathiasen, J. P; Nielsen, L. L., *Lærebog i Entertainmentret* (2019), Andersen, P. B, *Ophavsret og ytringsfrihed* (2018), Linkis, J., *Dansk ophavsrets fleksibilitet – En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser* (2017), Rosenmeier, M; m.fl., “Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for ‘dansk ophavsret’?” (2018), Schønning, P., *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), Udsen, H., *De Informationsretlige Grundsætninger* (2019).
2. Se f.eks. C-301/15, *Soulier og Doke*, betragtning 33.

lem hensynet til ophavsmandens eneret til værket og tredjemands interesse i at dele værket. Sat på spidsen drejer det sig om ophavsmandens eneret over for tredjemands ytringsfrihed.

Ophavsretslovens kapitel 2 indeholder allerede en række undtagelser til ophavsmandens eneret. Det drejer sig om alt lige fra brug af mindre dele af værket i citater til brug i film, nyhedsreportager osv. Fælles for undtagelserne er, at de i større eller mindre grad netop tager hensyn til ytringsfriheden, da de giver brugeren mulighed for at anvende og dele beskyttede værker.

Spørgsmålet er imidlertid, om der – udover de undtagelser som fremgår direkte af ophavsretsloven – gælder en generel undtagelse for tilladt brug med hjemmel i EMRK's artikel 10, stk. 1, om ytringsfrihed.

Derudover er det også relevant at undersøge i hvor stor udstrækning ytringsfriheden inddrages som hensyn ved fortolkningen af de undtagelsesbestemmelser, som fremgår af selve ophavsretsloven.

I artiklen analyserer vi spørgsmålene med udgangspunkt i retspraksis fra de danske domstole, EU-Domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

2. Dansk lovgivning og retspraksis om ophavsret og ytringsfrihed

Det har – i hvert fald tidligere – generelt været antaget, at der kan være andre undtagelser til ophavsmandens eneret end dem, som fremgår direkte af ophavsretsloven. I forarbejderne til ophavsretsloven fra 1961 fremhæves det eksempelvis, at der gælder en undtagelse for parodi-brug, selvom en sådan ikke fremgår direkte af ophavsretsloven.³ Dette begrundes med, at der har været fast *tradition* for, at dette er tilladt.

Højesteret har også anerkendt, at der gælder en generel ulovbestemt *bagatelgrænse* ("de minimis"-princippet) for, hvornår brug af andres værker kræver tilladelse. I Højesterets dom af 18. december 2018 optrykt i *UfR 2019.1109 H* (keramik) fremhævede Højesteret således, at

3. FT 1959-1960, tillæg A almindelige bemærkninger spalte 2693. Bemærkningen vedrører de ideelle rettigheder, men det antages, at bemærkningen også gælder for de økonomiske rettigheder, jf. Schønning, P., *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, 2016), s. 212.

“brug af et ophavsretligt beskyttet værk selv i en kommerciel, markedsføringsmæssig sammenhæng kan være af så underordnet betydning, at der uanset at rettighedshaveren ikke har givet tilladelse til brugen ikke vil være tale om en ophavsretskrænkelser.”

Højesteret understreger samtidig, at undtagelsen skal fortolkes restriktivt.

De danske domstole har i flere sager taget stilling til, om ytringsfriheden i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK's) artikel 10, stk. 1, kan påberåbes til støtte for at foretage en ophavsretlig handling, som ellers ville kræve tilladelse. Det drejer sig både om tilfælde, hvor kunstnere har ønsket at bruge andres værker i deres egne værker og tilfælde, hvor det ophavsretligt beskyttede materiale har været ønsket spredt som led i den offentlige debat eller af pressen. I det følgende gennemgås de to områder hver for sig.

2.1. Kunstnerisk ytringsfrihed

I relation til den kunstneriske ytringsfrihed er den toneangivende dom Østre Landsrets dom optrykt i *UfR 2009.875 Ø* (Den Lille Havfrue i Bjørn Nørgaard-kollage). I sagen havde kunstneren, Bjørn Nørgaard, anvendt to mindre fotografier af Edvard Eriksens skulptur Den Lille Havfrue i en kollage uden tilladelse fra rettighedshaverne. Landsretten lagde vægt på, at der var en fast *tradition* for, at kunstnere i kollager anvender andres ophavsretsbeskyttede værker, selvom der ikke er givet samtykke hertil fra ophavsmændene.

Landsretten vurderede, at der i disse situationer skal foretages en konkret afvejning af hensynet til en effektiv beskyttelse af rettighedshavernes ophavsret over for hensynet til kunstnerens kunstneriske ytringsfrihed. Fotografierne havde ikke en dominerende plads i kollagen, ligesom brugen af fotografierne ikke var egnet til at berige kunstneren på bekostning af rettighedshaverne. Endelig havde anvendelsen af fotografierne en særlig baggrund, da kollagen var udarbejdet i anledning af H.C. Andersen-året og vedrørte H.C. Andersens eventyr om Den Lille Havfrue. Kunstneren ønskede at gå dybere ind i fortællingen og pege på forskellige tolkninger – bl.a. illustreret ved brug af fotografierne af Edvard Eriksens figur. Kunstneren havde tidligere lavet sin egen

version af Den Lille Havfrue (en genmodificeret havfrue), og der indgik også fotografier af denne skulptur i kollagen.

På baggrund af disse særlige omstændigheder kom landsretten frem til, at kunstnerens ytringsfrihed vejede tungere end rettighedshavernes ophavsret, hvorfor brugen var lovlig, idet der herefter var tale om en fri benyttelse, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 2. Domstolen synes således at lade ytringsfriheden få betydning for rækkevidden af ophavsmandens eneret.

Landsrettens afgørelse er meget konkret begrundet og allerede få år efter fik landsretten lejlighed til at afklare grænserne yderligere i en ny sag om brug af et fotografi i en collage. I Østre Landsrets dom optrykt i *UfR 2013.1704 Ø* (Hornsleths collage) havde kunstneren, Hornsleth, ligeledes gjort brug af et mindre fotografi i et kunstværk. Fotografiet var et portrætfoto af en kvindelig journalist, hvor Hornsleth havde klippet hovedet ud og indsat det i en stærkt pornografisk collage. Hornsleth og journalisten havde haft en konflikt på baggrund af artikler, som journalisten havde skrevet, hvilket var baggrunden for brugen i kollagen, som var en form for hævn fra kunstnerens side.⁴

Landsretten foretog igen en afvejning af ophavsretten over for den kunstneriske ytringsfrihed. I modsætning til sagen om Den Lille Havfrue havde fotografiet en helt central placering i kollagen, som var stærkt pornografisk og krænkende. Landsretten fandt på denne baggrund, at der var tale om en ophavsretlig krænkelse og afviste, at hensynet til kunstnerisk ytringsfrihed kunne føre til et andet resultat. Landsretten fandt på den måde, at hensynet til ytringsfriheden varierer, dvs. at det f.eks. er svagere, når ytringen er krænkende.

På baggrund af de to domme må det konkluderes, at hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed efter dansk retspraksis kan medføre en begrænsning af den ophavsretlige beskyttelse. Sagerne er imidlertid meget konkret begrundede. De primære faktorer, som vil tale for en lovlig brug, vil være, om der er tale om en mindre brug af det beskyttede værk, om der er tradition for en sådan brug på det konkrete kunstområde, om brugen er nødvendig som led i en kunstnerisk fortælling, samt om brugen er krænkende.

4. Sagen var anlagt af fotografen (og ikke journalisten), da det var fotografen, som havde ophavsrettighederne til fotografiet.

Det må antages, at spillerummet for den kunstneriske ytringsfrihed må vurderes separat på hvert enkelt kunstområde. Muligheden for at påberåbe sig kunstnerisk ytringsfrihed ved brug i kollager er således ikke den samme, som ved brug i musikværker m.v. Østre Landsret henviser således i *UfR 2009.875 Ø* (Den Lille Havfrue i Bjørn Nørgaard-kollage) direkte til, at der gælder en særlig tradition på kollage-området.

Meget tyder endvidere på, at en begrænsning af den ophavsretlige beskyttelse – enten i form af en snævrere eneret eller i form af en undtagelse – vil skulle have udtrykkelig hjemmel i EU-retten. Der henvises til afsnit 4 herfor. En løs hensynsafvejning uden skelen til de EU-retlige regler vil således næppe kunne opretholdes. Som det fremgår af afsnit 4, er det således tvivlsomt, om ovenstående praksis er gyldig efter EU-retten.

2.2. Pressens ytringsfrihed og ytringer som led i den offentlige debat

I pressen og den offentlige debat er der et udtalt behov for at kunne dele informationer. Pressens ytringsfrihed tager udgangspunkt i EMRK's artikel 10, stk. 1, om ytringsfrihed, som er nærmere gennemgået i afsnit 3.

Ytringsfriheden blev påberåbt af pressen i en utrykt byretsdom fra 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog). I sagen havde Politiken udgivet en hel bog af den danske EU-kommissær, Ritt Bjerregaard, som et tillæg til avisen. Ritt Bjerregaard havde imidlertid ikke selv offentliggjort bogmanuskriptet eller givet tilladelse til, at Politiken udgav bogen. Hensynet til ophavsretten vejede her tungere end ytringsfriheden. Der var tale om en grov krænkelse, idet bogen ikke tidligere var udgivet, ligesom Politiken valgte at udgive hele bogen uden tilladelse. Det var ikke *nødvendigt* for Politiken at udgive hele bogen for at kunne formidle de relevante budskaber. Byretten idømte på den baggrund Politikens ansvarshavende redaktør 20 dages hæfte.

Ytringsfriheden og EMRK's artikel 10, stk. 1, blev ligeledes påberåbt i Østre Landsrets dom af 11. maj 1999 optrykt i *UfR 1999.1462 Ø* (En familie og dens Dronning). Sagen drejede sig om en bog om kongehuset, som vakte stor opsigt. Bogen indeholdt bl.a. et afsnit om kronprinsen, som udtalte sig om selvmordstanker. Billed-Bladet valgte at bruge ca.

3 % af bogens samlede tekst i en artikel, hvor ca. 90 % af indholdet var citat fra bogen. Landsretten fandt, at en så omfattende brug ikke var et lovligt citat efter ophavsretslovens § 22. Derudover var brugen heller ikke lovlig efter EMRK's artikel 10, stk. 1. Billed-Bladet kunne således have opnået samme formål med artiklen ved et langt mindre citat (eller ved anden omtale af bogens budskaber). På samme vis som i sagen om Kommissærens dagbog var det således ikke *nødvendigt* for Billed-Bladet at bruge så omfattende mængder af det ophavsretligt beskyttede materiale for at komme ud med det budskab, som bladet ønskede. Billed-Bladet blev derfor dømt til at betale et rimeligt vederlag til rettighedshaverne på 50.000 kr.

I Vestre Landsrets dom af 5. juli 2013 optrykt i *UfR 2013.3002 V* (TV 2 Østjylland) havde TV 2 Østjylland vist et fotografi af en far og søn, der døde i et forlis på Kattégat uden at indhente tilladelse fra fotografen. TV-stationen viste fotografiet i forbindelse med en tv-optagelse i hjemmet hos de efterladte, hvor der blev filmet meget indgående på fotografiet. De øvrige danske medier, som havde anvendt billedet, havde betalt for dette.

Landsretten afviste, at TV 2 Østjylland kunne bruge billedet uden tilladelse med henvisning til ytringsfriheden og EMRK's artikel 10, stk. 1. Det var således ikke *nødvendigt* for tv-stationen at vise fotografiet for at formidle nyheden, som drejede sig om de efterladtes reaktion og myndighedernes fejl i forbindelse med redningen.

Østre Landsrets dom af 22. juni 2018 optrykt i *UfR 2018.1294 Ø* (karikaturtegning) drejede sig om brug af en kunstners karikaturtegning bragt i satiremagasinet Spot. Magasinet var inspireret af franske Charlie Hebdo. Der var tale om en karikaturtegning af Katrine Winkel Holm, som var formand for Trykkefrihedsselskabet. Tegningen var en del af debatten om ytringsfrihed og Muhammed-tegningerne.

Tegningen blev efterfølgende – på fremtrædende vis – brugt af Trykkefrihedsselskabet som illustration til et indlæg af Katrine Winkel Holm på selskabets hjemmeside. Indlægget indeholdt ingen henvisninger eller kommentarer til selve tegningen, og indlægget kunne derfor læses og forstås uden brug af tegningen. Det var med andre ord ikke *nødvendigt* at bringe tegningen, for at indlægget kunne forstås.

Landsretten fandt, at der var tale om en krænkelse af tegnerens ophavsrettigheder og afviste, at der under disse omstændigheder var tale om et indgreb i ytringsfriheden.⁵

I Københavns Byrets dom af 23. november 2020 (Den Lille Havfrue som Zombie)⁶ havde Berlingske bragt billeder af Den Lille Havfrue. Den ene tegning forestillede Den Lille Havfrue med et zombielignende ansigt med røde øjne, hvor hun holdt et flosset Dannebrog, med pigtråd i baggrunden og et banner med teksten "Ondskaben i Danmark". Tegningen var en teaser for en artikel i avisen som omhandlede, at Danmark havde Nordens ondeste debatkultur. Artiklen var ledsaget af et foto af Rasmus Paludan.

Derudover havde Berlingske bragt et fotografi af Den Lille Havfrue iført mundbind i forbindelse med en artikel med overskriften: "Bange for coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti".

Berlingske gjorde bl.a. gældende, at brugen var tilladt i medfør af EMRK's artikel 10, stk. 1, da brugen skete i forbindelse med Berlingskes behandling af emner af åbenbar offentlig interesse. Byretten afviste, at ytringsfriheden kunne bruges som hjemmel for brugen af Den Lille Havfrue, idet der ikke var en sammenhæng mellem Den Lille Havfrue og de ytringer, som fremgik af artiklerne. Det var med andre ord ikke *nødvendigt* at afbilde Den Lille Havfrue for at fortælle historien i artiklerne. Brugen var på denne baggrund i strid med rettighedshavernes rettigheder.⁷

På baggrund af dommene må det antages, at rammerne for pressen (eller andre som led i den offentlige debat) til at bruge ophavsrettigheder under henvisning til ytringsfriheden, ifølge dansk retspraksis, er forholdsvist begrænsede.⁸ I ingen af sagerne har pressen fået medhold i

5. Domstolen afviste, at ophavsretslovens § 23 fandt anvendelse i sagen, da tegningen ikke var gengivet i tilslutning til indlægget, ligesom gengivelsen ikke havde været nødvendig (§ 23, stk. 1). Gengivelsen af tegningen var heller ikke omfattet af § 23, stk. 2 eller 3, allerede fordi tegningen var frembragt med henblik på gengivelse i et tidsskrift, og fordi gengivelsen ikke var af underordnet betydning.

6. Sag BS-50268/2019-KBH.

7. Det bemærkes, at Berlingske ikke havde påberåbt sig parodi-princippet.

8. Se også Københavns Byrets dom af 11. december 2014 (Det tredje Testamente) om et forlags kopiering og tilgængeliggørelse af bogen "Det tredje Testamente". I denne sag vejede ophavsretten endnu engang tungere end ytringsfriheden.

deres påstande. Alle sager har dog drejet sig om en ganske omfattende brug af de pågældende ophavsrettigheder. Her har domstolene foretaget en proportionalitetsvurdering, hvor det afgørende er, om det har været *nødvendigt* at bruge ophavsrettighederne for at formidle budskabet.

Rammerne for, hvornår brugen anses for nødvendig, må anses for at være ganske snævre. Her vil det også spille ind, hvor intensiv brugen af ophavsrettighederne i givet fald er. Med andre ord kan undtagelsen for ytringsfrihed i forhold til pressen alene anses for at finde anvendelse, hvis der er tale om begrænset brug af ophavsretligt beskyttet materiale, og hvor denne samtidig er nødvendig for at kunne formidle selve nyheden. En sådan indskrænkning i ophavsmandens eneret vil desuden formentlig skulle have hjemmel i EU-retten for at være gyldig, jf. afsnit 4.

3. Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

EMRK's artikel 10, stk. 1, fastslår, at enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret kan dog – efter stk. 2 – underkastes restriktioner m.v., som er foreskrevet ved lov og som bl.a. er nødvendige af hensyn til beskyttelse af andres rettigheder. For at et indgreb er lovligt skal tre (kumulative) betingelser således være opfyldt:

1. Det skal være foreskrevet ved lov
2. Indgrebet skal forfølge et af de legitime formål, som er nævnt i stk. 2 (f.eks. beskyttelse af andres rettigheder)
3. Indgrebet skal være nødvendigt

EMRK anerkender med andre ord, at der kan ske begrænsninger af ytringsfriheden, hvis dette sker for at beskytte andres rettigheder – f.eks. ophavsrettigheder. I disse sager skal der ske en afvejning af ytringsfriheden over for beskyttelsen af rettighedshaverne.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har ved flere lejligheder taget stilling til denne afvejning:

3.1. Ashby Donald v. Frankrig, (Ashby Donald), 10. januar 2013⁹

Sagen drejede sig om tre modefotografer, som havde taget fotografier af (ophavsretligt beskyttet) tøj ved en række modeshows. Fotograferne distribuerede efterfølgende fotografierne på internettet – uden tilladelse fra modehusene – med det formål at sælge fotografierne. En fransk domstol kom frem til, at distributionen var en krænkelse af modehusenes ophavsrettigheder.

Fotograferne indbragte sagen for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, da de mente, at tilgængeliggørelsen af fotografierne var lovlig under henvisning til deres ytringsfrihed, jf. EMRK's artikel 10, stk. 1.

Domstolen afvejede fotografernes ytringsfrihed efter stk. 1 over for nødvendigheden af beskyttelsen af modehusenes ophavsrettigheder, jf. stk. 2. Domstolen lagde til grund, at indskrænkningen af ytringsfriheden var foreskrevet ved lov og forfulgte et lovligt hensyn (beskyttelse af andres ophavsrettigheder). Det primære spørgsmål var derfor, om indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. stk. 2.

Domstolen lagde vægt på, at formålet med fotograferingen og tilrådighedsstillelsen var kommerciel, idet det drejede sig om, at fotograferne ville sælge fotografierne. Der var således ikke tale om, at fotograferne varetog pressens funktion som public watchdog ved at videreformidle nyheder m.v., som havde offentlighedens interesse. Indgrebet var på denne baggrund proportionalt og nødvendigt.

Domstolen kom derfor frem til, at indgrebet mod fotograferne var lovligt, jf. EMRK's artikel 10, stk. 2.

3.2. Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi v. Sverige (Pirate Bay), 19. februar 2013¹⁰

Sagen vedrørte den svenske fildelingstjeneste, Pirate Bay, som gav tjenestens brugere mulighed for at dele og downloade ophavsretligt beskyttet materiale (f.eks. musik, film og spil).

9. *Ashby Donald and Others v. France* 36769/08.

10. *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* 40397/12.

Ejerne af tjenesten var blevet dømt for at foretage ophavsretskrænkelser i Sverige, men mente, at dommen var i strid med deres ytringsfrihed, jf. EMRK's artikel 10, stk. 1.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslog indledningsvist, at distributionen af materiale via fildelingstjenesten var omfattet af ytringsfriheden efter stk. 1, og at dommen mod ejerne derfor som udgangspunkt var et indgreb i deres ytringsfrihed. Domstolen foretog herefter en vurdering af, om indgrebet var lovligt efter EMRK's artikel 10, stk. 2.

Indgrebet var hjemlet i svensk lovgivning og forfulgte de lovlige hensyn, som var foreskrevet i EMRK's artikel 10, stk. 2 (beskyttelse af andres rettigheder og forebyggelse af kriminalitet).

Domstolen foretog herefter en vurdering af, om indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund. Ligesom i *Ashby Donald*-dommen var der tale om kommercielle ytringer og ikke ytringer som led i den offentlige debat. Derudover havde ejerne ikke taget skridt til at fjerne det krænkende materiale, på trods af at de var blevet opfordret hertil.

På denne baggrund fandt domstolen, at indgrebet var proportionalt og nødvendigt.

3.3. Sammenfatning af EMD's praksis

For at der kan foretages indgreb i ytringsfriheden skal tre betingelser som nævnt være opfyldt efter EMRK's artikel 10, stk. 2: Indgrebet skal være foreskrevet ved *lov*, forfølge et *legitimt formål* og være *nødvendigt*. I relation til ophavsrettigheder vil de to første betingelser stort set altid være opfyldt, da ophavsrettigheder er beskyttet via ophavsretsloven og netop beskytter rettighedshavernes rettigheder. Det afgørende i sagerne vil være om indgrebet er nødvendigt.

Ved vurderingen af, om indgrebet er nødvendigt, skal der foretages en proportionalitetsvurdering, hvor staterne skal afveje hensynet til at beskytte rettighedshaverne over for hensynet til ytringsfriheden. Ved denne vurdering er det tydeligt fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, at staterne har en bred skønsmargin. Der skal derfor en del til for, at domstolen vil tilsidesætte staternes vurdering.

De sager som domstolen har fået forelagt har drejet sig om kommercielle ytringer, hvor informationen er blevet delt med profit for øje.

Her er hensynet til ytringsfriheden snævrere end, når det drejer sig om ytringer, der sker i den offentlige debat, eller hvis det drejer sig om pressens ytringer som *public watchdog*.

4. EU-retten

4.1. Introduktion

Det er efterhånden ved at være en trivialitet at fremhæve, at ophavsretten er harmoniseret i EU.¹¹ Der eksisterer p.t. 12 direktiver og 2 forordninger, der udelukkende – eller næsten udelukkende – beskæftiger sig med ophavsret og nærtstående rettigheder. Hertil kommer, at mere horisontale retsakter som f.eks. retshåndhævelses- og e-handelsdirektivet indeholder regler, som har væsentlig betydning for håndhævelsen af ovennævnte rettigheder.

Det ligger uden for denne artikels formål at give en detaljeret beskrivelse af niveauet af harmonisering og de efterhånden få områder, hvor der ikke er sket harmonisering. Til brug for denne artikel kan blot konstateres, at ophavsretten i al væsentlighed er harmoniseret, og at medlemsstaterne, som udgangspunkt, ikke uden (ganske udtrykkelig) hjemmel i EU-lovgivningen kan lave nationale særordninger uden at komme i konflikt med EU-retten. Dette gælder også ift. særregler, som på den ene eller anden måde har at gøre med ytrings- eller informationsfrihed.

Dette betyder imidlertid ikke, at ytrings- og informationsfrihed ikke spiller en central rolle for ophavsretten. Tværtimod fylder afvejningen mellem disse hensyn og hensynet til beskyttelse af ophavsretten mere og mere i sager for EU-Domstolen, hvor domstolen i højere og højere grad inddrager retten til ytrings- og informationsfrihed. I dette afsnit vil vi se på de regler og afgørelser, som spiller den største rolle for denne hensynsafvejning.

11. For grundig gennemgang af graden af harmonisering kan navnlig henvises til Rosenmeier, M. m.fl., "Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for 'dansk ophavsret'?" (2018).

4.2. EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder

Når man skal beskrive det juridiske forhold mellem ophavsret og ytringsfrihed, kommer man ikke uden om EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder, der indeholder en række centrale rettigheder.

Af artikel 11, der har overskriften "ytrings- og Informationsfrihed", følger:

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.

Ejendomsretten reguleres i artikel 17, hvoraf følger, at:

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 nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet. Anvendelsen af ejendommen kan reguleres ved lov, i det omfang det er nødvendigt af hensyn til almenvellet.
2. Intellectuel ejendomsret er beskyttet.

Begge artikler er formuleret så bredt, at man ofte vil stå i en situation, hvor det er umuligt ikke at krænke mindst en af artiklerne (hvis der anlægges en meget streng ordlydsfortolkning). En balance mellem de to er derfor nødvendig.

Charteret indeholder dog selv regler, der kan hjælpe med at forstå, hvor meget og hvordan man kan begrænse de grundlæggende rettigheder. Charterets afsnit VII indeholder således regler for fortolkning og anvendelse af charteret.

Af disse regler følger bl.a., at

"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 al-

men interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder”.

Dette kan godt lyde en smule programerklæringsagtigt, men er noget, som lovgiver m.v. skal tage seriøst. Overskridelse af rammerne kan f.eks. betyde, at et direktiv erklæres ugyldigt.¹² Dette gælder også på ophavsrettens område.

4.3. Enerettigheder og indskrænkninger i infosoc-direktivet

Ophavsretsreguleringen i EU er, som nævnt ovenfor, spredt ud over en lang række direktiver og forordninger m.v.

Man kan således ikke finde alle enerettighederne samlet ét sted, men må gå på opdagelse i mange retsakter, før man har et overblik over den samlede beskyttelse. For at gøre dette værre, så er der nogle gange tale om fuld harmonisering af enerettighederne, mens der andre gange er tale om en minimumsbeskyttelse. Endelig er der fortsat enkelte områder, hvor eneretten ikke er harmoniseret. I dette afsnit vil vi navnlig fokusere på infosoc-direktivet.¹³

Man skal ikke længere ned end tredje betragtning i infosoc-direktivet, før man for første gang støder på den hensynsafvejning, som lovgiver har forsøgt at opnå med direktivet:

“Den foreslåede harmonisering medvirker til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse.”

En lignende henvisning kan også finde i betragtning 31, som relaterer sig til de undtagelser,¹⁴ som også behandles i direktivet.

12. Eksempelvis fandt EU-Domstolen i de forenede sager C-293/12 og C-594/12, *Digital Rights*, at det såkaldte “Data Retention Directive” var ugyldigt, da “EU-lovgiver ved vedtagelsen af direktiv 2006/24 har overskredet de grænser, som overholdelsen af proportionalitetsprincippet kræver, henset til chartrets artikel 7, 8 og 52, stk. 1.”

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

14. I infosoc-direktivet anvendes terminologien “Indskrænkninger og undtagelser”. I denne artikel anvendes alene “undtagelser” af hensyn til læsevenligheden.

EU-lovgiver har således tiltænkt en rimelig balance mellem de forskellige grundlæggende hensyn, herunder ophavsretten og ytringsfriheden, dog således at udgangspunktet for harmoniseringen er, at rettighedshaverne skal have et "højt beskyttelsesniveau".¹⁵

Selve artikelteksten indeholder ikke direkte henvisninger til ytrings- eller informationsfriheden. Eneretten følger af artikel 2 (eksemplar-fremstilling), artikel 3 (overføring til almenheden) og artikel 4 (spredning).

Indskrænkningerne og undtagelserne er oplistet i direktivets artikel 5, stk. 2 og 3. De betragtninger, som vedrører undtagelserne, beskæftiger sig ikke i nævneværdig grad med forholdet til ytringsfriheden. Det er således op til medlemsstaterne (ved gennemførelsen af direktivet) og de nationale domstole (ved fortolkning heraf) at finde den rette balance mellem de forskellige hensyn. Dette princip er også udtrykkeligt fastslået af EU-Domstolen.

I C-275/06, *Promusicae* – der dog ikke vedrørte ytringsfrihed – fastslog domstolen,

"at medlemsstaterne under gennemførelsen af de ovennævnte direktiver påser, 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."

Dommen siger dog ikke noget om, hvornår og hvordan denne afvejning skal ske. Man kan spørge om medlemslandene samlet set skal sørge for en rimelig balance, eller om afvejningen skal ske på et mere konkret plan, f.eks. ved fastlæggelsen af rækkevidden af de enkelte enerettigheder og undtagelser. Retspraksis viser imidlertid tydeligt, at det sidste er tilfældet.

4.4. Enerettigheder

Hensynet til ytringsfrihed har flere gange været inddraget i sager om, hvorvidt en given handling falder ind under en af enerettighederne og dermed kræver tilladelse.

15. Infosoc-direktivet, betragtning 9.

I C-160/15, *GS Media*, skulle domstolen tage stilling til, hvorvidt linking til et værk, som var lagt på internettet uden rettighedshavernes samtykke, var en "overføring til almenheden". Domstolen startede – i overensstemmelse med tidligere praksis – med at fastslå, at dette begrebs betydning og rækkevidde skal fastlægges under hensyntagen til de mål, der forfølges med infosoc-direktivet og den sammenhæng, som den fortolkende bestemmelse indgår i.¹⁶ Domstolen fremhævede navnlig infosoc-direktivets betragtning 3, 9 og 31.

Domstolen valgte på den baggrund at foretage en hensynsafvejning, og konstaterede, at internettet er

"særligt vigtigt for ytrings- og informationsfriheden, som er sikret i charteret artikel 11, og at hyperlinks medvirker til, at internettet er velfungerende og til udveksling af meninger og information på dette netværk, der er karakteriseret ved adgang til uanede mængder af information."¹⁷

Bl.a. på baggrund heraf – og som følge af, at borgere har svært ved at gennemskue om det, man linker til, er lagt op med eller uden rettighedshavernes samtykke – valgte domstolen at indføre en formodningsregel, således at det afgørende er

"om disse links er anbragt uden vinding for øje af en person, som ikke vidste, eller som ikke med rimelighed kunne vide, at disse værker ulovligt var blevet offentliggjort på denne anden internetside, eller om anbringelsen af disse links derimod er sket med vinding for øje, i hvilken situation en sådan viden må formodes at foreligge."¹⁸

Hensynet til ytringsfriheden var således en vigtig faktor i at modificere eneretten til "overføring til almenheden". Det er interessant, at domstolen ikke alene medtog hensynet til den part, som i den pågældende sag havde foretaget linking (GS Media), men også inddrog betydningen for bl.a. borgerne, som ikke var part i sagen.

Betydningen af ytringsfriheden er efterfølgende blevet testet i flere sager.

16. C-160/15, *GS Media*, betragtning 29.

17. *Ibid.*, betragtning 45.

18. *Ibid.*, betragtning 55.

I C-161/17, *Renckhoff*, fandt EU-Domstolen, at hverken retten til ytringsfriheden eller retten til uddannelse kunne begrunde, at en skoleelev kunne stille et fotografi til rådighed på en åben skoleportal uden samtykke fra ophavsmanden. Det var uden betydning, at fotografiet lovligt var stillet til rådighed uden adgangsbegrænsninger på en anden hjemmeside.¹⁹ Domstolen fandt således, at de hensyn, som bevirker en begrænsning af rettighedshavernes eneret ift. linking (jf. C-160/15, *GS Media*) ikke gjorde sig gældende i denne sag, hvor der var sket primær upload til internet-tet.

Om forholdet mellem beskyttelse af ophavsretten og retten til uddannelse noterede domstolen, at EU-lovgiver i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra a, har valgt at give medlemsstaterne mulighed for at indføre en undtagelse om brug af værker m.v. i uddannelsesøjemed.²⁰ Domstolen synes her at indikere, at hvis der er en undtagelse, som er relevant ift. at balancere de forskellige grundlæggende hensyn, så bør omfanget af eneretten ikke også begrænses med henvisning til, at der skal ske en afvejning ift. andre hensyn. En bruger af et værk kan således ikke både få en begrænset eneret og en bred undtagelse.

I C-476/17, *Pelham*, skulle domstolen tage stilling til, om anvendelse af en meget kort lydprøve fra et beskyttet fonogram i forbindelse med sampling var en "reproduktion" i medfør af artikel 2, litra c, i infosoc-direktivet. Domstolen konkluderede, at udtagning af en sådan lydprøve var en "delvis reproduktion",²¹ men at dette ikke er tilfældet, når prøven anvendes "i et nyt værk i en form, som er ændret og uigenkendelig for øret". Domstolen fandt, at denne begrænsning måtte være nødvendig for at finde den "rimelige balance", som er nævnt i infosoc-direktivets betragtning 3 og 31. Domstolen fremhævede navnlig retten til kunst og ytringsfrihed som vægtige modhensyn. Domstolen tog ikke stilling til, hvordan denne konklusion forholder sig ift. delvis eksemplarframstilling af værker.

Ovennævnte sager viser, at der ved fortolkning af enerettens rækkevidde skal foretages en hensynsafvejning overfor andre grundlæggende hensyn, herunder ytringsfriheden, og at hensynet til ytringsfriheden

19. C-161/17, *Renckhoff*, betragtninger 41, 42 og 47.

20. Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra a.

21. C-476/17, *Pelham*, betragtning 29.

kan føre til, at eneretten begrænses. Dommene viser dog også, at hensynet til ytringsfriheden ikke kan begrunde en væsentlig indskrænkning af enerettens indhold. Rettighedshaverne skal således sikres et "højt beskyttelsesniveau", som det hedder i infosoc-direktivets betragtning 9.

4.5. Forholdet mellem enerettigheder og undtagelser

Hensynet til ytringsfriheden er også relevant ift. fortolkning og anvendelse af undtagelserne til eneretten.

Undtagelserne til eneretten skal som udgangspunkt fortolkes indskrænkende²² og på en måde, som sikrer formålene med infosoc-direktivet, som navnlig er at sikre det indre markeds funktion og at sikre rettighedshaverne et højt beskyttelsesniveau. Ytringsfriheden kan dog virke som en modvægt til disse fortolkningsprincipper.

Den 29. juli 2019 afsagde EU-Domstolen på samme dag tre afgørelser, der alle vedrører afvejningen mellem hensynet til ytringsfriheden og beskyttelsen af ophavsretten:

- I C-469/17, *Funke Medien*, skulle domstolen tage stilling til, hvorvidt en avis kunne offentliggøre fortrolige militærrapporter. Avisen havde fået afslag på at få aktindsigt i rapporterne, men havde i stedet fundet rapporterne af anden (og ukendt) vej og offentliggjort dem på deres hjemmeside. Den Tyske Forbundsrepublik mente, at denne offentliggørelse var i strid med ophavsretten.
- C-476/17, *Pelham*, handlede – som nævnt ovenfor – om, hvorvidt det er lovligt at anvende en lydprøve fra et fonogram i forbindelse med skabelse af et nyt værk ved hjælp af sampling.
- C-516/17, *Spiegel Online*, handlede om, hvorvidt en nyhedsportal kunne offentliggøre tekster, der var skrevet af en tysk politiker, men hvis indhold politikerens nu tog afstand fra. Teksterne var tidligere blevet offentliggjort i en tekstsamling, men politikerens

22. Dette følger bl.a. af den såkaldte tretrins-test, som fremgår af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5. Heraf fremgår at undtagelser kun kan anvendes i specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket m.v. og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. Tretrins-testen genfindes i internationale konventioner, herunder Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2.

havde tilkendegivet, at denne tekst var blevet forvansket af redaktøren. Offentliggørelsen på nyhedsportalen skete for at vise, at dette ikke var tilfældet, og at politikerens derfor havde løjet over for offentligheden.

I disse afgørelser klargjorde EU-Domstolen en række centrale spørgsmål.²³

For det første fastslog domstolen, at hensynet til ytringsfriheden ikke kan begrunde en selvstændig undtagelse ud over dem, der er udtømmende oplistet i infosoc-direktivets artikel 5.²⁴ Dette er navnlig begrundet i, at direktivet allerede indeholder en balancering af de grundlæggende rettigheder, og at det ville være til skade for harmoniseringen af rettigheder, hvis medlemslandene kunne lave særlige nationale undtagelser. Der er tale om en meget vigtig præcisering fra domstolen, da det f.eks. indebærer, at EMRK's artikel 10 ikke kan påberåbes som selvstændigt hjemmelsgrundlag for en undtagelse til eneretten. Det samme vil være tilfældet for andre undtagelser, som ikke er hjemlet i infosoc-direktivets artikel 5.

Denne konklusion, som byggede på tidligere afgørelser fra domstolen, betyder formentlig, at medlemsstaterne næppe kan opretholde undtagelser eller særregler, der begrænser de enerettigheder, som er harmoniseret gennem infosoc-direktivet, og som ikke kan rummes inden for de undtagelser, som er fastlagt heri. Den retstilstand, som er fastlagt ved flere danske domme (se afsnit 2), hvor der blot foretages en "løs" hensynsafvejning, vil derfor ikke uden videre kunne opretholdes.²⁵ Domstolen må i stedet tage udgangspunkt i de rammer, som er fastlagt i direktivet.

23. Se også C-479/04, *Laserdisken*, om konsumtion og C-145/10, *Painer*, om citatreglen.

24. C-469/17, *Funke Medien*, betragtning 64, C-476/17, *Pelham*, betragtning 65, og C-516/17, *Spiegel Online*, betragtning 49.

25. *UfR 2009.875 Ø* (Den Lille Havfrue i Bjørn Nørgaard-kollage) er formelt begrundet i ophavsretslovens § 4, stk. 2, om "fri benyttelse". Brugen af princippet om fri benyttelse på denne måde vil formentlig ikke være i overensstemmelse med infosoc-direktivet, jf. f.eks. C-476/17, *Pelham*, betragtning 56, 58 og 63-65. *Pelham*-sagen vedrørte bl.a. en tilsvarende tysk bestemmelse om "fri benyttelse".

For det andet fastslog domstolen, at hensynet til ytringsfriheden har særlig betydning for visse af de gældende undtagelser i infosoc-direktivets artikel 5. Domstolen fremhævede ift. undtagelserne i artikel 5, stk. 3, litra c (presse mv.) og artikel 5, stk. 3, litra d (citater), at

“de specifikt tager sigte på at tillægge ytringsfriheden for brugerne af beskyttede værker og pressefriheden – som er af særlig betydning, når den beskyttes i medfør af de grundlæggende rettigheder – særlig vægt i forhold til ophavsmandens interesse i at kunne gøre indsigelse mod brug af dennes værk, samtidig med at ophavsmandens ret til at få sit navn anført sikres.”²⁶

Hensynet til ytringsfriheden er således en begrundelse for en række af de undtagelser som fremgår af infosoc-direktivet. Domstolen har i C-201/13, *Deckmyn*, f.eks. også kædet artikel 5, stk. 3, litra k, sammen med hensynet til ytringsfriheden.²⁷ Modsat fastslog domstolen i C-145/10, *Painer*, at artikel 5, stk. 3, litra e (offentlig sikkerhed) alene har “til formål at sikre beskyttelsen af den offentlige sikkerhed og ikke afvejningen mellem beskyttelsen af ophavsret og pressefrihed”. I C-201/13, *Deckmyn*, fastslog domstolen også, at der skal tages højde for, om rettighedshaveren har en legitim interesse i, at vedkommendes værk ikke forbindes med den pågældende ytring, f.eks. fordi den er diskriminerende.²⁸ Sidstnævnte dom synes at pege samme vej som f.eks. den danske Hornsleth-dom, der er gennemgået i afsnit 2, der også synes at gå i retning af, at “styrken” af hensynet til ytringsfriheden kan variere fra sag til sag.

For det tredje kom domstolen med guidelines til de nationale domstole om, hvordan enerettigheder og undtagelser skal fortolkes i lyset af de grundlæggende rettigheder i charteret. Domstolen blev spurgt, om en national domstol kan fravige udgangspunktet om, at undtagelserne til eneretten skal fortolkes indskrænkende til fordel for en fortolkning heraf, som fuldt ud tager hensyn til behovet for at respektere ytrings- og informationsfriheden, som er sikret ved chartrets artikel 11. Hertil

26. C-469/17, *Funke Medien*, betragtning 60, og C-516/17, *Spiegel Online*, betragtning 59.

27. C-201/13, *Deckmyn*, betragtning 25.

28. *Ibid.*, betragtning 29-31.

svarede domstolen, at den nationale ret ved afvejningen mellem enerettigheder og undtagelser

“skal lægge en fortolkning af disse bestemmelser til grund, som samtidig med, at den respekterer deres ordlyd og bevarer deres effektive virkning, er i fuld overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved chartret.”²⁹

Domstolene kan således ikke vælge en fortolkning, som kun varetager ét af de implicerede hensyn, men er nødt til at foretage en reel afvejning, hvor alle relevante omstændigheder inddrages.

Ovennævnte viser, at ytringsfriheden også spiller en rolle, når undtagelserne til ophavsretten skal fortolkes. Ytringsfriheden giver imidlertid ikke *carte blanche* til at bruge løs af værker og beskyttede frembringelser. For det første giver EU-retten ikke mulighed for, at der på nationalt plan kan laves undtagelser, som ikke er hjemlet i EU-retten, med henvisning til ytringsfriheden. For det andet er hensynet til ytringsfriheden ikke nødvendigvis relevant ift. alle undtagelserne. For det tredje varierer styrken af hensynet til ytringsfriheden fra sag til sag. Eksempelvis vil navnlig pressens mulighed for at formidle nyheder og privatpersonernes mulighed for at deltage i den offentlige debat være hensyn, som vil kunne tale for en bredere anvendelse af undtagelserne.

5. Sammenfatning af retspraksis

Som det fremgår af afsnit 2 har det i Danmark fra både lovgivers og domstolenes side været antaget, at der kan være undtagelser til den ophavsretlige eneret, selvom de ikke er anført i ophavsretsloven. Det kan skyldes, at undtagelserne er hjemlede via sædvaner eller anden lovgivning (som f.eks. EMRK's artikel 10, stk. 1).

Den opfattelse kan imidlertid ikke længere opretholdes fuldt ud efter EU-Domstolens domme i sagerne C-469/17, *Funke Medien*, C-476/17, *Pelham*, og C-516/17, *Spiegel Online*. Her fastslås det klart, at de eneste undtagelser, som kan finde anvendelse, er dem som fremgår direkte af EU-retten.

29. C-476/17, *Pelham*, betragtning 76.

Betydningen af disse domme for dansk ret vil variere for de enkelte ulovbestemte m.v. undtagelser. Det er således ganske tvivlsomt, om den generelle og selvstændige bagatelgrænse, som Højesteret fremhævede i *UfR 2019.1109 H* (keramik) kan opretholdes.³⁰ Bagatelgrænsen har nemlig kun ganske begrænset hjemmel i infosoc-direktivet.³¹ Omvendt forhindrer EU-dommene ikke, at Danmark opretholder en parodi-undtagelse, som er udviklet via fast sædvane i dansk ret, idet infosoc-direktivet giver mulighed for at indføre en parodi-undtagelse.

I relation til ytringsfriheden indebærer EU-Domstolens praksis, at ytringsfriheden i EMRK's artikel 10, stk. 1, ikke kan udgøre en selvstændig undtagelse til eneretten. Til gengæld anerkender EU-Domstolen, at ytringsfriheden kan indgå som et element i afvejningen af udstrækningen af eneretten og af de undtagelser, som fremgår af infosoc-direktivet/EU-retten (og ophavsretsloven). I mange af undtagelserne vil ytringsfriheden endda udgøre et centralt element i interesseafvejningen.

I relation til dansk retspraksis om ytringsfrihed indebærer EU-Domstolens praksis, at domstolene ikke længere vil skulle tage stilling til EMRK's artikel 10, stk. 1, som selvstændigt hjemmelsgrundlag. Bestemmelsen kan derimod indgå som fortolkningsbidrag og hensyn i interesseafvejningen. Det er en vigtig præcisering, idet EMRK's artikel 10, stk. 1, tidligere har været påberåbt som selvstændigt hjemmelsgrundlag i en række domme, hvor domstolene dog har afvist, at ytringsfriheden vejede tungere end ophavsretten. Se nærmere afsnit 4.

I relation til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har EU-Domstolen forsøgt at skabe harmoni mellem de to domstoles praksis. I C-469/17, *Funke Medien*, betragtning 74, henvises der således til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i *Ashby Donald*-sagen. Af betragtningen fremgår, at der – i tråd med *Ashby Donald*-sagen – i interesseafvejningen skal tages hensyn til, om brugen af det ophavsretlige beskyttede materiale sker i forbindelse med den politiske debat eller om et emne af almen interesse. Tanken fra EU-Domstolens side må

30. Det bemærkes, at Højesterets dom er afsagt før EU-Domstolens domme i sagerne C-469/17, *Funke Medien*, C-476/17, *Pelham*, og C-516/17, *Spiegel Online*.

31. Læs mere herom hos Rosenmeier, M; m.fl., "Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for 'dansk ophavsret'?" (2018). Ligeledes kan en vis bagatelgrænse udledes af f.eks. direktivets artikel 5, stk. 3, litra i og o.

være, at hensynene fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis kan inddrages i fortolkningen af de gældende undtagelser efter infosoc-direktivet. Omvendt kan EMRK's artikel 10, stk. 1, ikke anvendes som en selvstændig undtagelse.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis harmonerer indtil videre med ovenstående fortolkning fra EU-Domstolens side, men det må endnu anses for uafklaret, om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil acceptere at være bundet af EU-Domstolens fortolkning (og omvendt). Det kan således ikke udelukkes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil anse EMRK's artikel 10, stk. 1, for at kunne udgøre en selvstændig undtagelse til den ophavsretlige eneret.

6. Konklusion og perspektivering

Ovennævnte gennemgang bekræfter den banale påstand, at hensynet til ytringsfriheden har betydning for omfanget af den ophavsretlige beskyttelse, og at der – både ift. eneretten og undtagelserne – skal foretages en konkret afvejning mellem de forskellige hensyn på baggrund af alle de relevante omstændigheder.

Denne afvejning skal dog umiddelbart foretages i lyset af to principper. For det første synes praksis at indikere, at udgangspunktet for vurderingen er, at rettighedshaverne skal sikres "et højt beskyttelsesniveau", dvs. at det kun er i tilfælde, hvor det er "nødvendigt" for f.eks. den offentlige debat, at værker og frembringelser kan anvendes uden samtykke fra rettighedshaverne. For det andet medfører hensynet til en harmoniseret retstilstand (inden for EU), at medlemsstaterne ikke kan lave nationale krumspring for at varetage det ene eller andet hensyn på en måde, som går ud over, hvad der er tilladt efter EU-retten. Det vil således ikke være muligt for de danske domstole at indføre en selvstændig ytringsfrihedsundtagelse til den ophavsretlige eneret, som ikke har hjemmel i EU-retten.

Som det ofte er tilfældet med domme – og i høj grad er tilfældet med praksis fra EU-Domstolen – medfører besvarelse af spørgsmål fra domstolen ofte, at der kan stilles en masse nye spørgsmål. Eksempelvis er betydningen af de aftaler, som indgås mellem rettighedshaverne og brugerne om anvendelse af værker eller frembringelser, fortsat uafkla-

ret. Et velfungerende aftalesystem kan sagtens give brugerne langt bredere adgang til at bruge kreativt indhold i ytringer, end selv brede undtagelser kan, og er ofte mere egnet til at sikre rettighedshaverne en rimelig betaling end f.eks. en kompensationsordning. Domstolene har dog på nuværende tidspunkt kun i begrænset omfang taget stilling til, hvordan sådanne aftaler har betydning for den hensynsafvejning som lovgiver og domstole m.v. skal foretage for at sikre den rigtige balance.