



# **Bearbejdelsers lovlighed**

en analyse af ophavsretlige bearbejdelsers lovlighed efter dansk regulering



# Indhold

Titelblad.....	3
Abstract.....	4
1. Forord.....	6
2. Problemstilling og afgrænsning.....	7
3. Metodeafsnit.....	9
Del 1: Ophavsretlig bearbejdelse .....	12
4.1. Introduktion .....	12
4.2. Definition af bearbejdelse .....	12
4.2.1. Betingelse 1 - Det oprindelige materiale skal være et værk.....	13
4.2.2. Betingelse 2 - Der skal ske en bearbejdelse, som i sig selv skal være et værk 13	
4.2.3. Betingelse 3 - Brug af det bearbejdede værk skal være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk.....	15
4.2.4. Opsummering af definitionen på bearbejdelser .....	15
4.3. Betingelse 1 og 2 - Værkskravet .....	16
4.3.1. Litterært eller kunstnerisk.....	16
4.3.2. Værkskravet.....	20
4.3.3. Beskyttelsessubjektet .....	22
4.3.4. Beskyttelsens genstands betydning for bearbejdelser .....	23
4.4. Betingelse 3 - Beskyttelsessfæren.....	23
4.4.1. De økonomiske enerettigheder .....	23
4.4.2. De ideelle enerettigheder .....	29
4.5. Ophavsretslovens § 4, stk. 2 .....	30
4.6. Delkonklusion .....	34
Del 2: Undtagelser til eneretten .....	35
5.1. Generelt om undtagelser til eneretten .....	35
5.2. De lovfæstede undtagelser.....	37
5.3. De ulovbestemte undtagelser .....	38
5.3.1. Introduktion til de ulovbestemte undtagelser .....	38
5.4. De minimis-princippet.....	41
5.4.1. Indledning.....	41
5.4.2. Infosoc-direktivets rolle i forhold til de minimis-princippet.....	44
5.4.3. De minimis-princippet som et ulovbestemt retsprincip .....	45
5.4.4. De minimis-princippet i forhold til bearbejdelser .....	49

5.4.5.	Delkonklusion .....	51
5.5.	Parodier, karikaturer, pasticher, med videre .....	51
5.5.1.	Landsrettens seneste udtalelser om parodiundtagelsen i U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen).....	54
5.5.2.	Parodiundtagelsens betydning for bearbejdelser.....	57
5.5.3.	Delkonklusion om parodiundtagelsen .....	57
5.6.	Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10.....	58
5.6.1.	Det materielle indhold .....	59
5.6.2.	Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 i forhold til bearbejdelser .....	63
5.6.3.	Delkonklusion til ophavsretslovens § 52 c, stk. 10.....	65
5.7.	Ytringsfriheden .....	66
5.7.1.	Det materielle indhold .....	67
5.7.2.	Indgreb i ytringsfriheden.....	68
5.7.3.	Kollisions­sager ved EMD .....	70
5.7.4.	National retspraksis.....	76
5.7.5.	Delkonklusion .....	81
6.	Konklusion .....	82
6.1.	Første skridt .....	82
6.2.	Andet skridt .....	83
6.3.	Tredje skridt.....	83
6.4.	Fjerde skridt.....	84
7.	Litteraturliste.....	85
7.1.	Faglitteratur.....	85
7.2.	Domsregister .....	86
7.2.1.	Danske domstole.....	86
7.2.2.	EU-Domstolen .....	86
7.2.3.	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.....	87
7.3.	Retlig regulering .....	87
7.3.1.	Danske love og lovforarbejder.....	87
7.3.2.	EU-retlig regulering .....	88
7.3.3.	Folkeretlig regulering .....	88
7.3.4.	Betænkninger.....	88
7.4.	Andre kilder .....	88

# Titelblad

**Dansk titel:** »Bearbejdelsers lovlighed - en analyse af ophavsretlige bearbejdelsers lovlighed efter dansk regulering«

**Engelsk titel:** »The legality of adaptations - an analysis of the legality of adaptations within Danish Copyright Law«

**Forfattere:** Rune Nygaard Larsen - 20173079  
Jakob Dannevig - 20173057  
Magnus Fekete Lysegaard - 20173076

**Fagområde:** Ophavsret

**Studieretning:** Jura

**Semester:** 4. semester, kandidat

**Vejleder:** Stiven Larsen

**Universitet:** Aalborg Universitet

**Dato for aflevering:** 19. maj 2022 kl. 10.00

## Abstract

This thesis aims to examine the rules regarding adaptations found in the Danish Copyright Act § 4. To examine the subject, the thesis seeks to determine two subsidiary questions. Firstly, the thesis seeks to determine when an adaptation is an infringement of a prior work. Secondly, the thesis seeks to determine when an adaptation, which is infringing on a prior work, still can become legal because of the expectations found in the Danish Copyright Act chapter 2 and on an uncodified legal basis.

The thesis derives three cumulative requirements from The Danish Copyright Act § 4, section 1, for a work to be within the sphere of application of the article. Firstly, there must be a prior work which is within the sphere of application of the Danish Copyright Act § 1. If the first requirement is not met, any derivative work is a new and separate work, cf. the Danish Copyright Act § 1. Secondly, an adaptation of the prior work must take place and this adaptation must also fall within the sphere of application of the Danish Copyright Act § 1. If the adaptation does not meet the requirements in the Danish Copyright Act § 1, the adapted work will not be given a protection within the Danish Copyright Act. Thirdly, use of the adapted work must be within the protection sphere of the prior work given to the prior work in the Danish Copyright Act § 2. If use of the adapted work is outside the protection sphere of the prior work, the adapted work is a new and separate work, cf. the Danish Copyright Act §§ 1 and 2.

If the three cumulative requirements are met the new work is an adaptation within the Danish Copyright act § 4, section 1. This has the effect that the adapted work gains a separate copyright, but the adapted work cannot be used in a way which interferes with the rights to the prior work.

Different cases and preparatory law have been examined to settle the interpretation of the Danish Copyright Act § 4, section 2. The thesis finds that the Danish Copyright Act § 4, section 2, currently does not have an area of application outside what is already found in the Danish Copyright Act §§ 1-3. An adaptation is therefore, 1) either an independent work, cf. the Danish Copyright Act § 1, with the rights that follow, cf. the Danish Copyright Act §§ 2-3, or 2) an adaptation, cf. the Danish Copyright Act § 4, section 1.

The thesis has also examined the exceptions found in the Danish Copyright Act chapter 2 and on an uncodified legal basis. The exceptions found in the Danish Copyright Act chapter 2 are only briefly mentioned.

The thesis evaluates three different uncodified legal exceptions: The parody exception, the de minimis-principle, and freedom of speech as expressed in the European Convention on Human Rights art. 10.

Regarding the parody exception, the thesis finds that the exception has been abandoned in broad strokes in the recent case U.2022.1502Ø. Furthermore, the thesis finds that the parody exception was not implemented when the infoc-directive was implemented in the Danish Copyright Act. Only regarding a limited parody expectation to the Danish Copyright Act § 3, section 2 (droit morale), does the thesis find that a parody exception might exist under current Danish law.

Regarding the de minimis-principle, the thesis finds that a general de minimis-principle exists in Danish regulation. The thesis finds that the infoc-directive provides a legal basis to implement a general de minimis-principle with reference to article 5, section 3, litra i. However, this legal basis has not been used by the Danish legislator. The Danish Copyright Act § 23, section 3, consists of content based on the de minimis-principle, but does not create a general de minimis-principle. Instead, the general de minimis-principle in Danish copyright law exists as a legal principle, which is supported by the result in the Supreme Court case U.2019.1109H.

Regarding freedom of expression, the thesis finds that the courts must balance copyright against freedom of expression. In cases where copyright interferes with the freedom of expression the margin of appreciation will typically be wide because both copyright and freedom of expression are protected by the European Convention of Human Rights. Other criteria which can narrow the margin of appreciation regards whether it concerns an artistic expression or a political expression. On the contrary, a commercial expression will widen the margin of appreciation.

Based on the above, this thesis concludes that copyright adaptations must follow the approach found in the Danish Copyright Act § 4, section 1. The Danish Copyright Act § 4, section 2, is merely an interpretation tool within this system. Furthermore, the uncodified exceptions are generally found to have an uncertain legal basis.

## 1. Forord

Allerede i 1710 fik England, som det første land, en lov mod eftertryk<sup>1</sup> og i 1741 indførte Danmark en forordning, der beskyttede forlægger- og bogtrykkerinteresser.<sup>2</sup> Formålet var at give forlæggeren en eneret til at udgive et værk, således at denne kunne sikres mod efterligninger og derved i højere grad sikres økonomisk og personligt.<sup>3</sup> I store træk er det en lignende beskyttelse, der nu ses i den nuværende ophavsretslovs §§ 1-3, hvor det centrale fokus dog er flyttet fra forlæggeren til ophavsmanden.

De daværende bestemmelser beskyttede dog ikke mod den situation, at en forfatter bearbejdede et oprindeligt værk, ved at oversætte dette oprindelige værk fra et fremmed sprog og udgive det på dansk. I eftertryksloven af 1857 blev bearbejdelsers retstilling behandlet i dansk ret. Her blev der i § 5 indført en bestemmelse om, at den der oversætter et skrift fra et andet sprog, anses som forfatter for sin oversættelse. Denne systematik, vedrørende bearbejdelser, er blevet videreført til den nuværende ophavsretslovs § 4, stk. 1, hvorefter både ophavsmanden til det oprindelige værk og ophavsmanden til det bearbejdede værk kan erhverve en eneret til sit respektive værk.

At en ophavsmand kan opnå en ophavsretlig beskyttelse for sin bearbejdelse, kan virke modstridende i forhold til det grundlæggende ophavsretlige formål om at beskytte den oprindelige ophavsmand mod efterligninger. Ophavsretslovens § 4, stk. 1 løser denne problemstilling ved at bestemme, at den som bearbejder, ikke kan anvende bearbejdelsen på en måde, som strider mod ophavsretten til det oprindelige værk.

Det kan derfor umiddelbart virke til, at denne systematik i ophavsretslovens § 4, stk. 1 har løst de juridiske problemstillinger, der kunne opstå vedrørende bearbejdelser. Der er dog stadig grundlæggende spørgsmål, som har givet anledning til juridiske problemstillinger vedrørende ophavsretslovens § 4, stk. 1: Hvornår er der egentligt tale om en bearbejdelse eller et nyt og selvstændigt værk? Og i hvilket omfang kan en bearbejdelse være omfattet af de ophavsretlige undtagelser?

I forarbejderne til den nuværende ophavsretslov er spørgsmålet om grænsen mellem hvornår et værk er en bearbejdelse eller et selvstændigt værk blevet beskrevet som »meget vanskelig at drage«<sup>4</sup>. I retspraksis ses der også at være skiftende vurderinger af,

---

<sup>1</sup> *The Statute of Anne* af 5. april 1710

<sup>2</sup> Forordning af 7. januar 1741

<sup>3</sup> Betænkning om ophavsretten 1951, s. 64ff

<sup>4</sup> 1959-60-lovforslag, spalte 2696

hvornår noget egentligt er et selvstændigt værk eller en bearbejdelse, samt hvordan ophavsretslovens forskellige bestemmelser belyser spørgsmålet. Specialet ønsker at belyse afgrænsningen ved at analysere, hvornår der er tale om en bearbejdelse.

Slutteligt spiller ophavsrettens undtagelser også en rolle, for selvom et værk umiddelbart er en bearbejdelse og dermed ikke kan rådes over i strid med det oprindelige værk, kan de ophavsretlige undtagelser medføre, at enerettighederne tilsidesættes. For at beskrive et samlet billede af, hvornår en bearbejdelse således er lovlig, er det nødvendigt at beskrive disse undtagelser, herunder både lovfæstede og ulovbestemte.

## 2. Problemstilling og afgrænsning

Specialets problemformulering er fastsat som følgende:

*»I hvilket omfang er ophavsretlige bearbejdelser lovlige efter dansk regulering?«*

Problemstillingen indeholder flere delelementer, som hver især er nødvendige at behandle, for fyldestgørende at kunne besvare problemstillingen. For overblikkets skyld, samt for at anvende den systematik ophavsretsloven anvender, vil specialet behandle to underproblemstillinger:

1. Hvornår er en bearbejdelse en krænkelse af et andet værk efter dansk regulering?

For at besvare denne underproblemstilling 1. er det relevant at gennemgå bestemmelserne i ophavsretslovens §§ 1-4. Denne underproblemstilling vil blive behandlet i specialets del 1.

2. Hvornår kan en bearbejdelse være omfattet af en ophavsretlig undtagelse efter dansk regulering?

For at besvare denne underproblemstilling 2. er det relevant at behandle de lovbestemte undtagelser i ophavsretsloven, samt de ulovbestemte undtagelser. Denne underproblemstilling vil blive behandlet i specialets del 2.



Når de to underproblemstillinger er behandlet, er det muligt at fremkomme med en konklusion på specialets problemstilling, vedrørende i hvilket omfang ophavsretlige bearbejdelser er lovlige efter dansk regulering. Denne konklusion kan læses i afsnit 6. *Konklusion.*

Eftersom problemstillingen alene vedrører dansk regulering, beskæftiger specialet sig alene med retskilder, som har en betydning for den danske retstilling. Hvilke retskilder specialet anvender, samt hvordan retskilderne bliver anvendt i specialet, vil blive behandlet yderligere i afsnittet om specialets metode, se afsnit 3. *Metodeafsnit.*

Specialet beskæftiger sig endvidere alene med hvordan ophavsretlige bearbejdelser er lovlige. Dermed beskæftiger specialet sig ikke med anden lovgivning, som eventuelt kan have en betydning for bearbejdelseres lovlighed, herunder blandt andet varemærkeloven og markedsføringsloven.

De bearbejdelser som specialet beskæftiger sig med, er bearbejdelser indenfor ophavsretslovens § 4, stk. 1. For at besvare specialets problemstilling er det relevant at beskrive de afgrænsninger som begrebet bearbejdelser indeholder i ophavsretslovens § 4, stk. 1, herunder selvstændige værker og efterligninger.

For at besvare den første underproblemstilling er det nødvendigt at behandle begrebet originalitet, som udledes af ophavsretslovens § 1. Dette speciale behandler dog kun originalitetskravet i lyset af bearbejdelser.

Som førnævnt, er det nødvendigt at behandle de ophavsretlige undtagelser, for fyldstgørende at kunne besvare specialets anden underproblemstilling. Det er dog her nødvendigt at foretage en afgrænsning af flere årsager. For det første er det ikke hensigtsmæssigt at behandle alle undtagelser, som kan findes i ophavsretsloven, da dette vil overskride specialets omfang. For det andet, er det ikke alle undtagelserne i ophavsretsloven, som har relevans i forbindelse med ophavsretlige bearbejdelser. For det tredje, er der i den juridiske litteratur uoverensstemmelser vedrørende retstilstanden for de ulovbestemte undtagelser. Specialet har derfor valgt at fokusere på de ulovbestemte undtagelser, samt de lovbestemte undtagelser, der har en relevans for både de ulovbestemte undtagelser og bearbejdelser.

Specialet vil alene analysere kollissionssager mellem ytringsfriheden og ophavsretten i dansk national retspraksis og EMD. Der vil således ikke blive foretaget en analyse af ytringsfriheden, som følger af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og den dertilhørende praksis fra EU-Domstolen.

### 3. Metodeafsnit

I specialet vil den retsdogmatiske metode blive anvendt, med henblik på at besvare specialets problemformulering. Formålet med den retsdogmatiske metode er at beskrive og analysere gældende ret.<sup>5</sup>

En beskrivelse og analyse af gældende ret findes ved at anvende fortolkningsprincipper og retligt subsumtion på retskilder.<sup>6</sup> Det er derfor relevant at beskrive hvilke retskilder specialet anvender, samt hvordan retskilderne bliver anvendt.

Retskilderne beskrives traditionelt som loven, retspraksis, sædvane og forholdets natur.<sup>7</sup> Det er uklart, i hvilket omfang denne traditionelle beskrivelse dækker den nuværende anvendelse af retskilder, set i lyset af begrebernes fleksibilitet. Der er dog en vis enighed i den juridiske litteratur om, at den traditionelle beskrivelse ikke er dækkende, eller i hvert fald ikke brugbar.<sup>8</sup>

Mads Bryde Andersen anfører, at en retskilde er »den præmis i en konklusion om gældende ret, som foreligger i autoritativ form, enten i form af et dokument udstedt af en kompetent instans eller i form af en udtalelse om, hvad der er praksis inden for et område, afgivet af en institution med en særlig kompetence inden for området.«<sup>9</sup>

Peter Blume anfører, at retskilderne må opdeles i to hovedkategorier: De almindelige retskilder og de specielle retskilder.<sup>10</sup> De almindelige retskilder er de retskilder som anvendes ved alle, eller næsten alle, retsområder. De specielle retskilder er retskilder, der kun anvendes indenfor visse retsområder. Loven og retspraksis vil således være almindelige retskilder, hvor eksempelvis rigsadvokatens meddelelser alene har relevans indenfor strafferetten.<sup>11</sup> En kilde kan således siges ikke at være en retskilde indenfor visse områder, men en retskilde inden for andre områder.

---

<sup>5</sup> Munk-Hansen, 2018, s. 204.

<sup>6</sup> Munk-Hansen, 2018, s. 204.

<sup>7</sup> Sml. Munk-Hansen, 2018, s. 203; Andersen, 2002, s. 37 & Blume, 2013, s. 33.

<sup>8</sup> Sml. Munk-Hansen, 2018, s. 203 & Blume, 2013, s. 33.

<sup>9</sup> Andersen, 2002, s. 132

<sup>10</sup> Blume, 2013, s. 31.

<sup>11</sup> Blume, 2013, s. 31

Carsten Munk Hansen anfører, at »det er for en konkret bedømmelse tilsvarende uinteressant, om de udslagsgivende faktorer er nogle, der generelt er bindene for en dommer eller lignende: Det afgørende er, om faktorerne konkret er udslagsgivende for resultatet«. <sup>12</sup>

Heraf arbejder specialet ud fra, at retskildebegrebet ikke kan defineres som en udtømmelig liste af forskellige kilder, men i stedet er de faktorer, som en dommer, eller lignende autoritativ kilde, tildeler vægt i en konkret sag.

Ud fra ovenstående, er de retskilder som anvendes i specialet: Loven, EU-regulering, praksis fra de danske domstole, Den Europæiske Unions Domstol (herefter EU-Domstolen), samt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter EMD). Derudover anvender specialet juridisk litteratur. Der vil herefter blive knyttet korte retsdogmatiske overvejelser til de forskellige kilder.

I specialet anvendes loven, særligt ophavsretsloven. I betænkningen til den nuværende ophavsretslov fremgår det, at ophavsretsloven består af »korte, knappe, affattelse af lovparagrafferne«<sup>13</sup>, hvorved der kommer til at »ligge betydelig vægt på motiverne«<sup>14</sup>. I specialet vil der derfor blive anvendt forarbejder til at fortolke lovens bestemmelser. Derudover vil retspraksis samt relevant EU-regulering blive anvendt til at fortolke ophavsretsloven.

I specialet anvendes EU-regulering. EU-regulering har virkning på dansk ret på flere måder. Indenfor ophavsretten er det hovedsageligt direktiver, som er relevante. Direktiver skal implementeres i medlemsstaterne, men det er i princippet frivilligt hvordan direktivet konkret implementeres, jf. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) artikel 288, stk. 3. Direktiverne har endvidere den virkning, at de kan bruges til at fortolke de relevante implementerede bestemmelser, eftersom EU-Domstolen sætter krav om, at bestemmelserne skal fortolkes direktivkonformt. Dette ses også i dansk retspraksis, jf. eksempelvis U.2019.1109H (Coop-sagen).<sup>15</sup>

I specialet anvendes retspraksis fra Danmarks Domstole, samt fra EU-Domstolen og EMD. Først vil retskildeværdien af domme afsagt af Danmarks Domstole blive analyseret.

---

<sup>12</sup> Munk-Hansen, 2018, s. 315

<sup>13</sup> Betænkning, 1951, s. 72

<sup>14</sup> Betænkning, 1951, s. 72

<sup>15</sup> U.2019.1109H, s. 31

Som udgangspunkt er det alene domstolenes opgave at tage stilling til konkrete retstvister.<sup>16</sup> Ud fra domstolenes afgørelser er det dog muligt at fastlægge, hvordan en given retsvist vil blive afgjort i fremtiden. En enkelt dom kan derfor i princippet fastlægge retsstillingen indenfor et givent område, men flere enstemmende domme vil styrke formodningen om, at der er en fastlagt retsstilling. I specialet er der derfor inddraget flere domme for at belyse specialets problemstilling.

Retskildeværdien af domme afsagt fra en højere instans vægter tungere, eftersom en lavere instans er forpligtet af reglen fra den højere instans.<sup>17</sup> Såfremt et juridisk spørgsmål alene er afgjort i eksempelvis byretten, vil denne afgørelse dog anses for udslag for gældende ret, indtil det juridiske spørgsmål eventuelt måtte blive omgjort af en højere instans. Endvidere spiller det tidsmæssige aspekt en rolle, idet en nyere dom har en højere retskildeværdi, end en ældre dom.<sup>18</sup>

Domme fra EU-Domstolen er bindende for medlemsstaterne, herunder Danmark, jf. loyalitetsprincippet i Traktaten om den Europæiske Union (herefter TEU) artikel 4, samt sag C-465/93 (Atlanta), præmis 16. I dansk retspraksis ses der en tilbøjelighed til ikke at følge EU-Domstolen i det omfang, at EU-Domstolen begrundes deres argumentation med retsprincipper, som ikke klart kan udledes af traktatgrundlaget, jf. U.2017.824H. I de domme som specialet anvender, er denne problemstilling ikke relevant, hvorfor EU-domstolens domme må anses for bindende for danske domstole.

Domme fra EMD forpligter ikke medlemsstaten til at rette sig efter EMD, medmindre medlemsstaten er en part i afgørelsen, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter EMRK) artikel 46, stk. 1. Danske domstole må dog alligevel indrette sig efter praksis fra EMD, eftersom medlemsstater, der ikke følger EMD's konventionsfortolkning, må forventes at blive dømt, hvis de indklages for EMD.<sup>19</sup> Der er eksempler fra dansk retspraksis, hvor Højesteret har underkendt den hidtidige retstilstand med henvisning til EMRK, selv hvor resultatet ikke med sikkerhed kan siges at følge af EMD-praksis, jf. eksempelvis U.1994.536H og U.1994.988H.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Munk-Hansen, 2018, s. 320.

<sup>17</sup> Munk-Hansen, 2018, s. 324.

<sup>18</sup> Munk-Hansen, 2018, s. 326.

<sup>19</sup> Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen & Vedsted-Hansen, 2003, s. 22; Bet. 1220/1991, s. 192 & Rytter, 2016, s. 57ff

<sup>20</sup> Rytter, 2016, s. 58-59

I specialet anvendes juridisk litteratur. Der er uenigheder i den juridiske litteratur, om hvorvidt juridisk litteratur kan betegnes som en retskilde.<sup>21</sup> Domstolene anvender juridisk litteratur som fortolkningsbidrag til at fastlægge gældende ret, jf. eksempelvis U.1999.841H, hvor Højesteret lagde vægt på, at Højesterets fortolkning af Grundlovens § 3 var i overensstemmelse med »den almindelige opfattelse i den forfatningsretlige litteratur«. Juridisk litteratur vil derfor, i overensstemmelse med metoden i U.1999.841H, alene anvendes som et understøttende fortolkningsbidrag til at fastlægge gældende ret.

## Del 1: Ophavsretlig bearbejdelse

### 4.1. Introduktion

Formålet med de følgende afsnit er at besvare den første underproblemstilling:

Hvornår er en bearbejdelse en krænkelse af et andet værk efter dansk regulering?

Først vil ophavsretslovens § 4, stk. 1 blive analyseret med henblik på at definere begrebet bearbejdelse, jf. afsnit 4.2 *Definition af bearbejdelse*. Herefter vil betingelserne for en bearbejdelse blive gennemgået, jf. afsnit 4.3. *Betingelse 1 og 2 - Værkskravet* og afsnit 4.4. *Betingelse 3 - Beskyttelsesfæren*, hvorefter brugen af bearbejdelser vil blive analyseret, jf. afsnit 4.5 *Brug af bearbejdelsen*.

Slutteligt vil afsnittene blive opsummeret i afsnit 4.6. *konklusion*, hvor den første underproblemstilling vil blive besvaret.

### 4.2. Definition af bearbejdelse

Ophavsretslovens § 4 omhandler bearbejdelser. Det følger af ophavsretslovens § 4, stk. 1, at:

*»Den, som oversætter, omarbejder eller på anden måde bearbejder et værk, herunder overfører det til en anden litteratur eller kunstart, har ophavsret til værket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måde, som strider mod ophavsretten til det oprindelige værk«.*

En bearbejdelse er således en situation, hvor et oprindeligt værk er blevet ændret på en måde, sådan at der opstår et nyt værk, som er afledt af det oprindelige værk. En

---

<sup>21</sup> Blume, 2013, s. 40.

oversættelse af en bog fra et sprog til et andet er således en bearbejdelse, men også en eventuel filmatisering af bogen vil være en bearbejdelse.

#### 4.2.1. Betingelse 1 - Det oprindelige materiale skal være et værk

Det fremgår af ophavsretslovens § 4, stk. 1, at bearbejdelsen skal angå »et værk«. Når bestemmelsen anvender udtrykket et værk, kan det udledes, at det er et krav, at det oprindelige materiale er et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1, hvoraf værkskravet følger. Det vil blive gennemgået i nedenstående afsnit *4.3 Betingelse 1 og 2 - Værkskravet*, hvornår der er tale om et værk.

Hvorvidt det oprindelige værk nyder ophavsretlig beskyttelse, er ikke relevant for, om bearbejdelsen kan få en ophavsretlig beskyttelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 1.<sup>22</sup> En oversættelse af et ældre værk, hvor ophavsretten er udløbet, kan således godt være en bearbejdelse.

Hvis det oprindelige materiale ikke er et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1, vil en efterfølgende bearbejdelse frit kunne anvende dette materiale. Bearbejdelsen vil være et selvstændigt værk.

Den første betingelse er således, at det oprindelige materiale skal være et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1.

#### 4.2.2. Betingelse 2 - Der skal ske en bearbejdelse, som i sig selv skal være et værk

Det fremgår af ophavsretslovens § 4, stk. 1, at en bearbejdelse er en oversættelse, omarbejdelse, overførsel til en anden kunstart, eller at der på en anden måde sker en bearbejdelse af et værk.

Når det fremgår af ophavsretslovens § 4, stk. 1 »*eller på anden måde bearbejder et værk*«, må der være tale om en bred vurdering af, om en bearbejdelse falder indenfor bestemmelsens anvendelsesområde. I 1959-1960-lovforslaget fastslås det, at:

*»det kan ikke anses for rigtigt at give dem, der overfører værker til mekaniske instrumenter, som f.eks. fabrikanten af grammofonplader, retsbeskyttelse som bearbejdere, og dette forhold er derfor ikke omfattet af den foreslåede nye bestemmelse«<sup>23</sup>.*

---

<sup>22</sup> 1959-1960-lovforarbejdere, spalte 2694

<sup>23</sup> 1959-1960-lovforslag, spalte 2694

En rent teknisk behandling af et værk er dermed ikke en bearbejdelse i ophavsretslovens § 4, stk. 1's forstand. På lignende måde vil den, som eksempelvis sørger for, at et musikumnummer bliver konverteret til det rigtige filformat til streaming på en streamingservice, ikke opnå retsbeskyttelse som en bearbejder. I den juridiske litteratur og i den oprindelige betænkning af 1951 til ophavsretsloven er dette blevet sidestillet med, at bearbejdelsen i sig selv skal være et værk efter kravene i ophavsretslovens § 1.<sup>24</sup> Dette værkskrav må forstås som, at de nye bidrag eller ændringer i sig selv skal opfylde kravene om at være et værk.<sup>25</sup>

Hvis bearbejdelsen ikke i sig selv er et værk, vil bearbejdelsen ikke opnå en ophavsretlig beskyttelse. Dette kunne eksempelvis være, hvis en oversætter A alene anvender Google Translate til at oversætte Ringenes Herre fra engelsk til dansk. Denne oversættelse af A vil ikke være original efter ophavsretslovens § 1. Hvis en oversætter B herefter oversætter Ringenes Herre fra engelsk til dansk, hvor denne oversættelse af B er original, vil den nye oversættelse af B alene skulle have samtykke fra rettighedshaverne til den oprindelige Ringenes Herre, selvom den nye oversættelse af B anvender materiale fra oversættelsen af A. Hvis oversætter A derimod havde lavet en original oversættelse, ville oversætter B både skulle indhente samtykke fra rettighedshaveren til den oprindelige Ringenes Herre og fra oversætter A, såfremt oversættelsen af B anvender materiale fra oversættelsen af A. Den sidstnævnte situation er blevet behandlet ved domstolene i sagen U.1951.725/3H, hvor Ernest Hemingways bog *For whom the bell tolls* var blevet oversat til dansk med titlen *Hvem ringer klokkerne for?*. Den danske oversættelse af titlen fandtes at være ophavsretligt beskyttet efter den daværende forfatterlov (nu ophavsretsloven), idet Højesteret vurderede, at der var tale om en krænkelse af oversættelsen, da en tredje person ville lave en filmatisering ved brug af titlen *Hvem ringer klokkerne for?*.

Hvis bearbejdelsen ikke er et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1, vil bearbejdelsen ikke opnå nogen ophavsretlig beskyttelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 1. I sådan en situation vil der ikke være tale om en bearbejdelse, eftersom en bearbejdelse forudsætter, at værkskravet er opfyldt. I specialet vil udtrykket efterligning blive anvendt om det materiale, der anvender et tidligere ophavsretligt værk, uden at opfylde værkskravet.

Den anden betingelse er således, at der skal ske en bearbejdelse, som i sig selv er et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1.

---

<sup>24</sup> Schønning, 2021, s. 242-243; Lund, 1961, s. 102 & betænkning af 1951, s. 109

<sup>25</sup> Lund, 1961, s. 102

#### 4.2.3. Betingelse 3 - Brug af det bearbejdede værk skal være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk

Det fremgår af ophavsretslovens § 4, stk. 1, at den som bearbejder ikke kan råde over bearbejdelsen »på en måde, som strider mod ophavsretten til det oprindelige værk«. Det vil sige, at brug af det bearbejdede værk, på en måde som strider mod ophavsretten til det oprindelige værk, kræver samtykke fra den oprindelige ophavsmand.

I forarbejderne til ophavsretten fremgår det endvidere af motiverne, at »*ophavsret, der erhverves i henhold til § 4, stk. 1, er af sekundær art og gør ikke noget indgreb i ophavsretten til originalværket*«<sup>26</sup>. Det forudsættes herved i ophavsretslovens § 4, stk. 1, at en bearbejdelse er afhængig af ophavsretten af et tidligere værk, eftersom en råden over bearbejdelsen forudsætter samtykke fra den oprindelige ophavsmand.

Modsætningsvist vil en bearbejdelse, som ikke kan siges at være afhængigt af et oprindeligt værk, ikke være en bearbejdelse. En sådan situation foreligger eksempelvis, hvor bearbejdelsen er så vidtgående, at der ikke længere er den tilstrækkelige grad af lighed mellem det oprindelige værk og bearbejdelsen. I så fald vil der være tale om et selvstændigt værk, hvor brugen heraf ikke kræver samtykke fra den oprindelige ophavsmand. Det bearbejdede værk skal dermed kunne være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk, for at der er tale om en bearbejdelse. Dette er en vurdering, der skal foretages i lyset af ophavsretslovens § 2, jf. afsnit 4.4.1. *De økonomiske enerettigheder*.

Den tredje betingelse er således, at brug af det bearbejdede værk skal være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk.

#### 4.2.4. Opsummering af definitionen på bearbejdelser

Overvejende må det konkluderes, at der er tale om en bearbejdelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 1, hvis følgende betingelser er opfyldt. For det første skal det oprindelige værk være indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. For det andet skal der ske en oversættelse, overførsel til en anden kunststart, eller lignende, af det oprindelige værk, som i sig selv er indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. For det tredje skal det bearbejdede værk kunne være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk.

---

<sup>26</sup> 1959-1960-lovforslag, s. 2695



Der er alene tale om en bearbejdelse i ophavsretslovens forstand, hvis det bearbejdede værk er omfattet af de tre ovenstående betingelser og dermed omfattet af ophavsretslovens § 4, stk. 1. I en situation, hvor betingelse 1 eller 3 ikke er opfyldt, vil der være tale om et selvstændigt værk, som uafhængigt af et oprindeligt værk, nyder en ophavsretlig beskyttelse. I en situation, hvor alene betingelse 2 ikke er opfyldt, vil der være tale om en efterligning, som ikke kan opnå ophavsretlig beskyttelse.

### 4.3. Betingelse 1 og 2 - Værkskravet

For at der er tale om en bearbejdelse, skal både det oprindelige værk, samt bearbejdelsen være et værk, jf. ovenstående afsnit 4.2.1. og 4.2.2. For at besvare specialets problemstilling, er det derfor nødvendigt at behandle, hvornår der er tale om et værk i ophavsretsloven.

Ophavsretslovens § 1 beskriver beskyttelsens genstand som værende enten litterære eller kunstneriske værker. Et værk er litterært eller kunstnerisk, uanset om det *»fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde«*, jf. ophavsretslovens § 1, stk. 1. En nærmere definition vil blive beskrevet nedenfor.

Af ophavsretslovens § 1, stk. 1 kan der udledes to betingelser. For det første skal værket efter sin art kunne karakteriseres som litterært eller kunstnerisk. For det andet skal

#### 4.3.1. Litterært eller kunstnerisk

Den første betingelse er, at værket skal være *»litterært eller kunstnerisk«*. Betingelsen er ufravigelig, hvilket vil sige, at andre typer af materiale ikke kan omfattes af ophavsretslovens anvendelsesområde, selv ved aftale.<sup>27</sup> Sondringen mellem om et værk er litterært eller kunstnerisk har betydning i ophavsretsloven, herunder eksempelvis ophavsretslovens § 23, der alene omhandler kunstværker og den kategori af litterære værker, som betegnes *»beskrivende værker«*.

Det er muligt at opdele kategorierne litterært og kunstnerisk i underkategorier. Underkategorierne findes i ophavsretslovens § 1, som dog ikke anses for at være udtømmende, i modsætning til kategorierne litterært og kunstnerisk.<sup>28</sup> Det er derfor muligt, at et værk eksempelvis er litterært, uden at værket falder under en specifik underkategori. Det kan dog have en betydning, om et værk falder under en specifik

---

<sup>27</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 73

<sup>28</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 73

underkategori, eksempelvis i den førnævnte § 23, der alene omfatter underkategorien »beskrivende værker«, men ikke de øvrige underkategorier.

#### 4.3.1.1. Litterære værker

Litterære værker kan opdeles i tre underkategorier. For det første kan værket være et sprogværk, jf. ophavsretslovens § 1, stk. 1. Sprogværker omfatter romaner, digte og lignende. For det andet kan værket være et beskrivende værk, jf. ophavsretslovens § 1, stk. 2. Beskrivende værker er land- og matrikelkort, tekniske tegninger og lignende. For det tredje kan værket være et edb-program, jf. ophavsretslovens § 1, stk. 3. Edb-programmer kan være i maskinlæsbar form (tal som en computer kan aflæse), samt i skriftlig form (almindelig kodning).

#### 4.3.1.2. Kunstneriske værker

Kunstneriske værker kan opdeles i to underkategorier. For det første kan værket være et egentligt kunstværk. Et egentligt kunstværk er billedkunst, brugskunst, bygningskunst og fotografiske værker. For det andet kan værket være kunstnerisk, uden dog at være et egentligt kunstværk. Denne kategori omfatter musikværker, dramatiske værker og filmværker.<sup>29</sup>

#### 4.3.1.3. Princippet om den manglende idébeskyttelse

Det fremgår af ophavsretslovens § 1, at ophavsmanden har »*ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som*«. Det er dermed forudsat, at værket skal fremtræde i en specifik form. Denne formuleringen skal ses i lyset af det ophavsretlige princip om, at idéer bag et værk ikke beskyttes.<sup>30</sup> Det er alene den konkrete form, eller udtryk, som værket fremtræder i, som kan opnå en ophavsretlig beskyttelse. En film som Ridley Scotts *Gladiator* kan dermed beskyttes ophavsretligt, men selve idéen om at lave film der foregår under Romerrigets storhedstid, eller film om gladiatorer, vil ikke kunne beskyttes.

Hvis alle idéer nød ophavsretlig beskyttelse, ville det blive praktisk umuligt at skabe nye værker, da et nyt værk i så fald både skulle respektere andre værker, men også alle de idéer som andre værker har anvendt. Hvis en kunstner således skulle male et nyt portræt, ville det eksempelvis kræve, at kunstneren opfandt helt nye stilarter for hvert nyt værk. I forarbejderne til ophavsretslovens § 4, stk. 2 er princippet om den manglende idébeskyttelse ligeledes blevet udtrykt således:

---

<sup>29</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 73 & 1959-60-lovforslag, spalte 2686 og spalte 2696.

<sup>30</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 73

*»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«<sup>31</sup>.*

Det følger dermed af forarbejderne, at de elementer i et værk, som ikke nyder ophavsretlig beskyttelse er *»stilelementer, idéer eller kunstneriske effekter«*<sup>32</sup>. I sagen U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen), som er yderligere behandlet i afsnit 4.4.1.1. *Identitetsspørgsmålet*, lagde landsretten vægt på, at sagsøgte *»ikke blot kan anses for at have ladet sig inspirere eller lånt stilelementer og idéer fra B's værk«*, hvorefter sagsøgtes værk blev vurderet til at være en krænkelse af et oprindeligt værk. Landsretten lagde således vægt på de samme elementer, som forarbejderne til ophavsretslovens 1959-60 fremførte. Elementerne må derfor ses som udtryk for et stadig gældende princip.

I en situation, hvor der skal foretages en konkret vurdering af et givent materiale, ses elementerne *»stilelementer, idéer eller kunstneriske effekter«* dog ikke i sig selv at give nogen reel mulighed for at vurdere, hvorvidt det pågældende materiale hører under elementerne, eller om materialet i stedet er noget andet, der således vil kunne opnå ophavsretlig beskyttelse.

I den juridiske litteratur er princippet om den manglende idéebeskyttelse blevet udtrykt ved, at *»man ikke beskytter svævende, uhåndgribelige, abstrakte fænomener såsom bagvedliggende idéer, stilarter, metoder, egenskaber m.v.«*<sup>33</sup>. Spørgsmålet om hvornår noget er en idé, som ikke kan beskyttes, må derfor vurderes ud fra hvor abstrakt fænomenet er.

Den juridiske problemstilling bliver herefter, hvornår et element i et værk er tilpas abstrakt til at kunne kategoriseres som en idé, der ikke beskyttes. Hvor grænsen går mellem om noget kan kategoriseres som en sådan idé, er blevet behandlet ved Højesteret i U.2014.888H (Netto-sagen). Her fandt Højesteret, vedrørende om en ny reklamefilm krænkede en tidligere reklamefilm, at den nye reklamefilm *»anvender samme*

---

<sup>31</sup> Forarbejderne til ophavsretsloven 1959-60, spalte 2696

<sup>32</sup> Forarbejderne til ophavsretsloven 1959-60, spalte 2696

<sup>33</sup> Rosenmeier, 2001, s. 68

*argumentationsstruktur og samme filmiske, visuelle og lydæssige virkemidler*« og dermed var en krænkelse.

Med hensyn til hvad Højesteret forstår med argumentationsstruktur, så omhandlede den konkrete sag reklamer for dagligvarekæden Netto. Her var både de oprindelige reklamer og de nye reklamer opbygget sådan, at sort-hvid billeder med almindelige mennesker blev vist for at understøtte en punchline med, at der til sidst blev vist Nettos logo, og der blev sagt »*derfor*« i en voice-over. I de oprindelige reklamer og de nye reklamer sagde de almindelige mennesker forskellige ting, men i begge reklamer var formålet at understøtte slutningen med »*derfor*« i en voice-over.

Dermed fandt Højesteret, at en argumentationsstruktur, hvilket vil sige den struktur filmen har med henblik på at argumentere for sit konkrete budskab, er et element, som nyder beskyttelse. Dette må ses i sammenhæng med, at en argumentationsstruktur trodsalt er mindre abstrakt end eksempelvis en stilart. Dette understøttes af, at formålet med ikke at beskytte idéer, er at det er en »*ganske selvfølgelig ting, at [en kunstner] i sin skabende virksomhed lader sig inspirere og påvirke af tidligere tiders kunst eller af samtidens*«<sup>34</sup>. Ved at finde, at en specifik argumentationsstruktur kan beskyttes, har fremtidige kunstnere stadig i vid udstrækning mulighed for at lade sig inspirere af tidligere tiders kunst, inklusiv de omhandlende reklamefilm. Det samme ville ikke gøre sig gældende, hvis mere abstrakte og bagvedliggende idéer, som en stilart, blev beskyttet.

I samme sag, U.2014.888H (Netto-sagen), nævner Højesteret, at »*der er herefter ikke anledning til at tage stilling til Jesper Jargils anbringende om, at formatet eller konceptet til reklamefilmene i sig selv er ophavsretligt beskyttet.*«<sup>35</sup> Om et format eller et koncept er en sådan abstrakt idé, der ikke kan beskyttes, må derfor ses som værende et ubesvaret spørgsmål.

Om et format eller et koncept er en idé, som ikke kan beskyttes, har formentligt ikke den store betydning for retsområdet, eftersom et værk nyder en så bred beskyttelse, at det ikke nødvendigvis vil gøre nogen forskel for værket. Hvorvidt domstolene finder, at det er selve konceptet, som værket udtrykker, der beskyttes, eller blot alle de delelementer som et koncept indeholder, herunder eksempelvis argumentationsstrukturen og de filmiske, visuelle og lydæssige virkemidler, giver således samme resultat. Resultatet i

---

<sup>34</sup> 1959-1960-lovforslag

<sup>35</sup> U.2014.888H, s. 9

ovenstående U.2014.888H (Netto-sagen) var netop, at der var tale om en krænkelse, uden at der var behov for at vurdere om konceptet i sig selv kunne beskyttes.

Der er uenigheder om princippet vedrørende den manglende idébeskyttelse hører under ophavsretslovens § 1, eller om princippet skal ses som udtryk for krænkelseslæren i ophavsretslovens § 2. I den juridiske litteratur er princippet traditionelt blevet henført under ophavsretslovens § 2<sup>36</sup>, hvorimod domstolene ikke eksplicit har henført princippet under ophavsretslovens § 1 eller § 2.<sup>37</sup> I U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen) tog landsretten stilling til retsgrundlaget for princippet og fandt at:

*»bestemmelsen i ophavsretslovens § 4, stk. 2, må på den nævnte baggrund forstås som udtryk for det i dansk og international ophavsret generelt gældende princip om, at idéer ikke nyder ophavsretlig beskyttelse - hvilket som nævnt i forarbejderne allerede følger af lovens § 1 - og ikke som en undtagelse til eneretten i lovens § 2«<sup>38</sup>.*

Dette understøttes endvidere af program-direktivets artikel 1, hvor princippet om den manglende idébeskyttelse er henført under beskyttelsens genstand, hvilket svarer til ophavsretslovens § 1. Spørgsmålet om idébeskyttelsens ophav ses endnu ikke at være behandlet ved EU-Domstolen. Retsgrundlaget for princippet om den manglende idébeskyttelse må derfor høre under ophavsretslovens § 1, hvor det samme princip er afspejlet i ophavsretslovens § 4, stk. 2.

På baggrund af det ovenstående må det konkluderes, at princippet om den manglende idébeskyttelse stadig er gældende, i den samme form som det blev udtrykt i 1959-1960-lovforslag, jf. U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen). Derudover må det konkluderes, at der er tale om en idé, som ikke kan beskyttes, hvis denne kan karakteriseres som værende et svævende, uhåndgribeligt eller abstrakt fænomen. Hertil kan det nævnes at en argumentationsstruktur til en reklamefilm, er konkret nok til at den kan beskyttes, men at en stilart som udgangspunkt ikke kan beskyttes. Et værk som alene anvender idéer, der ikke kan beskyttes, er således ikke en bearbejdelse, men et selvstændigt værk.

#### 4.3.2. Værkskravet

Den anden betingelse er, at det litterære eller kunstneriske værk skal være et værk i ophavsretslovens forstand, jf. ophavsretslovens § 1. For at noget er et ophavsretligt værk

---

<sup>36</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 155; Schønning, 2021, s. 187 & Rosenmeier, 2001, s. 71ff

<sup>37</sup> U.2014.888H bliver princippet behandlet under § 2, saml. U.2022.1502Ø, hvor princippet bliver behandlet under § 1.

<sup>38</sup> U.2022.1502Ø, s. 36

kræves det, at to kumulative betingelser er opfyldt, jf. C-683/17 (Cofemel), præmis 29. Værket skal for det første være originalt, i den forstand, at værket skal være ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, jf. C-683/17 (Cofemel), præmis 30. Der er således slet ikke tale om et værk i ophavsretlig forstand, hvis værket ikke er originalt.<sup>39</sup> Derfor betegnes originalitetskravet også til tider som værkshøjde i den juridiske litteratur.<sup>40</sup> Den anden betingelse er, at værket skal omhandle en genstand, der kan identificeres præcist og objektivt, jf. C-683/17 (Cofemel), præmis 32, samt C-310/17 (Levola Hengelo), præmis 40.

Originalitetskravet er efterhånden blevet harmoniseret i EU-retten, først gennem specifikke direktiver rettet mod programmer<sup>41</sup>, databaser<sup>42</sup>, fotografier<sup>43</sup>, men sidenhen også i det mere generelle infosoc-direktiv. Selvom infosoc-direktivet strengt taget ikke regulerer originalitet, så har EU-Domstolen alligevel fundet det relevant at sætte retningslinjer for originalitetskravet i kraft af infosoc-direktivet, eftersom et værk først kan krænkes, hvis det er originalt.<sup>44</sup> Originalitetskravet må derfor anses for at være harmoniseret i sin helhed.

Når originalitetskravet er EU-harmoniseret, skal danske domstole fortolke originalitetskravet i overensstemmelse med gældende EU-ret, jf. afsnit 3. *Metodeafsnit*. Det vil sige, at det er relevant at inddrage praksis fra EU-Domstolen vedrørende originalitetskravet.

I sag C-05/08 (Infopaq) udtalte EU-Domstolen, at det skal være ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, jf. præmis 37. EU-Domstolen uddybede efterfølgende i sag C-145/10 (Painer), hvad der skal forstås ved en intellektuel frembringelse. Det fremgår af præmis 88, at en intellektuel frembringelse betragtes som en ophavsmands egen, når den afspejler ophavsmandens personlighed. Dette er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunne udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg, jf. præmis 89. Dette er ikke et strengt krav, eftersom EU-Domstolen fandt, i samme sag, at en skolefotograf kan foretage frie og kreative valg på flere måder:

---

<sup>39</sup> Schønning, 2021, s. 140.

<sup>40</sup> Schønning, 2021, s. 140. Det bemærkes dog, at begrebet værkshøjde også er anvendt som et begreb uafhængigt af originalitetskravet i anden juridisk litteratur, se eksempelvis Rosenmeier, 2001, s. 64

<sup>41</sup> Programdirektivets (2009/24/EF) art. 1, stk. 3

<sup>42</sup> Databasedirektivets art. 3, stk. 3 og præambel 8

<sup>43</sup> Beskyttelsestidsdirektivets art. 6 og præambel 16.

<sup>44</sup> C-05/08 (Infopaq), præmis 48.

»På det forberedende stadium vil ophavsmanden kunne vælge udformningen, den portrætteredes holdning eller belysningen. Når portrætfotografiet bliver taget, vil han kunne vælge billedudsnittet, vinklen eller stemningen. I forbindelse med fremstillingen af aftrykket vil ophavsmanden kunne vælge mellem forskellige fremkaldelsesteknikker eller, som i denne sag, anvende et computerprogram«<sup>45</sup>.

Modsætningsvist vil et skolefotografi, hvor fotografen ikke har kunne tænke over disse valg, ikke opfylde kravet om at være frembragt på grundlag af frie og kreative valg. Hvis skolen eksempelvis havde opsat et kamera på forhånd, og fotografen alene skulle trykke på udløserknappen, ville de kreative muligheder være så indskrænkede, at fotografen ikke ville have tilstrækkelige »frie og kreative valg«, jf. analogt C-429/08 (Premier League) præmis 98, samt C-604/10 (Football Dataco) præmis 39.

Tidligere anlagde danske domstole og den juridiske litteratur<sup>46</sup> strengere krav til originalitet for visse værkstyper, herunder brugskunst, jf. U.1968.189Ø, U.1981.946H, samt U.1991.335H. Efter gældende EU-direktiver, samt praksis fra EU-Domstolen, må denne tilgang nu anses for værende fragået, eftersom der alene stilles krav om, at værket er ophavsmandens »egen intellektuelle frembringelse«, jf. programdirektivets art. 1, stk. 3, databasedirektivets art. 3, stk. 3 og præambel 8, beskyttelsestidsdirektivets art. 6 og præambel 16, samt C-05/08 (Infopaq) præmis 36-37, C-393/09 (BSA) præmis 44ff, C-403/08 (Premier League) præmis 96ff, C-145/10 (Painer) præmis 87ff, C-406/10 (SAS) præmis 45 og 65, C-335/12 (Nintendo) præmis 21, samt C-683/17 (Cofemel) præmis 29ff.

I tvivlstilfælde, hvor det ikke kan afgøres om originalitetskravet er opfyldt, kan dobbeltfrembringelseslæren anvendes som en formodningsregel, jf. U.1993.17H. Ifølge dobbeltfrembringelseslæren taler det for originalitet, hvis det er usandsynligt, at flere ophavsmænd ville komme frem til den samme skabelse uafhængigt af hinanden. Det vil tale imod originalitet, hvis det er sandsynligt, at flere ophavsmænd ville komme frem til samme skabelse uafhængigt af hinanden.

### 4.3.3. Beskyttelsessubjektet

Det følger af ophavsretslovens § 1, stk. 1, at den, som frembringer, opnår ophavsretten til det frembragte værk. Ophavsmanden kan kun være en fysisk person, da en frembringelse forudsætter en skabelsesproces, som altid vil være udført af en eller flere fysiske personer.

---

<sup>45</sup> C-145/10 (Painer), præmis 90-91

<sup>46</sup> Rosenmeier, 2001, s. 127ff

#### 4.3.4. Beskyttelsens genstands betydning for bearbejdelser

For at et værk nyder ophavsretlig beskyttelse skal værket efter sin art kunne karakteriseres som litterært eller kunstnerisk, samt opfylde værkskravet, jf. afsnit 4.3. *Betingelse 1 og 2 - Værkskravet*. Betingelserne er kumulative, hvorfor alle betingelserne skal være opfyldt, for at ophavsretslovens beskyttelse kan finde anvendelse.

Det kan derfor konkluderes, at det ikke udgør en bearbejdelse i ophavsrettens forstand, såfremt der er tale om brug af materiale, der enten ikke er litterært eller kunstnerisk, eller ikke opfylder værkskravet, eftersom der i sådanne tilfælde i stedet vil være tale om et selvstændigt værk. Her er det særligt relevant for bearbejdelser, at de bagvedliggende idéer ikke nyder en ophavsretlig beskyttelse, jf. afsnit 4.3.1.3. *Princippet om den manglende idébeskyttelse*. Et værk som alene anvender idéer, der fremgår af oprindelige værker, er således ikke en bearbejdelse, men et selvstændigt værk.

#### 4.4. Betingelse 3 - Beskyttelsessfæren

For at der er tale om en bearbejdelse, skal bearbejdelsen være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk, jf. afsnit 4.2.3 *Betingelse 3 - Brug af det bearbejdende værk skal være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk*.

Hvor ophavsretslovens § 1 fastsætter hvad der beskyttes, så fastsætter ophavsretslovens §§ 2 og 3 indholdet af den ophavsretlige beskyttelse, herunder de økonomiske enerettigheder, som findes i ophavsretslovens § 2, og de ideelle rettigheder (droit moral)<sup>47</sup>, som findes i ophavsretslovens § 3.

##### 4.4.1. De økonomiske enerettigheder

Ophavsretslovens § 2 fastsætter to former for økonomiske enerettigheder: Retten til eksemplarfremstilling og tilgængeliggørelsesretten.<sup>48</sup> Eksemplarfremstillingsretten giver ophavsmanden en eneret til at råde over værket således, at der ikke uden ophavsmandens samtykke må fremstilles eksemplarer af værket. Alt hvad der fysisk gengiver værket, eller blot dele af værket, er et eksemplar af værket.<sup>49</sup> Tilgængeliggørelsesretten giver ophavsmanden en eneret til at gøre værket tilgængeligt for almenheden.

De ovenstående enerettigheder, eksemplarfremstillingsretten og tilgængeliggørelsesretten, omfatter brug af værket i »oprindelig eller ændret skikkelse«, jf. ophavsretslovens § 2. I den juridiske litteratur er dette krav blevet formuleret som, at en

---

<sup>47</sup> Schønning, 2021, s. 224

<sup>48</sup> Schønning, 2021, s. 176

<sup>49</sup> Ryberg, Kragelund & Lavesen, 2019, s. 74



efterligning skal have en »vis grad af identitet« med det oprindelige værk, eller skal minde om det oprindelige værk, før der er tale om en krænkelse.<sup>50</sup>

Sagt på en anden måde, så har værker en beskyttelsessfære. For at der er tale om en krænkende efterligning, skal efterligningen have en vis grad af identitet med det oprindelige værk, jf. ophavsretslovens § 2, og den der laver efterligningen, skal have haft et kendskab, bevidst eller ubevidst, til det oprindelige værk.<sup>51</sup>

Modsætningsvist findes der således to kategorier af efterligninger, som klart er lovlige: (1) Efterligninger som ikke deler en vis grad af identitet med det oprindelige værk, samt (2) efterligninger der deler en identitet med det oprindelige værk, men hvor skaberen til efterligningen ikke har haft et bevidst eller ubevidst kendskab, til det oprindelige værk.

Spørgsmålet om hvornår der er tale om en vis grad af identitet er særlig relevant for bearbejdelser, eftersom det fastsætter hvornår en bearbejdelse er en krænkelse.

Identitetsspørgsmålet vil blive behandlet i afsnit 4.4.1.1. *Identitetsspørgsmålet*. Hvornår en ophavsmand har haft kendskab til et andet værk vil blive behandlet i afsnit 4.4.1.2. *Kendskab til det originale værk*

#### 4.4.1.1. Identitetsspørgsmålet

I formuleringen »oprindelig eller ændret skikkelse« i ophavsretslovens § 2 skal det forstås, at for at et værk krænker et andet værk, så skal værkerne ligne hinanden.<sup>52</sup> Modsætningsvist, så krænker et værk ikke et andet værk, hvis der ikke er en lighed.

Hvorvidt et værk ligner et andet, er ikke alene en vurdering af, om de to værker er identiske med hinanden, eller indeholder delelementer som er identiske, men også hvorvidt den konkrete udformning af det oprindelige værk er afspejlet i det nye værk.<sup>53</sup> Således vil det både opfylde kravet om lighed, at udgive Edvard Eriksens bronzestatue Den Lille Havfrue som en marmorstatue, hvor Den Lille Havfrues form i øvrigt fremstår identisk, men også at udgive Den Lille Havfrue som en zombie, hvor Den Lille Havfrue er i en ændret form, men hvor der stadig er en tilstrækkelig lighed. Modsat er det uproblematisk at udgive en helt ny og original skulptur, som fortolker H.C. Andersens

---

<sup>50</sup> Ryberg, Kragelund & Lavesen, 2019, s. 74 & Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 152

<sup>51</sup> Ryberg, Kragelund & Lavesen, 2019, s. 74

<sup>52</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 153

<sup>53</sup> Schønning, 2021, s. 185

oprindelige eventyr Den lille havfrue, såfremt denne nye skulptur ikke ligner Edvard Eriksens skulptur Den Lille Havfrue.

I sagen U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen) fandt landsretten, at »det [er] klart, at [zombie] tegningen [af Edvard Eriksens Den Lille Havfrue] ikke er en identisk gengivelse af Den Lille Havfrue, allerede fordi tegningens havfrue fremstår med et zombielignende ansigt med langt hår modsat Den Lille Havfrues kvindeansigt med flettet hår. Det er imidlertid ikke bestridt af A - og fremstår også åbenbart - at tegneren, RM, tydeligt refererer til og har tilstræbt at referere til Den Lille Havfrue og den til værket knyttede symbolværdi. Havfruen på tegningen er således placeret på en rundet sten i helt samme positur og pyramidalske form som Den Lille Havfrue. Armenes, kroppens og halens form, udtryk og indbyrdes placering samt placering på stenen opleves endvidere identisk med B's værk, ligesom de indbyrdes dimensioner fremtræder ens. Efter en samlet vurdering finder landsretten, at der - uanset forskellen på udformningen af havfruernes hoveder og tegningens mere kantede fremstilling af havfruen - er en sådan lighed mellem tegningens havfruefigur på sten og værket, Den Lille Havfrue, at RM ikke blot kan anses for at have ladet sig inspirere eller lånt stilelementer og idéer fra B's værk, men har foretaget en bearbejdning af værket, der indebærer, at han - og A som ansvarshavende chefredaktør for Berlingske - ikke kan råde herover på en måde, som strider mod ophavsretten til originalværket, Den Lille Havfrue«.

For at vurdere om et værk ligner et andet værk, når værkerne ikke er identiske, er det således nødvendigt at foretage en helhedsvurdering, hvor værkernes form, positur, udtryk, med videre kan inddrages. Det er ikke muligt at foretage en positiv afgrænsning af hvilke elementer, der kan inddrages i sådan en helhedsvurdering, da det afhænger af hvad der er centralt i både det oprindelige værk, men også i det andet værk.

Som landsretten lagde vægt på, er der dog visse elementer, som ikke skal inddrages i helhedsvurderingen. I ovenstående sag kom landsretten frem til, at »RM ikke blot kan anses for at have ladet sig inspirere eller lånt stilelementer og idéer fra B's værk«<sup>54</sup>. I den juridiske litteratur er dette spørgsmål blevet betegnet som princippet om den manglende idébeskyttelse, hvilket er behandlet i ovenstående afsnit 4.3.1.3. *Princippet om den manglende idébeskyttelse*. Materiale, herunder idéer, som ikke er omfattet af ophavsretslovens anvendelsesområde efter ophavsretslovens § 1, kan ikke beskyttes mod efterligninger efter ophavsretslovens § 2.

#### 4.1.1.1.a. Relativ eller absolut beskyttelse?

Det er blevet fremført i den juridiske litteratur, at spørgsmålet om hvorvidt et værk krænker et andet, afhænger af originaliteten af det oprindelige værk. I nærværende speciale betegnes dette som en relativ beskyttelse, eftersom beskyttelsen kan være bredere eller smallere, relativt til hvor originalt værket er. Modsætningsvist er en absolut beskyttelse, hvor et værk nyder den samme beskyttelse, såfremt værket er originalt efter ophavsretslovens § 1.

---

<sup>54</sup> U.2022.1502Ø

I den juridiske litteratur er det blevet fremført, at den relative beskyttelse er gældende i dansk ret.

Pernille Bruun Andersen fremfører, at *»det er således et traditionelt grundprincip, at beskyttelsens bredde afhænger af originalitetsgraden«*.<sup>55</sup> Grundprincippet findes endvidere udtrykt af Henrik Udsen, som skriver at *»jo større indsats der ligger til grund for informationen, jo bredere beskyttelse tildeles informationen.«* Forfatterne fremfører ikke hvorfor princippet er udledt.<sup>56</sup> Se endvidere Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, som fremfører, at *»værker, der kun har lidt originalitet, krænktes efter traditionel opfattelse kun, hvis efterligningen er mere slavisk og nærgående«*.<sup>57</sup> Sidstnævnte forfattere modificerer dog denne traditionelle opfattelse, i lyset af EU-Domstolens praksis.<sup>58</sup>

Dette grundprincip er blevet behandlet ved EU-Domstolen i dommen C-145/10 (Painer), som omhandlede hvorvidt et skolefoto kunne ophavsretligt beskyttes. De aviser, som trykte skolefotoet, begrundede deres brug med, at et skolefoto må nyde en snæver beskyttelse:

*»Om der har foreligget bearbejdning eller fri anvendelse, afhænger nemlig af, hvilken skaberkraft der ligger bag forlægget. Jo større skaberkraft, der ligger bag, desto mindre kan en fri anvendelse komme i betragtning. Ved et portrætfoto som det omtvistede står der kun få individuelle udformningsmuligheder til rådighed for den, der skaber det. Som følge heraf er den ophavsretlige beskyttelse af det omtvistede foto snæver«*.<sup>59</sup>

Denne begrundelse er i overensstemmelse med det traditionelle grundprincip, som er blevet fremført i den juridiske litteratur.

Hertil udtalte EU-Domstolen, at *»det bemærkes endvidere, at intet hverken i [infosoc-direktivet] eller i andre relevante direktiver tyder på, at omfanget af en sådan beskyttelse er afhængig af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker«*.<sup>60</sup>

Grundprincippet blev også behandlet ved EU-Domstolen i den senere sag C-683/17 (Cofemel). I præmis 35 udtalte EU-Domstolen, at *»det bemærkes, at omfanget af denne*

---

<sup>55</sup> Andersen, 2018, s. 54

<sup>56</sup> Udsen, 2009, s. 488

<sup>57</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 158

<sup>58</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 159ff

<sup>59</sup> C-145/10 (Painer), præmis 42

<sup>60</sup> C-145/10 (Painer) Præmis 97

*beskyttelse ikke afhænger af graden af den kreative frihed, som ophavsmanden har haft, og at beskyttelsen derfor ikke er svagere end den beskyttelse, som tildeles andre værker, der er omfattet af nævnte direktiv«.*

EU-Domstolens praksis må forstås således, at det førnævnte grundprincip i hvert fald ikke eksisterer, som det er blevet formuleret i den juridiske litteratur. EU-Domstolens udlægning må forstås som, at når et værk først nyder en ophavsretlig beskyttelse, så er denne beskyttelse ikke relativ til graden af originalitet. Det vil sige, at det vil være forkert at fremføre, at et værk nyder en smal eller bred beskyttelse, afhængig af originaliteten. Et værk nyder i princippet den samme beskyttelse, ligegyldigt hvilket slags værk der er tale om, alt andet ville være i strid med EU-Domstolens fortolkning af retsreglerne.

Dette betyder ikke nødvendigvis, at EU-Domstolen har rykket betydeligt ved retstillingen. Det er muligt at opstille et tankeeksperiment:

En kunstner A skaber en kompleks collage fyldt med små, helt originale og meget gennemtænkte tegninger, fotografier, mønstre med videre. Det forudsættes, at selve collagen i sin helhed er original, samt at de forskellige delelementer hver især opfylder kriteriet for originalitet.

Her ville de førnævnte forfattere formentligt sige, at kunster A's collage er udtryk for en høj grad af originalitet, hvorved værket også må nyde en bred beskyttelse. De førnævnte forfattere ville så kunne komme frem til, at værket, samt hvert delelement, må nyde en ophavsretlig beskyttelse, i kraft af den brede beskyttelse. Et værk, der ligner collagen, eller blot delelementer fra collagen, kan derfor krænke ophavsretten til collagen.

Efter nyeste praksis fra EU-Domstolen, ville en domstol komme frem til, at selve collagen, samt hvert delelement er originalt, hvorved collagen, samt hvert delelement, nyder en ophavsretlig beskyttelse.

I en situation med en stor grad af originalitet, ses der således ikke at være en anderledes beskyttelse ved den relative beskyttelse i forhold til den absolutte beskyttelse.

En kunstner B skaber en simpel collage bestående af et par farver og simple mønstre, som kunstneren på en uoriginal måde har placeret på et lærred. Det forudsættes, at collagen i

sig selv er original og dermed nyder ophavsretlig beskyttelse. De enkelte delelementer, farverne og de simple mønstre, nyder ikke ophavsretlig beskyttelse, da de ikke er originale.

Her ville de førnævnte forfattere formentligt sige, at værket har en lav grad af originalitet, og dermed også må nyde en smal beskyttelse. De førnævnte forfattere ville så kunne komme frem til, at collagen nyder en ophavsretlig beskyttelse, men at der ikke er tale om en krænkelse, hvis en efterligning alene efterligner delelementer, i kraft af den smalle beskyttelse. Derimod ville en rent slavisk efterligning af værket være en krænkelse, da værket trods alt stadig nyder en ophavsretlig beskyttelse.

Efter nyeste praksis fra EU-Domstolen, må en domstol formentligt komme frem til, at selve collagen er original, men at hvert delelement er uoriginalt, hvorved collagen, men ikke delelementerne, nyder en ophavsretlig beskyttelse.

I en situation med lav originalitet, ses der således ikke at være en anderledes beskyttelse ved den relative beskyttelse i forhold til den absolutte beskyttelse.

Formålet med tankeeksperimentet er at demonstrere, at det er muligt at opstille situationer hvor både det førnævnte grundprincip, samt den nuværende praksis fra EU-Domstolen kommer frem til samme resultat. Et problem med anvendelsen af det førnævnte grundprincip er netop, at det er ukonkret, og bevæger sig på et abstraktionsniveau, der næppe er brugbart i noget konkret scenarie.<sup>61</sup> Det er derfor også svært at opstille situationer, som ved brug af grundprincippet i sin udstrækning, ville adskille sig fra den praksis som EU-Domstolen har fremført.

Overordnet set må det konkluderes, at der på nuværende tidspunkt gælder en absolut beskyttelse, set i lyset af C-145/10 (Painer) og C-683/17 (Cofemel). Det vil sige, at så længe et værk er indenfor anvendelsesområdet af ophavsretsloven § 1, så nyder det den samme beskyttelse, hvad end værket kan kategoriseres som værende meget eller lidt originalt. En gradbøjning af originalitetskravet er dermed ikke relevant. Det må dog samtidig konkluderes, at dette formentligt ikke har nogen tydelig, hvis nogen, betydning for resultatet af en given afgørelse.

---

<sup>61</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 159f

#### 4.4.1.2. Kendskab til det originale værk

For at der er tale om en krænkelse, kræves det endvidere, at efterligningen er skabt med et kendskab til det originale værk.<sup>62</sup> Dette kendskab kan være bevidst, men også ubevidst.<sup>63</sup> Om der foreligger kendskab, er et almindeligt bevisspørgsmål.

Hvor det er relevant, antages det i nærværende speciale, at der foreligger kendskab til det oprindelige værk.

#### 4.4.2. De ideelle enerettigheder

Ophavsretslovens § 3 fastsætter endvidere to former for ideelle enerettigheder henholdsvis faderskabsretten og respektretten.<sup>64</sup> Faderskabsretten omhandler, at ophavsmanden har krav på at få sit navn nævnt, når nogen laver et eksemplar af værket, eller gør værket tilgængeligt for almenheden, jf. ophavsretslovens § 3, stk. 1. Respektretten omhandler, at værket ikke må ændres eller gøres tilgængeligt for almenheden på en måde eller i en sammenhæng, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart, jf. ophavsretslovens § 3, stk. 2.

I modsætning til de økonomiske enerettigheder, så er de ideelle rettigheder som udgangspunkt uoverdragelige, jf. ophavsretslovens § 3, stk. 3. Det er alene i tilfælde, der vedrører et afgrænset brug, at ophavsmanden kan samtykke til et brug, som krænker de ideelle rettigheder, jf. ophavsretslovens § 3, stk. 3. En generel aftale om fravigelse af de ideelle rettigheder vil således være ugyldig. Det vil derfor være lovligt, at foretage ændringer, som krænker instruktørens *droit moral*, og vise den ændrede udgave på tv, såfremt instruktøren har accepteret, at filmen vil blive fremvist i en særlig tv-udgave, jf. U.1997.975/2Ø. I sådan en situation er der tale om en aftale om bestemte former for ændringer af værket, der vedrører afgrænset brug, omfattet af ophavsretslovens § 3, stk. 3. Modsætningsvist, vil en generel aftale om, at udgiveren på enhver måde kan ændre instruktørens film, i enhver henseende, således være ugyldig.

Der er et vist sammenfald mellem de økonomiske enerettigheder og de ideelle rettigheder. Eksempelvis vil en udgivelse af en beskyttet bog, som er blevet bearbejdet ved at forkorte bogen, både være en krænkelse af ophavsretslovens § 2, samt ophavsretslovens § 3, stk. 2.<sup>65</sup> At udgivelsen krænker begge bestemmelser, har betydning på to måder. For det første, kan de ideelle rettigheder kun overdrages afgrænset, jf. ophavsretslovens § 3, stk. 3. Ophavsmanden vil derfor have muligheden for at påberåbe

---

<sup>62</sup> Schønning, 2021, s. 185

<sup>63</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 153

<sup>64</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 141

<sup>65</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 143

sig ophavsretslovens § 3, stk. 2, selv i en situation, hvor ophavsmanden har overdraget sin ophavsret. For det andet, vil en overtrædelse af ophavsretslovens § 3, stk. 2 kunne udløse en godtgørelse efter ophavsretslovens § 83, stk. 3.<sup>66</sup>

#### 4.5. Ophavsretslovens § 4, stk. 2

I de forrige afsnit blev betingelserne for en bearbejdelse udledt og analyseret. I dette afsnit vil det blive gennemgået, hvilken rolle ophavsretslovens § 4, stk. 2 har for bearbejdelser.

*»Den som bearbejder et værk, har ophavsret til værket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måde, der strider mod ophavsretten til det oprindelige værk«, jf. ophavsretsloven § 4, stk. 1. Det vil sige, at det kræver samtykke at råde over bearbejdelsen på en måde, der strider mod ophavsretten til det oprindelige værk. Eksempelvis vil en oversætter ikke kunne udgive sin oversættelse af et litterært værk uden samtykke fra den oprindelige ophavsmand, da en sådan eksemplar fremstilling og tilgængeliggørelse til offentligheden vil stride mod ophavsretslovens § 2.<sup>67</sup>*

Er der derimod tale om *»fri benyttelse«* af et værk, er ophavsretten til et nyt værk ikke afhængig af ophavsretten til det oprindelige værk, jf. ophavsretsloven § 4, stk. 2. Det fremgår af forarbejderne til 1961-loven, at *»strengt taget er denne bestemmelse overflødig, idet det følger af den almindelige regel i lovforslagets § 1, at ophavsret erhverves, når et litterært eller kunstnerisk værk frembringes, uden at der foreligger en bearbejdelse af et andet værk.«<sup>68</sup>*

Lovgiver har dermed ønsket en lovsystematik, hvor et værk enten er en bearbejdelse og dermed kræver samtykke efter ophavsretslovens § 4, stk. 1, eller at værket ikke er en bearbejdelse, og således underlagt de almindelige regler i ophavsretslovens §§ 1-3. I sådan en systematik er ophavsretsloven § 4, stk. 2 overflødig, idet § 4, stk. 2 alene regulerer en situation, der allerede er reguleret i ophavsretslovens § 1.

I retspraksis har domstolene dog fundet det brugbart alligevel at anvende ophavsretslovens § 4, stk. 2. For at forstå ophavsretslovens § 4, stk. 2's relevans, er det derfor nødvendigt at inddrage retspraksis. Her vil U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard-sagen), U.2013.1704Ø (Hornsleth-sagen), samt U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen) blive

---

<sup>66</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 143

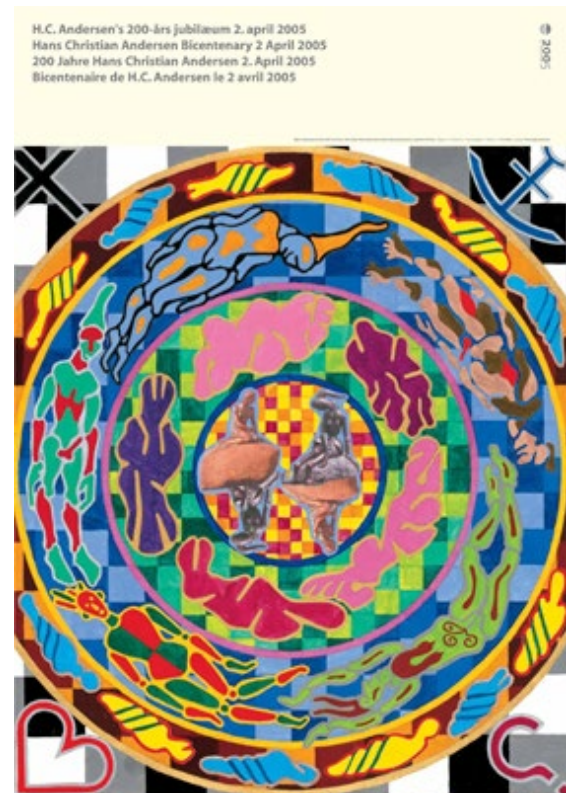
<sup>67</sup> Schönning, 2021, s. 241.

<sup>68</sup> 1960-lovforarbejder, spalte 2696

analyseret, for herefter at kunne danne et overblik over den gældende retstilstand på området.

#### 4.5.1. U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard-sagen)

I dommen U.2009.875Ø vedrørte sagens problemstilling, at billedkunstneren Bjørn Nørgaard havde skabt en collage, hvor der indgik en fotografisk afbildning af Bjørn Nørgaards egen skulptur og dels af kunstneren Edvard Eriksens skulptur Den Lille Havfrue, som er ophavsretligt beskyttet til og med 2029. Billedkunstværkerne blev afbildet i en kalender for 2005, udgivet af forlaget F, som kan ses til højre på »billede 1«.



Landsretten fandt, at Bjørn Nørgaard havde skabt et nyt og selvstændigt værk, hvorefter landsretten anførte, at den juridiske problemstilling bestod af, hvorvidt værket var frembragt gennem fri benyttelse af et andet, således at situationen kunne omfattes af ophavsretslovens § 4, stk. 2, hvorefter ophavsretten ikke er afhængig af ophavsretten til det oprindelige værk.

For at vurdere om værket var frembragt gennem fri benyttelse, vurderede Landsretten om der forelå en fast tradition for brug af collager, hvilket landsretten fandt bevist. Landsretten fandt imidlertid, at eftersom der ikke var en nærmere lovregulering af spørgsmålet om anvendelse af andres ophavsretligt beskyttede værker i collager uden samtykke, var det nødvendigt at træffe en afvejning mellem ophavsretten og Bjørn Nørgaards kunstneriske ytringsfrihed. Denne afvejning vil specialet behandle yderligere i afsnit 5.7.4.1. *Bjørn Nørgaard-sagen*.

På baggrund af ovenstående fandt landsretten, at Bjørn Nørgaards værk var frembragt gennem fri benyttelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 2, således at ophavsretten til det oprindelige værk ikke var krænket.



Landsretten anvender dermed ophavsretslovens § 4, stk. 2, som en hjemmel til at indskrænke ophavsretten til et oprindeligt værk. Denne forståelse af ophavsretslovens § 4, stk. 2 strider både med ophavsretslovens systematik, idet undtagelser til ophavsretsretten alene findes i lovens kapitel 2, samt forarbejderne til og forståelsen af ophavsretslovens § 4, stk. 2 i den juridiske litteratur.<sup>69</sup>

Landsretten tog ikke stilling til, at denne forståelse stred med tidligere forståelser af ophavsretslovens § 4, stk. 2. For at forstå om Landsrettens afgørelse derfor skal ses som en ny gældende retsopfattelse på området, har det været nødvendigt at inddrage yderligere retspraksis.

#### 4.5.2. U.2013.1704Ø (Hornsleth-sagen)

I dommen U.2013.1704Ø lavede kunstneren Kristian von Hornsleth en pornografisk collage, hvori et billede af journalisten Camilla Stockmann fremgik som et centralt element.

Muligvis som følge af dommen U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard-sagen), foretog byretten en vurdering af, hvorvidt Kristian von Hornsleths værk var omfattet af ophavsretslovens § 4, stk. 2. Byretten foretog endvidere en afvejning mellem den kunstneriske ytringsfrihed og hensynet til en effektiv ophavsretsbeskyttelse, hvilket var den samme afvejning, der blev foretaget i dommen U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard-sagen). I nærværende sag kom byretten dog frem til, at værket ikke kunne omfattes af ophavsretslovens § 4, stk. 2. Der var i stedet tale om en krænkelse af ophavsretslovens § 3, stk. 2 (respektretten).

Landsretten stadfæstede byrettens dommen, men uden at tage stilling til ophavsretslovens § 4, stk. 2. Dette er i den juridiske litteratur blevet anset som en mulig afstandtagen fra den retsstilling, der blev angivet i dommen U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard-sagen).<sup>70</sup>

Overvejende må det konkluderes, at retsstillingen vedrørende anvendelsen af ophavsretslovens § 4, stk. 2, ikke er tydelig på baggrund af U.2013.1704Ø (Hornsleth-sagen).

#### 4.5.3. U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen)

Problemstillingen i dommen U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen) vedrørte, at avisen Berlingske havde bragt to karikaturer af Edvard Eriksens bronzestatue Den Lille Havfrue, hvor den ene var en zombie-udgave af Den Lille Havfrue, som blev brugt til forsiden af

---

<sup>69</sup> Linkis, 2017, s. 62

<sup>70</sup> Linkis, 2017, s. 62f.

sektionen Opinion, og den anden bestod af Den Lille Havfrue med et mundbind på, der blev brugt i forbindelse med en artikel med titlen *Bange for Coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti*.<sup>71</sup>

I dommens begrundelse udtalte landsretten:

*»Den retsopfattelse, der er kommet til udtryk i Bjørn Nørgaard-dommen, synes ikke at være i overensstemmelse med systematikken i ophavsretsloven og forarbejderne til lovens § 4, stk. 2. Den pågældende opfattelse må da også anses for forladt ved dommen gengivet i U.2013.1704Ø (Hornsleths collage), hvori kunstneren, Kristian von Hornsleths, brug af et efter ophavsretslovens § 70 beskyttet fotografi i en collage blev anset for at være i strid med ophavsretslovens § 3, stk. 2.«*<sup>72</sup>

Det vil sige, at landsretten tog klart afstand fra resultatet af den tidligere afgørelse U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard-sagen). Landsretten kommenterede desuden på den førnævnte dom U.2013.1704Ø (Hornsleth-sagen), hvor landsretten fandt, at opfattelsen må anses for forladt, uden dog at komme nærmere ind på, hvordan landsretten kunne udlede dette af dommen.

Landsretten fandt endvidere:

*»Bestemmelsen i ophavsretslovens § 4, stk. 2, må på den nævnte baggrund forstås som udtryk for det i dansk og international ophavsret generelt gældende princip om, at idéer ikke nyder ophavsretlig beskyttelse - hvilket som nævnt i forarbejderne allerede følger af lovens § 1 - og ikke som en undtagelse til eneretten i lovens § 2.«*<sup>73</sup>

Det vil sige, at landsretten lægger sig op ad den oprindelige forståelse af ophavsretslovens § 4, stk. 2, som et udslag for princippet om den manglende idébeskyttelse, hvorfor det alene er formen, men ikke den bagvedliggende idé, som kan beskyttes, jf. afsnit 4.3.1.3. *Princippet om den manglende idébeskyttelse.*

---

<sup>71</sup> U.2022.1502Ø s. 2-5

<sup>72</sup> Ibid., s. 71

<sup>73</sup> U.2022.1502Ø, s. 71

*»Bestemmelsen må endvidere forstås således, at der alene kan opnås selvstændig ophavsret til et værk, der er inspireret af eller henviser til et ældre ophavsretligt beskyttet værk, hvis henvisningen er begrænset til stilelementer, idéer o. lign., og ophavsmanden til det nye værk således holder sig fri af det oprindelige værks beskyttelsesfære. Går ophavsmanden til det nye værk for tæt på det oprindelige værk, vil det nye værk i stedet være en bearbejdelse som nævnt i ophavsretslovens § 4, stk. 1, med heraf følgende krav om tilladelse fra ophavsmanden til det oprindelige værk til at udnytte det bearbejdede værk.«<sup>74</sup>*

I denne passage konkluderede landsretten slutteligt, at ophavsretslovens § 4, stk. 2 alene skal forstås som et fortolkningsbidrag til ophavsretslovens § 1 og § 4, stk. 1. Det vil sige, at der enten er tale om et selvstændigt værk efter ophavsretslovens § 1, eller om en bearbejdelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 1. Dette lægger sig tæt op ad den lovsystematik, som fremgår af forarbejderne til den oprindelige 1961-ophavsretslov.

#### 4.6. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående, kan systematikken vedrørende bearbejdelser opsummeres på følgende måde:

For at der er tale om en bearbejdelse, skal tre betingelser være opfyldt. Den første betingelse er, at det oprindelige materiale skal være et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. Den anden betingelse er, at der skal ske en bearbejdelse, som i sig selv skal være et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. Den tredje betingelse er, at det bearbejdede værk skal være indenfor beskyttelsesfæren af det oprindelige værk.

Såfremt den første betingelse ikke er opfyldt, vil anvendelse af det oprindelige materiale være uproblematisk, og et nyt værk vil ikke være en bearbejdelse, men derimod et selvstændigt værk efter ophavsretslovens § 1.

Såfremt den anden betingelse ikke er opfyldt, er der tale om en efterligningen, som ikke opnår nogen selvstændig beskyttelse, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 1.

Såfremt den tredje betingelse ikke er opfyldt, vil anvendelsen af materiale fra det oprindelige værk være uproblematisk, da brug af materialet ikke vil være i strid med

---

<sup>74</sup> U.2022.1502Ø, s. 71

enerettighederne. Eftersom der ikke er et krav om samtykke, vil der ikke længere være tale om en bearbejdelse, men et selvstændigt værk.

Domstolene kan i vurderingen af, hvorvidt et givent materiale er indenfor beskyttelsessfæren af et andet værk, anvende ophavsretslovens § 4, stk. 2 som et fortolkningsbidrag, men i sig selv vil det være unødvendigt at citere § 4, stk. 2, eftersom situationen er fuldt dækket af ophavsretslovens § 4, stk. 1 og § 1. Hvis der er tale om fri benyttelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 2, vil værket være et selvstændigt værk efter ophavsretslovens § 1.

Såfremt betingelserne for en ophavsretlig bearbejdelse er opfyldt, er det relevant at vurdere, hvorvidt den, der benytter det bearbejdede værk, gør dette i strid med enerettighederne til det oprindelige værk, uden at have indhentet samtykke fra ophavsmanden til det oprindelige værk. Dette er en vurdering, der skal ske efter ophavsretslovens §§ 2 og 3, jf. afsnit 4.4. *Betingelse 3 - Beskyttelsessfæren*

## Del 2: Undtagelser til eneretten

### 5.1. Generelt om undtagelser til eneretten

I afsnit 4.2. *Definition af bearbejdelser* har specialet beskrevet, hvornår der er tale om en bearbejdelse, samt hvornår en bearbejdelse krænker et andet værk. Denne beskrivelse er dog ikke dækkende i forhold til specialets problemformulering. Når et værk vurderes til at være en bearbejdelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 1, kan det bearbejdede værk alene anvendes på en måde, sådan at det ikke strider mod ophavsretten til det oprindelige værk. Om det strider mod ophavsretten til det originale værk, er en vurdering der foretages efter ophavsretslovens §§ 2 og 3, jf. afsnit 4.4. *Betingelse 3 - Beskyttelsessfæren*.

Det kræver derfor samtykke at anvende en bearbejdelse på en måde, der krænker ophavsretten til det oprindelige værk, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 1, jf. §§ 2 og 3. Der findes dog undtagelser til enerettighederne i ophavsretslovens kapitel 2, som har den betydning, at et samtykke ikke er nødvendigt. For at få et dækkende billede af bearbejdelsers lovlighed er det derfor nødvendigt at foretage en retsdogmatisk analyse af de ophavsretlige undtagelser, som har relevans for bearbejdelser.

Formålet med ophavsretslovens regler er først og fremmest, at sikre ophavsmanden enerettigheder til sit værk i form af økonomisk og ideel beskyttelse, hvilket gavner både ophavsmanden og samfundet, idet samfundet også har et ønske om at give ophavsmænd

incitament til at skabe værker. Det er imidlertid ikke så ensidigt, idet der i modsætning til ovenstående ligeledes består en interesse fra borgerne og samfundet i at have adgang til disse beskyttede værker, samt en interesse i at have adgang til at gøre brug af disse.<sup>75</sup>

Denne sidstnævnte interesse udmøntes ved at indskrænke reglerne om beskyttelse af enerettighederne. Disse indskrænkninger skal imødekomme grundlæggende samfundsmæssige og praktiske hensyn, hvorefter der skal tages hensyn til individets bevægelsesfrihed i samfundet, samt det er af samfundsmæssig interesse, at der skabes nye værker, der har muligheden for at benytte sig af allerede eksisterende værker til en vis grad.<sup>76</sup>

Interessen i at indskrænke de ophavsretlige enerettigheder har udmøntet sig ved, at der findes henholdsvis lovfæstede indskrænkninger og ulovbestemte indskrænkninger.

Ophavsretslovens kapitel 2 rummer de lovfæstede indskrænkninger i enerettighederne. Disse indskrænkninger består af undtagelsesbestemmelser, der er konkret og specifikt udformet, hvorfor der ikke gives meget plads til at fravige lovens ord.<sup>77</sup> Det bemærkes, at specialet kun i begrænset omfang vil behandle de lovfæstede undtagelser, jf. afgrænsningen i afsnit 2. *problemformulering og afgrænsning*.

Dette resulterer i en retstilstand, hvor der kan opstå situationer, hvor en bestemt brug af et beskyttet værk ikke er omfattet af en af de lovfæstede undtagelsesbestemmelser i ophavsretsloven, på trods af at den pågældende brug ikke vurderes som værende skadelig for ophavsmanden. I disse konkrete tilfælde kan det virke urimeligt, at der stadig foreligger et krav om samtykke fra ophavsmandens side. Løsningen på dette kan findes ved, at ophavsretsloven suppleres af ulovbestemte indskrænkninger til de ophavsretlige enerettigheder.<sup>78</sup> De ulovbestemte undtagelsers eksistens er blevet udfordret, både gennem EU-retten, samt i den juridiske litteratur, hvilket behandles i afsnit 5.3. *De ulovbestemte undtagelser*. Specialet vil således behandle de ulovbestemte undtagelsers eksistensgrundlag.

---

<sup>75</sup> FT 1994-1995, tillæg A, s. 1327

<sup>76</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 233

<sup>77</sup> Udsen, 2009, s. 395

<sup>78</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 215

Disse ulovbestemte indskrænkninger består overordnet af de minimis-princippet, der er udtryk for en bagatelregel, adgangen til at lave parodier,<sup>79</sup> samt en afvejning over for ytringsfriheden

Nedenfor gennemgås indskrænkningerne til enerettighederne, herunder både de lovfæstede og de ulovbestemte.

## 5.2. De lovfæstede undtagelser

Ved et ophavsretligt spørgsmål er der praktiske grunde til først at vurdere, om en situation kan omfattes af de lovfæstede undtagelser, i forhold til de ulovbestemte undtagelser. I kraft af, at de lovfæstede undtagelser er vedtaget ved lov, er retsforudsigeligheden ved at anvende dem betydeligt større, i det der ikke er den samme risiko for, at en domstol vil finde, at de enten ikke gælder, eller har et andet anvendelsesområde end antaget.

Der sondres mellem tre typer af lovfæstede undtagelser: Fribrugsreglerne, tvangslicensreglerne og aftalicensreglerne.<sup>80</sup> Fribrugsreglerne omhandler, at man må bruge et ophavsretligt beskyttet værk på en bestemt måde uden tilladelse fra ophavsmanden. Det er alene fribrugsreglerne, som skønnes relevante for specialets problemstilling.

Ophavsretslovens § 11, stk. 1-3 opstiller nogle generelle betingelser for de lovfæstede undtagelsesbestemmelser, herunder at de ikke udgør en indskrænkning i ophavsmandens ideelle rettigheder, at værket ikke må ændres i videre udstrækning end hvad der er nødvendigt, at kilden skal angives, hvis værket gengives offentligt, og at der er et krav om lovligt forlæg.

De lovfæstede undtagelser til ophavsretsloven findes i ophavsretslovens kapitel 2. Det er alene de lovfæstede undtagelser, som har relevans for ophavsretlig bearbejdelse, samt for de ulovbestemte undtagelser, som vil blive behandlet i specialet, jf. *afsnit 2. Problemstilling og afgrænsning*. Af denne grund vil de lovfæstede undtagelser, som er medtaget, blive behandlet sammen med de ulovbestemte undtagelser, hvor de har relevans.

---

<sup>79</sup> Blomqvist & Rosenmeier, 2021, s. 511

<sup>80</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 170f

## 5.3. De ulovbestemte undtagelser

### 5.3.1. Introduktion til de ulovbestemte undtagelser

Udover de lovbestemte undtagelser, er det blevet antaget i den juridiske litteratur, i forarbejderne til ophavsretsloven, samt i retspraksis, at domstolene har kompetence til at udvikle ulovbestemte undtagelser til enerettighederne.<sup>81</sup>

Spørgsmålet er dog blevet rejst, om der overhovedet kan eksistere ulovbestemte undtagelser til enerettighederne, særligt set i lyset af nyere EU-retlig regulering.<sup>82</sup> For fyldestgørende at besvare specialets problemstilling er det derfor nødvendigt først at klarlægge de ulovbestemte undtagelsers eksistens i dansk ret, for herefter at klarlægge deres eventuelle betydning for bearbejders lovlighed.

I hvert afsnit om en ulovbestemt undtagelse vil specialet således først belyse den ulovbestemte undtagelses eksistensgrundlag, samt anvendelsesområde, hvorefter specialet vil analysere hvilken betydning denne undtagelse kan have for ophavsretlige bearbejdelser.

#### 5.3.1.1. Undtagelser indenfor infosoc-direktivet

EU-medlemsstaterne kan i kraft af infosoc-direktivet indføre indskrænkninger til de eneretsbeføjelser, der er nævnt i infosoc-direktivets artikel 2-4, og som svarer til ophavsretslovens § 2. Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3 indeholder de mulige indskrænkninger, som medlemsstaterne kan indføre, og skal anses for at være udtømmende, jf. infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 32.

Eftersom infosoc-direktivets undtagelser er udtømmende, skal også en ulovbestemt undtagelse som udgangspunkt være omfattet af de undtagelser, der er opremset i infosoc-direktivet. For at en ulovbestemt indskrænkning skal kunne eksistere kræves det således, at den enten ikke er omfattet af infosoc-direktivets anvendelsesområde eller at undtagelsen er blevet ulovbestemt implementeret.

Spørgsmålet bliver herefter, hvornår en ulovbestemt implementering kan anses for at være sket. Hertil opstiller EU-retten en række betingelser.

---

<sup>81</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 217; Lund, 1961, s. 105; Linkis, 2017, s. 79ff; 1959-60-lovforslag, spalte 2693 & U.2009.875Ø.

<sup>82</sup> Linkis, 2017, s. 79

For det første skal der være en direktivhjemmel til en ulovbestemt implementering. Denne findes i infosoc-direktivets art. 13, stk. 1, hvor det fremgår, at »medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv«. På EUR-lex fremgår det hvordan de daværende 27 medlemslande<sup>83</sup> har implementeret infosoc-direktivet. Alle lande har valgt at implementere infosoc-direktivet ved anvendelse af love og administrative bestemmelser.<sup>84</sup> Implementeringsbestemmelsen i infosoc-direktivets artikel 13, stk. 1 skal dog læses i lyset af TEUF artikel 288, stk. 3, samt EU-Domstolens praksis på området.

Det fremgår af TEUF artikel 288, stk. 3, at »et direktiv (...) overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen«. Selvom infosoc-direktivet eksplicit nævner love og administrative bestemmelser, står det derfor i princippet medlemsstaterne frit at implementere infosoc-direktivet på anden vis, som følge af at TEUF artikel 288, stk. 3, har retligt fortrin overfor infosoc-direktivets art. 13, stk. 1.

Der findes praksis fra EU-Domstolen, hvor det er behandlet, hvornår medlemsstaterne korrekt har fulgt proceduren i TEUF artikel 288, stk. 3.<sup>85</sup> For det første skal en implementering ske ved »udstedelsen af utvivlsomt bindende regler«<sup>86</sup>. For det andet skal de implementerede bestemmelser være »tilstrækkeligt specifikke, bestemte og klare«<sup>87</sup>. For det tredje skal implementeringen undergives en »passende offentliggørelse«<sup>88</sup>. EU-Domstolens praksis er udtryk for det domstolen selv omtaler som retssikkerhedsprincippet.<sup>89</sup>

I forbindelse med undtagelser efter infosoc-direktivet skal der også tages højde for tretrinsreglen i henhold til infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5. I praksis fra EU-Domstolen er tretrinstesten blevet nævnt i forbindelse med, at EU-Domstolen har fortolket undtagelsesbestemmelserne indskrænkende, uden EU-Domstolen dog har behandlet den præcise betydning af tretrinsreglen i en sådan indskrænkende vurdering, jf. C-5/08 (Infopaq) præmis 58 og C-429/08 (Premier League), præmis 181.

---

<sup>83</sup> Storbritannien var en medlemsstat indtil den 31.01.2020, hvorfor der nu kun er 26 medlemslande

<sup>84</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32001L0029>

<sup>85</sup> C-59/89 (Kommissionen mod Tyskland), C-225/97 (Kommissionen mod Frankrig), C-159/99 (Kommissionen mod Italien), C-415/01 (Kommissionen mod Belgien)

<sup>86</sup> C-59/89 (Kommissionen mod Tyskland), præmis 24

<sup>87</sup> C-415/01 (Kommissionen mod Belgien), præmis 21

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Ibid.



Tretrinstestens indhold følger af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5, hvilket består af, at 1) undtagelser og indskrænkninger efter infosoc-direktivets artikel 5, stk. 1-4 kun må anvendes i specielle tilfælde, 2) hvor det ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser, og 3) hvor det ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.

Det fremgår, at infosoc-direktivet alene er blevet implementeret i Danmark ved Lov om ændring af ophavsretsloven 2002.<sup>90</sup> Danmark har ved implementering dermed ikke nævnt overfor kommissionen, at infosoc-direktivet skulle være blevet implementeret på et ulovbestemt grundlag. Dette betyder ikke nødvendigvis, at der ikke kan være sket en ulovbestemt implementering, men det taler formentligt imod eksistensen af disse.

#### 5.3.1.2. Undtagelser udenfor infosoc-direktivet

Som nævnt ovenfor følger det af infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 32, at direktivet indeholder en udtømmende opregning af tilladte indskrænkninger i ophavsretten. Dette betyder ikke, at der stilles krav om, at medlemsstaterne skal indføre de indskrænkninger, som er oplistet i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, da disse er valgfrie. Til gengæld betyder det, at det som udgangspunkt ikke er tilladt for medlemsstaterne at indføre indskrænkninger, som ikke har hjemmel i en af bestemmelserne i infosoc-direktivet.<sup>91</sup>

Dette udgangspunkt kan imidlertid fraviges i nogle tilfælde, når der er tale om retsgrundsætninger og retsprincipper.

Det er tidligere set, at EU-Domstolen har inddraget og anvendt fundamentale retsprincipper og retsgrundsætninger med den begrundelse, at de er en fast del af EU-medlemsstaternes retshistorie og retstænkning, hvilket medfører, at de anses som værende en del af europæisk retstradition.

I sagen 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) skulle EU-Domstolen vurdere om en bestemmelse i en EU-forordning vedrørende sikkerhedsstilling stred mod nationale grundprincipper, samt EU-retslige grundprincipper. EU-Domstolen fandt, at:

*»en vurdering af gyldigheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter ud fra nationalretlige regler eller begreber ville skade fællesskabsrettens enhed og*

---

<sup>90</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32001L0029>, "Danmark"

<sup>91</sup> Linkis, 2017, s. 101

*effektivitet; disse retsakters gyldighed kan kun bedømmes efter fællesskabsretten»<sup>92</sup>*

*»det skal dog undersøges, om der ikke er sket en krænkelse af en tilsvarende fællesskabsretlig garanti; overholdelsen af de fundamentale rettigheder indgår nemlig i de almindelige retsprincipper, hvis overholdelse Domstolen skal sikre»<sup>93</sup>*

EU-Domstolen fandt således, at EU-reglers gyldighed alene kan anfægtes i kraft af EU-retslige grundprincipper. Disse EU-retslige grundprincipper kan have ophav i nationalretlige grundprincipper, men det er alene hvis de nationalretlige grundprincipper kan afspejles i et EU-retligt grundprincip, at de nationalretlige grundprincipper kan anvendes.

I forlængelse heraf har EU-Domstolen kodificeret adskillige af sådanne EU-retslige grundsætninger og principper i EU's Charter om Grundlæggelse Rettigheder. Såfremt det kan forventes, at EU-Domstolen vil gøre det samme med en fremtidig sag om eksempelvis det omdiskuterede de minimis-princip, vil det betyde, at en sådan ulovbestemt indskrænkning i dansk ophavsret ikke vil være betinget af, at denne har hjemmel i infosoc-direktivets artikel 5.<sup>94</sup>

## 5.4. De minimis-princippet

### 5.4.1. Indledning

I dansk ret har det længe været antaget, at der har eksisteret en undtagelse til den ophavsretlige beskyttelse i form af et ulovbestemt princip de minimis non curat lex (herefter de minimis-princippet). Dette princip går ud på, at *»retten er ligeglad med bagateller»*.<sup>95</sup>

Problematikken i forhold til de minimis-princippet i dansk ret har imidlertid bestået i, at hjemlen til et generelt de minimis-princip har været uklart, hvorfor princippet alene har

---

<sup>92</sup> Sag 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), præmis 3

<sup>93</sup> Sag 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), præmis 4

<sup>94</sup> Linkis, 2017, s. 103f

<sup>95</sup> Blomqvist & Rosenmeier, 2021, s. 512; Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2015, s. 288ff; Udsen, 2009, s. 395ff & Linkis, 2017, s. 98 ff

måttet bero på lovforarbejder og juridisk litteratur.<sup>96</sup> I forarbejderne til den nuværende ophavsretslov fremgår princippet således:

*»Det ligger dog i sagens natur, at der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunstværket blot figurerer som en detaille i billedets baggrund eller i øvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet. Fotografering eller optagelse på film af et interieur, hvori der indgår kunstværker som f.eks. malerier, vil derfor som regel kunne finde sted uden indhentning af tilladelse fra ophavsmændene til de pågældende værker«.*<sup>97</sup>

I den juridiske litteratur er princippet blevet spaltet i tre underprincipper, der består af følgende:<sup>98</sup>

Det er for det første tilladeligt at bruge et ophavsretligt beskyttet værk, såfremt måden det bruges på er helt bagatelagtig, og ikke med rimelighed kan genere ophavsmanden. Dette kan eksemplificeres ved, at man ikke skal betale til KODA, fordi man går fløjtende ned ad gaden.<sup>99</sup>

For det andet er det tilladeligt at bruge et ophavsretligt beskyttet værk, såfremt måden det bruges på er tilfældig og underordnet. Dette kan eksemplificeres ved, at det ikke er en ophavsretlig krænkelse, hvis der under et interview fremgår et maleri i baggrunden af lokalet, eller personen sidder og drikker af ophavsretligt beskyttede tekopper.<sup>100</sup>

For det tredje kan det ifølge de minimis-princippet være tilladeligt, at bruge et ophavsretligt beskyttet værk, når det sker på en måde, der er helt atypisk og således ikke i strid med den beskyttelsesinteresse, som ligger bag de ophavsretlige regler. Dette blev eksemplificeret i dommen U.1997.691H (Pengesedler), hvor Højesteret tillod brug af billeder af pengesedler i reklamer, selvom pengesedlerne var ophavsretligt beskyttede. Begrundelsen for at tillade denne brug i reklamefilm var, at pengesedlernes primære formål var at repræsentere en økonomisk værdi, og at det afgørende i de pågældende reklamer var pengenes symbolværdi, og der var således slet ikke fokus på det

---

<sup>96</sup> Blomqvist & Rosenmeier, 2021, s. 512

<sup>97</sup> 1959-60-lovforslag, spalte 2688

<sup>98</sup> Blomqvist & Rosenmeier, 2021, s. 512ff

<sup>99</sup> Blomqvist & Rosenmeier, 2021, s. 513

<sup>100</sup> Blomqvist & Rosenmeier, 2021, s. 513

kunstneriske udtryk, hvilket netop er den beskyttelsesinteresse, som ligger bag den ophavsretlige beskyttelse.<sup>101</sup>

I forhold til den tredje del af spaltningen er der sidenhen sket en revurdering fra Morten Rosenmeier og Jørgen Blomqvist, der tidligere var af den opfattelse, at det tredje punkt i spaltningen hørte med til de minimis-princippet. I deres bog *Immaterialret* (6. udgave) korrigerer de denne opfattelse, idet det fremgår, at det er »svært at finde en artikel i infosoc-direktivet, som man kan hænge den brug af de minimis-princippet op på«<sup>102</sup>, hvorefter de fortsætter med, at »det kan derfor ikke antages, at de minimis-princippet kan lovliggøre en brug, alene fordi den er atypisk. Vores antagelser i modsat retning er overruled af infosoc-direktivet. Det samme gælder U.1997.691 H«<sup>103</sup>. Det bemærkes, at infosoc-direktivet blev vedtaget i EU den 22. maj 2001, hvilket er efter dommen U.1997.691H (Pengesedler).

Den spaltning i tre underprincipper, som tidligere har været antaget at gælde i dansk ret, betragtes herefter som værende forladt, hvorfor de minimis-princippet i stedet består af de to første underprincipper, herunder at brugen skal være henholdsvis bagatelagtig eller tilfældig og underordnet. Rosenmeier og Blomqvist mener endvidere, at underprincip 1 og 2 er omfattet af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i, idet der i dennes bestemmelses ordlyd nævnes tilfældig medtagelse af værker i andet materiale.<sup>104</sup> Infosoc-direktivets rolle i forhold til princippet vil blive gennemgået i afsnit 5.4.2 *Infosoc-direktivets rolle i forhold til de minimis-princippet*.

En anden mulighed for de minimis-princippets retsgrundlag er som et ulovbestemt retsprincip. Dette vil blive behandlet i afsnit 5.4.3. *De minimis som et ulovbestemt retsprincip*.

Som nævnt ovenfor, har opfattelsen af de minimis-princippet hovedsageligt beroet på lovforarbejder og juridisk litteratur. I dommen U.2019.1109H (Coop mod Würtz) blev princippets behandlet, hvorfor denne doms betydning for princippets eksistensgrundlag, samt udstrækning, vil blive behandlet, se afsnit 5.4.4. *U.2019.1109H (Coop mod Würtz)*.

---

<sup>101</sup> Blomqvist & Rosenmeier, 2021, s. 513

<sup>102</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 217-218

<sup>103</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 217-218

<sup>104</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 218

#### 5.4.2. Infosoc-direktivets rolle i forhold til de minimis-princippet

Som nævnt i afsnit 5.3.1.1. *Undtagelser indenfor Infosoc-direktivet* indeholder infosoc-direktivet en udtømmende opregning af tilladte indskrænkninger i ophavsretten. Det er derfor relevant at undersøge, hvorvidt der kan findes en hjemmel til et de minimis-princip i infosoc-direktivet.

Tankegangen bag de minimis-princippet er udtrykt gennem infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i, hvoraf det følger, at medlemsstaterne kan indføre en undtagelse til de økonomiske enerettigheder, »hvis der er tale om tilfældig medtagelse af et værk eller en anden frembringelse i andet materiale«. Ifølge Linkis vil dette kunne hjemle et de minimis-princip, men der vil i så tilfælde kun være tale om en hjemmel til begrænsede tilfælde, idet det fremgår af bestemmelsen, at der skal være tale om tilfældighed, hvorfor hjemlens udstrækning således vil være betydeligt begrænset, eftersom alene tilfældigt brug er omfattet.<sup>105</sup> Modsat Linkis anfører Rosenmeier og Blomqvist, at »den del af de minimis-princippet, der handler om brug af værker på tilfældig, underordnet måde, er derimod omfattet af infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra i, om tilfældig medtagelse af værker i andet materiale. Og det kan ikke antages, at ordet »tilfældig« i art. 5, stk. 3, litra i, indebærer et krav om, at brugen skal være utilsigtet og ubevidst«<sup>106</sup>. Rosenmeier og Blomqvist åbner således op for et bredere anvendelsesområde for denne bestemmelse, i forhold til hvad Linkis anfører. Dette kan eksemplificeres ved, at en fotografering af statsministeren med en ophavsretligt beskyttet kaffekop, hvor fotografen har været bevidst og tilsigtet vedrørende de vinkler, som er blevet anvendt i forbindelse med fotografierne, vil kunne være omfattet af bestemmelsen. Linkis ville formentlig mene, at dette eksempel ikke ville være omfattet af artikel 5, stk. 3, litra i, idet hans forståelse af begrebet tilfældigt indebærer, at det ikke vil være tilladeligt at medtage et værk i et andet materiale, såfremt det ikke er utilsigtet, på trods af, at brugen er underordnet. Der er således uoverensstemmelse i den juridiske litteratur, om den præcise afgrænsning af infosoc-direktivets artikel 5, stk. litra i's anvendelsesområde.

Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i blev anvendt som hjemmel til at opretholde ophavsretslovens § 23, stk. 3 (den daværende § 23, stk. 4) og § 25, som begge gjaldt inden infosoc-direktivet blev implementeret i dansk ret.<sup>107</sup>

Det fremgår af ophavsretslovens § 23, stk. 3, at »udgivne kunstværker eller eksemplarer af kunstværker, der af ophavsmanden er overdraget til andre, må gengives i aviser,

---

<sup>105</sup> Linkis, 2017, s. 101f

<sup>106</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 218

<sup>107</sup> 2002-forslag, s. 311

*tidsskrifter, film og fjernsyn, når gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng».*

Det følger af 1995-forarbejderne, at bestemmelsen har det formål, at det eksempelvis skal være muligt at fotografere en person i forbindelse med et interview, hvor der i baggrunden er ophavsretligt beskyttede plakater og malerier.<sup>108</sup>

Det kan udledes, at bestemmelsen har et materielt afgrænset anvendelsesområde, hvorfor der ikke er tale om et lovfæstet de minimis-princip, der har et generelt og bredt anvendelsesområde.

Det fremgår endvidere af forarbejderne til 2002-ophavsretsloven, at ophavsretslovens § 25 har hjemmel i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i.<sup>109</sup> Ophavsretslovens § 25 har følgende ordlyd:

*»Når fremførelse eller visning af et værk indgår i en dagsbegivenhed og denne gengives i film, radio eller fjernsyn, må værket medtages i det omfang, det sker som et naturligt led i gengivelsen af dagsbegivenheden«.*

Der er således tale om et udtryk for det generelle de minimis-princip, men her er princippet afgrænset til alene at angå dagsbegivenheder, samt at gengivelsen skal ske som et naturligt led i gengivelsen.

Når ophavsretslovens § 23, stk. 3, samt ophavsretslovens § 25 sammenholdes, er der stadig ikke tale om en fuldstændig implementering af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i. De to bestemmelser dækker alene et afgrænset anvendelsesområde, hvorfor det kan være relevant at vurdere, om et mere generelt de minimis-princip kan udledes fra et ulovbestemt grundlag.

#### 5.4.3. De minimis-princippet som et ulovbestemt retsprincip

I den juridiske litteratur, er det blevet fremført, at de minimis-princippet muligvis kan eksistere som et retsprincip, som kan finde anvendelse uden en hjemmel i infosoc-direktivet.<sup>110</sup> Eftersom infosoc-direktivet harmoniserer de ophavsretlige undtagelser, vil

---

<sup>108</sup> 1995-forslag, s. 32

<sup>109</sup> 2002-forslag, s. 311

<sup>110</sup> Stausholm, 2017, s. 131 & Linkis, 2017, s. 97ff

et sådan retsprincip, som altså fraviger infosoc-direktivet, skulle være et princip, som findes i den europæiske retstradition, se *afsnit 5.4.1. indledning*.

Spørgsmålet bliver herefter om EU-Domstolen vil finde, at de minimis-princippet er et fundamentalt retsprincip, som kan anses for at være en del af europæisk retstradition. Linkis anfører, at:

*»Men henset til den teknologiske udvikling, og EU-Domstolens generelle velvilje over for at supplere EU-retten med ulovbestemte grundlæggende principper og grundsætninger, når blot disse har en stærk europæisk forankring, og forudsat at deres endelige indhold forbeholdes at blive fastlagt af EU-Domstolen, synes det overvejende sandsynligt, at EU-Domstolen vil tillade sådanne nationale bagatelgrænser på trods af, at de ikke har eksplicit hjemmel i infosoc-direktivet«.<sup>111</sup>*

Der er dermed støtte i den juridisk litteratur for, at EU-Domstolen sandsynligvis vil finde, at de minimis-princippet er en del af europæisk retstradition og dermed tillade en national bagatelgrænse uden om infosoc-direktivet.

I dansk ret er spørgsmålet om et ulovbestemt de minimis-princip blevet behandlet ved Højesteret i sagen U.2019.1109H (Coop mod Würtz).

#### 5.4.3.1. U.2019.1109H (Coop mod Würtz)

Dommen U.2019.1109H (Coop mod Würtz) omhandlede, at Coop, i forbindelse med nogle af sine butikkers tilbudsaviser og varers emballage, havde bragt billeder, der indeholdt skåle og tallerkener, som Würtz besad ophavsretten til. Würtz stævnedes Coop med påstand om, at Coops billeder krænkede hans ophavsret.

Coop anførte som anbringende blandt andet, at *»gengivelsen [er] så begrænset, at den er berettiget i medfør af såvel en kutyme i dagligvarebranchen, ophavsretslovens § 23, stk. 3, og princippet heri, samt et ulovreguleret de minimisprincippet«<sup>112</sup>*. Coop anførte endvidere, som et argument for brugen af de minimis-princippet, at Würtz' produkter ikke var velkendte, samt at produkterne ikke har været genkendelige i Coops produktpræsentation.

---

<sup>111</sup> Linkis, 2017, s. 107

<sup>112</sup> U.2019.1109H, s. 28

Hertil fandt Højesteret, under overskriften »*undtagelse i kraft af en bagatelgrænse (et de minimis-princip)*«:

*»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 ophavsretskrænkelse«.*<sup>113</sup>

Højesteret fandt dermed, at et ulovbestemt de minimis-princip eksisterer i dansk ophavsretlig regulering, samt at princippet kan finde anvendelse i kommerciel og markedsføringsmæssig sammenhæng, såfremt der er tale om en så underordnet betydning, at der ikke vil være tale om en ophavsretlig krænkelse.

Når Højesteret alene anvender udtrykket »*underordnet betydning*«, som værende de minimis-princippet, er dette ikke identisk med den udlægning af de minimis-princippet som kan findes i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i, eller i den juridiske litteraturs fortolkning af de minimis-princippet. Begrebet strider dog ikke mod den bagvedliggende tankegang ved de minimis-princippet, da det netop er et princip om underordnet brug. Set i lyset af begrebernes fleksibilitet, må der formentligt ikke være nogen væsentlig forskel mellem Højesterets udlægning af de minimis-princippet overfor de minimis-princippet som det er udtrykt i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra i.

De minimis-princippet, som Højesteret fandt eksisterede, må dog fortolkes som at have et bredere og mere generelt anvendelsesområde i forhold til ophavsretslovens § 23, stk. 3 og ophavsretslovens § 25. Dette kan udledes af, at Højesteret alene anvender »*underordnet betydning*« som betingelse og dermed ikke materielt afgrænser princippet, samt at Højesteret vælger at behandle de minimis-princippet som et ulovbestemt princip, uden om ophavsretslovens bestemmelser.

Højesteret behandlede endvidere, hvordan det ulovbestemte princip skulle fortolkes:

*»En sådan ulovbestemt undtagelse til ophavsretten skal fortolkes restriktivt og må ikke påvirke den normale udnyttelse af værket på en skadelig måde og må ikke på*

---

<sup>113</sup> U.2019.1109H, s. 31



*en urimelig måde gøre indgreb i ophavsmandens interesser, jf. herved også artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (InfoSoc-direktivet)«.*

Her referer Højesteret til den førnævnte tretrinsetest, som blev behandlet i afsnit 5.2. *De lovfæstede undtagelser*. Det er værd at bemærke, at Højesteret finder, at der findes et ulovbestemt de minimis-princip, uden om infosoc-direktivet, men at Højesteret stadig anvender tretrinsetesten fra infosoc-direktivet.

Dette må ses i sammenhæng med at tretrinsetesten, som desuden kan findes i Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2, samt aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPS) artikel 13, med videre, er udtryk for et generelt fortolkningsprincip indenfor de ophavsretlige undtagelser. Højesteret har dermed fundet, at selv en ulovbestemt undtagelse skal respektere de fortolkningsprincipper, der fremgår af tretrinsetesten, som denne er udfærdiget i infosoc-direktivet.

Rosenmeier og Blomqvist anfører vedrørende dommens præjudikatværdi, at denne skal vurderes »*med en vis varsomhed*«. <sup>114</sup> Forfatterne begrunder denne opfattelse ved, at dommen ikke indeholder megen vejledning, hvis overhovedet nogen, om de minimis-doktrinen i tilfælde, hvor der foreligger en klar krænkelse.

Konkret i forhold til dommens resultat, mener Rosenmeier og Blomqvist, at der vedrørende gengivelsen af Würtz' service på emballage og i tilbudsaviser, hvorpå Højesteret netop anvender de minimis-princippet, slet ikke var tale om en faktisk ophavsretlig krænkelse. De to forfattere mener, at det samme resultat som Højesteret kommer frem til, kunne være nået allerede ved krænkelsevurderingen, uden behovet for at anvende en ophavsretlig undtagelse, hvorfor inddragelsen af nye ulovbestemte undtagelser således i virkeligheden var overflødig. <sup>115</sup>

Dette ændrer dog ikke på, at Højesteret har fundet, at et de minimis-princip eksisterer på et ulovbestemt grundlag i dansk ophavsret. At de minimis-princippet overhovedet blev fundet at eksistere, åbner muligheden for, at det kan anvendes i fremtidige sager. Som Rosenmeier og Blomqvist anfører, er der dog en usikkerhed i forhold til hvornår noget er af underordnet betydning, hvilket ikke kan udledes af U.2019.1109H (Coop mod Würtz).

---

<sup>114</sup> Rosenmeier og Blomqvist, 2021, s. 521

<sup>115</sup> Ibid.

Som førnævnt, vil EU-Domstolen formentligt ikke tilsidesætte et de minimis-princip, som findes på et ulovbestemt grundlag, se *afsnit 5.4.3. De minimis-princippet som et ulovbestemt retsprincip*. Derudover taler det for, at EU-Domstolen ikke vil tilsidesætte det danske princip, at Højesteret har anvendt tretrinsetest, som denne er affattet i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5. Dommen må derfor, selv ved en eventuelt udfordring ved EU-Domstolen, være udslag for gældende ret.

Det kan dermed konkluderes, at der udover ophavsretslovens § 23, stk. 3 og ophavsretslovens § 25, som hver især er udtryk for en del af det mere generelle de minimis-princip, eksisterer et de minimis-princip på et ulovbestemt grundlag efter U.2019.1109H (Coop mod Würtz), som har et mere generelt anvendelsesområde.

#### 5.4.4. De minimis-princippet i forhold til bearbejdelser

I specialet defineres bearbejdelser i afsnit 4.2. *Definition af bearbejdelse*. I forlængelse af denne definition, vil det blive gennemgået, hvilken rolle eksistensen af det ulovbestemte de minimis-princip spiller i forhold til ophavsretlige bearbejdelser.

Dette kan eksemplificeres ved situationen i den ovenfor gennemgåede dom U.2019.1109H (Coop mod Würtz). Dommens faktum er gennemgået ovenfor, hvorfor der udelukkende vil blive fokuseret på det, som har relevans for dette afsnit. Der tages udgangspunkt i dommens bilag 1.6-1.12.

Den første betingelse, er at det oprindelige materiale skal være et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. I forhold til første betingelse var sagens kerne Coops brug af keramik fra kunstneren Würtz, som Højesteret havde vurderet som værende ophavsretligt beskyttet, og således inden for anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1, hvorfor den første betingelse for bearbejdelser er opfyldt.

Den anden betingelse er, at der skal være en bearbejdelse, som i sig selv skal være et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. Dette er ikke en problemstilling som Højesteret behandlede. Dette skal formentligt ses i sammenhæng med, at det for sagens udfald ikke ville have en betydning om der er tale om en ophavsretlig bearbejdelse, eller en efterligning. Det er alene, hvis bearbejdelsen, Coops billeder med Würtz' service, bliver krænkede, at det vil have betydning om et af billederne kan karakteriseres som en bearbejdelse. Dette følger af, at både efterligninger, samt

bearbejdelser, kræver samtykke fra den oprindelige ophavsmand, jf. ophavsretslovens §§ 2 og 4, stk. 1.

Såfremt det forudsættes, at den anden betingelse er opfyldt, er det relevant at vurdere om den tredje betingelse er opfyldt. Den tredje betingelse er, at brugen af bearbejdelsen skal være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk. Det forudsættes i sagen, at Coops billeder er indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk, uden at Højesteret dog foretager nogen reel vurdering af selve krænkelsen. Den tredje betingelse må anses for værende opfyldt i den konkrete sag.

Såfremt der er tale om en bearbejdelse, har det ulovbestemte de minimis-princip en virkning på bearbejdelser på to måder.

For det første har de minimis-princippet betydning i retsforholdet mellem den oprindelige ophavsmand og bearbejderen. Hvis bearbejdelsen anvendes på en måde, hvor brugen af det oprindelige værk er af underordnet betydning, vil bearbejdelsen ikke krænke ophavsretten til det oprindelige værk. Dette kunne eksempelvis være hvor selve det som er bearbejdet, kun er en meget lille del af et større værk, hvor resten af værket er et selvstændigt værk. Det forudsættes her, at det vil være af underordnet betydning, hvis bearbejderen fremstillede eksemplarer af værket, hvori bearbejdelsen kun er en meget lille del. Det er i sådan en situation svært at adskille de minimis-princippet fra den almindelige krænkelsesvurdering i ophavsretslovens § 2, men det må her antages at de minimis-princippet har en betydning, der rækker udover den almindelige krænkelsesvurdering i ophavsretslovens § 2, eftersom Højesteret fandt at et ulovbestemt de minimis-princip eksisterede, fremfor at begrunde deres konklusion med, at der slet ikke var tale om en krænkelse. Det må derfor fastholdes, at bearbejderen derfor i princippet krænker den oprindelige ophavsmands enerettigheder, men at de minimis-princippet i sådan en situation vil føre til, at der alligevel ikke er tale om en krænkelse.

For det andet kan de minimis-princippet have en betydning for en som bruger bearbejdelsen. Hvis en som bruger det bearbejdede værk på en måde, hvor der er tale om en underordnet betydning, vil brugeren hverken krænke det bearbejdede værk, eller det oprindelige værk. Dette kunne eksempelvis være en situation, hvor Würtz' service var en ophavsretlig bearbejdelse i netop omtalte sag U.2019.1109H (Coop mod Würtz).

#### 5.4.5. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående konkluderes det således, at der i dansk ophavsretlig regulering eksisterer et delvist implementeret de minimis-princip i ophavsretslovens § 23, stk. 3 og ophavsretslovens § 25, se afsnit 5.3.2. *Infosoc-direktivets rolle i forhold til de minimis-princippet*. Derudover eksisterer der et mere generelt ulovbestemt de minimis-princip, hvilket kan udledes af ovenstående dom U.2019.1109H (Coop mod Würtz), se ovenstående afsnit 5.4.3.1. *U.2019.1109H (Coop mod Würtz)*.

Det ulovbestemte de minimis-princip ses at have et bredere anvendelsesområde end ophavsretslovens § 23, stk. 3 og ophavsretslovens § 25, eftersom det ulovbestemte de minimis-princip finder anvendelse, såfremt brugen er af underordnet betydning, hvorimod de lovfæstede bestemmelser alene finder anvendelse i materielt begrænsede tilfælde.

De minimis-princippet ses både at have en betydning for retsforholdet mellem den oprindelige ophavsmand, samt for retsforholdet til en som bruger bearbejdelsen, se afsnit 5.4.5. *De minimis-princippet i forhold til bearbejdelser*. I begge situationer kan de minimis-princippet medføre at et brug, der ellers ville kræve samtykke, kan finde sted uden samtykke.

#### 5.5. Parodier, karikaturer, pasticher, med videre

Det har været omdiskuteret, om der i dansk ophavsretlig regulering på ulovbestemt grundlag gælder, at parodier, karikaturer, pastiche, med videre, af et værk, kan medføre en undtagelse til de ophavsretlige enerettigheder.<sup>116</sup> Hvorvidt der konkret er tale om en parodi, karikatur, pastiche eller lignende ses ikke at have nogen større betydning, eftersom retsfølgerne er ens, uagtet hvilken kategori bearbejdelsen ifalder. Af samme grund vil de forskellige kategorier af efterlignende humor blive samlet behandlet som parodiundtagelsen. Der er tradition for denne terminologi i den juridiske litteratur, selvom parodiundtagelsen strengt taget ikke er begrænset til parodier.<sup>117</sup>

I den juridiske litteratur ses der ikke at være nogen fast definition for en parodi, hvor parodier også bliver sidestillet med karikaturer og pasticher<sup>118</sup> En parodi er efter den almindelige definition i Den Danske Ordbog en »*efterligning af en person eller et fænomen hvis mest karakteristiske træk man overdriver for at opnå en komisk eller satirisk effekt*«. <sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Linkis, 2017, s. 166ff & Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 218

<sup>117</sup> Linkis, 2017, s. 166

<sup>118</sup> Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 218 & Linkis, 2017, s. 166

<sup>119</sup> Den Danske Ordbog, 2022

Parodiundtagelsen har været antaget som en fast bestanddel i dansk ophavsret. Dette følger af forarbejderne til ophavsretsloven<sup>120</sup>, i den juridiske litteratur<sup>121</sup>, samt det har været behandlet i begrænset omfang i retspraksis, dog uden at princippet har været anvendt som begrundelse til at tillade brug af et ophavsretligt beskyttet værk, uden samtykke.<sup>122</sup>

I forarbejderne til 1961-loven fremgår det således, at *»det bør fremhæves, at bestemmelsen [ophavsretslovens § 3] ikke vil være til hinder for fremførelsen eller udgivelsen af parodier eller travestier, idet der for disses tilladelighed må siges at være fast tradition«*<sup>123</sup>.

Ved implementeringen af infosoc-direktivet i 2002 blev parodiundtagelsen relevant. Infosoc-direktivet indeholder i artikel 5, stk. 3, litra k en hjemmel, der muliggør implementering af en lovfæstet parodiundtagelse, idet ordlyden af bestemmelsen er som følgende:

*»hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche«*.<sup>124</sup>

I forarbejderne til 2002-ophavsretsloven, hvor man implementerede udvalgte bestemmelser fra infosoc-direktivet, blev artikel 5, stk. 3, litra k nævnt:

*»Art. 5, stk. 3, litra k, er en valgfri undtagelse om anvendelse af værker og andre frembringelser m.v. m.h.p. karikatur, parodi eller pastiche. En undtagelse af denne art findes ikke i den gældende lov, og hjemlen foreslås ikke udnyttet.«*<sup>125</sup>

Det er uklart, hvorfor artikel 5, stk. 3, litra k ikke blev foreslået udnyttet. Overordnet set kan der være to årsager til ikke at udnytte hjemlen. For det første kan lovgiver have

---

<sup>120</sup> Se Folketingstidende 1959/60 Tillæg A, spalte 2693, samt 2021-lovændringen: Lov nr. 205 af 26. marts 2021 om ændring af ophavsretsloven 2021-lovændringen, s. 23

<sup>121</sup> Se b.l.a. Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2021, s. 218; Mathiasen & Nielsen, 2019, s. 26ff & Schönning, 2021, s. 237

<sup>122</sup> Se herunder U.1993.183Ø (Pengesedler); U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard); U.2022.1502Ø (Berlingskesagen), s. 36 & Linkis, 2017, s. 181-210.

<sup>123</sup> 1959-60-lovforslag, spalte 2693, & 2020-lovforslag

<sup>124</sup> Infosoc-direktivet, art. 5(3)(k)

<sup>125</sup> 2002-lovforslag, s. 310

ønsket at tage afstand fra den ulovbestemte parodiundtagelse, som gjaldt i dansk ophavsret. For det andet kan lovgiver have anset en parodiundtagelse som allerede gældende på ulovbestemt grundlag, hvorved lovgiver mente, at der ikke var behov for en lovbestemt regulering.

Hvis lovgiver har anset parodiundtagelsen som fortsat gældende på ulovbestemt grundlag, må lovgiver have anset der for værende sket en ulovbestemt implementering. I modsat fald ville parodiundtagelsen bortfalde ved implementeringen af infosoc-direktivet, eftersom infosoc-direktivets liste over undtagelser er udtømmende, se afsnit 5.3.1.1. *Undtagelser indenfor infosoc-direktivet*. Enhver ulovbestemt undtagelse, som ikke blev implementeret ved infosoc-direktivet, må derfor være bortfaldet, medmindre der er tale om et retsprincip eller en retsgrundsætning, idet en sådan undtagelse kan gælde helt udenom infosoc-direktivets udtømmende liste, som det eksempelvis formentligt er tilfældet ved de minimis-princippet, hvilket er gennemgået i afsnit 5.4. *De minimis-princippet*.

Det vil sige, at der skulle være sket en implementering af EU-retten, uden at EU-retten blev kodificeret ved lov. Dette er en mulighed, eftersom det er medlemsstaterne, der selv vælger, hvordan EU-direktiver bedst kan implementeres i den enkelte medlemsstats lovgivning. Hertil har EU-Domstolen dog opstillet særlige krav til en sådan ulovbestemt implementering af EU-retlig regulering, se afsnit 5.3.1.1. *Undtagelser indenfor infosoc-direktivet*.

Det følger af ovenstående afsnit 5.3.1.1. *Undtagelser indenfor infosoc-direktivet*, at en ulovbestemt implementering skal overholde tre betingelser, som er udtryk for det EU-Domstolen omtaler som retssikkerhedsprincippet.

For det første skal en implementering ske ved »*udstedelsen af utvivlsomt bindende regler*«. Her vil EU-Domstolen formentlig finde, at eftersom parodiundtagelsen alene har været behandlet i forarbejderne til ophavsretsloven, i den juridiske litteratur, samt i begrænset omfang i retspraksis, at denne betingelse ikke er opfyldt, eftersom der ikke er tale om utvivlsomt bindende regler. For det andet skal de implementerede bestemmelser være »*tilstrækkeligt specifikke, bestemte og klare*«. Her vil EU-Domstolen ligeledes formentligt finde, at parodiundtagelsen ikke er hverken specifik, bestemt eller klar, eftersom der ikke har været retskilder, som har kunne afgrænse begrebet i tilstrækkeligt grad. For det tredje skal implementeringen undergives en »*passende offentliggørelse*«. Her støder eksistensgrundlaget for den nuværende parodiundtagelse igen mod EU-Domstolens praksis, eftersom der formentligt ikke er den tilstrækkelige passende offentliggørelse.

Overvejende må det konkluderes, at det er usandsynligt, at EU-Domstolen vil finde, at parodiundtagelsen er blevet ulovbestemt implementeret.<sup>126</sup> Parodiundtagelsens eksistensgrundlag bliver yderligere behandlet i nedenstående afsnit 5.5.1. *Landsrettens seneste udtalelser om parodiundtagelsen (Berlingske-sagen)*.

Lovgiver har formentligt haft en antagelse om, at princippet blev implementeret korrekt, eftersom det fremgår af 2021-forarbejderne, at »de i artikel 17, stk. 7, litra b, oplistede undtagelser henviser til artikel 5, stk. 3, litra k, i Infosoc-direktivet - dvs. brug af karikaturer, parodier eller pastiche. Disse undtagelser til ophavsretten finder anvendelse i dansk ret, selvom ophavsretsloven ikke indeholder en udtrykkelig angivelse af dette«. <sup>127</sup>

### 5.5.1. Landsrettens seneste udtalelser om parodiundtagelsen i U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen)

Spørgsmålet om hvorvidt parodiundtagelsen er blevet korrekt implementeret, er blevet behandlet ved domstolene i U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen).

#### 5.5.1.1. Parodiundtagelsen i forhold til ophavsretslovens § 2

Vedrørende spørgsmålet om forståelsen af 2002-forarbejderne fandt landsretten:

*»De ovenfor citerede forarbejder til ændringsloven må i den forbindelse forstås således, at lovgiver fravalgte at indføre en sådan undtagelse til ophavsmandens beskyttelse efter lovens § 2.«<sup>128</sup>*

Uden at komme nærmere ind på denne forståelse af de pågældende forarbejder, har landsretten ved denne vurdering, taget afstand fra eksistensen af en generel parodiundtagelse i dansk ophavsretlig regulering, i hvert fald i forhold til ophavsretslovens § 2, vedrørende de økonomiske enerettigheder. Landsretten nævner til 2021-forarbejderne, hvor parodiundtagelsen blev antaget som gældende, at »det synes herved at bero på en misforståelse«.

Det kan derfor konkluderes, at en parodiundtagelse til ophavsretslovens § 2 ikke kan siges at eksistere i dansk ophavsret.

---

<sup>126</sup> Linkis, 2017, s. 215

<sup>127</sup> 2021-forslag, s. 23

<sup>128</sup> U.2022.1502Ø, s. 36

#### 5.5.1.2. Parodiundtagelsen i forhold til ophavsretslovens § 3, stk. 2 (respektretten)

I forhold til en parodiundtagelse til ophavsretslovens § 3, stk. 2, vedrørende respektretten, finder landsretten, at det er usikkert, hvorvidt sådan en undtagelse er gældende, men at *»for så vidt som en sådan er bibeholdt, anses [den] for at have [et] særdeles snævert anvendelsesområde«*.<sup>129</sup>

Det er retsdogmatisk interessant, at landsretten vælger at anvende formuleringen *»for så vidt som en sådan er bibeholdt«*, eftersom dette implicerer, at det er uklart om en undtagelse til ophavsretslovens § 3, stk. 2 overhovedet eksisterer. Hvorvidt en sådan ulovbestemt undtagelse eksisterer er i sidste ende en beslutning som landsretten selv kan og må foretage, eftersom der for nuværende ikke foreligger en klar retstilstand herom, hvorfor det er interessant at landsretten ikke tydeligt bekræfter eller afkræfter, hvorvidt en sådan begrænset ulovbestemt parodiundtagelse eksisterer.

Dommen har således ikke givet et klart svar, hvorfor retstilstanden på dette område ej heller er blevet tydeligere, hvilket til stadighed medfører en lavere grad af retssikkerhed i forhold til fremtidige sager på dette område.

På trods af, at landsretten ikke bekræfter om en parodiundtagelse vedrørende ophavsretslovens § 3, stk. 2 eksisterer, behandler landsretten alligevel en sådan parodiundtagelses anvendelsesområde, såfremt en sådan måtte eksistere.

Det har været omdiskuteret i den juridiske litteratur, om en parodiundtagelse alene må være gældende for parodier af det oprindelige værk, eller om en parodi også kan rettes mod et andet værk, ved brug af materiale fra et tredje værk. Til dette spørgsmål udtalte landsretten følgende:

*»Undtagelsen [til ophavsretslovens § 3, stk. 2] kan herunder ikke antages at omfatte mere end de i lovmotiverne angivne parodier og traverstier - hvorunder også må falde karikaturer - og må endvidere anses for begrænset til at angå parodi mv. på selve det ophavsretligt beskyttede værk. Den omstændighed, at der i dele af den juridiske litteratur er anlagt en langt videre forståelse af undtagelsen, som litteraturen i øvrigt har udlagt og begrundet meget forskelligt, kan ikke føre til en anden forståelse.«*<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> U.2022.1502Ø, s. 37

<sup>130</sup> U.2022.1502Ø, s. 37



Landsretten fandt således, at parodiundtagelsen alene kan finde anvendelse på en parodi af selve det ophavsretligt beskyttede værk. Landsretten forklarede uddybende om den konkrete sag, at Berlingske benyttede karikaturen som et symbol på »*Ondskaben i Danmark*«, og således ikke noget, der var rettet specifikt mod det oprindelige og ophavsretligt beskyttede værk, Den Lille Havfrue, hvorfor karikaturen gik udover undtagelsens anvendelsesområde, idet baggrunden for at benytte karikaturen af Den Lille Havfrue intet havde med værket, Den Lille Havfrue, at gøre.<sup>131</sup>

#### 5.5.1.3. Kritik af afgørelsen blandt ophavsretlige forfattere

Landsrettens afgørelse, samt den begrundelse landsretten lagde til grund, er sidenhen blevet kritiseret i den juridiske litteratur. I en skrivelse fra den 23. februar 2022 anbefaler otte ophavsretlige forfattere, at sagen bør indbringes for Højesteret.<sup>132</sup> Der er sidenhen blevet ansøgt om appeltilladelse, med henblik på at indbringe sagen for Højesteret.

I modsætning til landsretten mener disse juridiske forfattere, vedrørende parodiundtagelsen, at:

*»Princippet allerede gjaldt på ulovbestemt grundlag, sådan så der ikke var grund til at bruge tid på at lovfæste det. I overensstemmelse hermed har det også siden dengang været fast antaget i ophavsretslitteraturen, at der gælder et parodiprincip. En tilsvarende tolkning findes i forarbejderne til den lov nr. 1121 af 04/06/2021, der indførte § 52 c, jf. lovforslag L205 af 26.03.2001, bemærkningerne til nr. 14. Kulturministeriet forklarer her, at der allerede nu gælder en generel parodiregel ad modum infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra k, i dansk ret, selvom loven ikke indeholder en udtrykkelig angivelse af det«.*<sup>133</sup>

At adskillige ophavsretlige forfattere er uenige i det grundlag landsretten traf deres afgørelse på, ændrer dog ikke ved, at landsrettens afgørelse er gældende retspraksis på området. Landsrettens afgørelse må endvidere ses i lyset af EU-Domstolens strenge praksis vedrørende ulovbestemte implementeringer af EU-direktiver.

Forfatterne rejser endvidere spørgsmålet om »der bør gælde en retstilstand, hvor det er lovligt at offentliggøre parodier o.l. på sociale medier, jf. ophavsretslovens § 52 c, stk. 10, men i strid med § 2 at bringe dem andre steder, herunder i aviser. Denne retstilstand vil

---

<sup>131</sup> U.2022.1502Ø, s. 37.

<sup>132</sup> Morten Rosenmeier, Jørgen Blomqvist, m.fl., 2022

<sup>133</sup> Morten Rosenmeier, Jørgen Blomqvist, m.fl., 2022, s. 2

*bevirke, at private brugere af sociale medier får en humoristisk ytringsfrihed, der går videre end den, der tilkommer den journalistiske presse».*<sup>134</sup>

Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 vil blive behandlet i nedenstående afsnit 5.6. *Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10*. Selvom forfatterne rejser et spørgsmål af principiel karakter, vil en ændring af retstilstanden formentligt alene ske ved, at der skal foretages en lovændring, og ikke at Højesteret skal omgøre landsrettens afgørelse, særligt set i lyset af EU-Domstolens strenge krav til ulovbestemte implementeringer.

### 5.5.2. Parodiundtagelsens betydning for bearbejdelser

Det kan udledes af de ovenstående afsnit, at parodiundtagelsen alene kan finde anvendelse, hvis der er tale om en krænkelse af ophavsretslovens § 3, stk. 2 (respektretten).

Det vil sige, at det alene er en bearbejdelse, som krænker respektretten til det oprindelige værk, hvor parodiundtagelsen kan finde anvendelse. Det har den betydning, at en bearbejdelse, som samtidigt kan karakteriseres som en parodi, vil skulle have samtykke til at bruge det oprindelige værk i strid med de økonomiske rettigheder i ophavsretslovens § 2. Parodiundtagelsen ses derved at have et snævert anvendelsesområde, herunder også i forbindelse med bearbejdelser.

I den situation hvor bearbejdelsen krænker respektretten til et oprindeligt værk, vil det dog være relevant at gennemgå de betingelser, som kan udledes af ovenstående U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen), se nedenstående afsnit 5.5.3. *Delkonklusion om parodiundtagelsen*.

### 5.5.3. Delkonklusion om parodiundtagelsen

Overvejende kan det konkluderes, at landsretten fandt, at der for ophavsretslovens § 2 ikke kan gøres en parodiundtagelse gældende, samt at der for ophavsretsloven § 3, stk. 2, muligvis findes en begrænset undtagelse til at skabe parodier. Landsretten finder, at denne parodiundtagelse til ophavsretslovens § 3, stk. 2 må have et særdeles begrænset anvendelsesområde, uden dog at beskrive nærmere, hvordan det skal fortolkes, at anvendelsesområdet er »*særdeles snævert*«.

Som nævnt ovenfor, ville det formentligt være uforeneligt med EU-Domstolens praksis på området, at finde, at en sådan ulovbestemt parodiundtagelse skulle eksistere på det foreliggende grundlag. Indtil sagen eventuelt bliver behandlet ved Højesteret, må

---

<sup>134</sup> Morten Rosenmeier, Jørgen Blomqvist, m.fl., 2022, s. 3

gældende ret vedrørende parodiundtagelsen således kunne opsummeres som følgende nedenfor.

En parodi kan alene anses for en lovlig krænkelse af ophavsretten, hvis parodien opfylder følgende tre kumulative betingelser: For det første skal det værk, der anvendes være genstand for parodien. En parodi kan således ikke være omfattet af parodiundtagelsen, hvis den anvender et originalt værk til at karikere et andet værk. For det andet, skal krænkelsen alene bestå i en krænkelse af ophavsretslovens § 3, stk. 2 (respektretten). Parodiundtagelsen finder således ikke anvendelse, hvis den eksempelvis krænker eksemplarfremstillingsretten i ophavsretslovens § 2. For det tredje, skal værket kunne antages at være en parodi eller travesti, herunder også en karikatur.

Hertil kommer, at selv hvis de tre ovenstående betingelser er opfyldt, er det tvivlsomt, om domstolene vil finde at situationen er omfattet af en parodiundtagelse, eftersom landsretten ikke tog tydeligt stilling til, om en sådan parodiundtagelse overhovedet eksisterer i henhold til dansk ophavsret.

Eftersom parodiundtagelsen alene finder anvendelse ophavsretslovens § 3, stk. 2, har parodiundtagelsen kun relevans for bearbejdelser, når disse krænker denne bestemmelse, jf. ovenstående afsnit 5.5.2. *Parodiundtagelsens betydning for bearbejdelser.*

## 5.6. Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10

Nærværende afsnit vil analysere parodiundtagelsen i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10, der er en implementering af DSM-direktivets artikel 17, stk. 7, litra b. Der vil først foretages en analyse af bestemmelsens materielle indhold, se afsnit 5.6.1. *Det materielle indhold*, herefter vil begrænsningerne i forhold til bestemmelsen vurderes, se afsnit 5.6.2. *Begrænsninger for undtagelsen*, og afslutningsvist vil der blive foretaget en analyse af bestemmelsens betydning for bearbejdelser, se afsnit 5.6.3 *Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 i forhold til bearbejdelser.*

Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 har følgende ordlyd:

*»Brugere af onlineindholdsdelingstjenester må uploade og stille brugergenereret indhold, der indeholder værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65 - 71, til rådighed på onlineindholdsdelingstjenesterne, når dette sker med henblik på karikatur, parodi eller pastiche«.*

Bestemmelsen er en implementering af DSM-direktivets artikel 17, stk. 7, litra b. Artiklen har følgende ordlyd:

*»Medlemsstaterne sikrer, at brugere i hver medlemsstat kan henholde sig til enhver af følgende eksisterende undtagelser eller indskrænkninger, når de uploader og stiller indhold, der genereres af brugerne, til rådighed på onlineindholdsde-lingstjenester:*

*b) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche«.*

### 5.6.1. Det materielle indhold

Det følger af ophavsretslovens § 52 c, stk. 10's ordlyd, at tre kumulative betingelser skal være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse. For det første foreligger der et krav om, at der skal være tale om en platform, som kan karakteriseres som værende en onlineindholdsdelingstjeneste. For det andet foreligger der et krav om, at værkerne skal være beskyttet efter reglerne i ophavsretslovens §§ 65-71. For det tredje foreligger der et krav om, at benyttelsen skal være med henblik på karikatur, parodi eller pastiche.

Bestemmelsen skal endvidere overholde de betingelser, som følger af ophavsretslovens § 11, se afsnit 5.2. *De lovfæstede undtagelser.*

#### 5.6.1.1. Onlineindholdsdelingstjeneste

Den første af de tre kumulative betingelser er, at der skal være tale om en platform i form af en onlineindholdsdelingstjeneste. Begrebet onlineindholdsdelingstjeneste er defineret i ophavsretslovens § 52 c, stk. 1, med følgende ordlyd:

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

Af den ovenstående legaldefintion kan det udledes, at en onlineindholdsdelingstjeneste er en udbyder af en informationssamfundstjeneste. En informationssamfundstjeneste er defineret i direktiv 2015/1535:

*»En informationssamfundstjeneste er enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles<sup>135</sup> ad elektronisk vej<sup>136</sup> på individuel anmodning fra en tjenestemodtager<sup>137</sup>«.*

På baggrund af ovenstående definition kan det udledes, at det ikke er alle informationssamfundstjenester, der opfylder kravene til at være en onlineindholdsdelingstjeneste i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10's forstand. Der er to kumulative betingelser, som skal være opfyldt.

For det første skal informationssamfundstjenesten have som hovedformål eller et af sine hovedformål, at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde værker eller frembringelser, der ophavsretligt er beskyttet efter ophavsretslovens §§ 65-71 og som uploades af dens brugere.

For det andet skal informationssamfundstjenesten organisere og promovere det uploadede indhold med det formål at opnå direkte eller indirekte profit.

I forlængelse af forståelsen af begrebet onlineindholdsdelingstjenester henviser 2021-forarbejderne til implementeringen af DSM-direktivet til en opstilling, der fremgår af DSM-direktivets artikel 2, stk. 6, 2. afsnit og præambelbetragtning nr. 62.<sup>138</sup> Formålet hermed er at opliste en række tilfælde, der ikke betragtes som onlineindholdsdelingstjenester omfattet af ophavsretslovens § 52 c, stk. 10, idet de ikke opfylder kriterierne herfor. Eksempelvis hvis de ikke handler med det formål at opnå direkte eller indirekte profit, eller fordi de ikke organiserer eller promoverer materiale, der uploades til tjenesten.<sup>139</sup> Listen er som følgende:

*»ikkeprofitbaserede onlineencyklopædier, ikkeprofitbaserede, uddannelsesrelaterede og videnskabelige databanker, platforme til udvikling af open source software og open source-delingsplatforme, udbydere af elektroniske*

---

<sup>135</sup>»teleformidling«: at en tjeneste ydes, uden at parterne er til stede samtidig, jf. direktiv (EU) 2015/1535, art. 1, stk. 1, litra b (i).

<sup>136</sup> »ad elektronisk vej«: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler, jf. direktiv (EU) 2015/1535, art. 1, litra b (ii)

<sup>137</sup> »på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«: at en tjeneste ydes ved transmission af data på individuel anmodning., jf. EU-direktiv 2015/1535, art. 1, litra b (iii)

<sup>138</sup> 2021-lovforslag, s. 19

<sup>139</sup> Ibid.

*kommunikationstjenester som defineret i direktiv (EU) 2018/1972, onlinemarkedspladser og virksomhed til virksomhed-cloudtjenester samt cloudtjenester, som gør det muligt for brugere at uploade indhold til egen personlig brug, cyberlockers, eller onlinemarkedspladser, hvis hovedaktivitet er onlinedetailhandel. Det samme gælder pirattjenester.«*

Det bemærkes, at opstillingen ikke er udtømmende.<sup>140</sup>

#### 5.6.1.2. Det omfattede materiale

Den anden kumulative betingelse vedrører hvilken type materiale bestemmelsen finder anvendelse på. Materialet skal enten være et værk, eller en frembringelse efter ophavsretslovens §§ 65-71.

Ophavsretslovens §§ 65-71 betegnes samlet som naborettighederne. Ophavsretslovens § 65 handler om værksfremførelse, § 66 handler om lydoptagelse, § 67 handler om billedoptagelse, § 68 handler om vederlag for brug af lydoptager i radio og fjernsyn m.v., § 69 handler om radio- og tv-foretagenders signalret, § 69 a handler om udgivere af pressepublikationer, § 70 handler om fotografiske billeder og § 71 handler om kataloger, tabel, database eller lignende.

#### 5.6.1.3. Karikatur, parodi eller pastiche

Den tredje kumulative betingelse vedrører, at benyttelsen af det ophavsretligt beskyttede værk skal være med henblik på karikatur, parodi eller pastiche.

##### 5.6.1.3.a. Definition af parodi-begrebet

Parodi-begrebet er EU-harmoniseret i infosoc-direktivet artikel 5, stk. 3, litra k. Begrebet blev defineret i dommen C-201/13, (Deckmyn).

EU-Domstolen udtalte i præmis 36, 1. punkt, »1) [Artikel 5, stk. 3, litra k] skal fortolkes således, at begrebet »parodi« [...] udgør et selvstændigt EU-retligt begreb«.

Endvidere udtalte EU-Domstolen i præmis 36, 2. punkt,

*»2) [artikel 5, stk. 3, litra k] skal fortolkes således, at en parodi som væsentligste kendetegn dels skal vække forestilling om et eksisterende værk, samtidig med at den*

---

<sup>140</sup> Ibid.

*skal udvise synlige forskelle i forhold til dette, dels skal være et udtryk for humor eller en latterliggørelse. Begrebet »parodi« i denne bestemmelses forstand er ikke underlagt betingelser om, at en parodi skal have sin egen originale karakter ud over at præsentere synlige forskelle i forhold til det parodierede originalværk, med rimelighed skal kunne tilskrives en anden person end ophavsmanden til selve originalværket, skal ramme selve originalværket eller skal angive kilden til det parodierede værk«.*

Under punkt 2 i dommens præmis 36 definerer EU-Domstolen således hvad dette selvstændige EU-retslige begreb indeholder. EU-Domstolen udtaler hertil, at bestemmelsen skal fortolkes således, at en parodi som det væsentligste kendetegn skal vække forestilling om et eksisterende værk, samtidig med, at parodien skal udvise synlige forskelle i forhold til det oprindelige værk, samt parodien skal være et udtryk for humor og latterliggørelse.

Endvidere udtaler EU-Domstolen, at begrebet i infosoc-direktivets forstand ikke er underlagt betingelser om, 1) at parodien skal have sin egen originale karakter, ud over at parodien skal fremføre synlige forskelle sammenholdt med det oprindelige værk, 2) at parodien med rimelighed skal kunne tilskrives en anden person end ophavsmanden til det oprindelige værk, 3) at parodien skal ramme det oprindelige værk, eller 4) at parodien skal angive kilden til det oprindelige værk.<sup>141</sup>

Når EU-Domstolen udtaler, at parodien ikke skal have sin egen originale karakter, medfører dette at der er en kategori af parodier, som ikke er omfattet af begrebet bearbejdelse, eftersom dette forudsætter, at bearbejdelsen er original, se afsnit 4.2.4. *Opsummeringen af definitionen på bearbejdelser.*

I den sidste del af punkt 2 i dommens præmis 36 giver EU-Domstolen en vejledning til, hvordan bestemmelsen skal fortolkes i en konkret situation, herunder hvilke hensyn, der skal indgå i vurderingen:

*»Anvendelsen i en konkret situation af undtagelsen i [artikel 5, stk. 3, litra k] skal dog respektere en rimelig balance mellem på den ene side interesserne og rettighederne for de personer, der er omhandlet i dette direktivs artikel 2 og 3, og på*

---

<sup>141</sup> C-201/13, Deckmyn, præmis 36

*den anden side ytringsfriheden for brugeren af et beskyttet værk, der påberåber sig undtagelsen for parodi som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k.*

*Det tilkommer den forelæggende ret under hensyntagen til alle omstændighederne i tvisten i hovedsagen at vurdere, om anvendelsen af undtagelsen for parodi som omhandlet i [artikel 5, stk. 3, litra k], respekterer denne rimelige balance.«*

I sidste del af punkt 2 i dommens præmis 36 vejleder EU-Domstolen således i forhold til anvendelse af bestemmelsen, herunder at der skal respekteres en rimelig balance mellem interesserne og rettighederne for de personer, der er omhandlet i direktivets artikel 2 og 3, og på den anden side ytringsfriheden for den bruger, der benytter et beskyttet værk i forbindelse med at lave en parodi, som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k.

Slutteligt specificerer EU-Domstolen, at det tilkommer den forelæggende ret at vurdere, om parodiundtagelsen respekterer denne rimelige balance.

På baggrund af dommen C-201/13 (Deckmyn) har EU-Domstolen således defineret parodi-begrebet i EU-rettens forstand, hvorefter der er tale om et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal benyttes ved anvendelse af ophavsretslovens § 52 c, stk. 10.

#### 5.6.1.3.a. Tretrinstesten

Når der skal foretages den konkrete vurdering om, hvorledes der foreligger karikatur, parodi eller pastiche, skal der blandt overvejelserne tages højde for tretrinstesten. Denne tretrinstest eksisterer i henhold til infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5, se afsnit 5.3.1.1 *Undtagelse indenfor infosoc-direktivet*.

#### 5.6.2. Ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 i forhold til bearbejdelser

Betydningen af parodiundtagelsen i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 i forhold til ophavsretlige bearbejdelser vil blive gennemgået i dette afsnit ved følgende eksempel.

En person B har lavet en film, der er beskyttet efter ophavsretslovens § 1. Det følger således af denne bestemmelse, at B's billedoptagelse ikke må eftergøres eller gøres tilgængelig for almenheden før udløbet af en årrække uden B's samtykke.

En person A er bruger af en onlineindholdsdelingstjeneste i form af YouTube, og bearbejder B's film til at lave en parodi.



Det er gennemgået i afsnit 4.2 *Definition af bearbejdelse*, at der foreligger tre kumulative betingelser for, at der er tale om en bearbejdelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 1. For det første skal det oprindelige værk være indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. For det andet skal der ske en bearbejdelse, som i sig selv er indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. For det tredje skal brugen af det bearbejdede værk være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk. I henhold til den EU-retslige definition af parodi-begrebet, der gennemgås i afsnit 5.6.1.3a. *Definition af parodi-begrebet*, foreligger der ikke et originalitetskrav heri, hvorfor der kan være tale om en situation, hvor betingelserne for en parodi i § 52 c, stk. 10's forstand er opfyldt, men ikke betingelserne for en bearbejdelse i dette speciales forstand. I forlængelse heraf bemærkes det i relation til eksemplet, at A's parodi antages at opfylde de tre kumulative betingelser, herunder originalitetskravet, hvorfor parodien også er en bearbejdelse i dette speciales forstand.

Som følge heraf opnår A en ophavsretlig beskyttelse til bearbejdelsen af B's værk, men A kan ikke råde over det på en måde, som strider mod ophavsretten til det oprindelige værk, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 1. Det kræves således, at A skal have samtykke fra B, såfremt han ønsker at uploade parodien til onlineindholdsdelingstjenesten YouTube, da der både vil være tale om en krænkelse af eksemplar fremstillingsretten og tilgængeliggørelsesretten.

Efter at A har foretaget bearbejdelsen, beslutter han sig dog for at uploade den til onlineindholdsdelingstjenesten YouTube uden samtykke fra B.

Dette upload vil ikke være tilladeligt i henhold til ophavsretslovens § 4, stk. 1, hvorfor der umiddelbart er tale om en krænkelse af B's ophavsretlige beskyttelse.

Det er imidlertid her parodiundtagelsen i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 bliver relevant i forhold til ophavsretlige bearbejdelser.

Som det er gennemgået ovenfor, finder parodiundtagelsen i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 anvendelse, når en bruger af en onlineindholdsdelingstjeneste uploader brugergenereret indhold, der indeholder værker og frembringelser, som er beskyttet

efter §§ 65 - 71, med henblik på karikatur, parodi eller pastiche. I forlængelse af førnævnte eksempel er A bruger af onlineindholdsdelingstjenesten YouTube, A uploader en brugergeneret frembringelse, der er beskyttet efter ophavsretslovens § 1, og uploadet sker med henblik på parodi af den oprindelige frembringelse. Betingelserne for anvendelse af ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 er således opfyldt.

Resultatet heraf bliver, at det er tilladt for A at uploade sin bearbejdelse uden samtykke fra B.

I forhold til bearbejdelser har den lovfæstede parodiundtagelse i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 således medført, at såfremt betingelserne for både bearbejdelser og parodier er opfyldt, sker der en udvidelse af, hvordan bearbejderen kan tillade sig at råde over det bearbejdede værk, idet der ikke kræves samtykke fra ophavsmanden bag det oprindelige værk, jf. ophavsretslovens § 52 c, stk. 10.

### 5.6.3. Delkonklusion til ophavsretslovens § 52 c, stk. 10

Formålet med ovenstående afsnit var at undersøge, hvilken betydning parodiundtagelsen i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 har i forhold til ophavsretlige bearbejdelser.

Anvendelse af parodiundtagelsen kræver at tre kumulative betingelser er opfyldt. For det første skal der være tale om en platform i form af en onlineindholdsdelingstjeneste. For det andet skal der være tale om et værk eller en frembringelse, der er beskyttet efter reglerne i ophavsretslovens §§ 65-71. For det tredje skal benyttelsen være med henblik på karikatur, parodi eller pastiche.

I relation til ophavsretlige bearbejdelser kan disse betingelser være opfyldt på samme tid, som betingelserne for en ophavsretlig bearbejdelse efter dette speciales forstand.

I den situation, hvor begge sæt af betingelser er opfyldt, sker der en udvidelse af den ret som en ophavsmand normalt ville have til sin bearbejdelse. Normalt vil det kræve at ophavsmanden til det bearbejdede værk skal have samtykke fra ophavsmanden til det oprindelige værk, såfremt han ønsker at råde over bearbejdelsen. Parodiundtagelsen udvider råderummet for bearbejderen således, at ophavsmanden til det bearbejdede værk nu vil kunne råde over værket uden samtykke fra ophavsmanden til det oprindelige værk, såfremt betingelserne er opfyldt.

På baggrund af ovenstående kan det således konkluderes, at parodiundtagelsen i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10 medfører en udvidelse af råderummet for ophavsmænd til bearbejdede værker, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.

## 5.7. Ytringsfriheden

Nærværende afsnit vil analysere den materielle beskyttelse af ytringsfriheden som følger af Grundlovens § 77 og EMRK artikel 10, se afsnit 5.7.1. *Det materielle indhold*, hvorefter det vil analyseres, hvornår et indgreb i ytringsfriheden er lovligt, se afsnit 5.7.2. *Indgreb i ytringsfriheden*. Afslutningsvist vil der blive foretaget analyser af retsafgørelser, hvor ytringsfriheden kolliderer med ophavsretten, se afsnit 5.7.3. *Kollisionssager ved EMD* og 5.7.4. *National retspraksis*.

De førnævnte bestemmelser har følgende ordlyd:

Grundlovens § 77:

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

EMRK art. 10:

*»1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at give eller modtage beskeder eller tanker, uden indblanding fra offentlige 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 bevilling.*

*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 udspredelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed.«*

### 5.7.1. Det materielle indhold

Beskyttelsens materielle indhold vil for overblikkets skyld opdeles i underafsnit. Først vil den beskyttede personkreds undersøges, dernæst vil begrebet ytring blive analyseret.

Menneskerettigheder kan inddeles i to kategorier: De personlige frihedsrettigheder og de politiske frihedsrettigheder. Ytringsfriheden er en politisk frihedsrettighed, da den både er et værn mod indgreb over for borgerne, samt en nødvendighed for den demokratiske styreform.<sup>142</sup>

Ytringsfriheden kan ligeledes opdeles i to kategorier: Den formelle ytringsfrihed og den materielle ytringsfrihed. Den formelle ytringsfrihed omfatter et værn mod forudgående censur af borgerens ytring. Den materielle ytringsfrihed omfatter et værn mod, at borgeren kan blive mødt af efterfølgende sanktioner på baggrund af borgerens ytring.<sup>143</sup> Den formelle ytringsfrihed sikrer dermed ytringens offentliggørelse, mens den materielle ytringsfrihed beskytter mod et efterfølgende ansvar.

#### 5.7.1.1. Den beskyttede personkreds

Retten til ytringsfrihed gælder enhver. Omfattet af beskyttelsen er således både fysiske og juridiske personer.<sup>144</sup>

#### 5.7.1.2. Begrebet ytring

For at fastslå beskyttelsens omfang, skal det undersøges, hvilken udstrækning begrebet ytring har. Den leksikalske betydning af begrebet er »skriftlig eller mundtlig tilkendegivelse hvor der gives udtryk for en mening, en opfattelse el.lign.«<sup>145</sup> Det bliver af Lorenzen m.fl. gjort gældende, at den leksikalske fortolkning af beskyttelse kan variere afhængig af sproget: »Det engelske begreb »expression« omfatter formentligt sprogligt et videre område end det danske og norske »ytring««. <sup>146</sup>

Det er EMD der fortolker EMRK, hvorfor det er EMD's definition af en ytring der skal lægges til grund, i en sag om EMRK.<sup>147</sup> I sagen Müller og andre mod Schweiz, sagsnummer 10737/84, udtalte EMD: »The applicants indisputably exercised their right to freedom of expression - the first applicant by painting«.<sup>148</sup> Det kan på den baggrund konkluderes, at kunstneriske værker er omfattet af begrebet ytring og dermed omfattet af beskyttelsen.

---

<sup>142</sup> Christensen, Jensen & Jensen, 2016, s. 277

<sup>143</sup> Ibid., s. 341.

<sup>144</sup> Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen & Vedsted-Hansen, 2003, s. 450.

<sup>145</sup> Den Danske Ordbog, 2022

<sup>146</sup> Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen & Vedsted-Hansen, 2003, s. 451.

<sup>147</sup> Rytter, 2016, s. 79

<sup>148</sup> Müller og andre mod Schweiz, præmis 27.

### 5.7.2. Indgreb i ytringsfriheden

Det følger af EMRK artikel 10, stk. 2, at det under særlige betingelser kan være legitimt at foretage et indgreb i ytringsfriheden. Betingelserne for, at et indgreb er lovligt, er, at indgrebet skal være foreskrevet ved lov (legalitetskravet), at indgrebet skal varetage ét eller flere af de opregnede hensyn (legitim interesse), og at indgrebet skal være nødvendigt i et demokratisk samfund. Betingelserne er kumulative.

#### 5.7.2.1. Legalitetskravet

Kravet om legalitet indeholder tre krav: Indgrebet skal have grundlag eller hjemmel i national ret, et krav om tilgængelighed og et krav om forudsigelighed.<sup>149</sup> I en sag hvor ophavsretten vurderes mod ytringsfriheden, vil de bestemmelser som kan siges at være i strid med ytringsfriheden, herunder enerettighederne, opfylde det fornødne legalitetskrav.

#### 5.7.2.2. Legitim interesse

De legitime interesser, som kan danne grundlag for et indgreb i ytringsfriheden, følger direkte af artikel 10, stk. 2: *»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 udspredelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed«.*

#### 5.7.2.3. Nødvendigt i et demokratisk samfund

Nødvendighedskravet er anført af Lorenzen m.fl. som værende: *»det i praksis væsentligste moment«.*<sup>150</sup> Det følger af sagen Handyside mod Storbritannien, sagsnummer 5493/72:

*»Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context«.*<sup>151</sup>

På baggrund af denne udtalelse kan det udledes, at det er op til staterne selv at fastslå udstrækningen af begrebet nødvendigt, som kræver at indgrebet skal være en *»pressing social need«.*

---

<sup>149</sup> Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen & Vedsted-Hansen, 2003, s. 50.

<sup>150</sup> Ibid., s. 55.

<sup>151</sup> Handyside mod Storbritannien, sagsnummer 5493/72, præmis 48.

Nødvendighedskravet får karakter af en proportionalitetsafvejning, da domstolene på den ene side skal foretage en afvejning mellem indgrebet og ytringsfriheden baseret på sagens faktum.<sup>152</sup>

#### 5.7.2.3.a. Doktrinen om staternes skønsmargin

Når domstolene skal foretage den førnævnte proportionalitetsafvejning, har doktrinen om staternes skønsmargin, som er udviklet af EMD, relevans.<sup>153</sup> Det følger af Handyside mod Storbritannien:

*»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«.*<sup>154</sup>

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at det er EMD's opfattelse, at de nationale domstole er i en bedre position til at vurdere, hvornår et indgreb er nødvendigt.

I forlængelse af dette tilføjede EMD:

*»Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation«.*<sup>155</sup>

På baggrund af EMD's opfattelse tildeles medlemsstaterne således en skønsmæssig margin.

Når medlemsstaterne er tildelt en skønsmargin, så vil EMD være mere tilbageholdende i sin efterprøvelse af indgrebsbetingelserne.<sup>156</sup> Om skønsmarginens betydning anfører Pernille Bruun Andersen:

*»Princippet om staternes skønsmargin bruges til at betegne den intensitet, som [EMD] anvender under denne prøvelse. Er intensiteten svag, taler man om en bred skønsmargin, hvilket vil sige, at staten har et mere omfattende råderum for sin*

---

<sup>152</sup> Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen & Vedsted-Hansen, 2003, s. 55.

<sup>153</sup> Ibid., s. 22.

<sup>154</sup> Handyside mod Storbritannien, sagsnummer 5493/72, præmis 48

<sup>155</sup> Ibid., præmis 48.

<sup>156</sup> Rytter, 2016, s. 111.

*retlige vurdering. Er intensiteten derimod stærk, taler man om en snæver beskyttelsesmargin, hvor staten har et lille råderum».*<sup>157</sup>

Skønsmarginen fastlægges konkret fra sag til sag.<sup>158</sup> Der skal således foretages en analyse af, hvilke afvejningskriterier, der gør sig gældende ved EMD i sager, hvor ophavsretten er i kollision med ytringsfrihed.

### 5.7.3. Kollisionssager ved EMD

Formålet med dette afsnit er at analysere, hvilke afvejningskriterier der har betydning for skønsmarginen i sager, hvor ophavsretten er i kollision med ytringsfriheden.

#### 5.7.3.1. Ashby Donald og andre mod Frankrig

Sagen Ashby Donald og andre mod Frankrig, sagsnummer 36769/08 omhandlede tre modedefotografer, som havde taget fotografier til et modeshow i Frankrig. Modehusene havde rettighederne til de fotografier, som blev tilvejebragt under modeshowene. De tre modedefotografer havde solgt deres fotografier til et selskab, som de selv ejede. Selskabet tilgængeliggjorde efterfølgende billederne på internettet med henblik på, at andre kunne købe billederne.

Modedefotograferne klagede over, at de var blevet dømt for at krænke moderselskabernes rettigheder, hvorefter de nedlagde påstand om, at dommen var et indgreb i deres ytringsfrihed, som var sikret i henhold til EMRK art. 10, stk. 1.

Først skulle EMD tage stilling til, om der var foretaget et indgreb i ytringsfriheden. Hertil udtalte EMD følgende:

*»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».*<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Andersen, 2018, s. 111.

<sup>158</sup> Lorenzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen & Vedsted-Hansen, 2003, s. 24

<sup>159</sup> Præmis 34.

EMD startede med at fastslå, at EMRK art. 10, stk. 1, også finder anvendelse på ytringer frembragt gennem internettet, uanset hvordan ytringen er formidlet. EMD anvender her den dynamiske fortolkningsstil, hvor en bestemmelses rækkevidde fastlægges i takt med samfundets udvikling.<sup>160</sup> EMD nævnte herefter, at selvom det bagvedliggende hensyn med tilgængeliggørelsen på internettet var for at opnå en gevinst, så var denne stadig omfattet af EMRK art. 10, stk. 1. EMD konkluderede dermed, at domfældelsen af modefotograferne var et indgreb i deres ytringsfrihed.

EMD foretog herefter en prøvelse af, om indgrebsbetingelserne var opfyldt. I forhold til første betingelse, legalitetskravet, udtalte EMD:

*»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«.*<sup>161</sup>

EMD konkluderede dermed, at den første af de kumulative betingelser var opfyldt, da indgrebet fulgte af den franske ophavsretslov. Dernæst tog EMD stilling til den anden betingelse, om indgrebet forfulgte en legitim interesse:

*»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«.*<sup>162</sup>

Den anden af de kumulative betingelser var ligeledes opfyldt, da en beskyttelse af andres immaterielle rettigheder falder under betegnelsen andres rettigheder.

Afslutningsvist skulle EMD foretage en prøvelse af tredje betingelse, om nødvendigheden i et demokratisk samfund, herunder om den franske domstol havde overskredet sin skønsmæssige margin. I den konkrete sag blev der særligt lagt vægt på to

---

<sup>160</sup> Munk-Hansen, 2018, s. 309

<sup>161</sup> Præmis 36.

<sup>162</sup> Præmis 36.



omstændigheder i vurderingen af, hvilken skønsmæssig margin Frankrig var tildelt i den konkrete sag.

For det første lagde EMD vægt på:

*»In the present case, the disputed photographs were published on a website belonging to a company managed by the first two applicants, with the aim, in particular, of selling them or providing access to them for remuneration. The applicants' approach was therefore above all commercial«.*<sup>163</sup>

Det blev således tillagt vægt, at formålet med ytringen var kommerciel, da modefotograferne ønskede at tjene penge.

For det andet lagde EMD vægt på:

*»However, as indicated above, the interference with the applicants' right to freedom of expression was aimed at protecting the copyrights of fashion designers. Since Article 1 of Protocol No. 1 applies to intellectual property, it thus sought to the protection of rights guaranteed by the Convention or its Protocols«.*<sup>164</sup>

Det blev her tillagt vægt, at immaterielle rettigheder er beskyttet af konventionen eller dets protokol, hvorfor immaterialretten er beskyttet på grundrettighedsniveau ligesom ytringsfriheden.

På baggrund af de to momenter konkluderede EMD:

*»These two factors taken together lead the Court to consider that the domestic authorities had a particularly wide margin of appreciation in the present case«.*<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Præmis 39

<sup>164</sup> Præmis 40

<sup>165</sup> Præmis 41

EMD fandt, at Frankrig havde en særdeles vid skønsmæssig margin i den konkrete sag, da det var en kommerciel ytring og immaterielle rettigheder er beskyttet på grundrettighedsniveau.

#### 5.7.3.2. Neij and Sunde Kolmisoppi mod Sverige

Sagen Neij og Sunde Kolmisoppi mod Sverige, sagsnummer 40397/12, omhandlede to personer, som var blandt stifterne af The Pirate Bay. De var blevet idømt fængsel i henholdsvis 10 og 8 måneder af retten i Sverige for krænkelse af andres ophavsret. Efterfølgende klagede de to personer til EMD, da de var af den opfattelse, at dommen udgjorde et indgreb i deres ret til at give og modtage fri information efter EMRK art. 10, stk. 1.

EMD skulle først tage stilling til om forholdet var omfattet af beskyttelsen i EMRK, art. 10, stk. 1:

*»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«.<sup>166</sup>*

EMD fandt, at delingen af ophavsretligt beskyttede filer var omfattet af ytringsfrihedens beskyttelsessfære. Der skulle dermed tages stilling til, om sanktionen opfyldte indgrebsbetingelserne.

I forhold til første betingelse om legalitet udtalte EMD:

*»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 [The Pirate Bay] which was protected by copyright in accordance with the Copyright Act. It follows that the interference was "prescribed by law"«.<sup>167</sup>*

EMD fandt, at sanktionen var foreskrevet ved lov og opfyldte dermed betingelsen om legalitet.

---

<sup>166</sup> Afsnit A, s. 10.

<sup>167</sup> Afsnit B, s. 10.

I forhold til anden betingelse, om legitim interesse, udtalte EMD:

*»The Court is further satisfied that the interference pursued the legitimate aim of protecting the plaintiffs' copyright to the material in question. Thus, the convictions and damages awarded pursued the legitimate aim of "protection of the rights of others" and "prevention of crime" within the meaning of Article 10 § 2«. <sup>168</sup>*

Indgrebet opfyldte betingelsen om legitim interesse, da indgrebet både forfulgte at beskytte andres rettigheder og en hindring af kriminalitet.

I forhold til tredje betingelse om nødvendighed udtalte EMD:

*»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«. <sup>169</sup>*

Det vil sige, at EMD kom frem til, at vurderingen af om et indgreb er nødvendigt i et demokratisk samfund ikke kan foretages på baggrund af objektive kriterier. Der skal foretages en afvejning mellem ytringsfrihed og den modstridende rettighed på baggrund af sagens faktiske omstændigheder. Der skal således i hver sag foretages en konkret vurdering på baggrund af saglige hensyn. Dette princip minder om forvaltningsrettens princip om skøn under regel, hvorefter det følger, at der ikke må opstilles regler, som forhindrer skønnet.

Efterfølgende behandlede EMD spørgsmålet om skønsmarginen i den konkrete sag.

*»As to the weight afforded to the interest of protecting the copyright-holders, the Court would stress that intellectual property benefits from the protection afforded by Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention [...] Thus, the respondent State had*

---

<sup>168</sup> Afsnit C, s. 10.

<sup>169</sup> Afsnit D, s. 11

*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».*<sup>170</sup>

EMD fandt, at medlemsstaten i den konkrete sag havde en vid skønsmæssig margin på baggrund af, at der skulle afvejes mellem to rettigheder, der begge var beskyttet af konventionen.

EMD udtalte herefter generelt om den skønsmæssige margin:

*»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. 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 [...] afford the State a wide margin of appreciation which, when accumulated as in the present case, makes the margin of appreciation particularly wide».*<sup>171</sup>

Af ovenstående kan det udledes, at politiske ytringer og debat nyder en særlig beskyttelse. Omfanget af den skønsmæssige margin afhænger af forskellige faktorer, herunder ytringens karakter. I den konkrete sag fandt EMD, at den nationale domstol havde en særdeles vid skønsmæssig margin på baggrund af, at der var en kollision mellem to grundrettigheder og karakteren af ytringen.

På den baggrund fandt EMD:

*»In conclusion, having regard to all the circumstances of the present case, in particular the nature of the information contained in the shared material and the weighty reasons for the interference with the applicants' freedom of expression, the Court finds that the interference was "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention».*<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Afsnit D, s. 11.

<sup>171</sup> Afsnit D, s. 11.

<sup>172</sup> Afsnit D, s. 12.

På baggrund af alle omstændighederne i sagen konkluderede EMD således, at indgrebet i klagerens ytringsfrihed var nødvendig i henhold til samfundsmæssige hensyn.

#### 5.7.3.3. Sammenfatning

Fælles for de to afgørelser er, at staterne var tildelt en særdeles vid skønsmargin. Det kan konkluderes, at i sager hvor der er en kollision mellem ophavsretten og ytringsfriheden vil medlemsstaternes skønsmargin være vid. Herudover indgår karakteren af ytringen i bedømmelsen af medlemsstaternes skønsmargin. I sagen Ashby Donalds og andre mod Frankrig blev skønsmarginen særdeles vid på baggrund af, at det var en kommerciel ytring.

I sagen Neij and Sunde Kolmisoppi mod Sverige udtalte EMD, at ytringer af politisk karakter nyder en særlig beskyttelse. Der opstår i medfør af dette en vis usikkerhed i forhold til graden af skønsmargin, som en medlemsstat tildeles i et sådant tilfælde.

#### 5.7.4. National retspraksis

Der har ved de danske domstole verseret ophavsretlige sager, hvor ytringsfrihedsbetragtninger er blevet påberåbt. Formålet med dette afsnit er at analysere domstolenes stillingtagen til disse betragtninger.

##### 5.7.4.1. Bjørn Nørgaard-sagen

I dommen U.2009.875Ø havde kunstneren Bjørn Nørgaard anvendt skulpturen Den Lille Havfrue, der er ophavsretligt beskyttet af kunstneren af Edvard Munk, i en collage. Edvard Munks arvinger havde sagsøgt Bjørn Nørgaard på baggrund af brugen af skulpturen.

Vedrørende tvisten udtalte landsretten:

*»I mangel af nærmere lovregulering af spørgsmålet om anvendelse af andres ophavsretligt beskyttede værker i collager uden samtykke finder landsretten imidlertid, at 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«. <sup>173</sup>*

---

<sup>173</sup> UfR 2009.875 Ø, s. 11.

Landsretten fandt, at der er en konflikt mellem ophavsretten og hensynet til den kunstneriske frihed. Der skulle derfor foretages en hensynsafvejning mellem disse to rettigheder.

Vedrørende denne hensynsafvejning fremførte landsretten følgende:

*»I Bjørn Nørgaards collage, der som nævnt ovenfor udgør et nyt og selvstændigt værk, anvendes to fotografier af Edvard Eriksens skulptur »Den Lille Havfrue«. Fotografierne, der i midtercirklen gengives sammen med to fotografier af Bjørn Nørgaards egen skulptur af den »genmodificerede« lille havfrue, har efter landsrettens opfattelse ikke nogen dominerende plads i værket. Anvendelsen af fotografierne er ikke egnet til at berige Bjørn Nørgaard eller forlaget på bekostning af interessentskabet. Endvidere lægges det efter Bjørn Nørgaards forklaring til grund, at 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«. <sup>174</sup>*

Landsretten lagde først vægt på, hvordan det ophavsretligt beskyttede værk var blevet benyttet i det nye værk. Landsretten fandt, at benyttelsen af skulpturen af Den Lille Havfrue ikke havde nogen dominerende plads i værket. Herefter lagde landsretten vægt på, at hensigten med benyttelsen ikke var egnet til at berige Bjørn Nørgaard. Afslutningsvist blev det tillagt vægt, at hensigten med collagen var i forbindelse med H.C. Andersen-året.

På den baggrund fandt Landsretten:

*»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«. <sup>175</sup>*

---

<sup>174</sup> UfR 2009.875 Ø, s. 11.

<sup>175</sup> UfR 2009.875 Ø, s. 11.

Landsretten fandt således, at den kunstneriske ytringsfrihed vejede tungere end hensynet til ophavsretten i den konkrete sag.

#### 5.7.4.2. Hornsleth-sagen

I dommen U.2013.1704Ø var kunstneren Hornsleth stævnet for at have benyttet et fotografi af en journalist i en pornografisk collage. I medfør af Bjørn Nørgaard-sagen påberåbte Hornsleth, at benyttelsen af det ophavsretligt beskyttede fotografi var legitimt i medfør af sin kunstneriske ytringsfrihed.

Byretten foretog en afvejning mellem ophavsretten og den kunstneriske ytringsfrihed:

*»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«. <sup>176</sup>*

I byrettens hensynsafvejning blev der således kun lagt vægt på fotografiets placering i værket, hvilket der i den konkrete sag blev vurderet til at have en central placering.

Byrettens afgørelse blev dermed som følger:

*»Retten finder på den baggrund, at sagsøgtes anvendelse af fotoet krænker sagsøgerens rettigheder til eksemplarfremstilling og spredning af fotoet, jf. ophavsretslovens § 70«. <sup>177</sup>*

Byrettens afgørelse blev efterfølgende anket. Landsretten foretog ikke en afvejning mellem den kunstneriske ytringsfrihed og ophavsretten:

*»Det bemærkes herved, at de af Kristian von Hornsleth anførte anbringender, herunder om sin kunstneriske ytringsfrihed, ikke kan føre til et andet resultat«. <sup>178</sup>*

---

<sup>176</sup> UfR 2013.1704, s. 6.

<sup>177</sup> UfR 2013.1704, s. 6.

<sup>178</sup> UfR 2013.1704, s. 12.

Landsretten anførte blot, at hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed ikke kunne føre til et andet resultat.

#### 5.7.4.3. Berlingske-sagen

I sagen U.2022.1502Ø havde Berlingske anvendt to billeder af Den Lille Havfrue i forbindelse med artikler bragt i avisen. Det første billede var en karikaturtegning af Den Lille Havfrue, der var tegnet som en zombie. Det andet billede var et fotografi af skulpturen, hvor Den Lille Havfrue havde mundbind på.

Indledende om kollisionen mellem ophavsretten og ytringsfriheden, anførte landsretten følgende:

*»Det følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis om artikel 10, jf. blandt andet dom af 19. februar 2013 i sag 40397/12, Frederik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi mod Sverige, at medlemsstaterne i sager, hvor håndhævelse af immaterialretligheder indebærer en indskrænkning af andres adgang til at ytre sig, skal afbalancere den af konventionen beskyttede ret til ytringsfrihed over for de ligeledes af konventionen, jf. artikel 1 i protokol nr. 1, beskyttede immaterialretligheder. Medlemsstaterne har i den forbindelse et vidt skøn, dog således at der skal tages hensyn til den konkrete sags omstændigheder, herunder om den oplysning, der søges forbudt, er af særlig betydning. Endvidere skal karakteren og alvoren af de sanktioner, som krænkelsen afføder, indgå ved vurderingen af, om der ved håndhævelsen af den påberåbte immaterialret, sker et videre indgreb i ytringsfriheden end, hvad der er nødvendigt i et demokratisk samfund«. <sup>179</sup>*

Landsretten henviste således til sagen Neij and Sunde Kolmisoppi mod Sverige, hvoraf det følger, at håndhævelsen af ophavsretten er en indskrænkning af ytringsfriheden, hvorfor der skulle foretages en afvejning mellem ytringsfrihed og immaterialretten.

Dernæst anførte landsretten:

*»Ophavsretslovens kapitel 2 indeholder en række undtagelser til ophavsretten, herunder §§ 23-24 a, der angår kunstværker mv. Undtagelserne må anses for at*

---

<sup>179</sup> UFR 2022.1502 Ø, s. 77f.



*tilgodese det i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis anførte hensyn til at afbalancere ophavsretten over for hensynet til ytringsfriheden».<sup>180</sup>*

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at landsretten er af den opfattelse, at undtagelserne i ophavsretslovens kapitel 2 tilgodeser EMD's praksis. Det er uklart, om landsretten er af den opfattelse, at der således ikke skal foretages en hensynsafvejning mellem ytringsfriheden og ophavsretten.

Herefter tilføjede landsretten:

*»De to artikler - som utvivlsomt begge behandlede emner af væsentlig samfundsmæssig interesse - kunne, som også forklaret af A, have været illustreret på en række andre måder. Brugen af det ophavsretligt beskyttede værk, Den Lille Havfrue, var således ikke på nogen måde nødvendig for at formidle budskabet i de to artikler. Det vil herefter ikke være i strid med artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention at fastslå, at A har krænket arvingernes ophavsret [...]».<sup>181</sup>*

Landsretten foretog således en hensynsafvejning, hvori det blev vurderet, at artiklerne er af væsentlig samfundsmæssig relevans, hvorfor de nyder en særlig beskyttelse. Dog finder landsretten, at tegningen af Den Lille Havfrue som en zombie og fotografiet af Den Lille Havfrue med mundbind på ikke var nødvendige for at formidle budskabet i artiklerne. På den baggrund konkluderede landsretten, at det ikke ville stride imod artikel 10 i EMRK at gøre indgreb i Berlingske Medias ytringsfrihed.

#### 5.7.4.4. Sammenfatning

På baggrund af de tre nationale afgørelser, er det muligt at fastslå, at den nuværende opfattelse i dansk ret er tvetydig.

På den ene side udtalte landsretten i Berlingske-sagen, at de lovfæstede undtagelser i ophavsretslovens kapitel 2 tilgodeser den praksis fra EMD vedrørende at afbalancere ytringsfriheden og ophavsretten. Man kan på den baggrund få den opfattelse, at landsretten mener, at der ikke behøves at blive foretaget nogen skønsmæssig vurdering, hvilket klart vil stride imod praksis fra EMD, herunder eksempelvis Neij og Sunde Kolmisoppi mod Sverige, hvori det blev anført, at der ikke kan opstilles nogen objektive

---

<sup>180</sup> UfR 2022.1502 Ø, s. 78.

<sup>181</sup> UfR 2022.1502 Ø, s. 78.

betingelser for, hvornår et indgreb er nødvendigt i et demokratisk samfund. På den anden side foretog landsretten en form for skønsmæssig vurdering, da det blev iagttaget, at artiklerne var af væsentlig samfundsmæssig relevans, men at anvendelsen af tegningen og fotografiet ikke var nødvendigt.

#### 5.7.5. Delkonklusion

Formålet med nærværende afsnit var at undersøge, hvilken betydning ytringsfriheden kan have for bearbejdelser i dansk ret.

Omfattet af beskyttelsens indhold er skriftlige og mundtlige tilkendegivelser, men også andre former for ytringer, såsom billeder, fotografier og kunstværker. På den baggrund er det muligt at fastslå, at ytringsfrihedens beskyttelse kan være relevant for bearbejdelser.

For at gøre indgreb i beskyttelsen af ytringsfrihed skal tre kumulative betingelser være opfyldt. For det første skal indgrebet være foreskrevet ved lov, for det andet skal indgrebet forfølge en af de oplistede legitime interesser, og for det tredje skal indgrebet være nødvendigt i et demokratisk samfund. Konkret for tvister vedrørende ophavsretlige bearbejdelser, vil der ikke være tvivl omkring første betingelse om, at indgrebet skal være foreskrevet ved lov, da ophavsretsloven regulerer ophavsmandens enerettigheder. Den anden kumulative betingelse om legitim interesse giver ligeledes ikke anledning til tvivl, da indgrebet søger at beskytte andres rettigheder. Endvidere kan den legitime interesse om forhindring af kriminalitet være relevant, jf. Neij and Sunde Kolmisoppi mod Sverige. Den tredje kumulative betingelse om nødvendighed i et demokratisk samfund tildeler medlemsstaterne en skønsmæssig margin. Om et indgreb kan anses for værende nødvendigt afhænger af, om indgrebet anses for værende en »*pressing social need*«, som det følger af sagen Handyside mod Storbritannien, sagsnummer 5493/72. Omfanget af medlemsstatens skønsmargin er en konkret vurdering baseret på sagens faktum.

I Ashby Donald og andre mod Frankrig blev der ved vurderingen af medlemsstaternes skønsmargin lagt vægt på, at medlemsstaten skulle balancere to grundrettigheder, som begge var beskyttet af konventionen, samt at karakteren af ytringen var kommerciel. På den baggrund fandt EMD, at medlemsstaten havde en særdeles vid skønsmæssig margin i den konkrete sag, hvilket ligeledes var tilfældet i Neij og Sunde Kolmisoppi mod Sverige.

I Neij og Sunde Kolmisoppi mod Sverige udtalte EMD, at en ytring med karakter af politisk eller debat nyder en særlig beskyttelse, hvilket indsnævrer medlemsstatens skønsmæssige margin. Denne udtalelse var et obiter dictum, og havde således ikke nogen konkret betydning for afgørelsen af sagen.

I Bjørn Nørgaard-sagen tillod man, at den kunstneriske ytringsfrihed gik forud for ophavsmandens enerettighed. Denne tilgang må dog anses for værende usikker i medfør af Berlingske-sagen, hvori landsretten udtalte, at balancen mellem ytringsfriheden og ophavsretten var afbalanceret i ophavsretsloven gennem de lovfæstede undtagelser i kapitel 2, men alligevel efterfølgende foretog en skønsmæssig vurdering.

På baggrund af ovenstående er det muligt at konkludere, at ytringsfrihedens nuværende anvendelighed for ophavsretlige bearbejdelser er usikker.

## 6. Konklusion

Dette speciale har arbejdet med henblik på besvarelse af problemstillingen, »i hvilket omfang er ophavsretlige bearbejdelser lovlige efter dansk regulering?«.

Problemstillingen har medført en konklusion af kompleks karakter, hvorfor denne besvares med en systematik, der skal benyttes ved hvert konkret tilfælde, hvor der fremsættes påstand om en ophavsretlig bearbejdelse, der er omfattet af dansk ophavsretlig regulering. Denne systematik gennemgås nærmere nedenfor.

### 6.1. Første skridt

Det første skridt i systematikken er, at domstolene skal vurdere, om benyttelsen af det ophavsretligt beskyttede værk er en ophavsretlig bearbejdelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 1. Denne vurdering bygger på en gennemgang af følgende tre betingelser.

Den første betingelse er, at det oprindelige materiale skal være et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. Den anden betingelse er, at der skal ske en bearbejdelse, som i sig selv er et værk indenfor anvendelsesområdet af ophavsretslovens § 1. Den tredje betingelse er, at brug af det bearbejdede værk skal være indenfor beskyttelsessfæren af det oprindelige værk.

I forbindelse med vurderingen af om et værk er en bearbejdelse, eller et selvstændigt værk, kan domstolene anvende ophavsretslovens § 4, stk. 2. Hertil bemærkes dog, at det vil være unødvendigt at citere § 4, stk. 2, eftersom situationen allerede vil være dækket af ophavsretslovens § 1 og § 4, stk. 1. Herunder hører det almindelige ophavsretlige princip om, at ideer, principper, samt andre bagvedliggende egenskaber ikke beskyttes efter ophavsretslovens § 1.

Såfremt disse tre betingelser vurderes som værende opfyldt, er der således tale om en ophavsretlig bearbejdelse, hvorfor næste skridt er relevant.

## 6.2. Andet skridt

Det næste skridt i systematikken består af, at domstolene skal vurdere, om ophavsmanden til det bearbejdede værk benytter dette på en måde, der er i strid med den ophavsretlige beskyttelse som det oprindelige værk besidder. En sådan benyttelse må ikke ske uden samtykke fra den person, der besidder de ophavsretlige enerettigheder til det oprindelige værk.

Dette skridt i systematikken består af en vurdering, der skal ske efter ophavsretslovens §§ 2-3.

Såfremt der er tale om en benyttelse, der strider mod enerettighederne til det oprindelige værk fortsættes til næste skridt i systematikken.

## 6.3. Tredje skridt

Det tredje skridt er, at domstolene skal vurdere, om en af undtagelserne til enerettighederne i dansk ophavsretlig regulering finder anvendelse i den konkrete situation.

I dansk ophavsretlig regulering findes undtagelser både i lovfæstet og ulovbestemt form, herunder ulovbestemt implementering og ulovbestemte retsgrundsætninger og retsprincipper.

Specialet har behandlet parodiundtagelsen, de minimis-princippet, samt ytringsfrihedsbetragtninger. Vedrørende parodiundtagelsen fandt specialet, at der efter seneste retspraksis alene findes en mulig undtagelse til ophavsretslovens § 3, stk. 2. Derudover har specialet behandlet den lovfæstede parodiundtagelse, der følger af ophavsretslovens § 52 c, stk. 10. Vedrørende de minimis-princippet fandt specialet, at der eksisterer et generelt de minimis-princip i dansk ophavsret som følge af U.2019.1109H (Coop mod Würtz). Derudover har specialet behandlet ophavsretslovens §§ 23, stk. 3 og 25, som begge er udtryk for de minimis. Slutteligt har specialet behandlet ytringsfriheden og fandt i den forbindelse, at ytringsfriheden i princippet kan medføre en tilsidesættelse af de ophavsretlige enerettigheder, men at det er uklart hvornår en sådan tilsidesættelse vil ske.

I tilfælde hvor en undtagelse finder anvendelse, vil brugen af det bearbejdede værk ikke kræve samtykke.

#### 6.4. Fjerde skridt

Såfremt ingen lovbestemte eller ulovbestemte undtagelser finder anvendelse, vil brugen af bearbejdelsen i strid med enerettighederne til det oprindelige værk, medføre en krænkelse. Brugen af en bearbejdelse kan således blive lovlig, hvis den enten er omfattet af ophavsretlig undtagelse, eller med samtykke fra den oprindelige ophavsmand.

Slutteligt kan det således konkluderes, at brug af ophavsretlige bearbejdelser kan være lovlig efter dansk ophavsretlig regulering, og omfanget heraf kræver en konkret vurdering, hvortil ovenstående systematik skal anvendes til besvarelse i den konkrete situation.

## 7. Litteraturliste

### 7.1. Faglitteratur

- Andersen, M. B. (2002). *Ret og metode* (1. udgave). Gylling: Narayana Press
- Andersen, P. B. (2018). *Ytringsfrihed og ophavsret* (1. udgave). København: Ex Tuto Publishing A/S.
- Blomqvist, J. & Rosenmeier, M. (2021). *Kræver det tilladelse ifølge ophavsretsloven at bruge billeder af brugskunst i reklamer? Eller er brugen tilladt efter ulovbestemte ophavsretslige undtagelser?* (2020 udg.) Nordiskt Immaterielt Raettsskydd.
- Blume, P. (2013). Juridisk metode og argumentation. I: Riis, T., & Trzaskowski, J. (red.), *Skriftlig jura - den juridiske fremstilling* (s. 25-45). København: Ex Tuto Publishing A/S.
- Christensen, J. P., Jensen, J. A., Jensen, M. H. (2016). *Dansk Statsret* (2. udgave). Viborg: Jurist- og Økonomforbundet.
- Linkis, J. (2017). *Dansk ophavsret fleksibilitet - En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser* (1. udgave). Gråsten: Jurist- og Økonomforbundet.
- Lorenzen, P., Rehof, L. A., Trier, T., Holst-Christensen, N., Vedsted-Hansen, J. (2003). *Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer* (2. udgave). København: Jurist- og Økonomforbundet
- Lund, T. (1961). *Ophavsret - Kommenteret udgave af lovene af 31. Maj 1961 om Ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder*. København: Gads Forlag.
- Mathiasen, J. P., Nielsen, L. L. (2019). *Lærebog i entertainmentret* (1. udgave). Aarhus: Karnov Group Denmark A/S.
- Munk-Hansen, C. (2018). *Retsvidenskabsteori* (1. udgave). København: Djøf Forlag.
- Ryberg, B. V., Kragelund, C., Lavesen, M. m.fl. (2019). *Enerettighederne - Dansk immaterialret I* (1. udgave). Gjellerup: Gads Forlag & DIFI.
- Rosenmeier, M. (2001). *Værkslæren i ophavsretten* (1. udgave). Gentofte: Jurist- og økonomforbundets forlag.
- Rosenmeier, M, Blomqvist, J, m.fl. (2022) *Angår Østre Landsrets dom af 09.02.2022 om "Den lille havfrue" principielle spørgsmål?* Artiklen kan findes på [jura.ku.dk](http://jura.ku.dk).
- Rytter, J. E. (2016). *Individets grundlæggende rettigheder* (2. udgave). København: Karnov Group Denmark A/S.

- Schovsbo, J., Rosenmeier, M., Petersen, C. S. (2021). *Immaterielret* (6. udgave). København: Djøf Forlag.
- Schönning, P. (2021). *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave). København: Karnov Group Denmark A/S.
- Stausholm, D. (2017) *InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser* (1. udgave). Djøf Forlag.
- Udsen, H. (2009). *De informationsretlige grundsætninger: Studier i informationsretten* (1. udgave). Djøf Forlag.

## 7.2. Domsregister

### 7.2.1. Danske domstole

- U.1968.189Ø
- U.1981.946H
- U.1991.335H
- U.1993.183Ø (Pengesedler)
- U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard-sagen)
- U.2013.1704Ø (Hornsleth-sagen)
- U.2014.888H (Netto-sagen)
- U.2017.824H
- U.2019.1109H (Coop mod Würtz)
- U.2022.1502Ø (Berlingske-sagen)

### 7.2.2. EU-Domstolen

- C-465/93 (Atlanta)
- C-683/17 (Cofemel)
- C-59/89 (Kommissionen mod Tyskland)
- C-225/97 (Kommissionen mod Frankrig)
- C-159/99 (Kommissionen mod Italien)
- C-415/01 (Kommissionen mod Belgien)
- C-201/13 (Deckmyn)
- C-5/08 (Infopaq)
- C-429/08 (Premier League)

- C-145/10 (Painer)
- C-310/17 (Levola Hengelo)
- C-604/10 (Football Dataco)
- C-393/09 (BSA)
- C-406/10 (SAS)
- C-335/12 (Nintendo)

### 7.2.3. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

- sagsnummer 5493/72: Handyside mod Storbritannien
- sagsnummer 10737/84: Müller og andre mod Schweiz
- sagsnummer 36769/08: Ashby Donalds og andre mod Frankrig
- sagsnummer 40397/12: Neij og Sunde Kolmisoppi mod Sverige

## 7.3. Retlig regulering

### 7.3.1. Danske love og lovforarbejder

- 1959-60-lovforslag: Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker, tillæg A nr. 167 af 15. januar 1960
- 1961-loven: Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker
- 1998-lovændringen: Lov nr. 407 af 26. juni 1998 om ændring af ophavsretsloven (Databaser, digital eksemplarfremsstilling til undervisningsbrug mv., gengivelse af kunstværker mv.)
- EMRK-inkorporeringsloven: Bekendtgørelse af lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention LBK nr. 750 af 19/10/1998
- 2002-lovforslag: Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven nr. 19 af 2. oktober 2002 (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.)
- 2002-lovændringen: Lov nr. 1051 af 17. december 2002 om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.)
- 2021-lovforslag: Forslag til lov om ændring af lov om ophavsret nr. 205 af 26. marts 2021 (Implementering af dele af direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked samt direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV- og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer m.v.)
- *The Statute of Anne* (8. Ann. c. 21) 5. april 1710



- Forordning af 7. januar 1741

### 7.3.2. EU-retlig regulering

- Infosoc-direktivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet
- TEU: Traktat om Den Europæiske Union
- TEUF: Traktat om Den Europæiske Unions funktionsmåde

### 7.3.3. Folkeretlig regulering

- TRIPS: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
- Bernerkonventionen: Bernerkonventionen af 9. september 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker med senere revisioner
- EMRK: Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention, implementeret ved lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention LBK nr. 750 af 19/10/1998.

### 7.3.4. Betænkninger

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

## 7.4. Andre kilder

- EUR-lex. (2002). *Lov om ændring af ophavsretsloven*. Hentet fra: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32001L0029>
- Den Danske Ordbog. (2022). *Parodi*. Hentet fra: <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=parodi>
- Den Danske Ordbog. (2022). *Ytring*. Hentet fra: <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=ytring>