



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 9. februar 2022

Sag BS-47536/2020-OLR
(10. afdeling)

Tom Jensen,
ansvarshavende chefredaktør, Berlingske
(advokat Rasmus H. Wandall, prøve)

mod

Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S
v/ Alice K. Eriksen
(advokat Frank Henrik Børresen Jørgensen)

Biintervenient til støtte for Tom Jensen,
ansvarlig chefredaktør, Berlingske:
Danske Medier
(advokat Martin Dahl Pedersen)

Københavns Byret har den 23. november 2020 afsagt dom i 1. instans (sag BS-50268/2019-KBH).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Henrik Hjort Elmquist har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Tom Jensen, ansvarlig chefredaktør, Berlingske, har nedlagt påstand om frifindelse

Indstævnte, Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S v/ Alice K. Eriksen, har nedlagt påstand som for byretten om, at Tom Jensen, ansvarlig chefredaktør, Berlingske, tilpligtes at betale til Billedhuggeren Edvard Eriksens

Arvinger 337.500 kr. med procesrente af 193.750 kr. fra den 7. november 2019 og af 143.750 kr. fra den 28. juli 2020, subsidiært stadfæstelse af det, som byretten har bestemt om erstatning, og i øvrigt stadfæstelse af det af byretten bestemte om forbud og fjernelse af værket Den Lille Havfrue som gengivet i bilag 1 og 10 endeligt fra handelen og fra hjemmesiden www.berlingske.dk.

Supplerende sagsfremstilling

Forsiden af sektionen "Opinion" i Berlingske den 18. maj 2019 ser ud som følger:

Berlingske 
BILAG A
LØRDAG
18.05.2019
2. SEKTION

Opinion



Ondskaben i Danmark

08
Forud for folketingsvalget ser vores broderlande med skrækblandet fascination på en valgkamp, der ikke bare rummer frembusende højrepartier, nazisammenligninger, grove personangreb og et socialdemokrati på strammerkurs. Danmark har Nordens ondeste debatkultur, lyder diagnosen.

12
BJARNE REUTER - ET LET VALGBYTTE

16
PIND: S OG V KAN SAMMEN SKABE RO

Overskriften på den følgende side lyder:

”I Norge og Sverige gyser de over valgkampen: Danmark har Skandinaviens ondeste debatkultur”

og der er følgende ”manchet”:

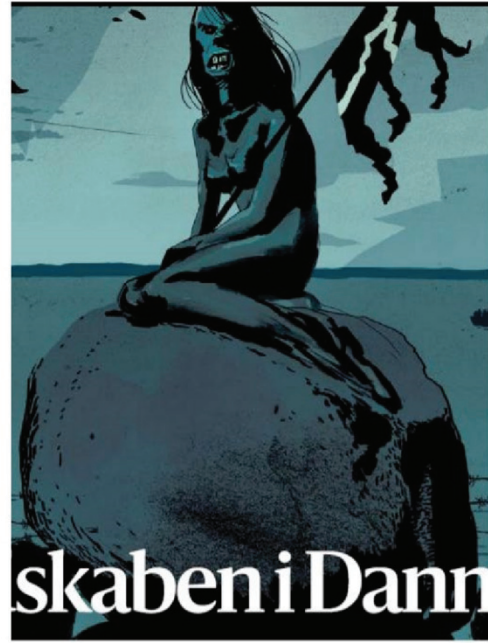
”Set med skandinaviske øjne er det en særlig ondskab, der kendetegner den danske samfundsdebat på et tidspunkt, hvor Rasmus Paludan har kurs mod Folketinget. Radikaliseringen af den yderste højrefløj er et dansk fænomen, der går hånd i hånd med højredrejet socialdemokrati. Sådan lyder diagnosen fra blandt andre den svenske forfatter Jan Guillou.”

I artiklen omtales den danske udlændingedebat, herunder blandt andet Rasmus Paludan, som debatten ses fra de øvrige nordiske lande. Tom Jensen har oplyst, at tegningen er udfærdiget af Rasmus Meisler, der i en periode var Berlingskes faste illustratør til ”Opinion”, og at den så vidt vides ikke har været anvendt i andre sammenhænge.

Alice Eriksen henvendte sig på vegne Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S (”arvingerne” i det følgende) til Berlingske ved mail af 30. maj 2019 og gjorde gældende, at den viste tegning (bilag 1 i denne sag) krænkede arvingernes ophavsret til Edvard Eriksens skulptur, Den Lille Havfrue, og forbeholdt sig adgang til rejse erstatnings- og godtgørelseskrav. Berlingske afviste ved mail af 18. juni 2019 at have krænkede arvingernes ophavsret til Den Lille Havfrue, og fastholdt efterfølgende dette synspunkt i den videre korrespondance mellem parterne, herunder også efter at arvingernes advokat den 25. juni 2019 havde rettet henvendelse til avisen og foreslået en forligsmæssig løsning, hvorefter Berlingske til arvingerne skulle betale 75.000 kr.

Ved mail af 4. juli 2019 anmodede en journalist på Berlingske arvingerne om tilladelse til at bringe et foto af Den Lille Havfrue som led i en konkurrence om Københavns vartegn. Under henvisning til den verserende tvist om tegningen meddelte arvingerne afslag herpå ved mail af 5. juli 2019.

Denne retssag, som oprindeligt alene angik tegningen på forsiden af ”Opinion”, blev anlagt den 7. november 2019. Arvingerne har under sagen fremlagt blandt andet følgende sammenstilling, der skal illustrere lighederne mellem værket, Den Lille Havfrue, og tegningen i bilag 1.



Den 22. april 2020 indeholdt 3. sektion i Berlingske på s. 8 en artikel med titlen "Bange for Coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti" med følgende indledende "manchet":

"Forskere på Aarhus Universitet har påvist et sammenfald mellem smittefrygt og højrepolitisk overbevisning. Undersøgelsen kan blandt andet bruges til at skabe større tolerance over for politiske synspunkter, mener professor."

Artiklen var illustreret med vist nedenfor med et fotografi (bilag 10 i sagen), som blev angivet at være taget af Bax Lindhardt/Scanpix:



Tom Jensen har oplyst, at fotografiet i bilag 10 er taget af en fotograf, som ikke er ansat af Berlingske, men af hvem Berlingske har købt fotografiet. Fotografiet er så vidt Tom Jensen ved ikke blevet anvendt i andre sammenhænge.

Arvingerne nedlagde i replikken for byretten af 28. juli 2020 tillige påstand om forbud mod brugen i bilag 10 af værket, Den Lille Havfrue, og om fjernelse heraf fra handelen og fra www.berlingske.dk. Betalingspåstanden, som i stævningen var på 193.750 kr., blev desuden forhøjet til 337.500 kr.

Arvingerne har under forberedelsen for byretten meddelt, at de gerne ville tage imod byrettens tilbud om retsmægling, mens Tom Jensen angav, at han ikke ønskede at deltage i retsmægling.

Der er også for landsretten enighed om, at værket, Den Lille Havfrue, som er skabt af billedhuggeren Edvard Eriksen er ophavsretligt beskyttet, og at rettighederne til værket tilkommer arvingerne, ligesom der er enighed om, at arvingerne ikke har givet samtykke til den i sagen omhandlede brug. Tvisten angår, om tegningen i bilag 1 er et selvstændigt værk, der frit afbenytter Den Lille Havfrue, eller om den er en karikatur, som er lovlig efter en ulovbestemt regel i dansk ophavsret om brug af ophavsretligt beskyttede værker i karikaturer, parodier o.lign., og om tegningen og fotografiet i bilag 10 under alle omstændigheder må anses for lovlig ytringer efter artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Erstatnings- og vederlagskravet

Arvingerne har opgjort betalingspåstanden på samme måde som for byretten.

Der er til støtte for vederlags- og erstatningskravet af arvingerne fremlagt:

- eksempler på brug af Den Lille Havfrue i henhold til licens fra arvingerne, herunder Kelsen Groups brug af Den Lille Havfrue som motiv på kagedåser og Carlsbergs "Mermaid Porter",
- fakturaer vedrørende royalty på mellem 65.000 - 250.000 kr. ekskl. moms for brug af "image" vedrørende Den Lille Havfrue i perioden fra den 18. oktober 2013 til den 23. november 2020, hvori en række oplysninger er overstreget, herunder således at licenstagere, hvilken brug, der er tale om, og hvilken periode, fakturaen vedrører, ikke fremgår,
- udskrift fra arvingernes hjemmeside om Den Lille Havfrue med prislister for kopier af Den Lille Havfrue,
- en prisliste for 2017 fra Berlingske Media, som viser, hvad det koster at få bragt annoncer i Berlingske,
- årsrapporten for Berlingske Media A/S for 2019 og

- en artikel i Berlingske Business den 26. marts 2021 om avisens økonomi i 2020.

Tom Jensen har i ankereplikken af 7. april 2021 oplyst, at det fysiske oplagstal for Berlingske i 2019/20 var ca. 50.000 med variationer, at der i 2019/20 var ca. 334.000 læsere ugentligt af avisen, at der i maj 2019 var ca. 20.000 digitale abonnenter og ca. 295.000 unikke brugere, og at avisen i april 2021 havde ca. 46.000 digitale abonnenter.

Forklaringer

Alice Eriksen har afgivet supplerende forklaring. Tom Jensen og Brian Rønsholdt har endvidere afgivet forklaring.

Tom Jensen har forklaret, at "Opinion" er en debatsektion, hvilket traditionelt opfattes som en avis hovedsider. Det er her holdningerne optræder, herunder avisens leder og læserbreve, ligesom vigtige samfundsemner belyses journalistisk. Sektionen giver avisen redaktionel prægnans. Tegningen (bilag 1), som blev bragt den 18. maj 2019, blev brugt til at illustrere en artikel om valgkampen i Danmark, der var præget af, at Rasmus Paludan stillede op med sit parti, Stram Kurs, og hvor udlændingedebatten igen fyldte meget. Overskriften, "Ondskaben i Danmark", refererer til, hvorledes valgkampen blev observeret fra andre lande. Folketingsvalget var anderledes end tidligere, da debatten var yderligere tilspidset blandt andet som følge af, at Stram Kurs stillede op. Der var derfor en debat i Danmark og de øvrige nordiske lande om højreskredet i Danmark. Den redaktionelle tanke bag forsideillustrationen med tegningen var at illustrere synet på den danske debat, som det ses fra de øvrige nordiske lande. Forsiden handlede ikke om Den Lille Havfrue, men om et Danmark, som opleves som befængt med ondskab. Den Lille Havfrue er anvendt som et symbol på Danmark og den danske folkesjæl. Man kunne også have brugt andre symboler, såsom Dannebrog, men Den Lille Havfrue er et meget stærkt symbol på Danmark. Karikaturtegningen skal vise den danske folkesjæl. Det ville ikke virke på samme måde at bringe f.eks. en karikatur af Rasmus Paludan, som omtales i artiklen, da han ikke repræsenterer den danske folkesjæl. Tegningen er bragt på forsiden som illustration af ugens bærende tema i sektionen og henviser til hovedartiklen i sektionen. Det er en del af den journalistiske dækning af historien. Han ved ikke, hvorfor tegneren ikke har signeret tegningen. Han tror ikke, at det er udtryk for nogle særlige overvejelser.

Fotografiet, som illustrerer artiklen den 22. april 2020, hvor Den Lille Havfrue har mundbind på, blev bragt en måned til halvanden efter, at landet blev lukket ned på grund af corona. Den i artiklen omtalte forskning viste, at højreorienterede var mere bange for smitte end andre befolkningsgrupper. Fotografiet symboliserer, hvordan danskere med stærkt nationalt fokus reagerer på coronasmitten. Man kunne sagtens have fortalt historien uden brug af fotografiet. Men

man valgte denne illustration ud fra en redaktionel vurdering af, hvad der var egnet til at fortælle historien. Man kunne eksempelvis i stedet have valgt at vise Holger Danske med mundbind på.

Den kommercielle drift af Berlingske har ikke berøring med og indflydelse på den redaktionelle proces, men varetages af markedsførings- og annonceafdelingerne, der ikke har noget at gøre med redaktionens arbejde. På redaktionen beslutter man på egen hånd, hvilke historier der skal udgives, og hvordan de skal illustreres. Redaktionen foretager ikke markedsføring og lader sig ikke presse af økonomiske eller politiske hensyn, og der er vandtætte skotter til de kommercielle afdelinger.

Han kan bekræfte de angivelser af oplagstal, abonnenter og læsere, der er oplyst i ankereplikken af 7. april 2021. De passer fortsat meget godt, selv om tallene naturligvis ændrer sig hele tiden. Man er på redaktionen bekendt med, at der kan være ophavsret, som skal respekteres i relation til værker, som man overvejer at bruge som illustration, men Berlingske har ikke en fast procedure for anvendelse af ophavsretligt beskyttet materiale. Han er klar over, at Den Lille Havfrue er ophavsretligt beskyttet. Brugen af tegningen på forsiden af "Opinion" og af fotografiet med mundbindet svarer efter hans opfattelse ikke til den brug, som en journalist bad om tilladelse til den 4. juli 2020. Tegningen og fotografiet med mundbindet angår således en brug af Den Lille Havfrue som symbol for danskheden. Grunden til, at de spurgte om tilladelse i juli 2020, var, at der var tale om en 1:1 brug af Den Lille Havfrue.

Tegningen og fotografiet er givetvis fortsat tilgængelige på Berlingskes hjemmeside.

Alice K. Eriksen har forklaret supplerende, at Den Lille Havfrue er omdrejningspunktet for arvingernes virksomhed. Licens til brug af værket sælges overalt i verden, og virksomheden har mange licensaftaler med store danske virksomheder. De kunstneriske valg er foretaget af hendes farfar, Edvard Eriksen. Ved udformningen af Den Lille Havfrue har han truffet valg om materiale, model (hendes farmor) og udtryk. Farfaren valgte, at den afbillede havfrue skulle stige op af havet og ikke af en sø, hvilket illustreres af de snegle og den tang, som hun har i hænderne. Den valgte kombination med bronze og sten gør skulpturen til noget særligt. Det var også farfarens valg, at størrelsen af skulpturen skulle være 1½ gang menneskestørrelse. Placeringen er ligeledes speciel, da der ikke er mange skulpturer, der bliver placeret i havet.

Når arvingerne hører om, at skulpturen er blevet uretmæssigt anvendt, henvender de sig til vedkommende. Det drejer sig ofte om ikke gennemtænkt anvendelse af fotos. Der er to politikere, der har anvendt værket, hvilket straks blev påtalt. Arvingerne ønsker således ikke, at Den Lille Havfrue associeres

med nogen form for politik. Hun skal fremstå "ren" og ikke støde nogen, særligt ikke da hun er blevet et nationalikon. Det er vigtigt at værne om værket, og det er nødvendigt at have troværdighed, hvis man skal have og bevare et godt image. Hun har modtaget mange henvendelser fra deres samarbejdspartnere, hvori de har udtrykt afsky over for den fremstilling, der var i Berlingske. Der er ikke nogen samarbejdspartnere, som har forladt dem som følge af gengivelsen i Berlingske, men hun kan ikke sige, om nogen har afholdt sig fra at henvende sig om en licensaftale på grund af tegningen og fotografiet.

De får næsten dagligt henvendelser om anvendelse af Den Lille Havfrue, og hver henvendelse bliver behandlet individuelt. De ser på, hvem der henvender sig, og hvordan det endelige udtryk bliver. Selve havfruen og granitstenen skal stå rent i enhver gengivelse. Derefter ser de også på eksponeringen og det tidsmæssige omfang. Hvis anvendelsen bliver tilladt, bliver der udfærdiget en aftale med vederlag i form af royalty. "Image", som er nævnt i deres fakturaer, betyder et billede i den bredeste forstand, hvilket vil sige alle typer gengivelse. 60-70.000 kr. er en meget almindelig royalty. Reklame- og markedsføringsanvendelse er dyrt, og der er eksempler på en endnu højere royalty end det højeste beløb blandt de fremlagte fakturaeksempler. Niveauet afhænger af, hvilken brug der ønskes og varigheden heraf. De modtager også royalty for bøger, og en avis vil skulle betale vederlag for brug af værket på samme måde som andre virksomheder.

Arvingerne ville aldrig have givet tilladelse til en brug som tegningen på forsiden af Opinion, der associerer til "ondskab" og til Rasmus Paludan. Det samme gælder fotoet med mundbind, for det er grundlæggende i strid med deres princip om, at Den Lille Havfrue altid skal stå rent. Det er vigtigt at værne om værket, som over tid og gennem den brug, som turistindustrien i Danmark har gjort af hende, er blevet et nationalt symbol. Arvingerne er indforstået med, at der i satire og parodier refereres til Den Lille Havfrue, så længe ophavsretten ikke krænkes. Hun opfatter ikke tegningen som en karikatur eller parodi.

Hun kan ikke svare på, hvor mange aftaler de indgår om året, men det er mange. I hvert fald hundredvis. Der er også aftaler, der forlænges ud over et år. Efter en konkret vurdering i den enkelte sag, kan de godt undlade at kræve betaling, hvis der er tale om godgørende formål, som eksempelvis bekæmpelse af cancer.

Brian Rønsholdt har forklaret blandt andet, at han er tidligere direktør for Kelsen Group ("Kelsen"), som producerer småkager. Han er i dag direktør for Ferrero i Skandinavien. Aftalen mellem Kelsen og arvingerne var meget vigtig for Kelsen, fordi det var en del af virksomhedens brand-building, hvor man anvendte stærke danske symboler. Kelsen er kongelig hofleverandør og anvender Den Lille Havfrue og H.C. Andersens eventyr i sin branding. Den Lille Havfrue

er et de stærkeste ikoner, der er i Danmark. Kelsen ville gerne opbygge et brand af noget eventyrligt og magisk, hvilket Den Lille Havfrue var med til. Den Lille Havfrue har en høj brandværdi, hvilket især i Asien fører til, at der ses mange kopier. Han er overbevist om, at aftalen mellem Kelsen og arvingerne fortsat består. Det er hans opfattelse, at arvingerne på udmærket og effektiv vis beskytter Den Lille Havfrues brandværdi, og det var vigtigt for Kelsen, som havde en eksklusiv ret til den specifikke brug af værket, som Kelsen gjorde, for et brand bygges op over mange år, men kan nemt ødelægges eller udvandes, hvis det tillades anvendt i en forkert kontekst. Han har læst de artikler, som Berlingske brugte Den Lille Havfrue til at illustrere. Efter hans opfattelse er det svært at se sammenhængen mellem værket og artiklernes indhold. Den Lille Havfrue anser han ikke for at være politisk, og Kelsen ønskede heller ikke at være politiske. Han husker ikke aftalen mellem Kelsen og arvingerne i detaljer, men han kan forestille sig, at der er en bestemmelse om, at hvis brandet ændrer sig negativt, kan aftalen ændres eller opsiges. En sammenkædning med politiske budskaber over en længere periode ville betyde, at Kelsen ikke længere ville være interesseret i at anvende Den Lille Havfrue i sin branding. Han opfatter ikke tegningen som en parodi på Den Lille Havfrue, da den fremstår mørk og ubehagelig.

Han er ikke brandingekspert af titel, men har arbejdet med branding i mange år. Han har heller ikke en uddannelse, der gør, at han ved noget særligt om parodier eller satire. Den Lille Havfrue fremstår i hans øjne også i dag som noget eventyrligt og et klassisk ikon og symbol på Danmark og danskerne. Den kan også repræsentere den danske fødevarekultur. Den Lille Havfrue var med til at underbygge de værdier, som lå til grund for Kelsens brand. Værket sikrede både en stærk tilknytning til Danmark og til H.C. Andersens univers og havde derfor en meget stor betydning for deres brand.

Sagen ved Retten i Lyngby handlede om en asiatisk konkurrent, der brugte et billede af Den Lille Havfrue. Han kan ikke huske, hvor længe Kelsen har haft en aftale med arvingerne, men i hvert fald i mere end 20 år.

Anbringender

Parterne har i gentaget deres anbringender for byretten.

Tom Jensen har yderligere gjort følgende anbringender, der fremgår af hans sammenfattende processkrift af 3. januar 2022 gældende (henvisninger til ekstrakt, materialesamling og bilag bortset fra bilag 1 og 10 udeladt):

”Det er uomtvistet, at indstævnte er indehaver af ophavsretten til værket Den Lille Havfrue, jf. ophavsretslovens § 1. Den centrale tvist for landsretten er, om tegningen og billedet udgør retsstridige krænkelse af arvingernes ophavsret til værket Den Lille Havfrue, jf. ophavsretslovens §§ 2 og 3. Det er herunder omtvistet, om tegningen og billedet er

selvstændige værker, subsidiært om tegningen er en lovlig parodi, og om tegningen og billedet er lovlige ytringer.

Det er dernæst omtvistet, om tegningen er anvendt som markedsføring og i strid med markedsføringslovens regler.

1. Overblik

Det gøres overordnet gældende, at Tom Jensen ikke har krænket indstævntes ophavsrettigheder, herunder droit moral rettigheder, og at Tom Jensen ikke har overtrådt markedsføringslovens regler. Tom Jensen er ikke erstatningsansvarlig på andet grundlag i øvrigt. Der er ikke dokumenteret nogen skade på værket Den Lille Havfrue og opgørelsen af det påståede krav på godtgørelse og vederlag er ubegrundet.

2. Tegningen på forsiden af "Opinion"

2.1

Tegningen på forsiden af Berlingskes sektion "Opinion", den 18. maj 2019, kommer ikke retvisende til udtryk i det af indstævnte fremlagte bilag 1, som byretten henviste til i sin begrundelse. Den rette sammenhæng ses af det fremlagte [forsiden af "Opinion den 18. maj 2019], som viser hele forsiden af sektionen "Opinion" og dermed også den tekst og det grafiske design af hele forsiden, som tegningen indgår i. Den ses gengivet nedenfor.

...

2.2

Københavns Byret fandt, *"efter en konkret lighedsbedømmelse"*, at tegningen *"efterlader Berlingskes læsere med en af Berlingske tilsigtet oplevelse af identitet og lighed med Den lille Havfrue"*. Indstævnte har gentaget dette for landsretten, jf. svarskriftet, side 4, og har fastholdt sit anbringende om, at tegningen krænker indstævntes ophavsret til værket Den Lille Havfrue.

Det bemærkes hertil, at Berlingske Tidende netop har *"tilsigtet"*, at tegningen ikke kunne forveksles med værket Den Lille Havfrue, og at læsere af avisen netop ikke er efterladt med en oplevelse af identitet og lighed med Den Lille Havfrue. Tegningen og værket Den Lille Havfrue kan ikke opfattes *"som så ligeartede, at 'de med føje kan siges at hidføre samme (æstetiske) oplevelse – at de er det samme 'værk' – ganske uanset eventuelle forskelle"*, jf. den Kommenterede ophavsretslov, 7. udgave, 2021, side 184.

En sammenligning af de to værker viser således, at tegningen på forsiden af "Opinion" ikke er en kopi af Den Lille Havfrue, men et selvstændigt værk med en lovlig reference til indholdet af værket Den Lille Havfrue.

En reference gør ikke tilsigtet oplevelse af identitet og lighed. En simpel gengivelse af værkets idé og hovedindhold kan således *"ikke udgøre no-*

gen ophavsretlig krænkelse. Det, der beskyttes, er den personligt prægede form, som idé og indhold er ikklædt". Ens værk vil "opnå en af ophavsretten til andre værker uafhængig beskyttelse, selvom det indeholder stilelementer, idéer eller andre kunstneriske effekter, som kan spores tilbage til andre ophavsmænds værker", jf. bemærkningerne til forslag til lov om ophavsret til litterære og kunstneriske værker, 1961 (Folketingstidende, 1959-60, Tillæg A, sp. 2699 og 2711). Se tillige Schönning, P., *Ophavsretsloven med kommentarer*, 7. udgave, 2021, side 186.

I værket Den Lille Havfrue, inspireret af H. C. Andersens eventyr, sidder havfruen alene, roligt, på en stor sten. Hun har bløde linjer og støtter sig let med højre hånd mod stenen. Hovedet ligger på skrå og ansigt og blik vender skråt ned mod højre. Hun er fredsommeligt at se på. Håret er pænt sat op i en fletning. Himlen er typisk blå.

Enhver læser af Berlingske kender værket Den Lille Havfrue. Den Lille Havfrue er "den mest kendte skulptur frembragt af nogen dansk kunstner nogensinde" og "nationalt er skulpturen helt utvivlsomt kendt af enhver" (ankesvarskrift, side 9, første afsnit). Indstævnte citerer endvidere brandingekspert Nikolaj Stagis' udtalelse til DR Kultur fra den 30. maj 2017 om Den Lille Havfrues symbolværdi:

"Den Lille Havfrue er jo et stærkt, nationalt symbol. Hun er et symbol på det officielle Danmark på lige fod med Christiansborg og andre bygningsværker. Men det, der er det særlige ved netop Den Lille Havfrue, er, at hun derudover er et symbol på den danske folkesjæl og på den danske stolthed".

Det kan lægges umiddelbart til grund, at enhver læser kender værket Den Lille Havfrue og dens unikke træk.

Tegningen på forsiden af "Opinion", som gengivet ovenfor, indgår som en del af sektionens forside sammen med overskriften "Ondskaben i Danmark" samt teksten umiddelbart under tegningen med henvisningen til artiklen på side 8. Alle dele er med til at formidle de kritiske spørgsmål til den danske politiske debat, dens højredrejning og hvordan vores nabolande oplever den. Det fremgår af teksten umiddelbart under tegningen, at artiklen tilsigter at afdække hvordan

"...vores broderlande med skrækblandet fascination [så] på en valgkamp, der ikke bare rummer frembrusende højrepartier, nazisammenligninger, grove personangreb og et socialdemokrati på strammerkurs. Danmark har Nordens ondeste debatkultur, lyder diagnosen." (Berlingske Tidende, forsiden af Opinion den 18. maj 2019).

Sektionens titel "Opinion", tegningen, sidehenvisningen og nederste linje på siden er farveafstemt og skal ses i sammenhæng.

Tegningen i sig selv er ikke blot en tegning af en havfrue. Det er et stemningsbillede. Der ses redningsbåde med flygtninge i vandet, pigtråd langs stenene, et kranie og et skelet, blade som hvirvler gennem luften. Tegningen skærer øverste del af havfruens hoved og af det flossede Dannebrog. Teksten "Ondskaben i Danmark" står hverken nedenfor el-

ler ovenfor tegningen, men skygger for den nederste del af stenen, for et kranie og et skelet. Farvekompositionen i tegningen er, sammen med de andre elementer, med til at skabe en grundlæggende dystre tone.

Selve havfruen i tegningen er en stærk kontrast til den, vi kender fra værket Den Lille Havfrue. Håret er uredt, hænger ned foran ansigtet og fremstår beskidt. Det er ikke en fredelig havfrue, hvis ansigt og blik vender skråt nedad. Det er et væsen med røde øjne i et zombieansigt, som stirrer truende på læseren. Væsenet sidder med et flosset Dannebrog holdt i samme mørke farver som resten af tegningen. Det er ikke et venligt væsen, ikke et fredeligt væsen, men et ondt og truende væsen, som har besat stenen.

Med referencen til Den Lille Havfrue, symbolet på Danmark og den danske folkesjæl, og tegningens helt anderledes streg og klare symboler for ondskab, har Berlingske effektivt kommunikeret det spørgsmål, som artiklen behandlede under den valgkamp, som foregik på det tidspunkt, nemlig, om "*ondskaben har slået sine kløer i danskernes politiske kultur eller ej*" ([*Opinion*"] side 3, 3. spalte, nederst.

I vurderingen af om der foreligger en retsstridig kopi, indgår også to andre forhold. For det første må indstævnte, som forretningsmæssigt har spekuleret i Den Lille Havfrues brand som symbolet for den danske folkesjæl og som en essentiel del af det officielle Danmarks kulturelle spydspids tåle, at i hvert fald pressen har et rimeligt rum til at referere til værket, netop når emnet er den danske folkesjæl, politik eller kultur.

Man kan ikke gøre sit værk til det centrale symbol for den danske folkesjæl og så nægte referencer til det, når den samfundsmæssige debat om folkesjælen tager til.

For det andet må det i sig selv tillægges vægt, at tegningen indgår som led i en journalistisk dækning af et åbenlyst væsentligt samfundsanliggende. Se herom nedenfor i afsnit 2.4. Og endelig er der ikke i den foreliggende situation kommerciel udnyttelse af værket Den Lille Havfrue. Dette er omvendt tilfældet i de domme fra retterne i Lyngby og Glostrup, som indstævnte har fremlagt.

Det må med henvisning til det anførte afvises, at den i Berlingske Tidende bragte tegning ikke er et selvstændigt værk.

2.3

Selv hvis landsretten måtte finde, at illustrationen ikke er et selvstændigt værk efter ophavsretsloven, er det en lovlig parodi og derfor ikke en krænkelse. Lovlige parodier og karikaturer er således undtaget ophavsretten i § 2 og § 3. Den ulovbestemte undtagelse har været fast antaget i dansk ret i mere end 200 år og er bredt internationalt forankret. Se således Schovsbo, J., Rosenmeier, M. og Salung Petersen, C., *Immaterielret*, 4. udgave, 2015, side 292ff; samme forfattere, *Immaterielret*, 6. udgave, 2021, side 218; Andersen, Pernille B., *Ophavsret og ytringsfrihed*, 2018, side 62. Se anderledes Linkis, Jacob, *Dansk Ophavsrets fleksibilitet*, 2016, side 166ff.

Af samme grund må indstævntes synspunkt om, at de betingelser i art. 5, stk. 5 i infocodirektivet (EP/Edir 20021/29), hvis formål er at sikre EUs internationalretlige forpligtelser, finder anvendelse, også afvises. Betingelserne er under alle omstændigheder opfyldt. Der er således tale om et specielt tilfælde, som ikke strider mod den normale udnyttelse af værket og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshavernes legitime interesser.

EU-domstolen tog i dom C-201/13 af 3.9.2014 (Deckmyn-dommen) stilling til undtagelsen for parodier, karikaturer og pasticher, sådan som den kom til udtryk i direktiv 2001/29, art. 5, stk. 3, litra k (infosocdirektivet). Domstolen formulerede parodibegrebet som et selvstændigt EU-retligt begreb med henblik på at sikre en ensartet anvendelse af begrebet. *”Det danske parodiprincip må derfor for fremtiden antages at skulle fortolkes i overensstemmelse med Deckmyn, jf. princippet om EU-konform fortolkning, princippet om EU-rettens forrang, medlemsstaternes loyalitetsforpligtelse og EU-Domstolens praksis”*, jf. Bruun Andersen, Pernille, *Ophavsret og Ytringsfrihed*, 2018, side 62-63.

Det følger af Deckmyn-dommen, at følgende forhold skal være til stede i forbindelse med en parodi, for at den kan udgøre en undtagelse til ophavsretten.

”... en parodi som væsentligste kendetegn dels skal vække forestilling om et eksisterende værk, samtidig med at den 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.”

I den konkrete *”situation af undtagelsen for parodi [skal der endvidere] respekteres en rimelig balance mellem på den ene side [rettighedshaverne til originalværket], og på 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)”. Se således Deckmyn-dommens præmis 26 og 27.*

I tegningen på forsiden af *”Opinion”* vækker stenen og siddepositionen forestilling om værket Den Lille Havfrue. Samtidig udviser tegningen synlige forskelle fra værket. Det stirrende zombieansigt med det uredte hår, som med sine røde øjne retter blikket direkte mod beskueren og ikke, som Den Lille Havfrue, blikket ned mod højre. Hovedets positur og udtryk er helt anderledes, ligesom det flossede Dannebrog. Alt sammen en voldsom kontrast til det udtryk, som Den lille Havfrue altid fremvises med. Hertil kommer skelettet, kraniet, redningsbådene med flygtninge, som også indgår i tegningen.

Tegningen skal være *”udtryk for humor eller en latterliggørelse”* jf. Deckmyn-dommen, præmis 33. Indstævnte fremsætter i ankesvarskriftet synspunktet, at tegningen *”på ingen måde er udtryk for humor eller latter-*

liggørelse", men er "en ondsindet fremstilling af værket Den Lille Havfrue som ikke spiller på humor eller latterliggørelse". Hertil bemærkes, at der ikke er én fælles standard for humor eller latterliggørelse. Det er en selvfølge i et samfund, hvor der er plads til ytringers og meningers forskellighed.

Kritik af "skik og brug, samfundsforhold og politik har, som generaladvokaten i Deckmyndommen anfører, "allerede meget længe [...] benyttet sig af den fordel, der er forbundet med at ændre et eksisterende værk, som er tilstrækkelig kendt af det publikum, som kritikken er rettet til, for at bringe et effektivt budskab." I Deckmyndommen var det en kendt belgisk tegneserie, som lagde figurer til en parodi af en lokal politiker. I en anden kendt sag, BGH (Gies Adler) (I ZR 117/00), 20 March, 2003, var det den berømte og ophavsretsbeskyttede tyske Gies-ørn, skabt til den tyske Rigsdag, som blev brugt til en parodi på den lovgivende forsamling i forbindelse med en kritisk artikel om en skattelovgivning. Se således *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*, Mendis og Kretschmer, *The Intellectual Property Office*, 2013, side 29-32 og 70-71. I den foreliggende sag har Berlingske Tidende på helt samme måde benyttet sig af den fordel, der er forbundet med, at alle kender Den Lille Havfrue som et symbol for Danmark og gennem tegningen benyttet referencen til Den Lille Havfrue til at lave en parodi over den danske politiske kultur og debat, jf. artiklens spørgsmål om "ondskaben har slået sine kløer i danskernes politiske kultur eller ej". Tegningens effekt som parodi er både reel, klar og væsentlig.

At tegningen indgår i avisens dækning af en politisk debat understreger samtidig, at tegningen anvendes til at adressere et vigtigt samfundsanliggende og ikke blot anvendes som blikfang. Det er i denne henseende et vægtigt hensyn, at Berlingskes dækning af den politiske debat skal nyde en særlig beskyttelse. Se herom nedenfor om hensynet til ytringsfriheden, afsnit 2.4.

Det fremgår endelig tydeligt, at tegningen, gennem dens synlige forskel fra Den Lille Havfrue, med rimelighed kan tilskrives andre end ophavsmanden til Den Lille Havfrue. Den har både synlige forskelle og sin egen originale karakter, jf. Deckmyndommen, præmis 33.

Det bemærkes i øvrigt, at det ikke kræves, at parodien eller karikaturen er rettet mod det oprindelige værk, jf. Deckmyndommen, præmis 33.

Men henvisning til det ovenfor anførte er tegningen på forsiden af "Opinion" en parodi, som ikke retsstridigt krænker ophavsretten til Den Lille Havfrue.

2.4

Tegningen er under alle omstændigheder en lovlig ytring, og en domfældelse af appellanten vil være en krænkelse af artikel 10 i den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Tegningen er fremsat som led i en væsentlig samfundsmæssig debat og er i sig selv en politisk ytring og et kunstnerisk udtryk. Den Lille Havfrue er – som indstævnte selv har lagt til grund – unik i sin symboliske værdi i forhold til den danske nationalitet og folkesjæl og er et helt selvfølgelig redskab til at formidle budskabet i avisen. Værket Den Lille Havfrue er kendt af alle. Med de afgørende forskelle i tegningen er ingen læsere i tvivl om, at det er den danske politiske kultur og debat – ikke Den Lille Havfrue – som udsættes for kunstnerisk og journalistisk kritik. Der sker således ingen skade, hverken ideel eller økonomisk, af værket Den Lille Havfrue. Indgrebet er i værste fald ubetydeligt.

Synspunktet uddybes i det følgende.

Det er både i dansk og europæisk retspraksis lagt fast, at ytringsfriheden efter en konkret vurdering kan gøre det lovligt at anvende ytringer, som ellers ville være retsstridige efter ophavsretten. Fra dansk ret se Østre Landsrets dom, gengivet i UfR 2009.875Ø om Bjørn Nørgaards anvendelse af en collage, hvor Den Lille Havfrue indgår, og hvor det fremhæves, at i mangel på lovregulering af spørgsmålet må afgørelsen træffes *”ud fra en konkret afvejning af hensynet til effektiv beskyttelse af interessentskabets ophavsret over for hensynet til Bjørn Nørgaards kunstneriske ytringsfrihed.”* EU-domstolen har helt generelt fastslået, at medlemslandenes immaterialrettigheder skal administreres på en måde, som respekterer grundrettighederne, jf. C-275/06 (Promusicae), præmis 68-69 og C-360(10 (SABAM), præmis 41 ff. Den Europæiske menneskerettighedsdomstol har fastslået, at ophavsrettighederne ikke kan håndhæves videre end nødvendigt i et demokratisk samfund. Se således EMD *Affaire Ashby Donald et autres v. France (36769/08)* og *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (40397/12)*.

Tegningen på forsiden af *”Opinion”*, overskriften, teksten og artiklen den 18. maj 2019 satte den politiske kultur i det på tidspunktet aktuelle folketingsvalg i Danmark i et nordisk lys. Det er åbenlyst et relevant samfundsanliggende. Tegningen er desuden i sig selv en politisk ytring og stiller gennem sin parodi spørgsmålstejn ved dominerende holdninger i den danske debat. Tegningen er en central del af avisens formidling af budskabet og dækning af emnet. Tegningen kan derfor ingenlunde beskrives som blikfang for en artikel. Tegningen er derimod en direkte del af en væsentlig samfundsrelevant debat og nyder en særlig beskyttelse over for ophavsretten. Se således Schovsbo, J, Rosenmeier, M., og Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. udgave, side 310. Se også Udsen, H, *De Informationsretlige grundsætninger*, 2009, s. 380f. Andersen, P. B., *Ophavsret og ytringsfrihed*, 2018, s. 185. Se også Højesterets domme, gengivet i UfR 2010.2448H, UfR 2012.1788 og UfR 2003.2044H, hvor Højesteret henviser til betydningen af væsentlige samfundsinteresser, henholdsvis politiske ytringer.

Det er nødvendigt, helt selvfølgelig og i øvrigt rimeligt at lave en reference til Den Lille Havfrue, når *”Opinion”* parodierer dansk politisk kultur. Indstævnte fremhæver selv udsagnet, at *”det særlige ved netop Den Lille Havfrue, er, at hun derudover er et symbol på den danske folkesjæl”* og det officielle Danmark. Byretten fremhæver i sine præmisser, at der er *”et udtalt nationalt perspektiv, hvor associeringen til Den Lille Havfrue*

som repræsentant for Danmark, danske værdier, såvel æstetiske som etiske, er åbenbar". Den Lille Havfrue er blevet anvendt som centrum for udstillingen i den danske pavillon på Verdensudstillingen i Shanghai, Kina, 2010 under overskriften "Welfare-tales", jf. bilag B (ekstrakten, side 124). Den Lille Havfrue er den helt selvfølgelige og nødvendige reference til effektivt at formidle et budskab om Danmark og danske værdier og dermed også til at parodiere dem.

Tegningen nyder derudover også en større beskyttelse, fordi den er et kunstnerisk udtryk, jf. Østre Landsrets dom gengivet i UfR 2009.875 Ø (Nørgaard-dommen). Det skal også tillægges vægt, at der ikke er noget kommercielt formål med at benytte tegningen i indlægget, og at det ingen økonomiske konsekvenser har haft for indstævnte, jf. UfR 2009.875 Ø.

Endeligt må det tillægges betydning, at rettighedshaverne til Den Lille Havfrue selv har foranlediget og profiteret på, at værket, med velkendt reference til H. C. Andersens eventyr, anvendes som selve symbolet på, hvad der er dansk, og er gjort til symbolet på selve den danske folkesjæl. Rettighedshaverne må tåle, at pressen i rimeligt omfang refererer til værket, når debatten falder på det officielle Danmark, den danske folkesjæl og dansk kultur i det hele taget.

Under de omstændigheder må tegningen på forsiden af "Opinion" være omfattet af appellantens ytringsfrihed.

Det bemærkes i øvrigt, at indstævntes henvisning til UfR 2013.3002V er misvisende. Dommen handlede om noget andet. Dommen konkluderede således, at et fotografi af druknede ved et forlis vedrørte noget andet, end det TV-udsendelsen handlede om – de efterlevende og myndighedernes efterfølgende fejl. I den foreliggende situation er tegningen en central del af selve artiklens budskab. Man kan heller ikke sammenligne situationen med den i UfR1999.1462Ø, hvor et blad blev dømt for at citere et betydeligt omfang af en bog, og Østre Landsret lagde til grund, at omfanget havde været unødvendigt stort. I den foreliggende sag er der tale om at lave en reference til et eksisterende værk for derved at lave en parodi på den danske politiske kultur og debat.

3. Billedet bragt den 22. april 2020

Billedet blev bragt i sammenhæng med artiklen "*bange for coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti*", den 22. april 2020. Se bilag 10 (ekstrakten, side 304). Der ses et udsnit af Den Lille Havfrue med mundbind på. Ligesom tegningen bringer billedet et selvstændigt budskab sammen med artiklen og benytter referencen til Den Lille Havfrue som symbol på Danmark og den danske befolkning. Sammenhængen ligger lige for: Danskeres politiske observans og frygt for covid-19 smitte. Den samfundsmæssige relevans er åbenlys og den konkrete sammenhæng meningsfuld.

De samme forhold som med tegningen gøres gældende med hensyn til billedet. Der foreligger derfor heller ikke en krænkelse af ophavsretten til værket Den Lille Havfrue.

4. Markedsføringsloven

Indstævnte gør gældende, at appellanten har overtrådt markedsføringsloven. Byretten afviste synspunktet allerede fordi, det efter bevisførelsen ikke er godtgjort, at hverken tegning eller fotografi er anvendt som markedsføring.

Indstævnte gør til støtte for sit anbringende gældende, at Den Lille Havfrue har en betydelig brand- og markedsværdi og at *"Berlingske Tidende er en erhvervsmæssig virksomhed, som blandt andet lever af at sælge aviser hvorfor anvendelsen allerede af den grund sker i erhvervsøjemed, og handlingen falder derfor ind under markedsføringslovens regler"*, ankesvarskriftet, side 5.

Det bemærkes i den forbindelse, at hverken tegning eller billede er anvendt som markedsføring, og at indstævnte under alle omstændigheder ikke har ført bevis herfor. Berlingske har på ingen måde *"snylte[t] på Den Lille Havfrues goodwill og brandværdi"*, som indstævnte har gjort gældende, jf. ankesvarskrift, side 8.

5. Økonomisk krav

Indstævnte har fremsat et krav på 337.500,00 kr. ekskl. renter. Byretten dømte appellanten til at betale 285.000,00 kr. Idet det fastholdes, at der hverken er grundlag for godtgørelse eller for erstatning, bemærkes, at der ikke er dokumenteret nogen skade på værket Den Lille Havfrue, og at opgørelsen af det påståede krav på godtgørelse og vederlag fortsat er ubegrundet.

I relation til påstandene om forbud gøres det endvidere gældende, at betingelserne for meddelelse af forbud ikke er opfyldt, jf. retsplejelovens kapital 40.

Byretten gav Tom Jensen medhold i, at inkassolovens § 10 ikke er iagttaget, og indstævnte kan ikke, hvis indstævnte skulle få medhold – tilkendes omkostninger, der overstiger det beløb, som indstævnte kunne have krævet i påkravsskrivelse udformet i overensstemmelse med inkassolovens § 10. Synspunktet fastholdes, og indstævntes henvisning til Højesterets dom gengivet i UfR 2004.99 H ændrer ikke herved. Højesterets dom omhandler god inkassoskik og god advokatskik og fastslår, at inkassolovens regler også finder anvendelse ved inddrivelse af bestridte fordringer. Det ændrer heller ikke ved om reglerne i inkassolovens § 10 er opfyldt, at der har været spørgsmål om retsmægling under sagen."

Tom Jensen har ikke oplyst noget om udgift til advokat.

Arvingerne har yderligere anført følgende anbringender, som fremgår af deres sammenfattende processkrift af 3. januar 2022 (henvisninger til ekstrakt, materialesamling og bilag bortset fra bilag 1 og 10 udeladt):

"1. Tegningen i bilag 1

...

Indstævnte har anført i ankestævningen, at appellanten netop – med de bevidste markante forskelle mellem den tegnede havfrue og værket Den Lille Havfrue – har "tilsigtet", at den tegnede havfrue umuligt kunne forveksles med værket Den Lille Havfrue.

Det skal afvises, at der er tale om markante forskelle. Tværtimod gøres gældende, at appellanten "bevidst" – et ordvalg appellanten selv anfører – tilstræbte en tegning der lignede værket Den Lille Havfrue, hvilket er udtryk for ond tro og en skærpande omstændighed.

...

1.2 Ikke en parodiundtagelse i dansk ret

Appellanten har for Østre Landsret gjort gældende, at tegningen i bilag 1 er en tilladelig parodi eller karikatur. Dette skal afvises.

Det anføres af appellanten, at princippet om parodier og karikaturers lovlighed er udtryk for en ulovbestemt undtagelse. Det gøres af indstævnte overordnet gældende, at der i dansk ret ikke er lovhjemmel til at anvende en parodiundtagelse.

Deckmyn-dommen (C-201/13 af 3. september 2014), som appellanten påberåber sig, baserer sig på en fortolkning af InfoSoc-direktivet art. 5(3)(k) som er en parodiundtagelse til ophavsretten. Danmark valgte ved implementeringen af InfoSoc-direktivet blot at bemærke, at art. 5(3)(k) er en valgfri undtagelse, og at en sådan undtagelse ikke findes i gældende lov, og at hjemlen ikke foreslås udnyttet (2002-lovbemærkninger):

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.

Således gøres gældende, at idet lovgiver positivt har fravalgt undtagelsesbestemmelsen om parodi i InfoSoc-direktivet art. 5(3)(k) er det ikke muligt at påberåbe sig en parodiundtagelse og enhver sag hvor parodi gøres gældende skal under alle omstændigheder undergives en indskrænkende fortolkning i rettighedshavers favør.

Det gøres derfor gældende, at kriterierne i bestemmelsen og Deckmyn-dommen ikke finder anvendelse i nærværende sag og der er ikke grundlag for at anvende en ulovbestemt parodiundtagelse.

1.3. Parodi – Infosoc-direktivet/Deckmyn sagen

Skulle Østre Landsret vælge at lægge kriterierne i Infosoc-direktivet og Deckmyn dommen til grund desuagtet, gøres subsidiært gældende at der heller ikke efter disse kriterier er tale om en lovlig parodi men derimod en krænkelse af indstævntes rettigheder jf. nedenfor.

InfoSoc-direktivet indeholder en tretrinstitest, som sikrer, at direktivet er i overensstemmelse med EUs internationale forpligtelser. Eftersom parodiundtagelsen ikke er implementeret direkte i Ophavsretsloven finder den ikke anvendelse, men hvis Østre Landsret vælger at lægge vægt herpå desuagtet kan tretrinstitesten i Infosoc-direktivet iagttages som en EU-retlig ramme for eksistensen af en eventuel ulovbestemt parodiundtagelse.

Den EU-retlige tretrinstitest er defineret i InfoSoc-direktivets art. 5, hvorefter en parodiundtagelse kun *"må anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser, og som ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser"*.

I nærværende sag gøres gældende, at der ikke er tale om et vist specielt tilfælde som skulle berettige appellanten til at anvende værket Den Lille Havfrue. Det er ganske enkelt ikke nødvendigt at anvende værket Den Lille Havfrue, og der henvises til anbringender herom nedenfor i pkt. 4.2 ang. nødvendighedskriteriet i forhold til EMRK art. 10.

Dernæst gøres gældende, at tegningen i bilag 1 strider mod den normale udnyttelse og indebærer i den grad urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. Dette kommer også til udtryk i Deckmyn dommens præmis 29 og 31:

...

Tilsvarende gøres gældende, at indstævnte har en legitim interesse i, at deres ikoniske og ophavsretligt beskyttede værk Den Lille Havfrue beskyttes mod budskabet som *"Ondskaben i Danmark"* samt en fremstilling der lyder *"Forud for folketingsvalget ser vores broderlande med skrækblandet fascination på en valgkamp, der ikke bare rummer frembrusende højrepartier, nazisammenligninger, grove personangreb og et socialdemokrati på strammerkurs. Danmark har Nordens ondeste debatkultur, lyder diagnosen."* jf. ...[teksten på forsiden af "Opinion" den 18. maj 2019]

Værket Den Lille Havfrue er et ophavsretligt beskyttet værk og national ikon, men også et forretningskendetegn for indstævnte, og tegningen af Den Lille Havfrue med monster/zombie hovedet, flosset Dannebrog og pigtråd sammen med fremstillingen i avisen/artiklen ovenfor strider mod indstævntes legitime interesser og udgør i øvrigt en klar droit

moral krænkelser samt krænkelser af indstævntes økonomiske rettigheder.

Det må også afvises, at det skulle være åbenlyst – som fremhævet af appellanten – at tegningen i bilag 1 (E195) tilsigter en karikatur af stemningen i det danske samfund og ikke originalværket Den Lille Havfrue. Tværtimod er Den Lille Havfrue det eneste motiv med en overskrift der lyder "Ondskaben i Danmark", hvilket giver det øjeblikkelige indtryk, at man omtaler Den Lille Havfrue, som netop bruges som blikfang i artiklen.

Netop her anvender man Den Lille Havfrue som opmærksomhedsfanger og udnytter værket utilbørligt, da man udnytter den tiltrækningskrav som værket Den Lille Havfrue har.

EU-Domstolen har i Deckmyn dommen bestemt, at begrebet »parodi«, som fremgår af InfoSocdirektivet art. 5(3)(k) udgør et selvstændigt EU-retligt begreb og defineres som:

... *præmis 33*).

I forhold til præmissens første led fastholdes, at tegningen i bilag 1 ikke udviser synlige forskelle i forhold til værket Den Lille Havfrue. Ligeledes må det afvises, at der skulle være tale om et nyt og selvstændigt værk i henhold til Ophavsretsloven § 4 stk. 2. Der er ikke noget selvstændigt ved tegningen som ikke udviser synlige forskelle i forhold til originalværket – at man tilsætter et flag og et andet hoved giver ikke beskueren en anden identitetsoplevelse af det beskyttede værk.

Ophavsretten til Den Lille Havfrue ligger netop i figuren som hun kommer til udtryk i ophavsmandens individuelle skabende indsats og fremstilling. Der henvises til skønsmændenes udtalelse i U.1979.388V:

Skønsmændene er enige med ovennævnte dom, at Edvard Eriksens »Den lille havfrue« er et originalt kunstværk. Arbejdets originalitet fremtræder klart på baggrund af den lange række fremstillinger med samme emne, der foreligger vel belyst med den eksisterende specielle litteratur. Eriksens arbejde beror på en nyere opfattelse af havfruen som besjælet med menneskelige følelser, som gør, at kunstneren har fremstillet sin havfrue som et ungt kvindeligt væsen, hvis bøjede hoved og afslappede siddestilling er egnet til at vække forestillinger om refleksion og drøm. Udtrykket, som tager sigte på at indgive beskueren en fornemmelse af den tilgrundliggende idé, ligger især i liniernes harmoniske, ubrudte og blide forløb med stærk betoning af omridset, der samler figuren i en rolig, nærmest pyramidalsk form.

Ovennævnte karakteristik af værket hvor især fremhæves "liniernes harmoniske, ubrudte og blide forløb med stærk betoning af omridset, der samler figuren i en rolig, nærmest pyramidalsk form", er at genfinde fuldstændigt i appellants tegning jf. også sammenligningen vist ... og derfor udviser den ikke synlige forskelle fra det ophavsretligt beskyttede og ikoniske værk.

Det gøres derfor gældende, at tegningen i bilag 1 utvivlsomt udgør en gengivelse af indstævntes værk, i øvrigt som det eneste motiv på tegningen, hvilket er åbenlyst bl.a. ved størrelsen af gengivelsen, der fylder størstedelen af tegningen, og valget af placeringen i midten af tegningen.

I forhold til præmis 33, andet led om, at parodien *"dels skal være et udtryk for humor eller en latterliggørelse"* gøres gældende, at tegningen på ingen måde er udtryk for humor eller latterliggørelse, hvilket er et krav til en karikatur/parodi. Tegningen i bilag 1 er en ondsindet fremstilling af værket Den Lille Havfrue som ikke spiller på humor eller latterliggørelse. Derimod anvendes tegningen og værket Den Lille Havfrue som blikfang til en seriøs artikel med overskriften "Ondskaben i Danmark" og en fremstilling der lyder "Forud for folketingsvalget ser vores broderlande med skrækblandet fascination på en valgkamp, der ikke bare rummer frembrusende højrepartier, nazisammenligninger, grove personangreb og et socialdemokrati på strammerkurs. Danmark bar Nordens ondeste debatkultur, lyder diagnosen" jf. bilag A (E196). Hverken tegningen eller koblingen til artiklen kan på ingen måde karakteriseres som en brug der udviser humor eller latterliggørelse. Der foreligger ikke nogen tilladelig parodi eller karikatur, hvorfor der er tale om en klar krænkelse af indstævntes rettigheder.

Appellanten fremfører i ankereplikken, at *"humor kan være både sjov og let, spøgefuldt og ironisk, sort og satirisk, og at der ikke er én fælles standard for humor i det danske samfund. Hvad en person måtte finde ondsindet, kan en anden finde morsomt"*.

Humor er ganske vist ikke let at afgrænse, men det gøres gældende, at det må kræves når det skal vurderes om en parodi skal være tilladelig og udgøre en undtagelse til enerettighederne efter Ophavsretsloven, at den humoristiske effekt er reel og væsentlig, hvilket ikke ses i denne sag – det er ikke nok, at appellanten morer sig.

En tilladelig undtagelse forudsætter endvidere, at tegningen i bilag 1 rent faktisk opfattes som en parodi.

Den Store Danske Ordbog definerer parodi således jf ...:

Efterligning af en person eller et fænomen hvis mest karakteristiske træk man overdriver for at opnå en komisk eller satirisk effekt.

Karikatur defineres ligeledes jf. ...:

Overdreven eller forvrænget (billedlig) fremstilling af en persons, en situations eller et forholds karakteristiske træk med henblik på at opnå en komisk eller satirisk effekt.

Det gøres gældende, at tegningen i bilag 1, og den kontekst den bruges i "Ondskaben i Danmark" inkl., på ingen måde tilsiger hverken komisk eller satirisk effekt, tværtimod. Tegningen opfylder således slet ikke pa-

rodi- eller karikaturbegrebet, som det er defineret jf. ovenfor og allerede af den grund kan appellanten ikke støtte ret på en parodi-undtagelse.

Som eksempler på – efter indstævntes opfattelse – tilladelige parodier som har en reel humoristisk effekt og som udviser synlige forskelle i forhold til originalværket Den Lille Havfrue kan fremhæves to tegninger jf. ... [fremlagte eksempler].

Her behandles emnet netop humoristisk og appellanten er ikke afskåret fra at referere til originalværket i en sådan kontekst, hvorfor sådanne parodier af værket vil være tilladelige – modsat tegningen i denne sag.

2. Fotoet i bilag 10

...

Der er nemlig i Ophavsretslovens § 23 stk. 2 allerede gjort op med ytringsfriheden og der er klart defineret grænserne for hvad man må som medie og hvad man ikke må:

...

Brug af et ophavsretligt beskyttet værk er derfor ved lov allerede afgrænset til omtale af dagsbegivenheder, hvor det kræves, at det er kunstværket (Den Lille Havfrue) som er genstand for dagsbegivenheden, jf. som eksempel ... [fremlagt eksempel].

Allerede af den grund er anvendelse af fotoet i bilag 10 ikke tilladt – ej heller med reference til Den Lille Havfrues symbolværdi – da der ikke er tale om en dagsbegivenhed i forhold til Den Lille Havfrue.

Det er især misvisende, når biintervenienten Danske Medier fremlægger en artikel fra The Brussels Times om Manneken Pis og sammenligner det med fotoet i bilag 10 i denne sag. For det første er skulpturen af Manneken Pis ikke længere ophavsretligt beskyttet (statuen er fra 1619) jf. ... og for det andet er Manneken Pis netop hovedhistorien/dagsbegivenheden, idet historien går på skulpturen, der bærer mundbind, som viser solidaritet med befolkningen.

Såfremt anvendelse af fotoet i bilag 10 skulle have været lovligt jf. Ophavsretslovens § 23, stk. 2, skulle artiklen i bilag 10 omhandle netop skulpturen/værket Den Lille Havfrue og det faktum, at skulpturen Den Lille Havfrue bærer mundbind for at vise solidaritet med befolkningen.

Overskriften er derimod "Bange for coronasmitte? Så stemmer du nok på Danske Folkeparti", hvilket på ingen måde har relevans eller tilknytning til værket Den Lille Havfrue som udelukkende bruges som blikfang til at skabe interesse om artiklen og i sidste ende appellantens produkt, avisen Berlingske Tidende.

Den Lille Havfrue er ikke dagsbegivenheden i artiklen i bilag 10 og netop derfor står det helt klart, at der i denne sag er tale om gengivelse af

værket Den Lille Havfrue i strid med indstævntes ophavsrettigheder og i strid med god skik i øvrigt.

3. Ond tro m.v.

I forhold til krænkelsen i bilag 1 og 10 gøres tillige overordnet gældende, at appellanten er i ond tro. Appellanten ved udmærket godt, at der skal indhentes tilladelse, hvis appellanten skal anvende Den Lille Havfrue. Der henvises herunder til ..., som er en mail fra appellanten til indstævnte fra juli 2019, hvor man spørger om lov. Appellanten har ikke givet lov til anvendelsen i denne sag.

Det gøres tillige gældende, at appellanten endeligt skal fjerne eksemplarerne af indstævntes værk i bilag 1 og 10 fra handlen og appellants hjemmeside www.berlingske.dk jf. Ophavsretslovens § 84 stk. 1 nr. 2.

4. EMRK art. 10

Det gøres overordnet gældende, at EMRK art. 10 ikke finder anvendelse og ophavsretten udgør et lovligt indgreb i ytringsfriheden – dette både i forhold til tegningen i bilag 1 og fotografiet i bilag 10.

Der er i selve Ophavsretslovens § 23 allerede gjort op med ytringsfriheden og der er klart defineret grænserne for hvad man må som medie og hvad man ikke må. Der foreligger ikke særlige hensyn i denne sag, som skulle kunne begrunde anvendelse af EMRK art. 10.

Det gøres tillige gældende, at ytringen ikke har samfundsmæssig relevans og der er ikke tale om en lovlig redaktionel anvendelse. Værket Den Lille Havfrue har intet at gøre med "Ondskab i Danmark" og debatkulturen i Danmark, corona eller Dansk Folkeparti og derfor anvender man ikke selve det ophavsretlige beskyttede værk som en ytringsfrihedsrettighed. Det er selve værket som skal have en samfundsmæssig relevans i forhold til ytringen. Det har Den Lille Havfrue ikke, og der er slet ikke sammenhæng mellem ytringerne i overskriften/artiklerne og værket Den Lille Havfrue.

Det gøres således gældende, at Københavns Byrets præmisser er udtryk for en korrekt vurdering jf. dommens side 16; *"Allerede fordi der ikke er en sammenhæng mellem Den Lille Havfrue og ytringerne om ondskab, coronasmitte, Dansk Folkeparti og Rasmus Paludan er de ikke beskyttede i medfør af EMRK art. 10"*.

Indstævnte anerkender, at pressen skal have mulighed for at være 'public watchdog' og bringe emner af samfundsmæssig vigtighed, men det er ikke hvad denne sag omhandler. I nærværende tvist er der ikke tale om, at man simpelthen bliver nødt til at bruge Den Lille Havfrue for at komme med en ytring af samfundsmæssig karakter.

At appellanten anvender en anden virksomheds rettigheder, værket Den Lille Havfrue, i forbindelse med nogle artikler om "Ondskab i Danmark" og debatkulturen i Danmark, corona og Dansk Folkeparti, er

ikke en 'public watchdog' funktion eller bidrager til en samfundsmæssig debat. Der er tale om kommerciel anvendelse af værket Den Lille Havfrue, som bruges udelukkende som blikfang, hvor værket ikke i sig selv er centrum for en offentlig debat, hvilket må kræves, hvis EMRK art. 10 skal påberåbes.

Det skal for god ordens skyld også afvises, at ytringen skulle have politisk karakter henset til at artiklerne har politisk indhold. Værket Den Lille Havfrue anvendes ikke politisk eller af et politisk parti og derfor kan man ikke forsøge at påberåbe sig politisk ytringsfrihed. At artiklen handler om politik kan ikke føre til et andet resultat, tværtimod.

Appellanten og biintervenienten Danske Medier anfører, at fordi Den Lille Havfrue er et nationalikon, så er hun et symbol på Danmark og derfor skal det også være lovligt for appellanten at anvende værket som symbol herpå. Det er at vende tingene på hovedet og en fejlfortolkning, som indstævnte på ingen måde er enig i.

Det er ubestridt, at Den Lille Havfrue er et nationalikon og årsagen her til ligger netop i ophavsmandens individuelle skabende indsats af værket Den Lille Havfrue som hun kommer til udtryk i skulpturen og som skønsmændene så klart definerede i U.1979.388V.

At Den Lille Havfrue er blevet et nationalikon med tiden fratager ikke den ophavsretlige beskyttelse – tværtimod – jo mere originalt et værk er, jo større beskyttelse nyder det. Værket Den Lille Havfrue nyder en udvidet beskyttelse i kraft af værkets originalitet og dets kendskabsgrad og netop derfor skal der ikke særlig meget til for at krænke retighederne hertil, hvor appellantens anvendelse går langt over enhver tilladelig handling.

Indstævnte har eneretten til at råde over værket Den Lille Havfrue uanset om det er blevet et nationalikon og den ret skal andre virksomheder respektere – herunder medievirksomheder – hvor indstævnte netop må beskytte sit værk mod uretmæssig og skadelig brug som i denne sag. Det er essensen af ophavsret og en vigtig mekanisme idet uhjemlet og ukontrolleret brug af et ophavsretligt beskyttet værk ville udhule ophavsretten og skade værket – særligt hvis virksomheder og i særdeleshed medievirksomheder skulle have lov til at bruge værket for forgodtbefindende og nå ud til en stor brugerflade/læserskare.

Virksomheder – også medievirksomheder – kan selvsagt få lov til at anvende værket Den Lille Havfrue, hvis de spørger om lov og formålet ikke strider mod værket. Der er således ikke tale om en urimelig monopolisering som anført af biintervenienten Danske Medier.

Det bemærkes endvidere, at tegningen i bilag 1 kun er anvendt på forsiden af Opinion, men ikke inde i selve artiklen jf. [forsiden af "Opinion" den 18. maj 2019], hvilket er med til at understrege at der er tale om rent blikfang. Det skal være det ophavsretlige beskyttede værk som er selve omdrejningspunktet for nyhedsformidlingen og den samfundsmæssige interesse – det er ikke tilfældet i nærværende sag.

4.1 Vindingskriteriet

Det gøres tillige gældende, at appellanten har noget at vinde på at udnytte ophavsretten til værket Den Lille Havfrue – nemlig fastholde læseren og sælge aviser. Værket Den Lille Havfrue gør artiklerne i bilag 1 og 10 mere attraktive og udgør blikfang. Dette taler tillige imod anvendelse af EMRK art. 10. Hertil kommer skadevirkningen, idet appellanten anvender værket Den Lille Havfrue på en sådan måde, som er egnet til at skade indstævnte økonomisk.

Der er i denne sag tale om kommerciel anvendelse af værket Den Lille Havfrue og tilsvarende er appellants ytring således en kommerciel ytring, som der i denne sag ikke gives beskyttelse til efter EMRK art. 10. Berlingske Media (appellanten) sælger aviser og forsøger at gøre deres artikler mere attraktive ved at anvende værket Den Lille Havfrue. Berlingske har desuden selv oplyst, at de i 2019/2020 har haft 334.000 læsere til deres avis (ugentligt) med et oplagstal på 50.000 og ca. 295.000 unikke online brugere. Der henvises desuden til ... i en artikel fra Berlingske Tidende i 2021 hvor Berlingske Media havde en omsætning på kr. 734 millioner og følgende fremgik:

”»Berlingske passerede 90.000 betalende abonnenter i efteråret og har kurs mod 100.000 abonnenter i indeværende år. I 2020 blev Berlingske det mest profitable nyhedsmedie i koncernen, hvilket er første gang i mange år,« fremgår det af pressemeddelelsen.” (min fremhævning).

Det erhvervsmæssige element med økonomisk vinding for øje kommer endvidere til udtryk gennem appellants egne artikler jf. ...

Det kan komme som en overraskelse for nogen, men som et privat medie, der lever af, at folk klikker på og køber vores journalistik, så er vi hver dag nødsaget til at prioritere vores kræfter benhårdt.

”Vi og andre medier revses ofte for, at vi bare skriver historier for at sælge aviser. Det en besynderlig beskyldning, da det jo netop er vores forretningsgrundlag at sælge aviser. Berlingske er et privat medie, som lever af, at folk køber vores journalistik digitalt eller på print”

(min fremhævning)

Berlingske Tidende er en kommerciel avis, hvis formål naturligvis er at fastholde læseren og gøre opmærksom på sine artikler og sælge aviser, og det (mis)bruger man værket Den Lille Havfrue til.

Værket Den Lille Havfrue har absolut ingen sammenhæng med en artikel som den i [”Opinion” den 18. maj 2019], som i selve artiklen viser et billede af politiker Rasmus Paludan og med underoverskrifter som ”*Dansk radikalisering*”, ”*Drab og Mord*” og en analyse af debatkulturen i Skandinavien.

At vindingskriteriet har betydning for den vægt, hensynet til ytringsfriheden tillægges i en kollision med ophavsretten, er desuden også anerkendt i den juridiske litteratur, hvor det anføres at det har betydning, i

hvilket omfang brugen af det beskyttede stof sker for at berige appellanten, og i hvilket omfang det generer rettighedshaveren økonomisk.

Det gøres gældende, at brugen af værket Den Lille Havfrue i avisartiklerne sker for at berige appellanten og generer i den grad indstævnte såvel økonomisk som ideelt, idet indstævntes værk bliver forbundet med politiske budskaber, højreekstremisme og ondskab, hvilket er skadeligt for indstævntes virksomhed som lever af at sælge skulpturer, licenser og billeder af værket Den Lille Havfrue.

Angående vindingskriteriet var dette også oppe at vende i Nørgaard sagen (U.2009.875Ø). En af de ting, retten lagde vægt på, var således, at den anfægtede ytring ikke var fremsat med vinding for øje ("*[...] Anvendelsen af fotografierne er ikke egnet til at berige Bjørn Nørgaard eller forlaget på bekostning af interessent skabet*"). Modsat denne sag hvor appellanten netop har noget at vinde på at udnytte indstævntes ophavsret – nemlig blikfang, at fastholde læseren og sælge aviser.

Det må i den forbindelse afvises, at U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaarddommen) skulle finde anvendelse på denne sag. Landsretten lagde i den sag vægt på, at der er fast tradition for, at kunstnere i kollager anvender andres ophavsretlige beskyttede værker og anvendelse var ikke egnet til at berige Bjørn Nørgaard eller på bekostning af interessentskabet.

Dommens præmisser kan ikke sammenlignes med denne sag, da der ikke er tale om en collage eller et spørgsmål om kunstnerisk frihed. Appellantens anvendelse af Den Lille Havfrue er erhvervsmæssigt for egen vindings skyld og kommercielt med henblik på at opnå eksposering og sælge sine aviser.

4.2 Nødvendighedskriteriet

Endelig gøres gældende, at Østre Landsret må lægge særlig vægt på nødvendighedskriteriet, hvilket også er helt afgørende i denne sag. Det er antaget i national ret, at der i sager om ophavsret kontra ytringsfrihed skal der tages hensyn til et nødvendighedskriterium. Kriteriet går ud på, at ytringsfriheden kun kan tillægges vægt på bekostning af ophavsretten, hvis det er nødvendigt at krænke ophavsretten for at få ytringen ud. Det er en interesseafvejning, der i denne sag må falde ud til indstævnte.

Der henvises særligt til U.1999.1462Ø og U.2013.3002V, hvor brugen ikke havde været nødvendig og derfor var det ikke i strid med EMRK art. 10 at fastslå, at der forelå en ophavsretlig krænkelse. Tilsvarende gøres gældende i denne sag, idet appellanten meget nemt kunne have formidlet hovedindholdet i artiklerne uden at bruge det ophavsretlige beskyttede værk Den Lille Havfrue som blikfang.

Det fastholdes derfor, at Byrettens dom er korrekt og appellants anvendelse af værket Den Lille Havfrue udgør en ophavsretlig krænkelse og ikke en lovlig ytring efter EMRK art. 10. Appellantens henvisning til

EMD Affaire Ashby Donald et autres v. France (36769/08) og Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (40397/12) ændrer ikke herpå.

Tværtimod fandt EU domstolen i Affaire Ashby Donald et autres v. France (36769/08) at det var foreneligt med ytringsfriheden efter EMRK art. 10 at skride ind over for nogle modefotografer, der havde offentliggjort fotografier af beskyttet tøj fra et modeshow, som de var blevet inviteret til. Retten besvarede spørgsmålet bekræftende, bl.a. med henvisning til, at ytringsfriheden giver kommercielle ytringer en mindre vidtgående beskyttelse end politiske ytringer, og at modefotograferne ikke deltog i en debat om samfundsanliggender, men styredes af kommercielle formål, jf. præmis 39.

Der henvises i øvrigt til den utrykte byretsdom af 9. maj 1997 (Kommissærens dagbog) refereret i Pernille Bruun Andersens udgivelse "Ophavsret & Ytringsfrihed", 2018, s. 189ff, som angik Politikens uautoriserede offentliggørelse af en bog med titlen "Kommissærens dagbog" skrevet af den daværende danske EU-kommissær Ritt Bjerregaard. Politikens chefredaktør Tøger Seidenfaden gjorde gældende, at håndhævelsen af ophavsretten ville være i strid med ytringsfriheden i EMRK art. 10. Byretten udtalte:

"Hensynet til nyhedsformidlingen findes imidlertid ikke under de foreliggende omstændigheder at være så tungtvejende, at det berettigede tiltalte til at lade rettighedshavernes værk udgive i sin helhed som et tillæg til en avis. Der var og er intet i dagbogen, der kunne belyse den politiske proces i forbindelse med tilbagetrækningen. Såfremt det havde været tilfældet, kan det ikke udelukkes, at sådanne forhold kunne have haft offentlighedens interesse."

Det gøres tilsvarende gældende, at der ikke foreligger tungtvejende omstændigheder (nødvendighedskriteriet), som skulle berettige appellanten til at anvende indstævntes ophavsretlige beskyttede værk Den Lille Havfrue i sin avis. Dommen illustrerer desuden, at for at EMRK art. 10 kan overvejes, må det kræves, at det er det ophavsretlige beskyttede værk som skal være selve omdrejningspunktet for nyhedsformidlingen og den samfundsmæssige interesse, hvilket ikke er tilfældet i denne sag heller.

5. Krænkelse efter Markedsføringsloven

...
Københavns Byret udtaler i sine præmisser, dommens side 16, at "Efter bevisførelsen er det ikke godtgjort, at tegningen og fotografiet er anvendt som markedsføring af Berlingske".

Anbringendet er ikke, at tegningen og fotografiet er anvendt som direkte markedsføring i sig selv, hvilket heller ikke kræves for at handle i strid med Markedsføringslovens regler. Anbringendet er derimod, at der er tale om en handling i strid med god markedsføringsskik og en anvendelse af indstævntes forretningskendetegn værket Den Lille Havfrue. Appellantens anvendelse er kommerciel og må desuden sidestilles med reklame. Appellanten er en erhvervs mæssig virksomhed, som blandt andet lever af at sælge aviser hvorfor anvendelsen allerede

af den grund sker i erhvervsøjemed, og handlingen falder derfor ind under Markedsføringslovens regler.

...

6.1 Vederlag

...

Indstævnte er en virksomhed og værket Den Lille Havfrue i alle udformninger og afbildninger er indstævntes produkt, som har en meget betydelig brand- og markedsværdi og som er attraktiv for danske virksomheder – herunder Berlingske Tidende. Det er derfor magtpåliggende for indstævnte at beskytte sit værk og den markedsposition og goodwill Den Lille Havfrue har mod illoyal snylting, markedsføringsmisbrug og skadelig anvendelse i øvrigt.

Foruden aftaler med virksomheder kan blandt andet henvises til, at indstævnte sælger skulpturer af værket Den Lille Havfrue for priser op til kr. 610.000,00 jf. udskrift fra indstævntes hjemmeside <http://www.mermaidsculpture.dk/>. Værket Den Lille Havfrue udgør et klart økonomisk og forretningsmæssigt grundlag for indstævnte, som der skal tages hensyn til.

De påståede beløb er rimelige, særligt henset til krænkelsernes karakter og det forhold, at indstævntes vederlagsniveau er højt, hvilket også skal ses i lyset af det netop ikoniske værk som Den Lille Havfrue er. Som nyt bilag ... er fremlagt talrige eksempler i form af anonymiserede aftaler på vederlagsniveau mellem 65.000 kr. – 250.000 kr. ex moms i perioden 2013 – 2020 for anvendelse af image (billede/foto) af værket Den Lille Havfrue i blandt andet film, reklame eller digitale medier.

Dette er i øvrigt også helt i overensstemmelse med hvad Alice Eriksen forklarede i Byretten om vederlagets størrelse (dommens s. 3): *“De var kommet frem til beløbet ved at sammenligne med tilsvarende aftaler med en sammenlignelig eksponering, og fandt at 75.000 kr. ex moms var nogenlunde passende”*.

Faktum i denne sag er imidlertid, at indstævnte aldrig ville have tilladt brugen i bilag 1 og bilag 10 og derfor skal vederlaget fastsættes hypotetisk med udgangspunkt i indstævntes sædvanlige vederlagshonorar.

I forbindelse med fastsættelse af beløbet skal der også tages i betragtning, at værket Den Lille Havfrue er et national ikon som indstævnte har rettighederne til og det er en skærpende omstændighed, at krænkelsen er foregået i en avis med et meget stort oplag hvor man har kunnet tilgå krænkelse online i Berlingske Tidendes arkiv frem til i dag.

Dette lægges også helt korrekt til grund af Københavns Byret jf. dommens s. 16:

”I skærpende retning lægger retten navnlig vægt på, at tegningen og fotografiet er trykt i et betydeligt oplag og efter det oplyste stadig er tilgængeligt på Berlingskes netmedie samt på, at fotografiet blev bragt efter denne sags anlæg uden forudgående anmodning om tilladelse”

Der henvises tillige til Berlingske Tidendes prisliste for 2017. Heraf fremgår blandt andet, at Berlingske Tidende har mellem 132.000 – 181.000 daglige læsere, hvor helsidesannoncer koster op til ca. kr. 80.000,00. Denne eksponering samt tydelige kommercielle formål med Berlingske Tidende udgør en skærpende omstændighed i forhold til udmåling af vederlag og godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

Appellanten skal i overensstemmelse med princippet i Købelovens § 5 betale, hvad indstævnte forlanger ”for så vidt det ikke kan anses for ubilligt” som det hedder i Købeloven.

Det gøres gældende, at når man som appellanten anvender et nationalt ikon på den måde, så koster det et højt beløb i vederlag – jo større originalitet, jo større økonomisk krav. Der er faktisk ikke rigtig noget sammenligningsgrundlag for hvad man kan sammenligne med værket Den Lille Havfrue – værket er helt unikt.

Det gøres gældende, at vederlaget på kr. 75.000 + moms x 2 er yderst rimeligt og et minimumsvederlag og afspejler i øvrigt hvad indstævnte sædvanligvis kan opnå i royalties/vederlag, når der indgås aftaler om brug af Den Lille Havfrue som Alice Eriksen har forklaret – det Hertil skal gøres gældende, at det er en skærpende omstændighed, at appellanten ikke har forsøgt at indhente tilladelse forud for publiceringen af i hvert fald fotoet i bilag 10, hvorfor dette i øvrigt taler for et højere beløb.

6.2 Erstatning og ikke økonomisk skade

...

Appellanten har opfordret indstævnte til at dokumentere, at tegningen i bilag 1 og fotoet i bilag 10 har medført ikke-økonomisk skade. Dette følger af sagens natur og kommer klart til udtryk i den måde hvorpå appellanten har anvendt værket Den Lille Havfrue.

Godtgørelse for ikke-økonomisk skade i Ophavsretslovens § 83 stk. 3 er den ideelle skade, som er eller kan blive aktuel i forbindelse med eksponeringen og krænkelsen og som er skadelige for rettighedshavers droit moral. Det er ganske utænkeligt, at tegningen i bilag 1 og fotoet i bilag 10 ikke krænker indstævntes droit moral og således berettiger til/udløser godtgørelse for ikkeøkonomisk skade.

Københavns Byrets opsummering af krænkelsen af droit moral er grundig og helt korrekt jf. dommens side 15:

...

Samt dommens side 16:

...

...

Indstævnte er en virksomhed som lever af sine rettigheder til værket Den Lille Havfrue – det er en forretning og værket Den Lille Havfrue er det brand og produkt som man sælger. Som Alice Eriksen forklarede under sagen for Københavns Byret jf. dommens side 2-4:

”at hun siden 2012 har administreret firmaet, Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S. Edvard Eriksen var hendes farfar. Firmaet udøver ophavsretten til Den lille Havfrue, sælger bronzestatuer, laver licensaftaler med forskellige souvenirproducenter, indgår sponsoraftaler med større danske virksomheder og samarbejder med blandt andet større konference- og eventsteder. De får næsten daglige henvendelser fra forskellige medier fra ind- og udland, senest om et samarbejde i forbindelse med Tour de France. De seneste 10 år er interessen for Den lille Havfrue virkelig eksploderet”

”De har nedlagt påstand om både vederlag og godtgørelse. De ved jo ikke, hvilke potentielle kunder, der på baggrund af tegningen har afstået fra at henvende sig fordi Den lille Havfrue i artiklen er fremstillet og forbundet med ondskab og Dansk Folkeparti. De har ikke fået nogen direkte henvendelser og ingen beståede aftaler er blevet opsagt.

Det er meget ødelæggende for deres virksomhed. Hun anser det for en bevidst destruktiv krænkelse af et nationalt ikon. Det er meget groft.”

Det fastholdes derfor, at værket Den Lille Havfrue er blevet udnyttet og anvendt på en sådan måde, at det har skadet indstævntes image og renommé. Indstævnte bliver uønsket associeret med noget negativt ved appellants fremstilling.

Der henvises i øvrigt til BS-38220/2018-GLO, hvor den kinesiske kunstner Ai Weiwei blev tilkendt vederlag på kr. 1.500.000,00 og godtgørelse på kr. 250.000,00 i forbindelse med krænkelse af hans kunstværk.

Det gøres gældende, at værket Den Lille Havfrue antagelig, efter international målestok, er den mest kendte skulptur frembragt af nogen dansk kunster nogensinde, og nationalt er skulpturen helt utvivlsomt kendt af enhver og derfor skal der ikke særlig meget til for at skade værket Den Lille Havfrue og indstævntes rettigheder hertil, hvorfor Østre Landsret skal imødekomme indstævntes betalingspåstand eller stadfæste Københavns Byrets dom.

Der henvises i øvrigt til Rådets Direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (Rets håndhævelsesdirektivet), artikel 3 stk. 2 hvoraf fremgår, at:

”Foranstaltningerne og retsmidlerne skal ligeledes være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning.”

Kompensationsniveauet skal derfor ydermere være af passende niveau, så andre virksomheder afholder sig fra at krænke ophavsrettighederne til Den Lille Havfrue.

Virksomheder som appellanten skal ikke have en uindskrænket ret til at anvende Den Lille Havfrue som symbol, hverken direkte eller indirekte – i hvert fald ikke uden tilladelse fra indstævnte og så længe ophavsrettigheden løber. Hvis Landsretten åbner op for en anvendelse som i denne sag vil det udgøre en voldsom ideel skade og betyde, at indstævntes produkt og værk Den Lille Havfrue gang på gang skal tåle at blive associeret med politiske budskaber, højreekstremisme og "*ondskab i Danmark*".

Dette ville i øvrigt gøre sig gældende for et hvilket som helst beskyttet ophavsretligt værk og dette har ikke været lovgivers intention som allerede har gjort op med mediers anvendelse i Ophavsretslovens § 23.

Foruden en åbenbar skade på værket får det den konsekvens, at ingen på sigt ønsker at indgå aftaler med indstævnte om lovlig brug af værket Den Lille Havfrue, da ingen virksomheder ønsker at blive associeret med eksempelvis politiske budskaber, højreekstremisme og "*ondskab i Danmark*", som i denne sag. Dette udgør den mest langvarige skade for indstævnte for hvilket der skal svares økonomisk kompensation i overensstemmelse med de nedlagte påstande.

7. Sagsomkostninger

Sagsomkostningerne skal som anført i Højesterets dom af 30. november 2020 i sag BS-25678/2019 m.fl. (Ørsted) fastsættes, så det sikres, at en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, bæres af den tabende part, jf. artikel 14 i EuropaParlamentets og Rådets direktiv af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (2004/48), som fortolket af EU-Domstolen i dom af 28. juli 2016 i sag C-57/15 (United Video Properties).

Det gøres gældende, at indstævnte skal tilkendes rimelige advokatudgifter, såfremt de får medhold i sagen for Østre Landsret. Opgørelse over udgifter vil blive fremlagt i forbindelse med hovedforhandlingen.

Københavns Byret fandt i forhold til indstævnte og udmåling af sagsomkostninger, at Inkassolovens § 10 ikke var iagttaget. Det gøres for god ordens skyld gældende, at indstævnte har iagttaget Inkassolovens § 10 ved at sende påkravsskrivelse til appellanten i forhold til krænkelsen i bilag 1 (tegningen).

Det fastholdes i forhold til kravet vedrørende bilag 10 (fotografiet), som blev fremsat under sagen den 28. juli 2020, at indstævnte ikke har nogen pligt til at iagttage Inkassolovens § 10 ved et eksisterende søgsmål om vederlag, erstatning og godtgørelse efter Ophavsretsloven og Markedsføringsloven.

Indstævnte forsøgte flere gange at komme i kontakt med appellanten med henblik på at drøfte en forligsmæssig løsning, men det var ikke muligt at etablere en dialog, hvorfor nærværende retssag var nødvendigjort.

Hensynet bag Inkassolovens §10 er ifølge Højesteret at sikre, at "skyldneren får lejlighed til at genoverveje sin stilling i lyset af risikoen for at blive påført yderligere omkostninger i tilfælde af et sagsanlæg" (U.2004.99H).

Dette hensyn er ikke relevant i denne sag, da der allerede verserede en retssag. Desuden afslog appellanten retsmægling, hvor indstævnte gerne medvirkede hertil jf. retsbøger fremlagt som bilag 37 (E307), hvilket ikke skal komme indstævnte til skade, men derimod taler for at inddrømme indstævnte fulde sagsomkostninger."

Arvingerne har under hovedforhandlingen præciseret, at det anførte om sagsomkostninger både gælder sagsomkostninger for byretten og landsretten. De har endvidere oplyst, at der er anvendt 67 advokattimer á 2.800 kr. ekskl. moms, i alt 187.600 kr. på ankesagen.

Biintervenienten, Danske Medier, har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med det af organisationen afgivne skriftlige indlæg af 15. marts 2021 (indleveret den 21. april 2021), hvoraf fremgår (henvisninger til bilag bortset fra bilag 1 og 10 udeladt):

"2. DEN LILLE HAVFRUE SOM SYMBOL

Den måde, hvorpå Berlingske har anvendt Den lille Havfrue i de to omtvistede tilfælde i denne sag henholdsvis som tegning og som foto, er ikke udtryk for ophavsretligt relevante udnyttelser.

Danske Medier anerkender fuldt ud, at skulpturen af Den lille Havfrue udført af billedhuggeren Edvard Eriksen nyder beskyttelse efter ophavsretsloven. Danske Medier anerkender derfor også, at der som udgangspunkt skal søges og opnås tilladelse til udnyttelser af skulpturen, der er omfattet af ophavsretsloven § 2 og som ikke er undtaget efter undtagelsesreglerne i ophavsretslovens kapitel 2.

I begge de to tilfælde i denne sag er der imidlertid ikke tale om, at skulpturen er blevet anvendt for at udnytte den som et ophavsretligt beskyttet værk. Skulpturen af Den lille Havfrue som kunstværk er af uvæsentlig betydning i de to situationer, hvilket klart fremgår af de to forskellige kontekster, Den lille Havfrue indgår i. I de to tilfælde, hvor Den lille Havfrue er blevet anvendt i Berlingske, er det sket som symbol for danskhed. Lige som for eksempel Manneken Pis er det for Belgien, er Den lille Havfrue for Danmark et af de stærkeste nationale symboler. Symbolværdien af Den lille Havfrue understreges af, at den oprindeligt er en figur i eventyret af samme navn skrevet af den mest kendte og verdensberømte danske forfatter H.C. Andersen. Selve skulpturen er herudover skænket som gave til København af den berømte brygger

Carl Jacobsen fra det verdensberømte danske bryggeri Carlsberg. Den store symbolværdi af skulpturen er da også fremhævet af Arvingerne selv.

I tegningen [forsiden af "Opinion"] er anvendt en karikeret udgave af Den lille Havfrue som illustration til en artikel om påstået ondskab i den danske debatkultur i forhold til de øvrige nordiske lande. Det fremgår tydeligt, at den karikerede udgave af skulpturen af Den lille Havfrue anvendes som symbol for Danmark, hvilket understreges af billedteksten, artikelteksten og det iturevne/halvt afbrændte Dannebrog, figuren holder. Danske Medier er da også enig i følgende del af byrettens præmisser på dette punkt. "*Der er således et udtalt nationalt perspektiv, hvor associeringen til Den lille Havfrue som repræsentant for Danmark, danske værdier, såvel æstetiske som etiske, er åbenbar.*" Byrettens videre kobling til at anvendelsen også skaber forbindelse til "*politiske budskaber, højreekstremisme og ondskab*" er Danske Medier ikke enig i.

På fotoet (bilag 10) anvendes Den lille Havfrue også som symbolværdi for danskhed i en artikel om muligt sammenfald mellem frygt for coronasmitte og hvordan danske vælgere stemmer. Denne sammenkobling understreges af, at fotoet forestiller skulpturen af Den lille Havfrue på et tidspunkt, hvor en person har påsat et mundbind på ansigtet af skulpturen. Noget tilsvarende er sket for den nationale belgiske symbol Manneken Pis under Corona-pandemien i Belgien.

Sådanne anvendelser af Den lille Havfrue som symbol - og i særdeleshed en anvendelse som i karikaturtegningen i [forsiden af "Opinion"] - bør kunne ske i de danske medier uden indhentelse af tilladelse fra Arvingerne. En accept af, at sådanne tilfælde udgør lovlige anvendelser vil ikke have som konsekvens, at Arvingerne fratages retsbeskyttelsen over for ophavsretligt relevante gengivelser af skulpturen af Den lille Havfrue. Den vil alene give medierne mulighed for i konkrete, relevante situationer som her at anvende et af de stærkeste danske nationale symboler - Den lille Havfrue - som symbolværdi for Danmark, danske, danskhed. Det vil indebære en u hensigtsmæssig og urimelig monopolisering af et så væsentligt og stærkt nationalt dansk symbol, såfremt en sådan anvendelse af Den lille Havfrue som i denne sag ikke lovligt kan ske uden Arvingernes tilladelse.

3. MARKEDSFØRINGSLOVEN

Danske Medier er enig med byretten i, at hverken tegningen eller fotografiet er anvendt som markedsføring af Berlingske. Det er vigtigt for danske medier, at landsretten når til samme konklusion. Hverken tegningen eller fotografiet er af Berlingske anvendt som "blikfang" eller på anden utilbørlig erhvervsmæssig vis i strid med markedsføringsloven. Det er afgørende for danske medier, at der i forhold til markedsføringslovgivningen fortsat skal være brede rammer for mediernes anvendelse af tegninger og fotografier i redaktionelt øjemed som her på linje med den langvarige retspraksis for lovlig redaktionel anvendelse af også personbilleder.

4. DET ØKONOMISKE KRAV

Selv hvis landsretten måtte finde, at den skete anvendelse har været uberettiget, bør byrettens afgørelse ændres. Danske Medier finder således, at det samlede økonomiske beløb, som Tom Jensen er blevet dømt af byretten til at betale til Arvingerne, er eksorbitant højt både i forhold til gældende retspraksis på området og i forhold til, hvad der er rimeligt, at et medie skal betale for uberettiget gengivelse af Skulpturen af Den lille Havfrue. Det bør her tillægges vægt, at der ikke er sket skade på værdien af skulpturen af Den lille Havfrue hverken konkret eller i forhold til andre former for anvendelse, lige som Berlingske ikke har haft særlige økonomiske fordele, herunder ej heller i form af mersalg, ved anvendelse af Den lille Havfrue som sket. Økonomiske kompensationsbeløb i den størrelsesorden som idømt af byretten vil kunne have en "chilling effect" i forhold til danske mediers brug af tegninger og fotografier af kunstværker i det hele taget. Det vil indebære en uhenigtsmæssig indskrænkning ikke alene i brugen af kunstværker som illustration af synspunkter i den offentlige debat men også derved i mediernes presse- og ytringsfrihed."

Retsgrundlaget

Bernerkonventionen

Danmark har tiltrådt Bernerkonventionen af 9. september 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker som senest revideret i Paris den 24. juli 1971, jf. bekendtgørelse nr. 112 af 19. november 1981. Konventionen indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

"Artikel 9

- 1) Ophavsmænd til litterære og kunstneriske værker, der beskyttes ved denne konvention, har eneret til at tillade reproduktion af deres værker på enhver måde eller i enhver form.
- 2) Det er forbeholdt unionslandenes lovgivning at tillade reproduktion af sådanne værker i visse særlige tilfælde, under forudsætning af, at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser."

EU-retten

I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet ("*infosoc-direktivet*") hedder det blandt andet:

- "(3) Den foreslåede harmonisering medvirker til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten - herunder den intellektuelle ejendomsret - ytringsfriheden og almenhedens interesse.

- (4) En harmoniseret retlig ramme for ophavsret og beslægtede rettigheder vil i kraft af den øgede retssikkerhed samtidig med overholdelsen af et højt beskyttelsesniveau for de intellektuelle ejendomsrettigheder medføre betydelige investeringer i kreativ og innovativ virksomhed, herunder i netinfrastruktur, og føre til vækst og øget konkurrenceevne for den europæiske industri både hvad angår udbud af indhold og informationsteknologi og generelt i en række industrisektorer og kulturelle sektorer. Dette vil kunne sikre arbejdspladser og fremme jobskabelsen.³²⁾ Direktivet indeholder en udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden. Nogle undtagelser og indskrænkninger finder i givet fald kun anvendelse på retten til reproduktion. Listen tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner, samtidig med at den tilsigter at sikre det indre markeds funktion. Det er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis, hvilket vil blive vurderet i forbindelse med den fremtidige gennemgang af gennemførelseslovgivningen.

...

- (9) Udgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau, da sådanne rettigheder er af afgørende betydning for den intellektuelle skabelsesproces. En sådan beskyttelse bidrager til at bevare og udvikle kreativiteten til gavn for ophavsmænd, kunstnere, producenter, forbrugere, kulturen, industrien og almenheden generelt. Intellektuel ejendomsret er derfor blevet anerkendt som en integrerende del af ejendomsretten.
- (10) Hvis ophavsmænd og kunstnere skal kunne fortsætte deres kreative og kunstneriske arbejde, er det nødvendigt, at de modtager et passende vederlag for anvendelsen af deres værker, og det samme gælder producenterne, der skal kunne finansiere dette arbejde. De investeringer, der er nødvendige for at fremstille varer som f.eks. fonogrammer, film eller multimedieprodukter og tjenesteydelser som f.eks. bestillingstjenester, er meget betydelige. En passende retlig beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder er nødvendig for at sikre et sådant vederlag og muliggøre et tilfredsstillende afkast af investeringerne.
- (11) En effektiv og rigoristisk beskyttelsesordning for ophavsret og beslægtede rettigheder er et af de vigtigste redskaber til at sikre de nødvendige ressourcer til skabelsesprocessen og kulturproduktion i Europa og navnlig garantere skabende og udøvende kunstners uafhængighed og værdighed.
- (12) Passende beskyttelse af ophavsret og beslægtede rettigheder er ligeledes af stor betydning set ud fra et kulturelt synspunkt. Ifølge

traktatens artikel 151 skal Fællesskabet tage hensyn til de kulturelle aspekter i sin indsats.

...

- 19) Rettighedshavernes droit moral udøves i overensstemmelse med medlemsstaternes lovgivning og bestemmelserne i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer. Droit moral forbliver uden for dette direktivs anvendelsesområde.

...

- (32) Direktivet indeholder en udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden. Nogle undtagelser og indskrænkninger finder i givet fald kun anvendelse på retten til reproduktion. Listen tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige retlige traditioner, samtidig med at den tilsigter at sikre det indre markeds funktion. Det er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis, hvilket vil blive vurderet i forbindelse med den fremtidige gennemgang af gennemførelseslovgivningen.

...

- (34) Medlemsstaterne bør have mulighed for at indføre visse undtagelser og indskrænkninger f.eks. med henblik på brug til undervisning og forskning, til fordel for offentlige institutioner som f.eks. biblioteker og arkiver, med henblik på redegørelser for dagsbegivenheder, citater, til brug for handicappede, af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en administrativ eller retslig procedure.

...

- (44) Når undtagelserne og indskrænkningerne som omhandlet i dette direktiv anvendes, bør det ske i overensstemmelse med internationale forpligtelser. Sådanne undtagelser og indskrænkninger må ikke anvendes på en sådan måde, at det skader rettighedshavernes legitime interesser eller er i strid med en normal udnyttelse af de pågældende værker og frembringelser. Medlemsstaternes bestemmelser om sådanne undtagelser eller indskrænkninger bør navnlig på behørig vis afspejle de forøgede økonomiske følger, sådanne undtagelser eller indskrænkninger kan få i forbindelse med det nye elektroniske samfund. Det kan derfor blive nødvendigt at begrænse visse undtagelsers eller indskrænkningers anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser.

...

*Artikel 2***Retten til reproduktion**

Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

...

*Artikel 5***Undtagelser og indskrænkninger**

1. ...

3. Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:

...

k) hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche

...

5. Undtagelser og indskrænkninger efter stk. 1, 2, 3 og 4 må kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser."

Der er efterfølgende vedtaget Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF ("DSM-direktivet"), hvoraf fremgår:

" ...

- (1) Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) foreskriver oprettelse af et indre marked og indførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrejes. Yderligere harmonisering af medlemsstaternes regler om ophavsret og beslægtede rettigheder bør bidrage til at opnå disse mål.
- (2) De direktiver, der er vedtaget vedrørende ophavsret og beslægtede rettigheder, bidrager til det indre markeds funktion, giver et højt niveau af beskyttelse for rettighedshavere, letter processen for clea-

ring af rettigheder og danner en ramme for udnyttelsen af de værker og andre frembringelser, som er beskyttet af disse rettigheder. Denne harmoniserede retlige ramme bidrager til et velfungerende indre marked og fremmer innovation, kreativitet, investeringer og produktion af nyt indhold, også i det digitale miljø, med henblik på at undgå fragmentering af det indre marked. Den beskyttelse, som den retlige ramme giver, bidrager også til Unionens mål om at respektere og fremme kulturel mangfoldighed og samtidig fremhæve den fælles europæiske kulturarv. Ifølge artikel 167, stk. 4, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde skal Unionen tage hensyn til de kulturelle aspekter i sin indsats.

- (3) Den hurtige teknologiske udvikling fortsætter med at ændre den måde, hvorpå værker og andre frembringelser skabes, produceres, distribueres og udnyttes. Der dukker hele tiden nye forretningsmodeller og nye aktører op. Den relevante lovgivning skal være fremtidssikret for ikke at begrænse den teknologiske udvikling. De mål og principper, der er fastlagt i Unionens ophavsretlige rammer, er fortsat velfunderede. Der er imidlertid fortsat retsusikkerhed for både rettighedshavere og brugere med hensyn til visse anvendelser af værker og andre frembringelser i det digitale miljø, herunder grænseoverskridende anvendelser. Som angivet i Kommissionens meddelelse af 9. december 2015 med titlen »På vej mod en tidssvarende, mere europæisk ramme for ophavsret«, er det på nogle områder nødvendigt at tilpasse og supplere den eksisterende EU-ramme for ophavsret og samtidig opretholde et højt beskyttelsesniveau for ophavsret og beslægtede rettigheder. I dette direktiv fastsættes der regler for tilpasningen af visse undtagelser og indskrænkninger til ophavsret og beslægtede rettigheder til digitale og grænseoverskridende miljøer samt foranstaltninger til at lette visse licenspraksisser, navnlig, men ikke kun, hvad angår udbredelsen af værker og andre frembringelser, der ikke længere forhandles, og tilgængeligheden af audiovisuelle værker online på video on demand-platforme med henblik på at sikre bredere adgang til indhold. Det indeholder også regler, der skal lette anvendelsen af indhold i det offentlige domæne. For at skabe en velfungerende og retfærdig markedsplads for ophavsret bør der også være regler om rettigheder i publikationer, om udbydere af onlinetjenesters anvendelse af værker eller andre frembringelser, når disse udbydere lagrer og giver adgang til indhold uploadet af brugerne, om gennemsigtigheden i ophavsmænds og udøvende kunstners aftaler og om ophavsmænds og udøvende kunstners vederlag samt en mekanisme for tilbagekaldelse af rettigheder, som ophavsmænd og udøvende kunstnere har overdraget på et eksklusivt grundlag
- (4) Dette direktiv bygger på og supplerer reglerne i de gældende direktiver på dette område, navnlig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF (4), 2000/31/EF (5), 2001/29/EF (6), 2006/115/EF (7), 2009/24/EF (8), 2012/28/EU (9) og 2014/26/EU (10).
- (5) Inden for områderne forskning, innovation, uddannelse og bevarelse af kulturarven giver digitale teknologier mulighed for nye

former for anvendelse, der ikke klart er omfattet af de eksisterende EU-regler om undtagelser og indskrænkninger. Derudover kan den frivillige karakter af de undtagelser og indskrænkninger, som er fastlagt i direktiv 96/9/EF, 2001/29/EF og 2009/24/EF på disse områder, have en negativ indvirkning på det indre markeds funktion. Dette er især relevant for grænseoverskridende anvendelser, som bliver stadig vigtigere i det digitale miljø. De eksisterende undtagelser og indskrænkninger i EU-retten, som vedrører videnskabelig forskning, innovation, undervisning og bevarelse af kulturarven, bør derfor vurderes på ny i lyset af disse nye anvendelser. Der bør indføres obligatoriske undtagelser eller indskrænkninger for anvendelse af teknologier til tekst- og datamining, illustration i forbindelse med undervisning i det digitale miljø og for bevarelse af kulturarven. De eksisterende undtagelser og indskrænkninger i EU-retten bør fortsat gælde, herunder inden for tekst- og datamining, uddannelse og aktiviteter inden for bevarelse, så længe de ikke begrænser anvendelsesområdet for de obligatoriske undtagelser eller indskrænkninger, som er fastsat i dette direktiv, og som skal gennemføres af medlemsstaterne i deres nationale ret. Direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF bør derfor ændres.

- (6) De undtagelser og indskrænkninger, der er fastsat i dette direktiv, har til formål at skabe en rimelig balance mellem ophavsmænds og andre rettighedshaveres rettigheder og interesser på den ene side og brugernes på den anden side. De kan kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værker eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshavernes legitime interesser.

...

- (70) De foranstaltninger, der træffes af udbyderne af onlineindholdsdelingstjenester i samarbejde med rettighedshavere, bør ikke berøre anvendelsen af undtagelser fra eller indskrænkninger af ophavsretten, herunder navnlig sådanne, der sikrer brugernes ytringsfrihed. Brugere bør have mulighed for at uploade og tilgængeliggøre indhold, der er genereret af brugere, til specifikke formål som citat, kritik, anmeldelse, karikatur, parodi eller pastiche. Dette er især vigtigt for at finde en balance mellem på den ene side de grundlæggende rettigheder fastlagt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder («chartret»), navnlig ytringsfriheden og friheden for kunst, og på den anden side ejendomsretten, herunder intellektuel ejendomsret. Disse undtagelser og indskrænkninger bør derfor gøres obligatoriske for at sikre, at brugere nyder ensartet beskyttelse i hele Unionen. Det er vigtigt at sikre, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester har en effektiv klageordning til støtte for anvendelsen til sådanne specifikke formål.

...

ALMINDELIGE BESTEMMELSER

Artikel 1

Genstand og anvendelsesområde

1. Dette direktiv indeholder regler, der har til formål yderligere at harmonisere EU-retten om ophavsret og beslægtede rettigheder inden for rammerne af det indre marked, under særlig hensyntagen til digitale og grænseoverskridende anvendelser af beskyttet indhold. Det indeholder også regler om undtagelser fra og indskrænkninger af ophavsret og beslægtede rettigheder, fremme af licenser samt regler, der har til formål at sikre en velfungerende markedsplads for udnyttelsen af værker og andre frembringelser.

2. Undtagen i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 24, berører dette direktiv på ingen måde de eksisterende regler, der er fastsat i de gældende direktiver på området, navnlig direktiv 96/9/EF, 2000/31/EF, 2001/29/EF, 2006/115/EF, 2009/24/EF, 2012/28/EU og 2014/26/EU.

Artikel 2

Definitioner

I dette direktiv forstås ved:

1) ...

...

6) »**udbyder af onlineindholdsdelingstjenester**«: 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 ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af dens brugere, og som den organiserer og promoverer med et profitmæssigt formål.

Udbydere af tjenester såsom ikkeprofitbaserede onlineencyklopædier, ikkeprofitbaserede, uddannelsesrelaterede og videnskabelige databanker, platforme til udvikling af open source software og open sourcedelingsplatforme, udbydere af elektroniske kommunikationstjenester som defineret i direktiv (EU) 2018/1972, onlinemarkedspladser og business to business-cloudtjenester samt cloudtjenester, som gør det muligt for brugere at uploade indhold til eget brug, er ikke udbydere af onlineindholdsdelingstjenester i henhold til nærværende direktiv.

...

KAPITEL 2

Visse anvendelser af beskyttet indhold via onlinetjenester

Artikel 17

Udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters anvendelse af beskyttet indhold

1. Medlemsstaterne fastsætter, at en udbyder af onlineindholdsdelingstjenester foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstil-

lelse for almenheden med henblik på dette direktiv, når den pågældende giver offentlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, der uploades af brugerne.

En udbyder af onlineindholdsdelingstjenester skal derfor indhente tilladelse fra de i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 2001/29/EF omhandlede rettighedshavere, f.eks. ved at indgå en licensaftale, med henblik på at overføre værker eller andre frembringelser til almenheden eller stille dem til rådighed for almenheden.

2. Medlemsstaterne sørger for, at når en udbyder af onlineindholdsdelingstjenester har indhentet en tilladelse, f.eks. ved at indgå en licensaftale, omfatter denne tilladelse også handlinger, der udføres af brugere af de tjenester, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3 i direktiv 2001/29/EF, når de ikke handler på et kommercielt grundlag, eller når deres aktivitet ikke skaber betydelige indtægter.

3. Når en udbyder af onlineindholdsdelingstjenester foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden på de betingelser, der er fastsat i nærværende artikel, finder den ansvarsbegrænsning, der er fastsat i artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31/EF, ikke anvendelse på de situationer, der er omfattet af nærværende artikel.

Dette stykkes første afsnit berører ikke den eventuelle anvendelse af artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31/EF på disse tjenesteudbydere til formål, der ikke er omfattet af nærværende direktivs anvendelsesområde.

4. Hvis der ikke er givet tilladelse, er udbydere af onlineindholdsdelingstjenester ansvarlige for uautoriseret overføring til almenheden, herunder tilrådighedsstillelse for almenheden, af ophavsretligt beskyttede værker og andre frembringelser, medmindre tjenesteudbyderne påviser, at de har:

- a) gjort deres bedste indsats for at opnå en tilladelse, og
- b) i overensstemmelse med de høje branchestandarder for erhvervs-mæssig diligenspligt gjort deres bedste for at sikre, at specifikke værker og andre frembringelser, for hvilke rettighedshaverne har givet tjenesteudbyderne de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige, og under alle omstændigheder
- c) handlet hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne for at blokere adgangen til eller fjerne de værker og andre frembringelser, der er givet meddelelse om, fra deres websteder, og gjort deres bedste indsats for at forhindre, at de fremover uploades, i overensstemmelse med litra b)

5. Ved fastlæggelsen af, om tjenesteudbyderen har opfyldt sine forpligtelser i henhold til stk. 4 og i lyset af proportionalitetsprincippet, tages bl.a. følgende elementer i betragtning:

...

7. Samarbejdet mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere må ikke føre til blokering af adgangen til værker eller andre frembringelser, der uploades af brugere, og som ikke krænker ophavsret og beslægtede rettigheder, herunder når sådanne værker eller frembringelser er omfattet af en undtagelse eller indskrænkning.

Medlemsstaterne sikrer, at brugere i hver medlemsstat kan henholde sig til enhver af følgende eksisterende undtagelser eller indskrænkning

ger, når de uploader og stiller indhold, der genereres af brugerne, til rådighed på onlineindholdsdelingstjenester:

- a) citater, kritik, anmeldelse
- b) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche

8. Anvendelsen af denne artikel medfører ikke nogen generel overvågningsforpligtelse.

Medlemsstaterne fastsætter bestemmelser om, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester efter anmodning fra rettighedshaverne skal give disse tilstrækkelige oplysninger om, hvordan deres praksis fungerer med hensyn til det samarbejde, der er omhandlet i stk. 4, og, når der er indgået licensaftaler mellem tjenesteudbydere og rettighedshavere, oplysninger om anvendelsen af indhold, der er omfattet af aftalerne.

9. Medlemsstaterne sørger for, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester etablerer en effektiv og hurtig klageordning, som står til rådighed for brugerne af deres tjenester i tilfælde af uenighed om blokering af adgang til eller fjernelse af værker eller andre frembringelser, som de har uploadet.

Hvis rettighedshavere anmoder om, at adgangen til deres specifikke værker eller andre frembringelser blokeres, eller at disse værker eller andre frembringelser fjernes, skal de behørigt begrunde deres anmodninger. Klager, der indgives i henhold til den i første afsnit fastsatte ordning, skal behandles uden unødigt forsinkelse, og afgørelser om at blokere adgangen til eller fjerne indhold, der er uploadet, skal underkastes menneskelig kontrol. Medlemsstaterne sikrer også, at der findes udenretslige ordninger for tvistbilæggelse. Sådanne ordninger skal gøre det muligt at bilægge tvister upartisk og fratager ikke brugeren den retsbeskyttelse, der er fastsat i national ret, uden at dette berører brugernes ret til at anvende effektive retsmidler. Medlemsstaterne sikrer navnlig, at brugere har adgang til en domstol eller en anden relevant retslig myndighed for at påberåbe sig brugen af en undtagelse fra eller en indskrænkning af reglerne om ophavsret og beslægtede rettigheder.

Dette direktiv berører på ingen måde lovlig anvendelse, såsom anvendelse i henhold til undtagelser eller indskrænkninger, der er fastsat i EU-retten, og må ikke føre til identifikation af enkelte brugere eller behandling af personoplysninger, medmindre dette sker i overensstemmelse med direktiv 2002/58/EF og forordning (EU) 2016/679.

Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal i deres vilkår og betingelser informere brugerne om, at de kan anvende værker og andre frembringelser i henhold til undtagelser fra eller indskrænkninger af ophavsret og beslægtede rettigheder, der er fastsat i EU-retten.

...

AFSNIT V AFSLUTTENDE BESTEMMELSER

...

*Artikel 25***Forholdet til undtagelser og indskrænkninger fastsat i andre direktiver**

Medlemsstaterne kan for anvendelser eller områder, der er omfattet af undtagelserne eller indskrænkningerne i dette direktiv, vedtage eller opretholde bredere bestemmelser, der er forenelige med undtagelserne og indskrænkningerne fastsat i direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.

*Artikel 26***Anvendelsestidspunkt**

1. Dette direktiv gælder for alle værker og andre frembringelser, der er beskyttet af nationale regler om ophavsret den 7. juni 2021 eller derefter.
2. Dette direktiv berører ikke handlinger foretaget og rettigheder erhvervet inden den 7. juni 2021.

...

*Artikel 29***Gennemførelse**

1. Medlemsstaterne vedtager og offentliggør senest den 7. juni 2021 de love og administrative bestemmelser, der er nødvendige for at efterkomme dette direktiv. De underretter straks Kommissionen herom.

Disse love og bestemmelser skal ved vedtagelsen indeholde en henvisning til dette direktiv eller skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for henvisningen fastsættes af medlemsstaterne.

2. Medlemsstaterne meddeler Kommissionen teksten til de vigtigste nationale retsfor skrifter, som de udsteder på det område, der er omfattet af dette direktiv.

..."

EU-Domstolen har i dom af 3. september 2014 i sag C-201/13, Deckmyn, om undtagelsen i artikel 5, stk. 3, litra k, vedrørende karikaturer, parodier og pasticher i infosoc-direktivet anført blandt andet:

"14 Det bemærkes, at det i henhold til Domstolens faste praksis følger såvel af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning (dom Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

- 15 Det fremgår af denne retspraksis, at begrebet »parodi«, som fremgår af en af bestemmelserne i et direktiv, der ikke indeholder nogen henvisning til national ret, skal anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb og fortolkes ensartet på Unionens område (jf. i denne retning dom Padawan, EU:C:2010:620, præmis 33).
- 16 Denne fortolkning afkræftes ikke af, at den undtagelse, der er omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29, er fakultativ. En fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har indført denne undtagelse, frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på ikke-harmoniseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den anden, ville nemlig være i strid med nævnte direktivs formål (jf. i denne retning domme Padawan, EU:C:2010:620, præmis 36, og ACI Adam m.fl., C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 49).
- 17 Det første spørgsmål skal følgelig besvares med, at artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at begrebet »parodi«, som fremgår af denne bestemmelse, udgør et selvstændigt EU-retligt begreb.

Det andet og det tredje spørgsmål

- 18 Med det andet og det tredje spørgsmål, som skal behandles samlet, har den forelæggende ret spurgt Domstolen, hvordan undtagelsen for parodi, der er fastsat i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29, skal forstås. Den har særligt anmodet om at få oplyst, om begrebet parodi afhænger af, om der foreligger bestemte betingelser, som den opregner i det andet spørgsmål.
- 19 Det bemærkes, at da begrebet parodi ikke er defineret i direktiv 2001/29, bør fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af dette udtryk i henhold til Domstolens faste praksis ske efter dets sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, idet der skal tages hensyn til den kontekst, hvori det anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som det udgør en del af (jf. i denne retning dom Diakité, C-285/12, EU:C:2014:39, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 20 Hvad angår den sædvanlige betydning af udtrykket »parodi« i almindelig sprogbrug er det, som generaladvokaten har anført i punkt 48 i forslaget til afgørelse, ubestridt, at en parodi som væsentligste kendetegn dels skal vække forestilling om et eksisterende værk, samtidig med at den skal udvise synlige forskelle i forhold til dette, dels skal være et udtryk for humor eller en latterliggørelse.
- 21 Det fremgår hverken af den sædvanlige betydning af udtrykket »parodi« i almindelig sprogbrug eller i øvrigt – således som den belgiske regering og Europa-Kommissionen med rette har gjort gældende – af ordlyden af artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29, at dette begreb er underlagt de betingelser, som den forelæggende ret har anført i det andet spørgsmål om, at en parodi skal have sin egen originale karakter ud over at præsentere synlige for-

skelle 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.

- 22 Denne fortolkning drages ikke i tvivl af konteksten for artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29, der opregner en undtagelse fra de rettigheder, der er fastsat i dette direktivs artikel 2 og 3, og som derfor skal fortolkes indskrænkende (jf. i denne retning dom ACI Adam m.fl., EU:C:2014:254, præmis 23).
- 23 Fortolkningen af begrebet parodi skal nemlig under alle omstændigheder gøre det muligt at sikre den således fastlagte undtagelses effektive virkning og at overholde dens formål (jf. i denne retning dom Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 163).
- 24 Det forhold, at artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 udgør en undtagelse, har således ikke til følge, at denne bestemmelses anvendelsesområde indskrænkes af betingelser som dem, der er nævnt i denne doms præmis 21, som hverken følger af den sædvanlige betydning af udtrykket »parodi« i almindelig sprogbrug eller af denne bestemmelses ordlyd.
- 25 Hvad angår det i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 omhandlede formål, skal der erindres om de formål, der generelt forfølges med dette direktiv, hvoriblandt – således som det fremgår af tredje betragtning til direktivet – er formålet om, at der skal foretages en harmonisering, der medvirker til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked, og som respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse. Det er ubestridt, at en parodi udgør et passende middel til at give udtryk for en mening.
- 26 Som det fremgår af 31. betragtning til direktiv 2001/29, tilsigter de undtagelser fra rettighederne, der er nævnt i dette direktivs artikel 2 og 3, som direktivets artikel 5 fastsætter, at der skal bevares en »rimelig balance« mellem bl.a. på den ene side ophavsmændenes rettigheder og interesser og på den anden side rettighederne og interesserne hos brugerne af beskyttede frembringelser (jf. i denne retning domme Padawan, EU:C:2010:620, præmis 43, og Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 132).
- 27 Det følger heraf, at anvendelsen i en konkret situation af undtagelsen for parodi som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 skal 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 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).

- 28 For at undersøge, om anvendelsen af undtagelsen for parodi som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 i en konkret situation respekterer denne rimelige balance, skal der tages hensyn til alle omstændighederne i det foreliggende tilfælde.
- 29 Hvad angår den tvist, som den forelæggende ret skal træffe afgørelse i, skal det således bemærkes, at Vandersteen m.fl. har anført, at den i hovedsagen omhandlede tegning – eftersom de figurer, der i originalværket samlede de kastede mønter sammen, er blevet erstattet af mørklødede personer med slør – videregiver et diskriminerende budskab, der har til virkning, at det beskyttede værk forbindes med et sådant budskab.
- 30 Hvis dette faktisk er tilfældet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at vurdere, skal der erindres om betydningen af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af race, farve og etnisk oprindelse, således som dette princip er blevet konkretiseret ved Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EFT L 180, s. 22) og bekræftet bl.a. ved artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.
- 31 Under disse omstændigheder har indehavere af de rettigheder, der er fastsat i artikel 2 og 3 i direktiv 2001/29, såsom Vandersteen m.fl., i princippet en legitim interesse i, at det beskyttede værk ikke forbindes med et sådant budskab.
- 32 Det tilkommer følgelig 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), i direktiv 2001/29, såfremt den i hovedsagen omhandlede tegning har de væsentligste kendetegn, der er nævnt i denne doms præmis 20, respekterer den rimelige balance, som der er henvist til i denne doms præmis 27.
- 33 Det andet og det tredje spørgsmål skal følgelig besvares med, at artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at en parodi som væsentligste kendetegn dels skal vække forestilling om et eksisterende værk, samtidig med at den 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.
- 34 Anvendelsen i en konkret situation af undtagelsen for parodi som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 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 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).

- 35 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), i direktiv 2001/29, såfremt den i hovedsagen omhandlede tegning har de væsentligste kendetegn for en parodi, respekterer denne rimelige balance."

Ophavsretsloven

På s. 107 i de danske delegeredes betænkning fra 1951 om "Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948, udarbejdet af den af undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner" er det vedrørende den bestemmelse, som senere blev § 3, stk. 2, i ophavsretsloven fra 1961 (lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsret til litterære og kunstneriske værker), anført:

"På den anden side må det fremhæves, at det ifølge fast tradition, som det ikke har været meningen at rokke ved, er tilladt at bringe travestier og parodier."

Ophavsretsloven fra 1961 ("1961-loven") indeholdt i § 3 og § 4 følgende bestemmelser, der svarer til de nugældende § 3 og § 4:

"§ 3. Ophavsmanden har endvidere krav på at blive navngivet i overensstemmelse med, hvad god skik kræver, såvel på eksemplarer af værket som når dette gøres tilgængeligt for almenheden.

Værket må ikke ændres eller gøres tilgængeligt for almenheden på en måde, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart.

Sin ret efter denne paragraf kan ophavsmanden ikke frafalde, medmindre det gælder en efter art og omfang afgrænset brug af værket.

§ 4. Den, som oversætter, omarbejder eller bearbejder et værk eller overfører det til en anden litteratur- eller kunststart, har ophavsret til værket i denne skikkelse, men han kan ikke råde over det på en måde, som strider mod ophavsretten til originalværket.

Ophavsretten til et nyt og selvstændigt værk, som er frembragt gennem fri benyttelse af et andet, er ikke afhængig af ophavsretten til det benyttede værk."

I forarbejderne til 1961-loven, jf. lovforslag om forslag til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker af 15. januar 1960, Folketingstidende 1959-60, tillæg A, sp. 2693-2694, hedder det om den foreslåede § 3, stk. 2, i de specielle bemærkninger blandt andet:

"§ 3, stk. 2, giver reglen om ophavsmandens droit au respect.

...

Den foreslåede bestemmelse i § 3, 2. stk, udtrykker i virkeligheden to forskellige regler:

- 1) Værket må ikke ændres på en måde, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart,
- 2) Værket må ikke gøres *tilgængeligt for almenheden* på en måde, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart.

...

Regel 1 svarer i sit indhold til den nugældende danske lovbestemmelse, selv om den er anderledes udtrykt. Som det vil ses af den gældende lovbestemmelse, er det alene ændringer, denne tager sigte på, og kun de ændringer, der betyder en væsentlig forringelse af værket.

...

Det afgørende for, om fremstilling af eksemplarer af værker med ændringer, betyder en krænkelse af ophavsmandens *droit moral*, må være, om disse ændringer efter en objektiv bedømmelse må siges at krænke ophavsmandens anseelse eller egenart.

Det bør fremhæves, at bestemmelsen ikke vil være til hinder for fremførelsen eller udgivelsen af parodier eller travestier, idet der for disses tilladelighed må siges at være fast tradition.

Regel 2 betyder en afgørende nyhed i forhold til den eksisterende retstilstand, der som anført alene beskæftiger sig med ændringer. Reglen retter sig imod værkets anbringelse i uværdige omgivelser. Et værk kan – i uændret skikkelse – optages i omgivelser, hvor det ikke hører hjemme, en kendt, alvorlig melodi kan afsynges i forbindelse med ord, der ganske profanerer den, et klassisk værk kan blive udgivet med et omslag, der helt strider mod værkets ånd, eller et kunstværk kan blive udstillet eller gengivet under forhold, som må siges at være krænkende. Heller ikke her kommer det an på, hvad den pågældende ophavsmand selv anser som krænkende, men på hvad der efter en objektiv dom går ud over, hvad han bør finde sig i. Regel 2 udgør et meget vigtigt og stærkt savnet supplement til regel 1. Den kan bringes i anvendelse overalt, hvor værket gøres tilgængeligt for almenheden, hvad enten dette sker ved hjælp af eksemplarer af værket, eller det sker direkte ved fremførelse, oplæsning, udførelse, opførelse o. s. v.”

I de specielle bemærkninger til den foreslåede § 4 står der blandt andet:

”Ophavsret, der erhverves i henhold til § 4, stk. 1, er af sekundær art og gør ikke noget indgreb i ophavsretten til originalværket. Men den beskyttelse, som tillægges de heromhandlede bearbejdelser, består som nævnt i hele den i lovforslaget angivne retsbeskyttelse, som åndsværkerne er udstyret med, herunder også *droit moral*. Ingen kan gengive det bearbejdede værk i den fra bearbejderens hånd foreliggende skikkelse eller gøre det tilgængeligt for almenheden uden bearbejderens

samtykke (medmindre forholdet falder ind under undtagelsesbestemmelserne i kapitel II). Den, der ønsker at benytte værket i den bearbejdede skikkelse, må derfor have samtykke både fra det bearbejdede værks ophavsmand og fra bearbejderen, på samme måde som tilfældet er, hvor et værk har flere ophavsmænd. Ligeledes må bearbejderen, hvis han selv ønsker at fremstille eksemplarer af sin bearbejdelse eller at gøre den tilgængelig for almenheden, have samtykke af ophavsmanden til det bearbejdede værk, alt under den forudsætning at dette stadig er beskyttet. Det er dette, som er udtrykt i sidste sætning af § 4, stk. 1.

...

I § 4, stk. 2, fastslås, at den, der ikke optræder som bearbejder, men som under fri benyttelse af et eller flere eksisterende værker skaber et nyt og selvstændigt værk, opnår en af ophavsretten til de benyttede værker helt uafhængig ophavsret til det nye værk. Strengt taget er denne bestemmelse overflødig, idet det følger af den almindelige regel i lovforslagets § 1, at ophavsret erhverves, når et litterært eller kunstnerisk værk frembringes, uden at der foreligger en bearbejdelse af et andet værk. 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.

Grænsen mellem det nye og selvstændige værk og bearbejdelsen er ofte meget vanskelig at drage, og tvivlstilfælde kommer ret hyppigt frem til afgørelse ved domstolene, særlig for så vidt angår kunstindustrielle værker. Her er ofte brug for sagkyndigt skøn af specialister inden for det pågældende kunstneriske område."

Betænkningen og lovforslaget indeholder ikke bemærkninger ud over de ovenfor citerede til § 3, stk. 2, om parodier, traverstier, karikaturer eller pasticher.

Af forarbejderne til ophavsretsloven fra 1995 (lov. nr. 395 af 14. juni 1995), jf. lovforslag nr. 119 af 18. januar 1995 fremgår af de specielle bemærkninger til § 3 og § 4 blandt andet:

"Til § 3

Forslaget til § 3 om ophavsmandens ideelle rettigheder (droit moral) svarer til den gældende lovs § 3.

...

Til § 4

Forslaget til § 4 om bearbejdelser mv. svarer med enkelte redaktionelle ændringer til § 4 i den gældende lov.

..."

Infosoc-direktivet er gennemført ved lov nr. 1051 af 17. december 2002 om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.). Loven indeholder ikke en regel svarende til infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, og der er heller ikke efterfølgende indsat en sådan bestemmelse i ophavsretsloven, jf. dog nedenfor om den i 2021 indsatte bestemmelse i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10, om upload og tilrådighedsstillelse på onlineindholdsdelingstjenester.

I forarbejderne til lov nr. 1051 af 17. december 2002, jf. lovforslag nr. 19 af 2. oktober 2002 om forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.), står der blandt andet:

"Almindelige bemærkninger

...

2. Infosoc-direktivet og dets gennemførelse i dansk ret

Formål og anvendelsesområde

Formålet med infosoc-direktivet er at harmonisere EU-landenes lovgivninger om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder med særligt sigte på de nye digitale udnyttelsesmuligheder i informationssamfundet. Direktivet har samtidig til formål at sikre en ensartet gennemførelse i de enkelte EU-medlemslande af de to WIPO-traktater fra 1996, WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

Den gældende danske ophavsretslov er i hovedsagen i overensstemmelse med direktivet. Direktivteksten samt en detaljeret gennemgang af direktivet vurderet i forhold til den gældende ophavsretslov følger som *bilag 2 og 3*

Enerettigheder

Direktivet indeholder en generel harmonisering af en række af de ophavsretlige grundbeføjelser, som tilkommer ophavsmænd, udøvende kunstnere, lyd- og billedproducenter samt radio- og fjernsynsforetagender. Indholdet af beføjelserne er fastlagt i direktivets art. 2-4.

Efter art. 2 skal der tilkomme de nævnte rettighedshavere en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form. Bestemmelsen foreslås gennemført i ophavsretslovens § 2, stk. 2, jf. lovforslagets nr. 1, samt ved henvisningerne hertil i lovens kap. 5, jf. lovforslagets nr. 33, 36, 38 og 41-42

...

Undtagelser

I direktivets art. 5 er der åbnet mulighed for, at medlemslandene kan gøre undtagelser fra de ovenfor anførte eneretsbeføjelser. Bestemmelsen indeholder en udtømmende liste over de undtagelser, som medlemslandene må have i deres ophavsretslove. Listen indeholder en række undtagelser, som alle er valgfri, bortset fra art. 5, stk. 1, der er en obligatorisk undtagelse vedrørende de såkaldte flygtige og tilfældige fikseringer, jf. lovforslagets nr. 7. Den udtømmende opregning betyder, at medlemslandene kun kan opretholde eller indføre nye undtagelser svarende til dem, der er angivet i direktivet.

Den brede vifte af undtagelser svarer i hovedsagen til de undtagelsesbestemmelser, som findes i den gældende ophavsretslovs kap. 2

...

Der foreslås ikke indført nye undtagelsesbestemmelser i ophavsretsloven på baggrund af de valgfrie undtagelser i art. 5.”

Af lovforslagets bilag 3 ”Gennemgang af infosoc-direktivets bestemmelser” fremgår:

”Den gældende danske ophavsretslov er på mange punkter i overensstemmelse med direktivet.

Nedenfor følger en gennemgang af bestemmelserne i direktivet om ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (infosoc-direktiv) i forhold til den gældende lov. I forbindelse med de enkelte bestemmelser er det angivet, om bestemmelsen giver anledning til lovændring

...

- *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.

...”

Ophavsretsloven er efterfølgende ændret ved lov nr. 1121 af 4. juni 2021 om ændring af lov om ophavsret (Implementering af dele af direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af tv- og radioselskabernes onlinetransmissioner og retransmissioner af tv- og radioprogrammer m.v.). Ved lovændringen gennemførtes blandt andet det ovennævnte DSM-direktivs artikel 15 og 17.

Ved lovens § 1, nr. 2, er der i ophavsretslovens § 11, stk. 1, stk. 2, 1. pkt., og stk. 3, 1. pkt., sket den ændring, at "dette kapitel" er ændret til "dette kapitel, § 52 c, stk. 10,". Bestemmelsen i § 11 lyder herefter som følger:

"§ 11. Bestemmelserne i dette kapitel, § 52 c, stk. 10, og kapitel 6 b gør ikke indskrænkninger i ophavsmandens ret i henhold til § 3 ud over, hvad der følger af § 29.

Stk. 2. Når et værk anvendes i henhold til dette kapitel, § 52 c, stk. 10, og kapitel 6 b, må værket ikke ændres i videre udstrækning, end den tilladte brug kræver. Gengives værket offentligt, skal kilden angives i overensstemmelse med, hvad god skik kræver.

Stk. 3. Når et værk anvendes i henhold til dette kapitel, § 52 c, stk. 10, og kapitel 6 b, er det ikke tilladt at fremstille eksemplarer på grundlag af en gengivelse af værket i strid med § 2 eller på grundlag af en omgåelse af en teknisk foranstaltning i strid med § 75 c, stk. 1. Bestemmelsen i 1. pkt. finder ikke anvendelse på fremstilling af eksemplarer i medfør af § 16, stk. 5."

Endvidere er der ved lovændringen af 4. juni 2021, § 1, nr. 14, indsat følgende nye kapitel 2 b i loven:

"Kapitel 2 b

Onlineindholdsdelingstjenester

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

Stk. 2. En udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse til almenheden af værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, når disse uploades af onlineindholdsdelingstjenestens brugere. En udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste skal søge at opnå tilladelse fra rettighedshaverne til brug af rettigheder i henhold til 1. pkt., medmindre rettighedshaverne ikke ønsker at give en sådan tilladelse. Hvis der ikke er givet tilladelse, finder stk. 4 anvendelse.

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

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

1) Udbyderen har gjort sit bedste for at opnå en tilladelse fra rettighedshaverne.

2) Udbyderen har i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt gjort sit bedste for at sikre, at specifikke værker og andre frembringelser, for hvilke rettighedshaverne har givet tjenesteudbyderne de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige.

3) Udbyderen har handlet hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne om at forhindre tilgængeligheden af adgangen til eller fjerne de værker og andre frembringelser, der er givet meddelelse om, fra deres websteder og gjort sit bedste for at forhindre, at de fremover uploades, i overensstemmelse nr. 2.

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

1) Tjenestens type og publikum og størrelsen og typen af værker eller andre frembringelser, som uploades af tjenestens brugere.

2) Tilgængeligheden af egnede og effektive midler til at forhindre adgang til uautoriseret ophavsretligt beskyttet indhold og omkostninger forbundet hermed for udbydere af onlineindholdsdelingstjenester.

Stk. 6. Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal stille en effektiv klageordning til rådighed for brugerne af deres tjenester i tilfælde af uenighed om at forhindre tilgængeligheden af eller fjernelse af værker eller frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, som brugerne har uploadet, og hvor brugerne gør gældende, at brugen er omfattet af stk. 9.

Klagen skal behandles uden unødigt forsinkelse og underkastes menneskelig kontrol. Tvister mellem rettighedshaverne, udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og deres brugere om de forhold nævnt i 1. pkt. kan af hver af parterne indbringes for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47.

Stk. 7. Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal efter anmodning fra rettighedshaverne give disse tilstrækkelig præcise oplysninger om, hvordan tjenestens praksis fungerer med hensyn til det samarbejde, der er nævnt i stk. 4. Når der er indgået licensaftaler mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere, skal tjenesteudbyderen give rettighedshaverne oplysninger om anvendelsen af de værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, der er omfattet af aftalerne.

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

Stk. 9. Samarbejdet i stk. 4 mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere må ikke hindre adgangen til værker eller

frembringelser beskyttet efter §§ 65-71, der uploades af brugere, og som ikke krænker ophavsretten eller beslægtede rettigheder. Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal i deres vilkår og betingelser informere brugerne om, at brugerne kan anvende værker og frembringelser beskyttet efter §§ 65-71 i henhold til undtagelser fra eller indskrænkninger i ophavsretten.

Stk. 10. 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.«”

I lovforslaget til lov nr. 1121 af 4. juni 2021 (lovforslag nr. 205 af 26. marts 2021) anføres det blandt andet:

” Almindelige bemærkninger

...

1. Indledning

Hovedformålet med lovforslaget er at gennemføre artikel 15 og 17 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (DSM-direktivet) samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/789 af 17. april 2019 om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV- og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer, og om ændring af Rådets direktiv 93/83/EØF (SatCabII-direktivet). Direktiverne skal være gennemført i dansk ret senest den 7. juni 2021. Det resterende DSM-direktiv implementeres i et kommende lovforslag.

Lovforslaget ligger tæt op af direktivernes ordlyd og struktur for på den måde at mindske fortolkningstvivl mellem den danske lovtekst og EU-direktiverne.

Med lovforslaget foreslås der ændringer foretaget i forhold til den ophavsretlige regulering af informationssamfundstjenester, herunder at indføre en ny rettighed for udgivere af pressepublikationer i forhold til onlineanvendelse af mediernes indhold samt skabe en mulighed for aftalelicens, samt at gøre onlineindholdsdelingstjenester ansvarlige for det indhold, som deres brugere uploader til platformen. Derudover foreslås det, at der indføres regler, der gør det nemmere for distributører at indgå aftaler i forbindelse med videredistribution af programmer i lukkede netværk over internettet, samt indførelse af et afsenderlandsprincip i forhold til radio- og fjernsynsforetagenders tilknyttede onlinetjenester.

...

2. Baggrund

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 ændrer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/789 af 17. april 2019 ændrer Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel.

Formålet med DSM-direktivet og SatCabII-direktivet er at harmonisere EU-landenes lovgivninger om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder med særligt sigte på modernisering af ophavsretten set i lyset af udviklingen af digitale teknologier og især adgangen til at tilgå ophavsretligt beskyttet materiale såsom film og musik via internettet....

3. Lovforslagets hovedpunkter

3.1. Ophavsretlig regulering af informationssamfundstjenester

3.1.1. Gældende ret

Lov om ophavsret, jf. lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 (ophavsretsloven), indeholder ikke særskilt regulering af informationssamfundstjenester. Informationssamfundstjenester og deres brug af ophavsrettigheder reguleres i dag af ophavsretslovens generelle bestemmelser - herunder § 2 om enerettigheder og af ansvarsfritagelsesreglerne i lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel (e-handelsloven).

Ophavsretslovens § 2 indeholder ophavsmandens økonomiske enerettigheder. Enerettigheder er de rettigheder, som kræver tilladelse fra ophavsmanden, førend man kan foretage en brug eller råden over et ophavsretligt beskyttet værk. Dette indebærer også, at hvis man foretager en brug af et værk, som er omfattet af ophavsretslovens § 2 uden tilladelse, udgør dette en krænkelse af ophavsmandens rettigheder. Disse enerettigheder er eksemplarframstillingsretten og retten til at gøre værket tilgængeligt for offentligheden gennem spredning, visning, opførelse og overføring til almenheden.

Ophavsretsloven indeholder flere undtagelser til eneretten i § 2, herunder i ophavsretslovens § 22 om citat, som gennemfører artikel 5, stk. 3, litra d, i direktiv 2001/29/EF (Infosoc-direktivet). Herudover har domstolene i flere domme arbejdet med en ulovbestemt undtagelse for parodier m.v., se f.eks. U. 2009.875Ø (Bjørn Nørgaard) og U. 2013.1704Ø (Hornsleths collage).

...

3.1.3. Kulturministeriets overvejelser og den foreslåede ordning

Brugerdrevne techgiganter som f.eks. YouTube, der giver adgang til store mængder ophavsretligt beskyttet indhold, er blandt de væsentligste adgangskilder til onlineindhold. De er et middel til at sikre bredere adgang til kulturelle og kreative værker og giver de kulturelle og kreative sektorer store muligheder for at udvikle nye forretningsmodeller. Techgiganterne skaber imidlertid også udfordringer, når ophavsretligt beskyttet indhold uploades uden forudgående tilladelse fra rettighedshaverne. Der har hidtil hersket usikkerhed om, hvorvidt techgiganternes tjenester skal indhente tilladelse fra rettighedshaverne for det brugerdrevne indhold. Der er behov for en fair og velfungerende markedsplads, når store platforme forhandler rettigheder.

...

Hensigten med implementering af DSM-direktivets artikel 15 og 17 er at skabe en mere velfungerende markedsplads for ophavsret og dermed sikre, at rettighedshavernes position over for techgiganterne styrkes, således at der sikres fair vilkår og betaling til rettighedshaverne, når techgiganterne bruger deres indhold på nettet.

DSM-direktivets artikel 15 og 17 vedrører tjenester, som ofte vil agere internationalt, hvilket efter Kulturministeriets vurdering tilsiger et højt niveau af harmonisering, idet en ensartet tilgang på tværs af grænserne vil være med til at sikre den rette balance i reguleringen. Det er herefter Kulturministeriets vurdering, at der bør ske en direktivnær implementering, dog med de tilpasninger, som er nødvendige af hensyn til danske forhold, navnlig ophavsretslovens struktur og sprogbrug.

...

Det foreslås, at der indføres en ny § 52 c, som i stk. 1 indeholder en definition af onlineindholdsdelingstjenester. § 52 c finder anvendelse på udbydere af onlineindholdsdelingstjenester. Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester defineres i DSM-direktivets artikel 2, stk. 6, 1. afsnit, som en udbyder af en informationsamfundstjeneste, der har som hovedformål eller som et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af dens brugere, og som den organiserer og promoverer med et profitmæssigt formål.

Den foreslåede § 52 c, stk. 2, præciserer, at onlineindholdsdelingstjenester foretager en ophavsretlig relevant handling og en brug omfattet af de ophavsretlige enerettigheder, når onlineindholdsdelingstjenestens brugere uploader indhold, jf. betragtning nr. 64. Dette betyder, at der skal indhentes tilladelse fra rettighedshaverne, jf. betragtning nr. 61. Formålet med bestemmelsen er at fjerne tvivl om, hvorvidt onlineind-

holdsdelingstjenester har et ophavsretligt ansvar, eller om de er ansvarsfritagne efter e-handelslovens § 16, jf. betragtning nr. 65.

...

Kulturministeriet foreslår, at der med § 52 c, stk. 9, indføres en forpligtelse til at sikre, at indhold, der ikke krænker rettighedshavernes rettigheder, ikke forhindres i at blive tilgængeligt. Samarbejdet mellem rettighedshavere og onlineindholdsdelingstjenester i henhold til § 52 c, stk. 4, om tjenestens bedste indsats, skal tage hensyn til forpligtelsen i den foreslåede § 52 c, stk. 9. Af hensyn til oplysning af brugerne foreslås det endvidere i § 52 c, stk. 9, at onlineindholdsdelingstjenesterne forpligtes til at informere sine brugere om adgangen til at uploade materiale omfattet af ophavsretlige undtagelser eller indskrænkning, jf. artikel 17, stk. 9.

De foranstaltninger, der træffes af udbyderne af onlineindholdsdelingstjenester i samarbejde med rettighedshavere, bør ikke berøre anvendelsen af undtagelser fra eller indskrænkninger i ophavsretten, herunder navnlig sådanne der sikrer brugernes ytringsfrihed. I § 52 c, stk. 10, foreslår Kulturministeriet således indført en undtagelse for karikatur, parodi eller pastiche ved brug af disse på onlineindholdsdelingstjenester. Artikel 17, stk. 7, indeholder krav om, at medlemsstaterne skal indføre de i den danske ophavsretslovs gældende undtagelser for citater, kritik, anmeldelser og anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche, som er indeholdt i artikel 5, stk. 3, litra d og k, i Infosoc-direktivet. Disse undtagelser eller indskrænkninger er efter Infosoc-direktivet valgfrie at indføre for medlemsstaterne, men dette ændres med DSM-direktivets artikel 17, stk. 7, hvad angår brug på onlineindholdsdelingstjenesterne. Artikel 5, stk. 3, litra d, er indeholdt i den gældende § 22 i ophavsretsloven, mens artikel 5, stk. 3, litra k, er indeholdt i den foreslåede § 52 c, stk. 10, for så vidt angår brug på onlineindholdsdelingstjenester.

Lovens almindelige regler gælder også for den brug, der tillades i den foreslåede § 52 c, stk. 10. Dette vil sige, at ophavsretslovens §§ 3 og 11 skal respekteres af brugeren. Dette betyder bl.a., at når et værk m.v. anvendes i henhold til undtagelsen i § 52 c, stk. 10, er det ikke tilladt at fremstille eksemplarer på grundlag af en gengivelse af værket i strid med § 2 eller på grundlag af en omgåelse af en teknisk foranstaltning i strid med ophavsretslovens § 75 c, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, 1. pkt. Der gælder således også for denne undtagelse et princip om lovligt forlæg - dvs. at der forudsættes, at man har lovlig adgang til værket.

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til § 1

...

Til nr. 2

Det fremgår af ophavsretslovens § 11, hvilke grænser der sættes ved brug af en ophavsretlig undtagelsesbestemmelse. Det fremgår af § 11, stk. 1, at en undtagelse ikke medfører indskrænkning i ophavsmandens ideelle rettigheder efter § 3. Af § 11, stk. 2, fremgår det, at der er krav om kildeangivelse og af § 11, stk. 3, fremgår det, at brug af en ophavsretlig undtagelse forudsætter lovligt forlæg.

Det foreslås, at der foretages en ændring af § 11, stk. 1-3.

Forslaget indebærer, at ophavsretslovens almindelige betingelser for brug af en ophavsretlig undtagelse også finder anvendelse ved brug efter den foreslåede § 52 c, stk. 10.

Den foreslåede bestemmelse vil betyde, at brug af den nye ophavsretlige undtagelse i den foreslåede § 52 c, stk. 10, forudsætter, at dette ikke strider imod ophavsmandens ideelle rettigheder, at der foretages kildeangivelse, og at brugen sker på baggrund af lovligt forlæg.

På den baggrund foreslås det, at §§ 11, stk. 1-3 ændres således, at der henvises til den foreslåede § 52 c, stk. 10.

...

Til nr. 14

Det fremgår af ophavsretslovens gældende § 2, stk. 1, at ophavsmanden har eneret til at råde over sit værk ved at fremstille eksemplarer og gøre det tilgængeligt for almenheden. Af den gældende stk. 3, nr. 3, fremgår det, at et værk gøres tilgængeligt for almenheden, når værket fremføres offentligt, mens det af stk. 4, nr. 1, fremgår, at offentlig fremførelse efter stk. 3, nr. 3, også omfatter trådbunden eller trådløs overføring af værker til almenheden, herunder udsendelse i radio eller fjernsyn og tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden for adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

Det fremgår af de gældende §§ 65-71 med henvisning til § 2, stk. 2-4, hvilke fysiske og juridiske personer, som ikke betragtes som ophavs-mænd, men som nyder en tilsvarende beskyttelse i form af nærtstående rettigheder. Til denne opstilling tilføjes den nye nærtstående ret, som tilkommer presseudgivere i den foreslåede § 69 a.

Det fremgår af den gældende e-handelslovs § 16, at informations-samfundstjenesteydere ikke er ansvarlige for oplagring af information, når oplagringen sker på anmodning af afsenderen - som har leveret informationen - hvis tjenesteyderen 1) ikke har kendskab til den ulovlige information, 2) for så vidt angår erstatningskrav ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår, eller 3) fra det tidspunkt, hvor tjenesteyderen op-

når det fornødne kendskab straks tager skridt til at fjerne information. § 16 i e-handelsloven indeholder således en betinget ansvarsfritagelse for en tjenesteyders formidling af andres indhold. Informationssamfundstjenestens egen lagring af information er ikke omfattet af bestemmelsen, som begrænser tjenesteyderens medvirkensansvar for andres upload af indhold.

Den gældende ophavsretslov indeholder ikke specifik regulering af informationssamfundstjenester, herunder onlineindholdsdelingstjenesters brug af ophavsretligt beskyttet materiale. Det foreslås at placere den nye bestemmelse om onlineindholdsdelingstjenester efter DSM-direktivets artikel 17 i et nyt kapitel 2 b i ophavsretsloven.

Det foreslås, at der i § 52 c indsættes en ny bestemmelse, der har til formål at implementere artikel 17 i DSM-direktivet. Kulturministeriet foreslår en direktivnær implementering, hvor der lægges vægt på bestemmelsens formål, som er at sikre rettighedshaverne en bedre retstilling i forhold til at indgå aftale med onlineindholdsdelingstjenesteudbydere.

...

Den foreslåede § 52 c, stk. 10, har til formål at gennemføre de ophavsretlige undtagelser, som angivet i Artikel 17, stk. 7. Artikel 17, stk. 7, nævner konkret undtagelserne a) citater, kritik, anmeldelser og b) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche.

De i artikel 17, stk. 7, litra a, oplyste undtagelser henviser til Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra d. Disse undtagelser er indeholdt i den gældende § 22 i ophavsretsloven.

De i artikel 17, stk. 7, litra b, oplyste 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. Gældende ret er således i overensstemmelse med direktivets artikel 17, stk. 7, litra b, jf. f.eks. forarbejderne til ophavsretslovens § 3 i Folketingstidende 1959-60, tillæg A, sp. 2691-2629, gengivet i U. 2014.1739: "Det bør fremhæves, at bestemmelsen ikke vil være til hinder for fremførelsen eller udgivelsen af parodier eller travestier, idet der for disses tilladelighed må siges at være fast tradition". Domstolene har i flere domme arbejdet med en ulovbestemt undtagelse for parodier m.v., se f.eks. U. 2009.875Ø (Bjørn Nørgaard) og U. 2013.1704Ø (Hornsleths collage).

For at sikre at Danmark lever op til forpligtelserne i artikel 17, stk. 7, foreslås en ny undtagelse i ophavsretslovens § 52 c, stk. 10, hvoraf følger, at brugere af onlineindholdsdelingstjenester må uploade og stille brugergenereret indhold, der indeholder værker, til rådighed på onlineindholdsdelingstjenesterne, når dette sker med henblik på karikatur, parodi eller pastiche.

Undtagelsen gælder både for den eksemplar fremstilling og den tilgængeliggørelse for almenheden, som brugeren måtte foretage i forbindelse med, at indhold uploades og stilles til rådighed af brugeren på online-indholdsdelingstjenesterne. Undtagelsen gælder dog ikke i videre omfang end, hvad der følger af artikel 17. Dette betyder f.eks., at handlinger, der ikke er forbundet hermed, f.eks. download, ikke er omfattet af undtagelsen. Det samme gælder eksemplar fremstilling, som går forud for upload handlingen.

Det afhænger af en konkret vurdering, om der foreligger karikatur, parodi eller pastiche, hvor der bl.a. skal tages højde for tretrinset i Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5, hvorefter følger, at undtagelserne kun må anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.

Ophavsretslovens almindelige regler gælder også for den brug, der tillades efter forslaget til § 52 c, stk. 10. Dette vil sige, at ophavsretslovens §§ 3 og 11 skal respekteres af brugeren. Dette indebærer bl.a., at når et værk m.v. anvendes i henhold til undtagelsen, er det ikke tilladt at fremstille eksemplarer på grundlag af en gengivelse af værket i strid med § 2 eller på grundlag af en omgåelse af en teknisk foranstaltning i strid med ophavsretslovens § 75 c, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, 1. pkt. Der gælder således også for denne undtagelse et princip om lovligt forlæg.

Om baggrunden for og Kulturministeriets overvejelser i forhold til bestemmelsen henvises i øvrigt til de almindelige bemærkninger i afsnit 3.1.3."

Af det af Kulturministeriet til Folketinget fremsendte høringsnotat af 28. februar 2021 fremgår blandt andet:

" § 52 e, stk. 10 - karikatur, parodi eller pastiche

...

DR finder det positivt, at der i bemærkningerne til bestemmelsen henvises til Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, samt tretrinset i samme direktivs artikel 5, stk. 5 og er enig i, at begge bestemmelser allerede må anses for gældende ret i Danmark. DR finder det derimod problematisk, at det foreslås at indsætte en henvisning til den foreslåede § 52 e, stk. 10, i lovens § 11, stk. 1-3. Henvisningen vil betyde, at der opstilles nye betingelser for parodi mv., som efter DR's opfattelse både vil være i strid med de vide rammer for parodi, der følger af gældende ret og et uhensigtsmæssigt indgreb i ytringsfriheden. Da den foreslåede ændring af § 11, stk. 1-3, hverken ses at have hjemmel i Infosoc-direktivet, DSM-direktivet eller gældende ret i øvrigt (hverken dansk retspraksis eller EU-retspraksis), skal DR kraftigt opfordre til, at ændringerne udgår af lovforslaget.

IT-Politisk Forening og Communia vil anbefale, at den nye undtagelse for parodi m.v. indføres generelt og ikke kun i forbindelse med § 52 e.

STM gør gældende, at art. 17, stk. 7, ikke indfører nye undtagelser til eneretten, men henviser til eksisterende undtagelser, hvorfor undtagelsen skal bruges under samme vilkår som de andre undtagelser i info-soc-direktivet.

Kulturministeriets bemærkninger:

Henset til at undtagelserne oplyst i § 52 e, stk. 10, allerede inden forslaget til ændring af ophavsretsloven måtte anses for gældende ret, vurderer Kulturministeriet, at det ikke er nødvendigt at indføre disse generelt. Disse er indført i § 52 e, stk. 10, af hensyn til onlineindholdsdelingstjenesters internationale karakter og for at sikre, at Danmark lever op til forpligtelserne i artikel 17, stk. 7, er de pågældende undtagelser tilføjet i § 52 e, stk. 10.

Kulturministeriet noterer sig DR's bemærkninger vedrørende henvisning til ophavsretslovens § 11 og de betingelser, som brug af ophavsretlige undtagelser forudsætter. Kulturministeriets bemærker, at ingen EU-direktiver omhandler de almindelige bestemmelser om indskrænkning i ophavsretten udover, at det i flere bestemmelser i Infosoc-direktivet angives, at der skal ske kildeangivelse, f.eks. *ift. citat*. Kulturministeriet vurderer, at disse betingelser også bør finde anvendelse i nærværende tilfælde, og der intet EU-retligt er til hinder for dette. Den foreslåede bestemmelse vedrører brug af karikatur, parodier og pastiche, som uploades til indholdsdelingstjenester, mens den eksisterende retstilstand finder anvendelse i alle andre henseender."

Fremmed ret

The Intellectual Property Office (IPO), som er den britiske myndighed på området for immaterialrettigheder, udgav den 8. januar 2013 en rapport, "The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions A Comparative Review of the Underlying Principles Parody and Pastiche. Study II", udarbejdet af Dinusha Mendis and Martin Kretschmer. Af indledningen fremgår blandt andet følgende om baggrunden for rapporten og om resultaterne af undersøgelsen (fodnoter udeladt):

"In 2011 the 'Hargreaves Review' – an independent review of intellectual property and growth conducted by Professor Ian Hargreaves – commenced where Gowers had left off and brought the issue of parody to the fore again. Hargreaves emphasised that the most important issues with respect to parody concern freedom of expression (and thus were beyond the review's terms of reference) but that there was an important economic dimension: "Video parody is today becoming part and parcel of the interactions of private citizens, often via social networking sites, and encourages literacy in multimedia expression in ways that are increasingly essential to the skills base of the economy. Comedy is big business". The Report concluded that "the failure to adopt these exceptions, despite the previous Government's acceptance of Gowers' recommendation five years ago, is a clear demonstration of

the failure of the copyright framework to adapt. The Government must ensure that this failure is remedied”.

Parody exceptions are common in other European countries, and possible under Article 5(3) of the Information Society Directive which states that ‘Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases (k) use for the purpose of caricature, parody or pastiche’. It has been argued that the recommendation to introduce a parody exception is “nothing new or radical, having been contemplated in the Directive’s invitation to deal with parody, but rather it is playing catch-up, with a number of member states having already addressed it”.

The purpose of this paper is to review the legal treatment of parodies in several key countries, with a view to identifying possible regulatory options for benefiting from a parody exception to copyright infringement, and distilling the (economic and non-economic) rationales underlying tests developed by legislators and courts. The selected jurisdictions share a common law heritage with the UK (Australia and Canada), or have contributed significantly to the European *acquis* (Germany, France and The Netherlands). The selection also includes countries with an explicit parody exception (Australia, France and The Netherlands), and countries that accommodate parody within a wider “fair use” provision (USA) or a narrow “free use” provision interpreted in the light of constitutional norms of freedom of expression and freedom of the arts (Germany).

It will be seen that the criteria developed for assessing parodic treatments in these jurisdictions overlap in complex ways (often fusing economic, moral, and social elements). The order of countries broadly follows a progressive liberalisation, from more restrictive to less restrictive regimes.

Before carrying out a detailed discussion of each jurisdiction, the paper summarises the position of each country in Table 1, bringing together all the countries ‘At-a-Glance’. In carrying out the detailed review, the paper will highlight and discuss the ‘turning points’ within each jurisdiction which have introduced a parody exception and those which are debating the possibility of introducing such an exception. Wherever possible, key cases are illustrated and reviewed by the artefacts that gave rise to the litigation, since the scope of permitted cultural activity only becomes visible in the application of legal rules formulated at a high level of abstraction. These illustrations are set out in Appendices and are used in accordance with section 30 of the *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

Table 1 Parody: Seven jurisdictions at-a-glance

COUNTRY	LEGISLATION ON PARODY (Actual or Expected)	CASE LAW (+ for parodist) (- against parodist)	TEST
UNITED KINGDOM	Government Consultation following <i>Hargreaves Review (2011)</i> proposes introduction of a parody exception within the existing 'fair dealing' frame.	<p>+ <i>Glyn v Weston Feature Film Company (1894) (Burlesque film of novel)</i>;</p> <p>+ <i>Joy Music (1960) (Rock-a-Billy/Rock-a-Philip, rock)</i>;</p> <p>- <i>Twentieth Century Fox (1965) (Cleopatra/Carry on Cleo)</i>.</p>	<p>Whether a 'substantial part' has been taken from the original to create the parody (section 16(3) CDPA 1988).</p> <p>Up to, and including <i>Joy Music (1960)</i> the courts considered the <i>mental labour</i> that went into <i>revision and alteration</i> so as to produce an original work.</p> <p>Following <i>Twentieth Century Fox (1965)</i>: narrower focus on what has been <i>taken</i>.</p>
CANADA	<i>Copyright Modernization Act (Bill C-11)</i> amending Copyright Act 1985 passed on 18 June 2012 and received Royal Assent on 29 June 2012. New section 29 recognises works of (education), parody or satire under the existing 'fair dealing' exception, which is further elaborated at section 29.21 for 'non-commercial user-generated content'.	<p>- <i>Ludlow Music (1967) (This Land is Your Land/This Land Ain't Your Land)</i>;</p> <p>- <i>CGEM Michelin (1996) ('Michelin Tire Man'/ parody of artwork)</i>;</p> <p>- <i>Avanti Ciné-Vidéo (1999) (La Petite Vie/La Petite Vite (pornographic version of situation comedy series))</i>.</p>	<p>Section 29 sets out that fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright.</p> <p>Section 29 is further elaborated at section 29.21 also known as the 'mash-up exception'. Section 29.21 sets out requirements for permitting user-generated content which may cover parodies that do not fall under the fair dealing exception for criticism.</p> <p>Permitted content generation must solely be <i>carried out for noncommercial purposes</i>.</p> <p>It must not have '<i>a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or subject matter</i>', including that the new work <i>should not be a substitute for the existing one</i>. The <i>identity of the existing work should be</i></p>

			<i>acknowledged.</i>
FRANCE	<i>L 122-5 of the French Intellectual Property Code 1992</i> recognises a right to parody, pastiche or caricature.	<p>+ <i>Moulinsart</i> (2011) (<i>Tintin/ artistic parody of Tintin depicting current affairs and geopolitics in France</i>);</p> <p>+ <i>Esso</i> (2004) (<i>ESSO/ E\$\$O</i>);</p> <p>- <i>Marcel Pagnol</i> (1997) (<i>advert selling prêt-à-porter</i>);</p> <p>- <i>Jamel Debouze</i> (2002) (<i>humoristic audio</i>);</p> <p>- <i>Greenpeace</i> (2008) (<i>Areva logo with a blooded skull and a dead fish</i>).</p>	<p>Humoristic, and ‘<i>substantial transformation/modification of a copyright work</i>’ devoid of the intention to harm the legitimate author (financially or morally). Can be commercial use.</p> <p>The parodied work should not <i>exploit the fame of the original work in order to reach its audience</i>.</p> <p>Parody defences were denied by the courts if the use was just commentary (Jamel Debouze), intended as an advertisement (Marcel Pagnol), or if the point could have been made by using different images (Greenpeace).</p>
AUSTRALIA	<i>Section 41A of the Australian Copyright Act 1968</i> as amended by the Australian Copyright Amendment Act 2006 recognises works of parody or satire under its ‘fair dealing’ exception.	<p>- <i>AGL v Shortland</i> (1989) (<i>advert by applicant to push the message ‘energy balanced homes save money’/‘reply’ advert by defendant using similar format and same factors</i>);</p> <p>- <i>The Panel</i> (2005) (<i>Channel Nine news clips/shown and discussed in a humorous manner on Network Ten</i>).</p>	<p>Similar to UK, ‘<i>substantial part</i>’ is considered when determining the scope for parody (The Panel case). Assessment includes <i>interference</i> with copyright owner’s <i>financial interest</i> which can affect the <i>value of the work</i> and provide an <i>unfair advantage</i> to the parodist.</p> <p>Since Parody has been explicitly recognised as a ‘fair dealing’ exception (section 41A, 2006), the new provision has not been tested in court yet.</p>
GERMANY	<i>Article 24 of Urheberrechtsgesetz 1965</i> recognises parody within ‘free use’ (freie Benutzung).	<p>- <i>Disney-Parodie</i> (1971) (<i>satirical cartoon, Walt Disney creating biblical figures in heaven</i>);</p> <p>+ <i>Asterix case</i> (1993) (<i>Asterix/ Falsches Spiel mit Alcolix. Die Parodie</i>);</p>	<p>The courts have increasingly interpreted §24(1) ‘free use’ in the light of constitutional guarantees (Art. 5(1): freedom of expression, Art. 5(3): freedom of art, science, research and education).</p> <p>The threshold is one of ‘necessity’ to borrow from the original</p>

		<p>+ <i>Gies-Adler</i> (2003) (<i>German national symbol/ version of the Federal eagle used on magazine cover criticising national policy</i>).</p>	<p>work.</p> <p>A clear '<i>inner distance</i>' between the original and the parody must be expressed, generally through '<i>antithematic</i>' treatment.</p> <p>§24(2) UrhG does not permit musical parodies as 'free use' where a melody has been recognisably borrowed from the work and <i>used as a basis for a new work</i>.</p>
USA	<p>Section 107 Copyright Act 1976 recognises parody under its '<i>fair use</i>' doctrine.</p>	<p>+ <i>Campbell v Acuff-Rose</i> (1994) (<i>'Pretty Woman' by Roy Orbison/ 'Oh Pretty Woman' by 2 Live Crew</i>);</p> <p>+ <i>Suntrust Bank</i> (2001) (<i>Gone With the Wind/ The Wind Done Gone</i>);</p> <p>+ <i>Louis Vuitton case</i> (2007) (<i>Louis Vuitton/ Chewy Vuitton</i>).</p>	<p>The right to parody is recognised under the <i>doctrine of 'fair use'</i> under section 107 Copyright Act 1976.</p> <p>Under the fair use doctrine, factors to consider include the purpose and character (commercial/non-profit educational use), substantiality of the portion used, and the effect of the use upon the potential market.</p> <p>The case of <i>Campbell</i> established that the key test is to determine the '<i>transformative</i>' nature of the parodied work. Does it add '<i>something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning or message</i>'?</p>
NETHERLANDS	<p>Article 18b of the Dutch Copyright Act 1912 (as amended in 2004) recognises a work in the context of a caricature, parody or pastiche.</p>	<p>- <i>Harry Potter case</i> (2003) (<i>Harry Potter/ Tanja Grotter</i>);</p> <p>+ <i>Darfurnica case</i> (2011) (<i>Louis Vuitton/ Depicting a child from Darfur holding a Louis Vuitton handbag and Chihuahua dog dressed in pink</i>);</p> <p>+ <i>Miffy case</i> (2011) (<i>Miffy/ Miffy depicted</i>)</p>	<p>Before recognising the right to caricature, parody and pastiche under article 18b of the Copyright Act 1912, The Netherlands was hesitant to invoke freedom of expression for the purposes of parody.</p> <p>Under the new section the test is that the parody should normally be sanctioned <i>under rules of social custom</i>.</p> <p>The cases of Miffy and Darfur-</p>

		<i>within the roles of sex, drugs and terrorism).</i>	nica challenged the test, but in both cases the Court held in favour of the parodist.
--	--	---	---

”

Den britiske Copyright, Designs and Patents Act fra 1988 er efter udgivelsen af den ovennævnte rapport ændret i 2014 og indeholder nu i section 30 A, jf. section 28, følgende om undtagelse af karikatur mv. fra ophavsretlig beskyttelse:

“Chapter III

Acts Permitted in relation to Copyright Works

Introductory

28 Introductory provisions

(1) The provisions of this Chapter specify acts which may be done in relation to copyright works notwithstanding the subsistence of copyright; they relate only to the question of infringement of copyright and do not affect any other right or obligation restricting the doing of any of the specified acts.

(2) Where it is provided by this Chapter that an act does not infringe copyright, or may be done without infringing copyright, and no particular description of copyright work is mentioned, the act in question does not infringe the copyright in a work of any description.

(3) No inference shall be drawn from the description of any act which may by virtue of this Chapter be done without infringing copyright as to the scope of the acts restricted by the copyright in any description of work.

(4) The provisions of this Chapter are to be construed independently of each other, so that the fact that an act does not fall within one provision does not mean that it is not covered by another provision.

...

30A Caricature, parody or pastiche

(1) Fair dealing with a work for the purposes of caricature, parody or pastiche does not infringe copyright in the work.

(2) To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the doing of any act which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable.”

I § 4 i den svenske ophavsretslov, lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (Upphovsrättslagen, URL) med senere ændringer, står der:

”4 § Den som översatt eller bearbetat ett verk eller överfört det till annan litteratur- eller konstart har upphovsrätt till verket i denna gestalt, men han äger icke förfoga däröver i strid mot upphovsrätten till originalverket.

[2 st.] Har någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk, är hans upphovsrätt ej beroende av rätten till originalverket.”

Af forarbejderne til § 4, stk. 2, fra auktorrättskommittén gengivet i NJA II 1961, s. 80-81 fremgår om stk. 2:

”**Andra stycket § 4,**

För en bearbetning är karakteristiskt, att den lämnar originalverkets individualitet – dess 'inre form' – oförändrad och endast låter denna framstå i ny gestalt; i bearbetningen behållas sålunda de väsentliga dragen i originalverket. Från bearbetning får skiljas det fallet, att i fri anslutning till ett verk skapas ett nytt och självständigt sådant, i förhållande till vilket det äldre verket helt träder i bakgrunden. Litteraturens och konstens historia uppvisar talrika exempel på nyskapande, som ägt rum under inspiration av äldre verk eller som från äldre verk hämtat idéer och uppslag; tidigare italienska noveller lågo till grund för Shakespeares dramer, Dante sökte förebilder hos Vergilius, Tegnér skapade sina Fritiofdikter i anslutning till den isländska sagan. Inom tonkonstens område kan såsom exempel på sådana nyskapelser, varom nu är fråga, nämnas fria variationer, 'vilka med utgångspunkt i ett föreliggande musikaliskt tema ombilda detta i melodiskt, rytmiskt eller harmoniskt hänseende'. Att den som sålunda i fri anslutning till ett verk skapat ett nytt och självständigt verk ensam äger upphovsmannarätt till detta framgår redan av den allmänna bestämning av begreppet verk, som ligger till grund för den upphovsmannarättsliga lagstiftningen; för tydlighetens skull har emellertid, liksom i gällande rätt, en uttrycklig regel härom upptagits i förslaget.

I detta sammanhang må beaktas vad som under 1 § anförts därom att det upphovsmannarättsliga skyddet icke omfattar tankar, erfarenhetsrön och uppgifter om fakta som framläggas i verket. Den omständigheten, att i ett populärvetenskapligt arbete intagas sakuppgifter hämtade från andra framställningar, hindrar alltså icke att arbetet betraktas som ett originalverk. Det sagda äger motsvarande tillämpning i fråga om sådana alster som avses i 1 § 2 st. Om vid utarbetandet av en karta så-

dana kartografiska element som äro faktiskt givna – jämför här motive-
ringen till nämnda stycke – övertagas från andra kartor, kan den nya
kartan det oaktat bli att anse som självständigt verk.

Speciella former av efterbildningar av verk utgöra parodier och trave-
stier. Stundom äro dessa framställda i sådan 'fri anslutning' till förebil-
den, som i detta stycke avses, men även där sambandet är närmare, ja,
även om travestien är mycket närgången, kanske följer förebilden i lån-
ga stycken ord för ord, har det överallt städse ansetts, att travestier och
liknande äro självständiga verk, icke bearbetningar. Avgörande härför
är uppenbarligen den omständigheten, att travestien har ett helt annat
syfte än bearbetningen, icke vill som denna begagna förebilden för att
nå en effekt av liknande slag utan fullföljer ett för förebilden helt främ-
mande syfte. Det har i allmänhet icke ansetts erforderligt att särskilt
nämna dessa specialfall i lag, och kommittén har följt denna praxis.»

I svensk retspraxis er det i överensstemmelse med det i sidste afsnit anførte,
antaget, at udnyttelse af dele af et værk til at skabe en parodi eller traversti in-
debærer, at det nye værk anses for at være et selvstændigt værk, jf. særligt den
svenske Højesterets dom af 23. december 2005 (Alfons Aaberg), NJA 2005 s. 905,
hvori brug i et radioprogram med et komisk formål af replikker fra flere Alfons
Aaberg-bøger i sammenhæng med filmreplikker i den danske film, Pusher, blev
anset for at indebære skabelse af et selvstændigt værk, som ikke krænkede op-
havsretten til Alfons Aaberg-bøgerne. Efterfølgende har Svea Hovrätt, Patent-
og Varemærkedomstolen, i en straffedom af 23. juni 2021 i sag B-12315-20
(Svensk Tiger) antaget, at ophavsretten til værket, Svensk Tiger, ikke var krænk-
ket ved brug af værket i forskellige collager, idet disse collager, som efter dom-
stolens opfattelse havde et andet samfundskritisk meningsindhold og/eller var
udtryk for karikatur eller parodi, udgjorde nye og selvstændige værker. Af
dommen fremgår om forståelsen af retsgrundlaget blandt andet følgende:

”Parodier och travestier nämns i motiven som speciella former av efter-
bildningar av verk som brukar vara självständiga verk och inte bear-
betningar (se NJA II 1961 s. 81 och NJA 2017 s. 75, punkten 13).

Högsta domstolen har i avgörandet NJA 2017 s. 75, Svenska synda-
böcker, beträffande tolkningen av 4 § andra stycket upphovsrättslagen
och dess gränser mot bearbetningar uttalat följande. Avgörande för frå-
gan, om det nya arbetet uppnår egen verkshöjd, är hur det är ägnat att
uppfattas av dem som tar del av det. En helhetsbedömning ska alltså
göras med utgångspunkt i den subjektiva uppfattning som kan antas
delad av flertalet. Vid bedömningen har det betydelse om det nya ver-
ket kan anses ha en annan mening än det verk som har använts som
förebild. Det är inte nödvändigt att det nya verket hänför sig – som en
travesti – till det första verket utan kan på annat sätt ge uttryck för en
mening som är främmande för det verket. Ju starkare originalverket är,
desto svårare kan det vara att åstadkomma ett nytt verk med det som
förebild. (Se punkten 14.)

...

Så som angetts av Patent- och marknadsdomstolen ska det upphovsrättsliga verksbegreppet tolkas enligt EU-rätten.

...

Som framgått av Patent- och marknadsdomstolens dom bedömde Patent- och marknadsöverdomstolen i dom den 15 juli 2019 i mål PMT 1473-18, med hänvisning till hur EU-domstolen efter Infosocdirektivets genomförande klarlagt EU-rättens innehåll avseende begreppen verk och parodi, att det synsätt som tidigare kommit till uttryck i svensk rätt avseende parodier som självständiga verk inte längre kunde tillämpas. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning i det målet stod det dock klart att det finns ett parodiundantag i svensk rätt. Detta måste, enligt uttalanden i den domen, tolkas konformt med EU-rätten (se s. 23 i den domen och hänvisningen till EU-domstolens dom den 19 april 2016, Dansk Industri, C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 33). Efter överklagande fastställde Högsta domstolen Patent- och marknadsöverdomstolens domslut. Frågan om det finns ett parodiundantag i svensk rätt behandlades dock inte särskilt av Högsta domstolen (se NJA 2020 s. 293, Mobilfilmen).

Av redovisningen kan slutsatsen dras att det synes föreligga en normkonflikt mellan det synsätt och angreppssätt i förhållande till bl.a. parodier som framgår av EU-rätten (dvs att sådana kan anses falla inom ramen för en tillåten inskränkning enligt artikel 5.3.k Infosocdirektivet) och det sätt som parodier och travestier traditionellt behandlats i svensk rätt (dvs som självständiga verk enligt 4 § andra stycket upphovsrättslagen).

Skuldfrågan

...

Det mål Patent- och marknadsöverdomstolen nu har att bedöma är, till skillnad från Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål PMT 1473-18, ett brottmål. Patentoch marknadsöverdomstolen konstaterar att delvis andra principer och bedömningskriterier nu måste tillämpas. (Jfr Högsta domstolens uttalanden i NJA 2020 s. 293, punkterna 20 – 23, angående begränsning av upphovsrätten i straffrättsligt avseende.)

Framförallt måste domstolen förhålla sig till legalitetsprincipens krav på förutsebarhet i rättstillämpningen.

...

Av det nu anförda följer således att Patent- och marknadsöverdomstolen bedömer att det inte finns rättsligt utrymme för att i detta brottmål i ljuset av unionsrätten underlåta att tillämpa 4 § andra stycket upphovsrättslagen såsom bestämmelsen tolkats av Högsta domstolen i rättsfallet NJA 2017 s. 75.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen angår om Tom Jensen ved at have bragt Rasmus Meislers tegning af en havfrue (bilag 1) og fotografiet optaget af en ukendt fotograf af billedhuggeren Edvard Eriksens værk, Den Lille Havfrue, påført mundbind (bilag 10) i Berlingske har krænket arvingernes ophavsret til værket, herunder Edvard Eriksens droit au respect. Landsretten skal i den forbindelse tage stilling til, om tegningen er et selvstændigt værk, som foretager en fri afbenyttelse af Den Lille Havfrue eller en tilladelig karikatur, og om fotografiet og tegningen er lovlige ytringer, der er beskyttet efter artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Endvidere er der spørgsmål om, hvorvidt den skete anvendelse udgør en overtrædelse af markedsføringsloven. I fald der foreligger en krænkelse, skal der tillige tages stilling til spørgsmålet om vederlag, erstatning og godtgørelse.

Det er ubestridt, at arvingerne har ophavsret til Den Lille Havfrue og dermed eneretten efter ophavsretslovens § 2 til at råde over værket ved eksemplarfremsstilling og tilgængeliggørelse af det for almenheden, herunder i ændret skikkelse og ved omarbejdelse i anden kunstart eller i anden teknik, ligesom retten til påtale efter lovens § 3, stk. 2, tilkommer arvingerne. Der er endvidere enighed om, at arvingerne ikke har meddelt samtykke til, at Tom Jensen har bragt tegningen og fotografiet i Berlingske som sket.

Selvstændigt værk – tegningen

Tom Jensen har gjort gældende, at tegningen ikke udgør en krænkelse af arvingernes eneret efter ophavsretslovens § 2 og af respektretten i lovens § 3, stk. 2, idet den er et selvstændigt værk, der alene indeholder en lovlig reference til Den Lille Havfrue.

Efter ophavsretslovens § 4, stk. 2, er ophavsretten til et nyt og selvstændigt værk, som er frembragt gennem fri afbenyttelse af et andet, ikke afhængig af ophavsretten til det oprindelige værk. Bestemmelsen er placeret i lovens kapitel 1 om ophavsrettens genstand og indhold under overskriften "bearbejdelser" og ikke i kapitel 2 om indskrænkninger i ophavsretten mv. Af de ovenfor citerede specielle bemærkninger til § 4, stk. 2, i lovforslaget til ophavsretsloven fra 1961, fremgår, at bestemmelsen "[s]trengt taget" er overflødig, da beskyttelsens omfang allerede følger af lovens § 1 om, hvilke værker der beskyttes ophavsretligt." Den foreslåede bestemmelse antages dog at have den betydning, at det herigennem understreges, at en kunstner lovligt kan lade sig inspirere og påvirke af andres kunstværker, og herunder "[h]vis blot hans værk opfylder kravene med hensyn til nyhed og selvstændighed ... 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.” Af de specielle bemærkninger til § 4, stk. 1, i samme lovforslag følger endvidere, at den, der bearbejder et ophavsretligt beskyttet værk – og derigennem selv opnår ophavsret til bearbejdelsen – ikke kan udnytte sin ophavsret til eksemplarfremsstilling eller tilgængeliggørelse for almenheden uden samtykke fra ophavsmanden til det værk, der er blevet bearbejdet.

I dommen gengivet i U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard) antog Østre Landsret med henvisning til ophavsretslovens § 4, stk. 2, at en af kunstneren Bjørn Nørgaard udført collage, hvori han havde benyttet to fotografier af værket, Den Lille Havfrue, var et ”nyt og selvstændigt værk”, som ikke krænkede arvingerne efter Edvard Eriksens ophavsret. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på, at der måtte antages at bestå en fast tradition for, at kunstnere i collager anvender andres ophavsretligt beskyttede værker, og landsretten foretog herefter en afvejning af hensynet til at beskytte ophavsretten til det oprindelige værk over for Bjørn Nørgaards kunstneriske ytringsfrihed. Ved denne afvejning tillagde landsretten det væsentlig betydning, at collagen var skabt i anledning af H. C. Andersen-året og vedrørte H. C. Andersens eventyr, Den Lille Havfrue, i hvilken forbindelse Bjørn Nørgaard havde forklaret om en særlig kunstnerisk hensigt med brugen af fotografierne. Det indgik herudover, at fotografierne efter landsrettens vurdering ikke havde nogen dominerende plads i værket, og at anvendelsen af disse ikke var egnet til at berige Bjørn Nørgaard eller det ligeledes indstævnte forlag, som havde anvendt Bjørn Nørgaards værk i nogle kalender og plakater.

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.

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. 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 beskyttelsessfære. 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.

Ved bedømmelsen af om tegningen i bilag 1 skal anses for et selvstændigt værk eller en bearbejdelse af Edvard Eriksens, *Den Lille Havfrue*, er det klart, at tegningen ikke er en identisk gengivelse af *Den Lille Havfrue*, allerede fordi tegningens havfrue fremstår med et zombie-lignende ansigt med langt hår modsat *Den Lille Havfrues* kvindeansigt med flettet hår. Det er imidlertid ikke bestridt af Tom Jensen – og fremstår også åbenbart – at tegneren, Rasmus Meisler, 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 Edvard Eriksens 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 Rasmus Meisler ikke blot kan anses for at have ladet sig inspirere eller lånt stilelementer og idéer fra Edvard Eriksens værk, men har foretaget en bearbejdning af værket, der indebærer, at han – og Tom Jensen som ansvarshavende chefredaktør for *Berlingske* – ikke kan råde herover på en måde, som strider mod ophavsretten til originalværket, *Den Lille Havfrue*.

Karikaturundtagelse

Tom Jensen har som et nyt anbringende for landsretten gjort gældende, at tegningen er en karikatur eller parodi, som det efter en ulovbestemt regel i dansk ophavsret om brug af ophavsretligt beskyttede værker i karikaturer, parodier o.lign. har været lovligt at benytte som sket uden arvingernes samtykke.

Ved den danske gennemførelse af infosoc-direktivet, som skete ved lov nr. 1051 af 17. december 2002 om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftale-licenser m.v.), blev der ikke indføjet en undtagelse svarende til direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, om karikaturer, parodier og pasticher i den danske ophavsretslov. 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.

Spørgsmålet er herefter, om der fortsat gælder den i lovmotiverne til ophavsretsloven fra 1961 omtalte undtagelse vedrørende parodier og traverstier til respektretten efter ophavsretslovens § 3, stk. 2. En sådan undtagelse til § 3, stk. 2, ville i princippet kunne bibeholdes, uagtet den ved infosoc-direktivet foretagne EU-harmonisering, da direktivet, jf. præambelens betragtning 19, ikke omfatter respektretten.

Lovgiver har ikke i forarbejderne til gennemførelsesloven fra 2002 omtalt den i motiverne til 1961-loven angivne undtagelse. Undtagelsen er heller ikke omtalt i forarbejderne til ophavsretsloven fra 1995 og en sådan undtagelse ses kun meget begrænset omtalt i retspraksis og har så vidt ses aldrig været anført i nogen dom som begrundelse for at tillade brug af et ellers ophavsretligt beskyttet værk jf. herom i øvrigt nærmere den af Jacob Linkis i Dansk Ophavsrets fleksibilitet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, s. 181–210, foretagne gennemgang af retspraksis og juridisk litteratur før og efter 1961-loven. Det synes herved at bero på en misforståelse, når det i det efterfølgende lovforslag nr. 205 af 26. marts 2021 til den ved lov nr. 1121 af 4. juni 2021 foretagne ændring af ophavsretsloven, der blandt andet gennemfører DSM-direktivet, i de almindelige bemærkninger pkt. 3.1.1 og de specielle bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 14, om den forslåede bestemmelse i § 52 c, stk. 10, angives, at "[d]omstolene" har "i flere domme arbejdet med en ulovbestemt undtagelse for parodier m.v., se f.eks. U.2009.875Ø (Bjørn Nørgaard) og U.2013.1704Ø (Hornsleths collage)." Bjørn Nørgaard-dommen angik som allerede nævnt anvendelse af ophavsretslovens § 4, stk. 2, sammenholdt med kunstnerisk ytringsfrihed, og hvad landsretten opfattede som en fast tradition for brug af andres ophavsretligt beskyttede værker i collager som hjemmel til at anse brugen af fotografier af ophavsretligt beskyttet værk for at være fri afbenyttelse. I dommen nævnes det i lovmotiverne til 1961-loven anførte om lovlige parodier og traverstier ganske vist, men alene som støtte for det i dommen antagne princip om, at ophavsretsloven giver mulighed for at tage hensyn til en fast tradition på et givet område (i dommen kunstneres brug af andres værker i collager). En karikaturundtagelse er endvidere slet ikke omtalt i Hornslet-dommen. Af dommen fremgår derimod, at Kristian von Hornslet gjorde gældende, at hans brug af det ophavsretligt beskyttede fotografi skulle anses for en lovlig udøvelse af hans kunstneriske ytringsfrihed, hvorunder han i overensstemmelse med en kunstnerisk tradition for brug af andres ophavsretligt beskyttede værker i collager, havde frembragt et nyt og selvstændigt værk, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 2, der på samme måde som i Bjørn Nørgaard-dommen måtte anses for fri afbenyttelse. Landsretten, som heller ikke nævnte den i lovmotiverne til 1961-loven omtalte parodi- og travestiundtagelse, afviste kortfattet Kristian von Hornslets synspunkter, og må herved som nævnt anses for at have forladt den retsopfattelse, som Bjørn Nørgaard-dommen udtrykte.

Der synes i øvrigt ikke at være grundlag for at antage, at der internationalt består en almindelig ophavsretlig tradition for på ulovbestemt grundlag at anse brug af ophavsretligt beskyttede værker til karikatur, parodi o.lign. for lovlig. Som det nærmere fremgår af den ovennævnte britiske rapport, *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*, er de parodi- og karikaturundtagelser, der ses i de undersøgte lande, tværtimod alle lovmæssigt forankret – enten i specifikke lovbestemmelser om lovlig brug som karikatur mv. eller i "fair use"-bestemmelser, der i nogle lande fortolkes i lyset af forfatnings-

bestemmelser om ytringsfrihed. Den i svensk ret traditionelt antagne adgang til at benytte ophavsretligt beskyttede værker til karikatur mv. er dog ikke direkte lovfæstet, men den finder, som det fremgår ovenfor, støtte i klare lovmotiver. Efter det af Svea Hovrätt anførte i Svensk Tiger-dommen synes det i øvrigt tvivlsomt, om der fortsat gælder en karikatur-undtagelse i svensk ret i civile sager.

For så vidt som den i lovmotiverne til 1961-loven omtalte undtagelse til ophavsretslovens § 3, stk. 2, måtte være opretholdt, kan den bibeholdt undtagelse efter indholdet af forarbejderne til gennemførelsesloven af 17. december 2002 ikke antages at have et videre omfang, end hvad der kan udledes af lovmotiverne til ophavsretsloven fra 1961. Ud over at undtagelsen ifølge disse lovmotiver angår respektretten i ophavsretslovens § 3, stk. 2, er undtagelsen afgrænset til at vedrøre parodier og traverstier. Motivernes henvisning til "en fast tradition" må endvidere forstås således, at man tilsigtede at videreføre en bestående retstilstand. I retspraksis før og også efter vedtagelsen af 1961-loven ses parodier eller traverstier imidlertid som allerede nævnt ikke at være blevet anerkendt som lovlig brug af et i øvrigt ophavsretligt beskyttet værk i de få tilfælde, hvor en sådan undtagelse har været påberåbt af en formodet krænker, jf. som en af de eneste domme, hvor undtagelsen nævnes, Københavns Byrets dom 31. juli 2001 (sag 2C-10333/2000, Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S v/administrerende direktør Erik Eriksen mod Danmarks Lærerforening, hvor en karikaturtegning af Den Lille Havfrue ikke blev anset for en lovlig parodi eller traversti.

Herefter og da en undtagelse til ophavsretten, der i al væsentlighed kun er kommet til udtryk i ældre lovmotiver, efter landsrettens opfattelse må anvendes med betydelig forsigtighed – hvilket yderligere accentueres af det af lovgiver i 2002 foretagne fravalg af at gennemføre infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, i dansk ret – må en ulovfæstet parodiundtagelse til ophavsretslovens § 3, stk. 2, for så vidt som en sådan er bibeholdt, anses for at have særdeles snævert anvendelsesområde. Undtagelsen 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. Det samme gælder den efterfølgende ved lov nr. 1121 af 4. juni 2021 foretagne implementering af blandt andet DSM-direktivets artikel 17, stk. 7, litra b, om obligatorisk indførelse af karikaturundtagelsen i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, på brugere af onlineindholdsdelingstjenesters upload og tilrådighedsstillelse af ophavsretligt beskyttede værker. En gennemførelse, der i øvrigt ganske bemærkelsesværdigt undtager respektretten efter § 3, stk. 2, fra undtagelsen.

Uanset om den i lovmotiverne til 1961-loven nævnte parodi- og travesti-undtagelse fortsat måtte være gældende, kan tegningen i bilag 1 efter den ovenfor anførte forståelse af undtagelsen ikke anses for at være en lovlig karikatur. Karikaturen er således ikke rettet mod det afbillede værk, Den Lille Havfrue, men benytter i stedet værket som symbol på "Ondskaben i Danmark" og dermed som middel til at karikere noget, som ligger ud over og uden for selve værket.

Artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Tom Jensen har også for landsretten gjort gældende, at brugen af Den Lille Havfrue i tegningen og fotografiet i bilag 1 og 10 må anses for ytringer, der er beskyttet af artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

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 immaterialrettigheder 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 immaterialrettigheder. 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.

Ophavsretslovens kapitel 2 indeholder en række undtagelser til ophavsretten, herunder §§ 23-24 a, der angår kunstværker mv. Undtagelserne må anses for at tilgodese det i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis anførte hensyn til afbalancere ophavsretten over for hensynet til ytringsfriheden.

Den Lille Havfrue er i tegningen på forsiden af "Opinion" brugt som illustration til en artikel om de øvrige nordiske landes syn på den danske udlændingebat og på valgkampen i foråret 2018, og med fotografiet med mundbind anvendes værket til at illustrere en artikel om opfattelsen i foråret 2019 hos befolkningsgrupper af forskellig politisk observans af faren ved corona. Brugen er således ikke sket med det formål at illustrere dagsbegivenheder som nævnt i ophavsretslovens § 23, stk. 2, og brugen er heller ikke omfattet af andre undtagelser i ophavsretslovens kapitel 2. De to artikler – som utvivlsomt begge behandlede emner af væsentlig samfundsmæssig interesse – kunne, som også forklaret af Tom Jensen, 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 Tom Jensen har krænket arvingernes ophavsret og på den baggrund træffe bestemmelse om forbud og påbud om tilbagetrækning fra handelen som påstået. Det må tillige anses for nødvendigt at kunne sanktionere den ophavsretlige krænkelse, herunder ved at fastsætte vederlag, erstatning og godtgørelse efter ophavsretslovens bestemmelser.

Samlet ophavsretlig vurdering

Landsretten tiltræder på den ovennævnte baggrund og efter en konkret lighedsbedømmelse og bedømmelse af den sammenhæng, hvori værket, Den Lille Havfrue, er benyttet, at Tom Jensen har krænket arvingernes ret efter ophavsretslovens § 2 og § 3, stk. 2, ved i Berlingske at bruge Den Lille Havfrue i tegningen i bilag 1, der blev bragt på forsiden af "Opinion" og ved at benytte fotografiet af Den Lille Havfrue med mundbind på vist i bilag 10 som illustration til artiklen "Bange for Coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti".

Markedsføringsloven

Berlingske driver kommerciel avisvirksomhed. Anvendelsen af Den Lille Havfrue i tegningen og ved fotografiet må anses for foretaget med det formål at vække læsernes opmærksomhed og derigennem skaffe interesse for Berlingskes journalistiske produkter. Som allerede nævnt er den skete brug af det ophavsretligt beskyttede værk ikke omfattet af undtagelserne i ophavsretslovens kapitel 2 og brugen kan heller ikke anses for at have været redaktionelt nødvendige til at formidle budskabet i de artikler, de er anvendt til at illustrere. Landsretten finder derfor, at også markedsføringslovens § 3 er krænket.

Forbud og påbud

På den ovennævnte baggrund tager landsretten arvingernes påstande om forbud mod anvendelse af tegningen i bilag 1 og fotografiet i bilag 10 til følge.

Herefter, og da de hensyn, der er nævnt i ophavsretslovens § 84, stk. 4, og de hensyn, som skal iagttages ved anvendelse af markedsføringslovens § 24, stk. 1, nr. 2, ikke ses at være til hinder herfor, tiltræder landsretten det af byretten bestemte om, at værket Den Lille Havfrue gengivet i bilag 1 og 10 endeligt skal fjernes fra handelen og fra hjemmesiden www.berlingske.dk

Vederlag mv.

Den begåede krænkelse kan tilregnes Tom Jensen som i hvert fald uagtsom. Tom Jensen skal derfor betale et rimeligt vederlag, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 1, nr. 1, og markedsføringslovens § 24, stk. 3, og – i det omfang betingelserne herfor er opfyldt – erstatning efter ophavsretslovens § 83, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 2, og markedsføringslovens § 24, stk. 2, samt godtgørelse efter ophavsretslovens § 83, stk. 3. Det fremgår i relation til vederlag ikke af de eksempler på fakturaer, arvingerne har fremlagt, hvilken brug den betalte royalty angår, herunder om-

fanget og den tidsmæssige udstrækning af brugen. Med hensyn til erstatning er der ikke oplysninger, som understøtter, at Berlingske har haft en ekstra fortjeneste som følge af den skete krænkelse eller at arvingerne har lidt tab som følge heraf. Herefter, efter det oplyste om Berlingskes oplagstal samt antal brugere og abonnementer, og efter en samlet vurdering af krænkelseernes karakter og omfang, fastsætter landsretten vederlag og godtgørelse, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 1, nr. 1, og stk. 3, og markedsføringslovens § 24, stk. 3, til i alt 300.000 kr.

Sagsomkostninger

Hvis arvingerne havde iagttaget inkassolovens § 10 frem for under den verserende sag for byretten straks at nedlægge påstande vedrørende fotografiet i bilag 10, er der efter sagens forløb for både byretten og landsretten ikke grundlag for at antage, at Tom Jensen ville have anerkendt den skete krænkelse. Der er på den baggrund ikke grundlag for at fastsætte sagsomkostningerne anderledes end efter de sædvanligt gældende regler.

Herefter og efter en samlet vurdering af sagens forløb og omfang for begge retter og henset til det oplyste om arvingernes udgift til advokat for landsretten, som landsretten går ud fra svarer til udgiften for byretten, skal Tom Jensen i sagsomkostninger for begge retter til arvingerne betale 358.280 kr. Heraf er 350.000 kr. til dækning af udgift til advokat ekskl. moms og 8.280 kr. er til dækning af retsafgift af det vundne beløb. Det er ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgift til advokat taget i betragtning, at beløbet skal fastsættes, så det sikres, at en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, bæres af den tabende part, jf. artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (2004/48), som fortolket af EU-Domstolen i dom af 28. juli 2016 i sag C-57/15 (United Video Properties).

Biintervenienten, Danske Medier, skal bære egne omkostninger.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes med den ændring, at det beløb, som Tom Jensen, ansvarlig chefredaktør, Berlingske, skal betale til Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S v/Alice K. Eriksen, forhøjes til 300.000 kr. med procesrente af 167.500 kr. fra den 7. november og af resten fra den 28. juli 2020.

I sagsomkostninger for begge retter skal Tom Jensen, ansvarlig chefredaktør, Berlingske inden 14 dage betale 358.280 kr. til Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S v/Alice K. Eriksen. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Biintervenienten, Danske Medier, skal bære egne omkostninger.

Publiceret til portalen d. 09-02-2022 kl. 10:00

Modtagere: Advokat (H) Frank Henrik Børresen Jørgensen, Advokat (H) Morten Boe Jakobsen, Advokat (H) Søren Juul, Biintervenient Danske Medier, Indstævnte Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S v/ Alice K. Eriksen, Advokat (H) Martin Dahl Pedersen