



Kræver det tilladelse ifølge ophavsretsloven at bruge billeder af brugskunst i reklamer? Eller er brugen tilladt efter ulovbestemte ophavsretlige undtagelser?

Blomqvist, Jørgen; Rosenmeier, Morten

Publication date:
2021

Document version
Også kaldet Forlagets PDF

Document license:
[CC BY-ND](#)

Citation for published version (APA):
Blomqvist, J., & Rosenmeier, M. (2021). Kræver det tilladelse ifølge ophavsretsloven at bruge billeder af brugskunst i reklamer? Eller er brugen tilladt efter ulovbestemte ophavsretlige undtagelser? (2020 udg.) Nordiskt Immaterielt Rættsskydd.

Kræver det tilladelse ifølge ophavsretsloven
at bruge billeder af brugskunst i reklamer?
Eller er brugen tilladt efter ulovbestemte
ophavsretlige undtagelser?★

*Af adj. professor i international ophavsret Jørgen Blomqvist
og professor i ophavsret Morten Rosenmeier★★*

1. Sagens baggrund og sagsøgtes argumenter

A picture is worth a thousand words, også i kommerciel kommunikation. Det er derfor, reklamer indeholder lækre, farvestrålende fotografier, der skal få folk til at købe det, man reklamerer for. Ud over hovedmotivet indeholder reklamefotografier tit noget, der spiller en mere underordnet, perifer rolle på dem. Det kan dreje sig om noget, der optræder i baggrunden, f.eks. hvis en reklame for en ferierejse viser lykkelige feriegæster på stranden med huse og biler fjernt i horisonten. Det kan også handle om noget, der sådan set er i forgrunden på billederne uden at være vigtigt for deres budskab. Som eksempel kan nævnes de møbler, som de medvirkende sidder på eller i, i en reklame for tjenesteydelser. Som et andet eksempel kan nævnes de tallerkener, som maden er anbragt på, i reklamer for madvarer.

Somme tider vil de perifere indslag, der indgår i reklamebilleder, være beskyttet af ophavsret, herunder som brugskunst. Det er i den slags tilfælde et relevant spørgsmål, om brugen kræver tilladelse ifølge ophavsretsloven.

Det var det, der var spørgsmålet i den danske Højesterets afgørelse af 18. december 2018, gengivet nedenfor.¹ I sagen havde firmaet Coop Danmark, der står bag en række store danske supermarkeds kæder, bragt billeder af madvarer, dels på varernes emballage, dels i tilbudsaviser. Det drejede sig bl.a. om tortillachips, flåede tomater, fiskegratin, partypølser og andet af samme skuffe. De pågældende madvarer var på billederne anbragt på tallerkener og i skåle skabt af den danske keramiker Kasper Heie Würtz, ejer af designfirmaet K.H.

★ Artiklen er fagfællebedømt (peer review).

★★ Begge Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, Center for Informations- og Innovationsret (CIIR). Ved siden af universitetsarbejdet udfører forfatterne praktisk ophavsretsarbejde, bl.a. som henholdsvis juridisk konsulent og formand for Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under hovedorganisationen Akademikerne. UBVA varetager de ophavsretlige og ophavsretspolitiske interesser for akademikerstanden, herunder akademisk uddannede arkitekter og designere. Se nærmere vores CV'er på www.jura.ku.dk/ciir.

¹ Se nedan, afsnittet "Fra dansk retspraksis" (red. anm.).

Würtz. Hvor meget man kunne se af tallerkenerne og skålene, varierede fra billede til billede. På nogle af billederne kunne man tydeligt se dem, mens man på andre billeder kun kunne se ganske lidt af dem. Se nærmere uddraget fra dommen gengivet nedenfor. K.H. Würtz' produkter er håndlavede og kostbare, og firmaet gør, hvad det kan, for at få dem til at virke eksklusive. Bl.a. kan man kun få dem i særlige, fine butikker, og firmaet siger nej til, at de bliver brugt i reklamer for discountprodukter o.l. Men de blev alligevel brugt i stor stil i Coops reklamer. Til sidst kom det til en retssag.

K.H. Würtz gjorde her gældende, at Coops reklamer bl.a. krænkede ophavsretten til de tallerkener og skåle, der indgik i reklamerne. Coop (og det reklamebureau, som stod bag reklamerne, og som Coop havde adciteret i sagen i første instans) gjorde derimod gældende, at brugen var lovlig. I den forbindelse fremførte Coop en lang række argumenter, hvoraf flere var principielt interessante. De principielt interessante argumenter gik ud på:

- a) De pågældende tallerkener og skåle var ikke ophavsretligt beskyttede.
- b) Reklamebillederne var lovlige i medfør af en kutyme i dagligvarebranchen. Den gik ifølge Coop ud på, at produkter, der ikke er velkendte eller genkendelige for almindelige forbrugere, frit kan bruges i reklamer og på emballage, hvis produkterne kun indgår på en ikke-fremtrædende måde, f.eks. fordi genstandene er placeret som baggrund, kun er delvist synlige eller tjener en praktisk funktion sådan som f.eks. et bord.
- c) Brugen var lovlig efter ophavsretslovens § 23, stk. 3. Det hedder her, at "[u]dgivne kunstværker eller eksemplarer af kunstværker, der af ophavsmanden er overdraget til andre, må gengives i aviser [...], når gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng".
- d) Brugen var lovlig i henhold til et ulovbestemt princip "de minimis non curat lex", dvs. retten er ligeglad med bagateller.

Desuden gjorde Coop gældende, at der var indtrådt forældelse, og at K.H. Würtz havde givet tilladelse via en samarbejdspartner. Det var også et spørgsmål i sagen, om Coops reklamer stred mod markedsføringsloven. De sider af sagen behandles ikke i kommentaren her. Vi nøjes med at fokusere på de centrale ophavsretlige argumenter, der er oplistet ovenfor.

Både Sø- og Handelsretten og Højesteret nåede frem til, at en række af billederne i Coops kataloger indebar ophavsretskrænkelser, mens andre var lovlige.

2. Er Würtz' produkter beskyttet af ophavsret?

Det var for det første et spørgsmål i sagen, om Würtz-produkterne var beskyttet af ophavsret. Spørgsmålet havde en vis principiel karakter, fordi man i dansk ret, ligesom i de andre nordiske lande, traditionelt har antaget, at der gælder et særligt, restriktivt originalitetskrav til brugskunst. *Koktvedgaard* sagde det på den måde, at alle værker er undergivet et krav om frembringelse ved ophavsmandens personlige skabende indsats (originalitet), men at brugskunst herudover er undergivet et selvstændigt kvalitetskrav ved siden af originalitetskravet. Se *Koktvedgaard*, Lærebog i immaterialret, 6. udg., Kbh. 2002 s. 50 ff.

I dansk retspraksis fremgår lignende synspunkter f.eks. af UfR 2012.129 H. Sø- og Handelsretten, hvis votum blev tiltrådt af Højesteret, afviste her at beskytte en ikonisk T-shirt af designeren Mads Nørgaard. Begrundelsen var bl.a., at "[u]nder hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles der ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler, som begrebsmæssigt er skabt til at være markedsmæssigt flygtige". Andre har gjort gældende, at originalitetskravet til brugskunst principielt ikke er strengere end det, der gælder for andre værker, men at sagen derimod er, at brugskunst har sværere ved at opnå beskyttelse end andre værker, fordi brugskunstværker pr. definition indeholder tekniske indslag, hvilket gør det svært for dem at opfylde kravet om at kunne karakteriseres som "kunst". Se nærmere *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg., Kbh. 2015 s. 102 f., jf. s. 77 ff.² Her gøres det til støtte for synspunktet bl.a. gældende, at originalitetskravet til brugskunst må være omfattet af den harmonisering af originalitetskravet, som kan udledes af praksis fra EU-Domstolen. Det fremgår af denne praksis, at værker beskyttes af infosoc-direktivet, hvis de er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, dvs. resultat af frie, kreative valg, og at der ikke må stilles andre krav, herunder om kvalitet.³ Spørgsmålet har dog været tvivlsomt, og man har fra flere sider gjort gældende, at EU-Domstolens harmonisering af originalitetskravet ikke omfatter brugskunst.⁴ Som et tungtvejende argument kan bl.a. fremhæves, at det fremgår af EU's mønsterdirektiv (98/71 EF af 13.10.1998) art. 17, at design, der beskyttes af designret, også skal kunne beskyttes ophavs-

² Der henvises flere steder i denne artikel til 4.-udgaven af denne bog fra 2015, da ophavsretsdelens af 5.-udgaven fra 2018 er forkortet og derfor ikke behandler de pågældende spørgsmål så grundigt som 4.-udgaven.

³ De centrale domme er C-5/08 af 16.7.2009 (Infopaq I) præmis 36-37, jf. præmis 33 ff., C-393/09 af 22.12.2010 (BSA) præmis 44 ff., de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 4.10.2011 (Premier League), præmis 96 ff., C-145/10 af 1.12.2011 (Painer) præmis 87 ff., C-406/10 af 2.5.2012 (SAS), præmis 45 og 65 og C-335/12 af 23.1.2014 (Nintendo) præmis 21 og C-683/17 af 12.09.2019 (Cofemel) præmis 29 f. Se også C-604/10 2012 (Football Dataco), afgjort efter databasedirektivet, præmis 37 f. Om EU-Domstolens harmonisering af originalitetskravet kan i øvrigt henvises til den udførlige gennemgang i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 78 ff., *Rosati*, Originality in EU Copyright, Cheltenham mv. 2013, *Axhamn*, NIR 2010 s. 339 ff. med henvisninger i note 38 og *Toien*, NIR 2012 s. 403 ff. Spørgsmålet om originalitetskravets styrke må ikke forveksles med spørgsmålet om beskyttelsens omfang, dvs. hvor meget et værk skal ligne et andet for at krænke det. Også dette spørgsmål har EU-Domstolen beskæftiget sig med: Det er traditionelt antaget i en række medlemslande, at beskyttelsens omfang er direkte proportional med mængden af originalitet, dvs. at jo mere originalt værket er, jo mindre lighed er nødvendig til krænkelse. EU-Domstolen har imidlertid nu udtalt, at beskyttelsens bredde er uafhængig af originaliteten. De relevante domme er C-145/10 af 1.12.2011 (Painer) præmis 97 og C-683/17 af 12.09.2019 (Cofemel) præmis 35. Det kan give anledning til tvivl, hvad EU-Domstolen nærmere mener med det, og på hvilken måde det påvirker den nationale retstilstand. Se bl.a. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 271 f., *Rosenmeier/Schovsbo*, UfR 2015 B s. 181 ff. og *Rosenmeier*, NIR 2005 s. 503 ff.

⁴ Udførlig litteraturgennemgang i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg., 2015 s. 81 f.

retligt, og at "[h]ver medlemsstat fastsætter, i hvilket omfang og under hvilke betingelser der opnås en sådan beskyttelse, herunder kravet til originalitet". Det gør det jo unægtelig nærliggende at argumentere for, at EU-harmoniseringen af originalitetskravet ikke kan omfatte brugskunst.

På den anden side går EU-Domstolen normalt meget langt for at nå frem til fortolkninger, der sikrer maksimal harmonisering og integration.⁵ I overensstemmelse hermed har EU-Domstolen nu meldt ud i C-683/17 (Cofemel), at rettens almindelige, EU-harmoniserede originalitetsbegreb også omfatter brugskunst. Generaladvokaten havde foreslået en række snedige argumenter til støtte for dette. Domstolen endte dog med at udlede resultatet af forskellige selvopfundne kriterier og læresætninger, jf. nærmere præmis 26 ff. De klare, umisforståelige ord i art. 17 fik derimod ingen opmærksomhed. Dermed kan man føje dommen til den stadigt længere liste over afgørelser, hvor EU-Domstolens integrationsvenlige fortolkningsstil overtrumfer en traditionel retskildelære.

Det er i øvrigt ikke kun i Danmark, at man før EU-harmoniseringen antog, at der gjaldt et særligt originalitetskrav til brugskunst: I Sverige forlængede man i 1970 den ophavsretlige brugskunstbeskyttelse fra 10 til 50 år, samtidig med at man vedtog en designlov. Det var i årene derefter fast antaget, at det betød, at brugskunst var genstand for et meget restriktivt originalitetskrav og som hovedregel kun kunne beskyttes af designret.⁶ Siden blev retstilstanden blødt op, men der er i svensk højesteretspraksis stadig støtte for, at originalitetskravet til brugskunst er strengere end det originalitetskrav, der gjaldt før 1970.⁷ Originalitetskravets styrke i forbindelse med ophavsret til brugskunst har også givet anledning til diskussion i Norge, hvor Højesteret ligefrem udtrykkeligt har afvist, at EU-retten har reguleret spørgsmålet.⁸

Også her vil EU-Domstolens udmelding i Cofemel-afgørelsen derfor nu få afgørende betydning.

I den konkrete sag nåede både Sø- og Handelsretten og Højesteret frem til, at de tallerkener og skåle, sagen drejede sig om, var beskyttet af ophavsret. Sø- og Handelsretten – der i øvrigt allerede i en tidligere dom havde anset forskellige Würtz-produkter for ophavsretligt beskyttede – baserede det bl.a. på udtalelser fremsat af en sagkyndig skønsmand, på Kasper Heie Würtz' forklaring under sagen og på rettens besigtigelse af det relevante Würtz-porcelæn. Skønsmanden havde bl.a. erklæret, at "den unikke kombination af stram genkendelig formgivning i hvert objekt, den særegne og sjældent sete glase-

⁵ Jf. nærmere *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, *Immaterialret*, 4. udg., 2015 s. 80 f. med henvisninger.

⁶ Se udførligt *Levin*, *Svensk Forms Opinionsnämnd under utveckling*, *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987*, Stockholm 1987, *Rosenmeier*, *Værkslæren i ophavsretten*, Kbh. 2002 s. 235 ff., *Rosenmeier/Schovsbo*, *The Copyright/Design Interface in Scandinavia*, i *Derclaye (red.) The Copyright/Design Interface: Past, Present and Future*, Cambridge 2018 s. 118 f.

⁷ Se Högsta Domstolen, NJA 2009 159/NIR 2009 s. 490 ff. Dommen er kommenteret af *Rosenmeier*, NIR 2009 s. 498 ff.

⁸ Se den norske højesterets dom af 27.6.2012, NIR 2014 s. 161 ff. præmis 69. Kritisk over for dommen *Toien*, NIR 2012 s. 421 f.

rings metode og resultat, samt meget konsekvente farvebrug, i det omtalte service, er et overbevisende udtryk for den selvstændige og individuelle indsats" samt at det på fremstillingstidspunktet "ikke var almindeligt [...] at lave den type intuitiv hånddekoreret nærmest 'styret spontan dekoration', eller glasur på keramisk service". Og af Kasper Heide Würtz' forklaring fremgik blandt meget andet, at hans produkter var resultat af en proces, som det tog mellem 10 og 15 år at lære, og at 10 % af produktionen blev kasseret p.g.a. de høje kvalitetskrav mm. Højesteret tiltrådte Sø- og Handelsrettens afgørelse i henhold til grundene. Om retten anså originalitetskravet til brugskunst for at have den ene eller den anden styrke, var altså ikke et spørgsmål, dommen kom udtrykkeligt ind på. I fremtiden skal det afgøres efter EU-Domstolens udmelding i Cofemel-afgørelsen, jf. ovenfor.

3. Ophavsretslovens § 23, stk. 3

Efter § 23, stk. 3, i ophavsretsloven må "[u]dgivne kunstværker eller eksemplarer af kunstværker, der af ophavsmanden er overdraget til andre, [...] gengives i aviser, tidsskrifter, film og fjernsyn, når gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng." Coop gjorde gældende, at gengivelsen var så begrænset, at den var berettiget i medfør af denne bestemmelse.

Bestemmelsen kom ind i ophavsretsloven ved lovrevisionen i 1995 og udvidede anvendelsesområdet for den hidtidige § 25, stk. 1, 2. punktum, fra kun at gælde gengivelser på film og i fjernsyn til også at gælde gengivelser i aviser og tidsskrifter. Redaktionelt blev bestemmelsen flyttet fra at stå i sammenhæng med indskrænkningerne i visningsretten til at stå i sammenhæng med citatreglen, men med sine egne specifikke betingelser, som adskilte sig fra den generelle citatregels krav om overensstemmelse med god skik og begrænsning til det omfang, som betinges af formålet.⁹ I de bemærkninger til forslaget til 1995-loven, som citeres af Højesteret, begrundes den dog navnlig med, at det vil være vanskeligt at undgå gengivelser af fx malerier og plakater i private hjem og kontorer som tilfældig baggrund for fotografier af en person i forbindelse med et interview. Her og også senere i lovmotiverne¹⁰ i en del, som ikke citeres af Højesteret, og som udelukker selvstændige gengivelser af kunstværker, understreges kravet om, at der skal være tale om "tilfældige" gengivelser.

Dette aspekt af bestemmelsen tager Højesteret dog ikke op, idet man udelukker anvendelsen af bestemmelsen med henvisning til, at gengivelsen på emballager og i tilbudsaviser falder uden for bestemmelsens anvendelsesområde, dvs. fordi de ikke er "aviser og tidsskrifter" i bestemmelsens forstand. Man foretager altså en præcis og snæver fortolkning af bestemmelsens ordlyd, som specifikt nævner aviser og tidsskrifter, men ikke andre former for tryksager. For så vidt kan afgørelsen tiltrædes; det er en fortolkning af undtagelsesbestemmelsens rækkevidde, som er helt i overensstemmelse med både dansk

⁹ Betænkning 1197/1990, Revision af ophavsretslovgivningen, slutbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen, s. 177 f.

¹⁰ Forslag til Lov om ophavsret, lovforslag Nr. L119, Folketinget 1994-95, sp. 1358.

retstradition og den tilsvarende snævre praksis fra EU domstolen.¹¹ Emballager falder entydigt uden for bestemmelsens anvendelsesområde, og selv om man ofte i daglig tale, ligesom i Højesterets dom, bruger betegnelsen ”tilbudssaviser”, er der i de foreliggende tilfælde i virkeligheden tale om, hvad der retteligt må kaldes brochurer. De indeholder afbildninger af varer, korte tekster til anprisning heraf og evt. til at fastholde læserens opmærksomhed, samt salgspriser. Derimod har de ingen redaktionel tekst, kommentering af eller debat om aktuelle emner eller nyhedsformidling af den art, som kendetegner dagblade, ugeaviser og lignende eller tidsskrifter. Deres emnevalg er ligeledes helt snævert fokuseret på den pågældende forretnings vareudbud. Det må derfor være helt klart, at de falder uden for det område, som omfattes af § 23, stk. 3. I øvrigt kan man her givetvis tilføje, at undtagelsesbestemmelsen alene omfatter det redaktionelle indhold af aviser og tidsskrifter med dertilhørende illustrationer. De hensyn, som den tilgodeser, rækker ikke til, at den også skulle omfatte illustrationer i reklamer, som indgår i sådanne publikationer.

Et spørgsmål, som ikke adresseres i dommen, er forholdet mellem § 23, stk. 3, og artikel 5(3)(i) i infosoc-direktivet,¹² som § 23, stk. 3, tilsigter at implementere i dansk ret.¹³ Sidstnævnte bestemmelse tillader medlemsstaterne at indføre indskrænkninger i og undtagelser fra den ophavsretlige beskyttelse efter direktivets hovedregler, ”hvis der er tale om tilfældig medtagelse af et værk eller en anden frembringelse i andet materiale”. Der er her en diskrepans i bestemmelsernes ordlyd: Hvor § 23, stk. 3, taler om en brug, som er af ”underordnet betydning i den pågældende sammenhæng”, taler artikel 5(3)(i) om ”tilfældig medtagelse [...] i andet materiale”. Man kan sige, at diskrepansen udviskes noget af de danske lovmotivers gentagne brug af ordet ”tilfældig” som forklaring på, hvad man mener med ”underordnet”,¹⁴ men som udgangspunkt er der en betydningsforskel på ”underordnet” og ”tilfældig”. Efter Den Danske Ordbog betyder adjektivet underordnet ”(næsten) uden betydning; (næsten) ligegyldig”. En ”underordnet” benyttelse i en given sammenhæng må derfor forstås som en benyttelse, som i den pågældende helhed er af klart mindre betydning end andre elementer eller helheden som sådan, altså beroende på en væsentlighedsbedømmelse. ”Tilfældig” har flere betydninger, herunder ”ikke planlagt eller ventet”. Her er det således de faktiske omstændigheder omkring inkluderingen, som kommer i fokus. Ordbog over det danske Sprog, som i højere grad medtager ældre betydninger, tilføjer dog her betydningerne ”biomstændighed, noget uvæsentligt”, og af disse betydninger nærmer især den sidste sig betydningen af ”underordnet” og giver derved en vis mening

¹¹ Jf. nærmere nedenfor afsnit 5.

¹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet.

¹³ Bestemmelsen fandtes allerede i dansk ret i forvejen, men mentes ved implementeringen af infosoc-direktivet af være omfattet af art. 5(3)(i). Se nærmere bilag 3 i forarbejderne til lovforslag L19 2001, som inkorporerede infosoc-direktivet i dansk ret.

¹⁴ Se bl.a. betænkning 1197/1990 s. 178, hvor det, der nu er § 23, stk. 3, siges at hjemle ”mere tilfældige gengivelser”. Se tilsvarende lovforslag L119 1994 sp. 1358.

til brugen af ordet i 1961 som illustration af dette udtryk, men den efterlader stadig en vis tvivl om betydningen af lovens term.¹⁵

I *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, er det opfattelsen, at § 23, stk. 3, såvel som det almene de minimis-princip, som bestemmelsen afspejler, jf. hertil nedenfor afsnit 5, er anvendelige, hvis et værk medtager et andet på en underordnet måde, uanset om medtagelsen evt. ikke er ”utilsigtet”.¹⁶ En tilsvarende forståelse findes i forskellige andre EU-lande, der ligesom Danmark anser infosoc-direktivets art. 5(3)(i) for at muliggøre undtagelser om brug, der er underordnet, uden at det betyder noget, om brugen er utilsigtet eller ej.¹⁷ Utvivlsomt er spørgsmålet dog ikke. Bl.a. er det som sagt sprogligt muligt at forstå begrebet ”tilfældig” som ensbetydende med ”utilsigtet”. Resultatet finder en vis støtte i den ledende europæiske kommentar til EU’s ophavsretsdirektiver, *Walter/von Lewinski (red.)*, *EU Copyright Law*, Oxford mv. 2010. Her antages det, at det inkluderede materiale ikke må have nogen tvungende sammenhæng med det øvrige materiale, og at det derfor skal være uden enhver betydning for dette materiale. Som eksempel nævnes, at en instruktør af en spillefilm udsøger sig rekvisitter, herunder malerier eller skulpturer som baggrund for optagelserne, og at de derfor ikke er ”tilfældigt” inkluderede i filmen. Sagen anføres derimod at stille sig anderledes, hvis der i en dokumentarfilm vises en forsamling, hvori en kvinde bærer en halskæde, som er beskyttet som brugskunst.¹⁸ Hvis dette synspunkt er korrekt, vil bestemmelsen i § 23, stk. 3, skulle fortolkes mere snævert, end de danske motiver ellers synes at antyde, idet de ikke udelukker en beskeden, men bevidst og tilsigtet brug af et værk i en baggrundsfunktion.¹⁹ En bevidst brug i reklamefotos vil således efter dette synspunkt være kategorisk udelukket fra bestemmelsens anvendelsesområde. Fortolkningen af direktivets bestemmelse vanskeliggøres dog af, at de forskellige sprogversioner af direktivet frembyder en del nuanceforskelle, hvoraf nogle udgaver knytter sig til den ovenstående snævre forståelse, hvorimod andre kan forstås bredere.²⁰

¹⁵ Den Danske Ordbog og Ordbog over det danske Sprog, tilgængelige på ”ordnet.dk”, tilgået den 18. november 2019.

¹⁶ Jf. Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 278 og 288 ff. I samme retning måske *Schonning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016 s. 375. Det hedder i hvert fald her, at ”underordnet betydning” i § 23, stk. 3, vil sige, at ”gengivelsen skal være af en mere tilfældig eller baggrundsmæssig karakter”, og at det bl.a. ikke er opfyldt, hvis et kunstværk kommer til at spille en ”fremtrædende rolle” som led i en tv-produktions stilistiske virkemidler. Den antagelse, at § 23, stk. 3, kun drejer sig om utilsigtede medtagelser, kan måske derimod spores i Ophavsretsudvalgets betænkning, hvori § 23, stk. 3, oprindeligt blev foreslået i nogenlunde den nugældende affattelse. Her begrundes bestemmelsen med, at det ved film- og fjernsynsoptagelser, men også ved illustrationsopgaver i den trykte presse, kan være ”vanskeligt – og ofte ligefrem umuligt – at undgå”, at der kommer beskyttede værker med på optagelserne, jf. betænkning 1197/1990 178.

¹⁷ Jf. nærmere *Rosenmeier/Blomqvist/Riis/Schovsbo/Schwemer/Udsen*, NIR 2018 s. 335 ff.

¹⁸ Jf. anf. værk s. 1053.

¹⁹ *Stausholm Nielsen*, anf. værk s. 118 f.

²⁰ Jf. nærmere *Stausholm Nielsen*, InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser, Kbh. 2017 (gratis e-bogsversion på <https://ubva.dk> under ”Publikationer”) s. 118 f. og *Rosenmeier/Blomqvist/Riis/Schovsbo/Schwemer/Udsen*, NIR 2018 s. 335 ff.

Hvis man på det nu foreliggende grundlag skal tage et standpunkt, må man ty til generelle fortolkningsprincipper. Disse principper reflekteres fx i artikel 33(4) i Wienerkonventionen om traktatretten, der peger på den forståelse, som bedst forener de modstridende sprogversioner med henblik på traktatens genstand og formål. Der kan herved henvises til, at den snævre forståelse af ”tilfældig” kan anses for indeholdt i ordlyden af de bredere formuleringer, hvorimod det modsatte ikke er tilfældet. Tendensen i EU-Domstolens hidtidige praksis lægger desuden stor vægt på formålet at skabe en stærk beskyttelse, og det er fast antaget af Domstolen, at ophavsretlige undtagelser som udgangspunkt skal fortolkes snævert, bl.a. p.g.a. ”tre trins-testen” i infosoc-direktivets art. 5 (5) og en almen EU-retlig sætning om, at undtagelser til hovedregler skal fortolkes restriktivt.²¹ Disse faktorer taler vel for, at man må vælge den snævre forståelse, hvorefter tilsigtet, men beskeden, anvendelse ikke kan anses for omfattet af undtagelsen i artikel 5(3)(i) i infosoc-direktivet. Modsat kan anføres, at selvom det er EU-Domstolens udgangspunkt, at ord og begreber i direktiver normalt skal undergives en ensartet EU-retlig fortolkning,²² antages medlemslandene dog at have en skønsmargen i forbindelse med ord og begreber, der har karakter af udflydende, abstrakte standarder.²³ Og det kan måske ikke udelukkes, at det kan give medlemslandene en skønsmargen med hensyn til, hvad der ligger i begrebet ”tilfældig” i infosoc-direktivets art. 5(3)(i). Hertil kommer, at EU-Domstolen, selvom undtagelsesbestemmelser ifølge retten skal tolkes indskrænkende, samtidig fastholder, at den indskrænkende fortolkning ikke må gå så vidt, at den lukker luften ud af undtagelserne og fratager dem deres effektive virkning. På den konto har EU-Domstolen i flere tilfælde tolket begreber i ophavsretlige undtagelsesbestemmelser på vidtgående, brede måder, hvor hensynet til brugerne gaves forrang for hensynet til ophavsmændene. Se nærmere de domme, der refereres nedenfor i note 50.

Desuden vil et krav om, at medtagelse af et værk i et andet skal være utiligt, givetvis virke meget vidtgående, og det vil skabe betydelig retsusikkerhed. Det er f.eks. antaget, at det er lovligt at tage et billede af statsministeren

²¹ Se nærmere om EU-Domstolens snævre fortolkning af undtagelser nedenfor 5.

²² Se udførligt *Rosenmeier/Blomqvist/Riis/Schovsbo/Schwemer/Udsen*, NIR 2018 s. 297 ff. Fra praksis se bl.a. C-306/05 af 07.12.2006 (SGAE) præmis 31 (der harmoniserede begrebet ”almenheden” i infosoc-direktivets art. 3(1)), C-510/10 af 26.04.2012 (DR og TV2 Danmark) præmis 33 ff. (om udtrykket ”ved hjælp af egne midler” i infosoc-direktivet art. 5(2)(d)) eller C-201/13 af 03.09.2014 (Deckmyn) præmis 14 ff. (om begrebet ”parodi” i infosoc-direktivets art. 5(3)(k)). Flere eksempler anf. sted.

²³ Se udførligt *Rosenmeier/Blomqvist/Riis/Schovsbo/Schwemer/Udsen*, NIR 2018 anf. sted. Fra EU-Domstolens praksis se senest C-469/17 af 29.7.2019 (Funke Medien) præmis 43 og C-516/17 af 29.7.2019 (Spiegel Online), præmis 28. Medlemslandene fik her en ”betydelig skønsmargen” mht., hvad det skal sige at gengive værker ved redegørelse for dagsbegivenheder ”i ... et omfang som det informative formål berettiger til” i infosoc-direktivets art. 5(3)(c), og at citater er ”i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til” i infosoc-direktivets art. 5(3)(d). Se på linje hermed f.eks. C-462/09 af 16.06.2011 (Stichting de Thuis kopie) præmis 23, de forenede sager C-457/11 og C-460/11 af 27.06.2013 (VG Wort) præmis 74. Medlemslandene fik her en ”vid skønsmargen” ved administrationen af begrebet ”rimelig kompensation” i infosoc-direktivets art. 5(2)(a) og (b).

ved skrivebordet, også selvom der står en beskyttet kaffekop på skrivebordet.²⁴ Hvis fotografen imidlertid med vilje har vinklet kameraet, så kaffekoppen kom med, for at vise statsministeren i naturlige, realistiske omgivelser, er medtagelsen muligvis ”tilsigtet”. Hvis det skulle gøre fotografiet krænkende, vil det trække myriader af pressefotos, der hver dag bliver bragt i aviser i tillid til § 23, stk. 3, med i faldet. Desuden vil en sådan retstilstand medføre vanskelige spørgsmål om, hvilke grader af tilregnelser der skal være til stede hos ophavs-mændene, før de kan siges at have tilsigtet medtagelsen. Man kan f.eks. spørge, hvad der gælder, hvis fotografen i ovenstående eksempel tilsigtede at få skrivebordet inkl. indhold med, men uden specifikt at interessere sig for kaffekoppen. Ud fra en traditionel strafferetlig forsætslære vil der i den slags tilfælde muligvis være tale om forsæt i form af ”dolus eventualis”. Analyser af det falder helt uden for, hvad der normalt indgår i den ophavsretlige retsanvendelse.

Herudover vil et krav om, at medtagelsen skal være utilsigtet, skabe vanskelighed i sager, hvor et værk er skabt af flere personer, og nogle af dem tilsigtede medtagelsen, andre ikke. Ved tv-interviews er det f.eks. ikke kun interviewerens og eventuelle andre redaktionelle medarbejdere, der har ophavsret. Hvis interviewpersonens bidrag er originalt i ophavsretlig forstand, vil vedkommende også kunne have del i ophavsretten til interviewet.²⁵ Hvis interviewpersonen for at virke pæn og troværdig møder op til interviewet iført et ophavsretligt beskyttet, nobelt slips, har vedkommende vel tilsigtet medtagelsen af slipset. Det har de andre ophavsmænd, der står bag interviewet, derimod ikke. Om medtagelsen af slipset i tv-interviewet er tilsigtet eller utilsigtet i relation til § 23, stk. 3, er derfor et prekært spørgsmål. I praksis er der selvfølgelig ingen tv-stationer, der klarer rettigheder til det tøj, interviewpersonerne har på. Rimeligheden af en retstilstand, hvor de skulle være forpligtet til det, er svær at få øje på.

Efter vores mening taler meget derfor for at fastholde den traditionelle danske forståelse af § 23, så der ikke gælder noget krav om, at et værks medtagelse af et andet skal være ”utilsigtet”, og at det er nok, at medtagelsen af ”underordnet”.

En endelig afklaring vil kræve en forelæggelse for EU-Domstolen.²⁶

Udlægningen af infosoc-direktivets artikel 5(3)(i) er af betydning ikke blot for fortolkningen af § 23, stk. 3, men også for forståelsen af den mulige rækkevidde af de-minimis princippet, i den udstrækning dette finder sin EU-retlige hjemmel i denne bestemmelse. Tilsvarende kan den være af betydning for fastlæggelsen af den hjemmel i infosoc-direktivet, som også en undtagelse i kraft af en kutyme må baseres på. Disse spørgsmål drøftes videre i afsnit 6, nedenfor.

4. Var billederne lovlige i medfør af en kutyme?

Coop gjorde også gældende, at reklamerne var lovlige i henhold til en kutyme i dagligvarebranchen. Den pågældende kutyme gik ifølge Coop ud på, at pro-

²⁴ Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 291.

²⁵ Jf. om ophavsret til interviews udførligt Rosenmeier, NIR 2003 s. 57 ff.

²⁶ Jf. Stausholm Nielsen, anf. værk s. 119.

dukter, der ikke er velkendte eller genkendelige for almindelige forbrugere, frit kan bruges i reklamer og på emballage, hvis produkterne kun indgår på en ikke-fremtrædende måde, f.eks. fordi genstandene er placeret som baggrund, kun er delvist synlige eller tjener en praktisk funktion sådan som f.eks. et bord. Coop støttede sig i den forbindelse på nogle erklæringer indhentet fra brancheorganisationerne Kreativitet og Kommunikation og Dansk Annoncørforening, hvor synspunktet fremgik. Desuden fremlagde Coop en række eksempler på tilbudsaviser og emballager mv., der efter Coops opfattelse støttede synspunktet, og nogle brancheundersøgelser, som Coop havde fået lavet til lejligheden. Størstedelen af de adspurgte anså her Würtz' skåle og tallerkener for uvæsentlige i Coop-reklamerne og kendte ikke til Würtz produkter i forvejen mm. K.H. Würtz, derimod, gjorde gældende, at der ikke fandtes en sådan kutyme, og henviste bl.a. til en erklæring om det fra brancheorganisationen Design Denmark.²⁷

Sagen aktualiserede dermed to meget interessante ophavsretlige spørgsmål. For det første, om sædvaner og kutymers overhovedet kan påvirke ophavsretlige vurderinger, herunder ved at udgøre selvstændige undtagelser til ophavsretten. For det andet, hvad der i bekræftende fald skal til, før der er tale om en ophavsretligt relevant sædvane/kutyme. Begge dele er tvivlsomt.

For at starte med det første spørgsmål er der ingen tvivl om, at de undtagelser, der fremgår af ophavsretslovens kapitel 2, ikke altid er tilstrækkelige, og at de derfor suppleres af forskellige mere eller mindre ulovbestemte undtagelser. "De minimis-princippet", der omtales nedenfor under 5, er et eksempel på en ulovbestemt undtagelse. Som et andet eksempel kan måske nævnes det gamle princip om, at det er tilladt at udsætte beskyttede værker for parodier og karikaturer o.l.²⁸ Også hensynet til ytrings- og informationsfrihed har somme

²⁷ Coops argumentation var i øvrigt ikke uden støtte i den ophavsretlige litteratur: I NIR 2006 s. 94 ff. argumenterer *Løchen* for, at det skal være tilladt at afbilde masseproduceret brugskunst o.l. som led i markedsføring. Løchens synspunkt refereres neutralt i *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer s. 258. Det er dog ikke noget, der før har været nogen danske domme om. Man må i øvrigt i den forbindelse spørge sig, om det dyre hånddrejede og hånddekorerede stel i denne sag kan kaldes masseproduceret. Man kan også overveje, om synspunktet er holdbart, hvis den pågældende brugskunst bliver trukket ind i en anden sfære end den fra rettighedshaveren tilstræbte. En vidtgående brug af eksklusive rekvisitter ved reklamering for inferiøre produkter kan være ødelæggende for førstnævntes status i de relevante forbrugeres øjne.

²⁸ Parodiprincippet kategoriseres som en ulovbestemt ophavsretlig undtagelse i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 293 og i *Linkis*, Ophavsrettens fleksibilitet, Kbh. 2017, gratis e-bogsversion på <https://ubva.dk> under "Publikationer" (hvor forf. i øvrigt ikke anser princippet for gældende dansk ret, jf. nærmere s. 166 ff.). På samme måde er parodiprincippet med i opregningen af tilladelige ophavsretlige undtagelser i infosoc-direktivets art. 5(3)(k). Den traditionelle lære i nordisk ret er dog, at parodiprincippet ikke skyldes en ophavsretlig undtagelse, men derimod at parodier mv. er lovlig "fri benyttelse" omfattet af ophavsretslovens § 4, stk. 2. Se f.eks. kommentaren til ophavsretslovens § 3, stk. 2, i *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer eller den svenske højesteretsdom i NIR 2007 s. 311 ff. Denne tolkning er overtaget fra tysk ret. Om parodiprincippet se i øvrigt de nævnte bøger, *Sandfeld Jakobsen*, NIR 2015 s. 421 ff. og *Mendis/Kretschmer*: The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions, rapport udgivet af det engelske Intellectual Property Office 2013.

tider ledt til ophavsretlige tolkninger, der var så vidtgående og overraskende, at ytringsfriheden nærmest fremstod som en slags selvstændig undtagelse til ophavsretten.²⁹ Man kan også i et vist omfang fravige ophavsretsloven i tilfælde, der ikke er nævnt i loven selv, men hvor det er nødvendigt for, at regler uden for ophavsretsloven kan opfylde deres formål.³⁰ Og det kan principielt ikke udelukkes, at sædvaner o.l. i særlige tilfælde vil kunne begrunde selvstændige undtagelser til ophavsretsloven.³¹

²⁹ Jf. udførligt *Bruun Andersen*, Ophavsret og ytringsfrihed, Kbh. 2018 (gratis e-bogsversion på <https://ubva.dk> under "Publikationer"), *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger, Kbh. 2009 s. 373 ff. og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 301 ff., alle med gennemgang af nordisk og international retspraksis. Fra dansk ret se f.eks. UfR 2009.875 Ø. Billedkunstneren Bjørn Nørgaards – som udgangspunkt oplagt ophavskrænkende – brug af billeder af statuen "Den lille havfrue" i en collage ansås her for fri benyttelse efter ophavsretslovens § 4, stk. 2, i henhold til en "konkret afvejning af hensynet til effektiv beskyttelse af [billedkunstneren Edvard Eriksens arvingers] ophavsret over for hensynet til Bjørn Nørgaards kunstneriske ytringsfrihed". Fra svensk ret se Högsta Domstolen, NJA 1985 s. 893 ff. Retten mente her bl.a., at der kan opstå situationer, hvor ytringsfriheden gør sig gældende med en sådan styrke, at domstolene kan frifinde for ophavsretskrænkelse, herunder i sager, der leder tanken hen på principper om nødret og nødværge. Fra østrigsk ret se Oberste Gerichtshof GRUR-Int. 2002/341 – Medienprofessor. Ytringsfriheden efter EMRK art. 10 betød her ifølge retten, at det, selvom de normale citatbetingelser ikke var opfyldt, var lovligt, at en mand havde lagt en lang række avisartikler om sig selv på sin hjemmeside for at demonstrere, at han var offer for en mediehetz. At der kan tages hensyn til grundrettigheder i ophavsretssager, er blåstemplet af både menneskeretsdomstolen og EU-Domstolen. Se førstnævntes domme *Affaire Ashby Donald et autres c. France*, 10.01.2013, 36769/08 og *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden*, 19.02.2013, 40397/12 og EU-Domstolens domme i C-275/06 af 29.01.2008 (*Promusicae*) og C-360/10 af 16.02.2012 (*SABAM*). Se også C-145/10 af 1.12.2011 (*Painer*) præmis 113, jf. præmis 100 ff. EU-Domstolen udtaler her, at da pressen i en demokratisk retsstat skal informere offentligheden uden andre begrænsninger end de absolut nødvendige, kan det ikke udelukkes, at aviser i særlige tilfælde og i forståelse med myndighederne kan offentliggøre beskyttede fotografier af eftersøgte personer uden tilladelse. I C-469/17 af 29.07.2019 (*Funke Medien*) melder EU-Domstolen nu ud, at ytringsfrihed ikke kan medføre selvstændige undtagelser til ophavsretten, men kun lede til særlige ytringsfrihedsvenlige fortolkninger af de ophavsretlige undtagelsesregler. Den tyske højesteret fremkommer med en lignende tilkendegivelse i BGH GRUR 2003 956 – Gies-Adler. Uanset den slags beroligende udmeldinger kan der stadig være tilfælde, hvor det er mest realistisk at se ytringsfriheden som en slags selvstændig ophavsretlig undtagelse. Bl.a. er det svært at basere den regel om offentliggørelse af fotografier, som EU-Domstolen introducerede i *Painer*-dommens præmis 100 ff., på nogen "fortolkning" af eksisterende undtagelser.

³⁰ Se bl.a. C-337/95 af 4.11.1997 (*Dior*). EU-Domstolen afgjorde her, at hvis et varemærke, der også har ophavsretlig beskyttelse, er genstand for varemærkeretlig konsumtion, kan varemærkeindehaveren ikke bruge ophavsretten til at forbyde gengivelse af mærket i reklamemateriale. På samme måde er det antaget af *Koktvedgaard* m.fl., at en eventuel ophavsret til varemærker ikke kan tillægges betydning i varemærkeretlige krænkelssager, fordi den slags sager udelukkende bør håndteres efter varemærkeretlige regler. Se nærmere *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg., Kbh. 2018 s. 104 f. med henvisninger.

³¹ Således i hvert fald tilsyneladende Folketingets Ombudsmands udtalelse 2017-12 af 30.03.2017: Politiets efterretningstjeneste (PET), der under den kolde krig mistænkte forfatteren Arne Herløv Petersen for at være agent for russerne, beslaglagde og fotokopierede i 1981 hans private, ikke-offentliggjorte dagbog som led i efterforskningen. På det tidspunkt var ophavsretslovens § 11 om kopiering til privat brug ophavsretslovens eneste hjemmel for kopiering foretaget som led i offentlig sagsbehandling, og bestemmelsen krævede, at det kopierede stof var offentliggjort. Det er vel nærliggende at argumentere for, at kopieringen af dagbogen

Hvilke betingelser der skal være opfyldt, før sædvaner o.l. kan udgøre ophavsretlige undtagelser, er dog tvivlsomt, og det er ikke et spørgsmål, Coop kom udførligt ind på. En mulighed var vel, at den af Coop hævdede kutyme var en egentlig *retssædvane*, dvs. ”en bestemt handlemåde, der almindeligt, stadig og længe er blevet fulgt ud fra en følelse af retlig forpligtelse”.³² En sådan retssædvane kan principielt have samme gyldighed som skrevne retskilder, herunder love.³³ En anden mulighed var vel, at der var tale om en sædvane/kutyme af den slags, der omtales i begyndelsen af nogle formueretlige love, der lader visse bestemmelser vige for ”handelsbrug eller anden sædvane”. Se f.eks. aftalelovens § 1, købelovens § 1, stk. 1, kommissionslovens § 1, stk. 1, og rentelovens § 1, stk. 3. En sådan formueretlig sædvane behøver principielt ikke opfylde de krav, man stiller til de egentlige retssædvaner. Det er nok, at der er tale om en skik og brug, der er blevet så almindelig og har fået en sådan fasthed, at den kan beskrives som en regel. Det skal dog være alment accepteret i branchen, at ”sådan gør man”,³⁴ og det er også et krav, at sædvanen/kutymen er fast, anerkendelsesværdig og rimelig.³⁵ Da den kutyme, Coop anså for gældende, positivt fraveg ophavsretsloven, er det vel nærliggende at mene, at den måtte være en rigtig retssædvane for at lede til det resultat, Coop hævdede. På den anden side omtalte Coop konsekvent reglen som en ”kutyme”, hvad der måske afspejler en mere formueretlig forståelse. Også Würtz opfattede måske Coops påståede sædvane for at befinde sig i den mere formueretlige afdeling. Würtz gjorde i hvert fald gældende for Sø- og Handelsretten, at ”det afgørende for hvorvidt, der kan anses for at foreligge en sædvane, er om den er fast, almindelig, sædvanlig og rimelig samt at domstolen i øvrigt kan anerkende indholdet af sædvanen ift. den pågældende sag”.

Både Sø- og Handelsretten og Højesteret nåede frem til, at der ikke fandtes en sædvane af den art, Coop hævdede. Sø- og Handelsretten henviste indledningsvis til, at erklæringen fra Kreativitet og Kommunikation kun angik, om det er sædvanligt, at en sådan brug sker uden tilladelse. Rettens synspunkt var vel, at det, uanset om der er tale om retssædvaner eller formueretlige sædvaner/kutymer, ikke er nok, at en vis adfærd udvises regelmæssigt, fordi der også er andre betingelser, jf. ovenfor. Desuden henviste retten til erklæringen fra Design Denmark og til, at det ville kræve særlige holdepunkter at antage, at ophavsretten kun skulle gælde værker, der er velkendte hos almindelige forbrugere. Højesteret udtalte mere kort, at bevisførelsen tydede på, det er almindeligt uden tilladelse at anvende ”regi” i form af service i tilbudsaviser

alligevel var lovlig som følge af informationsfrihedshensyn, jf. ovenfor m. note 29. I sagen signalerer ombudsmanden imidlertid, at PET havde ophavsretlig hjemmel til at kopiere dagbogen, bl.a. fordi det forvaltningsretlige ”officialprincip” om myndighedernes pligt til forsvarlig sagsoplysning har karakter af en retssædvane, der gælder med lovkraft. Se nærmere udtalelsens pkt. 6.1. ff. Se om sagen også nedenfor note 45.

³² Jf. nærmere *Lynge Andersen/Madsen*, Aftaler og mellemmand, Kbh. mv. 2017 s. 435 m. note 191, *Ross*, Om Ret og retfærdighed, Kbh. 1982 s. 107 ff.

³³ Jf. *Lynge Andersen/Madsen*, Aftaler og mellemmand anf. sted.

³⁴ Jf. *Lynge Andersen/Madsen*, Aftaler og mellemmand s. 436 note 192.

³⁵ Jf. *Lynge Andersen/Madsen*, Aftaler og mellemmand s. 33, *Ussing*, Aftaler, Kbh. 1950 s. 439.

og på emballage for fødevarer, men at det ikke var bevist, at der var tale om en retligt bindende kutyme.

Det resultat er vi enige i. Ud over de argumenter, der fremgår af Sø- og Handelsrettens og Højesterets præmisser, er der efter vores opfattelse også grund til at pege på følgende:

Alle juridiske discipliner er sikkert påvirkelige af sædvaner o.l. i en eller anden udstrækning, og det er også normalt og uproblematisk, at visse tings "sædvanlighed" kan indgå i ophavsretlige vurderinger.³⁶ Det særlige ved den sædvane, som Coop hævdede gjaldt i sagen her, var imidlertid, at den tilsigtede at indføre en ny, selvstændig, ophavsretlig undtagelse, og at den dermed positivt skulle fravige det, der gælder ifølge ophavsretsloven, og sætte det ud af kraft. Men ophavsretslovens regler skyldes traktater og EU-direktiver, som har været genstand for intensiv forhandling, herunder fra dansk side. Også på nationalt plan er ophavsretsloven resultat af et grundigt parlamentarisk forberedelsesarbejde, og dens regler er udtryk for omfattende retspolitiske overvejelser og afvejninger. Endelig afspejler ophavsretlige regler, der følger af lov, en demokratisk legitimitet. Det er anderledes med kutymen og sædvanen. De bliver til uden parlamentarisk forberedelsesarbejde, de afspejler ikke nødvendigvis nogen grundige hensynsafvejninger og retspolitiske overvejelser, og demokratisk legitimitet har de heller ikke. På lovregulerede områder, herunder i ophavsretten, må udgangspunktet derfor være, at det er lovens regler, der gælder, og at de kun kan fortrænges og sættes ud af kraft af sædvaner eller andre former for ulovbestemte undtagelser, hvis der er særlige og tungtvejende grunde til det.

De ulovbestemte ophavsretlige undtagelser om de minimis, parodier og ytringsfrihed er gældende, fordi de anses for båret af sådanne tungtvejende grunde. Hvis juridiske regler skal fortrænges af sædvaner og kutymen, derimod, vil det normalt især skyldes tre ting. For det første kan egentlige retssædvaner typisk sætte formelle juridiske regler ud af kraft på områder, hvor der ikke er

³⁶ Efter ophavsretslovens § 3, stk. 1, skal ophavsmandens navn f.eks. nævnes i overensstemmelse med "god skik" i forbindelse med eksemplarfremsættelse og tilgængeliggørelse for almenheden. Det anses for afgørende for god skiks-vurderingen, dels hvad man plejer at gøre på et bestemt område, dels om det, man plejer at gøre, er rimeligt og acceptabelt. Derimod er "slappe og kritisable sædvaner" ikke god skik, understregede *Koktvedgaard*, Lærebog i immaterialret, Kbh. 2005 s. 137. Et god skiks-kriterium indgår også i citatreglen i ophavsretslovens § 22, hvilket bl.a. antages at medføre, at citeringen ikke må gå videre, end hvad der er sædvanligt på det relevante litterære eller kunstneriske område. I *Sønning*, Ophavsretsloven med kommentarer s. 363 antages, at hvis der på et område er praksis for, at det kræver betaling at gengive selv meget korte sekvenser af f.eks. film- eller musikværker, kan den slags gengivelser næppe være lovligt citat. I den forbindelse henviser forf. bl.a. til UfR 2010.60 Ø, hvor landsretten udtalte, at "der kutymemæssigt betales for benyttelsen af filmklip ved TV-produktion". Sædvaner og praksis o.l. indgår også, når det skal afgøres, om ansattes ophavsrettigheder er overgået til arbejdsgiveren efter almindelige regler om ophavsret i ansættelsesforhold. I mangel af modstående aftale skal der her lægges vægt på arbejdsgiverens "sædvanlige virksomhed", jf. bl.a. UfR 1978.901 H. I *Koktvedgaard*, anf. værk s. 104 forklarer forf., at princippet både kan opfattes som en forudsætning for ansættelsesforholdet, en stiltiende aftale mellem parterne eller en retssædvane. At der er tale om en stiltiende aftale eller en sædvane, fremhæver også *Sønning*, Komm.OPHL s. 547.

samme adgang til lovændringer som på andre områder. Det gælder navnlig inden for stats- og folkeretten, hvor man uden retssædvanerne ville være henvist til grundlovsændringer eller traktatindgåelse, hvilket kræver aktivering af et juridisk apparat, der er så ekstremt tungt, at man normalt viger tilbage fra at sætte det i gang. For det andet antages det, at lovregler kan bortfalde ved ”desuetudo”, hvis de pågældende regler er så gamle, at ingen tager dem alvorligt længere. For det tredje er der som tidligere nævnt en række formueretlige love, der udtrykkeligt udtaler, at deres regler viger for ”handelsbrug eller anden sædvane”. Bagved ligger en liberalistisk antagelse om, at optimale formueretlige skyldforhold er præget af partautonomi og frivillighed, og at retsordenen så vidt muligt bør overlade den formueretlige regulering til markedet selv og først træde til, når parterne ikke selv kan finde ud af at ordne tingene.

Den slags betragtninger har dog svært ved at begrunde, at kutymer og sædvaner også skulle kunne udgøre selvstændige undtagelser til ophavsretten. For det første er den tæt lovreguleret, der sker løbende ophavsretlige lovændringer, og det apparat, der skal til for at aktivere en ophavsretlig lovændring, er ikke større end på andre juridiske områder. For det andet er de ophavsretlige regler, der fremgår af ophavsretsloven, ikke specielt gamle. De nugældende ophavsretlige undtagelser, som den kutyme, Coop påberåbte sig, skulle supplere, stammer primært fra lovrevisionen i 1995. For det tredje er det retsforhold, der består mellem ophavsmænd og det omgivende samfund, ikke et formueretligt skyldforhold, hvis indhold ifølge liberalistisk tankegang bør reguleres af markedet. Retsforholdet mellem ophavsmænd og deres omgivelser udleder jo ikke deres gyldighed af obligationsretlige skyldforhold, men af ophavsretsloven. Meget ofte har ophavsmanden og de potentielle krænkerer ikke haft nogen kontakt med hinanden, før krænkelsessagen ruller. Det behov for at overlade fastlæggelsen af den gældende retstilstand til markedet, der måtte findes i obligationsretten, går derfor ikke igen i ophavsretten.

Og for det fjerde viger de nævnte formueretlige love for handelsbrug og sædvaner mv., fordi det står udtrykkeligt i de indledende bestemmelser. I ophavsretsloven står der derimod ikke noget om, at loven skulle vige for sædvaner og kutymer. Sådan har lovgivningsmagten bestemt, at det skal være.

Også derfor må man efter vores mening tiltræde resultatet i sagen.

Hvis man generelt vil anerkende muligheden for at fravige de ophavsretlige beskyttelsesnormer gennem sædvaner/kutymer, må man også forholde sig til, hvilken rækkevidde sådanne fravigelser kan have efter EU-retten. Dette spørgsmål drøftes nedenfor under punkt 6.

5. De minimis-princippet

Det antages i nordisk ret, at der gælder et ulovbestemt ophavsretligt princip ved navn *de minimis non curat lex*, dvs. ”retten er ligeglåd med bagateller”.³⁷ I dansk ret antages princippet at kunne opspaltes i tre underprincipper. For det

³⁷ Se udførligt *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 288 ff., *Udsen*, De informationsretlige grundsætninger, Kbh. 2009 s. 395 ff., *Linkis*, Dansk ophavsrets fleksibilitet s. 98 ff.

første er det tilladt at bruge værker på måder, der er *helt bagatelagtige* og ikke med rimelighed kan genere ophavsmanden. Det er derfor, det f.eks. ikke kræver betaling til KODA at gå fløjtende ned ad gaden. For det andet er det er tilladt at bruge værker på måder, der er *tilfældige og underordnede*. Det er derfor ikke en ophavsretskrænkelser, hvis man f.eks. i en dokumentarfilm ser et tv køre i baggrunden et kort øjeblik, eller hvis en bog viser et billede af nogen, der sidder på designstole eller drikker af ophavsretligt beskyttede kaffekopper. Ophavsretslovens § 23, stk. 3, der tillader brug af kunstværker i aviser, tidsskrifter, film og fjernsyn, når gengivelsen har underordnet betydning, jf. ovenfor 4, er en særlig lovfæstet manifesteration af de minimis-princippet. De minimis-princippet har imidlertid selvstændig betydning ved siden af § 23, stk. 3, fordi bestemmelsen kun handler om underordnet brug i aviser, film og fjernsyn, mens de minimis-princippet dels tillader brug i andre former for medier, herunder radio, bøger etc., dels har potentiel anvendelse også i andre sammenhænge. For det tredje antages de minimis-princippet at indebære, at det kan være lovligt at bruge et værk på en måde, der er *helt atypisk* og ikke i strid med den beskyttelsesinteresse, der ligger bag de ophavsretlige regler. Heraf følger bl.a., at det f.eks. kan være tilladt at vise pengesedler i reklamer, selvom pengesedler principielt kan være ophavsretligt beskyttede som billedkunst. Dette sidste underprincip om tilladelig, atypisk brug har støtte i UfR 1997.691 H. Højesteret tillod her brug af billeder af pengesedler i reklamer, bl.a. med henvisning til, at pengesedlers primære formål er at repræsentere en økonomisk værdi, og at det afgørende i reklamerne var pengenes symbolværdi, mens det kunstneriske var uvæsentligt mm. De øvrige tolkninger af de minimis-princippet vedr. bagatelagtig, underordnet og tilfældig værksudnyttelse har derimod indtil nu ikke haft nogen højesteretsdom, de kunne læne sig op ad, så de har primært måttet udledes af lovforarbejder og juridisk litteratur.³⁸ Noget stensikkert fundament har de dog ikke haft der, og de har derfor måttet slås med flere juridiske udfordringer. Bl.a. indeholder visse nyere lovforarbejder udtalelser, der kan opfattes som udtryk for, at de minimis-princippet ikke gælder mere.³⁹ En anden ikke mindre foruroligende udfordring er leveret i Jakob

³⁸ Se nærmere litteraturhenvisningerne i forrige note. De relevante lovforarbejder er Folketingsstidende 1959-60, tillæg A, spalte 2688. Det hedder her, at afbildninger af kunstværker principielt er eksemplarer, men at det dog "ligger... i sagens natur, at der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunstværket blot figurerer som en detalje i billedets baggrund eller i øvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet. Fotografering eller optagelse på film af et interieur, hvori der indgår kunstværker som f.eks. malerier, vil derfor som regel kunne finde sted uden indhentning af tilladelse fra ophavsmændene til de pågældende værker".

³⁹ Nærmere bestemt bemærkningerne til lovforslag L19 2002-03, der bl.a. ændrede ophavsretslovens § 2, stk. 3, så bestemmelsen kom i overensstemmelse med infosoc-direktivet. Det hedder i motiverne til § 2, stk. 3, at "en bemærkning i lovmotiverne fra 1961 hvorefter 'der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunstværket blot figurerer som en detalje i billedets baggrund eller i øvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet' ikke længere er udtryk for gældende ret. Forholdet er i øvrigt i dag dækket af undtagelsesbestemmelsen i lovens [§ 23, stk. 3]". I *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 291 antages det, at denne motivudtalelse ikke afliver de minimis-princippet, dels fordi princippet er en almen ophavsretlig undtagelse gældende alle former for værksudnyttelse, mens motivud-

Linkis' bog *Ophavsrettens fleksibilitet*, Kbh. 2017. Forf. gør her gældende, at de *minimis*-princippet ikke er gældende dansk ret, og at tidligere juridiske forfatters mening om det desværre ikke er rigtig.⁴⁰ Den herskende opfattelse har dog været, at de *minimis*-princippet – herunder de dele af det, der drejer sig om bagatelagtig, tilfældig og underordnet værksudnyttelse – nødvendigvis må være gældende ret. Det kan jo ikke være rigtigt, at man f.eks. ikke må gå fløjtende ned ad gaden eller vise et billede af statsministeren i en bog, hvis der står en beskyttet kaffekop på skrivebordet.

Princippet er generelt og knytter sig ikke udelukkende til eneretten til eksemplar fremstilling, som efter Bernerkonventionen og WIPO Copyright Treaty skal omfatte reproduktion ”på enhver måde eller i enhver form”.⁴¹ Denne brede formulering var vanskeligt forenelig med de i note 38 citerede motivudtalelser, som sagde, at visse former for de *minimis*-brug slet ikke havde karakter af eksemplar fremstilling. Det var derfor, bemærkningerne til lovforslag L19 2002-03 distancerede sig fra motivbemærkningen fra 1961-loven. Bedre sent end aldrig, kan man her sige, for den underliggende bestemmelse i Bernerkonventionen kom ind allerede i Pariserakten fra 1971, som blev ratificeret af Danmark i 1979. Forarbejderne indeholdt imidlertid også en langt bredere udtalelse, som kan være relevant i forhold til de *minimis*-doktrinen. Det bemærkedes således generelt til loven: ”I lovforslaget har man i øvrigt søgt at løse de ophavsretlige problemer ved hjælp af almene, kort affattede bestemmelser. Man har ønsket på en så overskuelig måde som muligt at angive de ledende ophavsretlige principper, og der er kun undtagelsesvis, når et særligt behov herfor har gjort sig gældende, givet mere detaljerede bestemmelser om de på ophavsrettens område talrigt forekommende specialspørgsmål.”⁴² Selv om denne prisværdige målsætning med tiden til dels er veget for et forøget antal af undtagelsesvise detaljebestemmelser, minder den os stadig om, at der her som andetsteds må være en rimelig balance i forholdet mellem lovgivningens detaljeringsgrad og domstolens mulighed for at kunne nå frem til konkret rimelige afgørelser.

Som det fremgår af de billeder, der er optrykt i dommen, gengivet nedenfor, er der stor forskel på, hvor meget man kunne se af Würtz-keramikken på de forskellige billeder i sagen. På nogle af billederne kan man tydeligt se keramikken, herunder tallerkenernes facon og farve, mens man på andre billeder ikke rigtig kan se den ordentligt. Coop gjorde gældende, at alle billederne var lovlige efter de *minimis*-princippet. Würtz, derimod, gjorde gældende, at ingen af dem var det. Både Sø- og Handelsrettens flertal og Højesteret nåede imidlertid frem til den konklusion, at visse af billederne i sagen var lovlige

talelsen kun drejer sig om indholdet af begrebet eksemplar fremstilling, dels fordi § 23, stk. 3, kun drejer sig om gengivelse i visse medier, men ikke f.eks. bøger, og dels fordi man uden de *minimis*-princippet forvandler ophavsretten til en grundlæggende uudholdelig retsdisciplin, der forbyder en lang række ting, som nu anses for normale og uproblematisk.

⁴⁰ Se nærmere bogens s. 98 ff. Forf.s antagelser tages under kærlig behandling af Rosenmeier, UfR 2017 B s. 93 f.

⁴¹ Bernerkonventionens artikel 9(1), som indkorporeres ved henvisning i WCT artikel 1(4).

⁴² Folketingstidende 1959/60, tillæg A, sp. 2682.

efter de minimis-princippet, mens andre ikke var. Højesteret henviste til, at keramikken fremtrådte tydeligt og udgjorde et væsentligt element i den første gruppe af billeder, mens den havde en underordnet betydning i den sidstnævnte gruppe.

Dommen er på dette punkt principiel på flere punkter.

For det første sætter den punktum for diskussionen om, hvorvidt de minimis-princippet er en del af gældende dansk ret eller ej.⁴³

For det andet er dommen principiel, fordi Højesteret efter at have slået fast, at de minimis-princippet gælder, udtrykkeligt understregede, at princippet skal fortolkes restriktivt, hvilket følger af ”tre trins-testen” i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5.⁴⁴ Dermed bekræftede Højesteret, hvad der også er antaget af en række udenlandske domstole, nemlig at tre trins-testen ikke bare sætter grænser for, hvilke undtagelser man kan vedtage ad lovgivningsvejen, men at den også stiller krav til den måde, domstolene fortolker og administrerer de gældende undtagelser på.⁴⁵ Den regel, som tre trins-testen udtrykker – dvs. at undtagelser skal formuleres og administreres på en måde, så de er præcise, ikke-skadelige og afbalancerede – indgik allerede forinden i dansk ret i kraft af princippet om konventionskonform fortolkning af national lovgivning, som gennemfører internationale konventioner. Det følger af reglens placering i Bernerkonventionens artikel 9(2) for så vidt angår eksemplarfremsættelse og for så vidt angår andre udnyttelsesformer i kraft af det parallelle princip om de ”små friheder”, som blev samlet under tre trins-testen i TRIPS aftalens

⁴³ Spørgsmålet om, i hvilket omfang resultatet er foreneligt med EU-retten, diskuteres nedenfor 6.

⁴⁴ Tre-trinstesten er et generelt ophavsretligt princip om, at undtagelser til ophavsretten kun må indføres ”i særlige tilfælde” (trin 1), og kun hvis undtagelserne ikke skader den ”normale udnyttelse” af det beskyttede stof (trin 2) og ikke urimeligt gør indgreb i rettighedshavernes ”legitime interesser” (trin 3). Testen stammer oprindeligt fra Bernerkonventionens art. 9(2) og er gentaget i TRIPS-aftalens art. 13, WCT art. 10(1), WPPT art. 16(2), låne/lejedirektivets art. 10(3) og infosoc-direktivet art. 5(5).

⁴⁵ Se nærmere *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 5. udg. 2018 s. 176 med henvisninger. Som et nyere svensk eksempel kan henvises til den svenske højesteretsdom i NJA 2016 s. 212 (NIR 2016 s. 305). Retten anså det her for at følge af tre trins-testen, at den svenske ophavsretslovs § 24, stk. 1 – der tillader afbildning af kunstværker, der ”stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utomhus” – ikke muliggjorde offentliggørelse i en ”Wikimedia”-database på internettet. – Som beskrevet ovenfor note 31 fotokopierede Politiets efterretningstjeneste (PET) i 1981 forfatteren Arne Herløv Petersens private dagbog p.g.a. mistanke om agentvirksomhed. Der er tale om en omfattende privat dagbog med intime private oplysninger, og de dele af dagbogen, der havde betydning for efterforskningen, fylder kun nogle få procent af den. Selvom tiltalen blev frafaldet, beholdt PET kopien og har nu givet den videre til Statens Arkiver med henblik på offentlig arkivering. Det er i overensstemmelse med den danske ophavsretslovs § 27, hvorefter ophavsretten ikke til hinder for, at arkivalier, der er afleveret til et offentligt arkiv, gøres tilgængelige for almenheden i overensstemmelse med arkivlovgivningen. Arkiveringen af dagbogen er blåstemplet af Folketingets Ombudsmand i sag 2017-12 af 30.03.2017. Dansk Forfatterforening har i 2019 fået fri proces til en retssag, der bl.a. skal afgøre, om det er foreneligt med tre-trinstesten at opretholde en ophavsretlig undtagelse, der muliggør arkivering af omfattende private dagbøger uden udeladelse af de dele af dem, der ikke har nogen betydning for den sag, der begrundet arkiveringen.

artikel 13 og WCT artikel 10.⁴⁶ På EU-plan følger en regel om restriktiv fortolkning af undtagelser desuden af dels infosoc-direktivets betragtning 44,⁴⁷ dels et helt alment EU-retligt princip om, at regler, der udtrykker undtagelser til hovedregler, skal fortolkes indskrænkende.⁴⁸ Principperne er ofte anvendt i EU-Domstolens praksis.⁴⁹ Meningen med dem er selvfølgelig ikke, at man skal lade den indskrænkende fortolkning gå så vidt, at det lukker luften helt ud af de ophavsretlige undtagelser. EU-Domstolen har derfor formuleret en regel om, at dens almene princip om snæver fortolkning af indskrænkninger ikke må gå så vidt, at det fratager undtagelserne effektiv virkning.⁵⁰ Men reglerne

⁴⁶ Se hertil *Blomqvist*, *Primer on International Copyright and Related Rights*, Edward Elgar, Cheltenham 2014, s. 173 ff.

⁴⁷ Betragtning 44 lyder: ”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 undtagelser eller indskrænkningers anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser”.

⁴⁸ Se bl.a. C-5/08 af 16.07.2009 (Infopaq) præmis 56. Ved fortolkningen af undtagelsesbestemmelsen i infosoc-direktivets art. 5(1) om midlertidig eksemplarfremstilling (i Danmark ophavsretslovens § 11 a) havde EU-Domstolen her ”for øje, at de bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindeligt princip i samme direktiv, efter fast retspraksis skal fortolkes indskrænkende”. Se også nogle domme, som der henvises til i Infopaq-dommen anf. sted, C-435/12 af 10.04.2014 (Stichting de Thuiskopie) præmis 20 ff., de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 162 og C-145/10 af 11.12.2011 (Painer) præmis 109.

⁴⁹ Se bl.a. C-117/13 af 11.09.2014 (Ulmer). Spørgsmålet var her, om infosoc-direktivets art. 5(2)(c), der tillader biblioteker mv. at foretage ikke-kommercielle ”særlige reproduktions-handlinger”, og art. 5 (3)(n), der tillader biblioteker mv. at gøre visse former for værker mv. i deres samlinger til genstand for overføring eller tilrådighedsstillelse on demand med henblik på forskning mv., gjorde det muligt for biblioteker mv. at digitalisere deres bøger og gøre dem tilgængelige på terminaler. EU-Domstolen anså svaret for at være ja på visse betingelser, herunder at digitaliseringen skete på en måde, der respekterede tre trins-testen. Det fandtes den tyske ordning, der havde givet anledning til sagen, at gøre, bl.a. fordi den indebar, at antallet af digitale tilrådighedsstillelser af et værk ikke oversteg bibliotekets antal af fysiske eksemplarer af værket. Se præmis 48 f. Se videre C-5/08 af 16.07.2009 (Infopaq). EU-Domstolen foreskrev her indskrænkende fortolkning af reglen om midlertidig reproduktion i infosoc-direktivets art. 5(1) med henvisning til tre-trins-testen i art. 5(5) og princippet om, at undtagelser skal tolkes snævert, jf. præmis 56 og 58. Se tilsvarende C-527/15 af 26.04.2017 (Filmspeler) præmis 62 f. og C-265/16 af 29.11.2017 (VCAST) præmis 31 f. Se også C-435/12 af 10.04.2014 (Stichting de Thuiskopie) præmis 20 ff. Retten nåede her frem til, at både tre trins-testen, infosoc-direktivets betragtning 44 samt det EU-retlige princip om snæver fortolkning af undtagelser tilsagde en indskrænkende fortolkning af infosoc-direktivets art. 5, stk. 2, litra b. Bestemmelsen, der giver medlemslandene mulighed for at have undtagelser om kopiering til privat brug, måtte derfor forstås sådan, at der kun kan kopieres på baggrund af lovlige kilder. Se om dommen *Quintais*, IIC 2015 s. 66 ff. At der også gælder et krav om lovligt forlæg i relation til art. 5(2)(a) om ”reprografi”, fremgår af C-572/13 af 12.11.2015 (Hewlett-Packard Belgium SPRL) præmis 57 ff.

⁵⁰ Se bl.a. C-145/10 af 11.12.2011 (Painer) præmis 129 ff. Domstolen fandt her, at der, uanset at undtagelser skal fortolkes snævert, ikke er pligt til at tolke begrebet ”citat” i infosoc-direktivets

medfører et alment udgangspunkt om, at ophavsretlige undtagelser skal være hjemlede, ikke-skadelige og afbalancerede, sådan så de ikke bliver unødigt generende for ophavsmanden og fortolkes på en måde, der forudsætter en nøje afvejning af de involverede interesser og hensyn.

Når Højesteret således principielt udtaler sig til fordel for anvendelsen af de minimis-princippet i dansk ophavsret og tillige anviser de begrænsninger heri, som ligger i tre trins-testen, bør man imidlertid holde sig for øje, at der også gælder andre begrænsninger efter EU-retten. Alle indskrænkninger og begrænsninger i ophavsretten, som vedrører harmoniserede rettigheder (altså kort sagt alt andet end visningsretten og de ideelle rettigheder), skal således på den ene eller den anden måde være hjemlede i infosoc-direktivets artikel 5. Dette spørgsmål drøftes straks nedenfor.

6. Forenelighed med de internationale konventioner og EU-retten

Højesteret udtalte i dommen, at det ikke var bevist, at Coops adfærd var lovlig efter en sædvane. Det er vel muligt at tolke det som udtryk for en anerkendelse af, at det ikke er udelukket, at sædvaner godt i visse tilfælde kan medføre selvstændige ophavsretlige undtagelser. Herudover indebærer dommen en anerkendelse af, at de minimis-princippet er gældende dansk ret. Såvel udtrykkeligt hjemlede som ulovbestemte undtagelser fra den ophavsretlige beskyttelse skal imidlertid falde inden for rammerne af både vore folkeretlige forpligtelser, herunder navnlig Bernerkonventionen, TRIPS Aftalen og WCT samt EU-retten. Om det er opfyldt i relation til de minimis-princippet, er et spørgsmål, der ikke besvares udtrykkeligt i dommen.

art. 5(3)(d) indskrænkende, sådan så citering pr. definition skulle kræve, at citatet tages over i noget, der i sig selv er et værk. I den forbindelse henviste Domstolen bl.a. til, at tolkningen af citatbegrebet ikke alene skal respektere princippet om indskrænkende tolkning af undtagelser, men også ske på en måde, der muliggør citat-undtagelsens effektive virkning og overholder dens formål, jf. præmis 133. Se tilsvarende de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 04.10.2011 (Premier League) præmis 160 ff. Spørgsmålet var her, om visse reproduktioner i forbindelse med tv-udsendelser er lovlige efter undtagelsen om midlertidig eksemplarfremstilling i infosoc-direktivets art. 5(1), eller om de snarere falder udenfor. Retten fandt, at de er omfattet. I den forbindelse bemærkede den, at princippet om snæver fortolkning af undtagelser lægger op til en indskrænkende tolkning af reglen, men at fortolkningen imidlertid skal gøre det muligt at sikre undtagelsens effektive virkning og ”muliggøre og sikre nye teknologiers udvikling og funktion samt bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem på den ene side rettighedshavere og på den anden side brugere af beskyttede værker, der ønsker at benytte disse nye teknologier”. Se også C-201/13 af 03.09.2014 (Deckmyn): Det har traditionelt været antaget i mange medlemslande, at humoristiske værksgengivelser kun er lovlige parodier, hvis formålet er at latterliggøre selve det værk, der indgår i parodien, men at det derimod ikke er en lovlig parodi at bruge et værk som led i latterliggørelse af noget andet end værket, f.eks. politiske modstandere. Det blev afskaffet af EU-Domstolen i Deckmyn-sagen, bl.a. fordi ”[f]ortolkningen af begrebet parodi skal [...] gøre det muligt at sikre den således fastlagte undtagelsens effektive virkning og at overholde dens formål”, jf. præmis 23. Sagen er vanskelig at håndtere, idet brugen af et værk i en stærkt politiseret sammenhæng, som der var tale om, ofte vil kunne ses som en krænkelse af respektretten under droit moral, men da disse rettigheder ikke er harmoniseret i EU, henhører de heller ikke under EU-Domstolens kompetence.

For så vidt angår de folkeretlige forpligtelser er problemet ikke uoverstigeligt. Som før nævnt indeholder Bernerkonventionens generelle hjemler for mindre undtagelser i artikel 9(2), nemlig tre trins-testen for så vidt angår eksemplarfremsstilling og for så vidt angår andre udnyttelsesformer i kraft af det parallelle princip om de ”små friheder”. Disse regler blev samlet under tre trins-testen i TRIPS Aftalens artikel 13 og WCT artikel 10, som finder anvendelse på alle de ophavsretlige beføjelser.⁵¹ Denne bestemmelse giver en generel hjemmel for specifikt beskrevne, ikke-skadelige og afbalancerede indskrænkninger. Hertil kommer, at Bernerkonventionens almindelige citatregel i artikel 10, som også finder anvendelse under TRIPS Aftalen, jf. dennes artikel 9.1, og WCT, jf. dennes artikel 1(4), ikke er begrænset til specielle værkstyper og derfor også må finde anvendelse ved gengivelse af kunstværker, om end dette – i overensstemmelse med de generelle principper om overensstemmelse med god skik og begrænsning af omfanget til det, som betinges af formålet – selvsagt må ske med den fornødne skønsomhed. Der synes således her at være et vist spillerum til at anvende de minimis-doktrinen. Der må også antages at være hjemmel for en vis anerkendelse af sædvaner/kutymer, om end meget her selvsagt må afhænge af en konkret vurdering af hver enkelt sag, men det lægger de generelle regler herom jo også op til, i og med at domstolene ikke kan forventes at acceptere sædvaner/kutymer, som er urimelige eller i strid med god skik.

For så vidt angår EU-retten vil opmærksomheden ved fravigelser af den ophavsretlige beskyttelse som følge af ulovbestemte de minimis-undtagelser og sædvaner/kutymer først og fremmest samle sig om bestemmelsen i artikel 5(3)(i) i infosoc-direktivet, som er omtalt ovenfor under 2 i forbindelse med indskrækningsbestemmelsen i ophavsretslovens § 23, stk. 3. Det er således et spørgsmål, om undtagelserne kan omfatte tilfælde, hvor en benyttelse måske er underordnet i sammenhængen, men ikke desto mindre klart tilsigtet af den eller de personer, som er ansvarlige for optagelsen eller udbredelsen heraf. Som beskrevet ovenfor 3 er det principielt uafklaret, om en sådan benyttelse ville være tilladelig under artikel 5(3)(i). En endelig afklaring vil forudsætte forelæggelse for EU-Domstolen.

I princippet kan sædvaner/kutymer imidlertid forekomme på mange forskellige artede områder. Man kan naturligvis argumentere for, at især retssædvaner, men også en vis respekt for indarbejdede kutymer, er en fundamental figur i de fleste, hvis ikke alle landes juridiske system, og at de derfor uden nogen særlig hjemmel kan lægges til grund ved udlægningen af de ophavsretlige regler, på samme måde som man anvender de grundlæggende dogmer og regler om lov- og konventionsfortolkning. Sammenligningen holder imidlertid ikke helt, for i princippet kan man ikke udelukke, at sædvaner/kutymer kan udvikle sig på en måde, som tilsidesætter den krævede minimumsbeskyttelse hinsides, hvad man ville kunne nå ved fortolkning. Her må meget afhænge af,

⁵¹ *Blomqvist*, *Primer on International Copyright and Related Rights*, Edward Elgar, Cheltenham 2014, s. 173 ff.

om rettighedshaverne som gruppe kan anses for medvirkende til sædvanens/kutymens opståen og fastholdelse, idet man i så fald måske vil kunne anse den som stiltiende accepteret, altså i princippet på kontraktretligt grundlag. Hvis den derimod er opstået og vedligeholdt uden rettighedshavernes forståelse, accept eller måske ligefrem viden, bør det imidlertid være en forudsætning for, at den kan fortrænge den lovbestemte beskyttelse, at den er hjemlet som en mulig undtagelse under artikel 5 i infosoc-direktivet. Og selv da må det i det hele anses for særdeles tvivlsomt, om en sådan fravigelse er mulig, i og med at artikel 5 i princippet er en udtømmende regulering af adgangen til at indføre indskrænkninger og undtagelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for så vidt angår retten til eksemplarfremstilling og overføring til almenheden.⁵² Ifølge nyere retspraksis fra EU-Domstolen, fra efter afsigelsen af Højesterets dom, råder medlemsstaterne over en betydelig skønsmargen ved gennemførelsen af udtryk som ”i et omfang som det informative formål berettiger til” og ”i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke [...] ud over, hvad det særlige formål berettiger til” i infosoc-direktivets artikel 5(3) (c), andet led, og (d), som gør det muligt for dem at foretage en afvejning af de involverede interesser.⁵³ Disse sager drejede sig om forholdet mellem ophavsretten og informations- og ytringsfriheden, og det understreges i afgørelserne, at medlemsstaterne ikke frit i deres lovgivning kan indføre undtagelser eller indskrænkninger ud over dem, som udtrykkeligt er fastsat i infosoc-direktivet, da disse sigter på at sikre det indre markedes funktion, og dette ville i modsat fald ikke kunne garanteres.⁵⁴

Hvad angår de minimis-doktrinen, kan man i første række diskutere, om den ikke – ligesom i hvert fald respekten for egentlige retssædvaner – udgør en så grundfæstet del af retskulturen i unionslandene, at den må finde anvendelse også uden udtrykkelig hjemmel i de enkelte direktiver. Det er jo ikke i nogens interesse, at retssystemet skal belemres med bagateller og ubetydelige kvævulanterier. Det antages på linje hermed af Jacob Linkis, at det må være overvejende sandsynligt, at EU-Domstolen vil tillade nationale bagatelgrænser på trods af, at de ikke har udtrykkelig hjemmel i infosoc-direktivet, da de minimis-princippet har en lang tradition i europæisk retshistorie og er fundet i en mere almengyldig – om man vil naturretlig – grund.⁵⁵ Senere praksis fra Domstolen peger dog ikke i den retning. I to parallelle sager har dens Store Afdeling således fastholdt, at ”medlemsstaternes mulighed for at gennemføre en undtagelse til eller en indskrænkning i de harmoniserede regler i artikel 2 og 3 i [infosoc-direktivet] er snævert afgrænset af kravene i EU-retten [...]”. ”Navnlig kan medlemsstaterne i deres lovgivning alene fastsætte en undtagelse eller en indskrænkning som omhandlet i artikel 5, stk. 2 og 3, i

⁵² Infosoc-direktivet, præambelen betragtning 32.

⁵³ C-469/17 af 29.7.2019 (Funke Medien), præmis 43; C-516/17 af 29.7.2019 (Spiegel Online), præmis 28.

⁵⁴ C-469/17 af 29.7.2019 (Funke Medien), præmis 62 f; C-516/17 af 29.7.2019 (Spiegel Online), præmis 47 f.

⁵⁵ Jf. Linkis, Dansk ophavsrets fleksibilitet, s. 103 ff.

[infosoc-direktivet], såfremt de overholder alle betingelserne i denne bestemmelse [...]”.⁵⁶ Det er derfor svært at finde fodfæste for et argument om, at der alligevel gælder en yderligere, uskreven regulering, og det må således fastholdes, at også de minimis-principper o.l. kun kan opretholdes i det omfang, det har hjemmel i infosoc-direktivet.

I den forbindelse samler opmærksomheden sig om bestemmelserne i artikel 5(3)(i) om tilfældig medtagelse af et værk i andet materiale og opsamlingsbestemmelsen i litra (o) om visse andre mindre væsentlige tilfælde. Undtagelsen i litra (i) er allerede drøftet ovenfor under punkt 3 i relation til § 23, stk. 3, og som der anført kan det drøftes, om dens hjemmel til undtagelser vedrørende ”tilfældig” medtagelse af værker kan omfatte tilfælde, hvor medtagelsen er af underordnet karakter, men tilsigtet. Det spørgsmål er også relevant i relation til det ulovbestemte de minimis-princip. Efter vores opfattelse er der grund til at besvare spørgsmålet bekræftende både i relation til § 23, stk. 3, og de minimis-princippet, jf. ovenfor anf. sted.

En anden mulig hjemmel for princippet anvendelse i visse sager er bestemmelsen i artikel 5(3)(o), der netop sigter på ”visse andre mindre væsentlige tilfælde”, men samtidig kun finder anvendelse ”hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesskabet [...]”. Uden at gå i detaljer kan det nok med en vis sikkerhed konstateres, at denne bestemmelse kun åbner op for et meget snævert anvendelsesområde. Det samme må siges om de indskrænkninger i artikel 5(2) og (3), som ikke udtrykkeligt er implementeret i dansk lovgivning, herunder navnlig bestemmelsen i (3)(k) om karikatur, parodi eller pastiche og (3)(l) om anvendelse i forbindelse med demonstration eller reparation af udstyr.

7. Afsluttende bemærkninger

Man kan nok tillade sig at sige, at det mest opsigtsvækkende ved Højesterets dom slet ikke er, hvad den udtrykker på skrift, men derimod hvad den forbigår. Som parternes procedure er refereret, har de ikke reelt givet retten anledning til at tage stilling til spørgsmålet, om de foretagne gengivelser overhovedet konstituerer krænkelse af de pågældende værker. For at en ophavsret kan krænkes ved en afbildning af en tredimensional genstand, må det kræves, at afbildningen gengiver den i en grad, så den ikke bare kan genkendes, men også således at der medtages tilstrækkeligt af genstandens individuelle træk, som begrunder den ophavsretlige beskyttelse.⁵⁷ Man må her erindre, at beskyttelsen af Würtz’ stel blev begrundet i ”den unikke kombination af stram gen-

⁵⁶ C-469/17 af 29.7.2019 (Funke Medien), præmis 47 f; C-516/17 af 29.7.2019 (Spiegel Online), præmis 32 f.

⁵⁷ At krænkelse kræver overtagelse og gengivelse af et aspekt, der i sig selv opfylder originalitetskravet, er nu knæsat af EU-Domstolen. Se C-5/08 af 16.7.2008 (Infopaq I), præmis 38 f. og 47 f., de forenede sager C-403/08 og C-429/08 af 4.10.2011 (Premier League), præmis 159 og C-355/12 af 23.1.2014 (Nintendo) præmis 22. Læs mere om princippet hos *Rosenmeier*, UfR 2014B s. 220 ff. Se til emnet også *Schanning*, UfR 2013B s. 341 ff.

kendelig formgivning i hvert objekt, den særegne og sjældent sete glaserings metode og resultat, samt meget konsekvente farvebrug”.

De fotos, som blev anset for omfattet af de minimis-doktrinen, udmærkede sig imidlertid alle ved kun at gengive meget begrænsede udsnit af stellet, og i flere tilfælde var det eneste, man kunne se til fx en tallerkens udformning, at den var rund, hvilket næppe rækker til at begrunde ophavsretlig beskyttelse. Når det således kun var glasuren, som var synlig, må det henstå som højst tvivlsomt, om der kunne statuere krænkelser. Nok synes det klart, at glasuren var ganske speciel, og den var meget vanskelig at udføre, men der indgik også aleatoriske elementer i dens udformning, hvilket nødvendiggjorde, at ca. 10% af steldelene måtte fravælges og kasseres. Afbildningen på de pågældende fotos omfattede imidlertid kun ganske begrænsede arealer. De anvendte farver på de afbildede enkeltdele af stellet kan heller ikke i sig selv antages at begrunde beskyttelse.⁵⁸ Endelig er henvisningen til kombinationen af adskillige forskellige elementer entydig og prominent i den påankede og stadfæstede sø- og handelsretsdom, og den må derfor også lægges til grund for vurderingen af Højesterets dom.

Der er derfor god grund til at antage, at det samme resultat, som dommen faldt ud til for så vidt angår anvendelsen af de minimis-doktrinen, kunne være nået allerede ved krænkelsevurderingen, og at inddragelsen af nye ulovbestemte undtagelser derfor i realiteten var uforholdsmæssig. Retten skal naturligvis ikke bebrejdes, at den følger forhandlingsmaksimen og dermed baserer afgørelsen på det af parterne fremførte, men konsekvensen må være, at man vurderer dommens præjudikatsværdi med en vis varsomhed. Dommen anerkender måske nok eksistensen af en de minimis-doktrin på området, men for så vidt angår denne doktrins reelle anvendelsesområde i tilfælde, hvor der foreligger en klar krænkelser, indeholder den ikke megen vejledning, om nogen overhovedet.

Er de minimis-doktrinen så i virkeligheden en løsning på udkik efter sit problem? Vel knap nok. Der er områder, hvor den meningsfuldt kan finde anvendelse, fx på områder, som falder uden for de lovhjemlede undtagelser. Som eksempler kan nævnes underordnet medtagelse af beskyttet stof i andre medier end dem, der opregnes i § 23, stk. 3, f.eks. bøger, radioprogrammer og PowerPoint-præsentationer. Desuden kan de minimis-princippet procesøkonomisk muligvis være til nytte i retssager, hvis parterne og retten anser de minimis-vurderingen for en hovedsageligt juridisk præget afgørelse, som vil kunne foretages af dommerne uden bistand af sagkyndigt syn og skøn, der ellers kan være med til at hæve omkostningsniveauet betragteligt, og som kan være nærliggende at ty til ved foretagelsen af en krænkelsevurdering. Dette har dog næppe været afgørende i den foreliggende sag, hvor der forelå omfattende syn- og skønserklæringer, brancheerklæringer og sågar en Kantar Gallup-undersøgelse af forbrugernes opfattelse af brugen af det pågældende keramikstel i en annonce og på emballager. Samtidig kommer man næppe

⁵⁸ *Rosenmeier*, Værkslæren i ophavsretten, Kbh. 2001, s. 223 med henvisninger.

udenom, at det grundlæggende er vurderinger af samme kategori, som skal foretages, blot i forskellige juridiske iklædninger. Principielt bør man derfor nok anbefale den grundlæggende ophavsretlige systematik: Først skal det vurderes, om det påstået krænkede arbejde nyder ophavsretsbeskyttelse; så skal det undersøges, om den pågældende brug krænker det beskyttede værk, og kun hvis det er tilfældet, er der til sidst grund til at se på, om brugen er omfattet af en, først lovbestemt derefter ulovbestemt, undtagelsesregel.

Tilsvarende med hensyn til fravigelsen af den ophavsretlige beskyttelse ved kutymmer eller sædvaner. Her synes dommens ordvalg muligvis at anerkende, at dette vil kunne finde sted, men hvornår og under hvilke omstændigheder dette måtte kunne ske henstår fortsat i det uvisse.

Dommen er således både principiel og interessant, men som præjudikat bør den omgås med en vis forsigtighed.