

Festskrift til  
Jørgen Blomqvist





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

Festskrift til  
Jørgen Blomqvist

ExTuto  
PUBLISHING  
[www.extuto.com](http://www.extuto.com)

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

*Festskrift til Jørgen Blomqvist*

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2021 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion. KATE GILBERT (engelsk) og LINO VOGT (dansk) har været ansvarlige for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m<sup>2</sup> af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

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

Copyright © 2021 the editors and contributing authors severally

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-420-0041-0

### **Ex Tuto Publishing A/S**

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

[www.extuto.com](http://www.extuto.com)



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



**dreyers**fond

**Fair**Publishing

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





# Kapiteloversigt

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

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



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

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

# Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder

*Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel*

## 1. Indledning

I de brølende 80'ere læste jeg jura på Aarhus Universitet og fik på kursusfaget Ophavsret i den grad vakt min interesse for dette retsområde. Min sidekammerat var Peter Schønning, og vi læste med stor energi og foretagsomhed blandt andet Jørgen Blomqvists fine afhandling om overdragelse af ophavsrettigheder.<sup>1</sup> Let var det ikke, men spændende. Både Peter og jeg kom ud på den anden side, og begge med æren i behold, så vidt jeg husker.

Overdragelse af ophavsrettigheder var – og er – et kapitel for sig. Både i ophavsretsloven og i overført betydning. Når det drejer sig om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder, er det specialitetsgrundsætningen i ophavsretslovens § 53, stk. 3, der styrer. Eller sådan er det i hvert fald på papiret. Bestemmelsen indebærer, at den slags aftaler i hvert i visse tilfælde skal fortolkes indskrænkende til for-

---

1. Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder – Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1987).

del for ophavsmanden. Det er en ikke-partsneutral minimumsregel, der tilstræber at sikre ophavsmanden mod brede og uspecificerede og dermed vidtgående og uoverskuelige overdragelser. Det er en god regel, fordi den beskytter ophavsmanden.

Der er imidlertid et gab mellem intentionerne bag reglen og reglens anvendelse i praksis. Domstolene er tilbageholdende med at anvende reglen. Man kan sige, at reglen ikke virker i praksis, hvor der i stedet sker en mere objektiv aftalefortolkning, som fører til et for ophavsmanden ugunstigt resultat, som ikke stemmer overens med § 53, stk. 3, eller i hvert fald intentionerne bag, vil jeg mene. Dette blev allerede og på overbevisende måde anslået af Jørgen Blomqvist og siden fulgt op af Jens Schovsbo, som i sin disputats fra 2001 kaldte specialitetsgrundsætningen for “impotent”.<sup>2</sup>

## 2. “Store rettigheder” vs. “små rettigheder”

På musikforlagsområdet sonderer man mellem små og store rettigheder. En musikforlagsaftale sigter typisk mod at forlaget skal udbrede værkerne med henblik på offentlig fremførelse og mekanisering samt trykning i nodehæfter. Disse kernerettigheder udgør de små rettigheder. Store rettigheder – musikdramatiske rettigheder – dækker derimod over brug af musikværker til musikdramatisk opførelse såsom operaer, balletter, musicals, skuespil, revyer og lignende.

Der er ingen legal definition af store, henholdsvis små rettigheder. Denne sondring er således forankret i hensynet til ophavsmanden uden noget specifikt juridisk grundlag. Begrundelsen er, at der er et større behov for beskyttelse af *droit moral* forbundet med dramatisk sceneoptræden end med den “ordinære” fremførelse og mekanisering. Store rettigheder er i en klasse for sig og administreres normalt personligt af dem, der har skabt musikken, og deres forlag, evt. med hjælp fra Koda-Dramatik.<sup>3</sup>

---

2. Jens Schovsbo, *Immaterialretsaftaler Fra kontrakt til status i kontraktsretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001).

3. Se “Retningslinjer for musik på teaterscener” på Kodas hjemmeside <<https://www.koda.dk/>>.

Den herskende mening i den danske juridiske doktrin har hidtil været, at det er tvivlsomt, om selv en generel og fuldstændig overdragelse vil omfatte de store rettigheder, medmindre det udtrykkeligt er specificeret i aftalen. Det er ikke noget, der er behandlet tilbundsående, men i hvert fald i to fremstillinger indtager man dette standpunkt. I fremstillingen *Musikaftaler* skriver Jakob Plesner Mathiasen følgende:

“Hvis forlaget ønsker at erhverve de store rettigheder, bør dette præciseres i aftalen. Der er tale om en særegen rettighedstype, som normalt forvaltes af ophavsmanden selv (ophavsmanden kan overlade denne forvaltning til KODA-Dramatik). Det er tvivlsomt om selv en generel og fuldstændig overdragelse omfatter de store rettigheder. Formodningen er nok imod, hvis store rettigheder ikke udtrykkeligt er nævnt.”<sup>4</sup>

Samme forfatter skriver i *Immaterialretlige aftaleforhold*, at

“[d]e store rettigheder [...] har en så særegen karakter, at det efter al sandsynlighed er nødvendigt at specificere det direkte i musikforlagsaftalen, hvis disse rettigheder skal overdrages til musikforlaget.”<sup>5</sup>

Dette synspunkt, som jo for så vidt stemmer fint overens med intentionerne bag specialitetsgrundsætningen, må meget muligt nu genovervejes i lyset af Østre Landsrets dom af 2. oktober 2020, som er omdrejningspunktet for mit bidrag. Dommen giver tillige anledning og inspiration til en række andre overvejelser. Men nu til sagen.

### 3. MLTR vs EMI

#### 3.1. Sagens kerne

Sagen stod mellem på den ene side Jascha Richter, Mikkel Lentz, Søren Stig Madsen og Kåre Wanscher, der alle fire var medlemmer af bandet

---

4. Johan Schlüter, Jesper Bay & Jakob Plesner Mathiasen, *Musikaftaler* (Forlaget Thomson 2006), s. 139.

5. Jakob Plesner Mathiasen i *Immaterialretlige aftaleforhold* (Gjellerup/Gads Forlag 2013), s. 362 ved note 50, hvori der henvises til den i foregående note nævnte fremstilling.

Michael Learns To Rock (MLTR), og på den anden side musikforlaget EMI Music Publishing Denmark A/S (EMI).

Spørgsmålet var, om MLTR havde overdraget udnyttelsen af rettighederne til sine musikkompositioner til musikdramatisk opførelse, altså om de store rettigheder var omfattet af overdragelsen til musikforlaget.

Det fremgår af byrettens dom, at tvisten opstod, fordi Michael Learns To Rock ifølge Jascha Richter overvejede at indgå i et samarbejde om at lave en musical, hvori nogle af hans sange skulle indgå. Man var uenige om, hvorvidt EMI skulle involveres heri, og det førte i sidste ende til retssagen mellem parterne.

Overdragelsen var reguleret i to næsten enslydende musikforlagsaftaler, begge fra 1993. Den ene var mellem MLTR og EMI. Den anden var mellem forsangeren, Jascha Richter, og EMI og omfattede de kompositioner, som ikke var omfattet af forlagsaftalen med MLTR.

I begge kontrakter stod følgende om overdragelse af rettigheder til forlaget:

“I en periode fra d.d. og ubegrænset tid [...] overdrager ophavsmanden de eksklusive rettigheder for hele verden til:

Alle kompositioner, som ophavsmanden alene eller sammen med andre skriver til gruppen Michael Learns To Rock [...].

De overdragne rettigheder medfører *den fulde og uindskrænkede ret til enhver forretningsmæssig udnyttelse* af de pågældende kompositioner, herunder men ikke begrænset til – eneretten til at gengive værket på en hvilken som helst lydbærer mekanisk eller elektronisk, herunder eneretten til kopiering og reproduktion uanset antal af oplag og størrelse og retten til al offentlig fremførelse, herunder f.eks. radio, fjernsyn og film samt alt anden offentliggørelse af værket, herunder ved tryk af noder i ubegrænset antal eksemplarer. Rettighederne omfatter *endvidere enhver bearbejdelse af værket*, herunder men ikke begrænset til eneretten til at oversætte, tilpasse eller arrangere værket, retten til at sub-licensere samtlige rettigheder samt retten til at oppebære samtlige beløb, der hidrører fra enhver udnyttelse af rettighederne under nærværende aftale. *Ændringer, der bevirker, at det originale værk får en anden karakter, f.eks. nye arrangementer, kan kun ske i samråd med ophavsmanden.*” (Min fremhævnings.)

### 3.2. Parternes påstande og argumentation

MLTR påstod, at EMI skulle "tilpligtes at anerkende, at [musikforlagsaftalerne] mellem [parterne] [...] ikke medfører overdragelse af de såkaldte 'store' rettigheder (rettigheder til dramatiske opførelser af musikværkerne, dvs. som musikdramatiske værker) fra [sagsøgerne] til sagsøgte."

EMI påstod frifindelse, idet man mente, at de store rettigheder var omfattet af aftalen.

MLTR argumenterede for, at aftalerne ikke indebar en overdragelse af de store rettigheder, da de store rettigheder ikke eksplicit var angivet i overdragelsesbestemmelserne, der alene adresserede de små rettigheder. Det var derfor ikke *aftaleparternes hensigt*, da aftalerne blev indgået i 1993, at store rettigheder skulle omfattes af overdragelsen til forlaget. Endvidere fremhævede man, at MLTR *ikke*, da aftalerne blev indgået, *skabte musik øremærket til musicals* og lignende, og at musicalkonceptet på daværende tidspunkt alene involverede musik, der var "født" som musikdramatiske værker. Man gjorde gældende, at ophavsretslovens *specialitetsprincip* om indskrænkende fortolkning skulle finde anvendelse til fordel for rettighedshaverne. Fraværet af en udtrykkelig henvisning til store rettigheder skulle derfor tages til indtægt for, at disse ikke var omfattet af rettighedsoverdragelsen til EMI. Man påberåbte sig tillige *koncipistreglen* om, at uklarheder skulle fortolkes imod EMI. Også synspunktet om, at der i den juridiske *litteratur* var enighed om, at overdragelse af store rettigheder kræver udtrykkelig angivelse i aftalen, blev påberåbt. Endelig blev også aftalelovens § 36 nævnt til støtte for standpunktet om, at de store rettigheder ikke var omfattet af overdragelsen.

EMI argumenterede for det modsatte synspunkt, nemlig at overdragelsesaftalerne omfattede de store rettigheder. Synspunkterne var for det første *aftalens ordlyd*, hvorefter overdragelsen angik samtlige kompositioner og enhver forretningsmæssig udnyttelse heraf, herunder eneretten til al offentlig fremførelse. Ved indgåelsen af aftalerne var til sigtet en fuldstændig overgang af samtlige rettigheder til de omhandlede kompositioner, som også omfattede retten til at anvende kompositionerne i forbindelse med opførelse af musikdramatiske værker. Det havde ikke betydning for fortolkningen, at de store rettigheder ikke

explicit var nævnt, da dette er en sondring, som alene anvendes i Kodas aftaler om forvaltning. Særligt aftalens ord ‘enhver bearbejdelse af værket’ og ‘eneretten til at tilpasse eller arrangere værket’ måtte læses som omfattende en dramatisk opsætning af værket i en musical e.l. Om *specialitetsgrundsætningen* var synspunktet, at dette alene finder anvendelse som fortolkningsbidrag ved uklare rettighedsoverdragelser. Videre at den i sagen omtvistede udnyttelsesform *eksisterede på aftaletidspunktet* og tilmed var særdeles populær i den brede befolkning.

### 3.3. Forklaringerne

Det fremgår helt utvetydigt fra forklaringerne fra begge sider, at ingen af parterne havde de store rettigheder i tankerne, da aftalerne blev indgået i 1993. Kaare Wancher, der udover at være medlem af MLTR og således part i sagen tillige var advokat for bandets medlemmer, forklarede blandt andet følgende om sin deltagelse i kontraktforhandlingerne:

“Der blev ikke nævnt noget om teatermusik, musicals eller lignende [...]. Bandet tænkte slet ikke i de baner på det tidspunkt, og det var ikke hans opfattelse, at forlaget overhovedet var interesseret i den type rettigheder. Det var ikke en del af forhandlingerne, og det blev derfor heller ikke nævnt, at aftalerne ikke skulle omfatte musikdramatisk opførelse.”

Stephen Horner, som i 1993, da aftalerne blev indgået, var advokat for EMI, og året efter i 1994 blev direktør for selskabet, afgav tillige en forklaring, der heller ikke efterlod nogen tvivl om, at de store rettigheder ikke var en del af forhandlingerne. Det var ham, der konciperede forlagskontrakterne, og han forklarede blandt andet, at EMI udelukkende var interesseret i de afledede indtægter i radio, på livescenen mv., og de mekaniske rettigheder, salg mv., og at man ikke drøftede noget med hensyn til de store rettigheder, som “slet ikke” interesserede forlaget. Store rettigheder var “ikke en del af tankegangen i forhold til det nyopstartede rockband, Michael Learns To Rock.”

Store rettigheder var da heller ikke nævnt i kontrakterne.

Som udenforstående kan det på baggrund af disse forklaringer forekomme en smule ejendommeligt, at parterne ikke lykkedes med at finde en forligsmæssig løsning af konflikten om de store rettigheder, al den stund at ingen af parterne og særligt jo forlagets advokat og siden-



hen direktør på nogen måde lagde skjul på, at man i forbindelse med aftalernes indgåelse på intet tidspunkt havde interesseret sig for de store rettigheder.

### 3.4. Dommen og dens præmisser

Både Københavns Byret og sidenhen Østre Landsret afgjorde sagen til fordel for EMI, idet man fastslog, at aftalerne indebar en overdragelse af de store rettigheder til EMI.

Byretten fandt, at den brede formulering, der var anvendt i overdragelsesvilkårene, indebar en fuldstændig overdragelse af alle rettigheder til MLTR's kompositioner. Selvom parterne ikke havde overvejet store rettigheder, da de indgik aftalerne, lagde retten til grund, at der på tidspunktet for kontrakternes indgåelse blev fremført musicals med andre danske og udenlandske komponister, som også optrådte eller havde optrådt ved koncerter og udgivet plader. Endvidere lagde man vægt på sætningen i slutningen af bestemmelsen om overdragelse af rettigheder, hvorefter ændringer i de originale værker kun kan ske i samråd med ophavsmanden, idet man mente, at denne, uanset at det ikke var en opførselsform, som parterne konkret tænkte på ved indgåelsen af aftalerne, måtte anses for at vedrøre musikdramatiske opførelser, altså de store rettigheder.

Om § 36 fastslog byretten helt lakonisk, at der efter det oplyste om aftalernes indgåelse og indhold og konsekvenser for parterne ikke var grundlag for at tilsidesætte aftalerne i henhold hertil.

Også landsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at parterne i forbindelse med aftaleforhandlingerne og -indgåelsen ikke drøftede muligheden for at udnytte kompositionerne i forbindelse med musikdramatiske værker, og at parterne på aftaletidspunktet ikke forestillede sig, at en sådan mulighed kunne blive relevant. Landsretten fandt dog, at den omstændighed ikke gav grundlag for at fortolke rettighedsoverdragelsen indskrænkende.

Landsretten lagde – som byretten – tillige vægt på, at opførelse af musikdramatiske værker var et velkendt fænomen på aftaletidspunktet, og at parterne dermed måtte kunne forudse muligheden for, at kompositionerne kunne anvendes i en sådan sammenhæng, og at aftalen udtrykkeligt omfattede retten til at bearbejde kompositionerne, herunder

ved at tilpasse eller arrangere dem. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på, at de ideelle rettigheder til kompositionerne var sikret i kraft af aftalernes bestemmelser om, at ændringer, der bevirker, at kompositionerne får en anden karakter, f.eks. nye arrangementer, kun kan ske i samråd med ophavsmanden.

Endelig fastslog landsretten, at aftalerne må antages at hvile på en samlet afvejning, der er resultatet af parternes overvejelser om forretningsmæssige risici og økonomiske forhold, og at der derfor ikke var grundlag for helt eller delvist at tilsidesætte bestemmelserne i medfør af aftalelovens § 36. Inspirationen fra Højesterets dom om Tango Jalousie, jf. nedenfor, er klar.

Hverken by- eller landsret nævnte et eneste ord i deres respektive præmisser om specialitetsgrundsætningen eller -princippet.

### 3.5. Kommentar

Afgørelsen viser, at man i begge instanser – ud over aftalernes ordlyd – lagde betydelig og afgørende vægt på det generelle vidensniveau og den almindelige praksis i musikbranchen, både i Danmark og udlandet, på tidspunktet hvor aftalerne blev indgået. Opførelse af musikdramatiske værker var da et velkendt fænomen.

Selvom der var enighed om, at ingen af parterne havde haft de store rettigheder i tankerne, da aftalerne blev indgået, valgte domstolen i sin fortolkning at nedtone disse subjektive – fælles – intentioner. Den subjektive forståelse og de individuelle intentioner, hvorom der var fuld enighed mellem parterne, blev således tilsidesat og “erstattet” af det objektive vidensniveau inden for musikbranchen på den tid. Dette objektive vidensniveau, kombineret med den brede formulering af vilkårene om rettighedsoverdragelse, forekommer således at have været afgørende for resultatet.

Specialitetsgrundsætningen i ophavsretsloven udspringer af bekymringen for – og behovet for at beskytte – ophavsmanden, her kunstneren/musikeren. Da grundsætningen foreskriver en restriktiv fortolkning af stiltiende eller uklare overdragelsesaftaler, synes retten at antage, at overdragelsen mellem MLTR og EMI var så klart formuleret, at grundsætningen ikke kunne anvendes, selvom store rettigheder/musikdrama-

tiske værker ikke var nævnt og utvivlsomt ikke indgik i parternes overvejelser i forbindelse med kontraktsforhandlingerne.

Udover at udfordre den hidtidige herskende mening om, hvad der gælder ved overdragelser af små og store rettigheder, bekræfter afgørelsen den hidtidige retspraksis og cementerer dermed gabet mellem *intentionerne* bag specialitetsgrundsætningen og anvendelsen heraf i praksis.

#### 4. Tidligere retspraksis

Kontraktsfortolkningens objektive karakter på området for overdragelse af ophavsrettigheder er som nævnt ikke som sådan nyt. Der er i årenes løb afsagt domme, hvor forhold som almenhedens viden eller vidensniveauet inden for den pågældende branche har været styrende for domstolenes fortolkning og dermed for, hvilke rettigheder der var erhvervet og kunne disponeres over. Tendensen er, at subjektive forhold som parternes vilje, intentioner mv., der fremstod endog særdeles tydeligt i sagen mellem MLTR og EMI, tones ned til fordel for en sådan objektiv fortolkning.

I *UfR 1974.167 H* (Soya) var det *vidensniveauet i samfundet/almenhedens vidensniveau* (om eksistensen af fjernsyn som medie) der blev afgørende. I en mildest talt tvivlsom afgørelse, *UfR 1997.975 Ø* (Sidney Pollack) førte *vidensniveauet inden for den enkelte branche* til, at en endog meget hårdhændet teknisk klipning og redigering af en biograffilm med henblik på at udarbejde en særlig tv-version af filmen måtte tåles af ophavsmanden, idet man i aftalen mellem denne og DR indfortolkede et samtykke til den skete beskæring.

I *UfR 2002.1224 H* om musikkompositionen Tango Jalousie, der i den grad blev en "bestseller", jf. nedenfor om den kommende "bestseller-klausul", lagde man vægt på *sædvanlige fordelingsnøgler* og foretog en yderst behersket korrektion af en meget gammel forlagsaftale, hvori disse fordelingsnøgler var fraveget, alt med hjemmel i aftalelovens § 36. Det forhold, at aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder indeholder et moment af, at begge parter spiller på en gevinstchance, og at man

derfor skal være tilbageholdende med at korrigere sådanne aftaler, blev tillige introduceret i denne dom.<sup>6</sup>

I en dom fra Østre Landsret fra 2007 var det retten til digital distribution af musik, der var omtvistet. Dette var en ny og på aftaletidspunktet ikke eksisterende distributionsform, som derfor af gode grunde ikke var parterne bekendt, da man indgik aftalen. Retten fastslog, at denne nye udnyttelsesform tilhørte ophavsmanden, og forlaget havde således ikke erhvervet retten hertil.<sup>7</sup>

I 2013 slog Østre Landsret fast, at en overdragelse i start/midt 1970'erne af retten til "at lave plader eller andre kopier af de kunstneriske fremførelser, som pladerne indeholder med enhver metode, der er kendt nu eller bliver det herefter" efter en samlet vurdering tillige omfattede digitalt salg og streaming. Specialitetsgrundsætningen fandtes "på den baggrund" (?) ikke at have betydning for fortolkningen af aftalerne. Da det ikke var godtgjort, at vilkår om honorering var væsentligt ringere end de vilkår, der er *sædvanlige i branchen*, var der ikke grundlag for at tilsidesætte kontraktens bestemmelser om royalty- og engangsbetalinger efter aftalelovens § 36.<sup>8</sup>

Uanset hvad man måtte mene om dette, er det – alt andet lige – vanskeligt foreneligt med den indskrænkende fortolkning til fordel for rettighedshaverne, som specialitetsgrundsætningen og intentionerne bag reglen er udtryk for.

Det er heller ikke nyt, at sagerne bliver afgjort, uden at specialitetsgrundsætningen overhovedet er nævnt i præmisserne, selvom reglen – som i ovennævnte sag – var påberåbt og tillige grundigt procederet af parterne.<sup>9</sup>

---

6. Højesteret lagde afgørende vægt på, "at Jacob Gade og de involverede musikforlag var på det rene med, at deres indbyrdes aftaler mv. indebar en disponering over en sådan gevinstchance og at aftalekomplekset derfor har omfattet denne." Se også Jens Schovsbos kommentar til dommen i *NIR* 1/2003, s. 78 ff.

7. Østre Landsrets dom af 15. februar 2007 i sag B-3262-05 (Dodo & The Dodos).

8. Østre Landsrets dom af 3. juni 2013 i sag B-3476-10 (NHØP).

9. Supplerende til de ovenfor refererede domme kan nævnes *UfR* 2003.23 H (om oversettelse af Tintin-tegneserierne), hvor konflikten blev afgjort med afsæt i kontraktsrettens almindelige regler, og hvor sagens ophavsretlige aspekter øjensynligt ikke blev tillagt nogen særskilt betydning.

## 5. Arbejdstageres ophavsret

Afslutningsvis er det værd at nævne, at specialitetsgrundsætningen i hvert fald på et enkelt område forekommer relativt “potent”, nemlig i forbindelse med det i praksis meget vigtige spørgsmål om overgang af rettigheder, der opstår i ansættelsesforhold. Hvis ikke der er indgået en aftale mellem arbejdstager og arbejdsgiver, er reglen for de faste ansættelsesforhold,<sup>10</sup> at *rettighederne ikke går over i videre omfang, end hvad der er nødvendigt for arbejdsgiverens sædvanlig virksomhed*.<sup>11</sup> Dette forekommer jo umiddelbart at være i god harmoni med (intentionerne bag) specialitetsgrundsætningen. Når man skal fastslå, hvad der er arbejdsgivernes “sædvanlige virksomhed”, hersker det såkaldte statiske princip, hvorefter sædvanlig virksomhed skal bedømmes på *det tidspunkt, da værket blev skabt*.<sup>12</sup> Hvis arbejdsgiveren således ændrer sin virksomhed og i den forbindelse ønsker at gøre brug af det materiale, der er skabt af den ansatte, skal der indhentes et samtykke. Også denne del forekommer at være i god overensstemmelse med specialitetsgrundsætningen.

Nogen vil nok mene, at dette set-up er ude af trit med virkeligheden, hvor ophavsretten har indflydelse på en stadig bredere vifte af brancher, og hvor mange af disse – blandt andet på grund af den teknologiske udvikling – rent faktisk *ændrer* forretningsområder og forretningsmodeller, hvorved der opstår et behov for at kunne anvende den ansattes rettigheder på nye måder. Den arbejdsgiverregel, der gælder for edb-programmer, jf. ophavsretslovens § 59, der bestemmer, at alle rettigheder overgår til arbejdsgiveren, er da også flere gange forsøgt udbredt til andre værkstyper, men indtil videre uden succes.<sup>13</sup> Det er måske godt nok.

---

10. Konsulenter og freelancere falder således udenfor.

11. *UfR 1978.901 H* (Herning Folkeblad). Se om arbejdstageres ophavsret Morten Rosenmeier, *Immaterielret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 115 ff.

12. *UfR 1982.926 Ø* (Ritzaus Bureau) og *UfR 1993.180 Ø* (Isabel Allende).

13. Således også i forbindelse med den i note 15 omtalte betænkning om revision af ophavsretslovens kapitel 3.

## 6. En europæisk bestseller-klausul

Specialitetsgrundsætningens begrænsninger – impotens om man vil – gør det om muligt endnu mere interessant med den bestseller-klausul, der nu introduceres i det seneste ophavsretsdirektiv (DSM-direktivet).<sup>14</sup> Allerede i 2006 drøftede man indførelsen af en sådan regel i dansk ret.<sup>15</sup> Forbilledet var nogle dengang nye tyske regler.<sup>16</sup> Trods intense drøftelser førte dette imidlertid ikke til lovændringer i Danmark.

Det sker så øjensynligt nu, hvor EU med DSM-direktivet viser vejen i form af et kapitel 3 om et “rimeligt vederlag til ophavsmænd og udøvende kunstnere i aftaler om udnyttelse”. Kapitlet består blandt andet af en umiddelbart meget detaljeret og gennemgribende *gennemsigtig-*

---

14. Direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked.

15. Se betænkning nr. 1480/2006 om revision af ophavsretslovens kapitel 3. Det fremgår af kommissoriet, at udvalget særligt – udover blandt andet indførelse af en arbejdsgeberregel enten generelt eller på udvalgte områder – skulle forholde sig til, om ophavsretsloven burde ændres ved “indførelse af regler om beskyttelse af ophavsmænd og udøvende kunstnere mod urimelige kontrakter, herunder et uoverdrageligt krav på et rimeligt vederlag og fastsættelse af et sådant vederlag”. Dette og i øvrigt resten af de spørgsmål, som var indeholdt i kommissoriet, delte vandene og endte med at blive besvaret i to skarpt adskilte dele, således at tilkendegivelserne fra “ophavsmænd” i den mere en 500 siders store betænkning blev markeret med orange, mens tilkendegivelserne fra “producenterne” blev markeret med blå. Det begrænsede betænkningens effekt i forbindelse med den revision af lovens kapitel 3, der vel var målet. De ændringer, der fulgte, var da også beherskede. Til gengæld har vi den dag i dag et digert værk, hvor synspunkterne om de væsentligste kapitel 3-regler er trukket skarpt op.

16. Den tyske ophavsretslov § 32 a indebærer et krav på vederlag i tilfælde af at det aftalte honorar står i et betragteligt/påfaldende misforhold til indtægterne ved udnyttelsen af værket, og dette uanset om værkets succes var uventet for parterne. Afgørende er alene det objektive spørgsmål, om ophavsmandens vederlag henset til værkets realiserede værdi er for lavt. Se om reglen, dens tilblivelse og udbredelse blandt andet Gunnar Karnell i *NIR* 2002/6, s. 552 ff., Maria Bruun Laursen i *NIR* 2004/4, s. 341 ff., og Annette Kur i *Festskrift til Mogens Koktvedgaard* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013), s. 307.

*hedsforpligtelse* i artikel 19,<sup>17</sup> en *aftalejusteringsordning* (“bestseller-klausulen”) i artikel 20 og en *tilbagekaldelsesret* i artikel 22.

Om aftalejusteringsordningen/bestseller-klausulen står der i direktivets artikel 20, stk. 1, følgende:

Medlemsstaterne sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere eller deres repræsentanter i tilfælde, hvor der ikke findes nogen gældende kollektiv overenskomst, der fastsætter en ordning, der er sammenlignelig med den, der er fastsat i denne artikel, har ret til at kræve yderligere, passende og rimeligt vederlag fra den part, med hvem de har indgået en aftale angående udnyttelsen af deres rettigheder, eller fra de efterfølgende rettighedshavere eller licensmodtagere i forhold til en sådan part, hvis det oprindeligt aftalte vederlag viser sig at være uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med alle de efterfølgende relevante indtægter som følge af udnyttelsen af værkerne eller opførelserne.

Mens både direktivets artikel 15 om nye rettigheder for dagblade og andre medier og artikel 17 om øget ansvar for tech-giganternes onlineplatforme og betaling for brug af andres indhold har været genstand for intens debat, har direktivets kapitel 3 ikke haft pressens bevågenhed. Det er ikke desto mindre et vigtigt kapitel med regler på europæisk plan, der favoriserer forfattere og kunstnere, og hvor forlag og producenter pålægges en række umiddelbart ret omfattende opgaver og forpligtelser. Målet med reglerne er at korrigere for den ubalance, som man mener, der er mellem skabere på den ene side og forlag og producenter på den anden. En måde at opnå en sådan balance er at indføre en tilpasningsmekanisme i form af denne bestseller-klausul.

Bestseller-klausulen og gennemsigtighedsforpligtelsen går hånd i hånd. Tanken er, at gennemsigtighedsforpligtelsen vil sikre forfattere og kunstnere den fornødne information om, hvordan deres værker udnyttes, og hvor store indtægter der genereres. De vil derefter være i

---

17. Gennemsigtighedsforpligtelsen i artikel 19 forekommer umiddelbart endog yderst detaljeret og pålægger medlemsstaterne at sikre blandt andet, at ophavsmænd og udøvende kunstnere “regelmæssigt, mindst en gang om året og under hensyntagen til de særlige karakteristika, der er knyttet til hver enkelt sektor, får opdaterede, relevante og omfattende oplysninger om udnyttelsen af deres værker og fremførelser fra de parter, som de har udstedt licens eller overdraget deres rettigheder til, eller efterfølgende rettighedshavere eller licensmodtagere, navnlig med hensyn til udnyttelsesmåden, alle genererede indtægter og skyldige vederlag.”

stand til at afgøre, om de vil søge yderligere vederlag i henhold til deres bestseller-rettigheder.<sup>18</sup>

Artikel 20 giver forfattere og kunstnere ret til at kræve et yderligere, passende og rimeligt vederlag ud over det, der oprindeligt var aftalt i kontrakten mellem f.eks. en forfatter og en udgiver. Denne ret kan håndhæves over for den oprindelige kontraktspart eller mod tredjeparter, til hvem der efterfølgende er givet rettigheder til at udnytte forfatterens værker. Mekanismen skal anvendes, hvor det oprindeligt aftalte vederlag viser sig at være uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med alle efterfølgende relevante indtægter. Den dækker enhver betaling, inklusive faste beløb og forholdsmæssige/relative betalinger.

Det centrale er, hvornår det oprindeligt aftalte vederlag er *uforholdsmæssigt lavt*. I artikel 20 nævnes vederlag, der er uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med “alle de efterfølgende relevante indtægter som følge af udnyttelsen af værkerne eller opførelserne”. Et vanskeligt spørgsmål, der imidlertid må besvares, er, hvad der nærmere skal forstås ved “relevante” og “udnyttelsen” i denne sammenhæng. Til dette fremgår det af direktivets betragtning 78, at “[a]lle de indtægter, der er relevante for sagen, herunder eventuelle indtægter fra salg af merchandise, bør tages i betragtning ved vurderingen af, om vederlaget er uforholdsmæssigt lavt.” Der er ikke i øvrigt meget at hente i direktivet for en nærmere forståelse af disse helt centrale begreber.<sup>19</sup> Det vil bero på en konkret vurdering, og om afgørelserne skal træffes af Ophavsretslicensnævnet, domstolene eller af en helt tredje kompetent myndighed, vides endnu ikke.

Enhver sådan regel om en efterfølgende tilpasning af aftaler fører til en usikkerhed i kontraktsforholdet. Tilpasning tager afsæt i at der på brugersiden (forlag og producenter) er en økonomisk magtstilling, som potentielt kan misbruges til at gennemtvinge ubalancerede aftaler. Aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder er karakteriseret ved at være længerevarende, således at de skal fungere også i en uvis fjern fremtid, hvor nye udnyttelsesformer opstår med stor hast inden for stort set alle

---

18. Ifølge DSM-direktivets artikel 23 kan hverken aftalejusteringsordningen eller gennemsigtigheds-forpligtelsen fraviges ved aftale.

19. Se også kritisk om artikel 20 Aurelija Lukoseviciene, “The contractual protection of authors in Copyright in the Digital Single Market Directive – does the reality live up to the expectations?”, *NIR* 2019W16.



ophavsretligt regulerede brancher. Aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder danner tillige grundlag for produktion af endog meget kostbare produktioner, og det vil være dræbende for forlag, medier og entertainmentbranchen, og jo dermed i sidste ende for ophavsmændene, hvis ikke der sikres en fornuftig balance i praktiseringen af en sådan regel. Artikel 20 og direktivets kapitel 3 har i skrivende stund ikke været genstand for høring. Det bliver spændende at følge implementeringsprocessen. Som det fremgår af den todelte tidsplan for implementeringen af ophavsretsdirektiver på Kulturministeriets hjemmeside,<sup>20</sup> vil implementeringen af denne del af direktivet ske “igennem et lovforslag i 2. halvår 2021”. Jeg forestiller mig, at Jørgen Blomqvist har nogle gode og relevante betragtninger også vedrørende disse nye regler.

---

20. Ophavsretsdirektiverne er udover DSM-direktivet det såkaldte SatCab II-direktiv (direktiv 2019/789 af 17. april 2019).