



HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 17. maj 2023

Sag BS-24506/2022-HJR

(1. afdeling)

Tom Jensen, ansvarshavende chefredaktør, Berlingske
(advokat Martin Dahl Pedersen)

mod

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

Biintervenient til støtte for Tom Jensen: Danske Medier
(advokat Martin Dahl Pedersen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Københavns Byret den 23. november 2020 (BS-50268/2019-KBH) og af Østre Landsrets 10. afdeling den 9. februar 2022 (BS-47536/2020-OLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Jens Peter Christensen, Michael Rekling, Kurt Rasmussen, Ole Hasselgaard og Peter Mørk Thomsen.

Påstande

Appellanten, Tom Jensen, ansvarshavende chefredaktør, Berlingske, har påstået frifindelse. Han har desuden nedlagt påstand om, at Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S ved Alice K. Eriksen skal betale 705.205,01 kr. med procesrente fra den 23. februar 2022 svarende til det beløb, som Tom Jensen har betalt til opfyldelse af landsrettens dom.

Indstævnte, Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S ved Alice K. Eriksen, har påstået stadfæstelse. Over for betalingspåstanden påstås frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Anbringender

Tom Jensen har anført navnlig, at hverken tegningen bragt i Berlingske "Opinion" den 18. maj 2019 eller fotografiet af Den Lille Havfrue med mundbind bragt i Berlingske den 22. april 2020 krænker arvingernes ophavsret til Den Lille Havfrue, som i begge tilfælde er anvendt af Berlingske som symbol på Danmark, danskere og danskhed. Anvendelsen af Den Lille Havfrue som symbol på Danmark bør kunne ske i redaktionelle medier uden forudgående tilladelse fra arvingerne. Dette gælder særligt karikaturtegningen. Tegningen adskiller sig væsentligt fra det oprindelige værk i såvel udtryk som udformning. Hovedets positur og udtryk er helt anderledes, og det flossede Dannebrog understreger tegningens karikerede og forvrængede natur. Karakteren af karikaturtegningen i sammenhæng med den artikel, den henviser til, indebærer samtidig, at der ikke foreligger en krænkelse af respektretten efter ophavsretslovens § 3, stk. 2. Tegningen er derimod et selvstændigt værk efter ophavsretslovens § 4, stk. 2, og kan derfor ikke krænke arvingernes ophavsret.

Pressen har i medfør af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10 og artikel 11 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder en betydelig grad af redaktionel frihed til at vælge, hvilke journalistiske greb der tages i brug ved formidlingen af kritisk journalistik. Dette gælder ikke mindst ved formidlingen af emner af væsentlig samfundsmæssig relevans, såsom debatten i forbindelse med et folketingsvalg og i forbindelse med COVID-19-pandemien. Både karikaturtegningen og fotografiet havde en tilknytning til indholdet af artiklerne og bidrog til at understrege artiklernes budskaber vedrørende Danmark og den danske politiske kultur. Både karikaturtegningen og fotografiet udgør desuden i sig selv politiske ytringer og er fremsat i artikler, der utvivlsomt begge behandlede emner af væsentlig samfundsmæssig interesse. Karikaturtegningen og fotografiet må desuden anses for ytringer af kunstnerisk karakter. Sådanne ytringer nyder en særlig beskyttelse efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10, og der gælder en meget snæver adgang til at gøre indgreb i pressens ytringsfrihed på dette punkt.

Der gælder efter lang tradition en ulovbestemt parodiundtagelse i dansk ophavsret, og Østre Landsrets dom kan få vidtrækkende negative konsekvenser for pressens brug af satire som virkemiddel. Det er ikke korrekt, at lovgiver i forbindelse med den danske implementering af EU-direktiv 2001/29 (Infosoc-direktivet) fravalgte en parodiundtagelse. Bemærkningerne i forarbejderne er derimod udtryk for lovgivers tilkendegivelse af, at en lovfæstet parodiundtagelse ikke fandtes nødvendig, idet en sådan undtagelse alene ville udgøre en kodificering af en allerede gældende retstilstand efter dansk ophavsret.

Berlingskes anvendelse af karikaturtegningen og fotografiet er ikke en overtrædelse af markedsføringsloven, idet anvendelsen af tegningen og fotografiet har relation til indholdet af artikler i Berlingske. Markedsføringsloven varetager hensyn til særligt forbruger- og erhvervsinteresser i forhold til kommercielle virksomheders handelspraksis i form af markedsføring og salg af produkter og tjenesteydelser. Indholdet af redaktionelle medier er derimod underlagt den almindelige straffelovgivning, og redaktionelle medier har i medfør af presse- og ytringsfriheden helt andre og langt videre rammer for de ytringer, de viderebringer, og de journalistiske redskaber, de benytter i den forbindelse.

Der er ikke grundlag for vederlag, erstatning eller godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Der er ikke sket skade på værdien af skulpturen Den lille Havfrue, ligesom Berlingske ikke har haft særlige økonomiske fordele ved anvendelsen. Der er heller ikke sket nogen skade på Den Lille Havfrues image eller renommé, og der foreligger ikke nogen snyltning på værkets goodwill og brandværdi.

Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S ved Alice K. Eriksen har anført navnlig, at Tom Jensen har krænket deres ret efter ophavsretslovens § 2 og § 3, stk. 2, ved at bringe tegningen og fotografiet af Den Lille Havfrue med mundbind i Berlingske. Der er hverken for tegningen eller fotografiet tale om et nyt og selvstændigt værk efter ophavsretslovens § 4, stk. 2. Tegningen fremtræder helt åbenbart som en efterligning. Posituren, konturerne, armenes placering og halen er identiske. Endvidere er det miljø, der omgiver figuren, identisk. Der er tale om en fuldstændig identisk gengivelse af både værkets helhed samt detaljer, hvilket ikke er tilladt.

Tegningen er ikke en parodi og under alle omstændigheder ikke en lovlig parodi. Der gælder i øvrigt ikke nogen ulovbestemt parodiundtagelse, og såfremt der gør, må denne fortolkes indskrænkende og ikke EU-konformt. Lovgiver valgte ikke at implementere Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, om en parodiundtagelse i dansk ophavsret, da man havde muligheden herfor i 2002. Det er en fakultativ bestemmelse og et fravalg fra lovgivers side, som viser, at der ikke gælder en parodiundtagelse efter dansk ret. Der kan godt laves parodier eller anvendes ophavsretligt beskyttede værker efter et parodiprincip baseret på en ytringsfrihedsvurdering, jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10. For så vidt angår tegningen og den kontekst, hvori den er brugt, er der dog slet ikke tale om satire, parodi, karikatur mv. Landsrettens dom begrænser ikke mediernes adgang til at lave parodi og satire.

Det er ikke i strid med artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller artikel 11 i EU's charter om grundlæggende rettigheder at fastslå, at Tom Jensen har krænket arvingernes ophavsret. Tom Jensens brug af

tegningen og fotografiet falder ikke inden for pressens frihed til valg af journalistiske virkemidler. Der er i ophavsretslovens § 23 allerede gjort op med ytringsfriheden, og grænserne er klart defineret for, hvad man som medie må, og hvad man ikke må.

Tom Jensens anvendelse af tegningen og fotografiet udgør tillige en krænkelse efter markedsføringslovens § 3 og § 22. Der er tale om en handling i strid med god markedsføringskik og en anvendelse af arvingernes forretningskendetegn. Tom Jensens anvendelse er kommerciel og må sidestilles med reklame. Berlingske er en erhvervsmæssig virksomhed, og handlingen falder derfor ind under markedsføringslovens regler.

Arvingerne har ret til vederlag, godtgørelse og erstatning efter ophavsretslovens § 83, stk. 1, nr. 1 og 2, og § 83, stk. 3, samt markedsføringslovens § 24. Der skal ved fastsættelse af erstatning, vederlag eller godtgørelse lægges vægt på bl.a., at Den Lille Havfrue, der er et nationalt ikon, har en markedsposition og markedsføringsmæssig værdi, der er enestående.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstillinger

Den Lille Havfrue blev skabt af billedhuggeren Edvard Eriksen og opsat på Langelinie i København i 1913. Skulpturen er ophavsretligt beskyttet som et kunstnerisk værk efter ophavsretslovens § 1, og ophavsretten, der overgik til Edvard Eriksens arvinger efter Edvard Eriksens død den 12. januar 1959, forvaltes af Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S ("arvingerne").

Berlingske bragte den 18. maj 2019 på forsiden af avisens 2. sektion "Opinion" en tegning, der forestillede bl.a. Den Lille Havfrue med et zombie-lignende ansigt. Tegningen var påtrykt titlen "Ondskaben i Danmark". Under tegningen var der henvist til en artikel i avisen om debatkulturen i forbindelse med den aktuelle valgkamp i 2019.

Forsiden med tegningen ser sådan ud:

Opinion



Ondskaben i Danmark

08

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

12

**BJARNE
REUTER - ET
LET VALGBYTT**

16

**PIND: S OG V
KAN SAMMEN
SKABE RO**

Den 22. april 2020 bragte Berlingske en artikel i avisens 3. sektion, hvor et fotografi af Den Lille Havfrue med mundbind indgik. Artiklen omtalte et forskningsprojekt om sammenhængen mellem frygten for coronasmitte og politisk observans.

Artiklen med fotografiet ser sådan ud:

Bange for coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti

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

Af Kristian Lindberg
k@berlingske.dk

S er du endansk, der bærer mundbind og kryber langs væggene af frygt for coronavirus, er der en vis statistisk sandsynlighed for, at vedkommende har sat sig kryds ved et såkaldt socialt konservativt parti. I Danmark betyder dette altså Dansk Folkeparti.

Vurderingen fremgår af et studie i et forskningsprojekt, som to forskere ved Institut for Statskundskab på Aarhus Universitet har udført i samarbejde med en amerikansk forsker. Amerikansk sammenhæng betyder det, at personer med en høj grad af frygt for smitte er mest tilbøjelige til at stemme på Republikanerne.

Rusland bygges på en række spørgeskemaundersøgelser, der er foretaget blandt 4.000 danskere og 3.000 amerikanere, hvor i man har sammenlignet politisk tilstand med en række spørgsmål, hvorvidt man undgår situationer, der vækker ubehag, og som kan tænkes at forårsage smitte.

Undersøgelsen viser, at så fremt man undgår at drikke vand fra et glas, som en anden person har drukket af, eller undgår at sætte sig på et offentligt toilet, så er sandsynligheden for, at man stemmer på et højreparti større, end den er for, at man stemmer på et venstreparti.

«Stemmer man på et højreparti, er man sandsynligvis også mere belyst om forsmitte og også mere skeptisk, hvad angår personer uden for ens nærmeste bekendtskabskreds», siger professor ved Institut for Statskundskab på Aarhus Universitet Michael Bang Petersen, der har udført forskningen sammen med forsker Lene Aare.

Michael Bang Petersen er i øjeblikket engageret i forskningsprojektet HOPB, der undersøger danskernes adfærd under coronavirusen, og som er blevet støttet af Carlsberg-fondet med 25 millioner kroner. Opdagelsen af korrelationen mellem smittefrygt og politisk tilstand bygger imidlertid på

»I bund og grund er politik også en del af vores evolutionshistorie.«

MICHAEL BANG PETERSEN,
AARHUS UNI-

en undersøgelse, der blev foretaget før coronavirusens udbrud.

Følge Michael Bang Petersen kan man af undersøgelsen konkludere, at en politisk overbevisning og valgryds er produktet af genetisk belysning mellem to psyken, således end den er resultatet af naturlige overvejelser i valgkædet.

Sammenholder man undersøgelsen med resultaterne fra tidligere arv og miljø-forskning, der blandt andet bygger på undersøgelsen af villingen, anså Michael Bang Petersen, at ens politiske tilstand er 50 procent genetisk bestemt, mens miljø-forskningen bestemmer resten.

Det betyder ikke, at man ikke kan finde ud af, hvad man vil, men at der findes en statistisk sammenhæng mellem de to parametre, smittefrygt og politisk højreorientering, som er mere signifikant end eksempelvis størrelsen på ens indkomst eller uddannelsesniveau, påpeger Michael Bang Petersen.

»Falsk bevidsthed«

Spørgsmålet er så, hvad man som vælger kan bruge denne viden til. Og hvad politikere kan bruge den til, hvis de skal vinde valgene for deres sag.

«I bedste fald kan det fremme vores tolerance over for andres synspunkter. Hvis en person stemmer på et andet parti end en selv, betyder det ikke nødvendigvis, at vedkommende er dum eller ikke hø-

Forsker på Aarhus Universitet har på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse af blandt andre 4.000 danskere påvist et sammenfald mellem smittefrygt og tilbøjelighed til at stemme på socialt konservative partier som Dansk Folkeparti. En betænksom person har her endene bitt mandtildt til Den Lille Havfrue på Landolin i Nøbenhavn. Foto: Bas Lindhardt/Ritzau Scanpix

re eller, hvad man siger. Det kan skyldes, at vedkommende er tilbøjelig til at blive rettet med en særlig sensibilitet, der givers smittefrygt, og at han derfor er tilbøjelig til at stemme på partiet, der er socialt konservativt og også begihrer venstre.

Er fremmede, siger Michael Bang Petersen. Konventionel tanke og også overvejelser, som fore for, at man får en situation, der svarer til den, man havde i 1970'erne, hvor man beskyldte folk for at besidde en falsk bevidsthed, hvis de havde den anden overbevisning end ens egen. »Hvordan er slegtst over for fremmede, er du ikke styret af fornuften, men af din brokge?«

«Ja, det er en god pointe. Man kunne godt hævde, at det er studium i disse personer, der stemmer på højrepartier, er negativt lys, hvis man fortæller dem i retning af, at de skal overbevise sig om, at det er rationel frygt. Til det kan man blot sige, at det jo er svært at sige, hvad der er den optimale grad af frygt for smitte. I disse coronatider er det måske dem, der har mest frygt, der har lavt den længende.

Og så er det vigtigt at forstå, at det er alle slags holdninger, der bliver påvirket af faktorer, også de venstreorienterede. I den henseende er venstreorienterede ikke mere tilbøjelige til at pege fingre ud de højreorienterede. Vores holdninger er alle underlagt vores biologiske bund og grund er politik også en del af vores evolutionshistorie og noget, som fortæder bevidst på savannen, når de skulle lære at fordele de mellem sig og beskytte sig mod fjender. På den måde er vi alle politiske dyr», forklarer Michael Bang Petersen.

Tilbage i den danske politik har Michael Bang Petersen sig over undersøgelsen i Aarhus Universitet og har holdt sig højt til venterne over de konklusioner om politisk frygt for smitte.

«Jeg kender ingen i Dansk Folkeparti, der går rundt og særligt nevelstet i alibesmitte. For mig lyder det uoverneligt, for nu ikke at sige om nogen vidt sigende om sig selv». Den dansk-amerikanske undersøgelses resultater er på vej til udgivelse i tidsskriftet Political Psychology.



FORSKNING

Sagen angår, om Tom Jensen ved at have bragt tegningen og fotografiet i Berlingske har krænket arvingernes ophavsret til Den Lille Havfrue. Nærmere bestemt skal Højesteret tage stilling til bl.a., om tegningen er et selvstændigt værk, som er frembragt gennem fri benyttelse af Den Lille Havfrue efter ophavsretslovens § 4, stk. 2, eller om tegningen på andet grundlag er en parodi eller karikatur, der ikke krænker ophavsretten. Der skal endvidere tages stilling til, om anvendelsen af tegningen og fotografiet indebærer en overtrædelse af markedsføringsloven.

Parodiprincippet i dansk ophavsret

Af forarbejderne fra 1961 til ophavsretslovens § 3, stk. 2, jf. Folketingstidende 1959-60, tillæg A, sp. 2691-2694, fremgår, at det ifølge fast tradition er tilladt at bringe travestier og parodier. Dette har længe også været antaget i den juridiske litteratur, ligesom parodiprincippet har været forudsat i retspraksis. Senest fremgår det af forarbejderne til lov nr. 1121 af 4. juni 2021, der blandt andet gennemfører DSM-direktivet, at de undtagelser til ophavsretten, der er oplyst i direktivets artikel 17, stk. 7, litra b, der henviser til Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, vedrørende brug af karikaturer, parodier eller pastiche, finder anvendelse i dansk ret, selv om ophavsretsloven ikke indeholder en udtrykkelig angivelse af dette.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at der i dansk ophavsret gælder et parodiprincip, der hviler på en fast dansk og fællesnordisk tradition med støtte i forarbejderne til ophavsretsloven og retspraksis. Efter EU-Domstolens praksis om Infosoc-direktivet og i overensstemmelse med implementeringen af DSM-direktivet i dansk ret ved lov nr. 1121 af 4. juni 2021 og forarbejderne hertil, finder Højesteret endvidere, at parodibegrebet skal forstås i overensstemmelse med EU-retten.

Selv om respektretten, som i national dansk ret følger af ophavsretslovens § 3, stk. 2, falder uden for Infosoc-direktivets anvendelsesområde, finder Højesteret, at der ikke er grundlag for at tillægge parodiprincippet et andet anvendelsesområde, når det gælder respektretten efter § 3, stk. 2, end når det drejer sig om de økonomiske enerettigheder efter ophavsretslovens § 2.

EU-Domstolen har i en dom af 3. september 2014 i sag C-201/13 ("Deckmyn-dommen") taget stilling til bl.a. indholdet af det EU-retlige parodibegreb. Det fremgår af dommen, at begrebet "parodi" udgør et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal fortolkes ensartet på Unionens område, og at dette gælder uanset, at undtagelsen efter direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, er fakultativ, jf. præmis 14-17. Af dommens præmis 33 fremgår, at en parodi som væsentligste kendetegn dels skal vække forestilling om et eksisterende værk, samtidig med at den skal udvise synlige forskelle i forhold til dette, dels skal være et udtryk for humor eller en latterliggørelse. Det udtales i dommen endvidere, at begrebet "parodi" ikke er underlagt betingelser om, at en parodi skal have sin egen originale karakter ud over at præsentere synlige forskelle i forhold til det parodierede originalværk, med rimelighed skal kunne tilskrives en anden person end ophavsmanden til selve originalværket, skal ramme selve originalværket eller skal angive kilden til det parodierede værk. Den undtagelse fra ophavsretten, som parodiundtagelsen i Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k, er udtryk for, tilsigter at bevare en rimelig balance mellem ophavsmændenes rettigheder og interesser på den ene

side og på den anden side ytringsfriheden for brugeren af et beskyttet værk, jf. præmis 34.

Efter ophavsretslovens § 4, stk. 2, vil et nyt og selvstændigt værk, som er frembragt gennem fri benyttelse af et andet værk, være selvstændigt ophavsretligt beskyttet.

Med hensyn til parodier af ophavsretligt beskyttede værker finder Højesteret, at det bl.a. er kendetegnende for en parodi, at den i almindelighed opfylder et formål, der er helt fremmed for originalværket. Parodier vil derfor kunne betragtes som selvstændige værker, der falder uden for det originale værks ophavsretlige beskyttelse. Dette gælder, selv når parodien er meget nærgående, og hvad enten parodien retter sig mod selve originalværket eller mod noget andet. Sådanne parodier, der opfylder originalitetskravet i ophavsretslovens § 4, stk. 2, vil være omfattet af denne bestemmelse.

Det følger af Deckmyn-dommen, at det ikke er et krav, at en parodi har sin egen originale karakter. På denne baggrund og i øvrigt i overensstemmelse med fast dansk tradition finder Højesteret, at der også uden for anvendelsesområdet for § 4, stk. 2, gælder et indholdsmæssigt tilsvarende parodiprincip, hvorefter en parodi, sådan som dette begreb skal forstås efter EU-retten, kan udgøre en undtagelse fra ophavsretten. Også for så vidt angår sådanne parodier gælder det således, at de efter dansk ophavsret udgør undtagelser til den ophavsretlige beskyttelse efter både § 2 og § 3, stk. 2, uanset om parodien er meget nærgående, og hvad enten parodien retter sig mod selve originalværket eller mod noget andet.

Afvejningen mellem ophavsretten og ytringsfriheden

Det følger som anført ovenfor af præmis 34 i Deckmyn-dommen, at det EU-retlige parodiprincip tilsigter at bevare en rimelig balance mellem ophavsmændenes rettigheder og interesser på den ene side og på den anden side ytringsfriheden for brugeren af et beskyttet værk. Parodiprincippet skal derfor ses i sammenhæng med bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10 om ytringsfrihed.

Også i tilfælde, hvor der ikke er tale om en parodi, skal der, hvor ophavsrettigheder indebærer en begrænsning af andres adgang til at ytre sig, foretages en konkret afvejning af hensynet til ytringsfriheden efter artikel 10 over for hensynet til ophavsretten, der ligeledes er en beskyttet rettighed efter konventionens artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1, jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 19. februar 2013 i sag 40397/12 (Neij og Kolmisoppi mod Sverige).

Af praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol følger, at medlemsstaterne ved afvejningen har et vidt skøn, dog således at der skal tages hensyn til

den konkrete sags omstændigheder, herunder om den ytring, der er på tale, har samfundsmæssig relevans, og i hvilket omfang ytringen bidrager til en debat af offentlig interesse. Ved vurderingen af, hvorvidt en ytring har samfundsmæssig relevans, kan der lægges vægt på hensynet til pressens funktion, ytringens politiske karakter og den kunstneriske ytringsfrihed. Endvidere skal bl.a. karakteren og alvoren af de sanktioner, som krænkelserne afføder, indgå ved vurderingen af, om der ved håndhævelsen af den påberåbte immaterialret, sker et videre indgreb i ytringsfriheden, end hvad der er nødvendigt i et demokratisk samfund.

Den konkrete sag – tegningen

Tegningen er ikke en identisk gengivelse af Den Lille Havfrue, men der er ingen tvivl om, at tegningen tydeligt refererer til Den Lille Havfrue og navnlig til den nationale symbolværdi, der knytter sig til værket. Havfruen på tegningen er således placeret på en rundet sten i samme positur og form som Den Lille Havfrue. Armenes, kroppens og halens form, udtryk og indbyrdes placering samt placering på stenen er desuden stort set identisk med Edvard Eriksens værk, ligesom de indbyrdes dimensioner fremtræder ens. Der er imidlertid også betydelige forskelle mellem tegningen og det originale værk, allerede fordi havfruen på tegningen fremstår med et zombie-lignende ansigt med langt, pjuksket hår modsat Den Lille Havfrues kvindeansigt med flettet hår. På tegningen holder den zombie-lignende havfrue desuden et iturevet dannebrogflag, ligesom der bag havfruen er pigtråd og to både og personer liggende omkring i vandet. Det fremgår tydeligt, at der er tale om en karikeret udgave af havfruen som nationalt symbol. Derved fremstår tegningen som en karikaturtegning, der med sine forskellige elementer har et formål, der er helt fremmed for det originale værk.

Herefter og efter en samlet vurdering på grundlag af bl.a. de kriterier, der er kommet til udtryk i EU-Domstolens praksis som gengivet ovenfor, finder Højesteret, at karikaturtegningen er omfattet af parodiprincippet, og at tegningen udgør et selvstændigt værk efter ophavsretslovens § 4, stk. 2. Tegningen krænker således ikke arvingernes ophavsret til Den Lille Havfrue.

Den konkrete sag – fotografiet

Anvendelsen af fotografiet er ikke sket som led i omtale af en dagsbegivenhed, jf. ophavsretslovens § 23, stk. 2, og Tom Jensen har ikke for Højesteret gjort gældende, at fotografiet af Den Lille Havfrue med mundbind er en parodi eller karikatur. Han har derimod gjort gældende, at brugen af Den Lille Havfrue i fotografiet må anses for en ytring, der er beskyttet af bl.a. artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Ved den afvejning, der skal foretages af hensynet til ophavsretten på den ene side og hensynet til pressens ytringsfrihed på den anden side, finder Højesteret, at der må lægges vægt på, at Den Lille Havfrue har national symbolværdi.

Fotografiet af havfruen med mundbind blev bragt i forbindelse med en avisartikel, der angik sammenhængen mellem frygten for coronasmitte og politisk observans. Fotografiet indgik således som led i pressens debatskabende dækning af et emne af samfundsmæssig interesse. Den Lille Havfrue er i fotografiet bragt i en sammenhæng, hvor det er Den Lille Havfrues symbolværdi, der er afgørende, mens gengivelsen af havfruen som et kunstværk er af uvæsentlig betydning. Højesteret finder, at anvendelsen af fotografiet under disse omstændigheder ikke gik længere end det, som formålet med artiklen kunne begrunde, og at brugen af værket efter en samlet vurdering ikke indebærer nogen urimelig skade for arvingernes interesser.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at Tom Jensen ikke har krænket arvingernes ret efter ophavsretslovens § 2 eller § 3, stk. 2, ved i Berlingske at benytte fotografiet af Den Lille Havfrue med mundbind.

Markedsføringsloven

Det følger af markedsføringslovens § 3, at erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik.

Berlingske er som kommerciel avisvirksomhed erhvervsdrivende i markedsføringslovens forstand. Højesteret finder imidlertid, at markedsføringsloven ikke finder anvendelse for pressens redaktionelle brug af materiale.

Da både tegningen og fotografiet var en del af det redaktionelle stof, frifindes Tom Jensen for at have overtrådt markedsføringsloven.

Forbud, påbud og vederlag

På ovennævnte baggrund frifindes Tom Jensen for arvingernes påstande om forbud, påbud og vederlag.

Konklusion og sagsomkostninger

Tom Jensen frifindes, og hans selvstændige betalingspåstand tages til følge med 705.205,01 kr. med procesrente fra den 23. februar 2022 svarende til det beløb, som han har betalt til opfyldelse af landsrettens dom.

Efter sagens udfald og karakter skal arvingerne betale sagsomkostninger for alle tre instanser med i alt 323.140 kr. til Tom Jensen. Heraf er 300.000 kr. til dækning af advokatudgift og 23.140 kr. til dækning af retsafgift.

THI KENDES FOR RET:

Tom Jensen, ansvarshavende chefredaktør, Berlingske, frifindes.

Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S ved Alice K. Eriksen skal betale 705.205,01 kr. til Tom Jensen, ansvarshavende chefredaktør, Berlingske, med procesrente fra den 23. februar 2022.

I sagsomkostninger for byret, landsret og Højesteret skal Billedhuggeren Edvard Eriksens Arvinger I/S ved Alice K. Eriksen betale 323.140 kr. til Tom Jensen, ansvarshavende chefredaktør, Berlingske.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.