De informationsretlige grundsætninger

Henrik Udsen

De informationsretlige grundsætninger

Studier i informationsretten



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2009

De informationsretlige grundsætninger
Studier i informationsretten

1. udgave, 1. oplag

© 2009 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Bo Helsted
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Jysk Bogbind, Holstebro
Printed in Denmark 2009
ISBN 978-87-574-2119-4

Udgivet med støtte fra Margot og Thorvald Dreyers Fond

Denne afhandling er af Det Juridiske Fakultet ved Københavns Universitet
antaget til offentligt at forsvares for den juridiske doktorgrad.

Forsvaret finder sted fredag den 29. maj 2009, kl. 13.00
i Anneks A, Studiegården, Studiestræde 6

København, den 13. marts 2009
Henrik Dam
Dekan

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Forord

Denne afhandling er blevet skrevet, mens jeg har været ansat som adjunkt og lektor ved Det Juridiske Fakultet ved Københavns Universitet. I de fire år projektet har varet, har forskningsverdenen undergået store forandringer. Som et udslag af disse forandringer stilles ikke længere samme krav om erhvervelse af den juridiske doktorgrad som forudsætning for at blive professor ved Det Juridiske Fakultet. Denne udvikling er både naturlig og rigtig. Doktordisputatsen har dog én grundlæggende kvalitet, som også forklarer, hvorfor den har haft sin vægt gennem generationer: Enhver form for videnskab må være en stræben efter det ypperste, og doktordisputatsen var og er en eksponent for denne stræben. Dette ypperste kan nås på andre måder, men kravet om det ypperste må bestå.

Mine fire år med disputatsprojektet har været fire gode år, og det er en fase af mit arbejdsliv, som jeg altid vil se tilbage på med glæde. Jeg har haft de bedst tænkelige arbejdsforhold på fakultetet med dygtige og gode kolleger, der har givet et fagligt stimulerende miljø og gode personlige relationer. Jeg takker jer alle herfor.

Udover mine mange gode kolleger, vil jeg takke alle, der har vist interesse for projektet under vejs og dermed givet inspiration og engagement til det fortsatte arbejde.

En særlig tak skal rettes til professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, som siden sin rolle som vejleder på mit ph.d.-projekt, har været en inspirator for min tilgang til retsvidenskabeligt arbejde og som med sin originale tilgang til juraen også har inspireret til denne afhandling. Det er en gæld, jeg gerne vedgår mig.

En helt speciel tak skylder jeg også min mor, Solveig Udsen, som både har hjulpet med børnepasning og i den sidste fase læste korrektur på det samlede manuskript. Jeg sender også en tanke til min far, Ebbe Udsen, som i første omgang vist ikke helt forstod, hvorfor hans søn hellere ville være forsker end advokat. Jeg er sikker på, at han forstår det nu og glædes fra den sky, som hans børnebørn har udpeget som farfars sky.

Afhandlingen tilegner jeg Line, Emma, Alexander og William. Den store glæde, det giver at gennemføre et projekt som dette, er uendelig lille i forhold til den glæde, I bringer.

Afhandlingen blev indleveret til forsvar for den juridiske doktorgrad i november 2008. Materiale fremkommet efter dette tidspunkt er ikke inddraget.

Henrik Udsen, marts 2009

Indholdsfortegnelse

Nogle centrale begreber 17

DEL 1. TEORETISK GRUNDLAG 21

Kapitel 1. Afhandlingens emne, mål og teser 23
1. Introduktion til afhandlingens emne 23
2. Afhandlingens teser 25
   2.1. Tesen om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger – afhandlingens hovedtese 25
   2.2. Tesen om en informationsretlig hensynslære som systematisk ramme for de informationsretlige grundsætninger 28
3. Afhandlingens videre opbygning 32

Kapitel 2. Information og informationsret 33
1. Indledning 33
2. Information 33
   2.1. Informationsbegrebet 33
   2.2. Informations særlige karakteristika 36
   2.3. Informationstyper 38
      2.3.1. Operationel og emotionel information 39
      2.3.2. Informationens medieafhængighed 39
   2.4. Informationshandlinger 41
      2.4.1. Informationshandlinger – en oversigt 41
      2.4.2. Sammenfatning af oversigten 47
      2.4.3. Den retlige regulering af informationshandlinger 48
3. Informationsret 50
   3.1. Begrebsafklaring 50
   3.2. Systematisering af informationsretten 52
      3.2.1. Regler om pligt til at behandle information 52
      3.2.2. Regler om ret til at behandle information 53

3.2.2.1. Det grundlæggende princip om informationsfrihed 53
3.2.2.2. Regler der indskrænker retten til frit at behandle information 54
3.2.2.3. Undtagelser til reglerne der indskrænker informationsfriheden 59
3.3. Informationsrettens indplacering i immaterialretten og personlighedsretten 64
3.4. En anden måde at indplacere informationsretten på 67
3.5. Informationsrettens karakter 69

Kapitel 3. Den informationsretlige grundsætning som retskilde 75
1. Indledning 75
2. Retskildebegrebet 75
2.1. Afhandlingens retskildedefinition 75
2.2. Autoritative og ikke-autoritative retskilder 77
2.3. Vertikale og horisontale retskilder 78
3. Den informationsretlige grundsætnings indplacering i retskilde-systemet 83
4. Den informationsretlige grundsætnings retskildefunktion 85
5. Den informationsretlige grundsætnings retskildeværdi 88

Kapitel 4. Informationsretlige hensyn 91
1. Den informationsretlige hensynslære 91
2. Hensynene bag det grundlæggende princip om informationsfrihed 93
3. Hensynene bag reglerne om informationsrettigheder 94
3.1. Hensynene bag reglerne om økonomiske informations-rettigheder 95
3.1.1. Incitamentshensyn 95
3.1.2. Berigelseshensyn 104
3.1.3. Forvekslingshensyn 108
3.2. Hensynene bag reglerne om ideelle informationsrettigheder 109
3.2.1. Privatlivshensyn 114
3.2.2. Personlighedshensyn 117
3.2.3. Privatlivshensynets og personlighedshensynets anvendelighed inden for de enkelte regler om ideelle informationsrettigheder – oversigt 120
3.3. Sammenfatning 121
4. Hensynene bag undtagelsesreglerne 122

5. Nogle overordnede betragtninger om afvejningen af de informationsretlige hensyn 123

Kapitel 5. Metode 127
1. Indledning 127
2. Den horisontale analyse 127
   2.1. De horisontale detailanalyser 128
      2.1.1. Valg af discipliner – den vertikale afgrænsning 129
      2.1.2. Valg af reguleringstemaer – den horisontale afgrænsning 131
      2.1.3. Nærmere om indholdet af den horisontale analyse 132
   2.2. Horisontale analyser i bredden 134
3. Brug af fremmed ret 136

Kapitel 6. Hidtidige horisontale overvejelser 139
1. Indledning 139
2. Inden for immaterialretten 139
3. Inden for personlighedsretten 146
4. På tværs af immaterialretten og personlighedsretten 149
5. Sammenfatning 151

DEL 2. HORISONTALE ANALYSER 155

Kapitel 7. Privat brug 157
1. Indledning 157
   1.1. Privatbrugsbegrebet 157
   1.2. Om kapitlets opbygning 157
2. Eksistensen af privatbrugsregler 158
   2.1. Ophavsret 158
   2.2. Varemærkeret 161
   2.3. Patentret 161
   2.4. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen 161
   2.5. Persondataret 162
   2.6 Retten til eget billede 162
   2.7. Sammenfatning 163
3. Hensynene bag privatbrugsreglerne 164
   3.1. Ophavsret 164
   3.2. Patentret 166

3.3. Varemærket 167
3.4. Erhvervshemmeligheder 167
3.5. Persondata 169
3.6. Sammenfatning 170
4. Det nærmere indhold af de enkelte privatbrugsregler 171
4.1. De ophavsretlige privatbrugsregler 171
4.1.1. Tilgængeliggørelse af værket inden for privatsfæren 171
4.1.1.1. Den private spredning 172
4.1.1.2. Den private visning. 172
4.1.1.3. Den private fremførelse 173
4.1.2. Eksemplarfremstilling inden for privatsfæren 182
4.1.3. Ideelle rettigheder inden for privatsfæren (tilgængeliggørelse) 186
4.1.4. Det ophavsretlige privatbrugsbegreb – sammenfatning . 186
4.2. Den varemærkeretlige privatbrugsregel 188
4.3. Den patentretlige privatbrugsregel 194
4.4. Privatbrugsreglen inden for erhvervshemmeligheds-beskyttelsen 196
4.5. Den persondataretlige privatbrugsregel 200
4.6. Sammenfatning 204
5. En horisontal analyse af privatbrugsreglerne 204
5.1. En horisontal analyse af privatbrugsreglernes afgrænsnings-kriterier 205
5.1.1. Offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet inden for de enkelte discipliner 206
5.1.1.1. Ophavsret 206
5.1.1.2. De industrielle eneretsdiscipliner 208
5.1.1.3. Persondataretten 208
5.1.1.4. Sammenfatning 208
5.1.2. Privatbrugsreglernes nærmere afgrænsningskriterier på tværs af de enkelte discipliner 209
5.1.2.1. De centrale afgrænsningskriterier 209
5.1.2.2. De ophavsretlige privatbrugsregler 211
5.1.2.3. Den persondataretlige privatbrugsregel 215
5.1.2.4. Privatbrugsreglerne inden for de industrielle eneretsdiscipliner 218
5.1.2.5. Sammenfatning 224

5.1.3. Samspillet mellem privatbrugsreglernes afgrænsningskriterier – særligt om forholdet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet ... 226
5.1.3.1. Samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet inden for de enkelte discipliner ... 229
5.1.3.2. Samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet på tværs af disciplinerne ... 233
5.2. Informationsretlige grundsætninger ... 237
5.3. Sammenholdelse af analysens resultater med hensynslæren ... 240
5.4. Den praktiske anvendelse af de informationsretlige grundsætninger – eksempler ... 244
5.4.1. Ideelle ophavsrettigheder og retten til eget billede ... 244
5.4.2. Manglende erkendelse af de informationsretlige grundsætninger – uhensigtsmæssigheder i retstilstanden ... 247
5.5. En privatbrugsmodel baseret på de informationsretlige grundsætninger ... 255
6. Konklusion ... 258

Kapitel 8. Konsumption ... 259
1. Indledning ... 259
1.1. Konsumptionstyper og konsumptionsbegrebet. Eksemplarkonsumption og informationskonsumption ... 259
1.2. Kapitlets opbygning ... 260
2. Eksistensen af konsumptionsregler ... 262
2.1. Ophavsret ... 262
2.2. Varemærkeret ... 264
2.3. Patentret ... 265
2.4. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen ... 266
2.5. Persondataret ... 268
2.6. Retten til eget billede ... 269
2.7. Sammenfatning ... 269
3. Hensynene bag konsumptionsreglerne ... 269
3.1. Reglerne om eksemplarkonsumption ... 269
3.2. Reglerne om informationskonsumption ... 274
4. Det nærmere indhold af reglerne om eksemplarkonsumption ... 278
4.1. Ophavsret ... 278
4.1.1. Overdragelseskriteriet ... 279

4.1.2. Samtykkekriteriet ... 281
4.1.3. Eksemplarkriteriet ... 282
4.1.4. Handlinger omfattet af konsumption ... 284
4.2. Varemærket ... 284
4.2.1. Markedsføringskriteriet ... 284
4.2.2. Varekriteriet ... 286
4.2.3. Samtykkekriteriet ... 287
4.2.4. Handlinger omfattet af konsumption ... 289
4.3. Patentret ... 290
4.3.1. Omsætningskriteriet ... 290
4.3.2. Produktkriteriet ... 291
4.3.3. Samtykkekriteriet ... 291
4.3.4. Handlinger omfattet af konsumption ... 292
5. Det nærmere indhold af reglerne om informationskonsumption ... 292
5.1. Ophavsret ... 292
5.1.1. Udgivelseskriteriet ... 293
5.1.2. Samtykkekriteriet ... 294
5.1.3. Handlinger omfattet af konsumption ... 295
5.2. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen ... 295
5.2.1. Offentliggørelseskriteriet ... 295
5.2.2. Samtykkekriteriet ... 301
5.2.3. Handlinger omfattet af konsumption ... 301
5.3. Persondataret ... 302
5.3.1. Offentliggørelseskriteriet ... 302
5.3.2. Samtykkekriteriet ... 305
5.3.3. Handlinger omfattet af konsumption ... 306
6. Horisontal analyse ... 306
6.1. En tværgående konsumptionslære i tysk ret og nordisk retslitteratur ... 307
6.2. Reglerne om eksemplarkonsumption ... 312
6.2.1. Konsumptionsreglernes afgrænsningskriterier ... 312
6.2.1.1. De overordnede kriterier ... 312
6.2.1.2. Den nærmere afgrænsning af overdragelseskriteriet ... 312
6.2.1.3. Den nærmere afgrænsning af samtykkekriteriet ... 315
6.2.1.4. Den nærmere afgrænsning af eksemplarkriteriet ... 317

6.2.2. Eksemplarkonsumptionsregler inden for de øvrige discipliner ... 317
6.2.3. Informationsretlige grundsætninger ... 321
6.3. Reglerne om informationskonsumption ... 323
6.3.1. Konsumptionsreglernes afgrænsningskriterier ... 323
6.3.1.1. Den nærmere afgrænsning af offentliggørelseskriteriet ... 324
6.3.1.2. Den nærmere afgrænsning af samtykkekriteriet ... 327
6.3.2. Retten til eget billede ... 328
6.3.3. Informationsretlige grundsætninger ... 332
6.4. Grænsefladerne mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption ... 333
6.4.1. Om grænseflader mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption i de enkelte discipliner ... 333
6.4.2. Grænsefladekriterier ... 336
6.4.3. Informationsretlige grundsætninger ... 339
6.5. Sammenholdelse af analysernes resultater med hensynslæren ... 340
6.6. Den praktiske anvendelse af de informationsretlige grundsætninger – eksempler ... 344
6.7. En konsumptionsmodel baseret på de informationsretlige grundsætninger ... 352
7. Konklusion ... 356

Kapitel 9. Andre områder ... 359
1. Indledning ... 359
2. Information om egne ydelser ... 360
2.1. Problemstillingen ... 360
2.2. Varemærkeretten ... 361
2.3. Ophavsretten ... 363
2.4. Persondataretten ... 368
2.5. Retten til eget billede ... 369
2.6. Horisontale betragtninger ... 371
3. Ytringsfrihed som indskrænkning i informationsrettighederne ... 373
3.1. Problemstilling ... 373
3.2. Immaterialret ... 374
3.3. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen ... 382
3.4. Persondataretten ... 384
3.5. Retten til eget billede ... 388

3.6. Horisontale betragtninger 392
4. De minimis-regler 395
4.1. Problemstillingen 395
4.2. Ophavsretten 395
4.3. Persondataretten 401
4.4. Andre områder 405
4.5. Horisontale betragtninger 407
5. Juridiske personers ideelle rettigheder 410
5.1. Problemstillingen 410
5.2. Varemærkeretten og patentretten 411
5.3. Ophavsretten 415
5.4. Persondataretten 416
5.5. Andre regler 418
5.6. Horisontale betragtninger 422
6. Rettighedernes overgang ved død 426
6.1. Problemstillingen 426
6.2. Ophavsretten 427
6.3. Varemærkeretten 428
6.4. Patentretten 428
6.5. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen 429
6.6. Persondataretten 429
6.7. Retten til eget billede 433
6.8. Horisontale betragtninger 440
7. Økonomisk kompensation for krænkelse af informationsrettigheder 444
7.1. Problemstillingen 444
7.2. Immaterialretsdisciplinerne 445
7.3. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen 450
7.4. Persondataretten 451
7.5. Retten til eget billede 452
7.6. Eal. § 26 454
7.7. Horisontale betragtninger 456

DEL 3. AFRUNDNING 461

Kapitel 10. Konklusioner og perspektivering 463
1. Sammenfattende konklusioner. Verifikation af afhandlingens teser .. 463
1.1. Hovedtesen om de informationsretlige grundsætninger 463

1.2. Tesen om en informationsretlig hensynslære som systematisk ramme for de informationsretlige grundsætninger 464
2. Perspektivering 465

Kapitel 11. Et katalog af informationsretlige grundsætninger 469
1. Indledning 469
2. Retserhvervelsen (formkrav) 470
3. Beskyttelsens objekt 473
4. Beskyttelsens subjekt 480
5. Beskyttelsens indhold 482
6. Beskyttelsens bredde 486
7. Indskrænkninger 491
7.1. Privat brug 492
7.2. Konsumption 492
7.3. Information om egne ydelser 494
7.4. Ytringsfrihed som indskrænkning i eneretten 494
7.5. De minimis-regel 495
8. Varighed 495
9. Sanktioner 497
10. Rettighedernes overgang 498
10.1 Overdragelse i levende live 498
10.2. Overgang ved død 503
11. Sammenfatning af de informationsretlige grundsætninger 504

Resumé 513

Summary in English 533

Forkortelser 553

Litteraturfortegnelse 557

Domsregister 581

Stikordsregister 583

Nogle centrale begreber

I afhandlingen er udviklet et begrebsapparatur, der danner grundlag for afhandlingens teser, analyser og resultater. Nedenfor er opstillet en oversigt over afhandlingens centrale begreber. Begreberne introduceres og uddybes i afhandlingens første del.

Informationsrettigheder
Ved informationsrettigheder forstås de rettigheder, der giver en person ret til at forbyde andre at foretage en nærmere angiven behandling af en nærmere afgrænset informationsmængde, hvorved personen får en eksklusiv ret til denne informationsbehandling under forudsætning af, at dette ikke strider mod andre regler eller tredjepartsrettigheder. Se side 55.

Økonomiske informationsrettigheder
Ved økonomiske informationsrettigheder (eller økonomiske rettigheder) forstås de rettigheder, der giver en person ret til at forbyde andre at foretage en nærmere angivet behandling af information for at sikre personen den potentielle økonomiske værdi af informationen. Se side 68.

Ideelle informationsrettigheder
Ved ideelle informationsrettigheder (eller ideelle rettigheder) forstås her de rettigheder, der giver en person ret til at forbyde andre at foretage en nærmere angiven behandling af information, der kan henføres til den pågældende person, og som påfører personen et psykisk ubehag, enten ved at offentliggøre eller i øvrigt behandle information, der tilhører personens egen privatsfære, eller ved at fremstille personen på en anden måde i offentligheden, end den pågældende ønsker. Se side 67.

De informationsretlige discipliner
Ved de informationsretlige discipliner forstås de retlige discipliner, der tildeler parter informationsrettigheder.

Informationsret
Ved informationsret forstås de informationsretlige discipliner. Begrebet kan også i en bredere forstand defineres som en retsdisciplin, der indeholder de regler, som regulerer enhver form for informationsbehandling. I afhandlingen anvendes begrebet ikke i denne bredere forstand.

Informationsretlige grundsætninger
Ved en informationsretlig grundsætning forstås en almindelig retsgrundsætning, der er udledt af fællestræk mellem flere informationsretlige regler på tværs af en klassisk vertikal opdeling af de informationsretlige discipliner og som således også får retskildeværdi inden for andre informationsretlige discipliner. Se side 83 f.

Horisontal relevans
Ved horisontal relevans forstås, at der mellem informationsretlige regler på tværs af de informationsretlige discipliner består sådanne fællestræk, at disse regler kan sammenfattes i en informationsretlig grundsætning. Et udsagn om, at der eksempelvis består horisontal relevans mellem de informationsretlige privatbrugsregler, er således et udtryk for, at disse regler har fællestræk, der kan sammenfattes i en eller flere informationsretlige grundsætninger.

Horisontal informationsret
Ved horisontal informationsret forstås, at der på et generelt plan består horisontal relevans mellem de informationsretlige discipliner. Hvor begrebet "informationsret" rummer de informationsretlige discipliner uafhængigt af, om der måtte bestå en indre sammenhæng mellem dem, forudsætter begrebet "horisontal informationsret" omvendt en sådan indre sammenhæng mellem disciplinerne. Se side 25.

Informationsretlige hensyn
Ved informationsretlige hensyn forstås de hensyn, der ligger bag de informationsretlige regler. Udformningen af de informationsretlige regler er udtryk for en afvejning af de relevante informationsretlige hensyn.

Den informationsretlige hensynslære
Ved den informationsretlige hensynslære forstås tanken om, at der består en række grundlæggende informationsretlige hensyn, der ligger bag en flerhed af de informationsretlige regler, at disse hensyn bidrager til fastlæggelsen

af, hvordan en uklar regel inden for det informationsretlige område skal fortolkes, og at det er muligt at opstille nogle overordnede regler for afvejningen af disse hensyn. Se side 29.

DEL 1

TEORETISK GRUNDLAG

Om afhandlingens emne, mål, teser, centrale begreber og metode

KAPITEL 1

Afhandlingens emne, mål og teser

1. Introduktion til afhandlingens emne

I sin dom optrykt i U.2004.2945H skulle Højesteret tage stilling til, om Dansk Boldspil Union (DBU) og Divisionsforeningen kunne forbyde en internetvirksomhed i samarbejde med en teleoperatør (TDC) løbende at formidle stillingsresultater og andre begivenheder fra igangværende fodboldkampe til mobiltelefonkunder, der havde tegnet abonnement på denne service. Det var ubestridt, at DBU og Divisionsforeningen var indehaver af samtlige rettigheder til nationale fodboldturneringer, og at disse rettigheder som udgangspunkt omfattede en eneret til at videreformidle resultater mv. fra stadions, så længe kampene blev spillet. Sidstnævnte var fastslået i dommen U.1982.179/2H, hvor Højesteret statuerede, at DBU med hjemmel i almindelige retsgrundsætninger kunne forbyde Danmarks Radios formidling af stillingsresultater fra igangværende kampe i "sport og musik"-radioudsendelser. Der var imidlertid væsentlig forskel på de to sager. I 2004-sagen havde DBU og Divisionsforeningen indgået en aftale med TV3, hvorefter tv-stationen fik eneret til at sende livetransmissioner fra kampene. TV3 havde indgået en aftale med Danmarks Radio, hvorefter Danmarks Radio havde ret til at bringe livetransmissioner fra kampene i radioen og dermed også løbende formidle stillingsresultater mv. i de igangværende kampe. Tilsvarende aftaler forelå ikke i 1982-sagen. Konsekvensen af disse aftaler var, at stillingsresultater og andre begivenheder fra kampene i 2004-sagen i modsætning til 1982-sagen med DBU og Divisionsforeningens samtykke allerede var formidlet ud til offentligheden på det tidspunkt, hvor TDC formidlede resultaterne til sine abonnenter. Denne omstændighed blev afgørende for, at 2004-sagen faldt anderledes ud end 1982-sagen. Højesteret fastslog, at DBU og Divisionsforeningen ikke kunne hindre den nyhedsformidling, som internetvirksomheden og TDC udbød med følgende be-

grundelse: "Højesteret finder, at hensynet til den fri adgang til nyhedsformidling må føre til, at den arrangementsbeskyttelse, som følger af Højesterets dom i UfR 1982 s. 179/2, hverken ud fra almindelige retsgrundsætninger eller i medfør af markedsføringslovens § 1 kan udstrækkes til også at omfatte de nævnte oplysninger, *som allerede er offentliggjort af appellanterne eller med disses samtykke*. Dette gælder uanset den økonomiske interesse, appellanterne har i et modsat resultat" (min fremhævelse).

Med denne begrundelse lægger Højesteret et konsumptionslignende princip til grund for sin afgørelse: DBU og Divisionsforeningen har en eneret til spredning af resultater mv. fra kampene, men når DBU og Divisionsforeningen – gennem en tredjepart – spreder disse informationer ud til offentligheden, er eneretten opbrugt. Konsumption i klassisk immaterialretlig forstand angår retten til tilgængeliggørelse af eksemplarer. Ikke desto mindre anvender Højesteret altså et tilsvarende princip på spredning af den rene information.

At Højesteret har anvendt en konsumptionstankegang, understreges af, at der i noten til dommen henvises til *Bloks* afhandling, Patentrettens konsumptionsprincip, 1974.

Hvis et konsumptionsprincip accepteres for ren information i form af sportsresultater, rejses spørgsmålet, om princippet også gælder andre former for ren information som f.eks. erhvervshemmeligheder eller persondata. Og hvis der gælder et alment informationsretligt konsumptionsprincip, rejser det spørgsmålet, om der også gælder andre informationsretlige grundsætninger på tværs af de retsområder, som regulering af informationsbehandling traditionelt opdeles efter (ophavsret, patentret, varemærkeret, persondataret, markedsføringsretlig beskyttelse af erhvervshemmeligheder mv.). Kan der f.eks. opstilles en informationsretlig grundsætning om ret til privat brug af information på tværs af disciplinerne? Og hvad er i så fald indholdet af denne grundsætning?

Træder man et skridt tilbage og iagttager disciplinerne i dette tværgående perspektiv, vil man hurtigt se, at de rummer en række fællestræk. Også flere fællestræk end en traditionel dogmatisk beskrivelse af den enkelte disciplin vil give indtryk af. Herfra og til at kunne dokumentere egentlige informationsretlige grundsætninger og deres nærmere indhold er et stykke vej. Det er denne vej, som afhandlingen søger at betræde.

Det er afhandlingens grundsynspunkt, at der mellem de informationsretlige discipliner eksisterer så væsentlige fællestræk, at der kan identificeres informationsretlige grundsætninger på tværs af de enkelte discipliner, og det er afhandlingens primære sigte at dokumentere dette. Klart er det dog

også, at de informationsretlige discipliner rummer væsentlige forskelle. Det rejser spørgsmålet, hvornår lighederne mellem disciplinerne gør det muligt at opstille grundsætninger, og hvornår forskellighederne umuliggør dette. Afhandlingen må nødvendigvis også søge at give svar på dette spørgsmål. En analyse, der kan påvise, at der nogle gange består relevante fællestræk og andre gange ikke, er af beskeden værdi, hvis ikke den på et mere systematisk grundlag kan afklare, hvornår dette er tilfældet. Afhandlingen søger derfor også at opstille en systematisk ramme for, hvornår der kan opstilles informationsretlige grundsætninger på tværs af de enkelte discipliner.

2. Afhandlingens teser

Til grund for afhandlingen og dens emne som skitseret ovenfor ligger følgende to teser:

1. *Der eksisterer så væsentlige fællestræk mellem de informationsretlige discipliner, at der kan opstilles en række informationsretlige grundsætninger på tværs af de enkelte informationsretlige discipliner. Dette betegnes også i afhandlingen som eksistensen af en horisontal informationsret.*

2. *Med udgangspunkt i en informationsretlig hensynslære er det muligt at opstille en systematisk ramme for, hvornår der kan opstilles informationsretlige grundsætninger.*

Afhandlingen vil vise, at begge de to teser kan verificeres. I det følgende gives en introduktion til teserne.

2.1. Tesen om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger – afhandlingens hovedtese

Tesen om de informationsretlige grundsætninger indebærer, at retskilder fra forskellige informationsretlige discipliner anvendes til at identificere informationsretlige grundsætninger, som så får retskildeværdi på andre informationsretlige områder, hvis eget retskildemateriale ikke umiddelbart giver svaret på det omhandlede spørgsmål. Den informationsretlige grundsætning som retskilde er nærmere beskrevet i kapitel 3.

Tesen opstod ved iagttagelse af en række horisontale "glimt" i det informationsretlige univers. Både i lovgivningen, retspraksis og den juridiske

teori kan findes eksempler på informationsrettens horisontale karakter. Eksempler som netop kun glimtvis antydede eksistensen af en horisontal informationsret, men dog med en styrke, som gjorde det nærliggende at undersøge spørgsmålet yderligere, og i sidste ende lade denne afhandling tage udgangspunkt i det. I det følgende skal en række af disse glimt beskrives. Det er der flere årsager til. For det første illustrerer de i et "projekthistorisk" lys, hvad der dannede baggrund for afhandlingens hovedtese, for det andet understøtter de på et overordnet plan tesen, og for det tredje giver de læseren et mere konkret indtryk af tesen før analysen af de udvalgte emner i afhandlingens 2. del. Beskrivelsen er ikke udtømmende og en lang række andre eksempler på den horisontale informationsret gives i afhandlingen efterfølgende kapitler. De nedennævnte glimt er imidlertid nogle af de første, jeg iagttog i projektets indledende fase, og var dermed med til at forme de netop præsenterede teser.

a. Lovgivning

Allerede et første blik ud over den informationsretlige lovgivning giver et overordnet indtryk af, at der eksisterer fællestræk mellem disciplinerne. Alle de lovregulerede discipliner indeholder eksempelvis bestemmelser, som tillader en vis form for privat brug af den eneretsbeskyttede information. Ophavsretten, varemærkeretten og patentretten indeholder alle konsumptionsbestemmelser, der indskrænker eneretten til viderespredning af beskyttede eksemplarer. Persondataloven indeholder en bestemmelse af lignende karakter. Efter lovens § 7, stk. 1, nr. 3, kan personoplysninger frit behandles, hvis den registrerede selv har gjort dem offentligt tilgængelige. Allerede disse overordnede iagttagelser rejser spørgsmålet om en horisontal informationsret og dens indhold. Når der f.eks. består en privatbrugsregel inden for alle de lovregulerede discipliner, er det nærliggende at overveje, om ikke disse regler har en indbyrdes (horisontal) sammenhæng. Når sådanne fællestræk kan konstateres på en række områder, er det tilsvarende nærliggende at overveje, om ikke de informationsretlige discipliner som sådan har horisontale fællestræk.

Der eksisterer ikke en mere eksplicit erkendelse af informationsretlige grundsætninger i lovgivningsprocessen. Enkelte eksempler på, at regler fra ét område har påvirket reglerne på andre informationsretlige områder, findes dog. Mest markant er den ensretning af den immaterialretlige udmåling af erstatning, godtgørelse og bevissikring, som blev foretaget med udgangspunkt i retshåndhævelsesdirektivet (dir. 2004/48), jf. nærmere kapitel 9.7 nedenfor. Reglerne er enslydende på tværs af de enkelte discipliner og

skal formentlig fortolkes ens. Efterfølgende er i markedsføringsloven indsat en tilsvarende erstatningsbestemmelse med direkte henvisning til de immaterialretlige regler.

b. Retspraksis

Som allerede antydet har Højesterets dom i U.2004.2945H været en afgørende inspirationskilde til tesen om de informationsretlige grundsætninger. Enkelte andre afgørelser trækker også eksplicit overvejelser fra én informationsretlig disciplin ind ved afgørelsen af spørgsmål inden for andre af de informationsretlige discipliner. I U.1997.691H afviste Højesteret, at et billede af en pengeseddel anvendt i en reklame for en præmiekonkurrence udgjorde en krænkelse af Nationalbankens ophavsret til pengesedlen. Højesterets begrundelse var, at det var pengesedlernes symbolværdi, ikke deres karakter af kunstværk, der udnyttedes i reklamen. Betragtningen synes at være, at værket ikke anvendtes i sin *egenskab* af værk, hvorfor udnyttelsen ikke var en krænkelse. Denne tanke er ikke sædvanlig inden for ophavsretten, men den er central i varemærkeretten, der kun giver varemærkeindehaveren hjemmel til at forbyde handlinger, når varemærkeretten udnyttes i sin egenskab af varemærke. Dommen og problemstillingen er nærmere behandles i kapitel 9.4. I U.2000.2068SH afgjorde Sø- og Handelsretten spørgsmålet om beskyttelsesperioden for de ulovregulerede personlighedsrettigheder med udgangspunkt i en bestemmelse i varemærkeloven, jf. nærmere om afgørelsen kapitel 9.6 nedenfor. Fra udenlandsk retspraksis har en nyere afgørelse fra den hollandske højesteret tilsyneladende lagt til grund, at ophavsretten til et buksedesign kunne degenerere, fordi det pågældende design var blevet alment udbredt blandt bukseproducenter. Fortabelse af rettigheder ved degenerering er velkendt i varemærkeretten, jf. vml. § 28, stk. 2, nr. 2, men er normalt ikke anvendt inden for ophavsretten.

Afgørelsen og dens anvendelse af den varemærkeretlige degenererings-figur er omtalt af *Jehoram*, The Dutch Supreme Regocnises "Dilution of Copyright" by Degeneration of a Copyright Design into Unprotected Style: The Flying Dutchman: All Sails, No Anchor, EIPR, 2007, s. 205 ff.

Også i retspraksis findes således enkelte horisontale glimt, som ansporede til at arbejde videre med tesen om de informationsretlige grundsætninger. Disse glimt udgør dog undtagelsen. Den informationsretlige retspraksis illustrerer tydeligt, at der ingen tradition er for eksplicit at tænke horisontalt hverken hos domstolene eller hos de procederende advokater.

c. Den juridiske litteratur

I sin artikel "Fragmenter af en informationsretlig grundregulering" i *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 5 ff., påpeger *Bryde Andersen*, at de karakteristika, der præger information, kan have betydning for reguleringen af informationsbeskyttelsen. Eftersom disse karakteristika er identiske, uafhængigt af hvilke retlige sammenhænge de indgår i, fører dette naturligt til den tanke, at de informationsretlige discipliner kan eller bør have visse fællestræk. Artiklen fokuserer hovedsageligt på samspillet mellem ophavsretten og persondataretten men nævner også f.eks. erhvervshemmeligheder og godwill, s. 20. Som titlen også antyder, åbner dette op for, at de anførte synspunkter om informationsretlige fællestræk kan finde anvendelse i en bredere kontekst. Denne artikel udgør det eneste generelle bidrag til en horisontal informationsret i dansk retsteori. Den juridiske teori rummer dog nogle overvejelser om sammenhængene mellem enkelte af de informationsretlige discipliner, særligt om sammenhænge mellem de immaterialretlige discipliner, jf. nærmere kapitel 6 nedenfor.

Den juridiske litteratur har endvidere i nogle tilfælde anvendt en horisontal tankegang ved behandlingen af konkrete spørgsmål. Et eksempel er *Palle Bo Madsens* analyse i U.2005B.69 ff. af EF-Domstolens afgørelse i *Peak Holding*-sagen, hvor den varemærkeretlige afgørelse bruges i fortolkningen af den ophavsretlige konsumptionsregel, jf. nærmere kapitel 8 nedenfor.

2.2. Tesen om en informationsretlig hensynslære som systematisk ramme for de informationsretlige grundsætninger

Verificeringen af afhandlingens hovedtese om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger kan ikke stå alene. Den blotte antagelse om, at der i visse situationer findes nogle indre sammenhænge mellem de informationsretlige discipliner, der begrunder informationsretlige grundsætninger, vil isoleret set være af begrænset hjælp for såvel retsvidenskaben som den praktiske retsanvendelse, hvis ikke det er muligt at opstille nærmere retningslinjer for, *hvornår* dette er tilfældet. Antagelsen må derfor søges indpasset i en *metodisk* ramme, der på et overordnet plan kan fastlægge, hvornår der kan opstilles informationsretlige grundsætninger. Dette leder til afhandlingens anden tese om en informationsretlig hensynslære som metodisk ramme for en horisontal informationsret.

Heri ligger, at identifikationen og udbredelsen af de informationsretlige grundsætninger tager udgangspunkt i et sammenfald af hensyn. Gør de

samme hensyn sig gældende på tværs af de enkelte informationsretlige regler, vil en informationsretlig grundsætning gælde på tværs af disse regler, men vil omvendt ikke kun udstrækkes til discipliner og regler, hvor hensynene ikke har relevans. Dette nødvendiggør en hensynsidentifikation, som i afhandlingen foretages med udgangspunkt i tanker om en "informationsretlig hensynslære".

Med begrebet "informationsretlig hensynslære" menes her tanken om, at der består en række grundlæggende informationsretlige hensyn, der ligger bag en flerhed af de informationsretlige regler, at disse hensyn bidrager til fastlæggelsen af, hvordan en uklar regel inden for det informationsretlige område skal fortolkes, og at det er muligt at opstille nogle overordnede regler for afvejningen af disse hensyn. Læren skal nærmere beskrives i det følgende.

Tanken om en informationsretlig hensynslære er ikke tidligere behandlet i dansk ret. Derimod er hensynslæren behandlet i andre dele af dansk retsteori, jf. nærmere kapitel 4.

Når retsanvenderen skal træffe en retlig afgørelse i en situation, hvor resultatet ikke umiddelbart og med sikkerhed kan udledes af de gældende regler, enten fordi reglerne ikke direkte regulerer den konkrete problemstilling, eller fordi reglerne er uklare, vil der typisk bestå en usikkerhed om resultatet. Denne usikkerhed forudsætter mindst to mulige udfald af den retlige analyse (fortolkningen) – bestod der ikke mindst to mulige udfald, bestod der heller ikke nogen usikkerhed. Med flere mulige udfald følger også modsatrettede hensyn, der taler for det ene, henholdsvis det andet udfald – et udfald kan ikke betegnes som muligt, hvis der ikke er nogle bagvedliggende hensyn, der taler for udfaldet. Når der er behov for en fortolkning af gældende retsregler, vil der derfor normalt bestå en række af modsatrettede hensyn, som bør inddrages i fortolkningsprocessen med henblik på at nå det korrekte resultat. Eller med andre ord: Den retsanvender, der skal fortolke en regel og dermed vurdere, hvilke af flere mulige udfald som skal vælges, vil træffe sit valg på det mest kvalificerede grundlag, hvis alle de hensyn, der taler for de respektive udfald, er kendte og holdt op mod hinanden. Hensynslæren bygger derfor på den forudsætning, at fortolkningen af en given regel må afgøres ved en *identifikation* af alle relevante hensyn og en efterfølgende *afvejning* af de identificerede hensyn.

Hensynslæren som den beskrives her, retter sig mod den retsdogmatiske analyse i de situationer, hvor reglernes udformning nødvendiggør fortolkning eller udfyldning. Også *lovgivningsprocessen* tager imidlertid sit udgangspunkt i relevante hensyn. Udformnin-

gen af enhver retsregel er baseret på en række hensyn, og herunder oftest modsatrettede hensyn, der begrunder reglens nærmere udformning. Når reglen udformes, foretager lovgiver med andre ord også en identifikation af de relevante hensyn og derefter en afvejning af disse hensyn, i det omfang hensynene er modsatrettede. Lovgivningsprocessen er imidlertid en politisk proces, hvor det er lovgivers egen overbevisning, der afgør, hvad der er relevante hensyn, og hvordan disse skal afvejes. Hensynslæren vil derfor have en begrænset betydning for lovgiver. Lovgiver kan dog i et vist omfang med hensynslæren få inspiration til, hvilke hensyn der bør overvejes og inddrages i den politiske proces. Hensynslæren kan i denne sammenhæng siges at udgøre et bidrag til den retspolitiske argumentationslære. Heraf følger også, at hensynslæren vil kunne bidrage med mest, når der lovgives om regler, som i højere grad er fagjuridiske (lawyers law) end politiske. Såfremt lovgiver f.eks. måtte ønske specifikt at lovregulere arrangementsbeskyttelsen, herunder retten til løbende at videreformidle resultater fra sportsarrangementer, vil det være nærliggende, at der i denne lovgivningsproces skeles til de eksisterende konsumptionsregler i immaterialretten og herved inddrages de hensyn, der begrunder konsumptionsreglerne. Når lovgiver skal regulere mere politisk betonede spørgsmål, som f.eks. spørgsmålet om, hvorvidt der skal kunne udtages patent på software, vil hensynslæren spille en mindre rolle. Helt tydeligt bliver dette ved reguleringen af de overvejende politisk betonede spørgsmål inden for f.eks. skattepolitikken, udlændinge- og flygtningepolitikken m.m. Disse områder vil dog under alle omstændigheder falde uden for den *informationsretlige* hensynslære, der opstilles her.

Identifikationen af de relevante hensyn må ske konkret fra sag til sag. Dette kan gøres ved, at juristen med egne analyser søger at identificere hvert af de relevante hensyn i den konkrete sag. Den opgave, som juristen herved pålægges, er selvsagt løsbar (den udgør vel ligefrem en af juristens kernekompetencer), men den vil ofte kræve anvendelse af en ikke ubetydelig ressourcemængde. Dette kan i sig selv udgøre et praktisk problem. I det praktiske retsliv er det de færreste sager, der kan bære, at hver en sten vendes. Den konkrete opgave med at identificere de relevante hensyn kan imidlertid væsentligt reduceres. Det er en af afhandlingens grundsynspunkter, at de hensyn, der har betydning for retsanvendelsen inden for de informationsretlige discipliner, i væsentligt omfang vil være sammenfaldende. Eller med andre ord: hensyn, der har relevans ved vurderingen af et spørgsmål inden for én informationsretlig disciplin, vil ofte også have relevans ved vurderingen af tilsvarende spørgsmål inden for andre af de informationsretlige discipliner og ved vurderingen af andre spørgsmål inden for samme informationsretlige disciplin. Det forekommer åbenbart, at der består et vist sammenfald af hensyn mellem de informationsretlige discipliner. Flere af disciplinerne er baseret på belønnings- og incitamentshensyn, der skal anspore til udvikling af informationsprodukter. På tilsvarende vis er det anerkendt, at ytrings- og informationsfrihedshensyn spiller en rolle for alle de

informationsretlige discipliner. De informationsretlige hensyn får hermed en *generel karakter*.

Denne erkendelse gør det nærliggende at opstille et katalog over informationsretlige hensyn. Et hensynskatalog vil tjene to formål. For det første vil det fungere som metodisk værktøj for afhandlingen. Kataloget vil danne udgangspunkt for en vurdering af, hvilke hensyn der går igen i forskellige informationsretlige discipliner. For det andet – og uafhængigt af tesen om en horisontal informationsret og afhandlingen i øvrigt – vil kataloget kunne bibringe den, der skal forholde sig til de relevante informationsretlige problemstillinger, et værktøj, der på en hurtig og enkel måde sikrer, at de relevante hensyn inddrages i analysen. Dette vil både kunne være ressourcebesparende og formentlig i mange tilfælde øge kvaliteten af analyserne. I forlængelse heraf vil et hensynskatalog kunne forebygge risikoen for, at de argumentationsmønstre og hensynsafvejninger, som er udfundet ved analyser i én af de informationsretlige discipliner, ikke vil blive genbrugt i andre af de informationsretlige discipliner, fordi der ikke er en tradition for horisontal behandling inden for de informationsretlige discipliner, jf. ovenfor. Hermed undgås også, at retsområder, der principielt hviler på samme argumentationsmønstre og hensynsafvejninger, udvikler sig forskelligt.

Som nævnt vil der sædvanligvis blive identificeret modsatrettede hensyn, som nødvendiggør en *vægtning* af hensynene. Hvor selve identifikationen af relevante hensyn – i hvert fald på det teoretiske plan – nærmer sig en eksakt disciplin, hvor det med nogen (men ikke fuldstændig) præcision kan fastslås, hvilke hensyn der har en relevans for den retlige vurdering, gælder dette ikke for selve vægtningen. Denne har karakter af en mere skønsmæssig vurdering og sikrer dermed, at afgørelsen beror på en konkret vurdering. Heri ligger også det selvfølgelige, at hensynslæren ikke er et formellignende værktøj, der med matematisk præcision fastslår, hvad resultatet af en konkret sag skal være. Ikke desto mindre vil det være muligt at opstille nogle retningslinjer for vægtningen af de informationsretlige hensyn. Det er eksempelvis en nærliggende tanke, at ytringsfrihedshensynet må tillægges større vægt for visse typer af information (meningstilkendegivelser og ytringer om almindelige samfundsforhold o.lign.) end for andre (f.eks. tekniske tegninger og musikværker). Også dette dokumenteres i afhandlingen.

Sammenfattende hviler tesen om en informationsretlig hensynslære på en forudsætning om, at det vil være muligt på et mere generelt plan at fastlægge de potentielle informationsretlige hensyn, og at dette katalog af hensyn vil danne udgangspunkt for, hvornår informationsretlige grundsætninger kan opstilles. De informationsretlige hensyn identificeres i kapitel 4.

3. Afhandlingens videre opbygning

Afhandlingen består af tre dele. Første del udgøres af nærværende kapitel 1 samt kapitel 2-6. Efter den ovenstående præsentation af afhandlingens emne og teser indeholder kapitel 2 en afgrænsning og beskrivelse af begreberne "information" og "informationsret". Når man kan spore de nævnte horisontale glimt i de hidtidige retskilder, og når det i øvrigt forekommer berettiget at opstille hovedtesen om de informationsretlige grundsætninger og den tilhørende tese om en informationsretlig hensynslære, skyldes det, at information har nogle særlige karakteristika, som gør sig gældende, uanset hvilken form for information der reguleres. Disse særlige karakteristika beskrives i dette kapitel. Også begrebet "informationsret" er selvsagt centralt i en afhandling om horisontal informationsret og informationsretlige grundsætninger og ligger til grund for de efterfølgende retlige analyser. Kapitel 3 beskriver den informationsretlig grundsætning som retskilde: dens placering i retskildesystemet, dens retskildefunktion og dens retskildeværdi. I kapitel 4 identificeres en række centrale informationsretlige hensyn med henblik på verificeringen af afhandlingens anden tese om hensynslæren som ramme for de informationsretlige grundsætninger. I kapitel 5 redegøres for den metode, der er valgt til at verificere afhandlingens teser. I kapitel 6 beskrives de overvejelser om horisontale fællestræk mellem de informationsretlige discipliner, der hidtil har været fremført i den juridiske teori.

Afhandlingens anden del indeholder i kapitlerne 7-9 analyser af udvalgte områder: Dels to indgående analyser af privatbrugsreglerne (kapitel 7) og konsumptionsreglerne (kapitel 8), dels i kapitel 9 mindre indgående analyser af en række øvrige retsfigurer og regler. I disse kapitler påvises, at der på alle de behandlede områder kan identificeres en række informationsretlige grundsætninger.

Afhandlingens tredje del udgøres af kapitel 10 og 11. I kapitel 10 konkluderes, at analyserne i afhandlingens anden del har verificeret afhandlingens to teser. På baggrund heraf slås fast, at læren om de informationsretlige grundsætninger, som den er påvist i afhandlingen, rummer såvel retsdogmatiske, retspolitiske som retsvidenskabelige perspektiver. Med udgangspunkt i disse konklusioner afrundes afhandlingen i kapitel 11 med et overordnet bud på et samlet sæt af informationsretlige grundsætninger.

KAPITEL 2

Information og informationsret

1. Indledning

En tese om en horisontal informationsret forudsætter en afgrænsning af, hvad det i dansk ret forholdsvis ukendte begreb "informationsret" dækker. Afgrænsningen af en informationsret forudsætter en fastlæggelse af informationsbegrebet. I det følgende skal disse to begreber derfor nærmere afgrænses. Med disse afgrænsninger fastlægges rammen for en horisontal informationsret. I tilknytning til behandlingen af selve informationsbegrebet knyttes nogle bemærkninger til nogle af de egenskaber ved information, der har relevans for de efterfølgende retlige analyser.

2. Information

2.1. Informationsbegrebet

Der findes en betydelig litteratur om informationsbegrebet og med sin centrale placering i samfundet, er det ikke overraskende, at begrebet behandles inden for en lang række forskellige fagdiscipliner.

Selvstændige informationsteorier eksisterer bl.a. inden for matematikken, datalogien, fysikken, biologien, filosofien, sprogvidenskaben og økonomien, jf. nærmere *Emmeche m.fl.* i *Lund* (hovedredaktør), Den Store Danske Encyklopædi, bind 9, s. 376 ff.

Der findes næsten lige så mange definitioner af informationsbegrebet, som der findes afhandlinger om emnet. På trods af forskelle i definitionerne rummer hovedparten af dem en fælles kerne. I den mest udbredte forståelse af informationsbegrebet udgør information således en *bearbejdning eller fortolkning af data*. Denne begrebsanvendelse forudsætter en definition af begrebet "data". Selvom der også findes mange forskellige definitioner her-

af, er det et gennemgående træk, at data karakteriseres ved at indeholde *kendsgerninger*. I IT-lex, 2001, opstilles to definitioner af "data" (s. 134) og "information" (s. 293), som formentlig ganske godt dækker disse forståelser af begreberne:

> "*Data:* Ordet er flertalsformen af latin datum: kendsgerning, oplysning, og betegner ufortolkede kendsgerninger, repræsenteret ved tal, bogstaver eller symboler. Data kan bearbejdes manuelt (af mennesker) eller maskinelt (af en computer). Når data har været bearbejdet og tolkes, ændres data til information".

> "*Information:* Information betyder oplysning, underretning, og kommer fra latin informare, danne, uddanne. Dets betydning inden for edb blandes ofte samme med ordet data, som betyder opgivelse, kendsgerning, idet det kan være svært at definere en præcis afgrænsning af disse to begreber. Når data har været bearbejdet og tolket manuelt (af mennesker) eller maskinelt (af en computer), ændres data til information. Information er således det betydningsindhold, som tillægges et givet sæt af data. Den proces, som omformer data til information, omfatter ofte databehandling, og den er grundstenen i hele den informationsteknologiske udvikling".

Disse to definitioner rummer kernen i den forståelse af begreberne, der lægges til grund her i afhandlingen. På to punkter er definitionerne dog for snævre.

Definitionen af databegrebet rummer en problemstilling af generel karakter. Afgrænsningen af databegrebets indhold til "kendsgerninger" peger i retning af, hvad der nedenfor benævnes operationel information, det vil sige information af faktisk karakter, som skaber viden og erkendelse. Heroverfor står emotionel information, der skaber følelser og sindstilstande. Emotionel information udgøres f.eks. af film, musik og skønlitteratur.

Begreberne er nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 2.3.1.

En almindelig sproglig forståelse af begrebet kendsgerninger levner dårlig plads til emotionel information. Det forekommer anstrengt at betegne et stykke musik eller et digt som "kendsgerninger". Da musik, skønlitteratur mv. utvivlsomt har karakter af information som begrebet almindeligvis forstås, og som det også skal anvendes her i afhandlingen, må datadefinitionen formuleres så bredt, at den også kan omfatte den emotionelle information.

En bred forståelse af databegrebet kan tage udgangspunkt i, at alle data kan behandles i den menneskelige hjerne. Dette aspekt er fremhævet af en række informationsteoretikere ved begrebsfastlæggelsen. Sprogteoretikere har betegnet information som de impulser, der opstår i den menneskelige

hjerne, når data opfanges, se hertil f.eks. *Rommetveit*, Språk, tanke og kommunikasjon, 1972, s. 31 ff. Også matematisk informationsteori har peget på dette aspekt. *Weaver* beskriver således kommunikation "in a very broad sense" som omfattende "all of the procedures by which one mind may affect another", se *Weaver*, Recent contributions to the mathematical theory in communication, i *Shannon & Weaver*, The mathematical theory of communication, 1949, s. 3 og omtalen hos *Bryde Andersen*, Edb & Ansvar, 1988, s. 268.

Data vil her i afhandlingen blive forstået i denne kontekst og omfatte ethvert fænomen, der kan erkendes og bearbejdes i den menneskelige hjerne. Med denne begrebsanvendelse er det karakteristisk, at data potentielt fører til et øget oplysningsniveau i form af ny viden, øget erkendelse af et givent fænomen mv. (operationel information) eller til ændringer i sindstilstande (emotionel information). Det er således centralt i begrebsfastlæggelsen, at data potentielt fører til ændringer/udvirker forskelle. Dette aspekt er allerede inddraget hos Shannon & Weaver, når de taler om påvirkning af hjernen. I ordet "påvirkning" ligger forudsat evnen til at forandre. Tanken om, at forandringsprocessen står centralt i karakteristikken af informationsbegrebet, kan også genfindes hos informationsteoretikere, der ikke inddrager den neurale påvirkning i begrebsfastlæggelsen. Se f.eks *Mock*, On The Centrality of Information Law: A Rational Choice Discussion of Information Law and Transparency, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, volume XVII, 1999, number 4, s. 1075: "this article defines information as that processed data which bears a reasonable possibility of altering the world perception of someone receiving the data", *Gilson & Kraakman*, The Mechanisms of Market Efficiency, Virginia Law Review, 1984, s, 549 ff. (s. 561): "In the broadest sense, information is data that has the capacity to alter one's beliefs about the world …" (omtalt hos *Jesper Lau Hansen*, Informationsmisbrug, 2001, s. 5) og – endnu bredere – *Bateson*, Ånd og natur, 1991, s. 61 f.: "enhver forskel der gør en forskel", (omtalt hos *Sofsrud*, Bestyrelsens beslutning og ansvar, 1999, s. 46 f.).

Forudsætningen om, at data kan erkendes af den menneskelige hjerne, afskærer ikke de data, der behandles af computere, fra at være omfattet af begrebet. Al data, der behandles af en computer, kan teoretisk undergives tilsvarende behandling i den menneskelige hjerne og vil derfor være omfattet af definitionen. Forskellen består i den hastighed, hvormed behandlingen sker.

Med fastlæggelsen af databegrebet bliver det også muligt at definere information. Med information forstås her i afhandlingen det resultat, som fore-

ligger efter en bearbejdning/fortolkning af data. Dette kan også udtrykkes som det meningsindhold, der fremstår for den, der tolker de pågældende data, uanset om meningsindholdet er operationelt eller emotionelt.

Begreberne data og information er behandlet i en række juridiske fremstillinger, hvor begreberne typisk fastlægges i overensstemmelse med den centrale kerne, som er beskrevet ovenfor, men sjældent med eksplicitte overvejelser om behovet for at rumme både operationel og emotionel information. Fra den nordiske juridiske litteratur kan nævnes *Bing*, Rettslige kommunikasjonsprosesser, 1982, s. 66 ff., *Bing m.fl.*, Complex 1987/12, s. 6 ff., *Bryde Andersen*, Edb & ansvar, 1989, s. 283 ff. og IT-retten, 2005 s. 108, *Blume*, Fra tale til data, 1989, s. 30 f., *Bender*, Edb-rettigheder, 1998, s 36 ff., *Silvander*, Dator- och datarelaterede förmögenhetsbrott utom borgenärsbrotten, 1998, s. 44 ff., *Sofsrud*, Bestyrelsesansvar, 1999, s. 46 f., *Jesper Lau Hansen*, Informationsmisbrug, 2001, s. 5 f., *Frost*, Informationsydelsen, 2002, s. 30 ff., *Seipel*, Juridik och IT, 2004, s. 30 ff.

For en oversigt over litteratur uden for det juridiske univers om informationsteori og informationsbegrebet se f.eks. *Frost*, a.st., s. 33.

2.2. Informations særlige karakteristika

Det er centralt for tesen om en horisontal informationsret, at information besidder nogle grundlæggende karakteristika på det faktiske plan, som også får betydning for den retlige regulering.

(i) Medieafhængighed. For det første er information karakteriseret ved altid at være knyttet til et medium. Dette er åbenbart for den information, der er båret af et fysisk medium (ord på papiret, lyd på en CD) men også andre former for information bæres af et medium. Det talte ord bæres af lydbølger og den ikke-udtalte idé af impulser i hjernen. Denne medieafhængighed bevirker, at information altid optræder i en kombination af noget materielt (mediet) og noget immaterielt (informationen). Sondringen er central for den retlige regulering. Mediet kan uden videre placeres inden for de regler, som regulerer fysiske genstande, mens det ofte er vanskeligt at afklare, hvordan disse regler skal tilpasses informationsfaktummet. Mens tyveri af et fysisk medium eksempelvis utvivlsomt er undergivet straffelovens almindelige bestemmelser om tyveri, har det været et vanskeligere spørgsmål, om ulovlig tilegnelse af information også skulle behandles efter tilsvarende regler.

Om denne problemstilling se f.eks. *Bryde Andersen*, IT-retten, 2005, s. 736 ff.

Også karakteren af det fysiske medium kan give anledning til vanskelige grænsedragninger af retlig art. Gennem en række EU-direktiver er eksem-

pelvis indført en retstilstand, hvorefter den ophavsretlige spredningsret kun konsumeres for værker, der sælges eller på anden måde overdrages på et fysisk medium. Spredningsretten konsumeres derfor ikke for værker, der downloades fra internettet. Dette giver anledning til vanskelige, og til dels uhensigtsmæssige grænsedragninger, f.eks. ved overdragelse af softwarelicenser. Se også herom kapitel 8.

(ii) Information er ikke underlagt knaphedens lov. Information indgår i en kommunikationsproces, der bevirker, at information kopieres. Denne proces kan principielt gentages i det uendelige, og information kan derfor overdrages i det uendelige. Sammenholdt med, at omkostningerne til kopieringen typisk er minimale set i relation til informationens værdi, bevirker dette, at information ikke er underlagt knaphedens lov. Denne egenskab ved information, der er blevet særlig udtalt med udbredelsen af den digitale teknologi, har sat hele det ophavsretlige system under pres, fordi mulighederne for ulovlig kopiering er betydelige. Den omfattende privatkopiering har foranlediget rettighedshaverne til at indsætte tekniske beskyttelsesforanstaltninger i værkerne, som igen har ført til indskrænkninger i de lovlige brugeres udnyttelsesmuligheder. Om lovligheden af sådanne indskrænkninger har der bl.a. været ført sager i Frankrig og Belgien.

Den franske dom er beskrevet hos *Ngombe*, Technical Measures of Protection versus Copy for Private Use: Is the French Saga Over, EIPR, 2007, s. 61 ff. Debatten om forholdet mellem retlig og teknisk beskyttelse, og det heraf ændrede styrkeforhold mellem rettighedshavere og brugere, tog for alvor fart med *Lawrence Lessigs* bog Code and other laws of cyberspace fra 1999. Se også *Riis & Schovsbo*, Users' Rights: Reconstructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds, EIPR, 2007, s. 1 ff.

Egenskaben har også betydning for den informationsretlige erstatningsberegning. Når rettighedshaveren ikke mister informationen ved en ulovlig kopiering, kan det være vanskeligt at dokumentere et tab.

Om den erstatningsretlige opgørelse ved immaterialretskrænkelser se *Riis*, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, 2005 og *Niels M. Andersen m.fl.*, Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, 2006, s. 419 ff. og nedenfor kapitel 9.7.

(iii) Information kan vanskeligt tilbagegives. Som en konsekvens af, at information overdrages ved kopiering, kan det være vanskeligt at tilbagegive information, der har sluppet det medium, den har været forankret i. Tilbagegivelsen vil også have karakter af en overdragelse og vil derfor blot medføre, at informationen kopieres yderligere en gang. I et tilfælde, hvor en informationsoverdragelse skal gå tilbage, f.eks. fordi en aftale opsiges eller

hæves, er det derfor nødvendigt for overdrageren at afskære erhververens adgang til informationen ved at få destrueret eller tilbageleveret alle medier, som informationen er lagret på. Ikke mindst henset til den lethed, hvormed information kan kopieres, kan det give vanskelige håndhævelsesproblemer at sikre dette. Er der tale om information af en karakter, som kan huskes og dermed lagres i hjernen, er det ikke praktisk muligt at afskære erhververen adgang til informationen (uden at forøve legemesangreb). Hermed bliver tilbagelevering af ydelsen i realiteten umulig.

(iv) Information forudsætter et fælles sprog. Som allerede beskrevet i afsnit 2.1 er information fortolkning af data. Denne fortolkning forudsætter et fælles sprog hos de kommunikerende parter. Ethvert sprog er karakteriseret ved at bestå af et antal ord, en syntaks (regler for brug af forskellige ordkombinationer) og en semantik (regler for betydningsindholdet af de enkelte ord), jf. *Bryde Andersen*, IT-retten, 2005, s. 113 f. Sproget kan antage mange former og omfatter alt fra de programmeringssprog, computere benytter, til det talte sprog (som igen kan inddeles i nationalsprog, dialekter mv.), tegnsprog, morsealfabetet mv. Vælger afsenderen et forkert sprog, bliver informationen ikke tilgængelig for modtageren. Dette kan f.eks. få retlige konsekvenser, hvis den manglende adgang til informationen medfører økonomisk tab (manglende adgang til aktiekurser e.lign.). Sendes et elektronisk dokument i et format, som modtagerens computer ikke kan læse, må det overvejes, om dokumentet da er kommet frem til modtageren i retlig forstand. Dette kan have betydning aftaleretligt men f.eks. også ved fremsendelse af et processuelt dokument til en domstol.

2.3. Informationstyper

Informationsbegrebets bredde gør, at information kan opdeles på mange forskellige måder. Det er dog langt fra dem alle, der vil have retlig relevans, og den retlige relevans vil under alle omstændigheder bero på, hvilke juridiske spørgsmål, der behandles. Det er derfor også sædvanligt, at juridiske afhandlinger af informationsretlig natur strukturerer informationsbegrebet med udgangspunkt i de juridiske spørgsmål, der skal behandles, således også *Frost*, Informationsydelsen, 2002, s. 32. De ovenfor angivne juridiske afhandlinger, der foretager en afgrænsning af informationsbegrebet, synes alle at gøre det med udgangspunkt i de efterfølgende juridiske analyser.

I det følgende præsenteres to sondringer, der på forskellig vis har betydning for de retlige analyser. Andre sondringer af mindre grundlæggende karakter anvendes, hvor relevant undervejs i afhandlingen.

2.3.1. Operationel og emotionel information

Sondringen mellem operationel og emotionel information opstilles af *Bryde Andersen*, Fragmenter af en informationsretlig grundregulering, i *Bryde Andersen m.fl. (red.)*, Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 10, hvor begreberne præsenteres således: "I en bred karakteristik gælder, at kvaliteten af – eller faren ved – en overdragen (afgiven) informationsmængde skyldes mindst en af to funktioner. Den ene er informationers evne til at fungere som *beslutningsgrundlag* for menneskelige valg hos modtageren (som jeg i det følgende vil kalde den *operationelle funktion*). Den anden er evnen til at frembringe følelser hos modtageren (den *emotionelle funktion*)" (fremhævet i original).

Information kan antage karakter af både operationel og emotionel information inden for de enkelte informationsretlige discipliner. Et ophavsretligt faglitterært værk vil primært rumme operationel information, mens et musikværk vil antage karakter af emotionel information. Personoplysninger vil ofte udgøre beslutningsgrundlaget for et valg, men vil også kunne fremkalde følelser, særligt hvor oplysningerne har en udpræget positiv eller negativ karakter. Varemærker rummer information om varens oprindelse og kvalitet, der medvirker til forbrugerens beslutning om at købe varen, men et godt varemærke giver også positive associationer og appellerer herved til forbrugernes følelser (varemærker, der besidder denne emotionelle egenskab, betegnes ofte som *brands*).

2.3.2. Informationens medieafhængighed

Som anført ovenfor er det karakteristisk ved information, at den altid er knyttet til et medium. Den tæthed, hvormed informationen er knyttet til sit medium, varierer meget og kan have væsentlig betydning for bl.a. den retlige regulering. Ved en kategorisering af informationens medieafhængighed kan først sondres mellem det, der benævnes henholdsvis *integreret information* og *fleksibel information*, se *Frost*, Informationsydelsen, 2002, s. 34 og *Bryde Andersen*, IT-retten, 2005, s. 116 f.

Mens begrebet integreret information tillægges samme indhold af de ovennævnte forfattere og her, anvendes begrebet fleksibel information i en lidt anden betydning her end i de to ovennævnte tekster, som heller ikke afgrænser begrebet identisk.

Som det allerede er fremgået ved fastlæggelsen af informationsbegrebet, rummer næsten alle fysiske genstande information. Et dørhåndtag rummer med sin udformning information om dets funktionalitet (forudsat at brugeren har et forudgående kendskab til dørhåndtag – eller i informationstermi-

nologien: at brugeren har kendskab til det relevante sprog). Dørhåndtaget er et eksempel på information, der er integreret i mediet, og som ikke lader sig adskille fra mediet. Selvom informationen således er en del af mediet, vil informationen sjældent spille en selvstændig retlig betydning ved overdragelse af medier, der rummer integreret information. Overdragelse eller brug af et dørhåndtag vil næppe give anledning til selvstændige informationsretlige problemstillinger, tilsvarende *Frost*, a.st.

Fokus retter sig derfor mod den fleksible information. Som navnet antyder, består der en fleksibilitet mellem information og medium, der tillader informationen at springe fra et medium til et andet. Dette gælder eksempelvis for al information, der manifesteres i tekst, lyd og billeder. Informationens fleksibilitet er bl.a. hovedårsagen til de ophavsretlige udfordringer, der er beskrevet ovenfor.

Inden for kategorien af fleksibel information består en væsentlig sondring mellem information, der behøver et fysisk medium, og information der kan lagres og overdrages uden et fysisk medium. Som nævnt ovenfor behøver al information et medium, men for nogle typer af information kan lagringen ske i den menneskelige hjerne og overførsel ske gennem lydbølger (det talte ord) eller lyspartikler (i form af fagter og kropsprog). Hermed optræder informationen ikke i et fysisk medium og kan derfor lagres helt uafhængigt af mediets karakter. Billeder vil i praksis ikke kunne overføres uden et fysisk medium. Det samme vil i det væsentlige gælde for lyd. Enkelte lyde kan vel lagres i hjernen og gengives umiddelbart, men bliver lyden blot en smule mere kompleks, vil det ikke være muligt. Den medieuafhængige information vil derfor navnlig kunne bestå af oplysninger, der kan overføres ved tale eller tekst (i hvilket tilfælde der dog ikke vil være tale om medieuafhængig information). For at informationen er medieuafhængig må forudsættes, at informationsmængden har et begrænset omfang. I modsat fald vil det ikke være muligt at huske og videregive informationen. Medieuafhængig information består derfor af mindre mængder information, der typisk kan overdrages ved tale eller skrift.

Sammenlign tilsvarende beskrivelsen hos *Bryde Andersen*: "Til denne gruppe hører generelle idégrundlag, slogans, forretningskoncepter, der på få sider kan nedfældes på papir, hvorfra det kan kopieres, men som også umiddelbart kan videregives mundtligt eller på anden måde, når de er sagt eller skrevet.", IT-retten, a.st.

Det er karakteristisk for den medieuafhængige information, at den ikke kan gives tilbage. En forretningspartner, der har overdraget en erhvervshemmelighed, kan ikke få den tilbage, selvom modydelsen ikke præsteres. Dette

betyder, at den retlige regulering ikke kan relateres til overdragelse og tilbagegivelse af informationen, men i stedet må regulere muligheden for at *udnytte* informationen, jf. om dette begreb straks nedenfor.

I nogle situationer vil informationen få virkning samtidig med, at den spredes. En æreskrænkelse stiller den omtalte person i et dårligt lys i det øjeblik, at informationen spredes til modtageren. Her vil eksempelvis et forbud mod efterfølgende udnyttelse af informationen derfor ikke være tilstrækkeligt. I stedet må reguleringen søge at afbøde virkningerne af informationen, f.eks. gennem krav om berigtigelse, som det kendes fra medieansvarsloven (§ 34 om god presseskik sammenholdt med det vejledende regelsæt om god presseskik) og persondataloven (§ 37). Er det ikke praktisk muligt at afbøde virkningerne, står kun tilbage at kompensere den forurettede økonomisk gennem erstatning og eventuelt en tortgodtgørelse.

2.4. Informationshandlinger

Information kan behandles på forskellig vis. De forskellige typer af behandlinger rummer store forskelle, som også har retlig betydning. Når der tales om "behandling" eller "brug" af information, dækker udtrykket i realiteten over en lang række forskellige informationshandlinger. Som det vil fremgå flere steder i afhandlingen, er den retlige regulering sig ikke altid dette bevidst. I overensstemmelse hermed er det nødvendigt at identificere de forskellige former for informationshandlinger. Den nedenstående opregning søger at dække alle de typer af behandlinger, man kan udsætte information for. Det er altid vanskeligt at opstille udtømmende opregninger. Skulle der bestå informationshandlinger, der ikke kan placeres i den nedenstående kategorisering, kan det dog konstateres, at disse ikke har haft relevans for de regelsæt, der behandles i afhandlingen.

2.4.1. Informationshandlinger – en oversigt

Skabelse

I et kronologisk lys består den første informationshandling i selve skabelsen af informationen. Skabelsen er selvsagt en forudsætning for, at det bliver relevant at regulere de efterfølgende informationshandlinger, men informationsskabelsen er ikke i væsentligt omfang genstand for selvstændig retlig regulering. Skabelsen har en indirekte ophavsretlig relevans, da ophavsretten indtræder med skabelsen af værket i modsætning til f.eks. patentretten, der kræver patentansøgning (og dermed tilgængeliggørelse af informationen) og varemærkeretten, der tilsvarende kræver ansøgning eller ibrugtag-

ning. Enkelte regler rummer en pligt til at skabe information. Efter navneloven har forældre pligt til at navngive deres barn senest seks måneder efter fødslen, jf. §§ 1 og 12. Dansk ret indeholder så vidt ses ingen regler, der forbyder skabelsen af bestemte former for information.

Opbevaring
Dernæst kan information opbevares. Medmindre informationen huskes og dermed opbevares i hjernen, forudsætter informationsopbevaringen en opbevaring af et fysisk medium, som informationen er lagret på. Opbevaringen af information må dog logisk holdes adskilt fra opbevaringen af mediet. I en informationsretlig sammenhæng er det opbevaring af selve informationen, der påkalder sig den primære interesse. Heller ikke informationsopbevaringen, er den informationshandling, der har størst juridisk betydning. Ikke desto mindre er der en række regler, som regulerer opbevaringen af information enten i form af opbevaringspligt eller opbevaringsforbud. Efter bogføringsloven skal regnskabsmateriale eksempelvis opbevares i 5 år (§ 10). Efter strfl. § 235, stk. 2, er det strafbart at besidde børnepornografisk billedmateriale. Ohl. § 75b forbyder bl.a. kommerciel besiddelse af tekniske midler til omgåelse af kopispærringer.

Bearbejdning
Information kan bearbejdes enten gennem en ændring af informationen, ved at sammenstille informationen med anden information (dvs. gør den til en del af en større informationshelhed) eller ved at opdele informationen. Bearbejdning omfatter således, hvad der også med en terminologi fra fysikkens verden og selskabsretten kan beskrives som omdannelse, fusion og spaltning.

Lovgivningen indeholder en række regler om pligt til at ændre information, når denne er ukorrekt. Den dataansvarlige efter persondataloven har eksempelvis en pligt til at korrigere ukorrekte personoplysninger, jf. § 5, stk. 4. Efter cpr-loven skal kommunalbestyrelsen under visse betingelser ændre folkeregisteradresse for kommunens borgere, når den registrerede adresse ikke længere er korrekt, jf. § 11. Der består også regler om forbud mod ændringer. Ohl. § 3, stk. 2, indeholder et forbud mod ændringer af et ophavsretligt beskyttet værk, der kan virke krænkende for ophavsmandens kunstneriske eller litterære anseelse eller egenart.

Kopiering
Muligheden for mangfoldiggørelse gennem kopiering er et centralt kendetegn ved information. Som allerede beskrevet kan kopiering enten ske ved overførsel til den menneskelige hjerne eller ved lagring på et fysisk medium. Kopiering af information vil ofte ske med henblik på en efterfølgende overdragelse af informationen, og derfor vil kopiering kunne anses for en potentiel trussel mod de enerettigheder til information, som loven tildeler forskellige typer af rettighedshavere. Når loven tildeler enerettigheder til information, indeholder disse rettigheder derfor som regel også en eneret til kopiering. Dette er særligt udtalt i ophavsretten, hvor retten til kopiering (der i ophavsrettens terminologi benævnes eksemplarfremstilling) udgør den ene af de to økonomiske enerettigheder (retten til tilgængeliggørelse er den anden), og således er central i hele den ophavsretlige struktur. Som det vil være fremgået, udgør kopiering en af de informationshandlinger, der har størst retlig relevans.

Sletning
Sletning af information udgør modsætningen til kopiering af information. Hvor kopiering øger den samlede informationsmængde i et givent system, reducerer sletning informationsmængden (forstået kvantitativt. Slettes der ukorrekt eller unødvendig information, kan sletningen medføre informationsforøgelse i kvalitativ henseende). Sletning kan enten ske ved en bearbejdning af det fysiske medium, hvor informationen er lagret (blyantstregen viskes ud, harddisken formateres, et maleri overmales osv.) eller ved en destruktion af mediet (papiret brændes). Er informationen lagret i den menneskelige hjerne, vil sletning ske ved, at personen enten glemmer informationen eller dør.

Der findes kun et begrænset antal regler om sletning af information, se f.eks. pdl. § 37 om berigtigelse, sletning eller blokering af urigtige eller uretmæssige personoplysninger. Såfremt der består et forbud mod overdragelse af information, jf. herom straks nedenfor, indebærer dette forbud indirekte en pligt til at slette information, når det fysiske lagringsmedium overdrages.

Overdragelse
Informationsoverdragelse indebærer, at informationsindehaveren giver en anden person (modtageren) adgang til informationen. Dette kan ske ved en individuel kommunikation mellem parterne, hvor afgiveren overdrager informationen enten gennem tale eller handling (f.eks. afspilning af livemu-

sik), ved en overdragelse af et fysisk medium, hvor informationen er lagret, eller ved overdragelse gennem et digitalt netværk, hvor informationen overføres til og lagres på modtagerens eget fysiske medium. Det praktisk væsentligste eksempel herpå er downloads fra internettet. Endvidere kan overdragelsen tage form af en masseoverdragelse, hvor informationen tilgængeliggøres gennem et massemedium med et stort antal modtagere uden direkte relation til overdrageren (f.eks. radio, tv, aviser og hjemmesider på internettet).

Begrebet *spredning* anvendes hyppigt om den informationshandling, der her benævnes overdragelse. Spredningsbegrebet vil her blive anvendt i en mere snæver forstand, som den overdragelse, hvor informationsindehaveren aktivt videresprede information. Dette benævnes i informationsterminologien for *push*, fordi informationen "skubbes" ud til modtageren. I modsætning hertil står *pull*, hvor modtageren selv skal "trække" informationen hjem til sig, f.eks. fra en hjemmeside. Dette benævnes i afhandlingen for *tilrådighedsstillelse* af information. Begrebet overdragelse dækker således over spredning (push) og tilrådighedsstillelse (pull).

Der findes en lang række regler, der regulerer ret og pligt til at overdrage information. Reglerne om ytringsfrihed, grl. § 77 og emrk. art. 10, er et praktisk væsentligt eksempel på regler, der giver ret til informationsoverdragelse. Ophavsretsloven indeholder en særskilt regulering om eneret til at tilgængeliggøre information i form af ophavsretligt beskyttede værker. Eneretten fungerer som et *forbud* mod overdragelse for andre end ophavsmanden. Lovgivningen indeholder også en række regler, der pålægger adressaten en *pligt* til at tilgængeliggøre information, jf. nærmere afsnit 3.2.1 om regler om informationspligt.

Utilgængeliggørelse

Mens overdragelse af information giver adgang til information, hindrer utilgængeliggørelse adgang til information. Overdragelse/utilgængeliggørelse udgør dermed et begrebspar inden for informationshandlingslæren på samme måde som kopiering/sletning gør det. Utilgængeliggørelse sikres ved at hindre adgang til det medium, som informationen er lagret på. Hvis en hjemmeside kobles af internettet, gøres hjemmesidens informationsindhold utilgængeligt for internettets brugere. Informationen vil herefter kun være tilgængelig for personer, der har en direkte adgang til den computer, hvor hjemmesiden og dens informationer er lagret. Slettes informationen fra denne computer, er der i afhandlingens terminologi ikke tale om utilgængeliggørelse men om sletning, jf. ovenfor om dette begreb. Lukning af et mu-

seum er et andet eksempel på utilgængeliggørelse af information, der hindrer den informationsoverdragelse, der finder sted, når museets gæster betragter de udstillede værker.

Lovgivningen indeholder ikke mange regler, der specifikt regulerer utilgængeliggørelse af information. Et eksempel er den allerede nævnte bestemmelse i pdl. § 37 om berigtigelse, sletning eller *blokering* af urigtige eller uretmæssige personoplysninger. Se ligeledes lovens § 41, stk. 3, der bl.a. foreskriver, at den dataansvarlige skal træffe de nødvendige sikkerhedsforanstaltninger mod, at personoplysninger kommer til uvedkommendes kendskab.

Erkendelse

Modtagerens erkendelse afslutter den proces, hvor data opfanges, bearbejdes og forstås i den menneskelige hjerne (eller af en computer). Eller med andre ord, den proces hvor data omdannes til information, jf. afsnit 2.1.

Det første led i processen, hvor data lagres i hjernen, forudsætter en fysisk handling, der overfører data fra mediet til hjernen. Teksten læses, musikken høres, duften opsnuses osv. Det andet led i processen, hvor disse data omdannes til et meningsindhold, forudsætter, at modtageren er i stand til at fortolke de lagrede data. Dette kræver kendskab til det sprog, som de pågældende data er udformet efter, jf. ovenfor. Har modtageren kendskab til sproget, vil han kunne tilegne sig informationen.

Erkendelse af information er et vanskeligt begreb at arbejde med i retlige sammenhænge, fordi det bevismæssigt er svært at dokumentere, hvorvidt en person har erkendt en informationsmængde. Det kan både være vanskeligt at dokumentere, hvorvidt en tekst eksempelvis er læst, og efter omstændighederne hvilket meningsindhold modtageren har fået ud af teksten. Dette er formentlig den væsentligste grund til, at der kun findes få lovregler, der specifikt regulerer informationserkendelsen. I stedet vil man ofte regulere adgangen til information og typisk forbyde overdragelsen. Det er væsentligt lettere at konstatere, hvornår modtageren har fået fysisk adgang til en informationsmængde, end hvornår modtageren har erkendt informationen. I nogle situationer er det dog vanskeligt, eller blevet anset for utilstrækkeligt, kun at regulere selve informationsadgangen, hvorfor en regulering af erkendelsen kan blive relevant. Efter strfl. § 263, stk. 1, nr. 1, er det eksempelvis strafbart uberettiget at "gøre sig bekendt" med indholdet af en lukket meddelelse. Bestemmelsen medfører, at det ikke kun er strafbart at åbne en lukket meddelelse, men også at læse meddelelsen, hvis den allerede er åbnet.

Det vil typisk ligge forudsætningsvis i regler om *informationspligt*, jf. herom afsnit 3.2.1, at informationen skal tilvejebringes på en sådan måde, at modtageren ikke kun får fysisk adgang til informationen men også har mulighed for at erkende informationen. Der kan derfor ikke anvendes et sprog, uanset om det er et naturligt sprog eller et formalsprog, som modtageren ikke med rimelighed må forventes at forstå. En tekstbehandlingsfil kan ikke sendes i et format, som ikke er sædvanligt anvendt. Efter Forbrugerombudsmandens praksis indebærer kravet om forsvarlig vejledning efter mfl. § 7, at brugervejledninger som udgangspunkt skal foreligge på dansk.

Blokering

Med blokering menes her en informationshandling, der (evt. midlertidigt) sætter modtageren ude af stand til at tilegne sig informationen. Hvor utilgængeliggørelse afskærer modtageren fra adgang til det fysiske medium, som informationen er lagret på, afskærer blokering på det logiske eller fysiske plan modtageren i at erkende informationsindholdet af datamængden. Dette sker ved at oversætte informationen til et sprog, som modtageren ikke er bekendt med, f.eks. ved at kryptere en tekst uden at udstyre modtageren med krypteringsnøglen.

De regler, som regulerer blokering, vil ofte være sammenfaldende med reglerne om utilgængeliggørelse. Det afgørende er, at handlingen afskærer en potentiel modtager adgangen til at tilegne sig informationen, uanset om dette sker ved at afskære modtageren adgang til det informationsbærende medium eller ved at kryptere indholdet. De ovennævnte regler i pdl. §§ 37, stk. 1, og 41, stk. 3, omfatter således også blokering.

Ifølge Datatilsynets vejledning nr. 37 af 2. april 2001 medfører PDL § 41, stk. 3, at fortrolige personoplysninger skal krypteres, når de sendes over internettet. Kritisk til denne fortolkning *Bryde Andersen* & *Udsen*, Krav om kryptering af e-mails med fortroligt indhold?, U.2005B.378 ff.

Udnyttelse

Når modtageren har tilegnet sig informationen, kan han udnytte den. Informationsudnyttelsen kan for det første bestå i at træffe operationelle valg på baggrund af informationen (en erhvervsdrivende bliver bekendt med en konkurrents hemmelige planer om at bringe et nyt produkt på markedet og fremskynder udviklingen af et konkurrerende produkt). Dette vil være effekten af at udnytte *operationel information*, jf. herom afsnit 2.3.1. Er der tale om *emotionel information*, består informationsudnyttelsen i at sanse informationen og gennem sansepåvirkningen skabe sindstilstande, f.eks. ved at lytte til musik eller se en film.

I princippet er der en klar adskillelse mellem tilegnelse og udnyttelse af operationel information. Når den erhvervsdrivende orienteres om konkurrentens hemmelige planer, kan han undlade at disponere efter denne viden og dermed undlade at udnytte informationen. Dette kan være relevant, hvis informationen er fremskaffet på uretmæssig vis og dermed omfattet af mfl. § 19, stk. 5, hvorefter erhvervsdrivende ikke må benytte en erhvervshemmelighed, der er fremskaffet i strid med reglerne i § 19.

I praksis kan det dog nok være vanskeligt ikke at lade sig påvirke af de informationer, man får kendskab til. De færreste vil eksempelvis påbegynde udvikling af et produkt med kendskab til, at konkurrenten havde et mere konkurrencedygtigt produkt klar til markedet.

I modsætning hertil er det ikke muligt at adskille tilegnelse og udnyttelse af emotionel information. Tilegnelse og udnyttelse i form af sansepåvirkning sker i en og samme proces. I en retlig sammenhæng må tilegnelse og udnyttelse derfor reguleres under ét.

Den retlige regulering af informationsudnyttelse knytter sig dog navnlig til den operationelle information. Som allerede nævnt forbyder eksempelvis mfl. § 19, stk. 5, benyttelse af erhvervshemmeligheder fremskaffet af tredjemand i strid med reglerne i § 19 (hæleribestemmelsen). Se eksempelvis ligeledes pl. § 3, stk. 1, der bl.a. forbyder anvendelse af produktpatenter og fremgangsmådepatenter.

2.4.2. Sammenfatning af oversigten

Nogle af de ovennævnte informationshandlinger har et vist samhørighedsforhold og kan derfor naturligt rubriceres sammen. Bearbejdning er en form for videreførelse af skabelsen, og disse handlinger har et vist slægtskab. Begge handlingerne påvirker indholdet af informationen. Opbevaringen af information er en "status quo-handling", som ikke i sig selv bidrager til den værdi, som informationsbehandlingen i øvrigt skaber, men som er en forudsætning for den øvrige behandling.

Kopiering, overdragelse og erkendelse har en systematisk sammenhæng. Disse handlinger skaber tilsammen, hvad der kan betegnes som et *informationsflow*, i det system, som informationen indgår i. Kopieringen muliggør en overdragelse, der igen muliggør en erkendelse af informationen. Jo mere information der kopieres, overdrages og erkendes, jo større vil informationsflowet være. Og omvendt vil sletning, utilgængeliggørelse og blokering af information mindske informationsflowet.

Kopiering, overdragelse og tilegnelse udgør de handlinger, som rummes af selve kommunikationsprocessen, jf. herom og om den matematiske kommunikationsteori, *Bryde Andersen*, Edb & ansvar, 1988, s. 265 ff. og IT-retten, 2005, s. 111 ff.

Tilbage står selve udnyttelsen af informationen med eller uden menneskelig medvirken, der systematisk adskiller sig fra de netop nævnte informationshandlinger ved ikke at indgå i selve kommunikationsprocessen. I realiteten er det alene selve informationsudnyttelsen, der har selvstændig betydning. De øvrige informationshandlinger kan betragtes som forberedelseshandlinger, der skal føre frem til informationsudnyttelsen. Det ville eksempelvis være uproblematisk, at en erhvervshemmelighed uretmæssigt blev overdraget til en konkurrent, hvis der var sikkerhed for, at konkurrenten ikke kunne eller ville udnytte informationen. De praktiske vanskeligheder forbundet med at sikre dette gør, at den retlige regulering ofte tager sigte på de øvrige typer af informationshandlinger.

De forskellige informationshandlinger og deres struktur kan herefter illustreres med nedenstående figur.

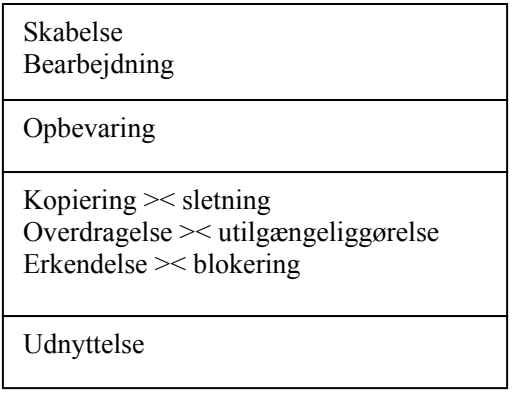


Illustration af de forskellige informationshandlinger og deres indbyrdes sammenhæng

2.4.3. Den retlige regulering af informationshandlinger

Ovenfor er angivet forskellige eksempler på retlig regulering af enkelte typer af informationshandlinger.

Overordnet kan man opdele reguleringen i den type af regler, der regulerer specifikke informationshandlinger, og den type, der på et mere generelt plan regulerer "brug" af information. Til den sidstnævnte hører f.eks. varemærkelovgivningen. Efter vml. § 4, stk. 1, får varemærkeindehaveren en eneret til at gøre "erhvervsmæssig brug" af varemærket. § 4, stk. 3, indehol-

der en opregning af, hvad der skal anses for erhvervsmæssig brug i lovens forstand, men opregningen er ikke udtømmende, og enhver informationshandling, der kan karakteriseres som erhvervsmæssig brug, vil derfor være omfattet af eneretten. Patentloven giver tilsvarende en bred eneret til erhvervsmæssig brug af den patenterede opfindelse, jf. pl. § 1, stk. 2.

Ophavsretsloven er et eksempel på et regelsæt, som i det væsentlige regulerer specifikke informationshandlinger. Loven tildeler eneret til eksemplarfremstilling og tilgængeliggørelse, jf. ohl. § 2. Også i ophavsretsloven kan dog findes enkelte eksempler på en regulering af den bredere og mere ubestemte brug af information. Efter ohl. § 12 er det således tilladt at foretage eksemplarfremstilling til "privat brug". Reglerne om ytringsfrihed i grl. § 77 og emrk. art. 10 er også eksempler på regelsæt, der hovedsageligt regulerer specifikke informationshandlinger (overdragelse).

Et eksempel på et regelsæt, der kombinerer de to modeller, er persondataloven, som indeholder regulering af specifikke informationshandlinger, jf. bl.a. eksemplerne ovenfor, men som også indeholder bredere bestemmelser om "behandling" af personoplysninger, se f.eks. den centrale bestemmelse i § 6, der regulerer, hvornår behandling af personoplysninger må finde sted. Behandling er i § 3, nr. 2, defineret som "enhver operation eller række af operationer med eller uden brug af elektronisk databehandling, som oplysninger gøres til genstand for". Definitionen er uddybet i lovbemærkningerne: "Omfattet af begrebet behandling er ikke blot – som efter den gældende lovgivning – registrering, opbevaring og videregivelse af oplysninger, men derimod enhver form for håndtering af oplysninger. Begrebet dækker således bl.a. over indsamling, registrering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, selektion, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden overladelse, sammenstilling eller samkøring samt blokering, sletning eller tilintetgørelse".

Som det ses af bemærkningerne regulerede de tidligere registerlove kun specifikke informationshandlinger (registrering, opbevaring og videregivelse).

Som allerede nævnt forekommer informationsreguleringen ikke altid med tilstrækkelig klarhed at sondre mellem de forskellige former for informationshandlinger, til trods for at en sådan sondring i nogle tilfælde vil have retlig relevans. Som det vil blive illustreret i afhandlingens 2. del, gælder dette særligt for nogle af de regler, der mere overordnet regulerer brug af information. Tanken om, at en sondring mellem forskellige former for in-

formationshandlinger kan have retlig relevans, benævnes i det følgende for *informationshandlingslæren*.

3. Informationsret

3.1. Begrebsafklaring

Begrebet "informationsret" anvendes i dansk ret vist nok første gang af *Frøbert* i hans 5-bindsværk Dansk informationsret fra 1975. I sin første udgave udgjordes de fem bind af Den grundlovshjemlede ytringsfrihed (bind 1), Ytringsfrihedens grænser (bind 2), Det presseretlige ansvarssystem (bind 3), Information om offentlige anliggender (bind 4) og Ophavsretten og fotografiretten (bind 5). Frøbert definerer informationsret som en juridisk disciplin, "der har til formål at analysere og give en systematisk fremstilling af de retsregler, som vedrører adgangen til at indsamle og viderebefordre oplysninger og meninger", Den grundlovshjemlede ytringsfrihed, 1975, s. V.

Begrebet er så vidt ses heller ikke efterfølgende søgt defineret og har i det hele taget ikke vundet udbredelse i dansk ret.

På Juridisk Institut ved Århus Universitet blev der gennem en årrække udbudt et fag ved navn Informationsret. Ifølge kursusbeskrivelsen (forår 2007) behandlede faget med særlig vægt på massemedierne retten til at indhente, modtage, afgive og videregive informationer, billeder og meninger. Med udgangspunkt i lærebogen Presseret af *Schaumburg-Müller*, Lærebog i immaterialret af *Koktvedgaard* og afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, Pressenævnet og de danske domstole gennemgås reglerne om ytringsfrihed, freds- og æreskrænkelser, retten til eget billede, blasfemi, raceforhånende udtalelser, persondatalovgivningen, særregler om pressens forhold (medieansvar, god presseskik mv.), ophavsretlig beskyttelse af tekst, lyd og billeder. Som det ses, lå kurset forholdsvis tæt op ad Frøberts afgrænsning af informationsretten. Kurset, der tilsyneladende ikke udbydes længere, udsprang vist nok også af Frøberts arbejde med 5-bindsværket.

Ikke desto mindre rummer informationsbegrebet nogle karakteristika, jf. herom ovenfor, der gør det nærliggende at opstille en nærmere afgrænset informationsret som også forsøgt af Frøbert. Tror man på, at der består nogle horisontale fællestræk mellem de discipliner, som regulerer forskellige aspekter af informationsanvendelsen, er definitionen en nødvendighed.

Med sin definition afgrænser Frøbert informationsretten til to typer af informationshandlinger (indsamling og viderebefordring). Taget for pålydende udelukker denne definition de retsregler, som regulerer andre former

for behandling af information, f.eks. kopiering af information. Dette har næppe været hensigten. Som det fremgår, behandler Frøbert bl.a. ophavsretten som en del af informationsretten, og netop kopiering af information står centralt i ophavsretten.

Når Frøbert ikke behandler de øvrige immaterialretsdiscipliner som en del af dansk informationsret, skyldes det muligvis hans snævre definition af informationsbegrebet som afgrænses til "oplysning eller underretning", jf. nærmere om begrebet ovenfor.

Tager man i stedet udgangspunkt i den informationshandlingslære, der er opstillet i afsnit 2.4, kan informationsret i bred forstand defineres som *en retsdisciplin, der indeholder de regler, som regulerer enhver form for informationshandling*.

Denne meget brede definition sikrer, at alle former for informationshandlinger omfattes, og at relevante handlinger ikke udelades som følge af en utilsigtet (for) snæver definitionsafgrænsning, jf. herved Frøberts definition. Omfattet vil f.eks. være regler om oplysningspligt (erhvervsdrivende til forbruger, borger til offentlige myndigheder, børsnoterede virksomheder til børser mv.), regler om adgang til offentlig information (både for borgere og mellem myndigheder), tavshedspligtsregler, ytringsfrihedsregler, privatlivsregler, persondatalovgivningen og immaterialretten.

Ulempen ved dette er, at disciplinen kommer til at indeholde et stort antal regler, som trods deres informationsretlige fællesskab vil være af meget forskellig karakter og struktur. Hermed er der en nærliggende risiko for, at det ikke vil være muligt at identificere de informationsretlige grundsætninger, som er afhandlingens omdrejningspunkt, selvom sådanne grundsætninger muligvis består for en mere afgrænset del af de informationsretlige discipliner. En horisontal analyse må forudsætte et vist niveau af strukturel lighed mellem disciplinerne, og det forekommer åbenbart, at der ikke består horisontal relevans mellem alle dele af informationsretten, hvis denne undergives den ovenstående brede definition, der er opstillet lige ovenfor. Det er derfor nødvendigt at identificere nogle grundlæggende sondringer i informationsretten, som kan fastlægge, hvilke dele af informationsretten der har de fornødne strukturelle lighedstræk og som derfor vil være omfattet af tesen om de informationsretlige grundsætninger.

I engelsk og tysk ret anvendes begreberne *information law* og *informationsrechts* ofte om de regler, der regulerer aspekter af informationsteknologien. Se f.eks. fra tysk ret *Sieber*, Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW, 1989, s. 2569 ff. (s. 2574): "Der Gegenstand des ´Informationsrechts´ (und entsprechend der des ´Rechts der

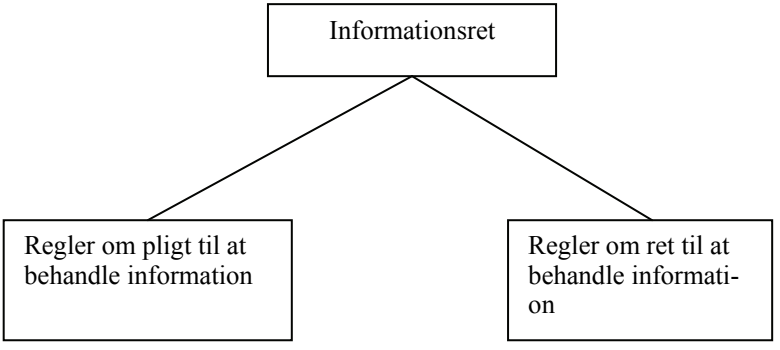
Informationstechnik´) kann damit – zunächst als weite Arbeitshypothese – umschrieben werden als die Summe der rechtlichen Normen, die sich mit der Information – vor allem unter dem Gesichtspunkt ihrer Verarbeitung durch moderne Informationstechniken – beschäftigen und die insb. die Zuordnung und Verteilung des Wirtschafts-, Kultur- und Verfassungsgutes Information sowie deren Gefährdungspotential betreffen". Hermed svarer begrebet til det, der i dansk ret benævnes it-ret.

Begreberne er dog også blevet brugt om de regler, der regulerer selve informationsbehandlingen og således i overensstemmelse med begrebet informationsret, som det er defineret her i afhandlingen. Se f.eks. *Dommering* i *Dommering & Hugenholtz* (red.), Protecting Works of Fact, 1991, s. 20: "The subject of study of information law can be defined as the study and the formulation of rules of law in respect of: a) the production and processing of information, b) the storage of information, c) the conversion, transfer and reproduction of information, d) the use, consultation and storage of information" og *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 2000, s. 23: "… die Summe aller Normen, die die Beziehungen der Individuen zu Information regeln …".

3.2. Systematisering af informationsretten

En første grundlæggende sondring i det informationsretlige univers er sondringen mellem regler, der pålægger en *pligt* til at behandle information, og reglerne som regulerer *retten* til at behandle information.

Denne sondring kan illustreres med følgende figur.



3.2.1. Regler om pligt til at behandle information

Regler om pligt til informationsbehandling findes mange steder i lovgivningen. Der findes talrige regler om borgernes pligt til at afgive forskellige former for information til offentlige myndigheder om eksempelvis skattepligtig indkomst, virksomhedsoplysninger, socialoplysninger mv. Omvendt har offentlige myndigheder også pligt til at informere borgerne i forskellige

sammenhænge. Forvaltningslovens § 7, stk. 1, pålægger forvaltningsmyndigheder en generel vejledningspligt. Inden for det privatretlige område findes regler om informationspligt f.eks. i forbrugeraftaleloven og e-handelsloven, der påbyder erhvervsdrivende at udstyre forbrugere med forskellige oplysninger. Børsnoterede virksomheders pligt til at informere om forhold af betydning for aktiekursen er et andet eksempel på en informationspligt i et privat forhold.

Om selskabsretlige og børsretlige regler om informationspligt, se *Jesper Lau Hansen*, Informationsmisbrug, 2001, s. 161 ff.

Reglerne om informationspligt er af en noget andet karakter end de øvrige informationsretlige regler. De varetager andre (og i sig selv ganske forskellige) formål og er baseret på andre hensyn. De grundlæggende principper og hensyn, der ligger bag de øvrige informationsretlige regler, jf. herom senere, har ikke betydning for reglerne om informationspligt. Af samme grund indgår reglerne om pligt til informationsbehandling ikke i afhandlingens horisontale analyser og vil derfor heller ikke blive systematiseret yderligere her.

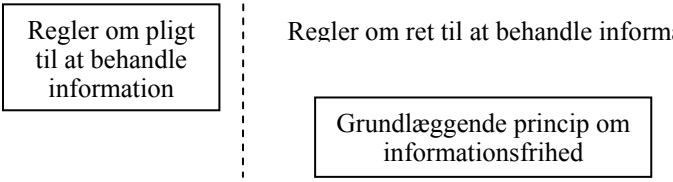
3.2.2. Regler om ret til at behandle information

De regelsæt, der regulerer retten til at behandle information, kan systematiseres i nogle yderligere grundlæggende opdelinger, der kan danne baggrund for de efterfølgende juridiske analyser. I det følgende "åbnes" kassen, der indeholder disse regler, jf. figuren ovenfor, og disse yderligere sondringer beskrives.

3.2.2.1. Det grundlæggende princip om informationsfrihed

Reglerne om ret til at behandle information tager udgangspunkt i et grundlæggende princip om informationsfrihed. I en liberalistisk retsstat har enhver ret til frit at sprede og i øvrigt behandle information. Princippet om informationsfrihed udgør første led i den regelstruktur, der udfolder sig, når man "åbner" kassen med reglerne om ret til at behandle information.

Illustrationen af informationsrettens struktur kan herefter illustreres med nedenstående figur (som nævnt, er det reglerne om ret til at behandle information, der er omdrejningspunktet for den følgende systematisering af informationsretten, og reglerne om informationspligt får dermed en sekundær placering, markeret med den stiplede linje).



3.2.2.2. Regler der indskrænker retten til frit at behandle information

Det næste lag i strukturen af reglerne om retten til at behandle information udgøres af de regler, der indskrænker princippet om informationsfrihed.

Inden for kategorien af regler, der begrænser informationsfriheden, består en grundlæggende sondring mellem regler, hvor et enkelt rettighedssubjekt har rådighed over informationen, og regler, hvor dette ikke er tilfældet. En lang række af de informationsretlige regler tildeler en fysisk eller juridisk person råderet over en bestemt informationsmængde. Med hjemmel i bestemmelsen kan rettighedssubjektet bestemme, om tredjeparter må foretage forskellige former for behandling af informationen. Denne type regler er således karakteriseret ved, at en part udstyres med en *forbudsret*, der medfører, at den pågældende får *eneret* til at udnytte informationen. Disse regler kan derfor både betegnes forbudsregler og eneretsregler. Ud fra en teoretisk betragtning forekommer det mest korrekt at betegne reglerne som forbudsregler, eftersom de ikke sikrer rettighedssubjektet nogen absolut ret til at udnytte informationen (et forbud kan f.eks. følge af offentligretlig regulering eller af andre parters rettigheder) men kun en absolut ret til at forbyde tredjeparter at udnytte informationen. Det er dette forhold *Koktvedgaard* sigter til, når han betegner immaterialrettighederne som "negative rettigheder".

Se *Koktvedgaard & Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 74: "*Enerets*-terminologien, der benyttes mange steder i immaterialretten, tilkendegiver, at patenthaveren er den eneste, der må udnytte opfindelsen, i den forstand at han – med de i loven anførte begrænsninger – kan forbyde alle andre at udnytte den. Retten kan derfor i sine praktiske aspekter beskrevet som en ´negativ´ ret. Nogen ´positiv´ benyttelsesadgang hjemles ikke i PTL, og det udstedte patent garanterer på ingen måde, at retten må udnyttes f.eks. i forhold til andre lovforskrifter eller andres rettigheder, herunder andres patentrettigheder …" (fremhævet i original). Se ligeledes *Koktvedgaard*, Immaterialretspositioner, 1965, s. 196 ff. med yderlige henvisninger til ældre nordisk teori om valget mellem begreberne "eneret" og "forbudsret". Se også *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 3, 2008, s. 25 f.

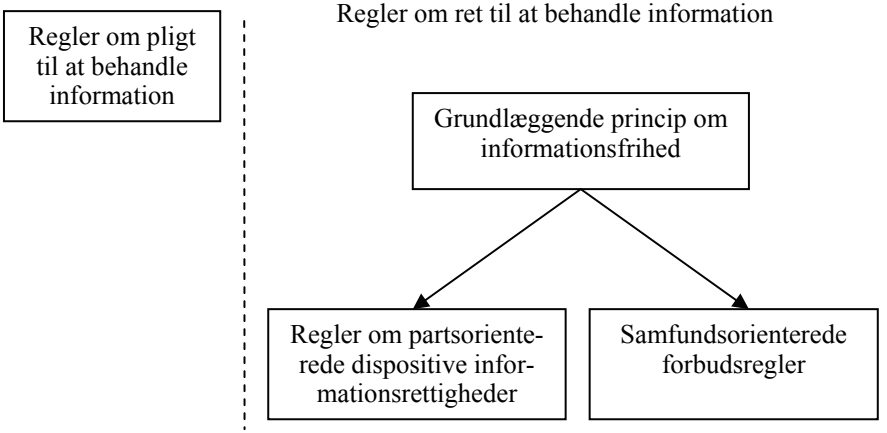
Forbudsterminologien har endvidere den fordel, at den ikke giver stærke associationer til immaterialretten. Ikke desto mindre er eneretsterminologien fast indarbejdet i de immaterialretlige discipliner og immaterialretslovene fastslår eksplicit, at rettighedshaveren tildeles en "eneret", se f.eks. ohl. § 2, stk. 1, pl. § 1 og vml. § 1. Dette taler for at opretholde eneretsterminologien. Hermed skabes dog nogle praktiske problemer i forhold til de andre discipliner, fordi eneretsterminologien vil skabe stærke associationer til immaterialrettighederne. Af samme grund vil eneretsterminologien være mindre velvalgt til beskrivelse af de ideelle rettigheder, der f.eks. tildeles i persondataretten og andre dele af personlighedsretten og i et vist omfang også til beskrivelsen af erhvervshemmelighedsbeskyttelsen. For disse discipliner, hvor beskyttelsen mod andres brug typisk står stærkere end retten til at overdrage informationen, vil forbudsterminologien være mest velegnet. I stedet anvendes i afhandlingen som fællesbegreb for begreberne eneret og forbudsret betegnelsen *informationsrettigheder*. *Med informationsrettigheder forstås herefter en parts ret til at forbyde en anden at foretage en nærmere defineret behandling af en given informationsmængde, hvorved parten får en eksklusiv ret til denne informationsbehandling under forudsætning af, at dette ikke strider mod andre regler eller tredjepartsrettigheder*. Reglerne om informationsrettigheder er karakteriseret ved, at en privat part har dispositionsretten over informationen og kan i overensstemmelse hermed betegnes *regler om partsorienterede dispositive informationsrettigheder*. Udtrykket er dog sprogligt tungt, og undervejs i afhandlingen vil de mere mundrette begreber "regler om informationsrettigheder" og "informationsrettighedsregler" derfor blive anvendt synonymt hermed.

Ved særskilt omtale af de enkelte immaterialretsregler vil eneretsbegrebet dog undervejs blive brugt synonymt med informationsrettighedsbegrebet, da eneretsterminologi som omtalt er stærkt indarbejdet i immaterialretten.

I modsætning til reglerne om partsorienterede dispositive informationsrettigheder, står de regler, der ikke efterlader parten med en mulighed for at disponere over informationen. Det karakteristiske ved disse regler er, at informationshandlingen enten anses for så voldsomt et overgreb, at der ikke bør kunne gives samtykke til den, eller at informationshandlingen har en bredere samfundsskadelig effekt, hvorfor ingen enkeltpersoner kan give et samtykke hertil. Sociale beskyttelseshensyn ligger som regel bag den første type af regler. Straffelovens regler om forbud mod optagelse, udbredelse og besiddelse af børnepornografi er et eksempel herpå. Den afbildede kan ikke med retsvirkning give samtykke til disse informationshandlinger og kan

dermed heller ikke disponere som rettighedshaver over informationen (billedet). Det følger dog af strfl. § 235, stk. 3, at den afbildede kan give samtykke til besiddelsen af billedet (men ikke til de øvrige informationshandlinger), hvis den afbildede er over 15 år. Et eksempel på den anden type af regler er den såkaldte racismeparagraf i strfl. § 266b om den, der offentligt eller med forsæt til udbredelse i en videre kreds fremsætter udtalelse eller anden meddelelse, ved hvilken en gruppe af personer trues, forhånes eller nedværdiges på grund af sin race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering. Der foreligger ikke noget enkeltstående rettighedssubjekt, som kan give afkald på den beskyttelse, der ligger i bestemmelsen**.** Tilsvarende gælder for børsrettens forbud mod videregivelse af ikke-offentliggjorte informationer, der kan påvirke kursdannelsen, jf. værdipapirhandelsloven § 36. Forbuddet skal sikre, at markedet disponerer på lige vilkår og på et korrekt oplyst grundlag, og der består derfor heller ikke her enkelte rettighedssubjekter, som kan samtykke til en fravigelse af forbuddet. I begge tilfælde får reglen karakter af en offentligretlig forbudsregel. Disse regler kan som et modstykke til de partsorienterede regler benævnes *samfundsorienterede forbudsregler*.

Med denne sondring ser illustrationen af informationsretten ud på følgende måde.



Der består ikke samme strukturelle lighedstræk mellem de enkelte samfundsorienterede forbudsregler som mellem reglerne om partsorienterede

dispositive informationsrettigheder. Forbuddet mod børnepornografi, racismeparagraffen og det børsretlige forbud mod viderespredning varetager vidt forskellige formål og beror på forskellige hensyn. Den homogenitet, der må antages at være en forudsætning for eksistensen af informationsretlige grundsætninger, er med andre ord ikke til stede, og afhandlingens teser kan derfor heller ikke udstrækkes til denne del af informationsretten.

Tilbage står herefter reglerne om de partsorienterede dispositive informationsrettigheder. Der består nogle væsentlige strukturelle lighedstræk mellem disse regler, og reglerne hviler som beskrevet i kapitel 4 i ikke uvæsentligt omfang på samme hensyn. Det er derfor disse regler, der analyseres i afhandlingens 2. del, og disse regler, der er omfattet af afhandlingens tese om de informationsretlige grundsætninger. Reglerne om informationsrettigheder rummer en række væsentlige informationsretlige regelsæt. Den følgende opregning tenderer ikke at være en udtømmende opregning af disse regler i dansk ret, men tilstræber dog at identificere de centrale regelsæt.

Omfattet er for det første de *immaterialretlige love* (ophavsretsloven, patentloven, varemærkeloven, brugsmodelloven, designloven, loven om halvlederes udformning og plantenyhedsloven), der alle udstyrer rettighedshaveren med en eneret til forskellige former for behandling af en given informationsmængde.

Også *erhvervshemmelighedsbeskyttelsen i mfl. § 19* falder inden for denne kategori. Indehaveren af erhvervshemmeligheden kan forbyde den, der har et tjeneste- eller samarbejdsforhold eller i øvrigt har adgang til virksomheden, at skaffe sig adgang til, videreformidle eller udnytte erhvervshemmeligheder. Erhvervsdrivende må endvidere ikke udnytte information som uretmæssigt er fremskaffet (af tredjepart) i strid med reglerne (hæleribestemmelsen). Disse informationshandlinger må derfor kun foretages med rettighedshaverens samtykke.

Persondatalovgivningen er ligeledes omfattet. Det teoretiske udgangspunkt efter persondataloven er, at personoplysninger kun må behandles med den registreredes samtykke. Selvom loven rummer en række undtagelser, der i praksis gør formålet med behandlingen afgørende, er udgangspunktet således, at den registrerede selv kan beslutte, om tredjeparter skal have lov til at behandle de pågældende personoplysninger.

Det har i den persondataretlige teori været et omdiskuteret spørgsmål, om personoplysninger skulle have karakter af en rettighed, som den registrerede selv disponerer over, eller om reguleringen skulle have karakter af offentligretlig påbud uden for den registreredes egen dispositionssfære. Med persondatadirektivet er udgangspunktet blevet det første. Samtykkekonstruktionen er central i den europæiske persondataregulering.

Visse andre regler, der også beskytter aspekter af personligheden, er ligeledes omfattet. Dette gælder f.eks. *retten til billede*, som er værnet ved almindelige retsgrundsætninger. Domstolene har således fastslået, at den enkelte selv har ret til at disponere over eget navn og billede og herunder også beslutte, om der skal ske en kommerciel udnyttelse.

Beskyttelsen gælder ikke kun eget billede men i bredere forstand alle personlighedstræk, der er karakteristik for den pågældende, herunder særligt navn, men også f.eks. en karakteristisk stemme. I det følgende samles denne beskyttelse under det ofte benyttede begreb "retten til eget billede".

Også det beslægtede *personlighedsværn i strfl. §§ 264a-d* er omfattet. Bestemmelsen i § 264a forbyder fotografering af personer, som befinder sig på ikke frit tilgængelige steder. Der er ligeledes forbud mod at skaffe sig eller uberettiget udnytte oplysninger, som er fremkommet med den ulovlige fotooptagelse, strfl. § 264c (hæleribestemmelsen). Bestemmelsen i § 264d forbyder uberettiget videregivelse af meddelelser eller billeder vedrørende en andens private forhold eller af billeder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden. Af kravet om, at optagelsen henholdsvis videregivelsen eller udnyttelsen skal være "uberettiget", følger, at disse informationshandlinger er lovlige, når den afbildede har givet sit samtykke til handlingen, jf. herved U.1989.726H, hvor Højesteret udtalte, at "Det følger af grundsætningen i straffelovens § 264 d, at videregivelse af meddelelser og billeder vedrørende en andens private forhold eller i øvrigt billeder af den pågældende under omstændigheder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden, som udgangspunkt kun er berettiget, når der foreligger samtykke fra den pågældende selv". Også disse regler rummer derfor et rettighedssubjekt, som kan beslutte, i hvilket omfang tredjeparter må udføre de nævnte handlinger.

Tilsvarende vil reglerne om *æreskrænkelser i strfl. § 267 ff.* være omfattet. Disse regler rummer ganske vist ikke et krav om, at udsagnet skal være "uberettiget", men der kan næppe være tvivl om, at forholdet ikke er strafbart, hvis den person, udtalelsen omhandler, har givet samtykke til den. Dette følger af den almindelige strafferetlige formodning, hvorefter det indebærer straffrihed, såfremt de beskyttelsesinteresser, der har været afgørende for kriminaliseringen, alene berører offeret. Der henvises herved til *Vagn Greve m.fl.*, Kommenteret straffelov, almindelig del, 2005, s. 150.

Straffelovens kap. 27 om freds- og æreskrænkelser rummer også en række andre informationsretlige regler, som for de flestes vedkommende ikke vil finde anvendelse, hvis

den person, som informationen omhandler, har givet sit samtykke til videresprednin mv. Dette gælder f.eks. §§ 263 og 263a om bl.a. brevhemmeligheden og computerhacking, hvorefter gerningsindholdet i lighed med §§ 264a-d kun realiseres, hvis handlingen er "uberettiget", hvad den bl.a. ikke er, hvis der foreligger samtykke.

Forskellige kategorier af personer, såsom sundhedspersonale, advokater og præster, er underlagt regler om *tavshedspligt*. Tavshedspligtregler har ligeledes karakter af partsorienterede dispositive informationsrettighedsregler. Den, der er underlagt tavshedspligten, må ikke videregive informationen, medmindre afgiveren samtykker. Tavshedspligtreglerne har dog en noget anden karakter end de øvrige partsorienterede dispositive informationsrettighedsregler, der typisk udstyrer rettighedshaveren med rettigheder, der kan gøres gældende overfor en bred og ubestemt personkreds. Retten efter tavshedspligtreglerne kan udelukkende gøres gældende mod den person, som informationen er overdraget til. Tavshedspligtreglerne udstyrer således ikke rettighedshaveren med en ret til at videreoverdrage informationen men forudsætter, at informationen allerede er overdraget til den, der underlægges indskrænkningerne. Tavshedspligtreglerne adskiller sig hermed grundlæggende fra de andre typer af partsorienterede dispositive informationsrettighedsregler og medtages ikke i de efterfølgende analyser.

3.2.2.3. Undtagelser til reglerne der indskrænker informationsfriheden

De ovenfor beskrevne regler om indskrænkning af den frie adgang til at behandle information er underlagt en række undtagelser, der kan rubriceres i tre typer af undtagelsesregler. For det første de regler, der specifikt undtager en given behandling fra indskrænkningsreglen. For det andet lovbestemte regler, der mere generelt giver ret til at behandle information. For det tredje generelle adfærdsregler, som ikke særskilt regulerer behandling af information, men som alligevel kan få betydning for omfanget af reglerne, der indskrænker retten til at behandle information.

a. Specifikke undtagelsesregler

Reglerne om indskrænkninger i informationsfriheden må nødvendigvis suppleres af undtagelsesregler. I en række situationer er der behov for, at offentlige myndigheder og private aktører kan behandle den pågældende information uden at være afhængig af et samtykke fra rettighedshaveren/den beskyttede part. Alle de regelsæt, der indeholder regler om informationsrettigheder, rummer derfor undtagelsesregler.

Systematisk hører disse regler til kategorien af regler, der sikrer retten til fri behandling af information, da de begrænser de eksklusive informations-

rettigheder. Strukturelt hører de dog tæt sammen med reglerne om informationsrettigheder, og en indskrænkning i informationsrettighederne kan både opnås ved et afgrænse selve omfanget af den pågældende informationsrettighed og ved at opstille en undtagelsesregel. Resultatet vil ofte i det væsentlige blive det samme. Af denne grund forekommer det rigtigt at rubricere undtagelsesreglerne som en selvstændig kategori af informationsretlige regler frem for at placere dem sammen med de regler, der positivt fastslår en ret til at behandle information.

Som eksempler på undtagelsesregler kan nævnes de regler om privat brug og konsumption, der nærmere behandles i detailanalyserne i afhandlingens anden del. Ofte samles undtagelsesreglerne i et særskilt afsnit af den pågældende lovgivning, se f.eks. ohl. kapitel 2.

b. Lovbestemte regler om ret til at behandle information

Dansk ret indeholder kun et begrænset antal regler, der positivt fastslår retten til at sprede eller i øvrigt behandle information. Som allerede anført ovenfor vil enhver (informations)handling være tilladt i et liberalistisk retssystem, medmindre andet fremgår af loven (princippet om informationsfrihed). Der er derfor sædvanligvis ikke behov for at skabe hjemmelsregler, der generelt fastslår retten til at behandle information. Lovgivningen indeholder dog enkelte regler, som udtrykkeligt angiver en sådan ret.

Væsentligst er reglerne om ytringsfrihed i grl. § 77 og emrk. art. 10. Når retten til at ytre sig er grundlovsfæstnet og udgør en central bestemmelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, skyldes det, at netop ytringsfriheden anses for et afgørende fundament for demokratiet.

Enkelte andre bestemmelser angiver også udtrykkeligt en ret til at behandle information. Dette gælder f.eks. reglerne om *aktindsigt*. Efter offentlighedslovens § 4, stk. 1, 1. led, kan enhver med de undtagelser, der følger af lovens øvrige bestemmelser, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Denne regel pålægger forvaltningsmyndigheden en informationspligt og hører således til den type af informationsretlige regler, der allerede er udskilt ovenfor. Anderledes med reglen i bestemmelsens 2. led. Heraf følger, at forvaltningsmyndigheden kan give aktindsigt i videre omfang, end hvad den er forpligtet til efter 1. led, medmindre andet følger af reglerne om tavshedspligt mv. Selvom myndigheden efter en af lovens undtagelsesregler kunne nægte adgang til aktindsigt, er myndigheden således berettiget til at give aktindsigt.

Princippet om informationsfrihed medfører, at lovbestemte regler om ret til at behandle information primært får praktisk betydning som undtagelsesregler til de regler om indskrænkninger i informationsfriheden (reglerne om informationsrettigheder), der er skitseret ovenfor. I modsætning til de specifikke undtagelsesregler, har generelle lovregler om ret til informationsbehandling ikke i deres natur indbygget en forrang i forholdet til reglerne om indskrænkninger i informationsfriheden. Ofte har lovgiver heller ikke forholdt sig til problematikken, hvilket kan føre til vanskelige regelsammenstødsproblematikker. Se eksempelvis om forholdet mellem ytringsfrihedsreglerne og reglerne om informationsrettigheder nærmere kapitel 9.3.

c. Generelle adfærdsregler

Også mere generelle adfærdsregler uden for det informationsretlige univers vil kunne begrænse reglerne om indskrænkninger i den frie adgang til at behandle information og dermed i det enkelte tilfælde fungere som undtagelsesregel til indskrænkningsreglerne. Både de *konkurrenceretlige* og *aftaleretlige* regler kan eksempelvis medføre indskrænkninger i informationsrettighederne, som ikke følger af de specifikke undtagelsesregler. Om grænsefladerne mellem immaterialret og konkurrenceret se *Schovsbo*, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, 1996. Da disse regler ikke tager udgangspunkt i et informationsfaktum men er af mere generel natur, udgør de ikke en del af informationsretsbegrebet, som det er defineret her.

Med de tre typer af undtagelsesregler kan informationsrettens regelstruktur illustreres således:

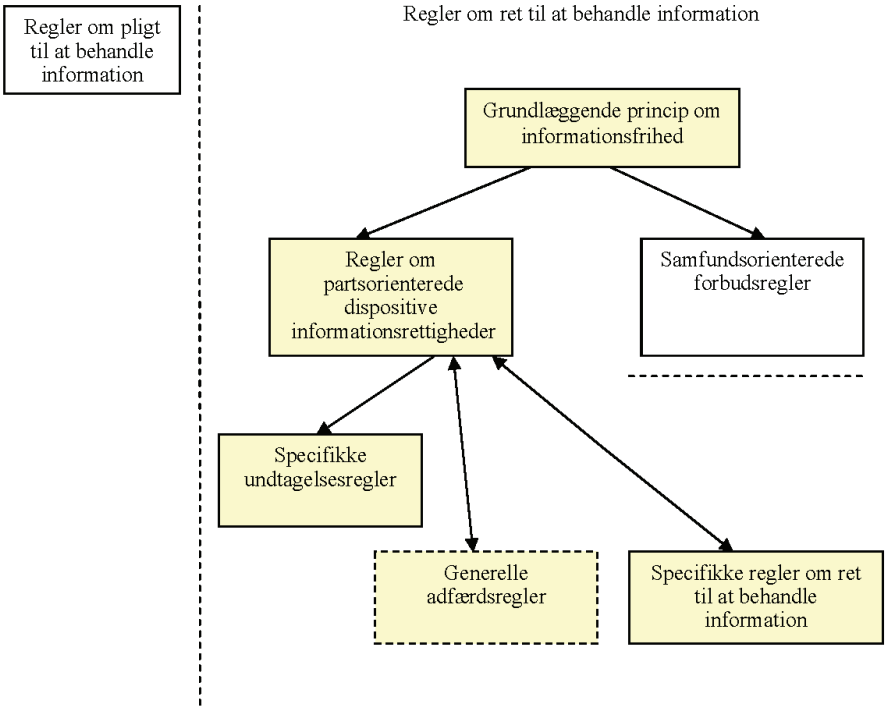


Illustration af informationsrettens regelstruktur

Figuren kan sammenfattes således: Den stiplede linje i venstre side af figuren illustrerer den grundlæggende sondring mellem regler, der pålægger pligt til at behandle information og regler om ret til at behandle information. Udgangspunktet for reglerne om ret til at behandle information er princippet om informationsfrihed. Dette princip kan modificeres ved partsorienterede regler om informationsrettigheder eller samfundsorienterede forbudsregler. De sidstnævnte rummer ikke sådanne strukturligheder, at de omfattes af de horisontale analyser. Denne kasse rulles derfor ikke yderligere ud, hvilket er markeret med den stiplede linje under kassen (hvis man gør, vil

man konstatere, at der gælder de samme tre typer af undtagelsesregler som for de partsorienterede dispositive informationsrettigheder). Reglerne om partsorienterede dispositive informationsrettigheder kan igen modificeres ved specifikke undtagelsesregler, ved regler der udtrykkeligt giver ret til informationsbehandling og ved generelle adfærdsregler uden for det informationsretlige område, der indskrænker de eksklusive informationsrettigheder. De sidstnævnte regler er i figuren illustreret med en stiplet ramme for at markere, at der ikke er tale om informationsretlige regler.

Forholdet mellem de forskellige kategorier af regler er markeret ved pilene mellem kasserne. Reglerne om informationsrettigheder går forud for princippet om informationsfrihed. Består der en specifik undtagelsesregel til disse regler, går denne selvsagt forud. Der kan ikke opstilles en generel regel om forholdet mellem reglerne, der indskrænker retten til at behandle information (informationsrettighedsreglerne) og reglerne, der giver ret til at behandle information (som f.eks. ytringsfrihedsreglerne). I tilfælde af regelkollision vil det bero på en konkret vurdering, hvilke regler der skal have forrang. Dette er markeret med en dobbeltpil mellem de to kasser. Tilsvarende gælder forholdet mellem reglerne om informationsrettigheder og de generelle adfærdsregler (som f.eks. konkurrencereglerne).

I nogle tilfælde tager reglerne dog eksplicit stilling til forrangsproblematikken. Persondataloven fastslår således, at loven ikke finder anvendelse, "hvis det [hvormed sigtes til den lovfæstede indskrænkning i retten til at behandle informationer] vil være i strid med informations- og ytringsfriheden, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10", pdl. § 2, stk. 2. Offentlighedslovens § 4, stk. 1, der fastslår forvaltningsmyndighedens ret til at give aktindsigt i videre omfang, end hvad der følger af reglerne, specificerer, at dette ikke gælder, hvis andet følger af reglerne om tavshedspligt mv.

Som det er fremgået af det ovenstående, er det ikke alle dele af informationsretten (forstået i den ovenfor definerede brede forstand som alle regler, der regulerer behandlingen af information), der er omfattet af afhandlingens tese om en horisontal informationsret. Dette gælder ikke reglerne om informationspligt og reglerne om samfundsorienterede forbudsregler. Afhandlingen behandler herefter de dele af informationsretten, der er markeret med gult i den ovenstående figur, dvs. reglerne om partsorienterede dispositive informationsrettigheder med tilhørende undtagelser og det overliggende princip om informationsfrihed. Når der i det følgende refereres til "informationsretten" og de "informationsretlige grundsætninger" menes ikke informationsret i den brede forstand som defineret ovenfor, men reglerne

om partsorienterede dispositive informationsrettigheder med tilhørende undtagelser, som er markeret med gult i det ovenstående.

3.3. Informationsrettens indplacering i immaterialretten og personlighedsretten

Som det allerede er fremgået af det ovenstående, vil hovedparten af de informationsretlige discipliner være omfattet af de to samlediscipliner immaterialretten og personlighedsretten. Afhængigt af hvordan man definerer disse to begreber, vil dette dog ikke gælde for alle de informationsretlige discipliner. I det følgende skal kort beskrives det begrebsmæssige forhold mellem termerne informationsret, immaterialret og personlighedsret, som disse anvendes i afhandlingen, og dermed informationsrettens indplacering i de allerede kendte samlediscipliner. Dette forudsætter en definition af begreberne "immaterialret" og "personlighedsret".

Med *immaterialret* forstås her en samlebetegnelse for de love, der giver en person ret til at forbyde andre at foretage nærmere angivne behandlinger af en nærmere afgrænset type af information, der forudsættes at have en økonomisk værdi for personen. I definitionens krav om, at rettighederne skal følge af "love", ligger, at de pågældende rettigheder skal være reguleret i en særskilt lovgivning. Heraf følger, at rettigheder, der finder hjemmel uden for den positive lovgivning (almindelige retsgrundsætninger mv.), i bredere lovbestemte retsstandarder, herunder særligt mfl. § 1, eller i enkeltstående lovbestemmelser, ikke omfattes af immaterialretsdefinitionen. Dette indebærer, at eksempelvis retten til eget billede, retten til fiktive figurer, arrangementsbeskyttelsen og erhvervshemmelighedsbeskyttelsen falder uden for immaterialretsbegrebet. I kravet om, at rettigheden forudsættes at have en økonomisk værdi for personen, ligger, at immaterialretten primært rummer en økonomisk beskyttelsesinteresse. Heraf følger, at persondataloven ikke omfattes af immaterialretten, eftersom persondataretten er funderet på ideelle beskyttelseshensyn frem for økonomiske, jf. nærmere kapitel 4. Med disse afgrænsninger består immaterialretten af ophavsretten (inklusive de naborettigheder, der er omfattet af ophavsretsloven), patentretten, brugsmodelretten, plantenyhedsbeskyttelsen, varemærkeretten og designretten.

Denne definition må – som også tilsigtet – antages at være i overensstemmelse med en almindelig opfattelse af immaterialretsbegrebet i Danmark. Se f.eks. definitionen hos *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 19 (som er en videreførelse af den af *Koktvedgaard* opstillede definition i Lærebog i immaterialret, se f.eks. 7. udgaven fra 2005, s. 15): "Immaterialretten er den del af det juridiske univers, der befatter sig med

retsbeskyttelsen af litteratur og kunst, videnskab og teknik, industriel formgivning og design samt varemærker og andre dermed beslægtede forhold. Retsbeskyttelsen heraf er lovbestemt og udmøntet i en række forskellige love – ofte benævnt eneretslovene – navnlig loven om ophavsret til litterære og kunstneriske værker (OPHL), patentloven (PTL), brugsmodelloven (BML), designloven (DSL) og varemærkeretten (VML). De anførte love har en række strukturelle fællestræk – bl.a. *eneretskonstruktionen* – og også en række praktiske berøringsflader" (fremhævet i original).

Med *personlighedsret* forstås her en samlebetegnelse for de retsregler, der giver en person ret til at forbyde andre at foretage nærmere angivne behandlinger af information, der kan henføres til den pågældende person. Kravet om henførbarhed skal forstås bredt og kan afgrænses i overensstemmelse med det persondataretlige begreb "personoplysning", jf. pdl. § 3, nr. 1. Hovedparten af de personlighedsretlige regler vil rumme en beskyttelse af fysiske personer, men også juridiske personer vil være omfattet af nogle af reglerne, herunder f.eks. straffelovens regler om æreskrænkelser, jf. nærmere kapitel 9.5 nedenfor.

Begrebet personlighedsret har ikke samme udbredelse som immaterialretsbegrebet men anvendes stadigt hyppigere i takt med, at den personlighedsretlige beskyttelse har fået en stadig stigende betydning. Begrebet er bl.a., og vist nok første gang i dansk ret, anvendt af *Stuer Lauridsen* i Pressefrihed og personlighedsret fra 1988. Stuer Lauridsen opstiller følgende definition af begrebet: "Personlighedsretten er som betegnelse naturligvis blot det terminologiske samlemærke for en lang række retspositioner, der giver borgeren, og et vist omfang også foreningen og det erhvervsdrivende selskab, mulighed for at reagere med sædvanlige retsmidler overfor omverdenens intervenerende handlinger i, hvad der kan betegnes som den pågældende naturlige eller juridiske persons private tilværelse, hvorover han selv bør kunne råde", a.st., s. 18 f. I 2007 udkom Personlighedsretten af *Schønning m.fl. (red.)*. Denne fremstilling rummer ingen definition af begrebet men behandler følgende rettighedstyper: Retten til eget billede, retten til egen figur, retten til egen historie, retten til eget navn, arrangementsbeskyttelsen og formatbeskyttelsen.

Begrebet *Persönlichkeitsrecht* er fast indarbejdet i tysk ret, der har en veludviklet personlighedsret. Det netop anførte værk af Stuer Lauridsen er tydeligt inspireret af tysk ret og rummer mange beskrivelser af tysk personlighedsret.

Hermed kommer personlighedsretten til at dække en lang række informationsretlige regler og regelsæt, bl.a. persondataretten, personværnet i strfl. §§ 264a-d, reglerne om æreskrænkelser i strfl. §§ 267 ff., navneloven, den ulovregulerede ret til eget billede og beskyttelsen af privatlivets fred i emrk. art. 8. Selvom den ideelle beskyttelse er fremherskende i personlighedsretten, omfattes også den økonomiske beskyttelse af personligheden, herunder f.eks. kendte personers kommercielle udnyttelse af deres billede og øvrige personlighed. Den ophavsretlige beskyttelse er bl.a. funderet på den tanke-

gang, at værket udspringer af og dermed i en vis forstand udgør en del af ophavsmandens personlighed, jf. også kapitel 4 nedenfor. Hermed bliver også ophavsretten en del af personlighedsretten. Dette kommer særligt klart til udtryk i beskyttelsen af de ideelle rettigheder i ohl. § 3, men tanken gælder for hele ophavsretten og dermed også for beskyttelsen af de økonomiske interesser. At der også i de økonomiske ophavsrettigheder ligger en vis personlighedsbeskyttelse ses bl.a. ved en analyse af de ophavsretlige konsumptionsregler, jf. herom kapitel 8 nedenfor.

Om forholdet mellem ophavsretten og personlighedsretten se også *Stuer Lauridsen*, a.st., s. 126 ff., hvor bl.a. anføres (s. 126), at "ophavsretten … for så vidt blot [er] det specialfald af den almene personlighedsret, hvor krænkelsen består i, at retten til en såkaldt original frembringelse angribes".

Immaterialretten og personlighedsretten vil med disse definitioner dække hovedparten af de informationsretlige discipliner. Enkelte informationsrettigheder falder dog hverken under immaterialretten eller personlighedsretten. Dette gælder de økonomiske informationsrettigheder, der ikke er omfattet af immaterialretslovene, det vil navnlig sige erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og de rettigheder, der sædvanligvis betegnes som ulovregulerede, herunder retten til eget billede, arrangementsbeskyttelsen og retten til fiktive figurer.

Der består et vist overlap mellem immaterialretten, personlighedsretten og de økonomiske rettigheder, der ikke er omfattet af immaterialretten, forstået på den måde, at enkelte af de informationsretlige discipliner går på tværs af disse sondringsgrundlag. Det gælder som allerede beskrevet ophavsretten og ligeledes den ulovregulerede ret til eget billede. Samspillet mellem disse sondringsgrundlag og indplaceringen af de informationsretlige discipliner kan illustreres på følgende vis (ikke alle de informationsretlige discipliner er medtaget).

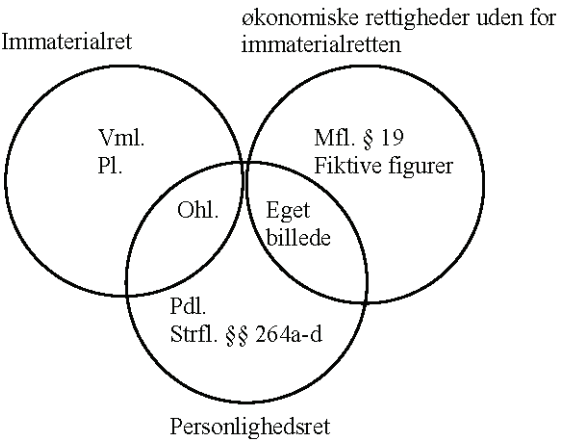


Illustration af immaterialretten, personlighedsretten og økonomiske rettigheder uden for immaterialretten som sondringsgrundlag for inddelingen af de informationsretlige discipliner

3.4. En anden måde at indplacere informationsretten på

Eftersom hovedparten af de informationsretlige regelsæt omfattes af de velkendte samlediscipliner immaterialret og personlighedsret, er det naturligt at overveje informationsrettens indplacering i disse discipliner. Man kan dog også foretage en alternativ og for så vidt mere præcis indplacering af de informationsretlige discipliner med udgangspunkt i sondringen mellem økonomiske og ideelle rettigheder.

Med *ideelle rettigheder* (eller ideelle informationsrettigheder) forstås her de rettigheder, der giver en person ret til at forbyde andre at foretage nærmere angivne behandlinger af information, der kan henføres til den pågældende person, og som påfører personen et psykisk ubehag, enten ved at offentliggøre eller i øvrigt behandle information, der tilhører personens egen privatsfære (privatlivshensynet), eller ved at fremstille personen på en anden måde i offentligheden, end den pågældende ønsker (personlighedshensynet). Privatlivshensynet og personlighedshensynet behandles nærmere i kapitel 4. Med denne definition bliver de ideelle rettigheder en delmængde af personlighedsretten, som den er defineret ovenfor og omfatter alle de personlighedsrettigheder, der ikke er begrundet i økonomiske beskyttelseshensyn.

Med *økonomiske rettigheder* (eller økonomiske informationsrettigheder) forstås her de rettigheder, der giver en person ret til at forbyde andre at foretage nærmere angivne behandlinger af information, og som tildeles for at sikre personen den potentielle økonomiske værdi af informationen.

Alle informationsrettighederne, som begrebet er defineret i afsnit 3.2.2.2, vil have karakter af enten ideelle eller økonomiske rettigheder. Inddelingen af de informationsretlige regler og regelsæt i ideelle og økonomiske rettigheder kan illustreres i følgende tabel (opregningen af regler og regelsæt er ikke nødvendigvis udtømmende).

Ideelle rettigheder	Økonomiske rettigheder
• Ideelle ophavsrettigheder, ohl. § 3 • Persondataretten, pdl. • Ideel ret til eget billede • Privatlivsværn efter strfl. §§ 264a-d • Værn mod æreskrænkelser, strfl. §§ 267 ff. • Retten til privat, emrk. art 8.	• Økonomiske ophavsrettigheder, ohl. § 2 • Økonomisk ret til eget billede • Patentretten, pl. • Varemærketten, vml. • Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, mfl. § 19 • Arrangementsbeskyttelsen, ulovreguleret • Retten til fiktive figurer, ulovreguleret

Tabel med opdelingen af de informationsretlige regler og regelsæt i ideelle og økonomiske rettigheder

Kombinererr man – blot for illustrationens skyld – opdelingen mellem personlighedsrettigheder, immaterialrettigheder og øvrige økonomiske informationsrettigheder med opdelingen mellem ideelle og økonomiske rettigheder, får man følgende inddeling af de informationsretlige regelsæt.

	Ideelle rettigheder	Økonomiske rettigheder
Både immaterialrettighed og personlighedsrettighed	• Ideelle ophavsrettigheder, ohl. § 3	• Økonomiske ophavsrettigheder, ohl. § 2
Kun personlighedsrettighed	• Persondataretten • Ideel ret til eget billede • Privatlivsværn efter strfl. § 264a-d • Værn mod æreskrænkelser, strfl. §§ 267 ff. • Retten til privatliv, emrk. art. 8	• Økonomisk ret til eget billede, ulovreguleret
Kun immaterialrettighed		• Patentretten, pl. • Varemærkeretten, vml.
Hverken immaterialrettighed eller personlighedsrettighed		• Erhvervshemmelighedsbeskyttelse, mfl. § 19 • Arrangementsbeskyttelsen, ulovreguleret • Retten til fiktive figurer, ulovreguleret

Tabel med opdelingen af de informationsretlige regler og regelsæt i personlighedsrettigheder og immaterialrettigheder henholdsvis ideelle og økonomiske rettigheder

3.5. Informationsrettens karakter

Skal man på et mere overordnet niveau forsøge at indplacer informationsretten og de informationsretlige discipliner i det retlige univers, kan man for det første overveje, om informationsretten er en privatretlig eller offentligretlig disciplin og for det andet, om informationsrettigheder har karakter af ejendomsrettigheder, og informationsretten dermed er en ejendomsretlig disciplin. Disse overvejelser har efter min opfattelse ingen betydning for den materielretlige vurdering af informationsrettens spørgsmål, men kan dog af systematiske grunde fortjene en kort omtale.

a. Den informationsretlige regulering som privatretlig eller offentligretlig regulering

Det er karakteristisk for den privatretlige regulering, at den regulerer forholdene mellem private parter, at der hersker partsautonomi (parterne kan selv beslutte, om de vil fravige det udgangspunkt, som opstilles med reguleringen), at krænkelser skal påtales af den private part, og at sanktionerne er civilretlig (dvs. navnlig erstatningsansvar) frem for strafferetlige (fængsel, bøde mv.). Omvendt er det karakteristisk for den offentligretlige regulering, at den enten regulerer forholdene for offentlige myndigheder eller pålægger rettigheder og pligter for den enkelte borger i forhold til offentlige myndigheder, at reglerne ikke kan fraviges ved aftale, at overtrædelser af reglerne påtales af en offentlig myndighed, og at sanktionerne er strafferetlige. Med disse kriterier ses, at de informationsretlige discipliner alle rummer både privatretlige og offentligretlige elementer. De immaterialretlige discipliner rummer eksempelvis alle hjemmel til straf i form af bøde eller fængsel i grove krænkelsestilfælde. Omvendt er eksempelvis straffelovens regler om privatlivskrænkelser og freds- og æreskrænkelser som udgangspunkt undergivet privat påtale, jf. rpl. § 275. Eftersom selve fundamentet for informationsrettighederne er den enkelte rettighedshavers mulighed for selv at beslutte, om andre skal kunne udnytte den beskyttede information, må den informationsretlige regulering dog betegnes som en overvejende privatretlig regulering, selvom der består forskelle mellem de enkelte informationsretlige discipliner. Persondataretten har således stærkere offentligretlige træk end f.eks. reguleringen af de industrielle enerettigheder.

I sin sondring mellem offentlig og privat ret lægger *Henrichsen* tilsvarende vægt på partsautonomien og betegner aftalefriheden som selve hovedhjørnestenen i den privatretlige sfære, Henrichsen i *Blume* (red.), Introduktion til jura, 1995, s. 126. Se i samme retning *Bryde Andersen*, Ret & Metode, 2002, s. 91.

Betydningen af denne kategorisering må ikke overvurderes. Kategoriseringen har en teoretisk interesse, men de retsdogmatiske analyser afgøres som allerede nævnt ikke af, om reguleringen betegnes for offentligretlig eller privatretlig.

b. Ejendomsret til informationsrettigheder?

Om immaterialretligt beskyttet information kan gøres til genstand for ejendomsret har navnlig tidligere været ganske omdiskuteret. Fortaler herfor var i dansk retsteori navnlig *F. Vinding Kruse*, se Ejendomsretten I, 1951, s. 446 ff. Synspunktet om en "åndelig ejendomsret", der tog udgangspunkt i Vindings Kruses udvikling af ejendomsretsbegrebet, var allerede lagt frem i førsteudgaven fra 1929. Vinding Kruses tanker om en åndelig ejendomsret fik en vis tilslutning men mødte over tid betydelig modstand, ikke mindst hos *Ross*, der i en række artikler, herunder den berømmede Tû-Tû i *Borum & Illum* (red.), Festskrift til Henry Ussing, 1951, s. 468 ff., bl.a. påviste, at ejendomsretsbegrebet havde karakter af et fremstillingsteknisk samlebegreb, der ikke i sig selv kunne deduceres resultater fra, og som ikke var egnet som udgangspunkt for immaterialretten, der hjemlede enkelte beføjelser og ikke en mere omfattende og residuel ejendomsret. Kritikken blev fulgt op af *Koktvedgaard* i Immaterialretspositioner, der også fremhævede, at immaterialretten ikke som ejendomsretten var knyttet til en enkelt fysisk ting, s. 189. Koktvedgaard anerkendte dog samtidig, at ejendomsretsterminologien havde haft stor indflydelse på den tidlige immaterialret, fordi terminologien skabte naturlige associationer til ejendomstankegangen og dermed til tanken om, at enkeltpersoner kunne tildeles enerettigheder til information. Tanken om, at immaterialretten skulle udgøre en særlig form for ejendomsret synes i dag helt opgivet.

Se mere uddybende om diskussionen om åndelig ejendomsret i første halvdel af 1900-tallet hos *Koktvedgaard* a.st. s. 194 f. og *Lau Hansen*, Informationsmisbrug, 2001, s. 11 ff.

Også inden for det persondataretlige område har det ejendomsretlige spørgsmål været diskuteret, uden dog at et klart resultat er nået. *Mette Hartlev* konkluderer, at ejendomsretsbegrebets nærmere indhold er uklart, men at retten til at råde er central og finder på denne baggrund, at persondataretten kan siges at have relationer til ejendomsretten, eftersom retten til at råde også er central i persondataretten, Mette Hartlev, Fortrolighed i sundsretten, 2005, s. 162. *Blume* afviser den ejendomsretlige model i relation til offentlige myndigheders behandling af personoplysninger men lader tilsyneladende muligheden stå åben i relation til behandling i den private sektor, Blume, Databeskyttelsesret, 2008, s. 49 ff. Blumes diskussion er primært rettet mod den registreredes mulighed for at overdrage retten til behandling af oplysninger, evt. mod betaling. Uagtet den ejendomsretlige terminologi således ikke fuldstændigt afvises i persondataretten, har terminologien dog

så vidt ses aldrig haft indflydelse på afgørelsen af konkrete fortolkningsspørgsmål.

Om man vil betegne de informationsretlige discipliner som ejendomsretlige discipliner synes på baggrund af den ovenstående retsteori at bero på, hvad man lægger i begrebet ejendomsret.

Forstår man med ejendomsret en bredere men i øvrigt uspecificeret ret til at råde over et objekt, kan man vælge at betegne de informationsretlige discipliner som en ejendomsret, eftersom den enkelte rettighedshavers råderet over den beskyttede information er central i disse discipliner, i denne retning *Mette Hartlev*, a.st.

Lader man muligheden for frit at kunne overdrage sin ret være central for ejendomsretsbegrebet, vil de informationsretlige discipliner delvis kunne betegnes som en ejendomsret. Dette vil gælde for de økonomiske eneretigheder, hvorimod de ideelle rettigheder kun i begrænset omfang kan overdrages, jf. kapitel 11.10. I denne retning formentlig *Blume*, a.st. Brugt på denne måde bliver ejendomsretsterminologien sammenfaldende med en udbredt forståelse af formueretsterminologien. Se herved *Koktvedgaard*, a.st., s. 190, der antager at immaterialretten kan indplaceres i formueretten, bl.a. med den virkning at de formueretlige regler kan anvendes på overdragelsestilfælde, idet Koktvedgaard dog samtidig lægger til grund, at ikke alle de immaterialretlige problemstillinger vil kunne løses med udgangspunkt i formueretten.

Forstår man med ejendomsret et sæt af mere omfattende retsvirkninger knyttet til selve det objekt, der er genstand for ejendomsret, som automatisk indtræder, når der består en ejendomsret, vil de informationsretlige discipliner ikke have karakter af ejendomsret. Det kan ikke uden videre lægges til grund, at den almindelige ejendomsrets regler om sikkerhedsstillelse, kreditorforfølgning, arv mv. kan overføres til information. Dette skyldes dels, at information på nogle punkter grundlæggende adskiller sig fra fysiske genstande, og dels at ejendomsretten ikke tager højde for de ikke-økonomiske aspekter at informationsretten, der manifesteres ved de ideelle rettigheder. Det er med denne forståelse af ejendomsretsbegrebet, at tanken om ejendomsret til information er blevet afvist af bl.a. *Ross*, *Koktvedgaard* og senest *Lau Hansen*, jf. ovenfor.

Denne afvisning kan tiltrædes. For det første tilfører ejendomsretsterminologien ingen værdi. Tværtimod risikerer den at sløre for den reelle argumentation bag et givent resultat. Om eksempelvis en kreditor kan kræve fuldbyrdelse i information, herigennem ved udnyttelse af de rettigheder, der er knyttet til informationen, bør ikke afgøres af, om informationsretten

betegnes som en "ejendomsret", men på en afvejning af de hensyn og særlige omstændigheder, der gør sig gældende ved overvejelse om tvangsoverdragelse af den pågældende informationsmængde, herunder eksistensen af ideelle rettigheder, udnyttelsesintensiteten mv. Dette er for så vidt blot en tiltrædelse af *Ross*' Tû-Tû-betragtning. For det andet vil en sådan terminologi indebære, at der stedse må sondres mellem denne form for ejendomsret og den mere gængse forståelse af begrebet med den risiko for inkonsistens og begrebsforvirring, dette fører med sig.

Se tilsvarende *Koktvedgaard*, a.st., s. 193: "Hvis man betegner de almindelige formuerettigheder – altså ikke blot den klassiske ejendomsret – som ejendomsrettigheder, kan man herefter hævde, at immaterialretten er en slags ejendomsret. Hovedindvendingen mod den er, at den betegner en i sproglig henseende lidet elegant løsning af et terminologisk problem, idet man tvinges til at benytte ordet ejendomsret som overordnet systembegreb, samtidig med at man fastholder, at ordet skal betegne en bestemt snævrere del heraf, nemlig den klassiske ejendomsret. Det kan derfor ikke undre, at den moderne nordiske retsvidenskab i almindelighed har taget afstand herfra".

Det må derfor lægges til grund, at de informationsretlige discipliner ikke har karakter af ejendomsretlige discipliner.

Om information kan være genstand for ejendomsret ("property right") har været intenst drøftet i amerikansk ret. Også her vil svaret afhænge af forståelsen af ejendomsretsbegrebet. Med henvisning til praksis fra US Supreme Court anfører *Lau Hansen*, at udgangspunktet i amerikansk ret "synes at være, at en væsentlig retsposition i den samling af positioner, der udgør ejendomsretten, er at kunne udelukke andre", *Lau Hansen*, a.st., s. 11 med yderligere henvisninger. Fokuserer man på retten til at udelukke andre fra at gøre brug af information, vil mange af de informationsretlige regler kunne betegnes som ejendomsretlige, jf. tilsvarende lige ovenfor for dansk ret, og amerikansk retspraksis har således også lagt til grund, at information kan udgøre "property", jf. Lau Hansen, a.st. og s. 237. Den af Lau Hansen citerede praksis, der primært omhandler misbrug af kursfølsom information, kan dog ikke tages til indtægt for, at information i enhver sammenhæng vil blive behandlet som "property". Det må eksempelvis betegnes som tvivlsomt, om retten til egne personoplysninger har karakter af en ejendomsret under amerikansk ret. Se herom f.eks. *Samuelson*, Privacy as Intellectual Property?, Stanford Law Review, 2000, s. 1125 ff. og *Litman*, Information Privacy/Information Property, Stanford Law Review, 2000, s. 1283 ff. med yderligere henvisninger. Begge forfattere forholder sig skeptisk til en anvendelse ejendomretsfiguren. Når spørgsmålet om ejendomsret til personoplysninger har særlig praktisk betydning i amerikansk ret, skyldes det, at denne ikke rummer en lovreguleret forbudsret som kendes fra europæisk persondataretten og en række andre lande. Ejendomsretskonstruktionen er således et forsøg på at etablere en forbudsret. Tanken er dog så vidt ses ikke blevet adopteret i amerikansk retspraksis.

KAPITEL 3

Den informationsretlige grundsætning som retskilde

1. Indledning

Det følger allerede af afhandlingens hovedtese som fremlagt i kapitel 1, at den informationsretlige grundsætning har karakter af en retskilde med en selvstændig retskildeværdi. Når man på denne vis introducerer et nyt begreb som retskilde afføder det nødvendigvis en stillingtagen til en række grundlæggende retskildespørgsmål. For det første må det afklares, hvorvidt og hvordan denne retskilde skal indplaceres i det eksisterende retskildesystem. Dette spørgsmål behandles i afsnit 3. I afsnit 4 redegøres for den informationsretlige grundsætnings retskildefunktion som dels regelskabende dels fortolkende retskilde. Afsnit 5 rummer betragtninger om den informationsretlige grundsætnings retskildeværdi. Behandlingen af disse spørgsmål forudsætter en indledende fastlæggelse af retskildebegrebet og nogle tilhørende centrale sondringer. Denne foretages i det følgende afsnit 2.

2. Retskildebegrebet

2.1. Afhandlingens retskildedefinition

Der foreligger ikke nogen entydig definition af retskildebegrebet i retskildelæren. Nærmest tværtimod. Et blik henover retskildelitteraturen frister til den konklusion, at der er ligeså mange retskildedefinitioner, som der er retskildefremstillinger.

Se f.eks. *Ross*, Om ret og retfærdighed, 1953, s. 92 (”indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse”). Ross sondrer mellem lovgivning, retspraksis, sædvane og forholdets natur som retskilde. Fra nyere teori kan eksempelvis henvises til *Bryde Andersen*, Ret & Metode, 2002, s. 132 (”den præmis i en konklusion om gældende ret, som foreligger i autoritativ form,

enten i form af et dokument udstedt af en kompetent instans eller i form af en udtalelse om, hvad der er praksis inden for et område, afgivet af en institution med en særlig kompetence inden for området") og *Zahle*, Praktisk retsfilosofi, 2005, s. 36 ("typer af materiale, der indeholder eller danner grundlag for synspunkter om retten". Zahle inddeler herefter retskilderne i kategorierne regulering, tradition og rimelighed).

Det er ikke formålet med afhandlingen at forholde sig til retskildeteoriens forskellige definitioner eller i øvrigt fremkomme med mere generelle bidrag til den almindelige retskildelære. En analyse af den informationsretlige grundsætning som retskilde forudsætter imidlertid en fastlæggelse af, hvad der menes med begrebet "retskilde", ikke mindst når der ikke eksisterer en fælles forståelse af begrebet i retskildelæren.

Afhandlingens afgrænsning af retskildebegrebet må tage udgangspunkt i nogle enkelte basale principper. For det første må den foretages inden for de (vide) rammer, som den klassiske retskildelære opstiller. En analyse med udgangspunkt i en retskildedefinition helt løsrevet fra den begrebsforståelse, der ligger til grund for den almindelige retskildelære, siger ikke meget om den informationsretlige grundsætnings placering og retskildeværdi i det klassiske retskildesystem. For det andet må definitionen opstilles, så den så effektivt som muligt tjener sit formål (beskrive den informationsretlige grundsætnings placering i det klassiske retskildesystem). Heri ligger, at begrebsafgrænsningen på den ene side bør tilstræbe ikke at rumme sondringer, der er uden betydning for analysen af den informationsretlige grundsætning og på den anden side skal kunne rumme de sondringer, der er relevante for analysen. Denne tilgang, hvor der opstilles en anvendelsesorienteret retskildedefinition, betyder også, at andre afgrænsninger af retskildebegrebet kan være mere hensigtsmæssige i andre sammenhænge.

En anvendelsesorienteret retskildedefinition er ligeledes lagt til grund af *Bryde Andersen*, der forankrer retskildebegrebet i selve den argumentation, der leder frem til det juridiske resultat, hvilket forfatteren anfører som "hensigtsmæssigt, når man – som jeg gør i denne bog – først og fremmest fokuserer på de enkelte elementer i en juridisk argumentation", Ret & metode, a.st.

Med udgangspunkt i disse betragtninger defineres retskilder i det følgende som *de kilder, der selvstændigt kan skabe hjemmel for en retlig afgørelse*.

Med denne definition bliver lovgivning, bekendtgørelser, retspraksis, retssædvaner, almindelige retsgrundsætninger og forholdets natur retskilder. Kravet om, at kilden skal kunne fungere som selvstændigt hjemmelsgrundlag medfører omvendt, at forarbejder og den juridiske litteratur ikke har

karakter af retskilder. Ingen af disse kilder kan i sig selv hjemle en retlig afgørelse.

Også en individuel aftale vil være omfattet af denne retskildedefinition. Analyserne af den horisontale informationsret fokuserer imidlertid på retskilder af generel karakter. En individuel aftale vil ikke kunne anvendes ved fastlæggelsen af den generelle retstilstand på et givent område, og vil derfor heller ikke blive inddraget i det efterfølgende. Den individuelle aftale kan medvirke til fastlæggelsen af branchesædvaner, kutymer o.lign., men da bliver det sædvanen og ikke den individuelle aftale, der får betydning som retskilde.

Heller ikke cirkulærer, administrativ praksis og tilsvarende retskilder, der kun har betydning for en afgrænset kreds (forvaltningen), inddrages i det følgende.

Med den opstillede retskildedefinition er vægten lagt på retskildernes evne til *skabe* gældende ret. Retskilderne kan imidlertid også anvendes ved *fortolkning* af eksisterende retsregler. Retskilderne får dermed både en regelskabende og en fortolkende funktion.

Formelt set har *lovforarbejder* som nævnt ovenfor ikke status af retskilde, da lovforarbejder ikke selvstændigt kan hjemle en retsregel. Lovforarbejderne kan imidlertid udgøre en vigtig fortolkningskilde. I betragtning heraf og henset til, at grænsen mellem regelskabelse og regelfortolkning ofte vil være flydende, jf. nærmere nedenfor, behandles lovforarbejder derfor i det følgende også som en retskilde.

Den her opstillede retskildedefinition danner udgangspunkt for de efterfølgende beskrivelser af den informationsretlige grundsætning som retskilde. Udover at tage udgangspunkt i denne definition, rummer beskrivelserne også nogle retskildesondringer, der kort beskrives i det følgende.

2.2. Autoritative og ikke-autoritative retskilder

Med den ovenstående forståelse af retskildebegrebet, er det karakteristisk, at der som udgangspunkt vil ligge en formaliseret autoritet hos den, der skaber retskilden. Det følger af grundloven, at Folketinget har kompetencen til at udstede *love* og af retsplejeloven, at domstolene har kompetence til at afsige *domme*. Disse retskilder kan derfor betegnes som *autoritative*. Det samme må gælde for *retssædvanen*. Retssædvanen forudsætter, at alle eller næsten alle de personer, den er relevant for, følger den, jf. f.eks. *Nielsen & Tvarnø*, Retskilder & retsteorier, 2008, s. 185. Retssædvanen kan derfor siges at udspringe af den partsautonomi, der er bærende i en liberalistisk

retsmodel. Den autoritet, der ligger heri, er ikke af formaliseret karakter, men giver dog stadig kompetencen til at skabe den pågældende retsregel. I afhandlingens terminologi er retssædvanen derfor en autoritativ retskilde. Anderledes med *den almindelige retsgrundsætning* og *forholdets natur*. For disse retskilder foreligger netop ingen formel autoritet hos nogen part til at skabe den regel, der udledes af den almindelige retsgrundsætning henholdsvis forholdets natur. Almindelige retsgrundsætninger og (i begrænset omfang) forholdets natur udledes imidlertid af de autoritative retskilder, og man kan derfor sige, at disse retskilder ikke er autoritative retskilder men udspringer af autoritative retskilder. Jf. i øvrigt om disse to begreber straks nedenfor.

2.3. Vertikale og horisontale retskilder

De betragtninger, der er udviklet i retskildelæren om de enkelte retskilder, er primært baseret på en forudsætning om, at de enkelte retskilder anvendes inden for deres eget område. Retskildelærens udtalelser om retskildeværdien af domspraksis får eksempelvis betydning, når en varemærkeretlig dom anvendes ved fastlæggelsen af gældende ret inden for det varemærkeretlige område. Man kan da tale om, at retskilden anvendes i sin klassiske *vertikale* form. Begrebet *vertikal retskilde* dækker derfor den situation, hvor retskilden anvendes til at fastlægge gældende ret inden for retskildens eget retsområde.

Hvis den varemærkeretlige dom derimod anvendes til eksempelvis at fastlægge gældende ret på det ophavsretlige område og dermed anvendes horisontalt, bruges i det følgende begrebet *horisontal retskilde*. Begrebet dækker således den situation, hvor retskilden anvendes til at fastlægge gældende ret uden for retskildens eget område.

Selvom begrebet "horisontale retskilder" ikke kendes i den klassiske retskildelære, dokumentere et nærmere kig på de enkelte retskilder, at horisontale retskilder, som begrebet defineres her, allerede indgår i den klassiske retskildelære. Særligt gælder det, at de *almindelige retsgrundsætninger* vil have karakter af en horisontal retskilde.

Begrebet "almindelige retsgrundsætninger" antages således ofte i retskildelæren at dække over en selvstændig retskilde, der udtrykker nogle grundlæggende retsprincipper, som ofte kan genfindes i autoritative retskilder, men som også gælder uden for de autoritative retskilders anvendelsesområde. Tanken er den, at nogle konkrete retsregler, uanset om de udmønter sig i lovgivning, retspraksis eller sædvane, er udtryk for bredere retsgrundsætninger. Således *Evald & Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvi-

denskab og retskildelære, 2004, s. 300 f. (hvor begrebet "retsprincipper" anvendes synonymt med "almindelige retsgrundsætninger"):

> "Der eksisterer ikke nogen klar definition af begrebet ´retsprincip´; men det anvendes ofte som synonym for ´almindelig retsgrundsætning´, ´retningslinje´, ´vag retsnorm´ o.lign. Derimod er det hensigtsmæssigt at sondre mellem to hovedgrupper af retsprincipper. For det første de generelle eller almindelige retsprincipper, der har et bredt anvendelsesområde – i visse tilfælde hele retssystemet, f.eks. proportionalitetsprincippet og retsmisbrugsforbudet. For det andet de specielle retsprincipper, der dækker et mere begrænset retsområde, f.eks. procesrettens princip om, at bevisusikkerhed kommer den tiltalte til gode (in dubeo pro reo), og strafferettens princip om, at man ikke kan straffes uden hjemmel i lov (nulla poena sine lege) … Hvad angår de specielle retsprincipper, kommer disse til udtryk på forskellige måder. Der kan for det første være tale om kodifikation af ældre retsprincipper, hvilket f.eks. var tilfældet med store dele af aftaleloven (1917) og købeloven (1906). For det andet kan der være tale om en sammenfatning af almindelige retsprincipper på baggrund af lovgivning. Det gælder således for de almindelige obligationsretlige (kontraktsretlige) principper, der er sammenfattende formuleringer af lovregler, som er hentet fra forskellige retsområder, jf. ovenfor i kapitel 8. Denne induktion af retsprincipper fra lovregler er både nødvendig og hensigtsmæssig for at skabe fælles regler for forskellige, men dog beslægtede kontraktsforhold" (fremhævet i original).

I samme retning *Stuer Lauridsen*, Om ret og retsvidenskab, 1992, s. 161:

> "Retsnormer dannes ikke ud af den blå luft; al retsanvendelse og retsdogmatisk beskrivelse tager sit udgangspunkt i det bestående retssystem, og hvis ingen umiddelbar anvendelig retsnorm synes at være for hånden, søger man ved analogier fra andre retsområder, hvor juraen er på mere fast grund, og ved anvendelse af almindelige retsgrundsætninger og juridiske principper at nå et foreløbigt resultat, der herefter må stå sin prøve i bl.a. den heraf affødte dogmatiske debat og i retspraksis".

Et væsentligt eksempel på almindelige retsgrundsætninger i denne forståelse, er de obligationsretlige grundsætninger, der ofte men stadigt sjældnere samles under overskriften "obligationsrettens almindelige del".

Som påpeget af *Bryde Andersen* i artiklen, Obligationsrettens "almindelige del", *Lynge Andersen m.fl. (red.)*, Festskrift til Bernhard Gomard, 2001, s. 9 ff., er det nærmere omfang og indhold af obligationsrettens generelle regler ikke afklaret. En sådan afklaring vil kræve en betydelig retsvidenskabelig indsats. Den stigende mængde af lovgivning vil give retsvidenskabsmanden bedre muligheder i denne henseende, jf. *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, 2003, s. 28: "Den betydelige lovgivningsinnsats og den betydelige kontraktsudviklingspraksis på et så bredt område og med så klare preferancer ved valg af modeller og løsninger, gir i dag et langt sikrere grunnlag enn man hadde tidligere for

å opstille alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper pr. induksjon". I sin analyse af landbrugsforpagtningsaftaler, Landbrugsforpagtning, 1999, s. 686, konkluderer *Peter Mortensen*, at gældende ret om denne kontraktstype med fordel kan tage udgangspunkt i almindelige obligationsretlige regler om tingslejeaftaler. Uden disse generelle regler som retskilde, måtte analyserne ifølge forfatteren ty til forholdets natur som retskilde, med de mere løse og tilfældige vurderinger, som dette ville give.

Med denne forståelse af de almindelige retsgrundsætninger, bliver begrebet horisontalt i sin natur. Tanken er netop, at de retsregler, der kan udledes fra ét retsområde, kan anvendes på et andet beslægtet retsområde.

Efter en anden forståelse af begrebet, der ikke kan tiltrædes, dækker det over de situationer, hvor domstolene ikke kan finde belæg for et givent resultat i de autoritative retskilder og derfor ud fra bredere rimelighedsbetragtninger begrunder resultatet med hjemmel i "almindelige retsgrundsætninger". Begrebet anvendes hermed mere eller mindre synonymt med begrebet "forholdets natur", jf. herom nedenfor. Se i denne retning *Bryde Andersen*, Ret og Metode, 2002, s. 204 f., og *Ruth Nielsen*, Retskilderne, 2002, s. 122.

Også *forholdets natur* antages ofte i retskildelæren at rumme horisontale træk. Begrebet synes ofte at give associationer til en retsanvendelse løsrevet fra de principper og tankemønstre, der i øvrigt ligger bag det juridiske regelsystem. Centralt er det da også, at begrebet dækker over anvendelse af bredere og mere løse rimelighedsbetragtninger, når retstilstanden ikke kan udledes af de autoritative retskilder. Samtidig er det dog et karakteristisk træk, at begrebet i store dele af retskildelæren søges forankret i den retstradition og de principper, der ligger bag de autoritative retskilder. Klarest er dette udtrykt hos *Zahle*, Praktisk retsfilosofi, s. 211 f.: "I sager, som illustrerer en selvstændig retsanvendelse, der kan ses som udtryk for forholdets natur, har der ofte, om ikke altid, været et retligt grundlag for regulering og tradition, som ganske vist ikke har kunnet give et enkelt og direkte anvendeligt resultat, men som dog har forberedt grunden for den selvstændige overvejelse… Anvendelsen af forholdets natur styrkes således af, at der i andre dele af retten kan findes belæg for ´noget der minder om´ det resultat, man overvejer". Se også *Evald & Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, s. 303: "´Forholdets natur´ kan kun forstås som retskilde, når begrebet anvendes om det retlige materiale, som ligger til grund for afgørelsen. Det antages sædvanligvis, lidt forenklet, at dette retlige materiale kan ´findes´ eller afledes af de øvrige retskilder (loven, retssædvane, retspraksis). Dette udtrykkes ofte på den måde, at domme-

ren/retsanvenderen søger at indpasse retsafgørelsen i *harmoni* med, hvad der kan udledes af disse retskilder".

Det er udtryk for samme tankegang, når *Ross*, Om ret og retfærdighed, 1953, s. 116 f. angiver, at de forhold, der normalt behandles under overskriften "forholdets natur", er udtryk for en fælles kulturtradition, jf. *Zahle*, a.st.

Med disse udtalelser indikeres klart, at også forholdets natur som retskilde bygger på de tankegange, der kan udledes af andre retskilder og dermed også rummer horisontale elementer. Forholdets natur tager med andre ord udgangspunkt i samme horisontale tilgang, som kendetegner den almindelige retsgrundsætning. Forskellen består i den fasthed, hvormed de øvrige retskilder angiver udfaldet af det omhandlede spørgsmål. Forholdets natur anvendes, når der ikke af de øvrige retskilder kan udledes en almindelig grundsætning, som får selvstændig karakter af en retsregel, men hvor de øvrige kilder giver *inspiration* til den konkrete retsanvendelse.

Selvom Højesterets afgørelse ikke bygger på forholdets natur, er den allerede omtalte sag i U.2004.2945H om retten til videreformidling af fodboldresultater illustrativ. Som nævnt har Højesteret formentlig skelet til den almindelige konsumptionsregel ved løsning af tvisten, til trods for de åbenbare forskelle på konsumption af information og konsumption af eksemplarer, jf. herom kapitel 8. Konsumptionsreglen har udgjort en inspirationskilde ved afgørelsen af tvisten.

Begge de ikke-autoritative retskilder, den almindelige retsgrundsætning og forholdets natur, har således karakter af horisontale retskilder. Dette gælder ikke for *de autoritative retskilder* (lovgivning, retspraksis og retssædvanen). Disse har karakter af vertikale retskilder. Dette kan netop forklares med udgangspunkt i den autoritet, de udspringer af. Når lovgivningen forpligter, er det, fordi der står en stærk autoritet bag den, nemlig Folketinget udpeget af folket. Ved sin lovregulering har Folketinget imidlertid kun direkte forholdt sig til, hvordan retstilstanden skal indrettes på det retsområde, lovgivningen dækker. Ved en ophavsretlig regulering har Folketinget med andre ord kun forholdt sig til, hvordan retstilstanden skal være på det ophavsretlige område. Derfor kan den ophavsretlige regel (og dens forarbejder) heller ikke bruges som autoritativ retskilde ved behandlingen af eksempelvis varemærkeretlige spørgsmål. Det samme gælder retspraksis. Den autoritet, som domstolene er udstyret med, retter sig mod kompetencen til at fastlægge retstilstanden i konkrete tvister og dermed på de konkrete retsområder, som tvisten omhandler. Domstolen har ikke ved afsigelse af en ophavsretlig dom taget stilling til, hvordan retsstillingen er på det varemærkeretlige om-

råde. Selv når danske domstole undtagelsesvis afgiver et *obiter dictum*, retter dette sig mod retstilstanden på det område, som tvisten omhandler. De autoritative retskilder har dog væsentlig betydning for de horisontale, eftersom de horisontale retskilder som beskrevet udledes af de vertikale. Man kan i denne proces tale om, at de vertikale retskilder transformeres til horisontale retskilder.

I én særlig situation vil det dog gælde, at de autoritative retskilder får betydning på andre retsområder i deres egenskab af autoritativ retskilde og dermed får karakter af en selvstændig horisontal retskilde, som begrebet er defineret her. Hvis det kan lægges til grund, at det har været hensigten at lade to selvstændige informationsretlige regler have et helt identisk meningsindhold og dermed også været hensigten at afgrænse to regler på samme måde, vil en retskilde, der anvendes til fortolkning af den ene regel have samme retskildekarakter ved fortolkning af den anden regel. Fremgår det f.eks. af forarbejderne til regel X, at denne skal forstås på helt samme måde som regel Y, og foreligger der en fortolkning af regel Y i dennes lovbemærkninger eller i en præjudiciel dom, ville disse retskilder (lovbemærkningerne og dommen) også have retskildekarakter af lovbemærkning henholdsvis dom ved fortolkningen af regel X. Med andre ord får retskilden i sin horisontale form samme karakter som i sin vertikale form, og den ovenfor beskrevne transformation fra vertikal retskilde (i form af lovgivning eller retspraksis) til horisontal retskilde i form af almindelige retsgrundsætning eller forholdets natur finder derfor ikke sted. Man kan i denne situation tale om et *absolut regelsammenfald* mellem de informationsretlige regler.

Konsekvensen af et absolut regelsammenfald er på det argumentatoriske plan, at der ikke skal henvises til almindelige retsgrundsætninger eller forholdets natur men direkte til den pågældende retskilde, og på det materielle plan, at retskildeværdien udledes af retskilden i sin umiddelbare vertikale form. En højesteretsdom får hermed den retskildeværdi som højesteretsdomme tillægges og ikke – typisk lavere – retskildeværdi som bidrag til en almindelig retsgrundsætning eller som udtryk for forholdets natur. Også på det bevismæssige plan kan der være en praktisk forskel. Retskilden i sin umiddelbare form kan uden videre lægges til grund, mens den, der vil påberåbe sig en almindelig retsgrundsætning, må godtgøre eksistensen af en sådan.

Det vil bero på en konkret vurdering, om det har været hensigten at lade to informationsretlige regler fra forskellige regelsæt være helt identiske. Dette vil sjældent være tilfældet, og det vil også have formodningen mod

sig, at regler inden for forskellige regelsæt skal forstås ens helt ned på niveauet for den konkrete retsanvendelse. Bevisbyrden for et sådant regelsammenfald kan f.eks. løftes gennem lovbemærkninger, der klart fastslår, at dette har været hensigten.

Et eksempel herpå følger af pdl. § 44, hvorefter oplysninger, som ikke er fortrolige, er undtaget fra anmeldelsespligten. Det følger af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at begrebet "fortrolig" skal forstås i overensstemmelse med strfl. § 152 sammenholdt med forvaltningslovens §§ 27 og 28.

Har bestemmelserne en identisk ordlyd, kan dette tale i samme retning, særligt hvis der er tale om en længere tekst, og det derfor kan udelukkes, at sammenfaldet i formuleringen er tilfældig. Sammenfald i ordlyden kan dog ikke i sig selv begrunde et absolut regelsammenfald. Som det bl.a. illustreres i kapitel 7 (om den ophavsretlige tilgængeliggørelsesregel), kan selv bestemmelser med identisk ordlyd inden for samme regelsæt skulle fortolkes forskelligt.

I sin analyse af EF-Domstolens afgørelse i Peak Holding-sagen vedrørende konsumption af varemærkerettigheder antager *Palle Bo Madsen* bl.a., at dommens fortolkning af begrebet "markedsført" umiddelbart må kunne overføres til designretten, "der i forordnings-, direktiv-, og lovtekst opererer med helt samme kriterium som varemærkeretten", Peak Holding – om markedsføring som konsumptionsudløsende faktor, U.2005B.69 ff. (s. 71). Dommen og fortolkningen heraf er nærmere omtalt i kapitel 8.

3. Den informationsretlige grundsætnings indplacering i retskildesystemet

Som beskrevet i kapitel 1 indebærer tesen om de informationsretlige grundsætninger, at retskilder fra forskellige discipliner anvendes til at identificere informationsretlige grundsætninger, som så får retskildeværdi inden for andre informationsretlige discipliner. Når dette sammenholdes med det netop beskrevne om den almindelige retsgrundsætning som horisontal retskilde, står det klart, at den informationsretlige grundsætning vil have karakter af almindelig retsgrundsætning. Den informationsretlige grundsætning kan således rummes i den klassiske retskildelære. Afhandlingens definition af begrebet "informationsretlig grundsætning" bør afspejle disse væsentlige pointer. På denne baggrund defineres begrebet "informationsretlige grundsætninger" herefter i afhandlingen som *en almindelig retsgrundsætninger,*

der er udledt af fællestræk mellem vertikale retskilder på tværs af forskellige informationsretlige discipliner og som således også får retskildeværdi inden for andre informationsretlige discipliner.

Et eksempel på en almindelig retsgrundsætning anvendt inden for det informationsretlige område, og dermed med afhandlingens begrebsanvendelse en informationsretlig grundsætning, er den såkaldte *Busterdom*, U.1965.126H. Skuespilleren Buster Larsen optrådte fra 1959 til 1961 som hovedperson i en række fjernsynsudsendelser med titlen "Cirkus Buster" samt i en film af samme navn. Der blev til brug for offentliggørelsen i pressen taget et billede af Buster Larsen sminket med en karakteristisk maske, som han altid bar under optræden i Cirkus Buster. Billedet blev efterfølgende uden Buster Larsens viden solgt til en radio- og fjernsynsproducent, der benyttede det dels i brochurer og annoncer, dels til udstilling i forhandlernes butiksvinduer. For landsretten gjorde Buster Larsen bl.a. gældende, at udnyttelsen af brugen af hans billede var i strid med § 15 i lov om uretmæssig konkurrence (nuværende mfl. § 1) og i strid med almindelige retsgrundsætninger, som bl.a. kom til udtryk i konkurrencelovens § 9 og vml. § 14, nr. 4. Landsretten fandt ikke billedanvendelsen retsstridig, og Buster Larsen ankede herefter dommen til Højesteret. Påstanden om, at billedanvendelsen var i strid med almindelige retsgrundsætninger, var nu gjort til denne principale påstand. Denne påstand blev fulgt af Højesteret med følgende bemærkning: "Det findes af almindelige retsgrundsætninger at følge, at en sådan anvendelse af en persons billede ikke må finde sted uden den pågældendes tilladelse". Det kan ikke af denne udtalelse udledes, om Højesteret mener at identificere en allerede eksisterende grundsætning, eller om Højesteret med dommen skaber en ny grundsætning. Kun med den førstnævnte forståelse vil foreligge en almindelig retsgrundsætning, som begrebet anvendes her i afhandlingen. Det er formentlig også det, Højesteret har ment med sin udtalelse, se herved *Spleths* kommentar til dommen, U.1965B.227: "For Højesteret skiftede sagen i nogen grad karakter, idet S her principalt påberåbte sig, at anvendelsen af S´s billede i reklameøjemed ud fra forholdets natur og almindelige retsgrundsætninger ikke kunne være tilladt uden hans samtykke. *De særlige, for landsrettens fremhævede lovbestemmelser fik her snarere en blot illustrerende karakter til støtte for det hævdede, almindelige princip* … Ved Højesteret fik S medhold i sit principale synspunkt, og der blev således ikke anledning til at tage stilling til, om nogen af de særlig fremhævede lovbestemmelser kunne komme i betragtning" (fremhævet her).

En tilsvarende forståelse af dommen er lagt til grund af *Evald & Schaumburg-Müller*, a.st., s. 305, hvor det anføres, at denne fortolkning af dommen er bedst i overensstemmelse med Højesterets argumentation i beslægtede retsafgørelser.

Hermed bliver dommen et eksempel på en informationsretlig grundsætning: Med udgangspunkt i specifikke lovbestemmelser i den daværende konkurrencelov og i varemærkeloven induceredes en almindelig retsgrundsætning, der anvendtes som hjemmelsgrundlag for at afgøre et informationsretligt spørgsmål uden for disse lovbestemmelsers anvendelsesområde.

4. Den informationsretlige grundsætnings retskildefunktion

Som anført ovenfor kan såvel de autoritative som de ikke-autoritative retskilder være både regelskabende og regelfortolkende. Med konstateringen af, at de informationsretlige grundsætninger kan rummes i den klassiske retskildelære som almindelige retsgrundsætninger, vil dette også gælde for de informationsretlige grundsætninger.

a. Den informationsretlige grundsætnings regelskabende funktion

Den informationsretlige grundsætnings regelskabende funktion opstår, når de vertikale retskilder slet ikke eller kun i helt ubetydeligt omfang giver retningslinjer for, hvordan den konkrete problemstilling skal falde ud. Situationen beskrives af og til også som "det retstomme rum", se f.eks. *Bryde Andersen*, Ret og metode, 2002, s. 21. Det er i denne situation, at domstolene ofte har begrundet deres resultat i "reale hensyn", "forholdets natur", "almindelige retsgrundsætninger" o.lign. Situationen opstår ikke kun i de tilfælde, hvor der slet ikke findes en regel at tage udgangspunkt i, men kan også opstå, når reglen har karakter af en bred standard, som retsanvenderen selv må udfylde. Bestemmelsen om god markedsføringsskik i mfl. § 1 er et eksempel herpå. I denne situation vil domstolen dog ikke gøre brug af begreber som "forholdets natur" men typisk blot henvise til, at den pådømte adfærd er i strid med god markedsføringsskik.

Det er en klassisk debat i retskildelæren, om domstolene i disse situationer *skaber* ny ret eller blot *anvender og fortolker* gældende ret. Sondringen mellem domstolenes retsskabende og retsanvendende funktion er langt fra entydig. En afgørelse, der strider mod ordlyden af en given regel, kan efter omstændighederne både opfattes som en indskrænkende fortolkning og som en ny undtagelsesregel til den eksisterende (hoved)regel. Det må ligge fast, at domstolen ikke skaber ret, hvis den når sit resultat på baggrund af en

autoritativ retskilde. Foreligger der f.eks. højesteretspraksis for et givent resultat, skaber domstolen ikke ny ret ved at følge denne praksis. Afgør domstolen en sag om anvendeligheden af mfl. § 1 på baggrund af forarbejderne til denne bestemmelse skabes heller ikke ny ret. Følger domstolens resultat omvendt ikke af en autoritativ retskilde, foreligger ikke fortolkning, uanset om afgørelsen formelt har hjemmel i en autoritativ retskilde. Når resultatet ikke følger af autoritative retskilder, vil det være den samme type af friere overvejelser, domstolen anvender, uanset om resultatet begrundes med hjemmel i en lovbestemt retsregel som mfl. § 1 eller på ulovbestemt grundlag. Et resultat, der begrundes med hjemmel i mfl. § 1, har derfor ikke karakter af fortolkning, hvis fastlæggelsen af den brede standard "god markedsføringsskik" i den konkrete sag ikke følger af en autoritativ retskilde (forarbejder, tidligere retspraksis mv.). Alligevel forekommer det relevant også på det terminologiske plan at sondre mellem de to situationer. Med den lovbestemte retsregel har lovgiver udstyret domstolene med en kompetence til nærmere at fastlægge retstilstanden. Dette gælder ikke på tilsvarende vis, hvor domstolen begrunder sit resultat uden hjemmel i en autoritativ retskilde men f.eks. udleder resultatet af en almindelig retsgrundsætning. Efter en formel betragtning er den første model derfor bedre i overensstemmelse med magtadskillelseslæren end den sidste. I den første situation kan man tale om, at domstolen *udfylder* en lovbestemt retsregel, mens der i den anden situation er tale om egentlig *regelskabelse*. Man kan derfor i disse situationer tale om, at den informationsretlige grundsætning fungerer som regelskabende eller regeludfyldende retskilde. I disse situationer, hvor de vertikale kilder leder til et retstomt rum, får de horisontale retskilder en særlig stor betydning, uanset om det sker gennem udfyldning eller regelskabelse, jf. også straks nedenfor om den informationsretlige grundsætnings retskildeværdi.

b. Den informationsretlige grundsætning som fortolkningskilde

Den informationsretlige grundsætning kan få betydning som fortolkningskilde i den situation, hvor der består en vertikal retskilde, der er uklar, og hvor de øvrige vertikale retskilder ikke med tilstrækkelighed sikkerhed kan afklare denne fortolkningsusikkerhed. Såfremt den regel, som skal fortolkes, i sig selv er udtryk for en informationsretlig grundsætning og dermed gælder på tværs af de informationsretlige discipliner, vil der også kunne gælde nogle fælles afgrænsningskriterier for reglen på tværs af de enkelte discipliner.

Dette kan illustreres med de privatbrugsregler, der nærmere behandles i kapitel 7. De horisontale analyser viser, at der kan opstilles en grundsætning, hvorefter de eksklusive informationsrettigheder ikke gælder inden for en nærmere afgrænset privatsfære. Sådanne privatbrugsregler er eksplicit fastsat i de lovregulerede discipliner, mens den ulovbestemte ret til eget billede ikke regulerer spørgsmålet. Grundsætningen indebærer, at retten til privat brug også gælder for retten til eget billede. Hermed er grundsætningen anvendt som *regelskabende* retskilde. Inden for ophavsretten er det af afgørende betydning for afgrænsningen af privatbrugsreglen, hvor mange personer værket er gjort tilgængeligt for. Deltagerantallet bliver med andre ord et afgrænsningskriterium ved fortolkningen af privatbrugsreglen. De horisontale analyser viser, at dette afgrænsningskriterium har karakter af en informationsretlig grundsætning. Selvom kriteriet ikke umiddelbart fremgår af varemærkeretten, vil det således også have relevans på dette område som nærmere dokumenteret i kapitel 7 nedenfor. Hermed får grundsætningen karakter af generel *fortolkningskilde* ved fortolkningen af den varemærkeretlige privatbrugsregel.

Når den informationsretlige grundsætning antager karakter af et afgrænsningskriterium foreligger, hvad der kan betegnes som *generel fortolkning*. Afgrænsningskriteriet udgør et fortolkningskriterium, der nærmere afgrænser reglens anvendelsesområde, men reglen må undergives en yderligere *konkret fortolkning*, før det kan afklares, om den finder anvendelse i den konkrete situation. I det netop givne eksempel siger det identificerede afgrænsningskriterium kun, at deltagerantallet har betydning for reglens afgrænsning, mens fastlæggelsen af det konkrete deltagerantal, der bringer brugen inden for det private område, beror på en konkret vurdering og således ikke kan udledes af afgrænsningskriteriet. Det er en væsentlig pointe, at de informationsretlige grundsætninger kan opstille nogle generelle afgrænsningskriterier men stadig levner rum for den konkrete fortolkning, som således kan falde forskelligt ud inden for de forskellige discipliner.

Den informationsretlige grundsætnings funktion vil i nogle tilfælde ligge på grænsen mellem regelskabelse/udfyldning og fortolkning. Dette kan illustreres med den ovennævnte dom om videreformidling af sportsresultater, U.2004.2945H. Højesteret anvender som tidligere beskrevet tilsyneladende den almindelige konsumptionsregel som inspirationskilde, da Højesteret når frem til, at den grundsætning om eneret til videre-spredning af fodboldresultater, der blev fastslået i U.1982.179/2H ikke gælder, når resultaterne allerede er spredt offentligt med rettighedshaverens samtykke. Dommen kan dels læses således, at Højesteret foretager en fortolkning af denne regel, hvorefter den ikke omfatter "konsumptionstilfældet". I så fald bliver den klassiske konsumptionsregel en inspirationskilde til fortolkning. Dommen kan også forstås således, at Højesteret

opstiller en egentlig undtagelsesregel til grundsætningen. I så fald bliver den klassiske konsumptionsregel en inspirationskilde til udfyldning/regeldannelse. Formuleringen af præmisserne (”… den arrangementbeskyttelse, som følger af Højesterets dom i UfR 1982 s. 179/2, hverken ud fra almindelige retsgrundsætninger eller i medfør af markedsføringslovens § 1, kan udstrækkes til også at omfatte de nævnte oplysninger, som allerede er offentliggjort af appellanterne eller med disses samtykke”), synes at tale for førstnævnte resultat. Ikke desto mindre må den grundsætning, som Højesteret ”fortolker”, anses for så upræcis, at der nærmere er tale om en udfyldning eller regeldannelse.

5. Den informationsretlige grundsætnings retskildeværdi

Som netop beskrevet kan den informationsretlige grundsætning ses som et specialfald af den almindelige retsgrundsætning og kan dermed placeres i den klassiske retskildelære. Heraf følger også, at retskildeværdien af den informationsretlige grundsætning vil svare til, hvad der er udviklet herom i den almindelige retskildelære for almindelige retsgrundsætninger. Det er heller ikke på dette sted sigtet at fremkomme med større generelle bidrag til den almindelige retskildelære. Enkelte betragtninger om retskildeværdien af den informationsretlige grundsætning skal dog gøres, idet det under alle omstændigheder står klart, at mere præcise angivelser af retskildeværdien ikke er praktisk muligt.

I Ret & metode angiver *Bryde Andersen* meget rammende, at retskildeværdien er udtryk for en retskildes evne til at virke overbevisende på retsanvenderen, Ret & metode, 2002, s. 135. Bryde Andersen peger herefter på to forhold, der har betydning for denne overbevisningskraft. For det første retskildens *autoritative værdi*: Jo stærkere en autoritet, der står bag retskilden, jo større vil overbevisningskraften, og dermed retskildeværdien, være. For det andet retskildens *retssystematiske værdi*, der måles ud fra den sammenhæng (harmoni), der består mellem den foreliggende retskilde og andre retskilder. Med udgangspunkt i disse to kriterier kan opstilles enkelte generelle betragtninger om retskildeværdien af den informationsretlige grundsætning. For det første må retskildeværdien være større, jo stærkere en autoritet der står bag de vertikale retskilder, som leder til grundsætningen. Såfremt den informationsretlige grundsætning udledes af en række positive lovregler og dermed er anerkendt af lovgiver, må retskildeværdien eksempelvis være større, end hvis grundsætningen udledes af nogle afgørelser fra lavere retsinstanser. For det andet må retskildeværdien være større, jo flere steder den kan identificeres. Jo flere punktnedslag der bekræfter

grundsætningen, jo mere fast er den, og jo højere grad af sammenhængskraft (retssystematisk værdi) er den udtryk for.

Ved siden af disse betragtninger må det endvidere gælde, at jo mindre de vertikale retskilder kan bidrage til at besvare den konkrete retlige problemstilling, jo større retskildeværdi får de horisontale retskilder. Eftersom de vertikale retskilder har karakter af autoritative retskilder, jf. ovenfor, stemmer dette også overens med betragtningen om betydningen af retskildernes autoritative værdi: Jo sikrere retningslinjer de autoritative retskilder tilvejebringer, jo mindre behov er der for at inddrage de ikke-autoritative retskilder. Dette betyder, at retskildeværdien af den informationsretlige grundsætning eksempelvis bliver stor i de retstomme rum. Omvendt bliver retskildeværdien af grundsætningen lav, hvis de vertikale retskilder med nogenlunde sikkerhed fastslår retstilstanden. Foreligger eksempelvis en klar højesteretspraksis på ophavsrettens område, vil en modstridende informationsretlig grundsætning udledt af retskilder fra andre informationsretlige discipliner næppe blive tillagt stor vægt på det ophavsretlige område og under alle omstændigheder ikke så stor vægt, som hvis retstilstanden var uklar på det ophavsretlige område.

Det må i denne sammenhæng også antages at have betydning, hvilken karakter den vertikale retskilde har. Jo større autoritet den vertikale retskilde har, jo mindre tilbøjelige vil domstolene formentlig være til at tillægge en modstridende informationsretlig grundsætning forrang. En væsentlig praktisk konsekvens af dette er bl.a., at en klar lovbestemmelse næppe vil kunne tilsidesættes af en informationsretlig grundsætning. Selvom dette må være udgangspunktet, rummer forholdet mellem en lovbestemmelse og en modstridende informationsretlig grundsætning nogle yderligere nuancer.

For det første kan det tænkes, at grundsætningen kan påvirke fortolkningen af lovbestemmelsen, således at lovbestemmelsen fortolkes på den måde, der er bedst i overensstemmelse med grundsætningen.

Se om øvrige (modstående) retskilders mulighed for at påvirke lovbestemmelser gennem fortolkning *Stuer Lauridsen*, Om ret og retsvidenskab, 1992, s. 106: "Udgangspunktet vil altid være, at den retsnorm, som udtrykkes gennem loven, skal have forrang over for modgående retskilder … Men det er vigtigt at understrege, at der kun er tale om vægtningsprincipper, og at der under alle omstændigheder skal ske en fortolkning af loven, som kan medføre, at lovens retsnorm må præciseres og korrigeres på en måde, der giver plads for (tilsyneladende) modgående resultater".

Et eksempel herpå, der nærmere beskrives i kapitel 7 og 9.2, kan gives fra varemærkeretten, hvor den varemærkeretlige konsumptionsregel er fortol-

ket således, at den giver videreforhandleren en vis ret til at gengive varemærket i reklamer. Denne fortolkning er meget vidtgående og harmonerer ikke med bestemmelsens ordlyd, men den harmonerer til gengæld med en informationsretlig grundsætning, der giver ret til at bruge beskyttet information som led i information om egne ydelser.

For det andet vil der være en glidende overgang mellem den situation, hvor en grundsætning tilsidesætter en lovbestemmelse, og den situation, hvor grundsætningen blot supplerer lovbestemmelsen. Et eksempel på denne sondring kan gives med dommen U.1998.525Ø, der nærmere er omtalt nedenfor i kapitel 9.2. En parallelimportør af musik-CD'er solgte CD'erne via sin hjemmeside. På hjemmesiden havde importøren indlagt små lytteprøver. Disse prøver udgjort både eksemplarfremstilling og tilgængeliggørelse efter ophavsretsloven, og landsretten fandt berettiget, at dette ikke var omfattet af citatreglen i ohl. § 22, og at lytteprøverne derfor var ulovlige. Prøverne kan imidlertid formentlig hjemles af den netop omtalte grundsætning om retten til at informere om egne ydelser. Man kan herefter overveje, om denne grundsætning er i strid med eneretten efter ohl. § 2, eller om grundsætningen skal betragtes som en ulovreguleret indskrænkning, der har karakter af supplement til de positive ophavsretlige regler. Afgørende må formentlig være, om den autoritet, der står bag retskilderne, det vil her sige lovgiver, har forholdt sig til den situation, grundsætningen omhandler. Er dette tilfældet, må lovbestemmelsen gå forud for grundsætningen. Er dette ikke tilfældet, vil grundsætningen kunne tillægges retsvirkning ved siden af lovreglerne som et supplement hertil. I den konkrete situation ligger det klart, at lovgiver hverken med udformningen af eneretsreglen i ohl. § 2 eller ophavsretsloven i øvrigt har forholdt sig specifikt til problemstillingen med lytteprøver. Grundsætningen vil derfor kunne gælde ved siden af ophavsretslovens regler. Havde det omvendt udtrykkeligt fremgået af loven, at lytteprøver ikke var tilladt, kan det ikke forventes, at en modstridende grundsætning var tillagt forrang af domstolene.

KAPITEL 4

Informationsretlige hensyn

1. Den informationsretlige hensynslære

Hensynslæren som juridisk figur kan spores tilbage til *Bent Christensens* forfatterskab. I bogen Forvaltningret – opgaver, hjemmel, organisation, 1991 (2. udgave 1997, baseret på bogen Forvaltningsret: hjemmelsgrundlag fra 1980), opregnes en kreds af kriterier, som forvaltningen lovligt kan inddrage ved fastlæggelsen af det forvaltningsretlige skøn, se s. 139 ff. En række af disse kriterier samles under betegnelsen "almene kriterier", hvorom anføres: "Ved almene kriterier tænkes på nogle meget almene vurderinger, som går igen i det meste af juraen …", s. 162. Hertil henregnes bl.a. berettigede forventninger, god tro, kriterier knyttet til friheds- og menneskerettigheder, værdispildsbetragtninger og retshåndhævelseshensyn.

Tanken er efterfølgende overført til det formueretlige område af *Bryde Andersen*, første gang i 1. udgaven af Grundlæggende aftaleret, 1997. I bogens kapitel 7 opregnes en række hensyn (som i denne sammenhæng anvendes synonymt med "kriterier") af betydning for den aftaleretlige argumentation (viljeshensyn, forventningshensyn, samfundsøkonomiske hensyn, loyalitetshensyn m.fl.). Kapitlet indledes med følgende betragtninger: "Fordi aftaleretten i så vid udstrækning beror på ulovbestemte eller upræcise retskilder, har argumentationen (altså det at identificere retligt gyldige og relevante *hensyn* i en retsanvendelse) stor betydning for den formueretlige retsanvendelse. Argumentationen har to elementer. Først må man identificere de hensyn, der har gyldighed for retsanvendelsen. Dernæst må man, når disse hensyn er i modstrid, *afveje* dem mod hinanden og fastslå, hvilke(t) der skal have forrang. Ved at studere den aftaleretlige argumentation får man dels indtryk af, hvorfor reglerne ser ud som de gør, dels kan man bedre bedømme retsstillingen på områder, hvor retsgrundlaget er uklart" (fremhævet i original), a.st., s. 341. Denne præsentation af en aftaleretlig hensynslære følges op af tanker om en obligationsretlig hensynslære, se *Bryde*

Andersen & Lookofsky, Lærebog i obligationsret, 2005, s. 28 ff., og *Bryde Andersen*, "Obligationsretten ´almindelige del´" i *Lynge Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Bernhard Gomard, 2001, s. 20 f. Senest har Bryde Andersen lagt tanken frem på et mere generelt plan i bogen Ret & metode, 2002, se s. 187 ff.

Der er ikke i sig selv noget nyt i at inddrage reglernes bagvedliggende hensyn i den juridiske retsanvendelse. Forskellen ligger i, at hensynslæren bygger på en *systematiseret* identifikation og om muligt afvejning af relevante hensyn. Den systematiserede identifikation sker gennem en rubricering af generelt relevante hensyn i et hensynskatalog. Tanken om, at der kan opstilles et sådant katalog af generelle hensyn, er bærende i hensynslæren.

Et eksempel på en mere systematisk brug af hensyn findes i *Sofsruds* disputatsarbejde om bestyrelsesansvar, Bestyrelsens beslutning og ansvar: spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar, 1999, hvor der opstilles en række "fokuspunkter" (eller hensyn), der udgør rammen for vurderingen af bestyrelsesansvaret.

Bryde Andersen opstiller en hensynslære inden for aftaleretten og obligationsretten. Argumentationen er overbevisende, og der er næppe tvivl om, at hensynslæren må anerkendes på disse områder. En informationsretlig hensynslære adskiller sig ved at skulle identificere fælles hensyn inden forskellige juridiske discipliner. Man kan derfor spørge, om tankegangen lader sig overføre til informationsretten. Henset til, at de karakteristika, der kendetegner information, har betydning for retlig regulering på tværs af informationsretlige discipliner, kan tesen om en informationsretlig hensynslære ikke afvises, blot fordi den favner forskellige retlige discipliner. Tror man på tesen om en horisontal informationsret, må udgangspunktet tværtimod være det modsatte, hvilket også påvises i det følgende.

De informationsretlige hensyn knytter sig til de informationsretlige regler, og det er derfor nærliggende at lade den systematiske inddeling af hensynene følge samme systematik, som er anvendt for retsreglerne. Som nærmere beskrevet i kapitel kan de informationsretlige regler inddeles i de forskellige typer af regler, der er illustreret ved figuren på s. 62: Det grundlæggende princip om informationsfrihed, reglerne om tildeling af informationsrettigheder, de specifikke undtagelsesregler, undtagelser der følger af regler om ret til at behandle information og generelle adfærdsregler, der kan fungere som undtagelsesregler.

Ved en kategorisering af hensynene efter denne figur kan først udskilles de generelle regler, der kan medføre indskrænkninger i informationsrettig-

hederne. Da disse regler ikke specifikt regulerer informationsbehandlingen, er de heller ikke baseret på informationsretlige hensyn.

Af reglerne om ret til at behandle information, er det navnlig ytringsfrihedsreglerne, der har betydning. Disse regler har en nær sammenhæng med det grundlæggende princip om informationsfrihed, og hensynene bag de to sæt af regler er delvis overlappende og kan derfor med fordel behandles samlet.

Ved identifikationen af de informationsretlige hensyn må der derfor sondres mellem følgende tre kategorier: 1) hensynene bag princippet om informationsfrihed, der også dækker hensynene bag ytringsfrihedsreglerne (regler om ret til at behandle information), 2) hensynene bag reglerne, der tildeler informationsrettigheder og 3) hensynene bag de specifikke undtagelsesregler.

I det følgende identificeres derfor de bærende hensyn bag princippet om informationsfrihed (afsnit 2) og reglerne om tildeling af informationsrettigheder (afsnit 3). I afsnit 4 knyttes nogle enkelte bemærkninger til hensynene bag de specifikke undtagelsesregler. Endelig gøres nogle overordnede betragtninger om afvejningen af informationsretlige hensyn i afsnit 5.

2. Hensynene bag det grundlæggende princip om informationsfrihed

Retten til frit at kunne sprede information er grundlæggende i et demokratisk samfund, jf. også om det grundlæggende princip om informationsfrihed ovenfor i kapitel 3.2. Enhver kan som udgangspunkt ytre sig uden nogle former for restriktioner. Denne ret følger allerede af det almindelige hensyn til handlefriheden, der er bærende i et liberalistisk retssystem. Bag grundsætningen om informationsfrihed ligger imidlertid også nogle mere konkrete samfundsøkonomiske og personlighedsretlige hensyn.

Det samfundsøkonomiske rationale bag grundsætningen om informationsfrihed er, at bl.a. udveksling af information vil skabe større viden i samfundet. Denne viden vil kunne føre til nye samfundsnyttige erkendelser og opdagelser, som igen vil skabe større velstand og velfærd i samfundet. Tanken om, at der kan opnås en samfundsøkonomisk gevinst ved øget vidensspredning og vidensdeling, afspejler sig bl.a. i patentrettens offentliggørelseskrav. Samfundet er interesseret i, at opfinderen oplyser om sin opfindelse, så ikke kun opfinderen men samfundet som helhed bringes på et højere erkendelsesniveau. Som betaling herfor opnår opfinderen en eneret til op-

findelsen. Synspunktet begrænser sig dog ikke til information, der kan bringe samfundet på et højere erkendelses- eller vidensniveau. Også udveksling af mere dagligdags information vil gøre befolkningen i stand til at træffe beslutninger, som er samfundsgavnlige. Oplysninger om togforsinkelser vil eksempelvis gøre det muligt at tage højde herfor ved at tage tidligere hjemmefra og nå frem til et vigtigt møde i tide eller ved at arbejde hjemme og dermed undgå uproduktiv ventetid. Muligheden for informationsspredning vil være samfundsgavnlig i en meget bred kontekst.

Ud over disse samfundsøkonomiske hensyn, har grundsætningen om informationsfrihed også en personlighedsretlig side, der hviler på et grundlæggende ytringsfrihedshensyn. Retten til at ytre sig frit gælder også for ytringer, der ikke fører til mere velstand eller velfærd i samfundet, og er således funderet på et bredere hensyn af ikke-økonomisk karakter. Denne del af informationsfriheden er forankret i emrk. art. 10 og bygger på en ideel forestilling om, at enhver bør have en ret til frit at ytre sig i en demokratisk retsstat.

Ytringsfrihedens betydning for udstrækningen af immaterialrettighederne er til debat i disse år, se f.eks. *Geiger*, "Constitutionalising" Intellectual Property Law? The influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, IIC, 2006, s. 371 ff. Ytringsfriheden kan have betydning for omfanget af informationsrettighederne på to måder. For det første ved at de materielle ytringsfrihedsregler (emrk. art. 10) fungerer som selvstændige undtagelser til informationsrettighederne uanset om ikke andre undtagelsesbestemmelser finder anvendelse. For det andet ved, at informationsfrihedshensynet anvendes som et af de relevante hensyn i analyserne af de specifikke informationsretlige undtagelsesregler (privat brug, konsumption m.fl.), jf. nærmere om denne sondring kapitel 9.3.

3. Hensynene bag reglerne om informationsrettigheder

Det er ikke ambitionen på dette sted at opstille en udtømmende opregning af de hensyn, der ligger bag reglerne om tildeling af informationsrettigheder og de løbende drøftelse i teorien af, hvad der begrunder informationsrettighederne, vidner da også om, at et sådant projekt næppe i det hele taget ville være muligt. Projektet ville heller ikke tjene afhandlingens formål. Identifikationen af de informationsretlige hensyn skal alene tjene til at vurdere, om sådanne hensyn på et systematisk grundlag kan forklare, hvornår der kan opstilles informationsretlige grundsætninger. Man kan ikke med detailanalyser af de enkelte hensyn og en deraf følgende detailanalyse af hensynssammenfaldet med nøjagtighed fastslå den horisontale retskilderelevans.

Analysen må derfor tage udgangspunkt i grundlæggende informationsretlige hensyn, som kan påpege overordnede hensynssammenfald mellem de enkelte discipliner.

Der består en helt grundlæggende sondring mellem de informationsretlige regler, der beskytter rettighedshaverens økonomiske interesser (de økonomiske informationsrettigheder), og de regler, der beskytter ideelle interesser (de ideelle informationsrettigheder), jf. også kapitel 3 ovenfor. Når disse to sæt af regler beskytter forskellige interesser, må det også forventes, at der ligger forskellige hensyn bag reglerne. Omvendt synes reglerne også at rumme sådanne strukturelle lighedstræk, at der skabes en forventning om horisontal relevans på tværs heraf, jf. kapitel 3. Det kan derfor heller ikke uden videre udelukkes, at der kan bestå fælles hensyn mellem reglerne om økonomisk henholdsvis ideel beskyttelse af informationsrettigheder. Dette må vurderes på baggrund af gennemgangen af de enkelte hensyn. Den efterfølgende gennemgang vurderer relevansen af de enkelte hensyn i relation til de enkelte regler om informationsrettigheder. På baggrund heraf vurderes, om der er et hensynssammenfald mellem reglerne om økonomiske informationsrettigheder, mellem reglerne om ideelle informationsrettigheder og på tværs af de to typer af regler.

3.1. Hensynene bag reglerne om økonomiske informationsrettigheder

Når de økonomiske informationsrettigheder er søgt begrundet, synes tre grundlæggende hensyn at indtage en central placering. Disse tre hensyn, incitamenthensynet, berigelseshensynet og forvekslingshensynet, beskrives i det følgende.

3.1.1. Incitamentshensyn

a. Baggrund

Incitamentshensyn står centralt i forståelsen af de økonomiske informationsrettigheder. Hensynet bygger på den grundlæggende tanke, at udvikling af informationsprodukter er et gode i et moderne samfund, hvorfor lovgivningen bør skabe et incitament hertil gennem tildeling af eneretspositioner. Hermed får skaberen af informationsproduktet mulighed for at udnytte sit produkt økonomisk.

Historisk kan incitamenthensynet spores tilbage til tidlige retsteoretikere som *Jeremy Bentham*, *Jean Baptiste Say*, *John Stuart Mill* og *John Bates Clark*, jf. *Riis*, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, 2005, s. 28. I nyere teori findes en omfattende navnlig retsøkonomisk litteratur om incitaments-

læren. Centralt står bl.a. *Joseph Schumpeters* arbejde, herunder særligt de tanker, der er lagt frem i værket Capitalism, Socialism and Democracy, 1976 (1. udgave 1942). Schumpeter fremfører her (s. 84 ff.) tanken om, at store virksomheder med stor markedsstyrke vil have bedre forudsætninger for at skabe nye opfindelser, bl.a. på grund af det høje omkostningsniveau, der er forbundet med udvikling af teknologisk komplekse opfindelser. Schumpeter anfører, at denne styrke ikke nødvendigvis kan opnås i et marked med fri konkurrence, som kan vanskeliggøre en langsigtet planlægning og investering. Dette fører til konklusionen, at innovation bedst sikres ved at beskytte virksomhederne mod konkurrence i en periode. En oplagt måde at yde denne beskyttelse på, er ved tildeling af enerettigheder, og det vil for opfinderisk virksomhed sige patenter. Beskyttelsen vil give virksomhederne mulighed for at oparbejde en yderligere markedsstyrke i monopolperioden og dermed få yderligere styrke til at satse på innovation. Hermed får virksomhederne et incitament til at foretage de nødvendige langsigtede investeringer.

En god beskrivelse af forskellige strømninger og litteratur om emnet findes hos *Riis*, a.st., s. 21 ff.

Incitamenthensynet kan både afgrænses positivt eller negativt.

Den *positive afgrænsning* er nok i overensstemmelse med den almindelige forståelse af incitamenthensynet. Efter denne forståelse gives eneretten, så rettighedshaveren med henblik på økonomisk gevinst udvikler og tilrådighedsstiller informationsprodukter, som ellers ikke ville være skabt. Med den økonomiske gevinst stilles rettighedshaveren bedre ved at skabe informationsproduktet end ved at lade være. Loven ansporer med andre ord til skabelsen af informationsprodukter ved at give rettighedshaveren en potentiel bedre position (økonomisk gevinst) med informationsproduktet end uden. Incitamenthensynet vil med denne forståelse ikke dække de situationer, hvor informationen er skabt uden profitøjemed. En digter, der lægger sine digte ud på sin hjemmeside i forventning om, at de ikke har salgspotentiale, vil ikke have behov for en eneret til digtene efter den positive afgrænsning af incitamenthensynet.

Med den *negative afgrænsning* af incitamenthensynet, får det et bredere anvendelsesområde. Efter den negative afgrænsning skal eneretten ikke nødvendigvis sikre rettighedshaveren en (økonomisk) gunstigere position men blot sikre, at rettighedshaveren ikke stilles ugunstigere ved at have skabt informationen. Selvom digteren i eksemplet ovenfor ikke selv ønsker

at tjene penge på sine digte, ville en manglende eneret kunne betyde, at andre ville udnytte dem kommercielt. Dette kunne muligvis føre til sådan frustration, at digteren ville undlade at skabe digte eller stille dem til rådighed for offentligheden. En eneret vil dermed skabe incitament til informationsskabelsen ved at fjerne gener, som ellers kunne virke prohibitive for skaberen. Hermed vil incitamenthensynet til dels også kunne rumme de ideelle ophavsrettigheder. Uden forbudet mod krænkende ændringer i ohl. § 3, ville ophavsmanden måtte acceptere sådanne integritetskrænkelser. Dette kunne i yderste konsekvens afholde ophavsmanden fra at skabe eller tilgængeliggøre sit værk.

b. Regler baseret på incitamentshensyn

Vendes blikket herefter mod de enkelte økonomiske informationsrettighedsdiscipliner, kan det konstateres, at incitamentshensynet står centralt i de fleste.

Incitamentshensynet er bredt anerkendt i *ophavsretten*. I forarbejderne til 1995-ohl., FT 1994-95, till. A, s. 1327 anføres således: "Dette [ønsket om at tilgodese ophavsmanden] begrundes gerne med, at det er i samfundets interesse at have et sæt regler, der sikrer kunstnerne vederlag for deres indsats, fordi dette på afgørende vis giver de kreative kræfter tilskyndelse til ny produktion og ny udbredelse af værker". Se også *Knoph*, Åndsretten, 1936, s. 4: "ingen kan nekte at samfundet er interessert i at åndsproduksjonen trives, både av hensyn til den materielle og åndelige kultur. Rettsreglene bør derfor innrettes slik at produksjonen fremmes og opmuntres så sterkt som mulig, og her som ellers viser det sig at materiell vinning er en gagnlig stimulans i så henseende". Se ligeledes *Weincke*, Ophavsret, 1976, s. 28 og *Riis*, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, 2005, s. 25 f. med yderligere henvisninger. Hensynet er også fremhævet i anglo-amerikansk ophavsret. Se f.eks. den hos Riis a.st. citerede dom fra U.S. Supreme Court i Twentieth-Century Music Corp. V. Aiken, 422 U.S. 151 (1975), s. 156: "The limited scope of the copyright holder´s statutory monopoly, like the limited copyright duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest: Creative works is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts. The immediate effect of our copyright law is, to secure a fair return for an ´author's´ creative labor. But the ultimate aim is by the incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good. ´The sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly,´ this court

has said, ´lie in the general befenits derived by the public from the labors of authors´".

Incitamentshensynet er også bredt anerkendt inden for *patentretten*, se f.eks. *Koktvedgaard og Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 18 ("ansporingsprincippet"). *Riis* a.st. behandler incitamentshensynet som et generelt immaterialretligt hensyn men fremhæver flere steder hensynets betydning i patentretten. Se også ovenfor om *Schumpeters* teori om behovet for konkurrencebeskyttelse gennem bl.a. patentrettigheder.

Mest markant er incitamentshensynet nok i *databaseretten*. Ønsket om at sikre tilstrækkelige incitamenter til at investere i frembringelsen af databaseprodukter var en af de væsentligste årsager bag sui generis beskyttelsen i databasedirektivet. Dette fremgår tydeligt af direktivets præambel 7-12:

> (7) fremstillingen af databaser kræver investering af betydelige ressourcer af menneskelig, teknisk og økonomisk art, medens de kan kopieres eller konsulteres til en brøkdel af de omkostninger, der er nødvendige for at udvikle dem selvstændigt;
>
> (8) uautoriserede udtræk og/eller genanvendelser af indholdet af en database er handlinger, der kan få alvorlige økonomiske og tekniske følger;
>
> (9) databaser er et vigtigt redskab med henblik på udvikling af et informationsmarked i Fællesskabet; dette redskab kan også være nyttigt på mange andre områder;
>
> (10) den eksponentielle vækst i Fællesskabet og på verdensplan i den informationsmængde, der produceres og behandles årligt indenfor alle sektorer af handel og industri, kræver, at der foretages investeringer i avancerede informationsbehandlingssystemer i samtlige medlemsstater;
>
> (11) der er for øjeblikket en stor uligevægt i omfanget af investeringer i databasesektoren både mellem medlemsstaterne og mellem Fællesskabet og de største databaseproducerende tredjelande;
>
> (12) investeringer i moderne informationslagrings- og informationssøgningssystemer vil ikke finde sted i Fællesskabet, medmindre der indføres en sikker og ensartet retlig ordning til beskyttelse af databasefremstillernes rettigheder.

Selvom incitamentshensynet ikke træder så tydeligt frem i *varemærkeretten* som i de ovennævnte discipliner, baseres også varemærkeretten på incitamentshensyn. Varemærker og andre forretningskendetegn har til opgave at informere om det udbudte produkt og producenten bag produktet. Informationen udledes ikke nødvendigvis direkte af varemærket men gennem det ry produktet og producenten oparbejder og gennem brugernes erfaring med produktet. Ved at sælge produktet under et givet varemærke skabes en for-

ventning om, at produktet besidder de egenskaber og kvaliteter, der er knyttet til varemærket.

Den kendetegnsfunktion som hermed karakteriserer varemærket opdeles sædvanligvis i varemærkets individualiseringsfunktion, oprindelsesfunktion, reklamefunktion og garantifunktion, se herved bl.a. *Koktvedgaard*, Immaterialretspositioner, s. 171, *Schovsbo*, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, 1996, s. 88 ff., *Wallberg*, Varemærket, 2008, s. 14, *Riis*, a.st., s. 59 ff. med yderligere henvisninger. Som påpeget af Riis, a.st., er individualiseringsfunktionen en forudsætning for de tre øvrige funktioner men i øvrigt uden selvstændigt indhold. Oprindelsesfunktionen sikrer markedet information om producenten, mens garantifunktionen sikrer information om varens (forventede) kvalitet. Reklamefunktionen gør det muligt for producenten at informere markedet kollektivt om produktet gennem reklamering for varemærket og dermed supplere eller ændre den opfattelse, den enkelte køber måtte have fået gennem individuel omtale eller egen erfaring med produktet.

De forventninger, et godt varemærke skaber, opnås sjældent omkostningsfrit. Det indledende valg og design af logo og navn er en opgave, som ofte i sig selv er ressourcekrævende og ofte kræver en faglig ekspertise. Reklameudgifter der skal styrke varemærket og dermed de bagvedliggende produkter udgør også en stor udgiftspost i mange virksomheder. Disse udgifter er kun givet godt ud, hvis produktet kan leve op til de forventninger, som varemærket skaber hos aftagerne. Den berettigede forventning om, at produkter solgt under samme varemærke opretholder et ensartet kvalitetsniveau, forudsætter en løbende kvalitetskontrol. Et værdifuldt varemærke forudsætter således normalt afholdelse af betydelige investeringer. Det må forventes, at mange varemærkeindehavere ikke ville afholde disse omkostninger, hvis det var muligt lovligt at plagiere varemærket, så snart det havde fået værdi, jf. således også *Riis*, a.st., s. 62. Der er betydelige samfundsmæssige fordele ved, at markedet kan opnå en enkelt og effektiv information om de udbudte produkter gennem brug af varemærker. Ved at tildele eneret til varemærker skabes det fornødne incitament til at investere i udviklingen af varemærker.

Knoph har i tilknytning hertil peget på, hvad der kan betegnes for et mere indirekte incitamentshensyn ved at antage, at en varemærkekrænkelse vil være et angreb på den virksomhed, som mærkeindehaveren har bygget op. Hvis ikke mærkeindehaveren beskyttes herimod, vil incitamentet til at investere i opbygningen af virksomheder svækkes. Se Knoph, Åndsretten, 1936, s. 7: "At de samme rettstankene ligger bak eneretten til firma, merker og lignende kjennetegn, står kanskje ikke klart ved første blikk. Ikke desto mindre er det tilfellet. Gansk visst er det ikke frembringelsen av firmaet eller merket som her beskyttes, og retten er derfor heller ikke knyttet til selve arbeidsresulta-

tet, som en enerett til å rå over dette. Det som her skal vernes er arbeidet med å oparbejde en forretning, vinne en kundekrets og erobre det gode renommé for sine varer og for sin person, som forretningens trivsel og fremgang avhenger av. Som firmaet og merkene kjennetegner forretningen, symboliserer de også de verdier som forretningen representerer. Ethvert angrep på dem er i virkeligheten et angrep på selve forretningen, og truer derfor med å frata eieren verdier som han møisommelig har erhvervet sig ved å arbeide forretningen op".

Varemærkeretten er således også båret af et incitamentshensyn, jf. *Landes & Posner*, Trademark Law: An Economic Perspective, 30 Journal of Law and Economics, 1987, s. 265 ff.

Nogle varemærker opnår en sådan popularitet og kendthedsværdi, at varemærket bliver et produkt i sig selv. Man taler om, at varemærket får egenværdi, jf. *Koktvedgaard*, Immaterialretspositioner, 1965, s. 161. Køber man et Coca Cola-håndklæde eller et Barbie-håndklæde, er det varemærket mere end produktets konkrete egenskaber og kvalitet, der afgør valget. Varemærkets primære funktion er således ikke at fungere som kendetegn for et produkt. Den informationsfunktion, som varemærket traditionelt varetager, og som begrundede incitamentshensynet ovenfor, er med andre ord ikke-eksisterende eller kun af sekundær karakter. Dette rejser spørgsmålet, om incitamentshensynet er uden betydning for egenværdi-varemærker. For en umiddelbar betragtning er det nærliggende at svare bekræftende på dette spørgsmål. Der synes ikke at være samme samfundsnytte knyttet til egenværdi-varemærkerne, som den der var knyttet til symbolvaremærkerne gennem disse mærkers informationsfunktion. Helt så enkelt kan problemstillingen dog ikke stilles op. Mens symbolvaremærket har karakter af *operationel* information, har egenværdi-varemærket karakter af *emotionel* information. Dette medfører, at samfundsnytten af disse to typer af varemærker ikke umiddelbart kan sammenlignes, hvilket dog ikke nødvendigvis er det samme som, at egenværdi-varemærket ikke har samfundsnytte. At emotionel information også kan antages at have samfundsnytte og dermed kan beskyttes med udgangspunkt i et incitamentshensyn illustreres af ophavsretten. Den emotionelle værdi, der skabes hos brugeren af et egenværdi-varemærke, kan være lige så stor, som den der skabes gennem musik og film eller andre ophavsretligt beskyttede værker, tilsvarende Riis, a.st., s. 65. Det må derfor også antages, at incitamentshensynet understøtter beskyttelsen af egenværdi-varemærker.

Incitamentshensynet har også betydning i erhvervshemmelighedsbeskyttelsen. I SOU 1983:52, s. 268 ff. anføres følgende grund til at indføre særlige regler om beskyttelse af erhvervshemmeligheder i svensk ret (oversæt-

telserne hentet fra *Sune Troels Poulsen*, Loyalitetspligt & erhvervsforbud, 1991, s. 27):

1. Viljen til at investere i teknisk udviklingsarbejde svinder, hvis ikke virksomhederne i rimelig udstrækning får beskyttelse for deres særlige viden.
2. Man bør ikke tillade angreb, som medfører, at angriberen snylter på andre virksomheders udviklingsindsatser.
3. Der er brug for et internationalt set rimeligt beskyttelsesniveau for at "svenske" virksomheder kan tiltrække udenlandsk viden.

Det under pkt. 3 anførte er en slags konkurrencehensyn, som ikke indeholder nogen selvstændig grund til, hvorfor der skal ydes beskyttelse, men blot fastslår, at beskyttelsen ikke bør være svagere end i andre lande. Bestod der ikke beskyttelse i andre lande, behøvede man ud fra denne betragtning heller ikke eneretsbeskyttelse i Sverige. Interessen samler sig derfor om det under pkt. 1 og 2 anførte. Disse to punkter udtrykker henholdsvis et incitamentshensyn og et berigelseshensyn, jf. om dette hensyn i det følgende afsnit.

Eftersom incitamentshensynet og berigelseshensynet supplerer hinanden, jf. nedenfor, kan det ikke tiltrædes, når *Sune Troels Poulsen* antager, at de to grunde stort set er sammenfaldende, jf. Loyalitetspligt & erhvervsforbud, a.st.

Incitamentshensynets betydning for reglerne om erhvervshemmelighedsbeskyttelse er ligeledes fremhævet af *Irgens-Jensen*, Forretningshemmeligheter, NIR, 2006, s. 575.

c. Incitamentshensynets begrænsninger. Regler, der ikke er baseret på incitamentshensyn.

Incitamentshensynet har dog også sine begrænsninger. Hensynet bliver kun relevant, når der *skabes* information, der har en *samfundsnytte*.

Skaber informationen *ingen samfundsmæssig værdi*, er der ikke grund til gennem tildeling af informationsrettigheder at skabe et incitament til informationsskabelsen. Overvejelserne om nytteværdien af egenværdi-varemærker illustrerer denne begrænsning i incitamentshensynet men illustrerer også vanskelighederne ved at gøre kriteriet operationelt. I praksis er det næppe muligt at måle og nærmere fastlægge nytteværdien af information, hvilket bl.a. vanskeliggøres af, at nytteværdien ofte vil have en ideel karakter. Dette vil altid gøre sig gældende for den emotionelle information. Ikke

desto mindre må det på det principielle plan fastholdes, at eventuelle rettigheder til information uden samfundsmæssig nytteværdi ikke kan baseres på et incitamentshensyn. Det er denne betragtning, der har affødt uenighed om beskyttelsesniveauet for egenværdi-varemærker, jf. *Riis*, a.st., med henvisninger til divergerende opfattelser i den retsøkonomiske litteratur.

Kravet om, at informationen skal *skabes*, medfører også begrænsninger i incitamentshensynets anvendelsesområde. Den type af information, der opstår mere eller mindre af sig selv, er efter sin natur ikke skabt ud fra en incitamentsovervejelse. Ikke desto mindre giver nogle af de informationsretlige discipliner rettigheder til denne type af information. Eksempler på beskyttet information, der i højere grad "opstår" end "skabes", er eget billede og persondata. Når rettighedshaveren ikke beslutter sig for at skabe disse former for information, kan rettighederne til dem ikke begrundes i incitamentshensyn. Det gælder formentlig generelt, at beskyttelsen af informationer, der knytter sig til den enkeltes person, herunder navn og billede, andre karakteristika (særlig gangart, dialekt mv.) og personoplysninger i øvrigt, ikke kan begrundes i incitamentshensyn.

En enkelt undtagelse gælder muligvis i den situation, hvor en person målrettet arbejder på at opnå en kendthedsværdi. I denne situation vil retten til at udnytte kendthedsværdien, navnlig i form af retten til eget billede, muligvis kunne begrundes i incitamentshensyn. Se således *Stenvik*, Rettsbeskyttelse av personlig særpreg, TfR, 2003, s. 614: "Til dette kan føyes et tredje moment, som tradisjonelt har fått mindre oppmerksomhet innenfor personlighetsretten, nemlig hensynet til å *stimulere* borgerne til å investere tid og penger i utviklingen av sin personlighet. Tanken er at det er viktig for samfunnet, og særlig for kulturlivet at en del personer utvikler sitt særpreg og trer frem i offentlighetens lys, slik som f.eks. musikere, skuespillere og idrettsutøvere. Det er neppe tvivl om at søkningen mot slike posisjoner påvirkes av de økonomiske betingelser som stilles i utsikt, og herunder av den beskyttelse rettsordenen kan gi for deres publisitetsverdi".

Som det ses er Stenviks argumentation nært beslægtet med de argumenter, der kan fremføres til støtte for, at egenværdi-varemærker også må nyde beskyttelse efter et incitamentshensyn. Dette er ikke overraskende. Der vil ofte bestå et nært slægtskab mellem egenværdi-varemærkerne og kendte personers ret til eget billede. Af og til vil de to typer af information mere eller mindre falde sammen. Når en kendt skuespiller optræder i en bestemt rolle, kan en uberettiget udnyttelse heraf både være en krænkelse af retten til eget billede og til det varemærke, som måtte bestå til selve figuren. Slægtskabet mellem egenværdi-varemærkerne og retten til eget billede mærkes også i *Lehmanns* udtalelse om, at velkendte varemærker har en *personality profile*, Lehmann, Unfair Use

of and Damage to the Reputation of Well-Known Marks, Names and Indications of Source in Germany. Some Aspects of Law and Economics, IIC, 1986, s. 762 f.

Også *Pinckaers* fremhæver incitamentshensynet i begrundelsen af retten til eget billede, Toward a new intellectual property right in persona, 1996, s. 248 ff., bl.a. med henvisning til U.S. Supreme Courts udtalelse i Zacchini-sagen: "Of course, Ohio's decision to protect petitioner's right of publicity here rests on more than a desire to compensate the performer for the time and effort invested in his act; the protection provides an economic incentive for him to make the investment required to produce a performance of interest to the public. This same consideration underlies the patent and copyright laws long enforced by this Court", Zacchini vs. Scripps-Howard Broadcasting Company, 433 U.S. 562 (1977).

Incitamentshensynet kan derimod ikke anvendes, hvor en person bliver kendt og dermed får kommerciel værdi som følge af enkeltstående mere eller mindre tilfældige begivenheder (vinder af en landsdækkende TV-quiz eller en luftkaptajn som redder et passagerfly ved en dramatisk nødlanding). Retten til eget billede kan næppe heller begrundes i incitamentshensyn, hvis en skuespiller eller tv-vært bliver kendt gennem sit arbejde men i øvrigt ikke udfolder bestræbelser på at opnå en kendthedsværdi.

I nogle tilfælde synes også ophavsretlige beskyttede værker og varemærker i højere grad at "opstå" end at blive "skabt", særligt hvis man til skabelsesbegrebet knytter en forudsætning om et vist minimum af investering i form af penge, tid, kreativ indsats mv. Dette gælder i udpræget grad med den positive afgrænsning af incitamentshensynet, der ikke omfatter værker, som skabes uden profitformål. Selv med den negative afgrænsning kan man dog overveje, hvorvidt de mere tilfældigt opståede værker, som f.eks. et børnemaleri (der opfylder de beskedne krav til originalitet) fuldt ud kan begrundes i incitamentshensyn. Tilsvarende kan man overveje, om et varemærke, som vælges uden nærmere forarbejde og blot placeres på et produkt, fordi produktet skal hedde et eller andet, opnår sin eneret ud fra et incitamentshensyn. Mærket er i hvert fald ikke blevet skabt som følge af en investering, og mærket var formentlig blevet anvendt, uanset om der tildeltes enerettigheder til varemærker eller ej.

At incitamentshensynet forudsætter en skabelsesproces, der inkluderer et vist element af investering, træder med tydelighed frem i databaseretten. Efter databasedirektivets art. 7, stk. 1 forudsætter eneretsbeskyttelsen en enten kvalitativ eller kvantitativ væsentlig investering i indsamling, kontrol eller præsentation af databasens indhold. Med afgørelserne i *BHB*-sagen og *Fixtures*-sagerne slog EF-Domstolen fast, at omkostninger forbundet med at skabe og kontrollere de data, der efterfølgende blev sammenstillet og præsenteret i en database, ikke indgik i beregningen af den nødvendige

investering efter art. 7. Resultatet er i nøje overensstemmelse med det incitamentshensyn, der ligger bag databasebeskyttelsen, jf. ovenfor. Den forudgående skabelse og kontrol med data skete ikke med henblik på at oprette en database men havde andre formål (at arrangere hestevæddeløb og fodboldkampe). Databaseindehaveren havde derfor ikke haft et særligt incitament til at udvikle en database. Dette var blot et "*spin-off*" af en hovedaktivitet, og der var derfor ikke forbundet nogen investering med selve udviklingen af databasen, som derfor heller ikke nød beskyttelse. Med den terminologi, der er anvendt ovenfor, kan man sige, at databasen ikke blev "skabt", men "opstod" som et biprodukt af hovedaktiviteten. At Domstolen har haft incitamentsbetragtningen med i sine overvejelser, ses bl.a. af Domstolens udtalelse i *BHB*-sagen, pkt. 30, hvor Domstolen med henvisning til præambel 9, 10 og 12 (der betoner incitamentshensynet) fremhæver, at direktivet har til formål at "promote and protect investment …".

Se tilsvarende Davison & Hugenholtz om afgørelserne: "In the light of this incentive rationale there would appear to be no reason to grant protection to data compilations that are generated quasi ´automatically´ as by-products of other activities", Davison & Hugenholtz, Football Fixtures, Horseraces and Spin Offs: the ECJ Domesticates the Database Right, EIPR, 2005, s. 114.

Sammenfattende viser de ovenstående analyser, at incitamentshensynet står centralt placeret i begrundelsen af de økonomiske informationsrettigheder. Det er dog også klart, at incitamentshensynet ikke kan stå alene. Visse af de økonomiske informationsrettigheder kan ikke begrundes i et incitamentshensyn, mens hensynet for andre af rettighederne synes at have begrænset vægt og derfor må suppleres af andre hensyn. Dette gælder de typer af informationer, der ligger i grænseområdet mellem på den ene side at blive "skabt" og på den anden side at "opstå".

De økonomiske informationsrettigheder, der ikke (fuldt ud) kan begrundes i et *incitamentshensyn*, vil i de fleste tilfælde kunne begrundes i et *berigelseshensyn*.

3.1.2. Berigelseshensyn

a. Karakteristik

Med berigelseshensyn menes her, at informationsskaberen, eller den som informationen i øvrigt entydigt er knyttet til, f.eks. i form af persondata eller eget billede, tildeles en eneret ud fra den betragtning, at den pågældende er nærmest til at oppebære en eventuel økonomisk værdi af informa-

tionen. Ofte udtrykkes samme tankegang med ord som, at rettighedshaveren er nærmest til at høste frugten af egen indsats, eller at ingen bør kunne snylte på en andens indsats.

Berigelseshensynet har træk til fælles med den formueretlige berigelsesgrundsætning om pligten til at afgive en ubegrundet berigelse opnået på en andens bekostning. Begge tager udgangspunkt i generelle rimelighedsbetragtninger, jf. nedenfor. På et væsentligt punkt afviger de dog. Berigelsesgrundsætningen relaterer sig til fysiske genstande og pengebeløb og hviler derfor på en forudsætning om, at berigelse hos én person vil føre til et tilsvarende tab hos en anden person. Denne præmis om varernes knaphed gælder som beskrevet ovenfor ikke for information.

Berigelseshensynet har også nogle fællestræk med det generelle risikohensyn, jf. herom *Bryde Andersen*, Ret og metode, 2002. s. 198 f. Mens risikohensynet fastlægger, hvem der er nærmest til at bære et opstået tab eller blive pålagt byrden for en anden mere eller mindre uforudset begivenheden, fastlægger berigelseshensynet, hvem der er nærmest til at oppebære en potentiel gevinst ved udnyttelse af information, som også kan være opstået mere eller mindre tilfældigt.

Som allerede antydet i den indledende karakteristik, hviler berigelseshensynet på to forudsætninger.

For *det første* skal informationen have økonomisk værdi. Har informationen ingen økonomisk værdi, vil udnytteren af informationen ikke kunne berige sig, og der vil allerede af den grund ikke være behov for en beskyttelse med udgangspunkt i et berigelseshensyn. I praksis vil dette krav næsten altid være opfyldt. Så snart nogen efterspørger informationen, peger det i retning af, at der er et marked for salg af informationen. Det samme gælder selvsagt, hvis informationen ikke kun efterspørges men allerede udnyttes af andre, og endnu stærkere hvis tredjemand sælger informationen. Hvis informationen hverken overdrages eller udnyttes, vil der sjældent opstå en tvist. Når der opstår en tvist, kan det derfor normalt lægges til grund, at informationen har en økonomisk værdi.

Dette understreger, at berigelseshensynet er nært beslægtet med grundsætningen i angloamerikansk ophavsret, *what is worth copying is worth protecting* (som dog ikke gælder undtagelsesfrit).

Udover at informationen skal have økonomisk værdi, forudsætter berigelseshensynet for *det andet*, at informationen kan knyttes til en fysisk eller juridisk person på en sådan måde, at det vil være naturligt at lade denne person opnå den eventuelle økonomiske værdi af informationen.

I mange tilfælde vil der ikke være tvivl om, at information kan knyttes til en bestemt person. Dette vil normalt gælde, hvis en person *skaber* information. Men også i mange situationer, hvor information *opstår*, jf. om terminologien ovenfor, vil informationen entydigt kunne knyttes til en bestemt person. Dette gælder særligt informationer knyttet til den enkeltes personlighed (billede, navn og andre personoplysninger), men også andre tilfælde kan tænkes. Informationer frembragt af dyr, som f.eks. et maleri, skabes ikke af en person, men vil alligevel have en entydig tilknytning til den person, der ejer dyret og har udstyret det med maling og lærred. Et berigelseshensyn vil derfor tale for at tildele dyrets ejer rettigheder til maleriet.

Det er fast antaget i dansk ret, at værker frembragt af dyr ikke kan nyde ophavsretlig beskyttelse, se *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 62. En eventuel beskyttelse i dansk ret måtte derfor ske med udgangspunkt i almindelige retsgrundsætninger. Internationalt er spørgsmålet om ophavsretlig beskyttelse af værker frembragt af dyr mere omtvistet, se *Rosenmeier*, Værkslæren i ophavsretten, 2001, s. 114 med henvisninger.

I en sag fra 2004 har den japanske højesteret fastslået, at ejere af væddeløbsheste ikke har enerettigheder til hestenes navne. Sagen blev rejst, da navnene på flere af Japans mest kendte heste var anvendt i et hestevæddeløbscomputerspil uden tilladelse fra hesteejerne. Sagen er beskrevet hos *Tessensohn & Shusaku*, Supreme Court of Japan Brings Racehorses' Publicity Rights to Heel, EIPR, 2005, s. 187 ff.

I en række tilfælde vil informationen dog ikke være knyttet entydigt til en bestemt person. Naturskabte fænomener, der f.eks. rummer en særlig skønhed, vil ikke i deres naturgivne stand være knyttet til nogen person, medmindre nogen besidder en fysisk ejendomsret over den genstand, som informationen er materialiseret i.

Tanken om, at ingen skal kunne opnå eneret til naturens egne fænomener, ligger også til grund for debatten om patentering på gen-teknologiske opfindelser. Se hertil *Bryde Andersen & Koktvedgaard,* Bioteknologi og Patentret, 1990 og *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 257 ff.

Hvis indehaveren af information dør og ikke efterlader sig arvinger, vil informationen heller ikke være knyttet til en bestemt person. Forefindes arvinger, kan det overvejes, om disse kan siges at have en sådan tilknytning til informationen, at de bør opnå rettigheder til den, jf. kapitel 9.6 nedenfor.

b. Berigelseshensynets anvendelighed inden for de enkelte discipliner
Berigelseshensyn kan identificeres inden for alle de discipliner, der tildeler økonomiske informationsrettigheder og kommer herved til at supplere incitamentshensynet.

Dette gælder inden for de *immaterialretlige discipliner*, se f.eks. *Riis*, Ophavsret og retsøkonomi, 1996, s. 40: "Den tilsyneladende udbredte opfattelse af at enhver bør have ret til at høste frugten af eget arbejde, har haft stor indflydelse på udviklingen af den immaterialretlige beskyttelse i almindelighed, og den kan spores i mange immaterialretlige afgørelser uanset nationalitet". Og samme sted citatet fra US Surpreme Court i den berømte sag International News Service v. Associated press (148 US 211 (1918)) om rettigheder til anvendelse af nyhedsinformation: "… that defentant, in appropriating it and selling it as its own, is endeavoring to reap where it has not sown, and by disposing of it to newspapers that are competitors of complianant's members is appropriating to itself the harvest".

Den åbenhed, der ligger i berigelseshensynet, giver det et vist slægtskab med almindelige rimelighedsbetragtninger. Når *Weincke*, Ophavsret, 1976, s. 27, generelt antager, at "den enkleste og umiddelbart mest overbevisende begrundelse for det ophavsretlige beskyttelsessystem måske er den, der bygger på et *almindeligt rimeligheds- og retfærdighedssynspunkt*", sigter han formentlig til berigelseshensynet. Som det vil være fremgået af det ovenstående, er denne betragtning dog under alle omstændigheder for unuanceret.

Inden for patentretten har synspunktet om, at opfinderen har et naturligt krav på at blive anerkendt som "ejer" af sin opfindelse, *Koktvedgaard & Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 18, også slægtskab med berigelseshensynet.

Også inden for *erhvervshemmelighedsbeskyttelsen* genfindes berigelseshensynet, se f.eks. *Sune Troels Poulsen*, Loyalitetspligt & erhvervsforbud, 1991, s. 27 med henvisning til SOU 1983:52, s. 268 ff., hvor det anføres, at man ikke bør "tillade angreb, som medfører, at angriberen snylter på andre virksomheders udviklingsindsatser".

Hensynet afspejles også inden for de *ulovregulerede områder*. Om *arrangementsbeskyttelse* udtalte Højesterets flertal i sagen om retten til formidling af sportsresultater, U.1982.179/2H: "Efter det foreliggende kan indstævntes antagelse af, at udsendelse i radio og TV af oplysninger om forløbet af samtidigt spillede kampe kan have væsentlig betydning for antallet af tilskuere til kampene og dermed for klubbernes økonomi, ikke afvises som grundløs. Det tiltrædes herefter, at indstævnte som arrangør

eller som repræsentant for arrangørerne af de pågældende fodboldkampe ud fra almindelige retsgrundsætninger må have adgang til at modsættes sig, at sådanne oplysninger bringes før kampenes afslutning, uanset hvorledes oplysningerne er tilvejebragt". Med denne udtalelse synes Højesteret at pege på begge de forudsætninger, som berigelseshensynet hviler på. For det første at informationerne har en økonomisk værdi. For det andet – ved at understrege at indstævnte er arrangør eller repræsentant for arrangørerne – at rettighedshaveren har en særlig tilknytning til den pågældende information. Om berigelseshensynet som (del af) grundlaget for *retten til eget billede*, se *Stenvik*, Rettsbeskyttelse av personlig særpreg, TfR, 2003, s. 614 ("enhver har krav på fruktene av eget arbeid") bl.a. med henvisning til den norske Bang-Hansen-dom fra Borgarting lagmannsrett, RG 1999, s. 1009 ("Reklameinnslaget … ´snylter´ på Bang-Hansen som person"). Se ligeledes fra amerikansk ret, *Kwall*, The Right of Publicity vs. the First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis, 70 Indiana Law Journal, 1994, s. 62: "the need to prevent unjust enrichment is one of the fundamental rationales underlying the right of publicity". Se ligeledes *Pinckaers*, From privacy toward a new intellectual property right in persona, 1996, s. 259 f. med yderligere henvisninger.

3.1.3. Forvekslingshensyn

Som beskrevet ovenfor har *varemærket*, når det optræder som et symbolvaremærke, til opgave at informere om det udbudte produkt og producenten bag produktet. Dette er ikke kun i producentens interesse men også i aftagernes, fordi de herved kan vælge produkt på et mere informeret og dermed kvalificeret grundlag. Alternativt måtte aftagerne søge at skaffe sig disse oplysninger ad anden vej typisk med et øget ressourceforbrug til følge. Det ville derfor være skadeligt, ikke kun for producenten men også for køberne og dermed i sidste ende for samfundet, hvis den forventningsskabende funktion, der ligger i varemærkesystemet, undermineres af varemærkeplagiater. Ønsket om at undgå sådanne uhensigtsmæssige forvekslinger er centralt i varemærkeretten, jf. også *Wallberg*, a.st., s. 15. Dette forvekslingshensyn fokuserer udelukkende på beskyttelsen af aftagerne og ikke på rettighedshaverne og er således hverken sammenfaldende med incitamentshensynet eller berigelseshensynet.

Uden for varemærkeretten og den beslægtede kendetegnsret (navnlig mfl. § 18) kan forvekslingshensynet have relevans for *retten til eget billede*. Når billedet af en kendt person anvendes i kommercielle sammenhænge, kan billedbrugen både have egenværdi-funktion og symbolfunktion på

samme måde, som det kendes fra varemærkeretten. Egenværdi-funktionen indtræder, når billedet i sig selv bliver salgsobjekt, f.eks. ved tryk på t-shirt, håndklæde mv. Symbolværdien indtræder, når den goodwill og de holdninger, som den kendte person måtte have, søges overført til et produkt. Anvendelsen af en kendt dyrevelfærdsfortaler i en reklame for frilandsgrise vil eksempelvis kunne sende et signal til forbrugerne om, at personen indestår for det pågældende produkt som værende i overensstemmelse med de dyrevelfærdsprincipper, som den pågældende er kendt for.

Forvekslingshensynets betydning for retten til eget billede (right of publicity) er fremhævet i amerikansk ret, se *Pinckaers*, a.st., s. 260 med yderligere henvisninger.

Forvekslingshensynet har ikke betydning for andre af de informationsretlige discipliner end varemærkeretten og retten til eget billede.

3.2. Hensynene bag reglerne om ideelle informationsrettigheder

Beskyttelsen af privatlivet og personligheden fremhæves ofte som grundlæggende rettigheder på linje med andre af de rettigheder, der mest markant har fæstnet sig i Den Europæiske Menneskeretskonvention. Dette afspejles bl.a. i konventionens art. 8, hvorefter enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

Se ligeledes indledningen til den 2. præambel til persondatadirektivet: "databehandlingssystemer er til for menneskets skyld; de skal være i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der gælder for fysiske personer, uanset statsborgerskab og bopæl, herunder retten til privatlivets fred …".

Hermed bliver begrundelsen for de regler, der skal beskytte den enkeltes personlighed og privatliv, af moralsk filosofisk karakter. Hensynenes mere abstrakte karakter end f.eks. de hensyn, der begrunder de økonomiske informationsrettigheder, gør dem vanskelige at identificere og formentlig også mindre erkendte i lovgivningsprocessen.

Sammenlign *Stuer Lauridsen*, Pressefrihed og personlighedsret, 1988, s. 183: "Når privatlivsbeskyttelsen i dansk strafferet også bortset fra den ikke helt klare forbindelse med agtelsesværnet kan være noget uoverskueligt, hænger dette vistnok sammen med, at man måske ikke har gjort sig helt klart, hvad det mere præcist er, man vil beskytte; den grundlæggende retspolitiske tanke er næppe ganske gennemarbejdet, og det retlige værn må derfor under alle omstændigheder blive noget uskarpt".

På et helt overordnet plan kan reglerne begrundes i hensynet til menneskelig værdighed. Dette er bl.a. fremhævet i en ofte citeret artikel af *Edward Bloustein*, Privacy as An Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser. New York University Law Review, 39, 1964, s. 962 ff. Den tyske forfatning indeholder i art. 2(1) en bestemmelse om enhvers "Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit" som et gode, der hører sammen med reglen fra art. 1 om enhvers ret til menneskelig værdighed.

Hensynet til den menneskelige værdighed er dog ganske bredt og rummer i realiteten alle menneskerettighederne, som de kommer til udtryk i Den Europæiske Menneskeretskonvention. Identifikationen af de hensyn, der begrunder tildeling af ideelle informationsrettigheder, kræver derfor, at der gås et spadestik dybere.

Som nærmere udviklet i kapitel 2, afsnit 3.4, omfattes alle de ideelle informationsrettigheder af personlighedsretten, og en identifikation af hensynene bag de ideelle rettigheder kan derfor med fordel tage udgangspunkt i litteraturens overvejelser om de personlighedsretlige regler og regelsæt og baggrunden for disse regler.

I den lidt ældre litteratur anfører *Borum*, at der til de personlige rettigheder først og fremmest hører retten til livet og legemets integritet, til æren og friheden og det private livs fred samt en række rettigheder, hvis overførlighed bygger på ikke-økonomiske interesser, herunder forfatterretten og navneretten, Personretten, 1953, s. 3. En nogenlunde tilsvarende afgræsning foretages af *Ross*, Om ret og retfærdighed, 1953, s. 261, der til personlighedsretten henfører beskyttelsen for personens fysiske integritet, hans bevægelsesfrihed og kønsfrihed, hans ære og omdømme og hans følelsesliv i forskellig henseende (blufærdighedsfølelse, religiøs følelse). Ross anfører, at der herudover i nyere tid har udviklet sig en beskyttelse af retten til privatlivets fred og af retten til eget navn og billede. I samme retning *A. Vinding Kruse*, Retslæren, 2. bog, 1963, s. 521, der til de personlige rettigheder henregner retten til livet og legeme, frihed (til at bevæge sig, vælge opholdssted o.lign.), ære og til det private livs fred. Om sidstnævnte anfører Vinding Kruse: "Men Retten til uforstyrret Særtilværelse rækker langt videre end disse Særreglers Omraade og maa idethele gaa ud paa en retsbeskyttet Adgang til at leve sit eget private – sjælelige og legemelige – Liv uforstyrret af fremmed Indblandning", a.st., s. 534. Under denne ret til en uforstyrret særtilværelse henregner Vinding Kruse bl.a. retten til eget navn og billede. *Sammenfattende* fokuseres i den ældre litteratur på beskyttelsen mod æreskrænkelser, beskyttelsen af privatlivets fred og beskyttelsen af retten til eget navn og billede, samt på rettigheder, der beskytter en persons

fysiske integritet. Sidstnævnte har dog ikke betydning for de informationsretlige analyser. Der er tilsyneladende ikke enighed om, hvorvidt beskyttelsen af retten til eget navn og billede udgør en del af privatlivsbeskyttelsen (Vinding Kruse) eller et selvstændigt beskyttelsesområde (Borum og Ross).

Med *betænkning 601/1971 om privatlivets fred* blev introduceret et skarpt skel mellem personlighedsbeskyttelse og privatlivsbeskyttelse. *Personlighedsbeskyttelsen* dækker efter betænkningen mod at egenskaber og træk ved en privatperson, som umiddelbart kan iagttages af den, der kommer i kontakt med den pågældende, gøres til et mere eller mindre offentligt anliggende. Beskyttelsen dækker hermed navnlig mod offentliggørelse af en privatpersons navn, billede, stemme mv. *Privatlivsbeskyttelsen* sætter grænser for blotlæggelsen af forhold, der ikke er umiddelbart tilgængelige for andre, som kommer i forbindelse med den pågældende. Denne beskyttelse dækker hermed over tilegnelse, spredning mv. af oplysninger af mere privat karakter. Med denne sondring lægger betænkningen sig tæt op ad Borums og Ross´ opfattelse, hvorefter retten til eget navn og billede udgør et selvstændigt beskyttelsesområde ved siden af området for beskyttelse af privatlivets fred.

Den første større fremstilling af personlighedsretten i litteraturen blev udarbejdet af *Stuer Lauridsen* med bogen Pressefrihed og personlighedsret fra 1988. Her defineres personlighedsretten som en disciplin, der "udfra en samlet betragtningsmåde beskytter personens ret til bl.a. eget billede, eget navn, egen stemme, egne udtalelser, egne intime og private oplysninger, egne hemmeligheder, eget omdømme og eget personlighedsbillede", Pressefrihed og personlighedsret, 1988, s. 13. Og videre på s. 16: "Den bag tanken om en almen personlighedsret liggende grundsætning, der naturligvis ikke lader sig formulere helt præcist, er, at det enkelte individ så at sige fra fødslen er udstyret med en personlighedssfære, som tilhører ham selv, og som andre derfor skal respektere og uden indblanding lade ham udvikle i fred og ro; den enkelte afgør selv, om han vil lade andre få del i denne del af sin verden". Disse mere generelle betragtninger konkretiseres i de efterfølgende udtalelser, s. 17: "Alligevel er det just det almene personlighedsværn og ikke ønsket om at beskytte æren og freden, der bør fremhæves som det overordnede retspolitiske mål, der går udover injurie- og privatlivsværnet. En journalistisk eller skønlitterær omtale af f.eks. en kendt persons tilværelse vil i mange tilfælde kunne være stærkt krænkende for personen selv eller hans slægtninge, selvom fremstillingen hverken er injurierende eller bringer private oplysninger til torvs … og umiddelbart vil reglerne om f.eks. retten til eget billede naturligvis sjældent kunne bruges. Og kommer

vi udenfor disse regelsæt, står dansk ret på usikkert grundlag. I tysk ret er det anderledes. Det tyske retssystem stiller for det første langt strengere krav til anvendelsen af billeder af andre … Men tysk ret går videre, og yder også borgeren beskyttelse for krænkelser af hans ´Lebensbild´ eller ´Charakterbild´. Herigennem rammer man en række misbrug, som f.eks. hverken er ærekrænkende i sædvanlig forstand, eller udnytter nogens fotografi, og heller ikke går ud over den ophavsretlige citatret – og derfor ikke kan rammes af reglerne herom – men på anden vis kan opleves som særdeles krænkende, f.eks. fordi pressen misbruger udtalelser og citater eller sammenkæder oplysninger på en måde, som er egnet til at nedsætte den pågældendes omdømme og forandre menneskers opfattelse af ham og hans tilværelse". Ved siden af de "traditionelle" kategorier af personlighedsbeskyttelse: privatlivsbeskyttelse, æreskrænkelser og retten til eget navn og billede angiver Stuer Lauridsen således en fjerde kategori og giver som eksempel herpå brug af oplysninger, der er egnet til at forandre andre menneskers opfattelse af en person.

Efterfølgende er emnet behandlet af *Inger Dübeck* i fremstillingen Personers rettigheder, 1997. Her beskrives retten til et privatliv som den enkeltes ret til at blive ladt i fred af andre private eller af myndigheder og angiver, at dette "først og fremmest vedrører anskaffelse af informationer om andre for at opnå ´indsigt´ i andres liv og hemmeligheder med henblik på at afsløre eller åbenbare disse for en større kreds, eventuelt via massemedierne", Personers rettigheder, 1997, s. 205 f. Beskyttelsen af eget navn og billede behandles i et selvstændigt afsnit (s. 150 ff.). Afgrænsningerne minder hermed om de, der er foretaget i betænkning 601/1971.

Vendes blikket uden for landets grænser har amerikansk ret haft væsentlig betydning for afgrænsningen af personlighedsretten med *Warren & Brandeis* banebrydende artikel fra 1890, The Right to Privacy, Harward Law Review, vol. 4, no. 5, 1890, s. 193 ff. Under begrebet *right to privacy* fremhæver artiklen to grundlæggende rettigheder, *the right to be let alone* og hvad der efterfølgende er blevet betegnet som *the right to self-determination*, jf. Bryde Andersen, IT-retten, 2005, s. 585 og Blume, Databeskyttelsesret, 2008, s. 32 og 35. I princippet om the right to be let alone ligger både en beskyttelse mod at andre indsamler oplysninger om den enkelte, og mod at disse informationer efterfølgende offentliggøres. Princippet om self-determination kan opfattes som en samtykkekonstruktion, der stiller krav om, at der skal gives samtykke til en informationsbehandling, således *Blume*, a.st., s. 35 f. Princippet kan dog også gives en bredere forståelse som et princip om, at den enkelte har ret til at kontrollere sit personligheds-

udtryk i det offentlige rum. Samtykkekonstruktionen siger noget om, hvornår en beskyttet informationshandling må foretages af tredjemand, mens princippet om retten til at kontrollere sit personlighedsudtryk siger noget om, hvornår en informationshandling er beskyttet.

På baggrund af den erkendelse, der blev grundlagt med Warren & Brandeis´ artikel og efter gennemgang af mere end 300 afgørelser opstillede *William Prosser* i en ofte citeret artikel, Privacy, California Law Review, vol. 48, 1960, s. 383 ff., fire typer af personlighedskrænkelser under the right to privacy:

1. Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs.
2. Public disclosure of embarrasing facts about the plaintiff.
3. Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye.
4. Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness.

Med inspiration herfra konkluderede *Strömholm* i sin analyse i Right of Privacy and Rights of the Personality, 1967, (s. 60), at der kan opstilles tre typer af handlinger, der både vil udgøre personlighedskrænkelser efter amerikansk og kontinentaleuropæisk ret:

1. Intrusion, whether committed by means of physical violence or otherwise, into an area, whether in a local or a figurative sense, which a person has an interest in keeping for himself.
2. Collecting material, in the broadest possible sense, about a person, either by intrusion or by other methods felt to be unfair.
3. Using material about a person, whether lawfully or unlawfully obtained, for publication or for some specific purpose, *e.g.* as evidence against that person.

I den nyeste danske analyse af personlighedsrettens indhold konkluderer *Mette Hartlev*, at Strömholms kategorisering svarer meget godt til det billede, man får af dansk ret ved en gennemgang af litteraturen, der af Mette Hartlev sammenfattes således: "Fælles for disse elementer er at de for det første tager udgangspunkt i behovet for at være i fred og være beskyttet mod uberettiget masen sig på hvad enten det sker i forhold til rum, relationer, aktiviteter eller oplysninger. *Beskyttelsesinteressen* er ikke alene knyttet til *offentliggørelse* eller blotlæggelse, men også til den fysisk *faktisk*

indtrængen. Herudover omfatter beskyttelsen også den *uberettigede anvendelse af en anden persons identitet* og *krænkelser af vedkommendes ære*" (fremhævet i original), Fortrolighed i sundhedsretten, 2005, s. 155. Herefter fortsætter forfatteren med at sammenfatte den del af personlighedsretten, der vedrører beskyttelse af (person)oplysninger: "De rettigheder som man i dansk ret normalt forbinder med privatlivsbeskyttelsen, beskytter den enkelte mod at andre skaffer sig kendskab til og anvender *private* oplysninger uden vedkommendes tilladelse. De rettigheder man normalt forbinder med personlighedsværnet, beskytter den enkelte mod at såvel private som *ikke-private* oplysninger anvendes på en personlighedskrænkende måde således at der skabes et falsk eller forvrænget personlighedsbillede. Selvom der er tale om ikke-private oplysninger, kan behandlingen af disse oplysninger indebære en krænkelse for den enkelte og personlighedsværnet anerkender således den enkeltes interesser i at kontrollere det personlighedsbillede der tegnes i forhold til omgivelserne" (fremhævet i original).

Sammenfattende kan det konstateres, at litteraturen ikke rummer forsøg på systematisk at identificere de hensyn, der ligger bag de personlighedsretlige regler. Ikke desto mindre tegner der sig, som også fremhævet af *Mette Hartlev*, et billede af en grundlæggende sondring mellem regler, der beskytter privatlivet, og regler der beskytter (øvrige dele af) personligheden. Som det nærmere skal påvises nedenfor, danner denne sondring også grundlag for identifikationen af personlighedsrettens grundlæggende hensyn, *privatlivshensynet* og *personlighedshensynet*. Med udgangspunkt i den ovenstående gennemgang af reglernes afgrænsning i litteraturen beskrives disse hensyn i det følgende.

3.2.1. Privatlivshensyn

Retten til privatlivets fred nævnes i alle fremstillinger af personlighedsretten.

Det er karakteristisk, at privatlivsbeskyttelsen ofte betegnes som en ret til at være i fred. Dette er klart udtrykt hos *Warren & Brandeis* ("the right to be let alone") og anerkendes også i både ældre og nyere litteratur, se f.eks. *A. Vinding Kruse* ("Men Retten til uforstyrret Særtilværelse … maa idethele gaa ud paa en retsbeskyttet Adgang til at leve sit eget private – sjælelige og legemelige – uforstyrret af fremmed Indblanding"), *Inger Dübeck* ("… den enkeltes ret til at blive ladt i fred af andre private eller af myndigheder"), *Mette Hartlev* ("… behovet for at være i fred og være beskyttet mod uberettiget masen sig på") og *Blume*, Personoplysningsloven, 2000, s. 11 ("Individet har en ret til et informationelt område, hvor ved-

kommende kan være i fred (the right to be let alone) …" og samme forfatter, Databeskyttelsesret, 2008, s. 32 ff. Denne tanke om, at individet har en ret til og et behov for at kunne være i fred, er grundlæggende for en række regler, der tilsammen kan benævnes privatlivsreglerne. "The right to be let alone" bliver dermed et bærende hensyn i privatlivsbeskyttelsen og benævnes i det følgende *privatlivshensynet*.

Sml. herved også *Sissela Bok*, Secrets, 1989, s. 11: "In these efforts, at control, how do individuals protect privacy? They guard, first of all, against others coming too near by protecting what has come to be called personal space and territoriality".

Den grundlæggende tanke om behovet for et både fysisk og mentalt privat rum ligger ikke kun bag de regler, der behandles her, men også bag en række øvrige regler. Dette gælder nogle af straffelovens bestemmelser som f.eks. forbuddet mod viderespredning af børnepornografi. I offentlighedslovens regler om aktindsigt undtages myndighedens interne arbejdsdokumenter, jf. lovens § 7. Med denne bestemmelse sikres, at medarbejderne ikke behøver føle en potentiel blind makker kigger sig over skulderen, hver gang et internt dokument udfærdiges.

Den nærmere afgrænsning af privatlivsbeskyttelsen tager ofte udgangspunkt i, at det er oplysninger af *privat karakter*, der beskyttes.

Således betænkning 601/1971 (privatlivet sætter grænser for blotlæggelsen af forhold, der ikke er umiddelbart tilgængelige for andre, som kommer i forbindelse med den pågældende), *Mette Hartlev* og i samme retning *Inger Dübeck* og *Prosser* i det ovenfor citerede. Beskyttelsen af de private oplysninger rummer utvivlsomt kernen i privatlivsbeskyttelsen men udtømmer ikke privatlivsbeskyttelsen.

Der er da heller ikke tvivl om, at beskyttelsen mod behandling af private oplysninger ligger i kernen af privatlivsbeskyttelsen, og at behandling af denne type information vil kunne opleves som særligt privatlivsindgribende. En beskyttelse af retten til at være i fred er imidlertid ikke det samme som en beskyttelse af retten til egne mere private oplysninger. Et portrætbillede af en person hører ikke til kategorien af private oplysninger, eftersom billedet kun indeholder oplysninger, der (med formuleringen fra betænkning 601/1971) er umiddelbart tilgængelige for andre, som kommer i forbindelse med den pågældende. Til trods herfor vil det utvivlsomt kunne blive oplevet som en krænkelse af ønsket om at blive ladt i fred, hvis et portrætbillede offentliggøres i en bred kreds, f.eks. i et landsdækkende medie.

Dette er ikke ensbetydende med, at det vil være retsstridigt at bringe et portrætbillede i en avis. Privatlivshensynet skal afvejes overfor andre hensyn, som f.eks. informations-

frihedshensynet og herunder pressefrihedshensynet, der vil trække den anden vej og bevirke, at en sådan billedbrug ofte vil være lovlig.

Privatlivshensynet kommer klart til udtryk i strfl. § 264a, der forbyder uberettiget fotografering og udspionering (med kikkert e.lign.) af personer, som befinder sig på et ikke frit tilgængeligt sted, og strfl. § 264d, der bl.a. forbyder uberettiget videregivelse af meddelelser eller billeder vedrørende en andens private forhold. Persondataloven bygger ligeledes på et privatlivshensyn (der i lovens forskellige regler afvejes overfor andre og modsatrettede hensyn), tilsvarende *Blume*, Personoplysningsloven, 2000, s. 11. Også uden for de lovbestemte regler kan privatlivshensyn få betydning. Dette vil f.eks. gælde det allerede berørte spørgsmål om beskyttelsen mod at se sit portræt formidlet til den brede offentlighed. Privatlivshensynet må inddrages i disse situationer, og i nogle tilfælde vil hensynet føre til, at der på ulovreguleret grundlag ydes en beskyttelse mod at bringe billedet.

Se Udsen, Kommerciel anvendelse af personbilleder, U.1997B.261 ff. (s. 263): "Plakater og lignende billedprodukter vil oftest relatere sig til kendte personer, men kan dog undertiden portrættere ikke-kendte personer. Eksempler herpå er de situationsbilleder (oftest i sort/hvid), der kan erhverves hos de fleste plakatforhandlere. I disse tilfælde er eksponeringen af den afbildede betydelig, og det må antages at kunne være til stor ubehag for den, der ønsker at leve et tilbagetrukket liv, at se et stort billede af sig selv være en del af interiøret i flere hundreder eller tusinder hjem. Det er formentlig derfor en retsstridig personlighedskrænkelse at udnytte andres billede på denne måde".

A. Vinding Kruse vil under hensyntagen til privatlivshensynet opstille en (for) bred grundsætning om retten til eget billede: "Det maa være en personlig Ret, tilkommende ethvert Menneske, ikke blot i andre Henseender at raade over sin Person og dens Ydre, men ogsaa at bestemme om, hvorvidt ens Person skal afbildes, og hvorvidt en Afbildning heraf skal overgives til Offentligheden. Ogsaa dette Omraade maa høre under det enkelte Menneskes Særtilværelse, under hans private, personlige Liv, som han kan kræve Fred om. Der maa følgelig her, uden udtrykkelig positiv Regel, gælde en almen Retsgrundsætning, der kan formuleres saaledes: det er retsstridigt at afbilde, tegne, fotografere eller paa anden Maade gengive en Persons Ydre og at udbrede denne Gengivelse til videre Kredse og derunder at offentliggøre den, medmindre man erhverver vedkommende Persons samtykke", Retslæren, 2. bog, 1963, s. 534.

Privatlivshensynet er centralt for personlighedsretten, men det står klart, at det ikke kan stå alene. Dansk ret indeholder en række sager og regler, der statuerer beskyttelse af navnlig kendte personer, selv hvor disse ikke har haft et behov for at være i fred. Denne beskyttelse tager udgangspunkt i et *personlighedshensyn*.

3.2.2. Personlighedshensyn

I den ældre litteratur fremhæves under personlighedsretten navnlig beskyttelsen af privatlivets fred og af retten til eget navn og billede samt beskyttelse mod æreskrænkelser, jf. ovenfor. Beskyttelsen mod æreskrænkelser følger af strfl. § 267, der rummer et forbud mod at krænke en andens ære ved fornærmelige ord eller handlinger eller ved at fremsætte eller udbrede sigtelser for et forhold, der er egnet til at nedsætte den fornærmede i medborgeres agtelse.

Beskyttelsen kan dog næppe blive stående herved. Som påpeget af *Stuer Lauridsen* kan oplysninger udmærket være egnede til at nedsætte en persons omdømme blandt andre mennesker, selvom den ikke udgør en æreskrænkelse i straffelovens forstand, Stuer Lauridsen, a.st., s. 16.

Se f.eks. U.1983.630Ø, hvor et firma uden tilladelse anvendte sangeren Kim Larsens navn og billede samt et brudstykke af en af hans sangtekster i en reklame for firmaet. Det var åbenbart, at dette udgjorde en uretmæssig brug, som berettigede Kim Larsen til erstatning. Herudover krævede Kim Larsen imidlertid også en godtgørelse med henvisning til, at han aldrig medvirkede i reklamer, fordi han ikke brød sig om reklamer. Landsretten fandt, at der forelå en retsstridig krænkelse af en sådan karakter, at det berettigede til en godtgørelse efter den daværende § 15, stk. 1, i ikrafttrædelsesloven til straffeloven (nu eal. § 26). Under sagen forklarede Kim Larsen bl.a., at han offentligt havde ytret, at han ikke ville medvirke i reklamer. Ved alligevel at optræde i en reklame, ville han fremstå utroværdig, og hans image ville følgelig lide skade. Landsretten begrunder ikke nærmere, hvori krænkelsen bestod, men der er grund til at tro, at landsretten fulgte Kim Larsens – berettigede – anbringende om, at det ville skade hans omdømme, når han på den ene side fremstod som erklæret modstander af reklamer og på den anden side selv tonede frem i en reklame.

I tilknytning hertil er det antaget, at personlighedsretten ikke kun beskytter mod omtale, der kan nedsætte den pågældendes omdømme, men også mod ukorrekte oplysninger om en anden person, uanset om disse ikke i sig selv nedsætter omdømmet, se f.eks. *Prosser,* der sondrer mellem "public disclosure of embarrasing facts about the plaintiff" og "publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye", Prosser, a.st., og *Mette Hartlev*, a.st. ("… således at der skabes et falsk eller forvrænget personlighedsbillede").

Dette princip genfindes bl.a. i persondataloven, hvorefter den dataansvarlige har pligt til at berigtige ukorrekte oplysninger både af egen drift (§ 5, stk. 4) og efter anmodning fra den registrerede (§ 37).

Beskyttelsen mod udbredelse af informationer, der generelt er egnet til at nedsætte en persons omdømme eller tegne et ukorrekt billede af ham, er formentlig udtryk for en mere generel beskyttelse af *retten til selv at vælge hvilket personlighedsbillede man vil optræde med i den offentlige sfære*. Se også i denne retning *Stuer Lauridsen*, a.st., s. 16 f. ("… det enkelte individ så at sige fra fødslen er udstyret med en personlighedssfære, som tilhører ham selv, og som andre derfor skal respektere og uden indblanding lade ham udvikle i fred og ro; den enkelte afgør selv, om han vil lade andre få del i denne del af sin verden") og Mette Hartlev, a.st., s. 155 ("… personlighedsværnet anerkender således den enkeltes interesser i at kontrollere det personlighedsbillede der tegnes i forhold til omgivelserne"). Retten til at vælge sit eget personlighedsbillede i offentligheden medfører, at ikke kun omtale, der giver et negativt eller ukorrekt billede af en person, men enhver omtale, der skaber et *ændret* billede af personen i forhold til det personlighedsbillede, den pågældende selv har valgt at fremtræde med, kan være krænkende. Reglerne om beskyttelse af personligheden synes i bred forstand at udspringe af dette ønske om at beskytte retten til at vælge sit eget personlighedsbillede i offentligheden. Denne ret bliver med andre ord et bærende hensyn i den del af personlighedsretten, der ligger uden for privatlivsretten. I det følgende benævnes dette *personlighedshensynet*.

Igen må det erindres, at der her identificeres hensyn og ikke retsregler. Der vil bestå modsatrettede hensyn, som bevirker, at retsreglerne ikke indrettes som en ubetinget og uindskrænket ret til at kontrollere eget personlighedsbillede.

At der kan opstå situationer, hvor det er relevant at overveje en beskyttelse, selvom omtalen hverken er ukorrekt eller generelt nedsætter den omtaltes omdømme, kan illustreres med følgende eksempel. Ugebladet Se & Hør havde på et tidspunkt en fast rubrik, hvor man udnævnte en kendt person, som havde optrådt særlig beruset i byens natteliv, til "ugens brandert" med en nærmere beskrivelse af, hvad den pågældende havde foretaget sig i beruset tilstand. Den tvivlsomme ære tilfaldt bl.a. en yngre kendt folketingspolitiker. Ønsker man at fremstå som seriøs og troværdig politiker (der måske oven i købet skal forholde sig til stigende alkohol- og sundhedsproblemer i samfundet), er man ikke nødvendigvis interesseret i, at et stort ugeblad nærmere beskriver en sådan beruselse. Det er vel tvivlsomt om beskyttelse mod en sådan omtale kan begrundes alene i privatlivshensyn. Hvis det alene omtales, at en offentlig kendt person har optrådt stærkt beruset i nattelivet, forekommer det ikke åbenbart, at denne oplysning vil udgøre en *privatlivskrænkelse*, henset til, at der er tale om en person, der selv har valgt at være

offentligt kendt, at den pågældende optræder på et offentligt tilgængeligt sted, og at oplysningerne trods alt ikke er af særlig intim karakter. Det forekommer også tvivlsomt, om omtalen vil nedsætte omdømmets i offentligheden. Det må anses for generelt accepteret – måske særligt i det danske samfund – at folk drikker sig berusede ved festlige lejligheder, og omtale af en beruselse kan derfor næppe siges generelt at nedsætte den omtaltes omdømme i offentligheden. Er omtalen i øvrigt korrekt, synes en eventuel beskyttelse derfor at måtte tage udgangspunkt i betragtningen om, at man selv bestemmer, hvilket personlighedsbillede man vil fremtræde med i den brede offentlighed. Ønsker man kun at fremstå som seriøs politiker i den brede offentlighed, tilsiger personlighedshensynet isoleret set derfor, at medierne ikke må omtale forhold ved den pågældende person, der ændrer ved det personlighedsbillede, som den pågældende selv vælger at fremtræde med.

Hensynet til pressefrihedens og informationsfriheden taler med nogen vægt for det modsatte resultat. Hvor langt, pressens ret til at omtale kendte personers forhold går, må betegnes som usikkert under dansk ret. Tendensen synes at gå i retning af en stærkere beskyttelse af personligheden, jf. min artikel i U.2006B.161 ff., Pressens ret til offentliggørelse af personbilleder efter menneskerettighedsdomstolens dom i von Hannover mod Tyskland.

Beskyttelsen af retten til selv at kontrollere sit personlighedsbillede kan muligvis også spores i dommene U.1986.405Ø og 1989.981Ø.

U.1986.405Ø: Sagsøgeren, sangerinden Sanne Salomonsen, havde afslået at lade sig fotografere nøgen i Ugens Rapport, der ville betale op til 100.000 kr. til kendte danske piger, der ville optræde nøgne i bladet. En fotograf, der lå skjult i nogle klitter, optog med telelinse billeder af sagsøgeren en sen aften, hvor hun badede topløs på en menneskefattig offentlig strand. Sagsøgeren blev opmærksom på fotografen og gjorde med fagter opmærksom på, at hun ikke ønskede at blive fotograferet. Ugens Rapport bragte billederne under markant markedsføring. På forsiden af det pågældende nummer stod med store typer: »Sensation: Sanne Salomonsen nøgen – se billederne – kun i Rapport«. Retten fandt ikke, at det i sig selv var en krænkelse at bringe et billede af sagsøgeren topløs. Derimod medførte den sammenhæng, billederne blev bragt i, at der forelå en krænkelse af sagsøgeren. Retten lagde herved vægt på, at sagsøgte havde udnyttet de omhandlede billeder "på en måde, der var egnet til at bibringe offentligheden det indtryk, at sagsøgeren havde accepteret at fremtræde i en sensationel, afklædt tilstand". Sagsøgeren blev herefter tilkendt en godtgørelse på 50.000 kr. Et krav om erstatning blev derimod afvist af retten.

U.1989.981 Ø: Sagsøgeren, skuespilleren Lise Lotte Norup, havde i 1974 spillet rapportpige i en film af samme navn. I den anledning havde hun optrådt nøgen. Hun havde

betinget sig, at billederne ikke blev brugt andre steder end i filmen. På trods heraf blev billederne bragt i bladet Pige Special under markant markedsføring. Billederne blev bragt sammen med en artikel, der indeholdt citater fra interviews, sagsøgeren tidligere havde givet. Retten fandt, at anvendelsen af billederne var en krænkelse af sagsøgeren, der tilkendtes 25.000 kr. i godtgørelse. Retten lagde herved vægt på, at sagsøgeren var blevet anvendt i den markante markedsføring af bladet, og at billederne var 15 år gamle. Også i denne sag blev et krav om erstatning afvist.

I begge sager fandt retten, at billederne ikke i sig selv var krænkende, men at de var bragt i en krænkende sammenhæng. Dette kan forklares med, at de indgik i en pornografisk sammenhæng, som var egnet til at nedsætte de pågældendes omdømme. Da billederne imidlertid ikke var af pornografisk karakter, er det nok tvivlsomt, om billederne og omtalen af dem, i sig selv var egnet til at nedsætte de afbildedes omdømme i offentligheden. En lang række kendte kvinder har optrådt halv- og helnøgne i medierne, uden at dette synes at have ført til nogen form for fordømmelse i den brede offentlighed, for nogens vedkommende vel nærmest det modsatte. Afgørelserne kan derfor også og måske bedre forklares med, at de pågældende selv skal have mulighed for at afgøre, hvor seksuelt orienteret deres image i offentligheden skal være.

3.2.3. Privatlivshensynets og personlighedshensynets anvendelighed inden for de enkelte regler om ideelle informationsrettigheder – oversigt

Den ovenstående gennemgang illustrerer, at de to grundlæggende hensyn i det væsentlige anvendes inden for hver sit sæt af regler.

Privatlivshensynet spiller en afgørende rolle for *persondatalovgivningen*. Individet har en ret til at blive ladt i fred, og dette inkluderer også (med indskrænkninger) en ret til at bestemme, hvilke oplysninger om den pågældende andre må registrere, videregive og i øvrigt behandle. At privatlivshensynet er grundlæggende for persondatalovgivningen illustreres som allerede nævnt ved, at persondatadirektivet udtrykkeligt angiver retten til privatlivet i direktivets 2. præambel. Også *strfl. § 264a* (om fotografering og udspionering af personer på ikke frit tilgængelige steder) og *§ 264d* (uberettiget videregivelse af meddelelser eller billeder vedrørende en andens personlige forhold) er baseret på privatlivshensyn. Det samme gælder *emrk. art. 8* om retten til respekt af privatliv, familieliv, hjem og korrespondance.

Art. 8 har dog et noget bredere sigte end blot at beskytte retten til at være i fred, og omhandler f.eks. også tvangsfjernelse af børn, abort, familiesammenføring m.m., jf.

nærmere *Lorenzen m.fl.*, Den Europæiske Menneskeretskonvention, 2003, s. 379 ff. Disse dele af art. 8 vedrører ikke informationsretlige regler og baseres på andre hensyn, som ikke har relevans her.

I enkelte tilfælde vil privatlivshensynet begrunde beskyttelsen af den ulovfæstnede *ret til eget billede*. Dette vil i vid udstrækning gælde for ikkekendte personer. Derimod vil det normalt ikke være en privatlivskrænkelse at bringe et billede af en kendt person, medmindre billedet viser den pågældende i en situation, som har privatlivskarakter.

Personlighedshensynet er grundlæggende for *strfl. § 267* om æreskrænkelser. Også de ulovfæstnede regler om *retten til eget billede* vil i mange tilfælde være begrundet i personlighedshensyn eventuelt i kombination med privatlivshensyn. Personlighedshensynet kan også forklare *de ideelle ophavsrettigheder*. For respektretten, ohl. § 3, stk. 2, følger dette direkte af bestemmelsens ordlyd, hvorefter værket ikke må anvendes på en måde, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse. Med den terminologi der er udviklet omkring personlighedshensynet, kan man sige, at bestemmelsen forbyder ændringer af værket, som vil krænke ophavsmandens personlighedsbillede i kunstnerisk forstand. Men også faderskabsretten efter ohl. § 3, stk. 1, kan forklares med udgangspunkt i personlighedshensynet. Den, der skaber og udgiver et værk under eget navn, står herved også ved værket og tilkendegiver på denne måde, at det personlighedsbillede, som vedkommende ønsker at fremstå med i offentligheden, omfatter at være skaber af det pågældende værk. Retten til at blive navngivet kan derfor ses som et udtryk for retten til at kontrollere sit eget personlighedsbillede. Strfl. § 264d, 2. led, om forbud mod videregivelse af billeder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden, er formentlig baseret både på privatlivshensyn og personlighedshensyn.

3.3. Sammenfatning

De ovenstående analyser har vist, at det er muligt at identificere nogle grundlæggende hensyn bag reglerne om informationsrettigheder. Analysen viser også, at der består et væsentligt men langt fra fuldstændigt sammenfald mellem hensynene bag de enkelte regler.

Der er en væsentlig grad af sammenfald mellem hensynene bag reglerne om *økonomiske informationsrettigheder*. Incitamentshensynet og berigelseshensynet har i det væsentlige relevans for alle disse regler. Forvekslingshensynet har kun betydning for varemærkeretten og retten til eget billede og illustrerer dermed, at der heller ikke på det overordnede plan er

fuldstændigt hensynssammenfald mellem de discipliner, der tildeler økonomiske informationsrettigheder.

Reglerne om *ideelle informationsrettigheder* er ikke i samme omfang baseret på fælles hensyn. Hensynssammenfald består mellem en række regler, der er baseret på privatlivshensyn, og en række regler, der er baseret på personlighedshensyn. Nogle regler er baseret på såvel privatlivshensyn som personlighedshensyn (f.eks. retten til eget billede), mens andre er baseret på primært privatlivshensyn (f.eks. persondataretten) eller personlighedshensyn (f.eks. reglerne om æreskrænkelser). For begge typer af regler gælder dog, at de hviler på hensyn af ideel karakter, der skal beskytte forskellige aspekter af den enkelte persons integritet.

Mellem reglerne om økonomiske og ideelle informationsrettigheder er fraværet af fælles hensyn udtalt. Ingen af de økonomiske hensyn synes således at have betydning for den ideelle beskyttelse og omvendt. I lyset af den stigende økonomiske betydning, personoplysninger har fået, kunne man godt forestille sig, at beskyttelsen af disse oplysninger også ville have inddraget den økonomiske beskyttelse og de bagvedliggende hensyn, i tråd med de overvejelser der er fremført i amerikansk teori, jf. nærmere kap. 3, afsnit 3.5. Der er dog intet i lovforarbejderne eller i øvrigt, som peger i denne retning.

Vanskelighederne, eller måske snarere det uvante, ved at sammentænke personlighedsbeskyttelsen og den økonomiske beskyttelse kan muligvis også spores i de to ovennævnte afgørelser U.1986.405Ø og U.1989.981Ø. I begge sager havde sagsøgerne udover godtgørelse krævet erstatning, eftersom sagsøgerne i kraft af deres kendthedsværdi bl.a. var blevet anvendt massivt i markedsføringen af de pågældende blade. Se kritisk til den manglende tildeling af erstatning *Stuer Lauridsen*, a.st., s. 161 f., *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 2, 2007, s. 83 f. og *Udsen*, Kommerciel anvendelse af personbilleder, U1997B.261 ff. (s. 264). Med U.1998.160Ø må retstilstanden anses for ændret. Her fik en kendt tv-værtinde både tilkendt godtgørelse og erstatning i en sag, der mindede om de to førnævnte.

4. Hensynene bag undtagelsesreglerne

De specifikke undtagelsesregler til reglerne om informationsrettigheder er af meget forskellig karakter. Af denne grund er også hensynene bag undtagelsesreglerne af forskellig karakter. Det er derfor heller ikke muligt at opstille nogle få bærende hensyn, som ligger bag alle eller størsteparten af undtagelsesreglerne. I stedet må disse hensyn identificeres særskilt for hver af undtagelsesreglerne.

I én henseende består der dog et fællestræk ved identifikationen af hensynene bag undtagelsesreglerne. For alle undtagelsesregler gælder, at de fører retstilstanden tilbage til udgangspunktet om informationsfrihed. Det betyder, at informationsfrihedshensynet indirekte kommer til at indgå i det samlede kompleks af hensyn, der afgør afgrænsningen af undtagelsesreglen.

I afhandlingens anden del identificeres hensynene bag de to undtagelsesregler, der indgår i de horisontale detailanalyser (privat brug og konsumption).

5. Nogle overordnede betragtninger om afvejningen af de informationsretlige hensyn

Som beskrevet ovenfor er enhver regel et udtryk for en afvejning af en række modsatrettede hensyn. Om afvejning af de informationsretlige hensyn kan på et helt overordnet plan opstilles enkelte betragtninger, som kan belyses med udgangspunkt i de netop identificerede hensyn.

Helt grundlæggende må der ved regeldannelsen tages udgangspunkt i, i hvilket omfang handlingen påvirker de relevante hensyn. *I jo højere grad en handling angriber et informationsretligt hensyn, jo mere vægt bør det angrebne hensyn tillægges*. Kopiering til et digitalt medium af eksempelvis musik giver mulighed for en langt mere omfattende massespredning end kopiering til analoge medier. En sådan massespredning vil angribe rettighedshaverens økonomiske interesser langt mere end den potentielle spredning via analoge medier. Hermed er risikoen for, at rettighedshaveren ikke opnår et tilstrækkeligt incitament til at udvikle musikken, større, og incitamenthensynet bør følgelig tillægges en større vægt. Dette er forklaringen på, at eksempelvis de ophavsretlige privatkopieringsregler sondrer mellem kopiering til analoge og digitale medier. Såfremt handlingen ikke angriber de relevante hensyn, bør hensynet omvendt ikke tillægges vægt. Når man eksempelvis i ophavsretten antager, at man gerne må gå syngende ned ad gaden, selvom dette formelt set er en offentlig fremførelse af musikken, skyldes det, at denne udnyttelse ikke angriber rettighedshaverens økonomiske interesser og dermed heller ikke påvirke incitamentet til at udvikle musik. Jf. nærmere om sådanne bagatelgrænsebetragtninger nedenfor i kapitel 9.4. Betragtningen kan også illustreres med beskyttelsestidens længde for forskellige rettigheder. Når patentretten f.eks. har en kortere beskyttelsesperiode end ophavsretten, skyldes det bl.a., at der er en større samfundsmæssig interesse i at have fri adgang til patenterede opfindelser som eksempelvis medicinalprodukter, end der er i at have fri adgang til at kopiering et

stykke musik eller en bog. Den patentretlige eneret angriber således med større styrke de samfundshensyn, der ligger bag grundsætningen om informationsfrihed, end den ophavsretlige eneret gør det, hvilket taler for, at den patentretlige beskyttelsesperiode skal være kortere.

De netop angivne eksempler viser, at forskellige handlinger kan påvirke de informationsretlige hensyn i forskelligt omfang, selvom handlingerne er omfattet af samme type informationsrettighed. En digital kopiering er således typisk mere skadelig for ophavsmandens økonomiske interesser end en analog kopiering. Tilsvarende vil en fremførelse af et værk ofte være mindre skadelig end en kopiering og viderespredning af et eksemplar, som manifesterer og fastholder værket ud i tid. Af denne grund kan et værk fremføres for et større antal personer under den ophavsretlige privatbrugsregel, end det kan kopieres og spredes, jf. nærmere kapitel 7. I det hele taget er ophavsrettens sondring mellem forskellige typer afhandlinger (eksemplarfremstilling, spredning, visning og fremførelse) udtryk for denne tankegang. På samme vis vil en behandling af personoplysninger i nogle tilfælde kunne opfattes som mere indgribende, hvis den fæstnes på et fysisk medium og dermed lagres til fremtidig brug, end hvis den blot videregives mundtligt. Disse betragtninger kan også udtrykkes således, at *ved vurderingen af, i hvilket omfang en handling angriber et informationsretligt hensyn, må der i nogle tilfælde sondres mellem de forskellige typer af informationshandlinger*.

Handlingens påvirkning af de relevante informationsretlige hensyn kan ikke kun variere afhængigt af, hvilken type af *handling* der er tale om. Også *informations*typen kan have betydning. Dette kommer klarest til udtryk på persondatarettens område. Persondataretten er således den eneste af de informationsretlige discipliner, der eksplicit har indrettet lovreglerne efter typen af information. Persondataloven opererer med fire forskellige informationstyper: "almindelige" personoplysninger, følsomme personoplysninger, oplysninger om rent private forhold og fortrolige personoplysninger. Sondringen mellem de almindelige og de følsomme personoplysninger er den mest grundlæggende og har særligt betydning for, hvornår oplysningerne må behandles, jf. lovens §§ 6 og 7. Sondringen anvendes også i enkelte andre sammenhænge i loven, f.eks. til regulering af, hvornår behandling af personoplysninger skal anmeldes til Datatilsynet, jf. lovens §§ 48 og 49. Sondringerne kan også spores uden for lovens ordlyd. Datatilsynet har eksempelvis ved fastlæggelsen af, hvilke krav der kan stilles til sikkerheden ved overførsel af personoplysninger via internettet sondret mellem almindelige personoplysninger, fortrolige personoplysninger og følsomme personoplysninger. Af tilsynets vejledning nr. 37 fra 2. april 2001 fremgår, at

fortrolige oplysninger kun må sendes, såfremt der anvendes kryptering, og følsomme data kun hvis der anvendes stærk kryptering. Disse krav er udtryk for den mere generelle tanke, der ligger bag opdelingen i forskellige informationstyper: Jo mere udnyttelsesintensiv personoplysningen er, jo strengere krav stilles til behandlingen.

Se i øvrigt kritisk til det ubetingede krav om kryptering af fortrolig information, *Bryde Andersen og Udsen*, U.2005.378B.

Disse sondringer er udtryk for, at behandling af visse typer personoplysninger, særligt de følsomme oplysninger, i særlig grad vil kunne virke indgribende for den beskyttede og dermed med andre ord i særlig grad angribe de privatlivshensyn, der ligger bag beskyttelsen i persondatareglerne.

På tilsvarende vis er det fast antaget, at der er en videregående ytringsfrihed for visse typer af ytringer (politiske meningstilkendegivelser mv.) end for andre, jf. eksempelvis *Lorenzen m.fl.,* a.st., s. 459 (om beskyttelsen i emrk. art. 10).

Om informationstypens betydning for afvejningen af de informationsretlige hensyn gælder med andre ord det samme som netop er anført om betydningen af informationshandlingen: *Ved vurderingen af, i hvilket omfang en handling angriber et informationsretligt hensyn, må der i nogle tilfælde sondres mellem de forskellige informationstyper*.

Disse tre overordnede betragtninger kan selvsagt ikke i sig selv afgøre, hvordan en given informationsretlig regel skal fastlægges, men de kan bidrage til en grundlæggende forståelse af den informationsretlige hensynsafvejning, og de kan navnlig bidrage til erkendelsen af, at det inden for de enkelte informationsretlige discipliner kan være hensigtsmæssigt, og nogen gange nødvendigt, at sondre mellem forskellige typer af information og informationshandlinger.

I sin bog Information und Recht, 2000, opstiller *Viktor Mayer-Schönberger* en model for de personlighedsretlige regler, der har et lidt andet udgangspunkt, men i realiteten ligger ganske tæt op ad de netop anførte betragtninger. Mayer-Scönbergers model, a.st., s. 53 ff., tager udgangspunkt i, hvad forfatteren benævner subjekt-objekt relationen mellem informationen og den beskyttede part. Jo tættere relationen er, jo stærkere er beskyttelsen. Til vurderingen af relationen mellem information og person, opstiller modellen fire elementer. Det første element udgøres af manifestationen af informationen. Jo mere permanent informationen er manifesteret, jo stærkere er subjekt-objekt relationen og dermed også personlighedsretten. Efter det andet element vil relationen være stærkere, jo mere åbenbart informationen er knyttet til den beskyttede person. Efter det tredje element skal lægges vægt på, hvor intensiv informationen er. Information om hårfarve

nyder efter dette element ikke samme beskyttelse som eksempelvis helbredsoplysninger. Efter det fjerde element skal der lægges vægt på informationens markedspotentiale. Jo større markedspotentiale, jo mere taler for at yde beskyttelse. Det forekommer tvivlsomt, i hvert fald under dansk ret, i hvilket omfang det andet og det fjerde element skulle have betydning for reglerne udformning. Persondataretten yder eksempelvis ikke en stærkere beskyttelse af oplysninger, der helt åbenbart kan henføres til en bestemt fysisk person, end til oplysninger der kun mere indirekte kan det. Såfremt oplysningen er henførbar, og der dermed foreligger en personoplysning i lovens forstand, ydes samme beskyttelse. Dermed lægges vægten på det første og det tredje element, og disse to elementer svarer til de ovenstående betragtninger, hvor det første element i Mayer-Schönbergers model repræsenterer informationshandlingen og det tredje element informationstypen.

KAPITEL 5

Metode

1. Indledning

Med "metode" menes her – og det er vist i overensstemmelse med en almindelig forståelse af begrebet – den metode, der er valgt i afhandlingen til at verificere de i kapitel 1 opstillede teser. Der er mange veje, som kan føre til verifikationen af en tese, og metoden vil derfor altid være udtryk for nogle valg og fravalg. Det er sigtet med det følgende at give et indblik i de valg, der er foretaget her i afhandlingen.

Allerede de foregående kapitler rummer metodeelementer. Både fastlæggelsen af informationsretsbegrebet og hensynsidentifikationen i foregående kapitel er udtryk for metodiske valg, der skal bidrage til verifikationen af afhandlingens teser. Det metodiske omdrejningspunkt for afhandlingen er dog, hvad der i det følgende benævnes for den horisontale analyse, og det er primært dennes indhold og afgrænsning, der behandles i dette kapitel. Afslutningsvis knyttes bemærkninger til afhandlingens brug af fremmed ret.

2. Den horisontale analyse

Det er afhandlingens metodiske udgangspunkt, at dokumentation af en horisontale informationsret og informationsretlige grundsætninger forudsætter retsdogmatiske analyser, der på det konkrete plan kan dokumentere sammenhænge mellem de forskellige informationsretlige discipliner. Mere overordnede betragtninger om sammenhænge mellem disciplinerne kan introducere den horisontale tankegang og fungere som fundament for retspolitiske overvejelser, men en tese om, at der består et sådant slægtskab mellem de informationsretlige discipliner, at der kan identificeres informationsretlige grundsætninger på tværs af disciplinerne, må søge sin verifikation i grundige retsdogmatiske analyser.

Analyserne skal være horisontale, hvilket indebærer, at de skal belyse og sammenligne retstilstanden på udvalgte områder inden for og på tværs af en række informationsretlige discipliner og dermed danne baggrund for en vurdering af, om der består en horisontal relevans mellem de informationsretlige regler der fører til identifikation af informationsretlige grundsætninger. Disse analyser bliver med andre ord det metodiske værktøj, som skal verificere tesen om de informationsretlige grundsætninger. Det er denne type af analyser, der i det følgende benævnes *den horisontale analyse*.

De horisontale analyser skal i første omgang dokumentere, at der gælder nogle regler på tværs af de enkelte discipliner. Den horisontale relevans er dog ikke begrænset hertil. Analyserne i afhandlingens 2. del viser, at også den nærmere afgrænsning af de enkelte regler rummer fællestræk på tværs af disciplinerne. En dokumentation heraf forudsætter imidlertid tættere analyser af de enkelte regler. Sådanne mere dybdegående detailanalyser kan imidlertid kun gennemføres på et begrænset antal områder. Analysernes tværgående natur gør, at detailanalyserne nødvendigvis må blive omfattende. Det vil derfor også kun være muligt at gennemføre et begrænset antal af disse analyser. Detailanalyserne må derfor suppleres af bredere analyser, der primært dokumenterer eksistensen af tværgående regler uden nærmere at vurdere, om afgrænsningen af disse regler også har fællestræk. Dette kan også formuleres således, at de horisontale analyser både må gå i dybden og bredden. Dybdegående detailanalyser er nødvendige for at dokumentere, at den horisontale relevans ikke kun gør det muligt at identificere fælles regler, men at også den nærmere fortolkning af disse regler rummer horisontale træk. De brede analyser er nødvendige for at dokumentere, at informationsretlige grundsætninger ikke kun gælder på få til lejligheden udvalgte områder, men kan identificeres inden for alle dele af informationsretten.

I det følgende beskrives den struktur og de afgrænsninger, der ligger til grund for den horisontale analyse, som den gennemføres i afhandlingens anden del. De fleste overvejelser er knyttet til den mere omfattende horisontale detailanalyse. Disse beskrives i afsnit 2.1. I afsnit 2.2 redegøres for de emnevalg, der ligger til grund for de bredere horisontale analyser i afhandlingens kapitel 9.

2.1. De horisontale detailanalyser

Som allerede nævnt vil det ikke være muligt inden for afhandlingens rammer at gennemføre omfattende horisontale detailanalyser af alle de retlige problemstillinger, som reguleres i de informationsretlige discipliner. De horisontale detailanalyser må derfor afgrænses, og der må foretages et valg

af, hvilke informationsretlige discipliner, der skal omfattes (den vertikale afgrænsning), og hvilke reguleringstemaer der skal analyseres på tværs af disse discipliner (den horisontale afgrænsning). Den vertikale og den horisontale afgrænsning beskrives i de to følgende afsnit. Herefter beskrives strukturen i den horisontale detailanalyse.

2.1.1. Valg af discipliner – den vertikale afgrænsning

a. Både regler om økonomiske og ideelle informationsrettigheder

De informationsretlige regler rummer en grundlæggende sondring mellem regler, der beskytter økonomiske interesser, og regler der beskytter ideelle (personlige) interesser, jf. ovenfor i kapitel 2.

For en umiddelbar betragtning er kategorierne markant forskellige, og det kunne på den baggrund være nærliggende at afgrænse de horisontale analyser til en af kategorierne. Som analyserne i afhandlingens anden del vil vise, er de strukturelle lighedstræk – der tager udgangspunkt i hvornår en part kan forbyde andre at behandle information – så stærke, at der består horisontal relevans på tværs af de økonomiske og de ideelle informationsrettigheder. Det er blandt andet en vigtig erkendelse, at undtagelsesbestemmelserne til de enkelte informationsrettigheder kan være baseret på samme grundlæggende hensyn, uanset om de informationsrettigheder, de indskrænkninger, udspringer af grundlæggende forskellige hensyn. Når de eksklusive informationsrettigheder ikke udstrækkes til brugerens privatsfære, udspringer dette eksempelvis af samme grundlæggende hensyn, uanset om informationsrettighederne er af økonomisk eller af ideel karakter, jf. nærmere kapitel 7.

Hertil kommer, at der ikke nødvendigvis er en skarp opdeling mellem integritetsbeskyttelsen og den økonomiske beskyttelse. Med den betydning og dermed værdi som information har fået i det moderne samfund, vil eksempelvis personoplysninger have en (stadig større) økonomisk værdi, ligesom visse af de informationstyper, der undergives en økonomisk eneretsbeskyttelse, også nyder en ideel beskyttelse. Et vist overlap mellem de to regeltyper kan således spores.

De horisontale analyser vil derfor blive gennemført på tværs af sondringen mellem informationsretlige regler, der beskytter økonomiske henholdsvis ideelle interesser.

b. Valg af discipliner

Det ligger i selve tesen om en horisontal informationsret, at valget af discipliner må tage udgangspunkt i disciplinernes klassiske opdeling, typisk foretaget med udgangspunkt i lovgrundlag. Tesen går netop ud på, at der gælder nogle grundsætninger og ligheder på tværs af de traditionelle retsdiscipliner. Ved udvælgelsen af disciplinerne er der lagt vægt på følgende forhold:

- Antallet af discipliner skal have en vis størrelse for at dokumentere eksistensen af informationsretlige grundsætninger. Det ligger i selve grundsætningens natur, at den netop udtrykker en bredere opfattelse af et givent forhold, som kan identificeres i en række retskilder, jf. nærmere kapitel 3.
- Disciplinerne skal dække både ideelle og økonomiske informationsrettigheder, dels for at dokumentere, at der kan bestå informationsretlige grundsætninger på tværs af denne sondring, jf. ovenfor, men også for at belyse, at dette omvendt ikke er tilfældet, når reglerne hvilker på forskellige hensyn. Sondringen mellem de ideelle og de økonomiske rettigheder er således velegnet til at dokumentere tesen om den informationsretlige hensynslære som ramme for tesen om en horisontal informationsret.
- Disciplinerne skal både dække operationel og emotionel information for at belyse, om denne sondring har betydning for den horisontale relevans.
- Disciplinerne skal dække både lovregulerede og ulovregulerede informationsrettigheder. De lovregulerede discipliner rummer det største retskildemateriale og er derfor mest velegnet til at identificere informationsretlige grundsætninger. Omvendt vil inddragelse af ulovregulerede discipliner være velegnet til at vise, hvordan informationsretlige grundsætninger kan bidrage til en fastlæggelse af retstilstanden på områder med en udtalt retskildeknaphed.

På baggrund af disse kriterier vil følgende discipliner indgå i de horisontale analyser:

- Ophavsret
- Patentret
- Varemærkeret
- Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen
- Persondataret
- Retten til eget billede

2.1.2. Valg af reguleringstemaer – den horisontale afgrænsning

De reguleringstemaer, der er gjort til genstand for detailanalyser i afhandlingens anden del, er valgt ud fra følgende kriterier:

- Som beskrevet har de horisontale detailanalyser et omfang, der kun gør det muligt at gennemføre få af disse analyser inden for afhandlingens rammer. Antallet af reguleringstemaer, der analyseres, må derfor være begrænset.
- Reguleringstemaet bør have en nogenlunde afgrænset karakter. Jo mere håndgribelige reglerne er, jo bedre er grundlaget for sammenlignende analyser. Reglerne, der fastlægger selve informationsrettighedernes omfang, er derfor næppe velegnet som genstand for detailanalyserne. Alene de ophavsretlige drøftelser om enerettens afgrænsning antager ofte næsten filosofisk karakter. Det er ikke ensbetydende med, at det ikke vil være muligt at dokumentere grundsætninger inden for dette område, jf. også kapitel 11, men andre reguleringstemaer vil være mere velegnet til de dybdegående analyser.
- Eksistensen af empirisk materiale i form af lovregler, forarbejder og retspraksis styrker analyserne. Jo bedre indholdet af et regelområde inden for hvert enkelt af retsdisciplinerne er belyst, jo større er muligheden for at dokumentere sammenhænge på tværs af regelområdet. Der bør derfor vælges reguleringstemaer, som rummer et tilfredsstillende empirisk materiale inden for så mange af disciplinerne som muligt. Ved vurderingen heraf kan der tages udgangspunkt i, at nogle reguleringstemaer efter deres natur har mere umiddelbart horisontale træk end andre. Eksempelvis forekommer spørgsmålet, om der eksisterer et privat rum, inden for hvilket information kan bruges uden rettighedshaverens tilladelse, umiddelbart relevant inden for alle de informationsretlige discipliner. Af denne grund kan det forventes, at de fleste informationsretlige discipliner har forholdt sig til dette spørgsmål. Omvendt har spørgsmålet om eksempelvis konkurrenceretlige begrænsninger i eneretten ikke nær samme praktiske betydning inden for reglerne om beskyttelse af ideelle interesser som inden for reglerne om beskyttelse af økonomiske rettigheder. Der kan derfor ikke forventes at være meget retskildemateriale, som kan bidrage til fastlæggelsen af denne problemstilling inden for f.eks. persondataretten, hvilket gør det vanskeligt at dokumentere en horisontal relevans på dette område.

> Problemstillingen er dog ikke utænkelig. Adgang til teleselskabernes registre over teleabonnenter er eksempelvis en forudsætning for at kunne etablere en nummeroplysningstjeneste. Adgangen til denne slags registre er reguleret i telelovgivningen, men eksemplet illustrerer, at databaser med personoplysninger kan skabe monopolsituationer, som potentielt muliggør konkurrenceretlig indgriben.

På baggrund af disse kriterier vil de horisontale detailanalyser omfatte *reglerne om privat brug* og *konsumptionsreglerne*. Der er tale om kategorier af regler, som har en nogenlunde afgrænset karakter. De rummer endvidere problemstillinger af generel informationsretlig relevans, og der foreligger derfor også en rimelig mængde retskildemateriale.

2.1.3. Nærmere om indholdet af den horisontale analyse

Den horisontale analyse skal dokumentere, om de informationsretlige regler har relevans på tværs af de informationsretlige discipliner, herunder særligt om der kan identificeres informationsretlige grundsætninger inden for de udvalgte reguleringstemaer.

Eksistensen af identiske problemstillinger vil udmønte sig i, at der eksisterer retsregler, som regulerer den pågældende problemstilling på tværs af disciplinerne. *Det første led* i den horisontale analyse bliver derfor en identifikation af de retsregler inden for de enkelte discipliner, som regulerer den pågældende problemstilling.

Om retsregler inden for de informationsretlige discipliner regulerer beslægtede problemstillinger må afklares ved at tage udgangspunkt i reglernes fælles kerne, nemlig at de regulerer *informationshandlinger*, og fastslå det grundlæggende informationsretlige spørgsmål, der ønskes besvaret.

Skal man eksempelvis afklare, om TDC må videreformidle fodboldresultater fra igangværende kampe, når DBU har samtykket i, at Danmarks Radio i et af deres radioprogrammer løbende bringer resultaterne, er det grundlæggende spørgsmål, om DBU´s eneret til offentligt at sprede en given informationsmængde (resultater fra igangværende kampe) ophører, når informationen første gang viderespredes af DBU eller med DBU´s samtykke. Dette spørgsmål er beslægtet med det fra immaterialretten kendte spørgsmål om, hvornår immaterialrettigheder konsumeres, der udtrykker, hvornår en informationsmængde fæstnet til et specifikt eksemplar af informationsmediet må viderespredes. Der kan ligeledes trækkes tråde til persondatarettens regulering af, hvornår der kan behandles personoplysninger, som rettighedshaveren selv har offentliggjort, jf. herved pdl. § 7, stk. 2, nr. 3. Spørgsmålet om informationskonsumption er behandlet i kapitel 8.

Ved at fokusere på, at reglen regulerer information og informationshandlinger, nedtones betydningen af reglens sproglige udformning og struktur. Når

den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret eksempelvis kun gælder "offentlig" tilgængeliggørelse, når ophavsretten tillader privat kopiering og når den varemærkeretlige og patentretlige eneret afgrænses til den erhvervsmæssige udnyttelse, er der sprogligt tale om ganske forskellige regler. Også strukturelt er de forskellige. Retten til privat tilgængeliggørelse følger eksempelvis forudsætningsvis af eneretsreglen, som kun omfatter offentlig tilgængeliggørelse, mens retten til privatkopiering har karakter af en egentlig undtagelse til en bredere formuleret eneret til kopiering. Flytter man imidlertid fokus fra disse sproglige og strukturelle forskelle til den bagvedliggende informationshandling, kan det konstateres, at reglerne alle udspringer af ønsket om at undtage eneretten til de pågældende informationshandlinger fra en nærmere afgrænset privatsfære. Til trods for de umiddelbare forskelligheder viser en fokusering på selve informationshandlingen, at reglerne forholder sig til samme grundlæggende problemstilling.

Selvom den pågældende problemstilling er gennemgående og således kan identificeres på tværs af de informationsretlige discipliner, er det ikke sikkert, at problemstillingen er reguleret inden for alle disciplinerne. Dette gælder særligt for de ulovbestemte enerettigheder, hvor en række relevante problemstillinger ikke er afklaret, og hvor der med andre ord opstår retstomme rum. Som allerede beskrevet ovenfor består en grundlæggende sondring mellem tilfælde, hvor de horisontale retskilder anvendes som fortolkningskilder og tilfælde, hvor de anvendes som regeldannende/udfyldende kilder i retstomme rum. Denne sondring afspejles også i den horisontale analyse.

I analysens *anden del* identificeres de hensyn, der ligger bag de identificerede regler. Dette er en naturlig konsekvens af afhandlingens tese om hensynslæren som systematisk ramme for den horisontale informationsret. Verifikationen af, at der er en sammenhæng mellem reglernes bagvedliggende hensyn og deres horisontale relevans forudsætter, at hensynene identificeres.

I analysens *tredje del* undersøges de identificerede retsregler isoleret inden for hver af de enkelte discipliner, dvs. *vertikalt*. I denne vertikale del af analysen beskrives, hvilke afgrænsningskriterier der ligger grund til for de enkelte regler.

På baggrund af denne analyse gennemføres i *fjerde del* den horisontale analyse, hvor undersøgelserne inden for de enkelte discipliner sammenholdes og det afklares, hvilke nærmere fællestræk der består mellem disciplinerne herunder særligt, om der kan identificeres informationsretlige grundsætninger. Analysen tager udgangspunkt i de afgrænsningskriterier, der er

identificeret for de enkelte discipliner, og vurderer deres sammenhænge på tværs af de enkelte discipliner. Herefter sammenholdes den tværgående analyse af afgrænsningskriterierne med den hensynsidentifikation, der er foretaget for hver af disciplinerne. I denne del af analysen dokumenteres tesen om hensynslæren som systematisk ramme for den horisontale informationsret.

De horisontale detailanalyser i afhandlingens del 2 er således bygget op efter følgende model:

- Identifikation af den grundlæggende regel inden for de enkelte discipliner
- Identifikation af de bagvedliggende hensyn
- Vertikal analyse
    - Identifikation af reglens afgrænsningskriterier inden for de enkelte discipliner
- Horisontal analyse
    - Sammenholdelse af afgrænsningskriterier og dokumentation af informationsretlige grundsætninger
    - Vurdering af sammenhængen mellem afgrænsningskriterier og hensyn

2.2. Horisontale analyser i bredden

Det ligger i afhandlingens hovedtese om de informationsretlige grundsætninger, at eksistensen af disse grundsætninger er gennemgående i informationsretten og således vil kunne identificeres inden for alle dele af informationsretten. Dette kan ikke i sig selv dokumenteres gennem de ovenfor beskrevne detailanalyser. Detailanalyserne gennemføres kun på to områder, privat brug og konsumption, og disse to områder hører systematisk hjemme i samme del af informationsretten, nemlig i undtagelsesreglerne.

En verifikation af tesen forudsætter identifikation af grundsætninger på et større antal områder og ligeså vigtigt på områder, der systematisk er placeret forskellige steder i informationsretten. Med henblik herpå gennemføres i afhandlingens 2. del udover de to detailanalyser også nogle bredere analyser på en række øvrige områder. Det følger af det netop nævnte, at disse analyser må have et vist antal og være placeret systematisk inden for forskellige dele af informationsretten. Herudover bør der også lægges en vis vægt på eksistensen af empirisk materiale, da identifikationen af de informationsretlige grundsætninger primært kan ske gennem empirisk materiale, jf. tilsvarende ovenfor om detailanalyserne.

På baggrund heraf behandles følgende reguleringstemaer i de mere overordnede analyser i afhandlingens kapitel 9:

- Retten til at informere om egne ydelser
- Ytringsfriheden som indskrænkning i informationsrettighederne
- De minimis-regler
- Juridiske personers ideelle rettigheder,
- Informationsrettighedernes overgang ved død og
- Økonomisk kompensation ved krænkelse af informationsrettigheder.

De første tre temaer, information om egne ydelser, ytringsfriheden som indskrænkning i enerettighederne og eksistensen af en bredere de minimis-regel, udgør på samme vis som privatbrugs- og konsumptionsreglerne undtagelser til de eksklusive informationsrettigheder. Der er imidlertid tale om strukturelt andre typer af undtagelsesregler. Retten til information om egne ydelser og en de minimis-regel udgør indskrænkninger, som ikke umiddelbart fremgår af konkrete lovbestemmelser, mens reglerne om ytringsfrihed adskiller sig fra de øvrige behandlede undtagelsesregler ved ikke at behandle specifikke undtagelsesregler til de eksklusive informationsrettigheder, jf. om denne terminologi kapitel 2. Der er således tale om en ekstern regel, der ikke indgår som del af informationsretsdisciplinerne, og som ikke efter sin natur har haft til formål at foretage en konkret afgrænsning af en given informationsrettighed. Hermed dækker afhandlingens analyser undtagelsesregler med grundlæggende strukturelle forskelle. For det første de markante og centrale undtagelsesbestemmelser, der følger umiddelbart af de pågældende informationsretlige lovreguleringer (privat brug og konsumption), for det andet en konkret men mere indirekte undtagelsesregel som ikke uden videre kan læses ud af loven (retten til information om egne ydelser), for det tredje en undtagelsesregel der ligger uden for de informationsretlige discipliner (ytringsfrihed) og for det fjerde en ulovreguleret undtagelsesregel, der i sin bredde kan rumme alle de øvrige undtagelsesbestemmelser, men som man kun helt undtagelsesvis vil ty til (de minimis-reglen).

I de sidste tre analyser bevæger vi os væk fra undtagelsesreglerne. Først med en analyse af juridiske personers ideelle informationsrettigheder Dette spørgsmål vedrører både informationsrettighedens omfang, og hvem der kan være rettighedssubjekt. Dernæst følger en analyse af rettighedernes overgang ved død (der systematisk hører til reglerne om overdragelse af informationsrettigheder) og endelig som det sjette og sidste emne analyseres de informationsretlige regler om økonomisk kompensation for rettighedskrænkelser (der hører til sanktionslæren).

Hermed behandler de brede analyser en række forskellige reguleringstemaer, der systematisk er placeret inden for forskellige dele af informationsretten.

Ved at kombinere de dybdegående detailanalyser af privat brug og konsumption med de bredere analyser af de ovenstående reguleringstemaer, dokumenteres eksistensen af de informationsretlige grundsætninger både i dybden og i bredden. Det er forholdsvis åbenbart, at der kan identificeres regler om privat brug og konsumption inden for alle de informationsretlige discipliner. Detailanalyser af disse to områder er derfor heller ikke koncentreret om eksistensen af en grundsætning herom, men om eksistensen af yderligere fælles grundsætninger om den nærmere afgrænsning af disse regler. Hermed dokumenteres ikke kun, at der består grundsætninger om privat brug og konsumption, men også dybden af disse grundsætninger. De brede analyser behandler ikke som detailanalyserne de nærmere afgrænsningskriterier for de enkelte regler men fokuserer på, om der i det hele taget kan opstilles en informationsretlig grundsætning på det pågældende område. Tilsammen vil de to typer af horisontale analyser således kunne dokumentere, at der består informationsretlige grundsætninger inden for alle dele af informationsretten, og at disse grundsætninger ikke kun kan have karakter af retsregler (regelskabende retskilder) men også af afgrænsningskriterier (fortolkningskilder).

3. Brug af fremmed ret

Fremmed ret inddrages i afhandlingen på to planer.

På et første plan inddrages fremmed ret ved de overordnede overvejelser om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger og en horisontal informationsret. Afhandlingens teser er forankret i dansk ret. Det er således afhandlingens hovedtese, at der i dansk ret kan identificeres informationsretlige grundsætninger. De overvejelser, der ligger bag denne tese, jf. nærmere kapitel 1, om bl.a. informations grundlæggende karakteristika, har samme relevans i andre lande som i Danmark, og der er derfor grund til at tro, at der også i andre veludviklede retssystemer vil kunne identificeres informationsretlige grundsætninger. Det ligger imidlertid uden for afhandlingens grænse at søge at dokumentere dette. Derimod er det muligt og naturligt at se på, hvilke tanker om en horisontal informationsret der er gjort i udenlandsk retsteori, og hvordan disse passer ind i de tanker, som er lagt frem her i afhandlingens første del. Dette udblik er ikke mindst nærliggen-

de, fordi dansk og nordisk retsteori er sparsomme på tanker om informationsrettens horisontale karakter. Dette gælder dog, som vi nærmere skal se i kapitel 6, også for den udenlandske retsteori.

På et andet plan inddrages fremmed ret i afhandlingens horisontale analyser. Heller ikke inden for de enkelte horisontale analyser vil det være praktisk muligt på et mere systematisk grundlag at udstrække analyserne til fremmed retssystemer. Der ligger et betydeligt arbejde i blot at dokumentere de informationsretlige grundsætninger i de retsdogmatiske analyser af dansk ret. Som det vil fremgå af afhandlingens anden del forudsætter disse analyser et relativt stort kendskab til en række forskellige retsområder. Tilsvarende systematiske analyser inden for et fremmed retssystem ville fuldstændigt sprænge rammerne for afhandlingen. Fremmede ret kan derimod være velegnet til at understøtte identifikationen af grundsætninger i dansk ret. Når det eksempelvis i analysen af grundsætningen om retten til at informere om egne ydelser undersøges, hvorvidt der består en sådan ret efter gældende dansk ophavsret, er det interessant, at den tyske Bundesgerichtshof har fastslået, at dette er tilfældet efter tysk ophavsret. Den tyske dom indebærer ikke i sig selv, at et tilsvarende resultat kan lægges til grund i dansk ret, men den illustrere, at tilsvarende tanker er gjort af den øverste domstol i et af de retssystemer, der er beslægtet med det danske.

Fremmed ret inddrages i forskelligt omfang i de enkelte horisontale analyser. Fremmed ret har en højere tilgængelighed ved analyser af, om der gælder retsregler på et givent område, end ved analyser af, om det nærmere indhold af disse retsregler er identiske på tværs af disciplinerne, fordi de sidstnævnte forudsætter omfattende analyser af en række forskellige regler, jf. lige ovenfor. Fremmed ret spiller derfor en større rolle i de brede analyser i kapitel 9 end i detailanalyserne i kapitel 7 og 8. Omfanget af fremmed ret afgøres desuden af retskildematerialet under dansk ret. Med jo større sikkerhed det danske retskildemateriale kan fastslå retstilstanden, jo mindre betydning får fremmed ret i de horisontale analyser.

I valget af, hvilke retssystemer der skal inddrages, indtager de *nordiske* en særlig position. Nordisk ret har på det formueretlige område, herunder immaterialrettens område, historisk været præget af stor retsenhed. Retskilder fra de øvrige nordiske lande har derfor en særlig status. Det tætte slægtskab mellem dansk ret og særligt norsk og svensk ret bevirker, at disse retssystemer indtager en særlig plads blandt de fremmede retssystemer i afhandlingen. De retsdogmatiske analyser i afhandlingens 2. del vil således inddrage norsk og svensk ret mere systematisk end andre fremmed retssystemer. Ud over nordisk ret er det navnlig *tysk* og *engelsk* ret, der inddrages

i afhandlingen. Særlig tysk ret har været en inspirationskilde for den danske og nordiske immaterialret, og dette slægtskab spores stadig. Med afhandlingens brug af fremmed ret er det dog ikke nødvendigt at afgrænse brugen til enkelte retssystemer. Under vejs inddrages også overvejelser og afgørelser fra andre retssystemer, hvor disse kan bidrage til analyserne.

KAPITEL 6

Hidtidige horisontale overvejelser

1. Indledning

Det er ikke ukendt for den juridiske teori at overveje, hvorvidt de informationsretlige discipliner har et sådant slægtskab, at der bør anlægges mere systematiske helhedssyn. Sådanne overvejelser er særligt gjort inden for immaterialretten, jf. herom afsnit 2 straks nedenfor, men kan også spores inden for personlighedsretten og i begrænset omfang mellem disse to retsområder. I det følgende skal de hidtidige horisontale overvejelser i den juridiske teori beskrives. Som det vil fremgå, er der et slægtskab mellem de tanker om en horisontal informationsret, der lægges frem her i afhandlingen, og de hidtidige tanker i teorien samtidig med, at afhandlingens teser på centrale punkter adskiller sig fra disse hidtidige overvejelser.

2. Inden for immaterialretten

Spørgsmålet, om de immaterialretlige discipliner skal behandles under ét eller som uafhængige discipliner, har været genstand for en del overvejelser i ældre litteratur.

I ældre tysk ret gjorde bl.a. *Riezler* sig til fortaler for, at de immaterialretlige discipliner måtte behandles i en sammenhæng. Riezler anerkender dog samtidig, at der er sådanne forskelle mellem disciplinerne, at en række spørgsmål må behandles for sig i de enkelte discipliner. I fremstillingen Urheber- und Erfinderrecht, 1909, anføres herom, s. 33 f.:

> "Das rechtliche Wesen der Urheberrechte ist dagegen bei allen daßselbe. Sie find, wie im Vorausgehenden gezeigt wurde, absolute Gegenstandsrechte an unkörperlichen Gütern. Aber auch im Übrigen zeigen alle Urheberrechte so viele start hervortretende gemeinsame Grundzüge, daß es wohl gerechtfertigt er-

> scheint, sie unter gewissen Gerichtspunkten einheitlich zu betrachten. Ist es doch Aufgabe der Rechtswissenschaft überhaupt, in der Fülle der Einzelerscheinungen den gemeinsamen Rechtsgedanken aufzusuchen und aus der Vielgestaltheit der Anwendungsfälle die leitende Idee zu abstrahieren. Eine solche theoretische Verallgemeinerung ist natürlich immer nur bis zu einem gewissen Grade möglich und darf nicht vergessen lassen, daß die verschiedenen Urheberrecht, trotz wichtiger gemeinsamer Elemente, doch in vielen Punkten verschiedenen Rechtsnormen unterstehen, was seinen Grund hat in der durch kein Rechtssystem zu beseitigenden tatsächlichen Verschiedenart der Lebensverhältnisse, auf deren Boden jene Rechte erwachsen".

På denne baggrund indleder Riezler fremstillingen med en *Allgeimener Teil*, der behandler spørgsmål om rettighedernes begrundelse og genstand, tidsmæssige udstrækning, rettighedernes overdragelse og sanktioner ved krænkelse. Det skal bemærkes, at Riezlers betragtninger kun omfatter ophavsretten og patentretten, men ikke kendetegnsretten.

Tilsvarende tanker blev i nordisk ret præsenteret af *Frederik Vinding Kruse* i Ejendomsretten fra 1929. Vinding Kruses synspunkt, som han opretholdt i hele sit forfatterskab er udtrykt på følgende vis i alle tre udgaver af Ejendomsretten:

> "Nutidens almindelige tendens til vidt dreven fagdeling har på dette område bevirket, at forfatter- og kunstnerretten behandles for sig, patentretten for sig, mønsterretten for sig. Herved opnås, at de mange små enkeltspørgsmål opdyrkes grundigt; men overblikket tabes, og de grundproblemer, der er fælles for de forskellige særområder, forsømmes ofte eller behandles for snevert. Den rette alsidige belysning kan disse problemer kun få ved, at erfaringerne fra de forskellige særlige områder samles; og afgørelserne i praksis får en ganske anden sikkerhed, når de ledende synspunkter bekræftes af erfaringerne på de forskellige fronter, hvor rettighederne kæmper for livet", Ejendomsretten, 3. udgave, 1951, s. 452 f.

I overensstemmelse med dette synspunkt behandler Vinding Kruse eksempelvis spørgsmålet om beskyttelsens bredde inden for ophavsretten, mønsterretten og patentretten uden at sondre mellem de enkelte rettighedstyper. I vurderingen af, hvorvidt et nyt værk krænker et allerede eksisterende beskyttet værk, opstiller Vinding Kruse således en række momenter, der er uafhængige af, om det er en ophavsretlig eller patentretlig krænkelsesvurdering, som skal foretages (hvorvidt det nye værk har en anden karakter eller et andet formål, end det eksisterende, hvor stor en del af det oprindelige værk, der genbruges i det nye, omfanget af det nye værk sammenlignet med omfanget af det eksisterende værk og om den genbrugte del af værket

anvendes uændret). Vægten af disse momenter vil ifølge Vinding Kruse variere og afhænge af det konkrete tilfælde.

Betragtningen om, at immaterialrettighederne måtte behandles og forstås i en sammenhæng, gjaldt dog ifølge Vinding Kruse ikke for varemærkeretten og andre kendetegnsrettigheder, idet varemærkeretten ikke var udtryk for beskyttelsen af en åndelig indsats men var en beskyttelse af et identificeringstegn, a.st., s. 458 f.

Knoph behandlede spørgsmålet om immaterialrettighedernes fællestræk i Åndsretten, 1936 (begrebet "åndsretten" anvendes synonymt med "immaterialret", som Knoph imidlertid fandt, var et "usedvanlig heslig ord", s. 1). Indledningsvis konstaterer Knoph forskelligheder, a.st., s. 2: "Stryker man i lav høide over åndsrettigheterne i en åndelig flyvemaskin, er det tilsynelatende helt uensartede landskaber man ser under sig. Rettighetene er ikke samlet i en felles lov, men reglene om dem er spredt rundt omkring". Det ændrer sig imidlertid anfører Knoph, "når flyvemaskinen løfter en litt høiere fra jorden så billedet av de forskjellige åndsrettigheter kommer på større avstand. Mange ulikheter som var store og avgjørende på nært hold, taper sig nemlig da betraktelig, mens noen kraftige og markerte fellestrekk isteden trer frem". Disse fællestræk begrunder Knoph dels med rettighedernes fælles immaterielle karakter (s. 8), dels de fælles bagvedliggende hensyn (rettighedshaveren bør selv høste frugten af arbejdet og hensyn til den enkeltes personlighed), s. 4. På denne baggrund finder Knoph på den ene side, at slægtskabet mellem de forskellige immaterialrettigheder er så nært, at det ikke kun lønner sig at behandle dem under ét, men at dette er nødvendigt, hvis stoffet skal komme til sin ret, s. 11 f., men på den anden side, at forskellighederne dog er for store til, at det giver mening at arbejde med en immaterialrettens "almindelige del", s. 14.

Om *Riezlers Allgemeines Teil* i Urherber- und Patentrecht anføres Knoph således: "Men heller ikke dette forsøk er egnet til å overbevise om metodens fortreffelighet. Hans almindelige del er nemlig så mager at det slett ikke gagner fremstillingen å trekke reglene ut av sin sammenheng, og fremstille dem under ett. Bortsett fra ophavsrettens natur og stilling i rettssystemet er det særlig læren om rettighetenes subjekt, litt om deres overdragelse og en bred fremstilling av rettsvernet, som har funnet plass i den almindelige del. Og endda har Riezler bare de egentlige ophavsrettigheder for øie, mens vi her også tager kjennetegnene med", a.st., s. 14.

Knoph sammenfatter sine synspunkter om slægtskabet mellem de immaterialretlige discipliner og den praktiske anvendelighed heraf således, a.st. s. 13 f.:

> ”Fellesskap i behandlingen behøver dog ikke bety at stoffet fremstilles som en amorf masse, uten inndelinger og distinksjoner. En slik fremgangsmåte vilde være meget uheldig, fordi den overser den store forskjell mellem åndsverker, opfinnelser, varemerker etc., og de tilsvarende betydningsfulle ulikheter i deres rettsstilling. I hovedsaken bør de forskjellige hovedgrener av åndsretten skildres hver for sig, men hele tiden må man ha sammenhengen mellem dem for øie, og trekke de analogier og paralleller som stoffet innbyr så rikt til. Man forråder ikke tanken om åndsrettens enhet på denne måten, likeså litt som Gambetta forrådte revanchetanken, da han innskjerpet franskmennene aldri å tale om den, men alltid å tenke på den … Efter min mening bliver fremstillingen friere og ledigere om man lar hele den almindelige del falle, og skildrer de enkelte rettigheter hver for sig. Der hvor de rettslige synspunkter er særlig nær i slekt, og hvor en enkelt rettighet kaster ekstra sterkt lys over de andre, kan man isteden smugle en partiell ´almindelig del´ inn i fremstillingen ved å behandle spørgsmålet inngående på et enkelt sted. Som oftest er det ophavsretten til åndverker jeg bruker på denne måten; det fører til at den bliver bredere behandlet enn den ellers vilde ha blitt”.

Knophs synspunkter er beslægtede med Vinding Kruses, men med afvisningen af en immaterialrettens almindelige del, går Knoph ikke så langt i retningen af en immaterialretlig enhedslære som Vinding Kruse, således også Knoph a.st., s. 13.

Spørgsmålet er ligeledes behandlet af *Koktvedgaard* i disputatsen ”Immaterialretspositioner” fra 1965. Koktvedgaard indleder værket med det synspunkt, at der er en så nær sammenhæng mellem de enkelte immaterialrettigheder, at de bør gøres til genstand for fællesbehandling, når man drøfter disciplinernes overordnede principper, s. 3:

> ”Kritikken er da navnlig baseret på, at de enkelte rettighedstyper indenfor gruppen er så forskelligartede, at det ikke har nogen rimelighed at søge at holde dem sammen, selvom deres struktur måske måtte afvige fra andre og mere almindelige rettighedstyper. Man kan fx hævde, at der i grunden ikke er nogen nærmere forbindelse mellem ophavsretten og varemærkeretten. Den foreliggende afhandling hviler på den opfattelse, at der er et nært slægtskab mellem de forskellige rettigheder, der henregnes under immaterialretsbegrebet. Dette beror dels på, at de nævnte rettigheder frembyder en struktur, der ikke synes at genfindes på noget andet retsfelt – en struktur, der forudsætter anvendelsen af en ganske bestemt og meget særpræget juridisk metode – dels på, at rettighederne også i deres mere praktiske udfoldelse har sådanne berøringsflader, at de bør gøres til genstand for fællesbehandling, i hvert fald når spørgsmålet drejer sig om de større principielle linjer”.

Også Koktvedgaard fastholder dog som Vinding Kruse en skarp sondring mellem varemærkeretten og den øvrige kendetegnsret på den ene side og de øvrige immaterialrettigheder karakteriseret ved en intellektuel frembringel-

se på den anden side (dvs. navnlig ophavsretten og patentretten), *Koktvedgaard*, a.st., s. 13.

Herudover afviser Koktvedgaard i det væsentlige, at de immaterialretlige regler kan påvirke hinanden på enkeltregelsniveau med følgende betragtninger, a.st., s. 186 f.:

> "Disse emner [ophavsrettens og patentrettens] er meget forskellige, og det kan ikke undre, at de praktiske retsregler må udformes forskelligt. Det er kun de dybeste grundproblemer, der er ensartede… alle patentrettens enkeltregler må naturligvis idethele udformes anderledes end ophavsrettens, da de tekniske fænomener nu engang udnyttes på en anden måde end de æstetiske. Det samme gælder om varemærkeretten i forhold til patent- og ophavsretten", *Koktvedgaard*, a.st.

I forlængelse heraf anføres dog, at "visse af de tekniske enkeltregler i de forskellige immaterialretsdiscipliner udviser nogen overensstemmelse". Som eksempler gives for det første patentrettens sondring mellem genstands- og fremgangsmådepatenter, der minder om ophavsrettens sondring mellem bestandige og ubestandige medier, og for det andet afhængighedspatenter, der svarer til ophavsretlige bearbejdelser.

Koktvedgaards opfattelse, der levner endnu mindre plads for en immaterialretlig enhedslære end både Vinding Kruses og Knophs, har siden været herskende i nordisk immaterialret.

Dog er sanktionslæren og læren om aftaleoverdragelse ofte fremstillet horisontalt og dermed som udgangspunkt behandles samlet. Se f.eks. *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, kap. VII og VIII, *Bernitz m.fl.*, Immaterialrätt, 2007, kap. 14.

Udgangspunktet i nordisk immaterialret har således i mange år været, at immaterialrettens retsdogmatiske analyser holdes inden for den enkelte disciplin. Eller med andre ord: Når en immaterialretlig problemstilling skal analyseres, er der ikke i nordisk immaterialret en udbredt tradition for at inddrage analyser af tilsvarende problemstillinger fra andre af immaterialrettens områder.

Illustrativ er *Bloks* afhandling om konsumption i patentretten. I afhandlingens indledning anføres, at afhandlingens patentretlige analyser i vidt omfang kan overføres på de øvrige immaterialrettigheder, Patentrettens konsumptionsprincip, 1974, s. 20. Er dette tilfældet, må det modsatte også gøre sig gældende, således at f.eks. de ophavsretlige analyser af konsumptionsprincippet må kunne finde anvendelse på patentrettens område. På trods af dette, inddrages sådanne beslægtede retlige analyser ikke i afhandlingen. Tilsvarende i *Rognstads* disputats om ophavsretlig konsumption, hvor det anføres, at

argumenter til støtte for konsumption af patent- og mønsterrettigheder kan tænkes at have en vis overførselsværdi til ophavsretten, Spredning af verkseksemplar, s. 155. På trods heraf inddrages den patent- og mønsterretlige lære kun ganske sporadisk i afhandlingen. I enhver afhandling må der foretages nogle afgrænsningsvalg, og der kan være gode grunde til, at de nævnte afhandlinger har valgt at afgrænse de foretagne analyser til et enkelt af immaterialrettens områder. Dette illustrerer imidlertid, at der ikke er en tradition for i større omfang at inddrage behandlingen af tilsvarende problemstillinger inden for andre af immaterialrettens områder.

En fornyet opfattelse af immaterialretsdisciplinernes fællestræk er dog muligvis under udvikling i disse år med udspring i europæiske immaterialretsforskningsmiljøer. Tanken herom var genstand for en konference afholdt af Max Planck Instituttet i november 2002 med titlen A New Framework for Intellectual Property Rights, se nærmere herom *Geiger m.fl.*, A New Framework for Intellectual Property Rights – Conference of the Max Planck Institute for Intellectual Property at Elmau Castle, 22-23 November, 2002, IIC, 2003, s. 632 ff., hvor arrangementet beskrives som "a high-level brainstorming session rather than a regular conference". Et af konferencens formål var at overveje fællestræk mellem de immaterialretlige discipliner ("Second, an effort should be made to explore the relevance of ´horizontal issues´, *i.e.* topics which, without being specific to the individual IP disciplines, have an impact on all of them", Geiger m.fl., a.st., s. 633). Om disse drøftelser hedder det bl.a. i referatet: "Finally, regarding horizontal legal issues, reference was made to the increasing tendency of different types of IP rights to overlap, giving rise to the perspective of one ´core right´ embracing the essential features of all intellectual property", a.st., s. 645.

Indlægget om de horisontale spørgsmål blev holdt af professor *Annette Kur*, der med udgangspunkt heri skrev en artikel med titlen A New Framework for Intellectual Property Rights – Horizontal Issues, IIC, 2004, s. 1 ff. I artiklen overvejer Kur en ny immaterialretsregulering, hvor immaterialrettigheder, der er baseret på samme hensyn, beskyttelse af investeringen, undergives en fælles regulering, s. 19:

> "As an alternative, a more radical change from the present system might be envisaged which would avoid the distortions resulting from overlaps by doing away with a differentiation *au fonds* between various types of IP rights to the extent that they rely on one common foundation, namely on protection of investment. Thus, a core right might be installed, extending from an unconditional exclusionary right over various degrees of attenuation to full freedom of use for everyone. The instruments needed for the fine-tuning of such a system might be incorporated in a common catalogue of limitations, or, even more sophisticated,

> they might be left in each individual case to evaluation factors interacting with each other in a flexible system of comparative criteria".

Kur påpeger berettiget, at den horisontale tilgangsvinkel er forbundet med betydelige udfordringer, fordi den på denne side forudsætter et bredt overblik over sammenhængene mellem de enkelte discipliner, og de forhold som binder disciplinerne sammen, samtidig med at den stadigt stigende kompleksitet i lovgivningen på den anden side forudsætter et indgående detailkendskab til de enkelte regelsæt. Der er med andre ord et skisma mellem, at man eksempelvis ikke længere er specialist i immaterialret men måske kun i ophavsret samtidig med, at en fuld forståelse af ophavsretten forudsætter, at den ses i sammenhæng med de øvrige immaterialretsdiscipliner. Kur anfører herom (a.st., s. 21):

> "The present situation in IP law is characterised by two seemingly opposing trends. On the one hand, the huge complexity of matters to be discussed leads to an ever-increasing degree of differentiation and specialisation, accompanied by an enormous flow of detailed information in each area. On the other hand, it appears that the different foundations of the individual intellectual property rights tend to lose in importance in proportion with protection of investment becoming the actual common denominator for most of the regulatory framework on which those rights rely. In this situation, the IP community faces a dilemma. On the one hand, to acquire and maintain deep and detailed expert knowledge in all the fields concerned is indispensable for all those who want to be of influence when it comes to concrete decision-making. On the other hand, to be deeply involved in concrete and detailed issues entails the risk of losing sight of the general foundations steering the system as a whole, giving way to an ad hoc manner of problem resolution".

Som også beskrevet i kapitel 10, er det katalog af informationsretlige grundsætninger, der opstilles sidst i afhandlingen, i realiteten et bidrag til at løse denne problemstilling.

Det skal dog bemærkes, at Kurs bemærkninger om horisontale aspekter ikke kun dækker de retlige aspekter, der behandles her i afhandlingen, men også en række øvrige aspekter, herunder geografiske, tekniske og økonomiske forhold.

I en tale holdt ved Dansk Selskab for Ophavsrets hyldestseminar for Mogens Koktvedgaard i 2003, fremlagde *Marianne Levin* – der også var taler på 2002-konferencen – tilsvarende tanker. Talen er i artikelform optrykt i NIR, Upphovsrättens gränsytor mot det industriella rättsskyddet och konkurrensrätten, 2003, s. 32. Efter at have gennemgået en række tilfælde, hvor

forskellige immaterialrettigheder "overlapper" og hver især giver beskyttelse til samme type af information, sammenfattede Levin sine betragtninger med følgende spørgsmål:

> "Därför finns det nu också anledning att fråga: på vilken grund upprätthåller den moderna immaterialrätten en skillnad mellan upphovsrätt på ena sidan och industriellt rättsskydd på den andra? Förklaringen [på den hidtidige opdeling i forskellige discipliner] är naturligvis historisk. Men det är inget skäl för framtiden. BEHÖVER VI VERKLIGEN MER ÄN EN ENDA IMMATERIALRÄTT? Vore det inte bättre med en alltomfattande ensamrätt, en bred regel, som var tillämplig för skyddet av alla intellektuella prestationer och kännetecken och som kunde förses med de nödvändiga balanserande övervägandena över hela fältet? … Om vi sedan också skall övergå till ett ´single right system´, ett enhetsrättssystem – ja, det är väl främst en fråga för nästa generation av immaterialrättsjurister" (fremhævet i original).

2002-konferencen og de fremlagte tanker om en horisontal immaterialret er senest fulgt op på en konference i Helsinki i oktober 2008, hvor det grundlæggende tema var, om der kunne etableres et *One Right System*.

Beslægtet med men alligevel forskelligt fra spørgsmålet om en horisontal immaterialret er spørgsmålet om beskyttelse af samme information efter flere forskellige immaterialretslove, således at et varemærke eksempelvis også nyder ophavsretlig beskyttelse som et kunstnerisk værk. I disse tilfælde af "immaterialretlige overlapninger" vil de enkelte immaterialrettigheder bestå ved siden af hinanden – i det angivne eksempel vil der f.eks. bestå en tidsubegrænset varemærkeret og en ophavsret begrænset i tid efter de ophavsretlige regler. Ud over Marianne Levins ovenfor angivne artikel er immaterialretlige overlapninger bl.a. behandlet hos *Johanna Kallifatides og Marianne Levin* (red.), Immaterialrättsliga överlappningar, 2000 og for tysk ret hos *Ohly*, Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law – Report Prepared on Behalf of the German Association for the Protection of Intellectual Property, GRUR int., 2007, s. 704 ff.

3. Inden for personlighedsretten

Der har ikke været samme tradition for på et mere overordnet plan at se på fællestræk mellem de personlighedsretlige regler. Ukendt er tanken dog ikke. Navnlig har slægtskabet mellem ophavsretten og persondataretten været overvejet.

Den moderne persondataret føres ofte tilbage til *Samuel D. Warren og Louis D. Brandis* banebrydende artikel "The Right to Privacy" optrykt i Harvard Law Review, vol. 4, no. 5, 1890, s. 193 ff. I denne artikel argu-

menterer forfatterne for en retlig anerkendelse af to fundamentale rettigheder, "the right to be let alone" og "the right to self-determination". Forfatterne finder hjemlen til disse rettigheder i den dagældende common law ophavsret: Ophavsmanden har en eneret til sit værk, og en person må have en tilsvarende eneret til sine persondata, indtil disse er spredt videre. Allerede fra persondatarettens begyndelse kan således identificeres en anerkendelse af slægtskabet mellem ophavsretten og persondataretten.

Som beskrevet ovenfor har det i amerikansk ret været overvejet, hvorvidt persondataretten har karakter af en immaterialret. Tanken synes dog som nævnt ikke at være slået igennem. Se nærmere *Samuelson*, Privacy as Intellectual Property?, Stanford Law Review, 2000, s. 1125 ff. og *Litman*, Information Privacy/Information Property, Stanford Law Review, 2000, s. 1283 ff. med yderligere henvisninger.

I nyere dansk teori er slægtskabet mellem ophavsretten og persondataretten anerkendt på et mere overordnet plan, hvor det er påpeget, at nogle af de grundlæggende retlige figurer inden for de to områder har fællestræk. *Bryde Andersens* artikel om Fragmenter af en informationsretlig regulering i *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 5 ff., tager udgangspunkt i slægtskabet mellem ophavsretten og persondataretten. Tankegangen er også anført i IT-retten, 2005, s. 585 og 592. *Blume* peger ligeledes på et mere generelt plan på en sammenhæng mellem ophavsretten og persondataretten, Individet, ophavsretten og krisen, *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 79.

Også slægtskabet mellem ophavsretten og den øvrige personlighedsret i bredere forstand har været påpeget. *Stuer Lauridsen* anfører således, bl.a. under hensyntagen til det ophavsretlige droit moral-begreb, at der på mange måder er en tæt forbindelse mellem personlighedsretten og ophavsretten, og at ophavsretten for så vidt blot er et specialfald af den almindelige personlighedsret, Pressefrihed og personlighedsret, 1988, s. 126, hvilken sammenhæng dog ifølge Stuer Lauridsen "synes at være gået hen over hovedet på dansk ophavsret", a.st., s. 130. Stuer Lauridsen følger ikke disse betragtninger op med nærmere analyser af det påpegede slægtskab. Det gør derimod *Pinckaers,* der i en større afhandling finder, at retten til eget navn og billede kan karakteriseres som en immaterialret på linje med de lovbestemte immaterialrettigheder, From Privacy Towards a New Intellectual Property Right in Persona, 1996, s. 278 f. Pinckaers analyser og konklusioner retter sig dog kun mod den økonomiske personlighedsbeskyttelse. Se tilsvarende fra tysk ret *Beuthien & Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999. Tysk ret har en veludviklet personlighedsret og den tyske

litteratur rummer visse betragtninger om en samlet personlighedsret. *Hubmann* opstillede således en *allgemeines Persönlichkeitsrecht* i fremstillingen Das Persönlichkeitsrecht, 1967, som dog primært samler de personlighedsretlige regler, men ikke i øvrigt behandler dem horisontalt. Derimod indeholder *Mayer-Schönbergers* bog Information und Recht fra 2000 en horisontal model for behandling af de personlighedsretlige regler i tysk (og østrigsk) ret. Her optilles en såkaldt subjekt-objekt-model, hvorefter reguleringen afgøres af relationen mellem personen og informationen. Den nærmere relation afgøres af en række kriterier som nærmere beskrevet ovenfor i kapitel 4.5. Med udgangspunkt i denne model beskrives den personlighedsretlige regulering i bl.a. ophavsretten, persondataretten, beskyttelsen af navn og billede samt brevhemmeligheden. Sigtet med modellen er ikke at indføre en *allgemeines Persönlichkeitsrecht*, men at gøre det muligt at behandle de enkelte personlighedsretlige regler med udgangspunkt i et fælles grundlag, der samtidig levner rum for forskelle mellem de forskellige discipliner.

”In meiner Arbeit entwickele ich nicht ein allgemeines Recht an Information, das einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unter- oder nebengeordnet ist, sondern vielmehr ein informationsrechtlich geprägte Modell der Recht an Information, das in einer flexiblen Struktur, einschließlich seiner fünf Elemente, an *Wilburgs* beweglichem System orientiert ist“, Information und Recht, s. 227.

Ved på denne vis at rumme både fællestrækkene og forskellighederne frem for at lade den horisontale model være en enhedsmodel, der træder i stedet for de eksisterende individuelle regler, minder Mayer-Schönbergers model om den model, der er lagt frem her i afhandlingen. Der er dog også væsentlige forskelle. Mayer-Schönbergers model fastsætter på et mere overordnet plan nogle kriterier, der ifølge forfatteren har betydning for al personlighedsretlig regulering, men den udtaler sig ikke om, hvorvidt indholdet af de enkelte regler er fælles. Hermed adskiller modellen sig grundlæggende for afhandlingens tese om de informationsretlige grundsætninger. Som anført i kapitel 4.5 er Mayer-Schönbergers model – om end udtrykt i andre ord – reelt udtryk for de samme tanker om nogle generelle afvejningsregler af de informationsretlige hensyn.

4. På tværs af immaterialretten og personlighedsretten

Systematiske betragtninger om horisontale fællestræk mellem alle de informationsretlige discipliner er på et overordnet niveau foretaget af *Bryde Andersen* i bilagshæftet til Forskningsministeriet rapport om Info-samfundet år 2000 (også kendt som *Dybkjær*-rapporten), jf. rapportens bilag 10, s. 121 ff., hvor Bryde Andersen overvejer muligheden for informationslovgivning og bl.a. anfører følgende, s. 124:

> "Skal man overveje en politik om – og heraf følgende regler for – et så bredt begreb som information, kan disse overvejelser ikke undgå at blive generelle og dermed relativt indholdsløse. For at få kød på diskussionen må det generelle suppleres med mere specielle overvejelser og regler. Uden at opgive de generelle principper kan man vælge at opbygge sine regler i forskellige niveauer, Billedligt set kan man se en pyramide for sig med få generelle regler i et øverste plan og flere og mere detaljerede, regler i lavere planer. Dette billede kender vi inden for statsforfatningen, hvor grundlovens generelle principper suppleres og til dels modificeres gennem lovgivning, bekendtgørelser og cirkulærer. En tilsvarende informationsmæssig grundlov bør på øverste niveau opstille et antal hovedregler for al information – hovedregler, som så modificeres ved detailregler på lavere niveauer. Detailreglen vil kunne fravige den højerestående regel, fordi den netop udspringer af en specifik erkendelse af konkrete spørgsmål".

I det øverste hierarki af denne informationsretlige pyramide opstiller Bryde Andersen herefter tre formodningsregler om 1) en fri ret til at sprede og bruge information, 2) en fri ret til at vælge medium og sprog for sin kommunikation og 3) en ret til at beskytte information. Den første regel svarer til det grundlæggende princip om informationsfrihed, der er opstillet som det informationsretlige udgangspunkt ovenfor i kapitel 2. De to sidstnævnte regler er ikke knyttet til den tildeling af eksklusive rettigheder, der afgrænser informationsretsbegrebet i nærværende afhandling.

Med baggrund i disse mere generelle betragtninger om informationsregulering argumenterer Bryde Andersen i artiklen Ophavsretten og den nye teknologi, NIR, 1995, s. 616 ff., for, at ophavsretsloven kan danne baggrund for anden informationsretslig lovgivning, s. 618:

> "Faktisk er ophavsrettens erfaringsmateriale så righoldigt, at man med fordel kunne udnytte det ved opbygningen af anden informationslovgivning, jf. mine bemærkninger i bilagshæftet til rapporten om Info-samfundet 2000 (bilag 10), s. 121 ff. Det er f.eks. interessant, at den registerretlige lovgivning fremtvinger svar på en række af de spørgsmål, ophavsretten regulerer: Hvornår foreligger der en ´registrering´ eller ´behandling´ af en personoplysning? I hvilke tilfælde har den

> registrerede ´eneret´ til at råde over egne personoplysninger? Hvis der er en sådan eneret til at råde over personoplysninger, under hvilke omstændigheder ´konsumeres´den?"

Betragtningerne uddybes i den ovenfor nævnte artikel, Fragmenter af en informationsretlig grundregulering, *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 5 ff. på følgende vis (s. 7 f.):

> "Centralt i alle de nævnte regelsystemer [persondataretten, offentligheds- og forvaltningslovens regler om offentlighed, den almindelige og specielle tavshedspligt, strafferettens beskyttelse af privatlivets fred og den ulovregulerede ret til eget navn og billede] står den enkeltes ret til at råde over ´sit´ privatliv (dvs. personoplysninger, som den pågældende ellers har rådighed over) gennem *samtykke*. I denne afgørende henseende minder disse regler om den adgang, indehaveren af en immaterialret har til at give andre tilladelse (´licens´) til at udnytte den pågældende ret og dermed nyttiggøre sin frembringelse mv. … Det spørgsmål, man kan stille, er derfor, om immaterialretten og persondataretten er begyndt at nærmer sig hinanden så meget, at det inden for udvalgte områder giver værdi at anlægge helhedssyn" (fremhævet i original).

Med dette udgangspunkt påvises en række overordnede strukturligheder mellem ophavsrettens og persondatarettens retstekniske konstruktioner (hvad beskyttes, hvilke handlinger beskyttes, krav til samtykke mv.).

Disse betragtninger udtrykker tanker om en samlet informationsret, der ligger i god tråd med afhandlingens hovedtese. På væsentlige punkter er artiklen dog, som en naturlig følge af den begrænsede plads artikelformen stiller til rådighed, snævrere end de teser, der er opstillet ovenfor. For det første er fokus i alt væsentligt på forholdet mellem ophavsretten og persondataretten. For det andet er artiklen afgrænset til nogle mere overordnede strukturligheder, hvor afhandlingens teser indebærer, at der mellem de enkelte regler vil bestå en horisontal relevans. For det tredje drager artiklen primært retspolitiske konsekvenser af de identificerede strukturligheder, hvor tesen om de informationsretlige grundsætninger har retsdogmatisk karakter og således umiddelbart vil påvirke gældende ret. Med sin betoning af helhedssynet på tværs af de informationsretlige discipliner understøtter artiklen imidlertid på et mere overordnet plan afhandlingens tese om den horisontale informationsret.

Der eksisterer ikke andre generelle bidrag til en samlet horisontal informationsret i nordisk retsteori. Heller ikke inden for de store udenlandske retssystemer, som man traditionelt vil inddrage i større retsvidenskabelige analyser, USA, England, Tyskland og Frankrig, er der så vidt ses udviklet teorier om en horisontal informationsret.

5. Sammenfatning

Ovenstående viser, at det navnlig er inden for immaterialretten, at der er en vis tradition for at behandle de enkelte discipliner i et horisontalt lys. I betragtning af, at immaterialretten netop er et samlebegreb for en række enkelte discipliner, er dette ikke overraskende. På trods heraf er det dog begrænset, hvor langt de horisontale betragtninger er blevet strakt i immaterialretten. I hvert fald siden *Koktvedgaards* disputats har der ikke været tradition for at behandle de enkelte problemstillinger i et horisontalt lys ("Det er kun de dybeste grundproblemer, der er ensartede …"). Ydermere foreligger ingen mere systematiske forsøg på at klarlægge, om og hvordan de anerkendte fællestræk skal påvirke de retlige analyser. De fornyede overvejelser om horisontal immaterialret udsprunget af europæiske forskningsmiljøer i de senere år vil muligvis ændre på dette.

Slægtskabet mellem de personlighedsretlige regler, herunder ophavsretten og persondataretten, er ikke undergivet samme behandling i teorien som slægtskabet mellem de immaterialretlige discipliner. Slægtskabet er dog anerkendt og kan som beskrevet føres helt tilbage til persondatarettens tilblivelse. I relation til tesen om en horisontal informationsret er dette slægtskab interessant, fordi den horisontale tanke strækkes ud over immaterialretsdisciplinerne og hermed kan siges at tegne (meget uklare) konturer af en egentlig informationsret. Denne kobling foretages dog kun af Bryde Andersen, a.st., og denne artikel rummer de eneste tanker om en horisontal informationsret, som begrebet er defineret her i afhandlingen.

Sammenfattende rummer teorien således visse horisontale betragtninger, og tanken om, at der kan bestå retligt relevant lighedstræk på tværs af de enkelte discipliner, er derfor ikke ny. Det er endvidere interessant, at der flere steder fokuseres på fælles hensyn i begrundelsen af den horisontale behandling. Dette er baggrunden for, at både *Vinding Kruse* og *Koktvedgaard* vil holde varemærkerettighederne uden for den (for Koktvedgaards vedkommende begrænsede) fælles behandling af immaterialrettighederne, der i øvrigt antages af de pågældende forfattere. Når *Knoph* medtager kendetegnsretten i sine horisontale betragtninger skyldes det netop en antagelse om, at der her også kan identificeres et incitamentshensyn på tilsvarende vis, som gælder for de øvrige immaterialrettigheder.

Som beskrevet i kapitel 4 konstruerer Knoph, hvad der kan betegnes for et indirekte incitamentshensyn ved at antage, at en varemærkekrænkelse vil være et angreb på den virksomhed, som mærkeindehaveren har bygget op, således at incitamentet til at investe-

re i opbygningen af virksomheder svækkes, hvis ikke der ydes en kendetegnsbeskyttelse, Knoph, a.st., s. 7.

Tilsvarende peger *Kur* på, at det er hensynet til beskyttelse af en investering, der kan begrunde et *One Right System*. Heller ikke tanken om den informationsretlige hensynslære som ramme for en horisontal informationsret er således ukendt og finder en vis støtte i teorien.

På visse afgørende punkter adskiller afhandlingens tese om de informationsretlige grundsætninger sig imidlertid fra den hidtidige teori.

For det første ligger det i tesen, at der består en horisontal relevans mellem *alle* informationsretlige discipliner, mens hovedparten af teorien har fokuseret på sammenhænge mellem enkelte discipliner, særligt inden for immaterialretten.

For det andet indebærer de informationsretlige grundsætninger, at fællestrækkene ikke kun får retspolitisk karakter men får karakter af umiddelbart anvendelige retskilder, der kan anvendes i den retsdogmatiske analyse. Hermed adskiller afhandlingens tanker sig helt grundlæggende fra nyere teori om horisontale fællestræk, der synes at forudsætte regelændringer, hvis der skal etableres en horisontal relevans mellem de enkelte discipliner.

For det tredje vil de informationsretlige grundsætninger være et *supplement* til de eksisterende enkeltstående regelsæt inden for hver af de informationsretlige discipliner. Den horisontale informationsret, som den er lagt frem her i afhandlingen, rummer et regelhierarki, hvor der både er plads til de informationsretlige grundsætninger og de enkelte detailregler.

Hermed minder strukturen om den regelpyramide, *Bryde Andersen* beskriver i bilagsmaterialet til rapporten om Info-samfundet år 2000. jf. nærmere ovenfor.

Mange af de hidtidige teoretiske overvejelser er præget af, at den horisontale behandling af retsreglerne træder *i stedet for* de disciplinopdelte regler. Dette er ikke mindst karakteristisk i den ældre teori om immaterialrettens fællestræk. Både *Riezler* og *Vinding Kruse* vil indføre en "almindelig del", hvis spørgsmål ikke skulle gøres til genstand for behandling inden for de enkelte discipliner. Hermed bliver det imidlertid vanskeligt at opnå de nuancer i reguleringen, som de forskellige typer af rettigheder kan nødvendiggøre. Dette er formentlig også forklaringen på, at læren om en "almindelig del" aldrig slog igennem, se herved *Knophs* kritik anført ovenfor. Ved helt at opgive en "almindelig del" risikerer man imidlertid at overse de relevante fællestræk. Dette illustreres i et vist omfang af Knophs fremstilling. Selvom Knoph som beskrevet ovenfor anerkender betydningen af at behandle de

immaterialretlige spørgsmål i et fælles lys og angiver, at han vil ”smugle en partiell ´almindelig del´ inn i fremstillingen ved å behandle spørgsmålet inngående på et enkelt sted, og så vise til dette når man kommer til de andre rettighetene”, indebærer fravalget af en almindelig del, at disse fællestræk ikke får nogen markant og systematisk karakter og i det hele taget kun en ret begrænset fokus i Knophs efterfølgende analyser.

Det er reelt også dette dilemma *Kur* i det ovenfor citerede behandler, når hun peger på vanskelighederne ved, at kendskabet til de enkelte regler kræver et højt detailkendskab, mens overblikket kan mistes ved den dybe involvering i de enkelte regler.

Ved både at kunne rumme det almene og det specielle adskiller den horisontale informationsret, som den opstilles i afhandlingen, sig fra tidligere teorier, der lader det fremstå som et enten-eller.

Se dog om *Mayer-Schönbergers* personlighedsretlige model ovenfor.

DEL 2

HORISONTALE ANALYSER

Privat brug, konsumption
og en række øvrige områder

KAPITEL 7

Privat brug

1. Indledning

1.1. Privatbrugsbegrebet

I det følgende menes med begrebet "privat brug" en indskrænkning i informationsrettighederne, der gør det muligt for en tredjepart at behandle beskyttet information på en måde, som ellers var omfattet af de eksklusive informationsrettigheder, fordi behandlingen har privat karakter. Privatbrugsbegrebet udgør ikke et juridisk systembegreb og har derfor ikke en entydig retlig betydning. Terminologisk er privatbrugsfiguren beskrevet på forskellig vis i de informationsretlige discipliner. Enkelte steder anvendes umiddelbart udtrykket "privat brug". Andre steder afgrænses den private brug som ikke-erhvervsmæssig brug eller ikke-offentlig brug. I alle tilfælde har reglerne til hensigt at tillade informationsudnyttelse, som i en eller anden forstand har privat karakter. I det følgende anvendes begrebet i denne brede forstand, medmindre andet fremgår.

1.2. Om kapitlets opbygning

En horisontal analyse af privatbrugsreglerne forudsætter eksistensen af privatbrugsregler på tværs af de informationsretlige discipliner. Kapitlet indledes derfor med gennemgang af, hvorvidt der består privatbrugsregler inden for de enkelte discipliner (afsnit 2). I afhandlingens første del er opstillet tesen om hensynslæren som systematisk ramme for de informationsretlige grundsætninger. Verifikationen af denne tese forudsætter, at de informationsretlige grundsætninger udledes af regler, der bygger på samme hensyn. En vurdering heraf forudsætter en identifikation af de hensyn, der ligger bag de privatbrugsreglerne. I afsnit 3 identificeres derfor hensynene bag privatbrugsreglerne, der blev identificeret i afsnit 2. Herefter analyseres i afsnit 4 privatbrugsreglerne inden for de enkelte informationsretlige disci-

pliner (vertikalt). I afsnit 5 sammenholdes analyserne i den horisontale analyse, hvor sammenhængene mellem privatbrugsfiguren inden for de enkelte discipliner, nærmere behandles og en række informationsretlige grundsætninger på privatbrugsområdet identificeres. I afsnit 6 sammenfattes de konklusioner, der kan udledes af de gennemførte analyser. Analyserne gennemføres inden for ophavsretten, varemærkeretten, patentretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, persondataretten og retten til eget billede, jf. nærmere om dette valg og den nærmere beskrevne opbygning af den horisontale analyse i øvrigt kapitel 5.

2. Eksistensen af privatbrugsregler

2.1. Ophavsret

a. De økonomiske enerettigheder

Både den ophavsretlige *tilgængeliggørelsesret* og den ophavsretlige *eksemplarfremstillingsret* indeholder undtagelser for den private brug af værket, som således ikke kræver ophavsmandens samtykke.

At eneretten til at gøre eksemplaret tilgængeligt ikke omfatter tilgængeliggørelse inden for privatsfæren følger af selve eneretsbeskrivelsen i § 2, hvorefter eneretten alene omfatter en ret til at gøre værket tilgængeligt "for almenheden". Udtrykket "almenheden" antages inden for ophavsretten at være komplementært med begrebet privatsfæren, jf. *Lund,* Grænsen mellem "offentlig" og "privat" inden for ophavsretten, NIR, 1955, s. 68 ff. (s. 69) og *Schønning*, Ophavsretsloven, 2008, s. 150. Selve den eneretshandling, der er beskyttet efter § 2, er med andre ord begrænset til handlinger uden for privatsfæren.

I modsætning hertil rummer § 2 ingen tilsvarende privatbrugsindskrænkninger for så vidt angår eneretten til eksemplarfremstilling. Derimod er indsat en egentlig undtagelsesbestemmelse, der undtager den private eksemplarfremstilling fra eneretten. Denne findes i ohl. § 12, hvorefter kopiering af enkelte eksemplarer til privat brug som udgangspunkt er tilladt, når kopieringen ikke har et erhvervsmæssigt formål.

b. De ideelle enerettigheder

Mens det således umiddelbart kan fastslås, at de økonomiske enerettigheder er undergivet en privatbrugsregel, er spørgsmålet mindre klart for de *ideelle rettigheder*.

Ophavsmandens ideelle rettigheder er fastlagt i ohl. § 3, der har følgende ordlyd:

> *§ 3. Ophavsmanden har krav på at blive navngivet i overensstemmelse med, hvad god skik kræver, såvel på eksemplarer af værket, som når dette gøres tilgængeligt for almenheden.*
> *Stk. 2. Værket må ikke ændres eller gøres tilgængeligt for almenheden på en måde eller i en sammenhæng, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart.*
> *Stk. 3. Sin ret efter denne paragraf kan ophavsmanden ikke frafalde, medmindre det gælder en efter art og omfang afgrænset brug af værket.*

Retten til at blive navngivet efter stk. 1 betegnes navneangivelsesretten, eller med sin franske benævnelse "droit à la paternité", mens forbudet i stk. 2 mod at ændre eller tilgængeliggøre værket i en krænkende sammenhæng eller på en krænkende måde kaldes for respektretten, eller "droit au respect".

På trods af, at § 3, stk. 2, taler om ændringer af "værket", er der ikke tvivl om, at der hermed sigtes til ændringer af værks*eksemplaret*, jf. bestemmelsens forarbejder FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2693 og *Lund*, Ophavsretten, 1961, s. 95. De ideelle rettigheder i § 3 kan herefter opdeles således:

1. Retten til at blive navngivet på eksemplarer af værket i overensstemmelse med, hvad god skik kræver.
2. Retten til at blive navngivet ved tilgængeliggørelse af værket for almenheden i overensstemmelse med, hvad god skik kræver.
3. Forbud mod at ændre eksemplarer af værket på en måde, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart.
4. Forbud mod at tilgængeliggøre værket for almenheden på en måde eller i en sammenhæng, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart.

Med denne opdeling illustreres, at der ved beskrivelsen af de ideelle rettigheder ikke kun kan sondres mellem navneangivelsesretten (nr. 1 og 2) og respektretten (nr. 3 og 4), men også mellem ideelle rettigheder knyttet til eksemplarfremstilling (nr. 1 og 3) hhv. tilgængeliggørelse for almenheden

(nr. 2 og 4). I vurderingen af, om de ideelle rettigheder er undergivet en privatbrugsregel, er den sidstnævnte sondring afgørende, da spørgsmålet er reguleret direkte i bestemmelsen for så vidt angår ideelle rettigheder knyttet til tilgængeliggørelsen, mens dette ikke er tilfældet for ideelle rettigheder knyttet til navngivning og ændringer af værkseksemplarer. Med afgrænsningen til almenheden er tilgængeliggørelsen efter § 3 undergivet en privatbrugsregel på samme måde som tilgængeliggørelsesretten efter ohl. § 2. Derimod fremgår det ikke af ordlyden af § 3, om de ideelle rettigheder knyttet til eksemplarfremstilling også er undergivet en privatbrugsregel. Lovens forarbejder er tavse om spørgsmålet, og retspraksis er tilsvarende beskeden.

I U.1932.702H havde en kunsthandler købt et maleri, som han ønskede, at kunstneren besigtigede før et videresalg. Ved besigtigelsen konstaterede kunstneren, at hans oprindelige maleri var blevet delvis overmalet, således at maleriets hovedmotiv, guden Ægir, var blevet overmalet og erstattet af en venusskikkelse. Bestyrtet over dette tog kunstneren resolut en kniv og flængede lærredet. Kunsthandleren påstod kunstneren erstatningsansvarlig, men Højesteret fandt, at kunstneren var berettiget til at kræve, at videreforhandling af billedet blev udelukket gennem tilintetgørelse af maleriet. Højesteret anfører ikke, at selve overmalingen var uberettiget, og dommen kan derfor muligvis tages til indtægt for, at dette ikke var tilfældet. Med sikkerhed kan det dog ikke fastslås, og sagen er i øvrigt afgjort efter den dagældende forfatter- og kunstnerlov. Dommen kan derfor ikke i sig selv tages til indtægt for, at der gælder en privatbrugsregel for de ideelle rettigheder knyttet til eksemplarfremstilling.

Spørgsmålet er behandlet enkelte steder i litteraturen. *Schønning* anfører, a.st., s. 183, at forbudet mod krænkende ændringer i § 3, stk. 2, "muligvis" også gælder ved ændringer af værkseksemplarer i privatsfæren. Denne antagelse underbygges ikke af argumentation men alene af en henvisning til *Strömholm*, der argumenterer for dette resultat i Teaterrätt, 1971, s. 107 ff. *Strömholms* antagelse bygger på den grundlæggende betragtning, at private eksemplarer, der indeholder krænkende ændringer, risikerer at blive bragt ud i omsætningen og derved krænke ophavsmandens anseelse og egenart i offentligheden. Har man først tilladt fremstillingen af det ændrede værkseksemplar, vil det være vanskeligt i praksis at kontrollere, at det forbliver inden for privatsfæren, *Strömholm*, a.st., s. 107 f. Herimod *Koktvedgaard*, Lærebog i immaterialret, 2005, s. 140 ("Så længe sådanne ændringer holdes inden for den private sfære, er der næppe grundlag for indgreb…") og i samme retning *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 141 ("formentlig ikke en krænkelse"), der dog med henvisning til Schønning anfører, at resultatet ikke er helt oplagt.

Med den beskedne retspraksis og manglen på motivudtalelser, giver de ophavsretlige retskilder ikke umiddelbart svaret på, om der gælder en privatbrugsregel for de ideelle rettigheder knyttet til eksemplarfremstillingen. Som nærmere beskrevet i afsnit 5 kan dette svar imidlertid findes i de informationsretlige grundsætninger.

2.2. Varemærkeret

Efter vml. § 4, stk. 1, er varemærkeindehaverens eneret begrænset til erhvervsmæssig brug af varemærket. Bestemmelsen hidrører i sin nuværende udformning fra 1992-vml. og viderefører bestemmelsen i § 4 i 1959-vml., der udelukkede andre end varemærkeindehaveren fra i erhvervsvirksomhed at benytte forvekslelige mærker. Med den ændrede formulering blev ordlyden af den danske regel identisk med ordlyden i varemærkedirektivet (dir. 104/1989), som blev implementeret med 1992-vml. Det følger imidlertid af forarbejderne til 1992-vml., at der ikke med den ændrede formulering er tilsigtet en materiel ændring, jf. FT 1990-91, Tillæg A, sp. 1912.

Også varemærketten indeholder således en privatbrugsregel.

2.3. Patentret

Det følger af pl. § 3, stk. 3, nr. 1, at eneretten ikke omfatter handlinger, der udføres i ikke-erhvervsmæssigt øjemed. Bestemmelsen hidrører i sin nuværende udformning fra 1978-pl. og viderefører § 3, stk. 1, i 1967-pl., der forbød andre end patenthaveren at "udnytte opfindelsen erhvervsmæssigt". Der er ikke med den ændrede formulering tilsigtet nogen materiel ændring i forhold til 1967-pl., jf. *Koktvedgaard og Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 115.

Også patentretten indeholder således en privatbrugsregel.

2.4. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Adgangen til at udnytte og videreoverdrage erhvervshemmeligheder er reguleret i mfl. § 19, stk. 2-5.

Det følger af ordlyden af § 19, stk. 2, at det kun er den "ubeføjede" udnyttelse og overdragelse, der forbydes efter bestemmelsen. Det er fast antaget, at dette bl.a. medfører, at en ikke-erhvervsmæssig udnyttelse og overdragelse ikke omfattes af bestemmelsen, jf. herved bet. 416/1966, s. 97, der ligger til grund for bestemmelsen. Forbuddet mod udnyttelse og overdragelse af erhvervshemmeligheder er således undergivet en privatbrugsregel.

Det samme gælder efter hæleribestemmelsen i § 19, stk. 5. Såfremt en virksomheds ansat overdrager en erhvervshemmelighed til en anden (typisk konkurrerende) virksomhed, eller – hvad der oftere sker – bliver ansat i den konkurrerende virksomhed og herefter røber erhvervshemmeligheder fra den tidligere arbejdsgiver, må konkurrenten ikke benytte disse informationer. Privatpersoner er derimod ikke omfattet af forbuddet og må derfor gerne udnytte erhvervshemmeligheder, som de pågældende får oplyst fra ansatte eller andre i strid med § 19, stk. 1-4. § 19, stk. 5 indeholder således en privatbrugsregel, der giver privatpersoner mulighed for at anvende erhvervshemmeligheder, der er overdraget i strid med stk. 1-4. Det må dog lægges til grund, at erhvervshemmeligheder alene kan benyttes til privat brug. Hvis en person modtager erhvervshemmeligheder i sin egenskab af privatperson og efterfølgende anvender erhvervshemmeligheden erhvervsmæssigt, må den pågældende på dette tidspunkt anses for "erhvervsdrivende" i § 19, stk. 5's forstand og vil dermed blive omfattet af forbuddet.

Sammenfattende gælder det, at også mfl. § 19 om beskyttelse af erhvervshemmeligheder rummer privatbrugsregler.

2.5. Persondataret

At en privatbrugsfigur er indeholdt i persondataretten, følger umiddelbart af pdl. § 2, stk. 3, hvoraf fremgår, at loven ikke gælder for behandlinger, som en fysisk person foretager med henblik på udøvelse af aktiviteter af rent privat karakter. Bestemmelsen, der implementerer persondatadirektivets art. 3, stk. 2, 2. pind, er en nyskabelse i dansk persondataret. Forud for persondataloven gjaldt efter den tidligere lov om private registre et forbud for privatpersoner mod at foretage systematisk registrering af oplysninger omfattet af loven, medmindre registreringen blev foretaget i videnskabelig eller statistisk øjemed eller til brug for personalhistoriske undersøgelser, jf. loven § 2, stk. 2.

2.6 Retten til eget billede

Beskyttelsen af *ideelle rettigheder* knyttet til eget billede hjemles i almindelige retsgrundsætninger kombineret med eal. § 26.

Der foreligger ingen trykt retspraksis, der belyser, om retten til eget billede efter almindelige retsgrundsætninger og eal. § 26 er undergivet en privatbrugsregel. I bet. 601/1971, s. 42, synes det nærmest forudsat, at dette som udgangspunkt ikke er tilfældet: "Spørgsmålet kan også komme frem i tilfælde, hvor der ikke er tale om offentliggørelse, men derimod om gengivelser af billeder og stemmer mv., der alene anvendes som underholdning i

en privat kreds. *Andenæs*, Avhandlinger og foredrag, s. 406, finder det således klart, at den, der erfarer, at en optagelse af en samtale eller selskabsscene med ham som deltager spilles som underholdning, har ret til at kræve optagelsen udleveret eller tilintetgjort. Hvor den nærmere grænse går på de enkelte områder, kan derimod ikke fastslås i en generel sætning". Udtalelsen synes at være enkeltstående og bliver hverken understøttet eller imødegået af efterfølgende juridisk teori. På baggrund af det foreliggende retskildemateriale, er det derfor ikke muligt umiddelbart at fastslå, om der gælder en privatbrugsregel.

Beskyttelsen af *økonomiske interesser* knyttet til eget billede hjemles af mfl. § 1 og almindelige retsgrundsætninger. Mens mfl. § 1 kun regulerer den erhvervsmæssige brug, gælder dette ikke nødvendigvis for de almindelige retsgrundsætninger. En brug, der vil være ikke-erhvervsmæssig efter mfl. § 1, kan med andre ord stadig være beskyttet efter almindelige retsgrundsætninger. Spørgsmålet er derfor, om den beskyttelse, der følger af de almindelige retsgrundsætninger, levner rum for en privatbrugsregel. Spørgsmålet ses hverken behandlet i retspraksis eller litteraturen, og heller ikke i denne situation er det derfor muligt på baggrund af de vertikale retskilder (eller litteraturen) at fastslå, om der gælder en privatbrugsregel.

Hverken for den ideelle eller den økonomiske beskyttelse af retten til eget billede giver disciplinens egne retskilder noget svar på, om der gælder en privatbrugsregel.

2.7. Sammenfatning

Den ovenstående gennemgang har vist, at der gælder privatbrugsregler inden for alle de lovregulerede informationsrettigheder. På de områder, hvor lovgivningen specifikt har forholdt sig til spørgsmålet, er der således indført privatbrugsregler. Eneste undtagelse hertil er den ideelle ret knyttet til ophavsretlig eksemplarfremstilling, hvor loven ikke indeholder en regulering og spørgsmålet er uafklaret. Spørgsmålet er ligeledes uafklaret på området for retten til eget billede. Der er ingen dele af den informationsretlige regulering, som specifikt har fravalgt en privatbrugsregel.

På baggrund af disse resultater analyseres i det følgende afsnit 3 hensynene bag de identificerede privatbrugsregler i ophavsretten, varemærkeretten, patentretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen i markedsføringsloven og persondataretten. Det nærmere indhold af disse privatbrugsregler analyseres i afsnit 4 og på baggrund heraf foretages den horisontale analyse af de identificerede privatbrugsregler i afsnit 5.

Med den ovenstående gennemgang er det konstateret, at det ikke er muligt at fastslå, om der gælder en privatbrugsregel på områderne for retten til eget billede og visse af de ideelle ophavsrettigheder, når man kun tager udgangspunkt i retskilderne inden for det pågældende retsområde (de vertikale retskilder). Af samme grund vil det derfor heller ikke være muligt ved undersøgelser af de vertikale retskilder at identificere hensynene bag eventuelle privatbrugsregler eller det nærmere indhold af sådanne regler på disse områder, og de vil derfor ikke blive omfattet af hensynsidentifikationen i afsnit 3 eller de vertikale analyser af de enkelte privatbrugsreglers nærmere indhold i afsnit 4. Derimod vil de som allerede beskrevet blive inddraget i afsnit 5, hvor det med udgangspunkt i de informationsretlige grundsætninger påvises, at der også gælder privatbrugsregler på disse områder.

3. Hensynene bag privatbrugsreglerne

3.1. Ophavsret

a. Privatkopieringsreglen

Privatkopieringsreglen i ohl. § 12 synes båret af tre sæt af hensyn. For det første hviler reglen på en betragtning om, at ophavsmanden ikke skal blande sig i de private dispositioner inden for den nære privatsfære. Dette vil kunne opfattes som en krænkelse af *privatlivshensyn*, jf. *Therese Steen,* Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk, Complex nr. 1, 1997, s. 9 med henvisning til NOU 1983:35 og Ot. prp. nr. 15 (1994.95), s. 48. Det er formentlig samme hensyn, *Schovsbo & Rosenmeier* sigter til, når de fastslår, at ophavsretten standser ved døren til det private hjem, Immaterialret, 2008, s. 170.

For det andet er kontrolhensyn fremhævet i begrundelsen af privatkopieringsreglen. Det er traditionelt blevet anset for praktisk umuligt at kontrollere, hvad der foregår inden for privatsfæren, hvorfor et eventuelt forbud ville være uden effekt, jf. f.eks. *Lund,* Ophavsretten, 1961, s. 127, *Weincke*, Ophavsret, 1976, s. 69 og *Therese Steen*, a.st.

Med DRM-teknologien er kontrolmulighederne dog blevet væsentligt forøget.

De manglende kontrolmuligheder vil medføre en manglende efterlevelse af reglerne, som igen kan virke undergravende for den generelle retsbevidst-

hed, *Therese Steen*, a.st. Disse betragtninger kan samles under titlen *håndhævelseshensyn*.

Privatlivshensynene og håndhævelseshensynene træder begge frem i begrundelsen af privatkopieringsreglen i bemærkningerne til 1961-ohl.: "Dels ville det virke krænkende for den almindelige retsbevidsthed, om ophavsmanden skulle kunne blande sig i sådanne snævert private dispositioner som f.eks. at den, der låner en digtsamling, til eget brug afskriver et digt, eller at en ejer af et portræt tager enkelte fotografiske kopier af det til brug for sig selv eller en begrænset vennekreds, dels ville en kontrol med sådanne foreteelser blive umulig at gennemføre, således at et lovbrud ville være på det nærmeste ineffektivt", FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2704.

Udover privatlivshensyn og håndhævelseshensyn begrundes privatkopieringsreglen med, at den kun i ubetydeligt omfang skader rettighedshaverens økonomiske interesser, se f.eks. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 194, *Weincke*, a.st. og *Lund*, a.st. Dette betegnes i det følgende som de minimis-hensynet.

Om de minimis-terminologien og dets rødder tilbage til italiensk ret i 1600-tallet, se Schovsbo & Rosenmeier, a.st.

Hvis begrundelsen for enerettigheden falder bort, ledes man tilbage til det grundlæggende princip om informationsfrihed: Information er fri, medmindre særlige regler og dermed særlige hensyn tilsiger andet. Indirekte peger det begrænsede skadesomfang derfor tilbage på princippet om informationsfrihed og hensynene bag dette princip, jf. om disse kapitel 2.

Som ofte påpeget, se f.eks. Schovsbo & Rosenmeier, a.st., s. 170, har fremkomsten af den digitale teknologi, dog givet mulighed for en intens og dermed også potentielt økonomisk skadelig privatkopiering inden for privatsfæren. Dette har afstedkommet særregler for digital privatkopiering, jf. afsnit 4.1.2 nedenfor.

b. Tilgængeligørelsesretten

Der er ikke i litteraturen knyttet mange bemærkninger til hensynene bag privatbrugsreglen i tilgængeliggørelsesretten. Dette skyldes nok, at privatbrugsreglen ikke som privatkopieringsreglen har karakter af en undtagelsesregel. Privatbrugsreglens manglende selvstændige karakter gør det mindre nærliggende at redegøre for hensynene bag.

Hensynene er dog beskrevet i betænkningen fra 1951 om udkast til lov til ophavsretten til litterære værker og kunstneriske værker (Københavnerbetænkningen): "Det ville i mange henseender virke stødende, om ophavs-

manden kunne kræve kontrol med enhver fremførelse af nævnte art, selv inden for private kredse, om han således kunne forbyde eller dog kræve afgift i anledning af sin bogs oplæsning eller udlån eller sit musikværks udførelse inden for rent private kredse. En kontrol ville ikke kunne gennemføres uden en *stærk krænkelse af hensynet til privatlivets fred* og ville ganske bortset derfra være *umulig at gennemføre*, og hertil kommer, at der synes, når en ophavsmand udspreder eksemplarer af sit værk, eller lade dem udsprede, f.eks. i bogform eller som noder, også heri at ligge en naturlig forudsætning om, at disse eksemplarer også tilgængeliggøres på en passende og rimelig måde inden for private kredse" (fremhævet her), s. 101. Af dette citat fremgår, at privatbrugsreglen i tilgængeliggørelsesretten også bygger på privatlivshensyn og håndhævelseshensyn.

At de hensyn, der begrunder de økonomiske enerettigheder, heller ikke tillægges vægt i tilgængeliggørelsesretten, følger af formuleringen om, at der i ophavsmandens spredning ligger en naturlig forudsætning om en ret til passende og rimelig tilgængeliggørelse inden for privatsfæren. Hermed udtrykkes, at ophavsmanden må forventes at tjene sin økonomiske investering hjem i forbindelse med spredningen og ikke ved at kræve betaling for den private brug. Betragtningen er dermed tæt beslægtet med de ovenstående betragtninger om den begrænsede skadesvirkning af privatkopiering: Rettighedshaveren kan ikke forvente en væsentlig økonomisk indtægt fra privat brug og vil derfor heller ikke opleve et væsentligt økonomisk tab ved, at den private brug undtages fra eneretten. Disse betragtninger leder som netop beskrevet tilbage til princippet om informationsfrihed og de bagvedliggende informationsfrihedshensyn, som således også får relevans for tilgængeliggørelsesretten.

3.2. Patentret

Bemærkningerne til patentloven indeholder ingen bemærkninger om hensynene bag den patentretlige privatbrugsregel.

Af Betenkning angående nordisk patentlovgivning, 1964, s. 146, der ligger til grund for de nordiske patentlove fremføres imidlertid bl.a. følgende om privatpersoners udnyttelse af et patent: "Allt utnyttjande av uppfinningen som sker i vinningssyfte är icke att anse som patentintrång. Om t.ex. en amatör för privat bruk tillverkar en televisionsapparat och sedan försäljer denna, är icke heller försäljningen att betrakta som yrkesmässig. Förfarandet måste emellertid ha karaktären av en tillfällig försäljning – det får icke upprepas på sådant sätt att det blir att anse som en pågående verk-

samhet, låt vara i liten skala. Skälet för detta undantag är naturligtvis rent praktiska hänsyn".

Accepten af at anvende patentet i "liten skala" synes båret af tanken om, at visse private handlinger ikke skader rettighedshaverens økonomiske interesser og derfor heller ikke kan begrunde en fravigelse af *informationsfrihedshensynet*, jf. tilsvarende ovenfor om de ophavsretlige hensyn. Tanken er ligeledes udtrykt af *Koktvedgaard*: "Den erhvervsmæssige binding [af patentretten] er blot udtryk for det almindelige princip i de kontinentale retsforfatninger, hvorefter *enhver interesseligegyldig benyttelseshandling falder udenfor immaterialrettens beskyttelsesområde* …" (fremhæver i original), Immaterialretspositioner, 1965, s. 230 f.

Når betænkningen i citatet henviser til praktiske hensyn sigtes muligvis til de *håndhævelseshensyn*, der er beskrevet under de ophavsretlige hensyn. Klart er det da også, at rettighedshaverens vanskeligheder ved at håndhæve sine rettigheder inden for den snævre privatsfære, vil være de samme, uanset om det er en patentret eller ophavsret, der håndhæves.

3.3. Varemærkeret

Forarbejderne til varemærkeloven omtaler ikke, hvorfor beskyttelsen er begrænset til den erhvervsmæssige brug.

Der er grund til at antage, at hensynene bag den varemærkeretlige privatbrugsregel er identiske med hensynene bag den patentretlige privatbrugsregel. Som anført af *Koktvedgaard*, a.st., gælder princippet om interesseligegyldige benyttelseshandlinger, og dermed indirekte *informationsfrihedshensynene*, for alle immaterialrettighederne. Men også de øvrige hensyn må antages at være sammenfaldende. I Betenkning angående nordisk patentlovgivning, 1964, s. 142, antages det, at begrebet "erhvervsmæssig" i patentloven er sammenfaldende med det tilsvarende begreb i varemærkeloven. I så fald må det også lægges til grund, at hensynene bag denne afgrænsning er sammenfaldende.

3.4. Erhvervshemmeligheder

Der findes ikke i forarbejderne til mfl. § 19, stk. 2, og de tidligere udgaver heraf (1974-mfl. § 10 og § 11 i den indtil 1974 gældende lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse) en eksplicit angivelse af, hvorfor forbudet mod udnyttelse og overdragelse af erhvervshemmeligheder ikke gælder uden for erhvervsforhold.

Tilsvarende angives ikke, hvorfor hæleriforbudet i § 19, stk. 5, kun gælder for erhvervsdrivende. Årsagen hertil er til dels historisk betinget og kan

i denne sammenhæng henføres til lovens overordnede anvendelsesområde. Loven om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse, hvoraf erhvervshemmelighedsbeskyttelsen var reguleret frem til 1974, havde kun til formål at regulere adfærden mellem erhvervsdrivende indbyrdes. Loven tog derfor ikke sigte på at regulere privatpersoners adfærd. Med 1974-mfl. blev sigtet udvidet til også at regulere den erhvervsdrivendes adfærd overfor forbrugerne. Markedsføringsloven tilsigter imidlertid heller ikke at regulere privatpersoners adfærd over for erhvervsdrivende. De forbudsbestemmelser, der er indeholdt i loven, rammer som udgangspunkt kun erhvervsdrivende. Når en regulering af privatpersoners adfærd ligger helt uden for lovens anvendelsesområde, vil det ikke være naturligt nærmere at begrunde, hvorfor konkrete forbudsbestemmelser ikke omfatter privatpersoner.

Når det kun gælder "som udgangspunkt", at markedsføringslovens forbudsregler udelukkende rammer erhvervsdrivende, er det fordi, at netop erhvervshemmelighedsbeskyttelsen i mfl. § 19 også indeholder forbud, der rammer privatpersoner. Mfl. § 19 (og den tidligere § 10 i 1974-mfl.) har hele tiden omfattet arbejdstagere, men efter indførelsen af den nuværende § 19, stk. 3, er alle personer, herunder privatpersoner, med lovlig adgang til en virksomhed omfattet af forbudet.

Denne udvikling illustrerer, at man kan stille spørgsmålstegn ved, om erhvervshemmelighedsbeskyttelsen hører hjemme i markedsføringsloven, eller om man ikke snarere burde lovregulere området særskilt, således som det er gjort i Sverige. Klart er det, at § 19 ikke varetager forbrugerbeskyttelseshensyn eller kun tilsigter at regulere adfærden mellem to erhvervsdrivende. Herved adskiller bestemmelsen sig fra alle andre bestemmelser i markedsføringsloven.

På trods heraf må den manglende specifikke stillingtagen til, hvorfor hæleriforbudet i § 19, stk. 5, ikke skal omfatte privatpersoner, formentlig forklares med lovens generelle anvendelsesområde.

Selvom afgrænsningen af hæleribestemmelsen i § 19, stk. 5, således har en umiddelbar lovteknisk begrundelse, ændrer det ikke på, at man har *valgt* at undtage privatpersoner fra hæleriforbudet. Man kunne have ladet privatpersoner være omfattet af § 19, stk. 5, hvis man ønskede dette, på samme måde som lovgiver ikke har veget tilbage fra at lade privatpersoner optræde som pligtsubjekt efter § 19, stk. 3.

De hensyn, der ligger bag dette valg, fremgår som nævnt ikke af lovens forarbejder, men det er nærliggende at antage, at det er de samme hensyn, som begrunder privatbrugsreglerne for de øvrige industrielle privatbrugsregler, jf. ovenfor. Får en privatperson via en tredjemand kendskab til en

forretningshemmelighed, vil det typisk ikke have nogen skadesvirkning, at den pågældende viderebringer informationen inden for sin privatsfære, ligesom det vil være vanskeligt at kontrollere en sådan brug inden for privatsfæren.

3.5. Persondata

Om baggrunden for privatbrugsreglen i persondataloven anføres kort i bet. 1345/1997, s. 190, at der ikke er samme beskyttelseshensyn at tage til den registrerede som ved eksempelvis erhvervsvirksomheders behandling af personoplysninger i kommercielt øjemed. Bemærkningen sigter formentlig til, at udnyttelsen vil opfattes som mindre intensiv, når den sker inden for privatsfæren og dermed svækker behovet for en undtagelse til *informationsfrihedshensynene.*

Korfits Nielsen & Waaben anfører i førsteudgaven af Lov om behandling af personoplysninger, at privatbrugsreglen skal ses i lyset af udbredelsen af moderne informationsteknologi, herunder særligt pc'er. Med denne udbredelse var registerlovenes forbud mod privat brug blevet stadigt mere uholdbart og blev i realiteten ikke håndhævet, se Lov om behandling af personoplysninger, 2001, s. 71. Hermed fremhæves *håndhævelseshensyn* som centrale for privatbrugsreglen.

De danske lovforarbejder rummer ingen betragtninger om, hvorvidt *privatlivshensyn* har betydning for privatbrugsreglen. Det gør derimod de svenske forarbejder. I proposition 1997/98:44 (Personuopgiftslag) anføres således på s. 53 f. om baggrunden for privatbrugsreglen: "Det nya lagen syftar til att skapa ett skydd för individens privata sfär. Det vore därför ologiskt om den nye lagen i själva verket skulle tillåtas tränga in i denna sfär genom införandet av myndighetskontrollerade hanteringsregler för sådant som nåste betraktas som rent privata angelägenheter". Både de danske og svenske forarbejder angiver at benytte direktivets undtagelsesregel for privat brug fuldt ud, og det må derfor forventes, at den danske og svenske privatbrugsregel, der har en identisk ordlyd, også har et identisk indhold. Det må derfor antages, at reglerne også bæres af samme hensyn, og at den danske privatbrugsregel derfor også hviler på det i de svenske forarbejder udtrykkelig angivne privatlivshensyn. Tilsvarende (om forståelsen af direktivbestemmelsen), *Dag Wiese Schartum & Lee Bygrave*, Personvern i informasjonssamfunnet, 2004, s. 127.

3.6. Sammenfatning

Den ovenstående gennemgang illustrerer, at hensynene bag privatbrugsreglerne i mange tilfælde kun er blevet tildelt begrænset eksplicit opmærksomhed ved reglernes tilblivelse. Ikke desto mindre synes det muligt at tegne et overordnet billede af disse hensyn.

Bedst dokumenterede er hensynene inden for ophavsretten, hvor forarbejderne viser, at de ophavsretlige privatbrugsregler er baseret på et håndhævelseshensyn, et privatlivshensyn og (som følge af at udnyttelsen ikke skader rettighedshaverens interesser) informationsfrihedshensyn.

De samme hensyn synes relevante for den persondataretlige privatbrugsregel. Privatlivshensynet er ganske vist ikke omtalt i de danske lovforarbejder men er klart udtrykt i de svenske, og der er ikke grund til, at dette hensyn ikke også skulle have relevans for den danske privatbrugsregel.

Hensynene er vanskeligst at identificere for de industrielle privatbrugsregler. Dette skyldes formentlig, at disse regelsæt i modsætning til ophavsretten og persondataretten ikke rummer selvstændige privatbrugsregler men blot indskrænker eneretten til den erhvervsmæssige udnyttelse sammenholdt med, at privatbrugsreglerne inden for disse område tidligere, og det vil navnlig sige før internettets fremkomst, havde begrænset praktisk betydning. Det ligger fast, at også disse privatbrugsregler er båret af princippet om interesseligegyldige udnyttelseshandlinger, og dermed indirekte af informationsfrihedshensynene. Det kan formentlig også lægges til grund, at reglerne ligeledes hviler på håndhævelseshensyn. Betragtningerne herom er da også lige så relevante for de industrielle privatbrugsregler som for de andre privatbrugsregler. Derimod er privatlivshensynet uomtalt i forarbejderne til de industrielle privatbrugsregler, ligesom heller ikke litteraturen nævner hensynet. At hensynet ikke er nævnt i forarbejderne, kan dog ikke i sig selv tages til indtægt for, at det er uden relevans, da forarbejderne som nævnt kun i meget sparsomt omfang eksplicit har forholdt sig til privatbrugsreglernes bagvedliggende hensyn. Ser man på den tankegang, der ligger bag privatlivshensynet, at individet inden for sin egen nære privatsfære må kunne anvende information uden at skulle undergives kontrol og regulering og dermed føle sig "kigget over skulderen", har denne samme vægt for de industrielle privatbrugsregler som for de øvrige privatbrugsregler. Det kan formentlig derfor lægges til grund, at privatlivshensynet også har relevans for de industrielle privatbrugsregler.

Trods vanskelighederne med at identificere hensynene bag privatbrugsreglerne forekommer det muligt at tegne et generelt billede af disse hensyn. Dette billede viser, om end med den usikkerhed der følger af de nævnte

vanskeligheder, at håndhævelseshensyn, privatlivshensyn og – gennem betragtningen om interesseligegyldige udnyttelseshandlinger – informationsfrihedshensyn danner grundlag for privatbrugsreglerne. Det synes med andre ord at kunne lægges til grund, at de informationsretlige privatbrugsregler, i hvert fald på et mere overordnet plan, hviler på samme hensyn. Det er i den forbindelse værd at bemærke, at dette hensynssammenfald også gælder på tværs af reglerne om økonomiske og ideelle informationsrettigheder.

4. Det nærmere indhold af de enkelte privatbrugsregler

I det følgende behandles den nærmere afgrænsning af privatbrugsbegrebet inden for de enkelte privatbrugsregler. Udgangspunktet for det følgende er kun de retskilder, der findes inden for de enkelte discipliner (de vertikale retskilder). Det er en mental og afhandlingsteknisk udfordring at skulle analysere de enkelte områder isoleret, eftersom sammenhængene løbende træder frem i arbejdet med analyserne. Det er vanskeligt ikke at lade sig inspirere af disse sammenhænge undervejs. Når et "skjult" kriterium opdages i én disciplin, er det så fordi, det ved grundigt arbejde kan identificeres i disciplinens retskilder, eller er det fordi kriteriet er centralt i en anden disciplin og allerede af denne grund er i bevidstheden? Svaret ligger nok ofte et sted midt i mellem. Kriteriet kan spores i retskildematerialet men opdages, fordi andre discipliner allerede har skabt en bevidsthed om det. Hermed må også erkendes, at der vil være glidende overgange mellem de vertikale og horisontale analyser. Udgangspunktet er dog klart: privatbrugsreglen inden for de enkelte discipliner analyseres kun med udgangspunkt i disciplinens egne (vertikale) retskilder. Kun på den måde belyses forskelle på en vertikal og horisontal tilgang til de informationsretlige regler.

4.1. De ophavsretlige privatbrugsregler

4.1.1. Tilgængeliggørelse af værket inden for privatsfæren

Det kan ikke uden videre lægges til grund, at vurderingen af, hvornår en tilgængeliggørelse falder inden for privatsfæren, er sammenfaldende for de tre former for tilgængeliggørelse, der opregnes i ophavsretslovens § 2, stk. 1: spredning, visning og fremførelse. I det følgende gennemgås afgrænsningen af privatbrugsreglerne om spredning, visning og fremførelse hver for sig.

4.1.1.1. Den private spredning

Det følger af ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 1, at et værk gøres tilgængeligt for almenheden, når "eksemplarer af værket udbydes til salg, udlejning, eller udlån eller på anden måde spredes til almenheden". Der foreligger ingen trykt dansk retspraksis, der behandler spørgsmålet om grænsen mellem privat og offentlig spredning. Det er den almindelige antagelse, at afgrænsningen afgøres af det *personlige bånd* mellem overdrageren og modtageren, jf. *Lund*, Grænsen mellem "offentlig" og "privat" inden for ophavsretten, NIR, 1955, s. 68 ff. (s. 77) og *Schønning,* Ophavsretsloven, 2008, s. 153.

Det springende punkt bliver således at fastlægge, hvilken nærmere relation mellem overdrageren og modtageren, der indeholdes i kravet om "personligt bånd". De danske forarbejder til både 1961-ohl. og 1995-ohl. og ændringslovene hertil er tavse om spørgsmålet. Spørgsmålet er omtalt i forarbejderne til den svenske 1961-ophavsretslov, hvor udtrykket angives at omfatte personer, der tilhører den nærmeste familie- eller vennekreds, jf. SOU, 1956:25, s. 96 og lovforslaget, s. 62 f. Det er antaget, at den samme afgrænsning må gælde for dansk ret, *Lund,* Ophavsret, 1961, s. 85. Tilsvarende *Schønning*, a.st., der anfører, at der skal bestå et personligt bånd som familiemedlem, ven eller bekendt.

Det skal under alle omstændigheder erindres, at spredningsretten er undergivet den væsentlige indskrænkning i ohl. § 19, hvorefter retten til spredning af eksemplaret konsumeres, når det er solgt eller på anden måde overdraget til andre. I det omfang spredningsretten er konsumeret, er det uden betydning, om der foreligger en privat eller offentlig spredning.

4.1.1.2. Den private visning.

Visningsretten er reguleret i ohl., § 2, stk. 3, nr. 2, hvoraf fremgår, at offentlig visning af et værk udgør en tilgængeliggørelse for almenheden og således som udgangspunkt er omfattet af ophavsmandens eneret. Der foreligger ingen trykt dansk retspraksis, der behandler grænsen mellem privat og offentlig visning, og lovens forarbejder indeholder heller ikke nærmere beskrivelser af sondringen. Der kan derfor næppe siges meget mere herom, end at sondringen antageligvis også her må tage udgangspunkt i en vurdering af det personlige bånd mellem den, der forestår fremvisningen og tilskuerne. Om sammenhængen mellem den private visning og de øvrige ophavsretlige privatbrugsregler, se afsnit 4.1.4.

Også visningsretten er undergivet en konsumptionsregel, jf. ohl. § 20, hvorefter eneretten til visning konsumeres, når ophavsmanden har udgivet værket, eller for eksemplarer af kunstværker, har overdraget disse til andre.

4.1.1.3. Den private fremførelse

Det følger af ohl. § 2, stk. 3, nr. 3, at ophavsmanden har eneret til at fremføre værket "offentligt". I modsætning til hvad der gælder for den private spredning og den private visning, eksisterer en righoldig retspraksis vedrørende den private fremførelse. Dette skyldes navnlig, at afspilning af musik udgør en fremførelse i ophavsretslovens forstand, hvorved det bliver nødvendigt at forholde sig til sondringen mellem privat og offentlig fremførelse i en række praktisk vigtige grænsetilfælde, hvor musik anvendes f.eks. på arbejdspladser, i motionscentre, foreninger mv. På baggrund af denne retspraksis opstilles i det følgende nogle kriterier for afgrænsningen mellem det offentlige og det private.

a. Den personlige relation

Også i fremførelsesretten antages det sædvanligvis, at sondringen mellem offentlig og privat afgøres af det personlige bånd mellem parterne, jf. *Lund*, NIR, 1955, a.st., s. 80, *Schønning*, a.st., s. 159 og *Helle Stakemann*, Offentlighedsbegrebet i forbindelse med fremførelse af ophavsretligt beskyttede musikværker i foreninger og på arbejdspladsen, NIR, 2007, s. 135 ff. Det afgørende antages i så henseende at være båndet mellem den ansvarlige for fremførelsen og tilhørerne, ikke mellem tilhørerne indbyrdes. En teaterforestilling, der arrangeres af et teater for en skoleklasse, vil være en offentlig fremførelse, da der ikke består det fornødne personlige bånd mellem teatergruppen og de enkelte elever, jf. *Strömholm*, Teaterrätt, 1971, s. 73 samt *Lund*, a.st. og *Schönning*, a.st. Den ansvarlige for fremførelsen er ikke nødvendigvis identisk med selve fremføreren. Hvis en restaurant hyrer en musiker til at spille livemusik for restaurantens gæster, er det forholdet mellem restauranten og dens gæster, der skal vurderes, ikke mellem musikeren og gæsterne. Det er båndet mellem den ansvarlige for fremførelsen og den *potentielle kreds* af tilhørere, der skal vurderes. Arrangeres der en koncert, hvortil der er offentlig adgang, er koncerten i ophavsretlig forstand dermed offentlig, uanset om koncerten kun overværes af en snæver kreds af koncertarrangørens familiemedlemmer eller venner. Eftersom koncerten er åben for alle, vil der ikke være det fornødne personlige bånd mellem koncertarrangøren og de potentielle tilhørere.

Kravet om det personlige bånd udtrykker, at der skal bestå en vis *personlig relation* mellem parterne. Den fornødne personlige relation vil

utvivlsomt bestå i *de rent private relationer mellem familiemedlemmer, venner, naboer o.lign.* I den anden ende af spektret består de situationer, hvor der er en *åben adgang til fremførelsen for alle*. I disse situationer vil der ikke bestå den fornødne personlige relation mellem den ansvarlige for fremførelsen og tilhørerne. I mellem disse to yderpunkter står de i praksis vanskelige tilfælde, hvor adgang til fremførelsen er *afgrænset til en nærmere kreds af personer, som omfatter andre end familiemedlemmer, venner, bekendte o.lign.* (i ophavsretlig sammenhæng ofte benævnt en "sluttet kreds"). Der hersker ikke tvivl om, at den private fremførelse omfatter langt mere end fremførelser inden for den rent private sfære, hvor den ansvarlige for fremførelsen og tilhørerne er familiemedlemmer, private venner e.lign. Derimod er det forbundet med betydelig usikkerhed at fastslå mere præcist, hvor langt retten til privat fremførelse rækker i disse situationer.

Hvis den ansvarlige for fremførelsen har udvalgt hver enkelt person i deltagerskaren, må der sædvanligvis antages at foreligge den fornødne personlige relation mellem den ansvarlige og hver af tilhørerne.

Tilsvarende *Schønning*, a.st., s. 159, hvor det anføres at der som hovedregel ikke foreligger offentlig fremførelse, hvis deltagerne i arrangementet er særligt indbudt. Som eksempel herpå nævnes receptioner og personalefester.

Ansættelsesforhold er et praktisk vigtigt eksempel på en tilfældegruppe, hvor hver deltager er individuelt udvalgt. Det antages sædvanligvis også, at der består den fornødne personlige relation mellem arbejdsgiver og medarbejdere, som muliggør en privat fremførelse, jf. *Schønning,* a.st., s. 162 og U.2007.1581H, hvor højesteret fastslog, at medarbejderes afspilning af musik i bilradio med cd-afspiller i arbejdsgiverens lastbiler ikke udgjorde en offentlig fremførelse. Det samme gjaldt den afspilning, der fandt sted via radio og tv i kontorer, kantiner mv. Hertil gælder dog den vigtige modifikation, at hvis der er tale om et større antal medarbejdere, anses fremførelsen for offentlig, jf. ohl. § 2, stk. 4, nr. 2, der har følgende ordlyd: "Som offentlig fremførelse … anses også fremførelse i en erhvervsvirksomhed, der finder sted for en større kreds, som ellers måtte anses som ikke-offentlig". Det følger af lovens forarbejder, at grænsen går ved 40 medarbejdere.

I den netop omtalte U.2007.1581H lagde Højesteret til grund, at bestemmelsen forudsætter, at de 40 (eller flere) medarbejdere skal være samlet i samme lokale. Afspiller eksempelvis 50 lastbilchauffører musik i hver deres lastbil, foretager arbejdsgiveren ikke en fremførelse for mere end 40 medarbejdere. Tilsvarende hvis musikken afspilles i en kantine, værksted mv., hvor der ikke opholder sig mindst 40 ansatte ad gangen.

Ordlyden synes at bekræfte, at fremførelser for ansatte normalt må anses for foretaget inden for privatsfæren, jf. ordene *som ellers måtte anses som ikke-offentlig*. Trods ordlyden ("erhvervsvirksomhed") må det antages, at § 2, stk. 4, nr. 2, også dækker medarbejdere i offentlige institutioner, jf. Schønning, a.st., s. 176 og den svenske Højesterets dom optrykt i NIR, 1989, s. 225 ff., der bl.a. fastslog, at musikafspilning i personalestuer på et offentligt sygehus udgjorde fremførelse i en "förvärvsverksamhet". Bestemmelsen har sin baggrund i en række sager om musik til arbejdet, der blev ført i tiden før tilblivelsen af 1961-ohl. Med den ledende dom U.1952.269H blev det fastslået, at udsendelse af musik i højtaleranlæg i arbejdstiden til 2.150 medarbejdere på én fabrik og til 240 medarbejdere på en anden fabrik udgjorde offentlig fremførelse, bl.a. henset til antallet af medarbejdere. Antallet af tilhørere som selvstændigt kriterium i vurderingen af, om en fremførelse er privat eller offentlig, er i øvrigt behandlet nedenfor.

I en lang række situationer, vil der ikke foreligge en udvælgelse af hver enkelt tilhører. I stedet vil kredsen af tilhørere være afgrænset efter nærmere objektive kriterier, således at adgangen er begrænset til f.eks. unge i et bestemt lokalområde, personer med et branchetilhørsforhold, eleverne i en skoleklasse, deltagerne på et gymnastikhold, medlemmerne af en ungdomsklub eller en idrætsklub, beboerne på et plejehjem mv. Der må ved behandlingen af disse situationer foretages en overordnet sondring mellem fremførelser, der foretages for en lukket medlemskreds i en medlemsforening og fremførelser, der foretages for en anden form for lukket kreds. I den førstnævnte situation kan det ikke afgøres, om fremførelsen er offentlig ved at vurdere det personlige bånd mellem den, der er ansvarlig for fremførelsen og tilhørerne, eftersom det er medlemmerne, der arrangerer fremførelsen for sig selv, og der dermed i ophavsretlig forstand er identitet mellem den ansvarlige for fremførelsen og tilhørerne. I stedet må i denne situation foretages en vurdering af den personlige relation mellem de enkelte medlemmer. Herudover er de kriterier, som afgør, om der foreligger en offentlig eller privat fremførelse, i det væsentlige identiske, jf. nærmere nedenfor. Der foreligger en række domme, der behandler spørgsmålet om offentlig fremførelse i lukkede kredse. Blandt andet på baggrund af disse domme kan der opstilles nogle kriterier for, hvornår der består den fornødne personlige relation og fremførelsen derfor anses for privat.

b. Antallet af tilhørere

Retspraksis viser, at antallet af tilhører tillægges vægt ved vurderingen af, om der foreligger offentlig fremførelse. Antallet af tilhører kan både opreg-

nes efter, hvor mange der *potentielt* kan deltage, og hvor mange der *aktuelt* deltager. Begge tal synes tillagt vægt. Er der en ubegrænset adgang for alle til f.eks. en offentlig koncert, er det dog klart, at antallet af tilhørere er uden betydning. At antallet af tilhørere har relevans, illustreres bl.a. af de tre ovennævnte højesteretsdomme. I U.1952.269H fremhævede Højesteret det store antal af medarbejdere, som musikken blev fremført for i fabrikshallerne. I U.1999.2011H lagde retten vægt på, at den enkelte ungdomsklub højest havde nogle hundrede medlemmer, og at det faktiske fremmøde var yderligere begrænset, således at fremmødet ikke var større, end at "det ovennævnte fællesskab og tillidsforhold etableres". På tilsvarende vis lagde Højesteret i U.2004.2134H vægt på, at der alene deltog et begrænset antal deltagere på de enkelte gymnastikhold.

Antallet af tilhørere har på tilsvarende vis betydning, når en forening arrangerer et lukket medlemsarrangement. Jo større antallet af medlemmer i foreningen er, jo svagere vil den personlige relation mellem de enkelte medlemmer være.

Schønning, a.st., s. 164, angiver, at antallet af tilhørere kun har betydning, når arrangøren udgør en del af den sluttede kreds (og der således er tale om at arrangement arrangeret for medlemmerne af medlemmerne). Højesterets dom i U.1999.2011H viser imidlertid, at også uden for sådanne tilfælde, vil antallet kunne have betydning.

Det er næppe muligt mere konkret at angive et tal som skillelinje for, om der foreligger privat eller offentlig fremførelse, da også andre kriterier end antallet af deltagere må tillægges vægt. Retspraksis giver dog en fornemmelse af, at der kan foreligge en privat fremførelse, selvom deltagerantallet har en sådan størrelse, at deltagerne næppe alle kan kende hinanden, se f.eks. U.1971.700Ø, hvor et arrangement med 750 deltagere fra en husmoderforening ansås for privat. Kravet om den private relation mellem medlemmerne må derfor siges at være blevet undergivet en ganske vid fortolkning.

Som allerede antydet, er der en forholdsvis tæt sammenhæng mellem kriterierne antallet af tilhører på den ene side og den personlige relation på den anden side. Som udgangspunkt vil det gælde, at jo større antallet af tilhørere er, jo svagere vil den personlige relation være mellem den ansvarlige for fremførelsen og de enkelte tilhørere. Det er i realiteten også det, Højesteret udtrykker i U.1999.2011H ved at fremhæve, at medlemstallet og det faktiske fremmøde ikke var større, end at det forudsatte fællesskab og tillidsforhold kunne etableres.

c. Kriterier for optagelse i den lukkede kreds

Som beskrevet ovenfor beror vurderingen på den personlige relation mellem den ansvarlige for fremførelsen og de potentielle tilhørere. Den potentielle kreds af tilhørere afgøres af de kriterier, der opstilles for at kunne blive optaget i kredsen. Fastlæggelsen af disse kriterier bliver derfor af selvstændig betydning for den retlige vurdering. Hvis optagelse ikke betinges af nærmere fastlagte kriterier, således at alle kan optages (kun med forbehold for maksimalt deltagerantal e.lign.) eller kun betinges af meget brede kriterier, f.eks. således at alle pensionister kan optages, taler dette med vægt for, at der er tale om en offentlig fremførelse. Dette støttes af 1951-udkastet til lov om ophavsret s. 102: "*Såfremt adgangen til foreningen står åben for enhver eller i alt fald for store befolkningsgrupper, er man uden for begrebet 'den private kreds', fremførelsen må da siges at foregå for almenheden og ophavsretsbeskyttelsen må respekteres*". 1951-udkastet dannede grundlag for ophavsretsloven fra 1961, og der er ikke i de efterfølgende ændringer af lovens § 2 tilsigtet nogen realitetsændringer på dette punkt. Forarbejderne støtter således, at det må tillægges vægt, om der har været fastsat kriterier, der nærmere har afgrænset den potentielle deltagerkreds. Synspunktet har ligeledes støtte i to af de nyere ledende domme U.2003.212Ø og U.2002.649Ø, hvor fremførelse blev anset for offentlig særligt under henvisning til, at der var åben adgang for alle.

I U.2002.649Ø fandt landsretten, at musikanvendelse i forbindelse med aerobic- og dansetræning i kommercielle motionscentre, fitnesscentre, helsestudier og lignende, havde karakter af offentlig fremførelse. Retten lagde bl.a. vægt på, at tilbud om medlemskab stod åben for alle alene med de begrænsninger, der naturligt følger af karakteren af en bestemt form for motionsudøvelse, f.eks. seniorgymnastik, efterfødselshold eller slankehold. Retten udtalte i tilknytning hertil, at den følelse af samhørighed og gensidig tillid, der i et vist omfang kan opstå mellem deltagerne på et motionshold og motionscentrets repræsentanter eller mellem holddeltagerne indbyrdes, ikke kunne føre til, at adgangen ikke ansås for åben for alle.

På linje hermed fastslog landsretten i U.2003.212Ø, at musikanvendelse i forbindelse med danseundervisning i en danseskole havde karakter af offentlig fremførelse. Retten lagde bl.a. vægt på, at adgangen til danseundervisningen havde været åben for alle med de nødvendige forkundskaber. Landsretten udtalte i forbindelse hermed, at det forhold, at deltagelsen i undervisningen gav mulighed for socialt samvær, at der var en udpræget grad af stabilitet på holdene, og at der gennem flere år kunne være samme kreds af deltagere, ikke kunne føre til, at adgangen til deltagelse ikke ansås for åben for alle.

På trods af disse domme kan det ikke uden videre lægges til grund, at fremførelse for en kreds, hvortil der er åben adgang for alle eller i hvert fald for en meget bred befolkningsskare, altid vil være offentlig fremførelse. Dette

skyldes, at to nyere højesteretsdomme, U.1999.2011H og U.2004.2134H, er kommet til det modsatte resultat.

I U.1999.2011H havde KODA og Gramex opkrævet vederlag hos en række fritids- og ungdomsklubber for den musik, der blev spillet i klubberne under henvisning til, at der forelå en offentlig fremførelse. En sammenslutning af fritids- og ungdomsklubber lagde herefter som mandatar for de pågældende klubber sag an mod KODA og Gramex med påstand om, at de to organisationer skulle tilpligtes at anerkende, at der ikke forelå offentlig fremførelse. En enig Højesteret gav sammenslutningen medhold heri, uagtet det var ubestridt og også nævnt i Højesterets præmisser, at der var fri adgang for alle børn og unge, som opfyldte alderskriterierne, og som boede inden for det lokalområde, der var dækket af den pågældende klub. Landsretten var nået til det modsatte resultat, bl.a. under henvisning til den åbne adgang til medlemskab. Dommen er kritiseret af *Schønning*, Begrebet offentlig fremførelse, NIR, 2001, s. 628 ff. (s. 630 ff.).

I U.2004.2134H havde KODA og Gramex opkrævet vederlag hos en række gymnastikforeninger for den musik, der blev spillet på de enkelte hold i forbindelse med gymnastiktræning. Danmarks Idræts-Forbund og Danske Gymnastik- og Idrætsforeninger lagde herefter som mandatar for de pågældende gymnastikforeninger sag an mod KODA og Gramex med påstand om, at de to organisationer skulle tilpligtes at anerkende, at der ikke forelå offentlig fremførelse. Højesteret gav de to forbund medhold heri, selvom det også i denne sag lå klart, at der var frit medlemsoptag. I denne sag afsagde Højesteret sin dom ved en 3-2-afgørelse, hvor mindretallet fandt, at der forelå offentlig fremførelse, særligt under henvisning til forarbejdernes omtale af fremførelse i foreninger, hvor der er åben adgang for alle eller for en stor befolkningsgruppe, jf. det ovenfor citerede fra forarbejderne.

I de to sager lagde Højesteret vægt på en række andre kriterier, der nærmere beskrives nedenfor. Trods de to højesteretsdomme må det fortsat betegnes som hovedreglen, at der foreligger offentlig fremførelse, hvis fremførelsen foretages for en kreds, hvortil der i det væsentlige er åben adgang. Dette er klart angivet i lovens forarbejder og ligeledes lagt til grund såvel i anden retspraksis, jf. de ovenfor nævnte domme fra Østre Landsret, som i litteraturen. Højesteretsdommene illustrerer imidlertid, at andre kriterier i den konkrete situation kan veje tungere og dermed bringe fremførelsen inden for den ophavsretlige privatsfære.

Kriterierne for optagelse i den lukkede kreds afgør i realiteten, hvor mange der kan optages og ofte også, hvor nære relationer der vil være mellem deltagerne. Man kan sige, at optagelseskriterierne udtrykker det *potentielle* antal deltagere og den potentielle relation mellem deltagerne, mens medlemslisten udtrykker det *faktiske* antal medlemmer og disses indbyrdes relationer. Mens optagelseskriterierne således i en vis forstand udtrykker de to foregående kriterier, har domstolene også lagt vægt kriterier, som ikke

umiddelbart knytter sig til det personlige bånd mellem fremføreren og tilhøreren.

d. Erhvervsmæssigt formål

Retspraksis viser, at domstolene tillægger det vægt – og formentlig betydelig vægt – om den pågældende aktivitet har et erhvervsmæssigt formål.

Tilsvarende, om end mere tøvende, *Lund*, Grænsen mellem "offentlig" og "privat" inden for ophavsretten, NIR, 1955, s. 68 ff. (s. 85). Betydningen af det erhvervsmæssige formål i grænsetilfælde er også anerkendt af *Karnell*, "Upphovsrättslig offentlighet och framföranderätt, NIR, 1973, s. 267 ff. (s. 277).

Ved vurderingen af foreningsarrangementer har det i litteraturen været antaget, at der må lægges vægt på, om foreningen har et erhvervsmæssigt formål, se *Knoph*, Åndsretten, 1936, s. 90, *Hartvig Jacobsen*, Ophavsretten, 1941, s. 87, og *Lund*, a.st. *Schønning* anfører omvendt, at det næppe kan tillægges selvstændig betydning, om et medlemsarrangement i en forening tjener et erhvervsmæssigt formål, Schønning, a.st., s. 164 f.

Det er således karakteristisk, at Højesteret i begge de to afgørelser i U.1999.210H og U.2004.2134H, hvor fremførelsen ansås for privat, har lagt vægt på, at musikanvendelsen ikke var erhvervsmæssig (i U.2004.21.34H indleder flertallet sine bemærkninger med at konstatere, at gymnastikforeningen er ikke-erhvervsmæssig), mens landsretten i begge de to afgørelser U.2002.649Ø og U.2003.212Ø, hvor fremførelsen ansås for offentlig, omvendt har lagt vægt på, at der forelå erhvervsmæssig virksomhed (i U.2002.649Ø indleder landsretten sine bemærkninger med at konstatere, at motionscentrene drives på kommerciel basis). I U.2004.2134H var landsretten kommet til det resultat, at der forelå offentlig fremførelse. Også under landsretssagen var spørgsmålet om kommerciel brug et omdrejningspunkt. Danmarks Idræts-Forbund og Danske Gymnastik- og Idræftsforeninger havde gjort gældende, at der ikke forelå kommerciel brug: "I relation til de seneste landsretsdomme vedrørende musikanvendelse i kommercielle fitness-centre og kommercielle danseskoler er den afgørende forskel i forhold til gymnastikforeningerne, at der her foreligger en kommerciel aktivitet, som er åben for alle mod betaling af vederlag. Gymnastikforeningerne drives på et ikke kommercielt grundlag". I sine præmisser bemærkede landsretten herom: "Hertil kommer, at uanset at foreningerne ikke har til formål at give økonomisk overskud, konkurrerer foreningerne med de kommercielle motionscentre, bl.a. ved at tilbyde aerobic". Landsretten lægger således tilsyneladende til grund, at der sker, hvad der kan betegnes som en indirekte kommerciel brug ved, at gymnastikforeningerne udbyder kurser, som f.eks. aerobic, der konkurrerer med de kommercielle udbydere.

Det kommercielle aspekt har formentlig også spillet ind i afgørelsen i U.1952.269H. KODA påberåbte sig, at brugen af musikken skete i erhvervsøjemed, og anførte i tilknytning hertil: "I denne henseende påberåber sagsøgeren sig, at installationen af et så kostbart anlæg kun kan antages foretaget i den hensigt ved hjælp af musikken at bøde på arbejdets monotoni og derigennem forøge arbejdsudbyttet". Højesteret fandt, at fremførelsen måtte karakteriseres som offentlig bl.a. under hensyntagen til "omfanget og karakteren af de af sagsøgte trufne foranstaltninger til gennemførelse af musik i arbejdstiden …". Det kan ikke af dommen udledes, hvad Højesteret med ordene "omfanget" og "karakteren" henviser til ("omfanget" henviser ikke til antallet af ansatte, da dette er fremhævet som et selvstændigt kriterium ved siden af "karakteren" og "omfanget"), men det er nærliggende at tro, at Højesteret har lagt vægt på, at der netop er tale om en erhvervsmæssig brug som anført af KODA. Se i samme retning den ovennævnte svenske højesteretsdom optrykt i NIR 1989.225 ff. (om musik afspillet i personalerum på sygehus).

Det erhvervsmæssige aspekt er særskilt reguleret i ophavsretslovens § 2, stk. 4, nr. 2, hvorefter fremførelse i en erhvervsvirksomhed for en større kreds (hvorved i henhold til lovbemærkningerne forstås 40 personer), som ellers måtte anses for ikke-offentlig, i ophavsretlig forstand udgør offentlig fremførelse.

e. Sammenhængen mellem fremførelse af værket og formålet med de tilhørende aktiviteter

I en række afgørelser, er der blevet lagt vægt på, om fremførelsen af værket – der typisk har været musik – har haft en primær eller sekundær karakter i forhold til formålet med den aktivitet, som musikken er fremført i forbindelse med. Kriteriet kan spores tilbage til en række afgørelser fra 1960´erne og 1970´erne, hvor domstolene har lagt betydelig vægt på, om formålet med foreningen primært har været af selskabelig karakter, således at den musikalske fremførelse, der har fundet sted under foreningens festarrangementer, fremstod som central for foreningens virke.

Se f.eks. U.1972.827Ø og U.1978.610Ø hvor landsretten i begge tilfælde fandt musikfremførelsen offentlig under henvisning til, at foreningens formål hovedsagligt var af selskabelig art, og omvendt U.1969.944Ø og U.1972.700Ø, hvor landsretten i begge tilfælde fandt musikfremførelsen privat under henvisning til, at foreningens formål primært var af ikke-selskabelig art, og at de omhandlede festarrangementer, hvor musikken var blevet afspillet, derfor var accessoriske i forhold til foreningens formål.

Fokuseringen på foreningens formål har navnlig haft til hensigt at imødegå de egentlige omgåelsestilfælde, hvor en musikfremførelse, der i øvrigt utvivlsomt ville være offentlig og dermed underlagt betalingspligt, blev søgt flyttet inden for privatsfæren ved at afholde det pågældende arrangement i foreningsregi.

Kriteriet er også blevet anvendt i nogle af de nyere domme uden for området for fremførelse i foreningsregi. I begge de to højesteretsafgørelser U.1999.2011H og U.2004.2134H lagde Højesteret vægt på, at musikfremførelsen ikke var primær for ungdomsklubberne, henholdsvis gymnastikforeningerne. Kriteriet blev ligeledes inddraget i U.2003.212Ø, hvor der blev lagt vægt på, at musikken var afgørende for danseundervisningen. Med disse afgørelser ligger det fast, at det også uden for de egentlige foreningsarrangementer må tillægges betydning, at musikken (eller de øvrige værker der fremføres) fremstår som centralt for den ansvarlige for fremførelsen.

Ud over den nævnte omgåelsesbetragtning er kriteriet muligvis udtryk for den rimelighedsbetragtning, at hvis den primære aktivitet er fremførelse af tredjeparters musik, bør man også betale disse tredjeparter for udnyttelsen. Kriteriet afspejler ikke det personlige bånd mellem parterne eller afgrænsningen af en offentligsfære i øvrigt, og det vil næppe i sig selv være afgørende for, om en fremførelse anses for offentlig.

f. Sociale hensyn?

I U.1999.2011H anførte Højesteret, at fritidsklubordningens overordnede fritidspolitiske og socialpædagogiske formål, skal søges opnået ved at tilbyde børn og unge en fysisk ramme for samvær og aktivitetsudfoldelse. I U.2004.2134H fremhævede Højesteret, at gymnastikforeningerne "har rod i lokalsamfundet og i et vist omfang virker til fremme af sociale relationer mellem medlemmerne også udover hvad der følger af den fælles gymnastikudøvelse". Det fremstår ikke klart, hvad der har været Højesterets hensigt med at fremhæve dette. Det kan ikke udelukkes, at Højesteret med disse udtalelser har lagt vægt på nogle mere overordnede sociale hensyn, i form af betragtninger om at både ungdomsklubber og gymnastikforeninger tjener gode sociale formål i deres lokalsamfund og derfor heller ikke skal have vanskeliggjort arbejdsbetingelserne – som for gymnastikforeningernes vedkommende foregår ved frivillig arbejdskraft – ved at blive mødt med økonomiske krav for musikfremførelse. Hvis afgørelserne skal tages til indtægt for sådanne sociale hensyn, er der grund til at være kritisk. Disse hensyn kan ikke betegnes som ophavsretligt relevante kriterier. En fremførelse, der i øvrigt vil blive anset for offentlig, bør ikke subsumeres under

privatsfæren, blot fordi fremførelsen tjener et godt formål. Hertil kommer, at det vil være og bør være et individuelt spørgsmål, hvad der opleves som tjenende et godt socialt formål. Er det sociale samvær, som 12-årige drenge oplever gennem mange timers daglig spil på en netcafé, f.eks. mindre agtværdigt end det samvær, der opleves gennem en ungdomsklub eller gymnastikforening?

Præmisserne fra Højesteret har dog ikke en sådan detaljeringsgrad, at det med sikkerhed kan fastslås, at Højesteret med de angivne betragtninger har lagt vægt på sociale hensyn. *Koktvedgaard* ser U.1999.2011H som et udtryk for, at det private rum udvides, som følge af at opgaver som børnepasning og ældrepleje, der tidligere i langt højere grad var rent private anliggender, nu varetages i offentlig regi men altså stadig i ophavsretlig sammenhæng kan betragtes som inden for privatsfæren – et privat "surrogatrum", *Koktvedgaard*, Udviklingen i Norden i perioden 1997-2001, NIR, 2001, s. 511 ff. (s. 514).

4.1.2. Eksemplarfremstilling inden for privatsfæren

Retten til at foretage eksemplarfremstilling inden for privatsfæren er reguleret i ohl. § 12. Hovedreglen fremgår af § 12, stk. 1, hvorefter det er tilladt at fremstille eksemplarer til "privat brug", når det ikke sker i "erhvervsøjemed". Digital kopiering er dog kun tilladt, når det sker til "personlig brug" for fremstilleren eller dennes husstand, jf. § 12, stk. 2. I det følgende beskrives disse tre begreber. De øvrige dele af bestemmelsen har ikke relevans for den generelle analyse af, hvilke kriterier der afgrænser den ophavsretlige privatbrugssfære, og behandles derfor ikke i det følgende.

a. Begrebet "privat brug"

Om grænsen mellem privat og offentlig brug efter § 12, stk. 1, anføres følgende i forarbejderne til 1961-ohl.: "Privat brug omfatter i øvrigt for det første enhver anvendelse af eksemplarer til rent personlig benyttelse. Endvidere eksemplarets benyttelse af personer hørende til fremstillerens familie- og omgangskreds. Også hvis eksemplarer er tænkt at skulle anvendes til andre, til hvem fremstilleren er knyttet ved personligt bånd, som f.eks. kolleger på en mindre arbejdsplads, må der eventuelt efter omstændighederne kunne sige at foreligge fremstillinger til privat brug. Uden for fremstilling til privat brug er man, så snart eksemplaret fremstilles for at spredes til eller forevises for andre end dem, der hører til fremstillerens private kreds", FT, 1959-60, Tillæg A, sp. 2704.

Også afgrænsningen af privatbrugsreglen i § 12 lægger således vægt på det *personlige bånd* mellem parterne. Med opregningen af familie, venner og nære kolleger, definerer motivudtalelsen privatsfæren i en snæver for-

stand, og der har vel næppe været nogen tvivl om, at de pågældende persongrupper henregnes til privatsfæren i ophavsretlig forstand. Motivudtalelserne forholder sig ikke til den vanskelige mellemgruppe, hvor der består et vist personligt forhold mellem en sluttet kreds af personer, jf. ovenfor om fremførelse inden for en sådan kreds. Herom udtaler forarbejderne til 1995-ohl. kortfattet: "Medlemmer af lukkede klubber, studiekredse o.lign., der har et privat præg, vil ligeledes kunne fremstille kopier til sig selv og andre medlemmer af kredsen", FT 1994-95, Tillæg A, s. 1338. Det anføres endvidere, at en lærer vil kunne fremstille eksemplarer til sin egen undervisningsforberedelse og til enkelte interesserede elever, men ikke til hele klassen. Med disse udtalelser ligger det klart, at privat brug efter § 12 også kan udstrækkes ud over den nære privatsfære. Når det anføres, at en lærer kan fremstille eksemplarer til enkelte elever, men ikke til hele klassen, viser det, at også *antallet* af personer, som der kopieres til, er relevant. Det følger også umiddelbart af lovteksten ("enkelte eksemplarer").

I modsætning til, hvad der gælder inden for fremførelsesretten, foreligger der ikke retspraksis, som nærmere fastlægger kriterierne for, hvornår en lukket kreds vil blive anset for tilhørende privatsfæren, og det er derfor vanskeligt med sikkerhed at angive yderligere herom. Klart må det dog være, at det ikke kræves, at der skal bestå et personligt bånd mellem eksemplarfremstilleren og hvert af de medlemmer, som eksemplarfremstilleren overdrager et eksemplar til. Dette ville gøre bemærkningen om den sluttede kreds indholdsløs ved siden af det almindelige krav om, at der skal bestå et personligt bånd.

Kopierer et medlem af en kunstklub med 25 medlemmer f.eks. en avisartikel om en bestemt kunstner og deler en kopi ud til hvert af medlemmerne, vil der være tale om privat brug efter § 12, stk. 1, uanset om eksemplarfremstilleren ikke har et personligt tilknytningsforhold til hvert af de øvrige medlemmer.

Det følger af forarbejderne til 1995-ohl., at "privat brug" ikke omfatter *juridiske personers* kopiering, jf. FT 1994-95, Tillæg A, s. 1337.

b. Ikke-erhvervsmæssigt øjemed

Det er eksplicit angivet i § 12, stk. 1, at den private eksemplarfremstilling ikke omfatter eksemplarfremstilling i erhvervsøjemed. Denne indskrænkning i retten til privat eksemplarfremstilling blev indføjet med 2002-ohl. Loven implementerer Infosoc-direktivet (dir. 29/2001), som i art. 5, stk. 2, litra b, foreskriver, at medlemsstaterne kan indføre indskrænkninger i eksemplarfremstillingsretten for så vidt angår eksemplarfremstillinger foreta-

get af fysiske personer til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation. Da det ikke er muligt for medlemsstaterne at indføre andre indskrænkninger i eneretten end dem, der fremgår af direktivet, giver direktivet ikke mulighed for, at der tillades privat eksemplarfremstilling, såfremt denne har et direkte eller indirekte kommercielt formål. Da den danske privatbrugsregel i § 12 før lovændringen tillod, at medarbejdere kunne foretage enkelte eksemplarfremstillinger til kolleger, som de ikke have et personligt bånd til, var lovændringen nødvendig.

Forarbejderne til 2002-ohl. indeholder bidrag til afgrænsningen af udtrykket "erhvervsøjemed": "Udtrykket erhvervsøjemed skal som hidtil forstås bredt og dækker både direkte og indirekte erhvervsøjemed. Udtrykket omfatter navnlig aktiviteter, der sker som led i privat erhvervsvirksomhed *eller virksomhed, som må sidestilles hermed*. Privatkopiering giver dog fortsat adgang til, at en ansat i en erhvervsvirksomhed kan kopiere til brug for sig selv og andre, som den pågældende har et personligt bånd til, herunder enkelte kolleger. En kopiering kan *desuden* anses for at ske i erhvervsøjemed, hvis kopieringen eksempelvis sker for at generere et overskud. Der er derimod ikke tale om en kopiering i erhvervsøjemed, hvis den sker mod symbolsk betaling, som kun har til formål at dække de faktiske udgifter forbundet hermed. Forslaget indebærer ingen ændringer i retstilstanden for så vidt angår kopiering hos statslige og kommunale myndigheder og institutioner mv., herunder undervisningsinstitutioner. Her kan der således fremstilles kopier med hjemmel i § 12, stk. 1, i samme omfang som hidtil. Det gælder bl.a. højskoler, privatskoler, private gymnasier og selvejende institutioner, hvis virksomhed som udgangspunkt ikke sker i erhvervsøjemed, jf. bemærkningerne til lovforslagets nr. 20" (fremhævet her), lovforslag L 19/FT 2002-03, ad lovforslagets nr. 8 (§ 12 stk. 1).

Af disse bemærkninger følger, at kopieringen vil være erhvervsmæssig, hvis den har et *profitformål*. Dette vil endvidere gælde aktiviteter, der har "karakter af privat erhvervsvirksomhed eller virksomhed, der må sidestilles hermed". Dette indebærer, at aktiviteter, der må sidestilles med kommercielle aktiviteter, ligeledes betragtes som erhvervsmæssige, også i situationer, hvor de udføres af ikke-kommercielle aktørers ansatte.

Man kunne få den modsatte opfattelse, når bemærkningerne præciserer, at højskoler, selvejende institutioner og andre statslige og kommunale myndigheder og institutioner som udgangspunkt er omfattet af bestemmelsen, og at disses ansatte dermed ikke kopierer i erhvervsøjemed. Når det anføres, at disse aktørers kopiering "som udgangspunkt" ikke er erhvervsmæs-

sig, sigtes imidlertid til situationer, hvor den pågældende aktør undtagelsesvis udfører en handling af kommerciel karakter. Trods opremsningen af en række konkrete aktører er det afgørende derfor den konkrete aktivitet. Dette kan også ses af henvisningen til bemærkningerne til lovforslagets nr. 20. Forslaget, der vedrører reglen i ohl. § 21, stk. 2, om fri offentlig fremførelse i undervisningsvirksomhed, implementerer infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra a. Denne bestemmelse forudsætter, at en offentlig fremførelse i undervisningsvirksomhed kan ske frit, såfremt den ikke har et kommercielt formål. I bemærkningerne til § 21, stk. 2, er begrebet "erhvervsmæssigt" beskrevet på samme måde som i bemærkningerne til § 12, jf. det ovenfor citerede. Herudover indeholder bemærkningerne imidlertid en henvisning til infosoc-direktivets betragtning 42, som har følgende ordlyd: "Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder ikke-kommercielle uddannelsesmæssige og videnskabelige forskningsmæssige formål, herunder fjernundervisning, bør den pågældende aktivitets ikke-kommercielle karakter bestemmes af selve aktiviteten. Den pågældende institutions organisationsstruktur og finansieringsmåde er ikke afgørende faktorer i denne henseende".

Medarbejdere i statslige og kommunale myndigheder og andre institutioner kan således fortsat fremstille kopier til enkelte kolleger med hjemmel i § 12, medmindre dette sker som led i aktiviteter, der må sidestilles med kommerciel virksomhed.

I det omfang en eksemplarfremstilling i en virksomhed ikke kan hjemles i § 12, vil den normalt være tilladt efter tvangslicensreglen i § 14. Konsekvensen heraf er, at der skal betales for kopien.

c. Personlig brug

Det følger som nævnt af § 12, stk. 2, at digital eksemplarfremstilling kun må ske til personlig brug inden for husstanden. Indskrænkningen skal ses i lyset af den digitale teknologis muligheder for hurtigt og næsten omkostningsfrit at foretage et i princippet uendeligt antal kopier uden kvalitetstab.

Lovmotiverne har gjort en del ud af at eksemplificere, hvad der ligger i begrebet "personlig brug": "Forslaget indebærer, at der kun gives adgang til kopiering af tekst, musik og billeder mv. i digital form til personlig brug f.eks. med henblik på optagelse af radio- og tv-udsendelser til tidsforskudt brug, kopiering af en musik-cd til bilen, til sommerhuset eller til en walkman, kopiering til en opsamlings-cd og kopiering til en pc med henblik på elektronisk afvikling inden for husstanden. Derimod vil det ikke være tilladt at fremstille digitale eksemplarer, der bruges uden for den enkelte husstand, f.eks. kopiering til bekendte og skolekammerater. Det vil heller ikke være

tilladt for køberen af et digitalt leveret musikværk at videresende musikværket via e-mail til venner og bekendte. Kopiering til personlig brug omfatter endvidere ikke kopiering som led i arbejde eller undervisning", lovforslag L 141/FT 2000-01, ad bemærkninger til lovforslagets § 1 (ohl. § 12, stk. 2, nr. 5). Om begrebet "husstand" angives i motiverne: "Med udtrykket ´husstand´ præciseres det, at de digitale kopier kun må anvendes inden for en fysisk persons privatsfære. Hvad der nærmere skal anses for omfattet af begrebet ´husstand´ må afgøres ved en konkret bedømmelse, hvor der bl.a. bør lægges vægt på, om der er tale om bofællesskaber med fælles husholdning og andre momenter, der måtte pege på en i dagligdagen personlig forbundet personkreds. Når det drejer sig om kollegier, sociale institutioner og lign., er det afgørende, at kopieringen ikke foretages til brug for institutionen som sådan", FT a.st.

Selvom begrebet "personlig brug" i stk. 2 af de ovennævnte grunde afgrænses mere snævert end begrebet "privat brug" i stk. 1, er de grundlæggende kriterier for afgrænsningen velkendte. Ved at tillade kopiering inden for den nærmeste familie er det således den personlige relation mellem parterne, der er tillagt afgørende vægt.

4.1.3. Ideelle rettigheder inden for privatsfæren (tilgængeliggørelse)

Det følger umiddelbart af § 3, at pligten til at navngive ved tilgængeliggørelse af værket og forbuddet mod krænkende tilgængeliggørelse kun gælder tilgængeliggørelse for almenheden. De ideelle rettigheder knyttet til tilgængeliggørelsen gælder således ikke inden for privatsfæren, jf. også afsnit 2.1 ovenfor.

Hverken lovens forarbejder eller retspraksis giver nærmere retningslinjer for vurderingen af, hvordan grænsen mellem privat og offentlig skal trækkes i denne sammenhæng. Eftersom afgrænsningen i sproglig henseende med begrebet "tilgængeliggørelse for almenheden" er identisk med afgrænsningen efter § 2, kan det være nærliggende at antage, at afgrænsningen også indholdsmæssigt er identisk, således *Strömholm*, Teaterrätt, 1971, s. 107 og straks nedenfor.

4.1.4. Det ophavsretlige privatbrugsbegreb – sammenfatning

Den ovenstående gennemgang viser, at det ophavsretlige privatbrugsbegreb er bedst belyst i fremførelsesretten, hvor et større antal domme giver mulighed for at identificere nogle centrale afgrænsningskriterier. Om fremførelsen af et værk er privat i ophavsretlig forstand afgøres således af 1) den personlige relation mellem fremføreren og deltagerne, 2) antallet af deltage-

re, 3) kriterierne for adgang til arrangementet (eller for optag i den personkreds, der har adgang til arrangementet), 4) hvorvidt fremførelse er erhvervsmæssig, og 5) hvorvidt fremførelsen fremstår som en hoved- eller biaktivitet, jf. i det hele ovenfor om fremførelsesretten.

Det sparsomme retskildemateriale gør det mere vanskeligt at identificere nærmere afgrænsningskriterier for de øvrige privatbrugsregler, men klart er det, at den personlige relation mellem den ansvarlige for tilgængeliggørelsen/eksemplarfremstillingen på den ene side og tilhørerne/modtageren på den anden side står centralt i alle reglerne, som det også fremgår af forarbejderne til både spredningsreglen og privatkopieringsreglen. Det samme må gælde antallet af tilhørere/modtagere. For privatkopieringsreglen i § 12, er dette angivet som relevant kriterium i selve lovteksten ("enkelte eksemplarer"), men det må tilsvarende gælde, at jo større antal personer et værk spredes til eller vises for, jo mere taler for, at der er tale om en offentlig spredning/visning. Tilsvarende må også kriterierne for adgang til arrangementet kunne have betydning for de øvrige rettigheder, således at eksempelvis en visning af værker oftere vil være offentlig, hvis alle eller en meget bredt defineret personkreds kan få adgang. Det må også generelt tillægges vægt, om brugen af værket har et erhvervsmæssigt formål (også dette er med 2002-ohl. direkte angivet i § 12, for så vidt angår eksemplarfremstilling). Hverken betragtningen om de interesseligegyldige handlinger eller privatlivshensynet, der begge står centralt i alle privatbrugsreglerne, jf. afsnit 3 ovenfor, kan tillægges samme betydning, når anvendelsen er kommerciel. Endelig må det antages, at sammenhængen mellem brugen af værket og formålet med de tilhørende aktiviteter, der tillægges vægt i fremførelsesretten, også vil kunne tillægges en vis vægt for de øvrige typer af enerettigheder, om end dette kriterium må anses for sekundært, jf. ovenfor. En forening eller anden kreds af personer, der mødes med det formål at udveksle egne eksemplarfremstillinger af værker, vil nok i højere grad blive anset for offentlig end en forening, hvor udveksling af sådanne eksemplarer kun udgør en accessorisk del af aktiviteterne (se f.eks. det ovenfor s. 183 angivne eksempel, hvor eksemplarer spredes blandt medlemmerne af en kunstklub).

Sammenfattende synes de afgrænsningskriterier, der er identificeret i fremførelsesretten, således at være generelt anvendelige kriterier, der har betydning for afgrænsningen af alle de ophavsretlige privatbrugsregler. Det er vigtigt at understrege, at et sammenfald af afgrænsningskriterier ikke med afhandlingens terminologi er et absolut regelsammenfald. Et arrangement med 100 deltagere kan f.eks. godt være privat i fremførelsesretten,

mens eksemplarfremstilling til 100 personer næppe vil kunne være privat eksemplarfremstilling efter § 12.

Der har i den ophavsretlige teori været noget uenighed om, hvorvidt den ophavsretlige afgrænsning af privatsfæren er sammenfaldende for de forskellige enerettigheder. *Stuevold Lassen* anfører, at sondringen mellem det private og det offentlige vil være identisk for alle de ophavsretlige privatbrugsregler, Utøvende kunstneres prestasjoner, § 15, s. 28 f. og s. 36, citeret hos *Therese Steen*, Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk, Complex 1/1997, s. 26, der lægger samme opfattelse til grund. Anderledes *Lund*, NIR, 1955, a.st., s. 78 f., der lægger vægt på, at de ophavsretlige handlinger har forskellig udnyttelsesintensitet, og i samme retning *Rognstad*, der på denne baggrund vil sondre mellem privat kopiering og spredning på den ene side og privat visning og fremførelse på den anden side, Rognstad, Spredning av verkseksemplar, 1999, s. 61. Disse diskussioner i teorien går på, om de ophavsretlige privatbrugsregler skal fortolkes identisk, eller om der med afhandlingens begrebsanvendelse består et absolut regelsammenfald. Der er så vidt ses ingen, der har foretaget den sondring mellem sammenfald i afgrænsningskriterier og absolut regelsammenfald, der lægges frem her i afhandlingen.

4.2. Den varemærkeretlige privatbrugsregel

Det følger af vml. § 4, stk. 1, at den varemærkeretlige eneret giver ret til at gøre erhvervsmæssig brug af varemærket. Vml. § 4, stk. 3, der implementerer varemærkedirektivets (dir. 104/1989) art. 5, stk. 3, opregner en række handlinger, der skal anses for erhvervsmæssig brug i varemærkelovens forstand, herunder udbud, salg, import og eksport af varemærkede varer, anbringelse af varemærket på varer og anvendelse af varemærket på forretningspapirer og i erhvervsøjemed. Bestemmelsen er ikke udtømmende, og andre handlinger vil således også være omfattet af eneretten, såfremt de er "erhvervsmæssige".

Varemærkerettens afgrænsning mellem privat brug og erhvervsmæssig brug har historisk set været af begrænset praktisk betydning, fordi den private brug i det væsentlige kun har kunnet udøves på en måde og i et omfang, som ikke har belastet varemærkeindehaveren og dennes kommercielle interesser. Af samme grund findes ingen ældre retspraksis eller motivudtalelser, der kan belyse, hvilke kriterier der i grænsetilfælde har betydning for sondringen mellem privat og erhvervsmæssig brug. Med fremkomsten af internettet har sondringen imidlertid fået en betydelig aktualitet, der navnlig har vist sig i to typer af sager.

Den ene type af sager vedrører registrering af domænenavne. En privatpersons registrering af et domænenavn, der indeholder et varemærke, vil forhindre varemærkeindehaveren i at registrere og anvende det tilsvarende domænenavn. Privatpersoner har hermed fået mulighed for at hindre er-

hvervsdrivende i at anvende en meget vigtig form for kendetegn, som det ville være naturligt for den erhvervsdrivende at identificere sig under. Privatpersoners registrering af et domænenavn, der er identisk eller forvekseligt med et varemærke, har ført til en række sager både for de almindelige domstole og for klagenævnet for domænenavne.

Den anden type af sager vedrører etablering og brug af en hjemmeside under et domænenavn, hvori et varemærke indgår. Af og til sker dette med henblik på at ytre sig negativt om en virksomhed og dens produkter. Negativ omtale af en virksomhed eller et produkt vil ofte indbefatte et varemærke. Hermed anvendes varemærket i en sammenhæng, der vil være til gene for varemærkeindehaveren. Særligt eksponeret bliver varemærket, hvis den, der ytrer sig, etablerer sin hjemmeside under et domænenavn, hvori varemærket indgår (f.eks. lorte-seat.dk). Etableringen af denne form for hjemmesider (ofte benævnt hadesider) har givet anledning til et antal sager for klagenævnet for domænenavne. Selv hvor hjemmesiden ikke har til hensigt at kritiserer varemærkeindehaveren, kan etablering af en hjemmeside under et domænenavn, der er identisk eller forvekseligt med et varemærke skabe gener for varemærkeindehaveren, ved at hindre varemærkeindehaveren i selv at anvende domænenavnet og/eller ved at skabe en forvekslingsrisiko, som er til gene for varemærkeindehaveren.

I de nævnte situationer vil det ofte være tvivlsomt, om brugen af varemærket kan siges at være "erhvervsmæssig" i varemærkeretlig forstand. Der foreligger en række afgørelser fra domstolene og klagenævnet for domænenavne, der bl.a. forholder sig til dette spørgsmål og som dermed kan bidrage til identifikationen af kriterierne for afgrænsningen mellem den erhvervsmæssige og den private brug. I det følgende omtales med udgangspunkt i de nævnte typesituationer nogle af disse afgørelser med henblik på en identifikation af relevante afgrænsningskriterier.

Anses en handling ikke for erhvervsmæssig, vil den hverken kunne forbydes efter varemærkeloven eller mfl. § 1. Ønsker man i denne situation at statuere krænkelse, måtte man indtil domænelovens ikrafttræden i 2005 ty til almindelige retsgrundsætninger, som også gjort i flere af de nedennævnte afgørelser. Med domænenavnsloven blev indført en regel om god domænenavnsskik, lovens § 12, stk. 1, der foreskriver, at registranter ikke må registrere og anvende internetdomænenavne i strid med god domænenavnsskik. Hensigten med bestemmelsen er ifølge lovforarbejderne, "… at give klar lovhjemmel til at træffe afgørelser baseret på almindelige rimelighedsovervejelser i stedet for at skulle henvise til ´almindelige retsgrundsætninger´ mv. …", FT 2004-05, L 165, ad § 12, stk. 1. Se tilsvarende bet. 1450/2004 om administration af domænenavne i Danmark, s. 289. Blandt andet af denne grund er idl. § 12 i modsætning til varemærkeloven og mfl. § 1 ikke begrænset til erhvervsmæssig brug. Fra lovens ikrafttræden 1. juli 2005 er hoved-

parten af de ovennævnte typer sager derfor ikke blevet afgjort efter almindelige retsgrundsætninger men efter idl. § 12, stk. 1. Da det er uden betydning for afgørelserne efter idl. § 12, stk. 1, om handlingen er erhvervsmæssig eller ej, er der mindre fokus på dette kriterium i sagerne afgjort efter § 12, og praksis fra før domænelovens ikrafttræden er derfor mere velegnet til at illustrere afgrænsningen af den private overfor den erhvervsmæssige brug. De afgørelser, der omtales i det følgende, er følgelig primært afsagt efter reglerne før domænelovens ikrafttræden.

a. Registrering af et varemærkeforveksleligt domænenavn

Det er blevet drøftet, om en privatpersons registrering af et domænenavn, der er identisk eller forveksleligt med et varemærke, i sig selv udgør en erhvervsmæssig handling, ud fra den betragtning, at registreringen hindrer den erhvervsdrivende i at markedsføre sig under det pågældende domænenavn. Henvisningen til registrering af et domænenavn som en form for "negativ markedsføring", der hindrer varemærkeindehaveren i at anvende det identiske domænenavn, er lagt til grund i Sø- og Handelsrettens skriftlige tilkendegivelse i sag V-90-99 (sagen er omtalt hos *Christian Kragelund m.fl.*, Domænenavne – en juridisk håndbog, 2003, s. 97). I sagen var registranten imidlertid selv erhvervsdrivende, og der var i det konkrete tilfælde næppe tvivl om, at registreringen var en erhvervsmæssig handling. Så vidt ses foreligger ingen afgørelser, hvorefter en privatpersons registrering af et domænenavn, der er identisk eller forveksleligt med et varemærke, i sig selv anses for erhvervsmæssig, udelukkende fordi registreringen hindrer varemærkeindehaveren i at markedsføre sig under domænenavnet. Tværtimod har en række afgørelser slået fast, at registrering *og* brug af domænenavnet ikke i sig selv udgør erhvervsmæssig brug, hvis ikke den tilhørende hjemmeside har kommerciel karakter, jf. straks nedenfor. Så meget desto mere må det gælde, at den blotte registrering ikke kan anses for erhvervsmæssig, alene fordi den hindrer varemærkeindehaveren i at bruge et identisk domænenavn.

En undtagelse må dog formentlig gøres i den situation, hvor registreringen foretages med henblik på videresalg til overpris. I U.2001.697 Ø og senere i U.2004.1561H er det statueret, at denne form for domænenavnspirateri udgør en overtrædelse af god markedsføringsskik efter mfl. § 1. En forudsætning for at anvende mfl. § 1 er, at handlingen har erhvervsmæssig karakter, og retspraksis har således lagt til grund, at det profitformål, som registreringen er båret af, gør registreringen erhvervsmæssig i markedsføringslovens forstand.

Et tilsvarende resultat er klagenævnet for domænenavne nået til i en lang række sager, se f.eks. sag nr. 087 (walmart.dk), 479 (tønderbank.dk), 553 (brørupsparekasse.dk) og 652

(fionia-bank.dk). Efter domænelovens ikrafttræden har klagenævnet afgjort denne type sager efter idl. § 12, stk. 1, se f.eks. sag nr. 1339 (gyldendals.dk).

Dommene statuerer ikke krænkelse af varemærkeloven, hvilket skyldes, at den blotte registrering af et domænenavn ikke er blevet anset for aktiv brug af varemærket, som kræves, før der kan foreligge en varemærkekrænkelse, jf. herom *Frost*, Erhvervsmæssig brug af internetdomæner, Julebog 2005, Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København, s. 159. Den foreliggende praksis har således fastslået, at privatpersoners registrering med videresalg for øje udgør "erhvervsmæssig" brug i markedsføringslovens forstand, hvorimod praksis ikke har forholdt sig til, om registreringen er "erhvervsmæssig" i varemærkelovens forstand, fordi domstolene allerede har afvist at anvende varemærkeloven under henvisning til, at der ikke foreligger aktiv brug af varemærket. Havde domstolene fundet, at registreringen udgjorde en aktiv brug af varemærket, er der dog næppe tvivl om, at det også var blevet lagt til grund, at brugen var "erhvervsmæssig". Praksis fra klagenævnet for domænenavne synes således også at lægge til grund, at begreberne "erhvervsmæssig" er identiske efter varemærkeloven og mfl. § 1.

b. Etablering af en hjemmeside under et domænenavn, hvori et varemærke indgår

En hjemmeside, der etableres under et domænenavn, som indeholder et varemærke, kan som nævnt have karakter af en såkaldt *hadeside*, hvor varemærkeindehaveren eller dennes produkter misrekommanderes. Brug af varemærket, herunder i domænenavnet, på en sådan hadeside bevirker ikke i sig selv, at der foreligger erhvervsmæssig brug. Den ledende afgørelse fra klagenævnet er sag nr. 208 (lorte-seat.dk). I sagen havde indklagede under domænenavnet lorte-seat.dk oprettet en hjemmeside i anledning af indklagedes utilfredshed med den service, som han havde fået efter en reklamation indgivet to år efter købet af en SEAT bil. Klager (den danske importør af SEAT biler) gjorde gældende, at anvendelse af domænenavnet var sket erhvervsmæssigt, bl.a. fordi hjemmesiden indeholdt links til andre hjemmesider, herunder kommercielle hjemmesider, og at brugen derfor udgjorde en krænkelse af vml. § 4 og mfl. §§ 1 og 5 (nuværende § 18). Om dette spørgsmål udtalte klagenævnet: "Hjemmesiden indeholder et referat af indklagedes version af det konkrete sagsforløb og opfordrer samtidig andre utilfredse kunder til at offentliggøre deres historie på hjemmesiden. Der er derudover nogle reklamer til eksempelvis Falck, FDM og visse firmaer fra

eller med tilknytning til bilbranchen. Det er imidlertid udtrykkeligt anført, at indklagede ikke optager reklamer mod betaling, og nævnet har på baggrund af sekretariatets undersøgelser heller ikke grundlag for at antage, at andet skulle være tilfældet. Hjemmesiden fremtræder således efter en samlet vurdering som en forbrugerprotestside uden kommercielle interesser og som en hjemmeside for udveksling af synspunkter mellem forbrugere". Klagenævnet fandt med andre ord ikke, at der forelå kommerciel brug af domænenavnet, blot fordi hjemmesiden indeholdt reklamer med links til kommercielle hjemmesider, når disse reklamer var lagt på hjemmesiden uden nogen form for vederlag. Hermed understreges, at *profitformål* har væsentlig betydning i afgrænsningen af erhvervskriteriet. Klagenævnet fandt heller ikke, at indklagede havde handlet retsstridigt efter almindelige retsgrundsætninger.

Om der i det hele taget foreligger en krænkelse i denne type sager beror på en vanskelig afbalancering mellem hensynet til ytringsfrihed og hensynet til kendetegnsbeskyttelsen. Overordnet synes klagenævnets praksis at være, at hadesider, der er oprettet under et domænenavn, som er identisk med varemærkeindehaverens varemærker, udgør en krænkelse, hvorimod hadesider oprettet under et domænenavn, der indeholder varemærket, men som tydeligt angiver at være en misrekommandering (lorte-seat.dk), ikke udgør en krænkelse. I de sager, hvor hadesiden er blevet etableret under et domænenavn, der er identisk eller forvekslelig med det misrekommanderede varemærke, har klagenævnet således fundet, at domænenavnet har været egnet til at skabe forveksling og forvirring hos kunderne, og at brugen derfor har været illoyal og chikanøs. På denne baggrund har klagenævnet fundet, at brugen har været retsstridig. I tiden forud for domænelovens ikrafttræden blev det nærmere hjemmelsgrundlag ikke anført i afgørelserne, og det må derfor lægges til grund, at hjemlen har været almindelige retsgrundsætninger. Se f.eks. sag nr. 386 (vailant.dk).

I en række andre sager, hvor privatpersoner af andre grunde end med henblik på misrekommandering har etableret en hjemmeside under et domænenavn, der er identisk eller forvekslelig med et varemærke, har klagenævnet forud for domænelovens ikrafttræden ligeledes fundet, at brugen af domænenavnet har været i strid med almindelige retsgrundsætninger.

Se f.eks. sag nr. 118 (pollefrasnave.dk), hvor indklagede havde registreret domænenavnet pollefrasnave.dk og under dette domænenavn havde etableret en privat hjemmeside om computerspillet Counterstrike. Klagenævnet fandt, at indklagede herved snyltede på den medieinteresse for Polle fra Snave-figuren, som klageren havde skabt gennem reklamekampagner mv., og at indklagedes registrering og brug af domænenavnet derfor

var udtryk for en illoyal adfærd, som stred mod almindelige retsgrundsætninger. I sag nr. 225 (teledenmark.dk) havde en privatperson registreret domænenavnet teledenmark.dk og havde under navnet oprettet en hjemmeside uden indhold. Ifølge indklagede var han utilfreds med TDC (det tidligere Tele Danmark) og ønskede med registreringen at få kendskab til trafikken bag domænet, hvilket han forventede ville "være en torn i øjet på TDC". På denne baggrund fandt klagenævnet, at registreringen og brugen af domænenavnet var illoyal og chikanøs og derfor i strid med almindelige retsgrundsætninger.

Klagenævnets henvisning til almindelige retsgrundsætninger må tages som udtryk for, brugen af domænenavnet ikke i sig selv bliver "erhvervsmæssigt", blot fordi brugen må betegnes som illoyal og/eller chikanøs overfor den erhvervsdrivende, herunder at den erhvervsdrivende selv hindres i at registrere det pågældende domænenavn. Hermed bekræfter denne praksis, at en handling ikke er erhvervsmæssig, fordi den har en negativ kommerciel effekt for varemærkeindehaveren.

En forudsætning for at betragte varemærkebrugen som ikke-erhvervsmæssig er dog, at hjemmesiden ikke i øvrigt rummer kommercielle aktiviteter, jf. klagenævnets afgørelse i sag nr. 536 (fuckseoghor.dk), hvor brugen af domænenavnet blev anset for en varemærkekrænkelse, da hjemmesiden ikke kun blev brugt til kritisk omtale af ugebladet Se & Hør men også til salg af artikler med teksten "fuck Se & Hør" og dermed efter klagenævnets opfattelse havde et delvis kommercielt sigte

c. Sammenfatning

På baggrund af den ovenstående praksis kan der udledes følgende konklusioner om afgrænsningen af det varemærkeretlige erhvervskriterium.

Profitformål har væsentlig betydning for vurderingen af, om der foreligger en erhvervsmæssig brug af varemærket. Aktiviteter, der udføres med henblik på at generere en fortjeneste, vil som altovervejende udgangspunkt være erhvervsmæssige i varemærkeretlig forstand. Dette er lagt til grund såvel i vurderingen af, om registreringen som den aktive brug af et varemærkeforveksleligt domænenavn er erhvervsmæssig brug af varemærket. Afgørelserne har kun vurderet, om brugen er erhvervsmæssig i markedsføringslovens forstand, men deres betoning af profitformålet må antages at have tilsvarende vægt på det varemærkeretlige område.

For det andet viser praksis, at det er *handlingen* og ikke *aktøren*, der afgør, om der foreligger erhvervsmæssig brug, forstået således at privatpersoner også kan udføre erhvervsmæssige handlinger. At det er handlingen og ikke aktørens status, der er afgørende, synes også at følge af vml. § 4, stk.

3, der som nævnt opregner en række handlinger, der udgør erhvervsmæssig brug uafhængigt af, hvem der foretager handlingen. Enhver person, der foretager en handling omfattet af vml. § 4, stk. 3, gør derfor som udgangspunkt erhvervsmæssig brug af varemærket, uanset om den pågældende har karakter af privatpersoner, virksomhed, velgørende forening eller andet.

Formentlig tilsvarende for engelsk ret, *Kerly*, Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 2005, s. 364, hvor der med henvisning til EF-Domstolens afgørelse i sag C-206/01 (Arsenal Football Club v Matthew Reed) lægges vægt på, om aktiviteten har karakter af "commercial activity with a view to economic advantage", mens aktørens status ikke nævnes. *Bently & Sherman*, Intellectual Property Law, 2008, s. 911, angiver det dog som usikkert, om offentlige myndigheders brug af et varemærke vil være omfattet af begrebet "course of trade".

At formålet med registreringen er at genere varemærkeindehaveren, bevirker omvendt ikke, at der foreligger erhvervsmæssig brug. Selve den omstændighed, at en handling – tilsigtet eller utilsigtet – har en negativ effekt på en erhvervsdrivende, medfører altså ikke, at handlingen bliver erhvervsmæssig, i samme retning *Wallberg & Prehn*, Domænenavnskonflikter i Danmark – en oversigt, NIR, 2003, s. 101 ff. (s. 114). Dette kan også udtrykkes således, at negativ kommerciel effekt ikke er et relevant afgrænsningskriterium ved vurderingen af, om en handling er erhvervsmæssig.

Bortset fra disse særlige sager om registrering og brug af domænenavne, rummer de varemærkeretlige kilder som nævnt ingen bidrag til fastlæggelsen af relevante afgrænsningskriterier.

4.3. Den patentretlige privatbrugsregel

Det følger af pl. § 1, stk. 1, at patentindehaveren får en eneret til erhvervsmæssig udnyttelse af sin opfindelse og i overensstemmelse hermed af § 3, stk. 3, nr. 1, at eneretten ikke omfatter handlinger, der udføres i ikke-erhvervsmæssigt øjemed.

Forarbejderne til patentloven indeholder kun få bemærkninger om den nærmere afgrænsning af begrebet "erhvervsmæssigt øjemed". Der foreligger heller ingen trykt retspraksis om spørgsmålet.

Det beskedne retskildemateriale kan antageligvis forklares med, at det er de færreste opfindelser, der kan anvendes uden for erhvervssektoren, jf. *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 299. Problemstillingen har derfor inden for patentretten kun begrænset praktisk betydning.

Det ligger dog klart, at en erhvervsvirksomheds udnyttelse af et patent i *profitøjemed* vil udgøre erhvervsmæssig brug. I det hele taget vil der som altovervejende udgangspunkt foreligge erhvervsmæssig brug, når patentet udnyttes med profitøjemed, uanset hvem der forestår udnyttelsen.

Se i samme retning om engelsk ret, *Bently & Sherman*, Intellectual Property Law, 2008, s. 543: "If the infringer was motivated by commercial interests, the defence would not apply. However, if the subjective purposes were non-commercial, the defendant could rely on the immunity. This is the case even if the resulting information has a commercial benefit".

Dette fremgår også forudsætningsvis af betenkning angående nordisk patentlovgivning, 1964, s. 146: "Allt utnyttjande av uppfinningen som sker i vinningssyfte är icke att anse som patentintrång. Om t.ex. en amatör för privat bruk tillverkar en televisionsapparat och sedan försäljer denna, är icke heller försäljningen att betrakta som yrkesmässig. Förfarandet måste emellertid ha karaktären av en tillfällig försäljning – det får icke upprepas på sådant sätt att det blir att anse som en pågående verksamhet, låt vara i liten skala. Skälet för detta undantag är naturligtvis rent praktiska hänsyn". Med disse udtalelser ligger det således klart, at også privatpersoners brug af patentet med profitformål vil være erhvervsmæssig, dog med undtagelse af det enkeltstående og tilfældige salg, tilsvarende *Stenvik*, Patentrett, 2006, s. 302.

Det følger af forarbejderne, at en udnyttelse kan være erhvervsmæssig, uanset om den ikke har et profitformål, jf. FT 1967-68, Tillæg A, sp. 1497: "Udnyttelsen kan være i strid med eneretten, selvom den virksomhed, hvori udnyttelsen sker, ikke er af økonomisk art, men f.eks. statslig eller kommunal forvaltning. Virksomheder, der drives i velgørende eller ideelt øjemed, må ligeledes respektere patentbeskyttelsen". Med denne formulering vil det praktiske udgangspunkt være, at *juridiske personers* udnyttelse af et patent vil udgøre erhvervsmæssig virksomhed.

Det er omvendt fast antaget, at den, der bruger en patenteret opfindelse til egen personlig brug (fritid, hobby og lignende), eller til tilsvarende brug for en snæver familie- og vennekreds, falder ind under privatbrugsreglen, jf. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st. og *Stenvik*, a.st. Som beskrevet ovenfor gælder dette i begrænset omfang, selvom brugen giver den pågældende en økonomisk fortjeneste. Med betoningen af, at der kan ske brug til en snæver familie- og vennekreds, får den *personlige relation* også betydning for afgrænsningen af den patentretlige privatbrugsregel.

4.4. Privatbrugsreglen inden for erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Som beskrevet i afsnit 2 rummer markedsføringslovens regler om erhvervshemmelighedsbeskyttelse også en privatbrugsregel, idet mfl. § 19, stk. 2, ikke finder anvendelse på ikke-erhvervsmæssige handlinger, ligesom hæleribestemmelsen i § 19, stk. 5, kun gælder for "erhvervsdrivende".

Afgrænsningen af erhvervsmæssige overfor ikke-erhvervsmæssige aktiviteter efter § 19, stk. 2 og 5, skal foretages i overensstemmelse med afgrænsningen af begreberne "privat erhvervsvirksomhed" og "offentlig virksomhed i det omfang, der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet" i mfl. § 2. Det gælder generelt, at de bestemmelser i markedsføringsloven, der afgrænses ved brug af begreber som "erhvervsdrivende" og "erhvervsmæssig", skal forstås i overensstemmelse med den sprogligt bredere formulering i § 2, jf. forarbejderne til 1974-loven, FT 1973-74, Tillæg A, sp. 2256. Når dette er sagt, er der grund til at erindre, at afgrænsningen af begrebet "erhvervsvirksomhed" i § 2 tager sigte på en lang række andre situationer i markedsføringsloven end beskyttelse af erhvervshemmeligheder; situationer der varetager andre formål, herunder forbrugerbeskyttelse. Når lovgiver har valgt at anvende erhvervsbegrebet i mfl. § 19 med bevidsthed om, at begrebet skal forstås i overensstemmelse med lovens øvrige anvendelse af det, må dette dog må være udgangspunktet for en retsdogmatisk analyse.

Afgørende bliver herefter hvilke kriterier, der afgrænser begreberne "privat erhvervsvirksomhed" og "offentlig virksomhed i det omfang, der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet" i mfl. § 2. På baggrund af lovforarbejderne og retspraksis identificeres i det følgende en række centrale kriterier.

a. Aktør eller aktivitet?

Sprogligt kan ordet "virksomhed" både referere til den juridiske enhed, som forestår den erhvervsmæssige virksomhed og til selve den handling, der består i at drive virksomhed. Hermed rejses spørgsmålet, om det er aktørens status eller aktivitetens karakter, der er afgørende for reglens afgrænsning. Med den formulering der er valgt i mfl. § 2, forekommer ordet "virksomhed" at være anvendt i sidstnævnte betydning, hvilket bl.a. kan ses af, at bestemmelsen taler om "privat erhvervsvirksomhed" og ikke "private erhvervsvirksomheder", se i samme retning, *Borcher & Bøggild*, Markedsføringsloven, 2006, s. 180.

Ikke desto mindre fokuseres ofte på både aktiviteten og aktøren. Dette kan føres tilbage til 1974-lovens forarbejder. I bet. 416/1966, s. 21, anførtes

eksempelvis, at også sammenslutninger af erhvervsdrivende var omfattet af generalklausulen, s. 21. Det tilføjes dog i forlængelse heraf, at organisationens ansvar efter generalklausulen er begrænset til forhold, hvor organisationen varetager medlemmernes mere konkrete erhvervsinteresser i forhold til andre brancher eller enkelte erhvervsdrivende, hvorimod organisationens deltagelse i den almindelige erhvervspolitiske debat ikke kan betragtes som handlinger omfattet af generalklausulen. Betænkningen fokuserer således på organisationen som *aktør* men foretager dog den juridiske sondring på baggrund af de konkrete *aktiviteter*. Et aktørfokus kan ligeledes findes i bet. 681/1973, s. 17, hvor det anføres, at forpligtede ifølge generalklausulen ikke kun er erhvervsdrivende i traditionel forstand men også andels- og forbrugsforeninger og koncessionerede virksomheder og lignende.

Også § 2 i den nuværende 2005-mfl. rummer denne sondring, når den skelner mellem privat erhvervsvirksomhed og offentlig virksomhed. Med lovbemærkningerne til 2005-mfl. er der dog ikke tvivl om, at det afgørende er aktiviteten. Dette forudsættes således i bemærkningerne, at f.eks. almennyttige foreningers aktiviteter vil være omfattet, hvis de har erhvervsmæssig karakter og mere generelt, at loven finder anvendelse på alle, som udbyder varer eller tjenesteydelser på markedet.

Dette er også i overensstemmelse med den hidtidige praksis. Der foreligger således en række domme, hvor domstolene har forudsat markedsføringsloven anvendt, uagtet aktøren ikke kunne betegnes som erhvervsdrivende i traditionel forstand, se f.eks. U.1997.4SH (forening af kunstnerbureauer), U.1997.644Ø (privatskole), U.1985.770H (Dansk Erhvervsgartnerforening) og U.1982.761H (FDM).

Se dog dissensen i Højesterets dom i U.1985.770H, hvor et mindretal på to af de fem dommere afviste, at Dansk Erhvervsgartnerforening var erhvervsdrivende i markedsføringslovens forstand. Ud over en vurdering af den konkrete aktivitet begrundede mindretallet sin afgørelse med en henvisning til foreningens *formål*.

Spørgsmålet bliver herefter, hvornår en aktivitet må anses for erhvervsmæssig i lovens forstand.

b. Profitformål

Uagtet det specifikt er angivet, at det ikke i sig selv er afgørende, om aktiviteten har til formål at generere et overskud, står *profitformål* centralt i forståelsen af erhvervsbegrebet. Når det i bet. 416/1966 blev fremhævet, at gevinstøjemed ikke i sig selv var afgørende, var det for at præcisere, at også f.eks. andelsforeninger og offentligt drevne virksomheder, der kan side-

stilles med privat erhvervsvirksomhed, vil være omfattet, uanset om det ikke måtte være sigtet med disse virksomheder at opnå et overskud. Der er omvendt ikke tvivl om, at aktiviteter, som har profitformål for øje, som altovervejende udgangspunkt vil være erhvervsmæssige som også forudsat i de ovennævnte lovforarbejder.

Dette gælder, uanset om indtjeningen genereres direkte af den pågældende aktivitet eller indirekte ved salg af andre produkter og ydelser. Er der gratis adgang til en koncert, hvor arrangøren sigter mod et samlet overskud på indtægter fra ølsalg o.lign., vil koncerten fortsat have profitformål for øje. Dette gælder tilsvarende, hvor brugerne har gratis adgang til en internetside, som genererer indtjening på bannerannoncesalg, jf. klagenævnet for domænenavnes praksis herom beskrevet i afsnit 4.2 ovenfor.

c. Erhvervsmæssig aktivitet uden profitformål – konkurrencerelationen

Tilbage står spørgsmålet, hvornår en aktivitet uden profitøjemed vil være erhvervsmæssig. Det afgørende synes at være, om aktører, der ikke er drevet af profitformål, udfører aktiviteter, der kan sidestilles med kommercielle aktørers aktiviteter. Hermed rettes fokus mod afsætning af varer og tjenesteydelser, som sædvanligvis vil være formålet med kommercielle aktiviteter, jf. herved også ordlyden af mfl. § 2 i relation til offentlige virksomheders aktiviteter. Kriteriet er dog ikke tilstrækkeligt præciseret til nærmere at kunne afgrænse den erhvervsmæssige brug. Begrebet "tjenesteydelser" er et residualbegreb til "varer", og enhver aktivitet vil derfor i princippet kunne falde ind under kriteriet. Der er derfor behov for en yderligere afgrænsning af kriteriet.

Denne yderligere afgrænsning kan tage udgangspunkt i en eventuel *konkurrencerelation* mellem den offentlige myndighed, velgørende forening mv., som udfører aktiviteten og en potentiel erhvervsdrivende, jf. bet. 681/1973, s. 17: "Under hensyn til, at det ville være urimeligt om det offentlige, når det deltager i markedsføringen af varer og fast ejendom og arbejds- og tjenesteydelser, skulle kunne sætte sig ud over regler for markedsføringen, som pålægges det private erhvervsliv, er det fundet rigtigst, at der klart og direkte i lovteksten finder en ligestilling sted mellem privat og offentlig erhvervsvirksomhed". Med andre ord: Hvis den offentlige virksomhed, velgørende forening mv. udbyder varer eller tjenesteydelser, som også udbydes af kommercielle aktører, vil aktiviteten som udgangspunkt være erhvervsmæssig. Det ville forekomme urimeligt, om offentlige virksomheder skulle være undergivet lempeligere krav end dem, der gjaldt for konkurrerende private virksomheder og dermed ad lovgivningsvejen skulle være sikret en konkurrencefordel. Se også *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 183:

"Hvor ydelsen tilbydes mod betaling, og i hvert fald hvor det sker i konkurrence med andre udbydere af tilsvarende ydelser, må der foreligge en klar formodning for, at ydelsen er omfattet af MFL". Tankegangen er ligeledes lagt til grund i utrykt dom fra Sø- og Handelsretten af 20. februar 2001 (V-0042-99) omtalt hos *Palle Bo Madsen*, a.st., s. 19.

I sagen fandt Sø- og Handelsretten, at Red Barnets markedsføringskampagner var omfattet af markedsføringslovens regler. I dommen blev lagt vægt på, at markedet var præget af konkurrence både fra andre almennyttige organisationer og fra private erhvervsvirksomheder.

Det er dog ikke i sig selv en forudsætning, at aktiviteten etableres i konkurrence med en kommerciel udbyder. Det fremgår udtrykkeligt af bemærkningerne til 2005-mfl., at aktiviteterne kan være "erhvervsmæssige", selvom en hel- eller halvejet offentlig virksomhed har monopol på et givent område, og der derfor ikke eksisterer en aktuel konkurrencesituation. Se bemærkningerne til § 2: "Det afgørende kriterium for hvornår offentlig virksomhed bliver omfattet af markedsføringsloven, vil herefter blive, at udbudet af varer eller tjenesteydelser sker på et marked/markedslignende vilkår, og ikke nødvendigvis om udbudet sker i konkurrence med offentlige institutioner og private virksomheder. Med den foreslåede bestemmelse medtages også udbud af service- og velfærdsydelser i de tilfælde, hvor der kun findes offentlige udbydere, såfremt udbudet i øvrigt sker på markedsvilkår. Det sker, fordi det er uden betydning for modtageren af ydelsen, om leverandøren af en ydelse er en privat virksomhed eller en offentlig institution". Det kriterium, der bliver afgørende ifølge bemærkningerne, "marked/markedslignende vilkår", er ikke nærmere defineret. Afgørende er formentlig, om der består en *potentiel* konkurrencesituation mellem den offentlige virksomhed og private aktører. Hvis den offentlige virksomheds aktiviteter har en sådan karakter, at det ville være naturligt om de (også) blev udbudt af kommercielle aktører, er det uden betydning, om private virksomheder rent faktisk ikke udbyder de pågældende aktiviteter, f.eks. fordi der består et lovreguleret monopol, eller fordi private virksomheder ikke på nuværende tidspunkt har ønsket at investere i det pågældende område. Hvis der derimod er tale om aktiviteter, som ikke naturligt udbydes af private virksomheder, vil der normalt ikke bestå en potentiel konkurrencesituation, og aktiviteten vil som udgangspunkt ikke være erhvervsmæssig i lovens forstand. Lovbemærkningerne om den potentielle konkurrencesituation knytter sig til offentlige virksomheder men må antages at gælde, både hvor den potentielt konkurrenceskabende aktivitet udføres af offentlige

myndigheder, velgørende foreninger og andre ikke-kommercielle aktører. Hensynene er de samme uanset, hvilken ikke-kommerciel aktør der udfører aktiviteten. Den potentielle konkurrencerelation bliver således et centralt kriterium i den markedsføringsretlige afgrænsning af erhvervsmæssig brug.

Der kan trækkes klare paralleller til afgrænsningen i E-handelsloven. Loven tager sigte på tjenester, der har et kommercielt sigte og leveres online på individuel anmodning (informationssamfundstjenester), jf. § 2, nr. 1. Begrebet "kommercielt sigte" skal forstås i overensstemmelse med EU-Traktatens art. 50, der anvender begrebet "normalt leveres mod betaling". EF-Domstolen har fortolket begrebet bredt, således at det omfatter alle aktiviteter af økonomisk art, uanset om der ikke sker betaling i den konkrete situation, og uanset om tjenesteyderen ikke sædvanligvis vil blive betegnet som kommerciel, jf. bemærkningerne til lovforslaget, afsnit C.2.1. Det afgørende bliver derfor, om tjenester af den pågældende art almindeligvis bliver leveret mod betaling, og ikke om tjenesten i det konkrete tilfælde gør det, jf. *Jacob Plesner Mathiesen m.fl.*, E-handelsloven med kommentarer, 2004, s. 27.

Det vil bero på en konkret vurdering, om der består en konkurrencerelation, dvs. om der aktuelt eller potentielt udbydes konkurrerende ydelser på kommercielle vilkår.

Dette vil ikke være tilfældet for den egentlige myndighedsudøvelse, hvor myndigheden f.eks. fastlægger regler eller træffer afgørelser, der er bindende for borgerne. Selvom privat voldgift eksempelvis er et alternativ til den almindelige domstolsprocedure, vil domstolenes tvistløsning ikke være erhvervsmæssig i markedsføringslovens forstand.

I mange tilfælde vil vurderingen kunne foretages med et kig ud på markedet og en konstatering af, at der udbydes tilsvarende ydelser på kommerciel basis. I andre tilfælde vil vurderingen være vanskeligere. I disse situationer må andre kriterier bidrage til en yderligere afgrænsning.

4.5. Den persondataretlige privatbrugsregel

Privatbrugsreglen i pdl. § 2, stk. 3, rummer to kriterier, som begge skal være opfyldt, for at reglen finder anvendelse. For det første gælder reglen kun for "fysiske personer" og for det andet skal aktiviteten være af "rent privat karakter" for at være omfattet.

Det skal erindres, at selvom privatbrugsreglen ikke finder anvendelse, kan databehandlingen stadig være lovlig efter persondatalovens øvrige regler.

Begrænsningen til fysiske personer medfører, at selskaber og andre juridiske personer ikke kan påberåbe sig reglen, uanset om deres behandling af

persondata i øvrigt ville være omfattet. Dette medfører endvidere, at den databehandling som f.eks. politiske partier, velgørende organisationer og andre foreninger foretager, ikke vil være omfattet af privatbrugsreglen. Der vil i nogle tilfælde være en glidende overgang mellem de situationer, hvor databehandlingen udføres af en organisation, og de situationer hvor behandlingen udføres af de enkelte medlemmer. Hverken retspraksis eller lovforarbejderne angiver nærmere kriterier for, hvordan denne afgrænsning skal foretages.

Det må på tilsvarende vis betegnes som forholdsvis uafklaret, hvad der ligger i begrebet "aktiviteter af rent privat karakter". Bestemmelsen implementerer som nævnt direktivets art. 3, stk. 2, 2. pind, der anvender begrebet "rent personlige eller familiemæssige aktiviteter". I direktivets præambel 12 nævnes som eksempler herpå korrespondance og føring af en adressefortegnelse. Begrebet i persondataloven må forstås i overensstemmelse hermed, og der er ikke tvivl om, at den persondataretlige privatbrugsregel har et snævert anvendelsesområde.

Om anvendelsesområdet anføres i bemærkningerne til lovforslaget (FT 1999-00, L 147, ad § 2, stk. 3): "Også det at føre en elektronisk dagbog samt forskellige behandlinger i forbindelse med sædvanlige fritidsaktiviteter vil falde ind under bestemmelsen. Det samme gælder, hvis en privatperson anvender sit tekstbehandlingssystem i forbindelse med, at den pågældende retter henvendelse til en offentlig myndighed om en sag, som vedrører den pågældende selv eller dennes familie … Udtrykket ´rent privat karakter´ dækker således over forskellige typer af behandlinger, som privatpersoner foretager i forbindelse med udøvelse af personlige eller familiemæssige aktiviteter. Der skal være tale om sædvanlige og legitime private aktiviteter, således at bestemmelsen ikke anvendes til at omgå reglerne for lovlig behandling".

Herudover indeholder lovforarbejderne og direktivets bemærkninger kun få bidrag til den nærmere afgrænsning af begrebet. Der kan på dette sted formentlig kun peges på to kriterier, som har betydning for afgrænsningen.

For det første spiller *formålet* med behandlingen en rolle, således også *Schartum & Bygrave*, Personvern i informasjonssamfunnet, 2004, s. 126. Er formålet med behandlingen i kerneområdet for personlige- og familiemæssige aktiviteter, som f.eks. udveksling af personoplysninger til andre familiemedlemmer inden for hjemmets fire vægge eller elektroniske adresssekartoteker over venner og bekendte, finder privatbrugsreglen anvendelse. Har behandlingen omvendt et erhvervsmæssigt formål, er det fast antaget, at reglen ikke kan finde anvendelse, jf. lovbemærkningerne til bestemmelsen, a.st. Tilbage står mellemsituationerne, hvor formålet med behandlingen f.eks. er politisk eller velgørende. Med det snævre anvendelsesområde af

privatbrugsreglen, som forarbejderne lægger op til, må udgangspunktet være, at denne form for behandlinger ikke vil være omfattet af bestemmelsen, tilsvarende om behandling i politisk øjemed, *Korfits Nielsen & Waaben*, Lov om behandling af personoplysninger, 2008, s. 79.

Tilsvarende efter engelsk ret, *Jay & Hamilton*, Data Protection, 1999, s. 256 f.

Der foreligger ingen dansk retspraksis eller afgørelser fra Datatilsynet, der nærmere kan belyse afgrænsningen. Derimod foreligger en afgørelse fra EF-Domstolen, hvor et frivilligt medlem af et sogneråd havde lagt oplysninger om sig selv og andre frivillige sognerådsmedlemmer ud på en hjemmeside, bl.a. til brug for konfirmander. Domstolen fandt ikke, at denne behandling havde karakter af rent personlige- og familiemæssige aktiviteter. Dommen er omtalt straks nedenfor.

For det andet må *antallet af modtagere* inddrages i vurderingen. Dette følger af EF-Domstolens dom i sag C-101/01 (*Lindqvist*), hvor en borger havde udlagt personoplysninger om et antal kolleger på en privat hjemmeside og bl.a. gjorde gældende, at dette udgjorde en handling af rent privat karakter. Herom udtaler EF-Domstolen (betragtning 47): "Denne undtagelse [privatbrugsreglen] skal derfor fortolkes således, at den udelukkende vedrører de aktiviteter, der indgår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv, hvilket åbenbart ikke er tilfældet med hensyn til behandling af personoplysninger, som består i, at de offentliggøres på internettet, hvorved disse oplysninger bliver tilgængelige for et ubestemt antal personer".

Dommen vedrørte en præjudiciel forelæggelse fra en svensk domstol under en straffesag rejst efter den svenske lovgivning om beskyttelse af personoplysninger mod Bodil Lindqvist, der på sin internethjemmeside havde offentliggjort personoplysninger om en række personer, der, ligesom hun, arbejdede som frivillige i en sognekirke i Sverige. Som led i sit frivillige arbejde arbejdede hun med forberedelse af konfirmander. Hjemmesiden, som Lindqvist oprettede hjemme hos sig selv og på sin egen computer, indeholdt oplysninger om hende selv og 18 af hendes frivillige kolleger, herunder deres navne, og var bl.a. tænkt som en praktisk hjælp til konfirmander. Hjemmesiden beskrev endvidere kollegernes arbejdsopgaver og fritidsvaner i en let humoristisk sprogbrug. I flere tilfælde var også familieforhold, telefonnummer og andre oplysninger anført. Om en kvindelig kollega oplyste hjemmesiden endvidere, at hun havde beskadiget foden og var delvis sygemeldt. Lindqvist havde ikke oplyst kollegerne om hjemmesiden. Da hun blev bekendt med, at nogle af hendes kolleger ikke brød sig om at optræde på hjemmesiden, fjernede hun straks siden. På trods af dette rejste den svenske anklagemyndighed tiltale mod hende for overtrædelse af den svenske personoplysningslov. Den svenske hovrätt valgte at forelægge en række præjudicielle spørgsmål til EF-Domstolen, herunder følgende spørgsmål: "Kan det forhold, at der lægges oplysninger af den omtalte art

om kolleger ud på en privat hjemmeside, som er tilgængelig for alle, der kender hjemmesidens adresse, anses for at falde uden for anvendelsesområdet for direktiv [95/46] på grund af en af undtagelserne i artikel 3, stk. 2?"

Med sin udtalelse slår EF-Domstolen fast, at antallet af personer som oplysningerne gøres tilgængelige for *i sig selv* bevirker, at der ikke foreligger aktiviteter af rent privat karakter. Antallet af potentielle modtagere bliver derfor et selvstændigt kriterium ved siden af formålet med behandlingen. Hermed kan den fortolkning, der er lagt til grund i de danske lovbemærkninger, ikke opretholdes. I bemærkningerne til § 2, stk. 3, er anført følgende om antallet af modtagere og offentliggørelse af personoplysninger på internettet: "Det kan endvidere nævnes, at den omstændighed, at en privatperson – f.eks. gennem Internettet – giver et ubegrænset eller stort antal personer adgang til personoplysninger, ikke i sig selv vil være afgørende for, om behandlingen vil være omfattet af lovforslagets anvendelsesområde. F.eks. må det antages, at deltagelse i debatter på Internettet om sportsfolks præstationer mv. vil kunne være udtryk for aktiviteter af ´rent privat karakter´". De danske lovbemærkninger lagde med andre ord op til, at antallet af modtagere ikke i sig selv skulle tillægges vægt som kriterium for, om en databehandling har "rent privat karakter". Med EF-Domstolens modsatte og meget klare afgørelse i Lindqvist-sagen, vil antallet af modtagere imidlertid også skulle tillægges vægt som selvstændigt kriterium ved fortolkning af den danske lovs privatbrugsregel. Se tilsvarende om forholdet mellem dommen og de danske forarbejder *Blume*, Databeskyttelsesrettens harmonisering, U.2004B.45 ff. (s. 49) og *Charlotte Bagger Tranberg*, Nødvendig behandling af personoplysninger, 2007, s. 275.

I overensstemmelse med lovbemærkningerne til den danske lov, anføres i bemærkningerne til den norske persondatalov, at også private hjemmesider omfattes af privatbrugsreglen, jf. Ot prp nr. 92, 1998-99, s. 105. På denne baggrund har det norske datatilsyn truffet afgørelse om, at en hjemmeside, der offentliggjorde navne af kendte personer, som havde begået lovovertrædelser, ikke krænkede de pågældende rettigheder, fordi den var omfattet af den persondataretlige privatbrugsregel. Som anført af *Schartum & Bygrave*, Personvern i informasjonssamfunnet, 2004, s. 127, og i overensstemmelse med den opfattelse der er givet udtryk for ovenfor, vil denne retstilstand ikke være i overensstemmelse med bestemmelsens indhold i persondatadirektivet. Det norske datatilsyn har også efterfølgende ændret sin praksis, jf. *Bing*, Ansvar for ytringer på nett, 2008, s. 179.

Antallet af potentielle modtagere supplerer hermed formålskriteriet ved afgrænsningen af den persondataretlige privatbrugsregel.

EF-Domstolens afgørelse er ganske klar, når den entydigt slår fast, at offentliggørelse af personoplysninger via en offentligt tilgængelig hjemmeside på internettet, aldrig vil kunne være omfattet af den persondataretlige privatbrugsregel. Dommen rejser dog også nye spørgsmål, som den ikke forholder sig til. Med antallet af modtagere som selvstændigt kriterium for afgrænsningen af privatbrugsreglen, rejses spørgsmålet, hvor mange modtagere der skal have adgang til oplysningerne, for at antallet i sig selv medfører, at der ikke foreligger en handling af rent privat karakter. Det må i den forbindelse overvejes, om der skal sondres mellem teknisk og faktisk adgang. Når en oplysning lægges ud på en offentligt tilgængelig hjemmeside vil alle, der har adgang til internettet, i princippet have teknisk adgang til oplysningen. I praksis kan adgangen dog være begrænset på forskellig vis. Det anvendte sprog vil eksempelvis medføre en faktisk begrænsning. Endvidere forudsætter adgang til oplysningen kendskab til hjemmesideadressen, eller at det umiddelbart ved hjælp af en søgemaskine som Google er muligt at finde frem til oplysningerne. Hvornår der er "adgang" til en oplysning er med andre ord ikke entydigt. Hertil kommer, at adgangen også kan være begrænset i teknisk henseende. Forudsætter adgang til hjemmesiden f.eks. indtastning af et password, kan man næppe sige, at oplysningerne er offentligt tilgængelige. Endvidere kan oplysningerne f.eks. ligge på en FTP-server uden at være tilgængelige via en hjemmeside.

4.6. Sammenfatning

De ovenstående analyser har vist, at det er muligt at identificere nogle afgrænsningskriterier for alle de omhandlede privatbrugsregler. Nogle af kriterierne går igen for flere af privatbrugsreglerne. Hverken ved udformningen af privatbrugsreglerne eller ved den efterfølgende fortolkning, er der imidlertid anvendt en tværgående tilgangsvinkel. Når bortses fra overvejelserne om sammenhænge mellem de ophavsretlige privatbrugsregler og de enkeltstående bemærkninger i forarbejderne til patentlovgivningen om sammenhængen mellem erhvervskriteriet inden for patentretten og varemærkeretten, har de enkelte informationsretlige discipliner ikke søgt inspiration i privatbrugsreglerne fra andre områder. Hverken i lovforarbejder, retspraksis eller teori er sådanne sammenhænge fremhævet.

5. En horisontal analyse af privatbrugsreglerne

På baggrund af de afgrænsningskriterier, der er identificeret i de ovenstående undersøgelser af de enkelte privatbrugsregler, gennemføres i dette afsnit en horisontal analyse af privatbrugsreglerne.

Analysens første del er en horisontal analyse af privatbrugsreglernes afgrænsningskriterier, hvor det dokumenteres, at de ovenfor identificerede afgrænsningskriterier, har relevans på tværs af de enkelte privatbrugsregler og

hermed, at disse afgrænsningskriterier får karakter af informationsretlige grundsætninger. Denne analyse foretages i afsnit 5.1.

I afsnit 5.2 sammenfattes de informationsretlige grundsætninger, der følger af de horisontale analyser i afsnit 5.1.

Herefter sammenholdes i afsnit 5.3 analysernes resultater med de hensyn, der er identificeret i afsnit 3. I dette afsnit dokumenteres, at der er en tæt sammenhæng mellem eksistensen af de informationsretlige grundsætninger og sammenfald af de hensyn, der ligger bag de enkelte regler.

I afsnit 5.4 gives eksempler på grundsætningernes praktiske anvendelighed. Først vises, at det med de informationsretlige grundsætninger er muligt at fastlægge retstilstanden på de to områder, hvor de vertikale retskilder ikke gav noget svar, de ideelle ophavsrettigheder og retten til eget billede. Dernæst gives eksempler på uhensigtsmæssigheder i retstilstanden, der kan føres tilbage til en manglende anvendelse af de informationsretlige grundsætninger og de grundlæggende informationsretlige principper, som grundsætningerne er udtryk for.

I afsnit 5.5 opstilles med udgangspunkt i de identificerede grundsætninger en fælles informationsretlig privatbrugsmodel.

5.1. En horisontal analyse af privatbrugsreglernes afgrænsningskriterier

Gennemgangen af privatbrugsreglerne i afsnit 4 ovenfor viste, at den private brug særligt afgrænses overfor brug i den offentlige sfære (i det følgende benævnt offentlighedskriteriet) og overfor den erhvervsmæssige brug (i det følgende benævnt erhvervskriteriet). Herudover afskar nogle af privatbrugsreglerne eksplicit juridiske personers informationsbehandling fra privatbrugsområdet. Også sondringen mellem juridiske og fysiske personer er således relevant.

Gennemgangen viste endvidere, at offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet afgrænses af en række nærmere afgrænsningskriterier. Når det skal vurderes, om privatbrugsreglernes afgrænsningskriterier er sammenfaldende på tværs af de enkelte discipliner, falder det naturligt først på mere generelt plan at vurdere, om de to overordnede kriterier, erhvervskriteriet og offentlighedskriteriet kan genfindes inden for alle privatbrugsreglerne. Kan begge kriterier spores inden for de forskellige privatbrugsregler, vil der være belæg for mere indgående at undersøge, om også de nærmere afgrænsningskriterier har relevans på tværs af de enkelte discipliner. Den overordnede vurdering foretages straks nedenfor i afsnit 5.1.1, hvor det

konkluderes, at såvel erhvervskriteriet som offentlighedskriteriet kan spores inden for alle privatbrugsreglerne.

Med den erkendelse bliver næste spørgsmål, om de nærmere afgrænsningskriterier også har relevans på tværs af de enkelte discipliner. Denne analyse foretages i afsnit 5.1.2, hvor det dokumenteres, at afgrænsningskriterierne har relevans for alle privatbrugsreglerne.

Når en privatbrugsregel afgrænses af et samspil mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, opstår spørgsmålet, hvad der gælder, hvis de to kriterier og de underliggende afgrænsningskriterier peger i hver sin retning. Består der eksempelvis privat brug, hvis information udnyttes inden for en snæver privatsfære men med et profitformål? I afsnit 5.1.3 behandles spørgsmålet om den indbyrdes vægtning af afgrænsningskriterierne, herunder om denne vægtning er sammenfaldende på tværs af disciplinerne. Afsnittet påviser, at dette i vidt omfang men ikke fuldstændigt er tilfældet.

5.1.1. Offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet inden for de enkelte discipliner

5.1.1.1. Ophavsret

Den ophavsretlige *tilgængeliggørelsesret* afgrænses efter sin ordlyd i det væsentlige af offentlighedskriteriet. Erhvervskriteriet indgår dog i selve lovreguleringen, idet offentlig fremførelse efter ohl. § 2, stk. 4, nr. 2, også omfatter fremførelse i en erhvervsvirksomhed, der finder sted for en større kreds, som ellers måtte anses for ikke-offentlig. Også uden for denne særregel har der vist sig et behov for erhvervskriteriet i behandlingen af den ophavsretlige fremførelsesret. I grænsetilfælde vil det være et væsentligt kriterium, om anvendelsen har et erhvervsmæssigt formål, jf. nærmere afsnit 4.1.1 ovenfor. Hermed har erhvervskriteriet indirekte fået en central placering i tilgængeliggørelsesretten. Formelt udgør erhvervskriteriet i denne henseende kun et fortolkningsbidrag til vurdering af, om der foreligger offentlig brug. Som nærmere beskrevet ovenfor udgør erhvervskriteriet reelt et sideordnet kriterium. Både offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet har derfor relevans ved afgrænsningen af den private brug inden for tilgængeliggørelsesretten.

At dette også gælder i en EU-retlig kontekst illustreres af EF-Domstolens afgørelse af 7. december 2006 i sag C-306/05 (SGAE mod Rafael Hoteles SA). I denne sag fandt Domstolen, at et hotels visning af tv-signaler via tv-apparater på de enkelte hotelværelser uagtet hotelværelsers private karakter udgjorde en overføring til almenheden i henhold til infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Domstolen lagde bl.a. et erhvervskriterium til grund

for sin afgørelse, jf. dommens betragtning 44: "Det fremgår endvidere af oplysningerne i de for Domstolen fremlagte retsakter, at hotellets medvirken til at give gæsterne adgang til det radio- eller tv-udsendte værk skal betragtes som en supplerende tjenesteydelse iværksat med det formål at opnå et vist udbytte heraf. Det kan således ikke seriøst anfægtes, at denne ydelse har en betydning for hotellets klasse og dermed for værelsernes pris. Selv hvis det antages, som Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber gør gældende, at det ikke er en nødvendig betingelse for, at der foreligger overføring til almenheden, at et økonomisk udbytte er målet, er det under alle omstændigheder fastslået, at overføringen sker i vindingsøjemed under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder".

Samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet synes også erkendt i engelsk ret. *Bently & Sherman* påpeger, at engelske domstole har udviklet tre forskellige tests til vurderingen af, om en tilgængeliggørelse er offentlig. Efter den første test vurderes det personlige forhold mellem tilhørerne, idet der sondres mellem tilhørere, "who share a private or domestic link", og de der ikke gør, "which have no other unifying theme other than the desire to see the performance". Efter den anden test vurderes hvilket personligt forhold, der er mellem rettighedshaveren og tilhørerne. Begge disse tests knytter sig således til offentlighedskriteriet. Efter den tredje test lægges derimod vægt på erhvervskriteriet ("… effectively ignores the public or private nature of the performance and focuses, instead, on whether the performance is motivated by financial considerations"), Bently & Sherman, Intellectual Property Law, 2004, s. 141 ff. Heller ikke i engelsk ret synes det nærmere forhold mellem disse kriterier afklaret: "The relationship between the three tests has yet to be resolved. Indeed, the courts have rarely acknowledged that the tests applied vary of are incompatible. While doubts have been raised over the test of the ´copyright-owner's public´, it seems that this is an area that warrants closer attention", Bently & Sherman, 2001, s. 136. I anden udgaven (2004, s. 142) er dog slået fast, at fremførelse for den brede offentlighed aldrig er privat brug, og at samspillet navnlig får betydning I grænsetilfælde. Som eksempel herpå nævnes musikafspilning i en lille familievirksomhed. Hermed minder den engelske retstilstand om den danske.

Den ophavsretlige *privatkopieringsregel* i ohl. § 12 er baseret på begreberne "privat brug" og "erhvervsøjemed", jf. bestemmelsens stk. 1: "… enhver fremstille eller lade fremstille enkelte eksemplarer til sin private brug, såfremt det ikke sker i erhvervsøjemed". Det må således først vurderes, om der foreligger "privat brug" i reglens forstand, dernæst om den private brug i givet fald er "erhvervsmæssig". Mens det således er åbenbart, at reglen er baseret på et erhvervskriterium, kan det ikke af ordlyden udledes, om offentlighedskriteriet har relevans. Det følger imidlertid af lovbemærkningerne til § 12, at vurderingen skal tage udgangspunkt i det personlige bånd mellem overdrager og modtager af kopien, jf. nærmere afsnit 4.1.1. ovenfor, og netop det personlige bånd er det centrale kriterium i offentlighedskriteriet. Hermed er også privatkopieringsreglen i § 12 baseret på et offentlighedskriterium.

Det kan herefter konkluderes, at både offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet har relevans for afgrænsningen af de ophavsretlige privatbrugsregler.

5.1.1.2. De industrielle eneretsdiscipliner

Privatbrugsreglen i de industrielle eneretsdiscipliner, varemærkeretten, patentretten og erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, beror for alle tre disciplíners vedkommende efter de respektive bestemmelsers ordlyd udelukkende på erhvervskriteriet. Den nærmere gennemgang af den patentretlige privatbrugsregels afgrænsning viste dog, at selv en salgssituation undtagelsesvist kan være omfattet af den private brug, når salget foretages af en privatperson og har karakter af et tilfældigt og enkeltstående salg. Endvidere er det fast antaget i patentretten, at en udnyttelse af patentet inden for den nære privatsfære er tilladt under privatbrugsreglen, jf. afsnit 4.3. Hermed lægges der vægt på personkredsens indbyrdes relationer og omfang og dermed de kriterier, som afgrænser offentlighedskriteriet. Tilsvarende er det antaget, at der ikke foreligger erhvervsvirksomhed efter markedsføringsloven, når en privatperson foretager et privatsalg. Offentlighedskriteriet synes således også at spille en rolle for afgrænsningen af privatbrugsreglerne inden for de industrielle eneretsdiscipliner.

5.1.1.3. Persondataretten

Privatbrugsreglen i persondataretten er hverken baseret eksplicit på offentlighedskriteriet eller erhvervskriteriet. Reglen tager, som ohl. § 12, udgangspunkt i det brede begreb "privat brug" men angiver ikke, hvad dette skal sættes overfor. Reglen er dog efter sin ordlyd afgrænset til fysiske personers brug, og som nævnt ovenfor er det fast antaget, at reglen ikke finder anvendelse, når behandlingen har et erhvervsmæssigt formål. Indirekte beror privatbrugsreglen i persondataretten derfor også på erhvervskriteriet. Som nævnt har EF-Domstolen i Lindqvist-sagen lagt vægt på antallet af modtagere, der som beskrevet spiller en centrale rolle i offentlighedskriteriet, hvor det både kan være et selvstændigt element og et element i vurderingen af den personlige relation mellem parterne. På dette overordnede plan synes således også offentlighedskriteriet at have en relevans for den persondataretlige privatbrugsregel.

5.1.1.4. Sammenfatning

Den ovenstående meget overordnede sammenfatning af resultaterne fra de vertikale analyser i afsnit 4 viser, at anvendelsen af såvel offentlighedskrite-

riet som erhvervskriteriet kan spores inden for alle type af privatbrugsregler: de ophavsretlige, persondataretlige og inden for de industrielle eneretigheder. Denne konklusion indebærer i sig selv en langt højere grad af horisontal relevans mellem disciplinerne, end hvad både bestemmelserne ordlyd og teoriens almindelige beskrivelse af dem udtrykker. Med konklusionen om, at både offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet har relevans på tværs af disciplinerne, bliver det næste spørgsmål, om de enkelte kriterier, der afgrænser henholdsvis det offentlige og det erhvervsmæssige, har relevans på tværs af de informationsretlige privatbrugsregler. Herom i det følgende.

5.1.2. Privatbrugsreglernes nærmere afgrænsningskriterier på tværs af de enkelte discipliner

At såvel offentlighedskriteriet som erhvervskriteriet kan genfindes inden for alle privatbrugsreglerne er ikke ensbetydende med, at de centrale afgrænsningskriterier for henholdsvis offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet alle har relevans inden for alle privatbrugsreglerne. En dokumentation herfor forudsætter en nærmere sammenholdelse af disse afgrænsningskriterier og de enkelte privatbrugsregler. Dette nødvendiggør først en fastlæggelse af de centrale afgrænsningskriterier.

5.1.2.1. De centrale afgrænsningskriterier

Offentlighedskriteriet og dettes nærmere afgrænsningskriterier er bedst belyst i ophavsretten, hvor det fremgår, at særligt den personlige relation mellem parterne og antallet af involverede parter tillægges vægt i vurderingen af, om en tilgængeliggørelse er foretaget for offentligheden. Består der en lukket kreds af personer, kan kriterierne for optagelse i denne kreds endvidere have betydning som et udtryk for det potentielle antal deltagere og dermed også den potentielle personlige relation mellem deltagerne. Kriterierne for optagelse i en lukket kreds kan dermed rummes i de to kriterier ”personlig relation” og ”antal parter”, når man hermed mener såvel aktuelle som potentielle parter. Herudover er der i ophavsretten lagt vægt på to yderligere kriterier, der ikke følger af en umiddelbar sproglig forståelse af offentlighedsbegrebet; for det første om brugen er erhvervsmæssig og for det andet, om den har karakter af den primære aktivitet. Om brugen er erhvervsmæssig, følger for alle de øvrige privatbrugsregler umiddelbart af erhvervskriteriet. Om brugen er primær eller sekundær, er som nævnt ikke et centralt kriterium i afgrænsningen af offentlighedskriteriet. De centrale kriterier for afgrænsningen af offentlighedskriteriet er således *den personli-*

ge relation og *antallet af parter* (og som led heri optagelseskriterierne i en lukket kreds). Disse to afgrænsningskriterier inddrages i det følgende.

Erhvervskriteriet er belyst i såvel de industrielle eneretsdiscipliner som i ohl. § 12. Alle disse privatbrugsregler rummer en lovreguleret afgræsning af det private overfor "erhvervsmæssig" brug. Ved denne afgrænsning viser gennemgangen i afsnit 4, at det står centralt, om brugen har et profitformål. Selv hvor brugen ikke har et profitformål, vil der ofte foreligge erhvervsmæssig brug, hvis aktiviteten har erhvervsmæssige træk, der kan sidestilles med kommerciel virksomhed. Ved vurderingen af, om dette er tilfældet, kan der formentlig lægges vægt på, om der består en potentiel konkurrencesituation med en kommerciel aktør.

Endelig afgrænses privatbrugsreglerne som nævnt ovenfor i flere af disciplinerne ved en sondring mellem fysiske og juridiske personers brug af informationen. Det gælder udtrykkeligt i persondataretten og for ohl. § 12 og synes ligeledes at fremgå forudsætningsvis af forarbejderne til patentloven. Også dette afgrænsningskriterium gælder således på tværs af en række privatbrugsregler, og det bliver dermed relevant at vurdere, hvorvidt det gælder på tværs af alle reglerne.

Det kan overvejes, om afgrænsningen af den private brug til handlinger foretaget af fysiske personer skal betragtes som et underliggende afgrænsningskriterium i vurderingen af, om handlingen er erhvervsmæssig eller offentlig eller som et selvstændigt kriterium ved siden af offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet. I forarbejderne til patentloven er bemærkningerne om juridiske personer knyttet til fortolkningen af begrebet "ikke-erhvervsmæssigt" i pl. § 3, stk. 3, nr. 1. Hermed bliver sondringen mellem juridiske og fysiske personer formelt en del af erhvervskriteriet. Dette skal man dog nok ikke lægge for meget i. Da den patentretlige privatbrugsregel alene afgrænses af erhvervskriteriet, har det været nødvendigt at indfortolke afgrænsningen i forhold til juridiske personer i dette begreb. Det forekommer anstrengt at behandle den rene myndighedsudøvelse eller ideelle eller politiske foreningers rent interne handlinger som "erhvervsmæssige". Dette er heller ikke i overensstemmelse med forståelsen i markedsføringsloven, hvor offentlige myndigheders aktiviteter som beskrevet kun betragtes som erhvervsmæssige, når de kan sidestilles med kommerciel virksomhed. Det forekommer derfor ikke naturligt at indfortolke indskrænkningen til fysiske personer i erhvervskriteriet.

Det samme gælder offentlighedskriteriet. Man kunne endvidere argumentere for, at kravet om den personlige relation ikke kan opfyldes af en juridisk person, og at sondringen derfor udgør en del af offentlighedskriteriet. Der er dog ingen af privatbrugsreglerne eller disses forarbejder, der på denne måde knytter kravet om personlige relation til en fysisk person.

Hverken offentlighedskriteriet eller erhvervskriteriet synes således velegnede til at indfortolke afgrænsningen til fysiske personer i privatbrugsreglerne. I overensstemmelse hermed er denne afgrænsning hverken efter ohl. § 12 eller den persondataretlige privat-

brugsregel indeholdt i erhvervskriteriet eller offentlighedskriteriet men en selvstændig afgrænsning. Det må derfor lægges til grund, at afgrænsningen af privatbrugsreglen til fysiske personers handlinger udgør et selvstændigt kriterium ved siden af offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet.

Sammenfattes på et overordnet plan resultaterne fra den vertikale gennemgang af privatbrugsreglerne i afsnit 4, viser følgende afgrænsningskriterier sig således centrale inden for en række af privatbrugsreglerne.

- Den personlige relation mellem parterne
- Antallet af parter
- Profitformål
- Andre erhvervsmæssige træk
- Partens juridiske status (fysisk eller juridisk person)

I det følgende skal det påvises, at disse kriterier har betydning for alle privatbrugsreglerne. Først sammenholdes kriterierne med de ophavsretlige privatbrugsregler, dernæst med den persondataretlige privatbrugsregel og endelig med privatbrugsreglerne inden for de industrielle eneretsdiscipliner.

5.1.2.2. De ophavsretlige privatbrugsregler

a. Den personlige relation og antallet af parter

Både den personlige relation og antallet af parter har central betydning for afgrænsningen af de ophavsretlige privatbrugsregler, jf. nærmere afsnit 4.1.

b. Profitformål

(i) Tilgængeliggørelsesretten efter ohl. § 2. Det følger ikke umiddelbart af lovteksten eller lovbemærkningerne, men en række ledende nyere domme viser, at profitformål spiller en central rolle for afgrænsningen af den private brug i tilgængeliggørelsesretten efter ohl. § 2 som supplement til den personlige relation og antallet af parter. Når Højesteret i U.1999.2011H og U.2004.2134H lægger vægt på, at aktiviteterne ikke var kommercielle, og landsretten omvendt i U.2002.649Ø og U.2003.212Ø lægger vægt på, at aktiviteterne blev drevet på kommerciel basis, kan der ikke være tvivl om, at man med alle afgørelserne hermed har sigtet til, om aktiviteterne havde et profitformål. Således også landsrettens dom i U.2004.2134H, hvor retten lagde vægt på konkurrencerelationen med kommercielle aktører, "uanset at foreningerne ikke har til formål at give økonomisk overskud". Af denne formulering følger modsætningsvis, at profitformål har betydning for vurderingen.

Det må tilsvarende lægges til grund, at profitformålet har central betydning for vurderingen af, om der foreligger erhvervsmæssig virksomhed efter særreglen i ohl. § 2, stk. 4, nr. 2.
(ii) Privatkopieringsreglen i ohl. § 12. Det fremgår eksplicit af begrebet "erhvervsøjemed" og lovbemærkningerne hertil, at en kopiering ikke kan hjemles efter privatbrugsreglen i § 12, såfremt kopieringen foretages i profitøjemed, jf. nærmere afsnit 4.1.2.

c. Andre erhvervsmæssige træk
(i) Tilgængeliggørelsesretten efter ohl. § 2. I de privatbrugsregler, hvor erhvervskriteriet er lovreguleret, dvs. inden for de industrielle eneretsdiscipliner og privatkopieringsreglen i ohl. § 12, omfatter de erhvervsmæssige aktiviteter ikke kun aktiviteter med profitformål, men også aktiviteter, der har sådanne fællestræk med traditionel erhvervsvirksomhed, at de må sidestilles hermed. Når det i en række ledende afgørelser inden for tilgængeliggørelsesretten lægges vægt på, om aktiviteten har været "erhvervsmæssig" (U.1999.2011H og U.2004.2134H) eller "kommerciel" (U.2002.649Ø og U.2003.212Ø), er det nærliggende at overveje, om der hermed alene lægges vægt på, hvorvidt aktiviteten har et profitformål, eller om det også her vil være et relevant kriterium for afgrænsningen af den private brug, om aktiviteten i øvrigt har sådanne træk, at den kan sidestilles med kommerciel virksomhed. Den foreliggende retspraksis giver imidlertid kun sparsomme retningslinjer for vurderingen heraf. Bidragene kan navnlig hentes fra U.2004.2134H. I sin dom udtaler landsretten bl.a..: "Hertil kommer, at uanset at foreningerne ikke har til formål at give økonomisk overskud, konkurrerer foreningerne med de kommercielle motionscentre, bl.a. ved at tilbyde aerobic". Hermed lægger landsretten vægt på, hvad der ovenfor er benævnt den potentielle konkurrencerelation og dermed vægt på, at aktiviteterne har en erhvervsmæssig karakter, uanset de ikke har et profitformål. Højesteret har imidlertid ikke gjort brug af et tilsvarende argument. Flertallet på tre dommere har forholdt sig til det erhvervsmæssige aspekt med følgende udtalelse (der indleder dommens præmisser): "De af sagen omfattede gymnastikforeninger er ikke-erhvervsdrivende foreninger, hvis indtægter hovedsagelig hidrører fra medlemskontingenter og offentlige tilskud, og hvis drift i vidt omfang er baseret på frivilligt og ulønnet arbejde udført af medlemmerne. Gymnastikforeningerne er endvidere karakteriseret ved, at de typisk har rod i lokalsamfundet, og i et vist omfang virker til fremme af sociale relationer mellem medlemmerne også ud over, hvad der følger af den fælles gymnastikudøvelse". Med denne udtalelse viser flertallet, at det erhvervsmæssige aspekt har betydning for privatbrugsreglen også inden for

fremførelsesretten men synes samtidig at lægge mere vægt på gymnastikforeningernes status end på, om den konkrete aktivitet kunne sidestilles med erhvervsvirksomhed. Mindretallet på to dommere, som fandt fremførelsen for offentlig, inddrager hverken den potentielle konkurrencerelation eller det erhvervsmæssige aspekt i øvrigt i deres begrundelse.

Den beskedne retspraksis gør det ikke muligt med sikkerhed at fastslå, om der kan lægges vægt på, at aktiviteten har erhvervsmæssig karakter, uanset at den ikke har et profitformål. Den potentielle konkurrencerelation er anvendt af landsretten i U.2004.2134H men ikke af Højesteret. Heraf kan dog ikke nødvendigvis sluttes, at Højesteret har afvist kriteriet, men nok snarere, at Højesteret har lagt mere vægt på andre kriterier. Samtidig kan det vel ikke udelukkes, at Højesterets præmisser har været præget af det resultat, som dommen nåede til, se også kritisk afsnit 4.1.1.3 ovenfor om præmissernes mulige inddragelse af sociale hensyn. Der synes at være gode grunde til i grænsetilfælde at lægge vægt på, om aktiviteten kan sidestilles med erhvervsvirksomhed, og herunder om brugeren er i en konkurrencesituation med kommercielle aktører. Er dette tilfældet, kan det forekomme urimeligt, at den kommercielle aktør skal konkurrere med parter, som ikke har udgifter til betaling af rettighedshavere og dermed opnår en konkurrencefordel. Dette ræssonement ligger bag den potentielle konkurrencerelation inden for markedsføringsretten, jf. afsnit 4.4, bag landsrettens præmisser i U.2004.2134H og ligeledes bag lovbemærkningernes afgrænsning af den ophavsretlige privatkopieringsregel, jf. herom straks nedenfor, og det må også kunne tillægges vægt ved afgrænsning af den private brug inden for tilgængeliggørelsesretten.

Et særskilt spørgsmål er, om begrebet "erhvervsvirksomhed" i særreglen i § ohl. § 2, stk. 4, nr. 2, også omfatter virksomheder, der ikke drives med profitformål, men som i øvrigt har erhvervsmæssig træk. Lovforarbejderne er tavse om spørgsmålet men ud fra de ovennævnte betragtninger, må det antages at være tilfældet. En tilsvarende fortolkning er lagt til grund af den svenske højesteret i sagen omtalt i NIR, 1989, s. 225 ff. om afspilning af musik på et offentligt sygehus, som fandtes at være omfattet af det tilsvarende svenske udtryk "förvärsverksamhet".

I præmisser formuleres dette således (NIR, a.st., s. 232): "Sadan allmän sjukvard som det ar fraga om i detta mal bedrivs av landstingskommuner. Verksamheten är budgetstyrd och till övervägande del skattefinansierad. Sadan sjukvard kan – enligt vad som framgar av Curt Kihlstedts utlatande – inte betecknas som forvarvsverksamhet i företagsekonomisk mening. I den landstingskommunala sjukvarden ingar emellertid en omfattande verksamhet avseende t. ex. byggnader, material och löner. Saken kan uttryckas

så att uppgiften for den offentliga sjukvarden ar att utreda och behandla sjukdomar och skador men att verksamheten ocksa har starka inslag som kännetecknar naringsverksamhet".

(ii) Privatkopieringsreglen i ohl. § 12. Det fremgår udtrykkeligt af forarbejderne til § 12, at begrebet "erhvervsøjemed" ikke kun omfatter handlinger med et profitformål men også andre handlinger, der i øvrigt har erhvervsmæssig karakter, uanset om disse ikke har et profitformål, jf. nærmere afsnit 4.1.2 ovenfor.

d. Partens juridiske status – fysisk eller juridisk person
(i) Tilgængeliggørelsesretten i ohl. § 2. Som udgangspunkt vil privatbrugsreglerne under tilgængeliggørelsesretten være uafhængig af, hvem der forestår tilgængeliggørelsen. Dette udgangspunkt er dog fraveget med reglen i ohl. § 2, stk. 4, nr. 2, hvorefter fremførelse i en erhvervsvirksomhed for en større kreds ikke omfattes af privatbrugsreglen. Hermed har loven foretaget en sondring mellem erhvervsvirksomheder og andre aktører. Som nævnt er den svenske højesteret nået til, at bestemmelsen også omfatter offentlige sygehuse. Denne fortolkning vil formentlig også gælde under dansk ret og føre til, at offentlige myndigheder som udgangspunkt også må være underlagt begrænsningen, tilsvarende *Schønning*, a.st., s. 176. Med dommens præmisser (hvor der lægges vægt på, at der i den offentlige virksomhed indgår bygninger, materialer og lønninger) synes det i det hele taget at være afgørende, om organisationen er struktureret på samme måde som en almindelige virksomhed, uanset om organisationen har karakter af privat virksomhed, offentlig myndighed, forening eller andet. Det praktiske udgangspunkt vil derfor formentlig være, at enhver juridisk persons fremførelse for mere end 40 medarbejdere vil falde uden for den private brug. Hermed får sondringen mellem fysiske og juridiske personer også en væsentlig praktisk betydning inden for fremførelsesretten.

At der stadig er et område for juridiske personers fremførelse under privatbrugsreglen illustreres af den ovenfor nævnte U.2007.1581H, hvor det blev fastslået, at ohl. § 2, stk. 4, nr. 2, kun gælder ved fremførelse for 40 medarbejdere, der samtidigt befinder sig i samme lokale. Musikfremførelse i lastbiler, motionsrum, kantiner mv., hvor der befandt sig mindre end 40 medarbejdere udgjorde derfor privat brug i fremførelsesrettens forstand. Nedenfor i afsnit 5.4 er knyttet retspolitiske bemærkninger til denne retstilstand.

(ii) Privatkopieringsreglen i ohl. § 12. Det følger af forarbejderne til 1995-ohl., at ohl. § 12 kun omfatter fysiske personer. Kravet om, at kopieringen ikke må ske i erhvervsøjemed, blev som beskrevet først indsat i 2002-ohl., hvoraf ses, at afgrænsningen til fysiske personer ikke foretages som led i

fortolkningen af erhvervsbegrebet men udgør et selvstændigt kriterium i modsætning til f.eks. den patentretlige privatbrugsregel, jf. nedenfor.

5.1.2.3. Den persondataretlige privatbrugsregel

a. Den personlige relation og antallet af parter

Den persondataretlige privatbrugsregels ordlyd ("aktiviteter af rent privat karakter") rummer ikke i sig selv noget svar på, om den personlige relation mellem parterne og/eller disses antal har betydning for reglens afgrænsning. Med EF-Domstolens afgørelse i Lindqvist-sagen ligger det imidlertid fast, at antallet af personer, som en personoplysning gøres tilgængelige for, har betydning for reglens afgrænsning, jf. afsnit 4.5 ovenfor. Der er næppe tvivl om, at antallet af deltagere også i persondataretten er med til at udtrykke graden af den personlige relation mellem parterne. I Lindqvist-dommens betragtning 47 anfører Domstolen således: "Denne undtagelse skal derfor fortolkes således, at den udelukkende vedrører de aktiviteter, der indgår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv, hvilket åbenbart ikke er tilfældet med hensyn til behandling af personoplysninger, som består i, at de offentliggøres på internettet, hvorved disse oplysninger bliver tilgængelige for et ubestemt antal personer". Med denne udtalelse anvendes antallet af modtagere (ubestemt antal personer) til at begrunde den manglende personlige relation (ikke inden for privatliv eller familieliv). Inddragelsen af antallet af modtagere i kombination med den personlige relation mellem parterne viser, at offentlighedskriteriet også har relevans for afgrænsningen af den persondataretlige privatbrugsregel.

Et nærliggende spørgsmål bliver herefter, om kravet til den personlige relation indebærer, at kun behandling inden for den nære privatsfære omfattes af privatbrugsreglen. Ordene "aktiviteter af rent privat karakter" i pdl. § 3, stk. 2, indikerer et snævert anvendelsesområde for privatbrugsreglen. Det samme gør EF-Domstolens ovennævnte afgrænsning til "den enkelte borgers privatliv eller familieliv". På trods heraf kan privatbrugsreglen næppe afgrænses udelukkende til den rent private sfære. Ændrer man eksemplet på s. 183 om spredning af en avisartikel blandt en kunstklubs medlemmer, så kunstklubbens medlemmer fører en database over kunstnere med oplysning om alder, udstillinger mv., vil denne database formentlig være omfattet af privatbrugsreglen, når foreningen som i eksemplet kun har 25 medlemmer. Det samme vil antageligvis gælde, hvis eksempelvis en fanklub fører en database over spillerne fra den klub, man holder med. Disse eksempler viser, at behandling af personoplysning i visse situationer formentlig kan foretages efter privatbrugsreglen, selvom behandlingen ikke sker inden for

den nære private sfære. Dette støttes også af de danske lovforarbejder. I bemærkningerne nævnes, som også citeret ovenfor, at det ikke i sig selv er afgørende, om en privatperson giver et ubegrænset antal personer adgang til personoplysninger, og at deltagelse i debatter på internettet om sportsfolks præstationer mv. vil kunne være aktiviteter af rent privat karakter. Det må så meget desto mere gælde, at spredning til et afgrænset antal personer uden for den rent private sfære, kan være en rent privat aktivitet. EF-Domstolens afgørelse i Lindqvist-sagen indebærer, at spredning til et ubegrænset antal personer ikke kan udgøre privat brug. Derimod udelukker dommen ikke, at spredning til at begrænset antal, kan udgøre en privat aktivitet. Ved den nærmere afgrænsning vil formentlig også kriterierne for optagelse i kredsen have relevans. Har alle kunstinteresserede adgang til kunstklubben, taler det i sig selv for, at der ikke er tale om privat behandling. Er adgangen omvendt begrænset til særligt udvalgte, der eventuel har en forudgående personlig relation, taler det for det modsatte.

Vurderingen af den personlige relation vil navnlig være relevant ved overdragelse af personoplysninger til andre, men vil ikke være begrænset hertil. Det gælder således efter bestemmelsens ordlyd, at den gælder for (alle) behandlinger, der foretages med henblik på udøvelse af (alle) aktiviteter af rent privat karakter. Dette indebærer, at ikke kun ved informationsoverdragelsen men også ved de handlinger, der foretages på baggrund af informationen, eller i afhandlingens terminologi, *informationsudnyttelsen*, jf. kapitel 2, må den private brug afgrænses af relationen mellem parterne. I overdragelsessituationen er det den personlige relation mellem overdrageren og modtageren. Ved informationsudnyttelsen er det relationen mellem behandleren og den kreds af personer, som aktiviteterne retter sig mod. Retter aktiviteten sig mod en bredere ubestemt personkreds uden særlig tilknytning til behandleren, vil informationsudnyttelsen ikke være privat i lovens forstand. Dette forklarer, hvorfor politiske og sociale aktiviteter som beskrevet ovenfor ikke omfattes af privatbrugsreglen. Politiske aktiviteter har til formål at bidrage til en samfundsdebat og -udvikling, som har betydning for en ubestemt kreds af personer. Sociale aktiviteter har typisk til formål at skabe forskellige former for aktiveringstilbud, kulturelle tilbud eller generelt bedre sociale vilkår for en bredere personkreds.

Dette må formentlig gælde uafhængigt af den personlige relation mellem behandleren og den registrerede. Sender en politiker eksempelvis *en bloc* e-mails med valgpropaganda til en større kreds af personer, som også omfatter nogle private venner, vil denne informationsudnyttelse (udnyttelse af kendskab til de pågældendes e-mailadresser) derfor ligge uden for privatbrugsreglen, også for de e-mails der er sendt til venner. Når disse e-

mails ikke sendes til de pågældende i deres egenskab af venner, men i egenskab af vælgere, foreligger ikke en privat brug.

Retter aktiviteten sig omvendt kun mod behandleren og en bestemt kreds af personer, som behandleren har en vis tilknytning til, må informationsudnyttelsen anses for privat i lovens forstand. Såfremt en kunstelsker eksempelvis lader indsamlede oplysninger om en kunstmaler indgå i sine overvejelser, når han skal træffe beslutning om køb af et maleri, må denne informationsudnyttelse antages at udgøre privat brug. Aktiviteten (køb af maleri til egen privat samling) retter sig kun mod behandleren og sælgeren af maleriet. Resultatet må også her være uafhængigt af den personlige relation mellem behandleren og den registrerede. I eksemplet vil det derfor ikke være afgørende, om kunstelskeren ikke kender maleren og derfor heller ikke har nogen relation til denne. Tilsvarende hvis behandleren f.eks. sender en e-mail til den registrerede med anmodning om et privat pengelån. Også i den situation vil informationsudnyttelsen (brug af e-mailadresse) udgøre privat brug. Hvis derimod e-mailen anmodede om en donation til brug for etablering af et offentligt mindesmærke, udstilling mv., ville informationsudnyttelsen ikke være privat. Den overordnede aktivitet, etablering af offentligt mindesmærke mv., retter sig mod en større og ubestemt personkreds.

Hermed illustreres, at den personlige relation og antallet af involverede parter også har betydning for vurderingen af, hvornår informationsudnyttelsen har karakter af privat brug i persondatalovens forstand.

b. Profitformål

Det er som beskrevet fast antaget, at aktiviteter med erhvervsmæssigt formål falder uden for den persondataretlige privatbrugsregel. Der foreligger hverken i retspraksis eller forarbejderne nogen nærmere afgrænsning af, hvornår behandlingen har et erhvervsmæssigt formål. Der er dog ingen tvivl om, at det ved denne vurdering vil det blive tillagt vægt, og sædvanligvis afgørende vægt, om aktiviteten har et profitøjemed. Profitformål har således også relevans som afgrænsningskriterium for den persondataretlige privatbrugsregel.

c. Andre erhvervsmæssige træk

Det må formentlig kunne tillægges vægt ved afgrænsningen af den persondataretlige privatbrugsregel, om en aktivitet har en sådan erhvervsmæssig karakter, at den må sidestilles med kommerciel virksomhed, også selvom den foretages uden profitformål. Dette kan belyses med et eksempel.

Eksempel: En vinentusiast importerer fransk vin på hobbyplan. Vinen sælger han til en snæver kreds af vininteresserede venner uden nogen form for profit. E-mailadresser og andre kontaktinformationer om aftagerkredsen har han lagret i en elektronisk database, som bl.a. bruges til at informere aftagerne om nye vine.

I eksemplet må brugen af kontaktinformationer antages at falde under privatbrugsreglen, når vinen kun sælges til en snæver kreds af vininteresserede venner uden profit. Hvis vinentusiasten derimod sælger vinen ikke alene til venner og bekendte men også til andre interesserede og i alle tilfælde uden profit, eventuelt kombineret med annoncering af hobbysalget på sin egen hjemmeside, må resultatet antages at blive det modsatte. Forskellen er, at aktiviteterne nu har et sådant omfang, at de minder om almindelig erhvervsvirksomhed, blot uden profitformålet. I denne situation bør den registrerede nyde den beskyttelse, der gælder efter loven, herunder lovens regler om god databehandlingsskik mv. I relation til den registreredes beskyttelsesbehov forekommer det mindre vigtigt, om aktiviteten har et profitsigte eller ej, når den i øvrigt har alle erhvervsvirksomhedens øvrige karaktertræk. Betragtningen om den potentielle konkurrencerelation taler også for dette resultat (selvom det dog må erkendes, at sådanne konkurrencehensyn ikke er naturlige i persondataretten): Hobbyvinhandleren vil have en konkurrencefordel, hvis han ikke underlægges samme krav til behandling af kunders personoplysninger, som den kommercielle vinhandler.

Det må på denne baggrund antages, at det i grænsetilfælde også kan tillægges vægt, om aktiviteten har erhvervsmæssig karakter, selvom den ikke har et profitformål.

d. Partens juridiske status – fysisk eller juridisk person

Det fremgår af ordlyden af privatbrugsbestemmelsen, at det alene er fysiske personer, som omfattes af bestemmelsen. Hermed får sondringen mellem fysiske og juridiske personer afgørende betydning for afgrænsningen af den persondataretlige privatbrugsregel.

5.1.2.4. Privatbrugsreglerne inden for de industrielle eneretsdiscipliner

a. Profitformål

Har informationsudnyttelsen et profitformål, vil der foreligge erhvervsmæssig brug efter alle de industrielle privatbrugsregler. Det er f.eks. fast antaget, at registrering af et *varemærke*identisk domænenavn med henblik på videresalg til overpris udgør erhvervsmæssig brug i markedsføringslovens

forstand. Registreringen må også antages at være erhvervsmæssig i varemærkeretlig forstand men er dog ikke omfattet af varemærkeloven, da der ikke foreligger "aktiv brug" af varemærket. Både inden for *markedsføringsretten* og *patentretten* er fremhævet, at profitformål ikke i sig selv er afgørende for vurderingen. Når bl.a. forarbejderne til patentloven angiver dette, er det dog udelukkende for at understrege, at udnyttelsen kan være erhvervsmæssig, selvom den ikke har et profitformål. Udtalelsen har således ikke til hensigt at give plads for udstrakt brug med profitformål inden for privatbrugsreglen. Tværtimod skal der sluttes modsætningsvis fra dette udsagn, således at der er meget begrænset plads til privat brug med et profitformål.

b. Andre erhvervsmæssige træk

Det må lægges til grund, at aktiviteter kan være "erhvervsmæssige" efter de industrielle privatbrugsregler, såfremt aktiviteten har erhvervsmæssig karakter, også selvom den ikke har et profitformål. Dette er fast antaget efter markedsføringsloven, jf. ovenfor, ligesom forarbejderne til patentloven forudsætter, at offentlige myndigheders aktiviteter vil være "erhvervsmæssig" brug i lovens forstand. Som nævnt kan man markedsføringsretligt formentlig lade det være afgørende, om aktiviteten har til formål at skabe afsætning af varer eller tjenesteydelser, som potentielt udbydes af en erhvervsdrivende med profit for øje. Består der på denne vis en potentiel konkurrencerelation, foreligger som udgangspunkt erhvervsmæssig brug. Sondringen må antages at have tilsvarende relevans inden for varemærkeretten og patentretten. Dette kan illustreres med følgende eksempler.

Eksempel 1: En ideel forening af ølentusiaster opretter en hjemmeside uden kommercielt indhold. For at få flest muligt besøgende på hjemmesiden anvendes varemærkerne "Carlsberg" og "Tuborg" som metatags på siden.

Eksempel 2: En ideel forening af Mozartelskere arrangerer en offentlig udendørs koncert med værker af Mozart. Der er gratis adgang til koncerten, som finansieres med donationer fra fonde, beløb fra foreningens medlemmer o.lign. men uden brug af kommercielle sponsorer. Foreningen gør uden at erhverve licens brug af en patenteret teknologi, der markant forbedrer lyden ved udendørskoncerter.

Eksempel 3: En række kommercielle koncertudbydere har i fællesskab under navnet og varemærket "Klassiske koncerter i sommerlandskabet" arrangeret en række klassiske open air-koncerter. Foreningen nævnt i eksempel 2 er ikke en del af dette samarbejde men markedsfører alligevel sin koncert under betegnelsen "en klassisk koncert i sommerlandskabet".

Anvendes kriteriet om afsætning af varer eller tjenesteydelser i konkurrence med kommercielle udbydere foreligger som udgangspunkt ikke erhvervsmæssig brug i eksempel 1. Resultatet forekommer rimeligt. Den omstændighed, at foreningen ønsker mange besøgende på sin hjemmeside, kan ikke i sig selv gøre den kommerciel, og hvis hjemmesiden ikke i øvrigt har en karakter, der kan generere indtægter på et kommercielt marked, må det være rigtigt, at der heller ikke i varemærkeretlig forstand foreligger erhvervsmæssig brug. En undtagelse må gøres, hvis hjemmesiden er opsat med et så professionelt design og indhold, at den får en kommerciel værdi med indtægtspotentiale fra enten brugerbetaling eller bannerannoncer. Også i denne situation fremstår resultatet lige så berettiget inden for varemærkeretten som inden for markedsføringsretten.

I det andet og tredje eksempel er der ikke tvivl om, at ydelsen (adgang til musikkoncert) udbydes i konkurrence med kommercielle udbydere. I denne situation vil en anvendelse af det markedsføringsretlige kriterium føre til, at der foreligger erhvervsmæssig brug af patentet henholdsvis varemærket, og også i denne situation forekommer resultatet rigtigt. Er der omvendt kun adgang for en begrænset kreds af egne medlemmer, foreligger næppe en konkurrencerelation, jf. også straks nedenfor.

Sammenfattende vil det for alle de industrielle privatbrugsregler være et relevant afgrænsningskriterium, om aktiviteten har erhvervsmæssige træk, og der kan herved formentlig tages udgangspunkt i den potentielle konkurrencerelation.

c. Partens juridiske status – fysisk eller juridisk person

I forarbejderne til patentloven er som beskrevet i afsnit 4.3 anført, at offentlige myndigheders aktiviteter falder uden for den private brug. Formuleringen er helt generel og indebærer, at alle myndighedens aktiviteter, også de rene myndighedsaktiviteter uden kommercielle træk, undtages. Forarbejderne angiver endvidere, at virksomheder, der drives i velgørende eller ideelt øjemed, omfattes af loven. Dette må i praksis indebære, at alle juridiske personer undtages fra privatbrugsreglen. At der i forarbejderne tales om "virksomheder", der drives i velgørende eller ideelt øjemed rummer næppe en afgrænsning, hvilket ses af, at den rene myndighedsudøvelse ("statslig eller kommunal forvaltning") også betegnes som "virksomhed". Resultatet forekommer da også rimeligt. Der er ingen grund til, at offentlige myndigheder eller andre juridiske personer eksempelvis skulle kunne udnytte en patenteret softwareteknologi uden at betale licensafgift under henvisning til, at der var tale om privat brug.

Tilsvarende overvejelser er ikke gjort i varemærkeloven, men det må antages, at samme ræssonement vil gøre sig gældende her. Det er vanskeligt at forestille sig situationer, hvor en offentlig myndighed eller anden juridisk persons udnyttelse af et varemærke (i det egenskab af varemærke) skulle kunne hjemles i privatbrugsreglerne.

Det følger formentlig i praksis også altid af kriteriet om handlinger, der har erhvervsmæssig karakter. Uanset om et varemærke bruges som egenværdi-varemærke eller udelukkende tjener til at informere om vare eller tjenesteydelse på markedet, vil der foreligge en konkurrencerelation, som i sig selv gør brugen erhvervsmæssig.

Udgangspunktet synes at være det modsatte for erhvervshemmelighedsbeskyttelsen efter mfl. § 19. Som beskrevet ovenfor vil aktiviteter udført af offentlige myndigheder, ideelle foreninger mv. kun være omfattet af lovens erhvervsbegreb i det omfang, de kan sidestilles med kommerciel virksomhed. Andre former for aktiviteter, den juridiske person udfører, som f.eks. politiske aktiviteter og myndighedsudøvelse, vil derfor ikke være erhvervsmæssige. Dette vil umiddelbart indebære, at en offentlig myndighed eksempelvis som led i sin interne drift kan udnytte en erhvervshemmelighed erhvervet i strid med reglerne i § 19. Resultatet forekommer ikke hensigtsmæssigt, og det har næppe hellere været lovgivers intention. Det må herved erindres, at afgrænsningen af markedsføringslovens erhvervsbegreb tjener andre formål end afgrænsningen af privatbrugsreglen efter mfl. § 19. Det forekommer naturligt, at eksempelvis myndighedsudøvelse ikke skal iagttage markedsføringslovens forbrugerbeskyttelsesregler. Derimod synes det vanskeligt at se det hensigtsmæssige i, at juridiske personer skulle kunne udnytte en erhvervshemmelighed med hjemmel i en privatbrugsregel, fordi afgrænsningen heraf er knyttet an til samme overordnede definition af erhvervsbegrebet, som anvendes for en række andre helt forskelligartede regler i loven.

Dette kan illustreres med et eksempel: En konsulentvirksomhed har anvendt betydelige ressourcer til at udvikle et omfattende koncept for effektivisering af strukturerne i offentlige myndigheder. Konceptet er nedfældet i en lang række manualer og interne håndbøger mv., der både indeholder ekstern information, som overdrages til kunden, og intern information, der instruerer konsulenterne om, hvordan de skal gennemføre forandringsprocessen hos den offentlige myndighed. Denne interne information, der er afgørende for at kunne foretage den praktiske implementering af konceptet, har karakter af en erhvervshemmelighed. Såfremt nogen uretmæssigt kopierede materialet og overdrog det til en offentlig myndighed, ville myndighe-

den kunne bruge materialet og implementere processen uden at krænke erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, fordi myndighedens udnyttelse ikke ville udgøre erhvervsvirksomhed i § 19, stk. 5´s forstand. Det forekommer ikke sandsynligt, at en domstol ville nå dette resultat. Som beskrevet følger det af ældre forarbejder, at erhvervsbegrebet overalt i markedsføringsloven skal tillægges samme betydning, som efter den overordnede bestemmelse i mfl. § 2. Domstolene vil næppe føle sig bundet af disse ældre forarbejder, hvor de fører til så uhensigtsmæssigt et resultat, særligt når intet tyder på, at man nærmere har overvejet denne konsekvens i forarbejderne. På denne baggrund må det antages *de lege lata*, at juridiske personer, ikke kan udnytte erhvervshemmeligheder, som er anskaffet i strid med reglerne i § 19, uanset om udnyttelse ikke kan betegnes som erhvervsmæssig i den forstand, begrebet sædvanligvis forstås i markedsføringsloven.

Også denne problemstilling tjener til illustration af det uhensigtsmæssige i, at reglerne om erhvervshemmelighedsbeskyttelse er placeret i markedsføringsloven.

Sondringen mellem fysiske og juridiske personer har således også væsentlig relevans ved afgrænsningen af de industrielle privatbrugsregler.

d. Den personlige relation og antallet af parter

Som beskrevet følger det både af markedsføringsretten og patentretten, at privatpersoners privatsalg kan udgøre privat brug. Et salg må sædvanligvis betragtes som en erhvervsmæssig aktivitet. Når privatsalg alligevel kan omfattes af den private brug må det tages som udtryk for, at aktiviteten udføres inden for en begrænset personkreds som måske oveni har et forudgående kendskab til hinanden. Hermed får den personlige relation mellem parterne og antallet af involverede parter betydning for afgrænsningen af de industrielle privatbrugsregler. Dette er yderligere understreget i patentretten, hvor det er fast antaget, at brug inden for en snæver familie- og vennekreds omfattes af privatbrugsreglen. Varemærkeretten indeholder ingen betragtninger herom, men det må tilsvarende antages, at personkredsens størrelse og indbyrdes relation også kan have relevans for afgrænsningen af den varemærkeretlige privatbrugsregel. Forestiller man sig eksempelvis, at en privatperson syr en trøje og for sjov påfører trøjen et dyrt designerlogo og efter selv at have gået med trøjen videresælger den til en ven, kan dette næppe antages at udgøre en varemærkekrænkelse.

Tilsvarende hvis en ølentusiast brygger eget øl under navnet ”Sempers Garden” (der ligger tæt op ad Carlsbergs ”Semper Ardens”) til eget forbrug men også sælger enkelte

flasker med profit til sin nærmeste vennekreds. Her foreligger formentlig heller ikke erhvervsmæssig brug af varemærket.

Også ved udnyttelse i lidt bredere kredse må den personlige relation antages at kunne få betydning. Det kan belyses ved følgende eksempel.

Eksempel: Ølentusiasterne i det ovennævnte eksempel på s. 219 får overdraget opskriften på en af Carlsbergs specialøl fra en tidligere Carlsberg-medarbejder. Opskriften vil være en erhvervshemmelighed i markedsføringslovens forstand, som medarbejderen vil have forbud mod at videreoverdrage efter mfl. § 19, stk. 2. Det vil efter mfl. § 19, stk. 5, være forbudt for ølentusiasterne at udnytte opskriften erhvervsmæssigt.

Såfremt ølentusiasterne brygger øl efter Carlsberg-opskriften til medlemmernes eget brug, foreligger næppe erhvervsmæssig brug, heller ikke selvom medlemmerne køber øllet af foreningen. Dette forudsætter dog, at der er tale om et lukket salg, og at medlemsskaren er begrænset og har en vis indbyrdes relation. Har foreningen 10 medlemmer, som brygger og køber øllet, vil et salg, hvor indtægterne går i "klubkassen", ikke være erhvervsmæssigt. Har foreningen omvendt flere hundrede medlemmer, må salget anses for erhvervsmæssigt. Dette vil endnu mere gælde, hvis salget er åbent for alle, f.eks. via foreningens hjemmeside. Eksemplet illustrerer også, at det fra ophavsretten velkendte kriterium om optagelseskriterierne i den lukkede kreds vil have en tilsvarende relevans her. Er foreningen åben for alle, og kan enhver dermed få adgang til at købe øllet ved at melde sig ind, mister ølbrygningen og det efterfølgende salg den private karakter, uanset om foreningen aktuelt kun rummer 10 medlemmer. Der ville være en betydelig omgåelsesrisiko, hvis beskyttet information, der reelt blev stillet til rådighed for alle interesserede, kunne udnyttes frit, når brugen formelt blev organiseret i en lukket kreds.

Personkredsens størrelse og indbyrdes relation må antages at have en tilsvarende betydning inden for varemærketretten og patentretten.

Hvis ølentusiasterne kalder deres øl for Sempers Garden, vil dette ikke udgøre erhvervsmæssig brug af varemærket, når foreningen består af få medlemmer, som ikke sælger øllet uden for foreningen. Omvendt hvis øllet sælges offentligt eller foreningen består af flere hundrede medlemmer. I denne situation består en konkurrencerelation, som gør brugen erhvervsmæssig.

Den varemærketretlige eneret gælder kun, når varemærket er i brug "som varemærke". Når varemærket anvendes i en mindre lukket kreds, kan der argumenteres for, at varemærket ikke anvendes som kendetegn. I så fald bliver det uden praktisk betydning om

brugen er "erhvervsmæssig". Eksemplet illustrerer ikke desto mindre det markedsføringsretlige og varemærkeretlige sammenfald.

Tilsvarende gælder inden for patentretten. Hvis Mozartforeningen i eksemplet ovenfor bestod af 25 personer, og det alene var disse personer, som skulle overvære koncerten, ville der ud fra samme betragtninger som netop anført næppe foreligge erhvervsmæssig brug af patentet, hvorimod dette ville være tilfældet, hvis foreningen bestod af et meget stort antal medlemmer uden nogen personlig tilknytning til hinanden.

Også kriteriet om den personlige relation har dermed relevans for afgrænsningen af privatbrugsreglerne inden for alle de tre industrielle eneretsdiscipliner.

Den såkaldte *Napster*-sag rummer et eksempel fra amerikansk ret på, at et offentlighedskriterium inddrages ved afgrænsningen af et erhvervskriterium. Napster stillede et peer-to-peer-system til rådighed for sine brugere, der tillod dem at udveksle musikfiler med hinanden. Brugen bestod i det væsentlige i at bytte ulovligt kopieret musik. Napster blev sagsøgt af en række pladeselskaber og gjorde under sagen bl.a. gældende, at musikdelingen faldt under den amerikanske *fair use*-regel. Dette afgøres bl.a. af, om brugen har en *commercial nature*, hvilket domstolen derfor måtte tage stilling til. Retten i første instans (U.S. District Court, N.D. California) udtalte herom, at "a host user sending a file cannot be said to engage in personal use when distributing that file to an anonymous requester", A & M Records, Inc. v Napster, Inc 114 F.Supp. 2d 896 (s. 913). Med henvisningen til at filen blev sendt til anonyme modtagere, understregede retten den manglende personlige relation mellem parterne og lagde dermed vægt på den (manglende) personlige relation i vurderingen af, om brugen havde en "commercial nature". Appelretten, U.S. Court of Appeal, Ninth Circuit, gentog dog ikke dette argument.

Privatbrugsreglen i den engelsk Patents Act angiver udtrykkeligt, at reglen kun finder anvendelse, hvis handlingen udføres "privately and for purposes which are not commercial", Section 60(5)(a). Betingelserne er kumulative, jf. *Cornish & Llewelyn*, Intellectual Property, 2003, s. 245. Den engelske regel er således også – eksplicit – baseret på et erhvervskriterium og et bredere privatbrugskriterium, og minder hermed i sin opbygning om privatbrugsreglen i ohl. § 12. Tilsvarende forudsætter privatbrugsreglen i den tyske Patentgesetz, at handlingen er udført "im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken", § 11, stk. 1. Også i tysk ret er betingelserne kumulative, jf. *Benkard*, Patentgesetz, 2006, s. 453 f.

5.1.2.5. Sammenfatning

Ovenfor blev på et mere overordnet plan påvist, at offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet begge har relevans for afgrænsningen af alle privatbrugsreglerne. I dette afsnit er påvist, at også de centrale afgrænsningskriterier, der nærmere afgrænser, hvornår der foreligger offentlig henholdsvis erhvervsmæssig brug er sammenfaldende.

At den personlige relation har betydning for de ophavsretlige privatbrugsregler, er åbenbart. Kriteriet gælder som påvist imidlertid også i persondataretten og for de industrielle eneretsdiscipliner, hvilket først træder tydeligt frem med den horisontale analyse af privatbrugsreglerne.

Profitformålets betydning som afgrænsningskriterium ligger klart for de privatbrugsregler, der eksplicit afgrænses overfor den erhvervsmæssige brug, men er også for den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret identificeret i de vertikale analyser i afsnit 4. Det er dog ikke et kriterium, der træder tydeligt frem i ophavsretten eller som er tillagt væsentlig opmærksomhed i den ophavsretlige litteratur. Den horisontale analyse bekræfter imidlertid kriteriets centrale placering, uagtet begrebet "offentligheden" sprogligt peger i modsat retning.

At det også kan have betydning for afgrænsningen af den private brug, om aktiviteten i øvrigt har erhvervsmæssig karakter, fremgår umiddelbart af forarbejderne til markedsføringsloven og ohl. § 12, og er ligeledes lagt til grund af den svenske højesteret i fortolkningen af den svenske bestemmelse svarende til ohl. § 2, stk. 4, nr. 2. Den horisontale analyse påviser imidlertid, at kriteriet kan have relevans for alle de informationsretlige privatbrugsregler.

Analysen påviser endelig, at privatbrugsreglerne for alle discipliner afgrænses af en sondring mellem fysiske og juridiske personer. Det må således lægges til grund, at de fleste af privatbrugsreglerne reelt udelukker, at juridiske personer kan foretage privat brug af information. Dette gælder udtrykkeligt efter den persondataretlige privatbrugsregel og tilsvarende efter forarbejderne til ohl. § 12. Forarbejderne til patentloven synes ligeledes reelt at udelukke juridiske personers brug af privatbrugsreglen. Et tilsvarende resultat må som beskrevet i praksis antages at gælde for privatbrugsreglerne i varemærkeretten og efter erhvervshemmelighedsbeskyttelsen. Kun for privatbrugsreglen i den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret vil sondringen mellem juridiske og fysiske personer som udgangspunkt ikke have betydning. I praksis spiller sondringen imidlertid også en rolle på dette område. Som beskrevet må det antages, at reglen i ohl. § 2, stk. 4, nr. 2, reelt vil omfatte alle juridiske personer. Det praktiske udgangspunkt vil derfor formentlig være, at enhver juridisk persons fremførelse for mere end 40 medarbejdere vil falde uden for den private brug. Sondringen mellem juridiske og fysiske personer er således central inden for alle dele af privatbrugsreguleringen.

Med erkendelsen af, at de omhandlede afgrænsningskriterier gælder på tværs af alle de informationsretlige privatbrugsregler, får disse afgræns-

ningskriterier karakter af *informationsretlige grundsætninger*. I afsnit 5.2 sammenfattes de informationsretlige grundsætninger, der på baggrund af de gennemførte analyser kan opstilles på privatbrugsområdet. Inden da skal det første afklares, om der også kan opstilles nogle informationsretlige grundsætninger om *samspillet* mellem de netop identificerede afgrænsningskriterier. Herom i det følgende.

5.1.3. Samspillet mellem privatbrugsreglernes afgrænsningskriterier – særligt om forholdet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet

Som netop beskrevet afgrænses den private brug overfor den offentlige brug, den erhvervsmæssige brug og juridiske personers brug af den beskyttede information. Hermed opstår spørgsmålet om samspillet mellem disse kriterier, når det ene peger i retning af privat brug og et andet i retnings af ikke-privat brug. Eller med andre ord den indbyrdes vægt mellem disse kriterier. Med undtagelse af den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret må det som altovervejende udgangspunkt lægges til grund, at det i sig selv vil bringe brugen uden for privatbrugsreglen, hvis den foretages af en juridisk person, uanset om offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet hver især måtte pege i retning af privat brug (fordi brugen skete inden for en afgrænset personskreds uden noget profitformål og heller ikke i øvrigt havde erhvervsmæssig karakter), jf. ovenfor. Dette kriterium er således tillagt afgørende vægt i forhold til offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet.

Udføres handlingen af en fysisk person, bliver samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet afgørende, og der kan ikke mellem disse kriterier opstilles samme klare udgangspunkt om, at det ene har forrang frem for det andet. Kriterierne kan pege i samme retning. Ved kommerciel virksomhed, der udøves i den brede offentlighed med et profitformål, vil både offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet pege i retning af, at der ikke foreligger privat brug. Det er ikke i disse situationer, at samspillet er vanskeligt, men når kriterierne peger i hver sin retning. Foregår informationsbehandlingen eksempelvis inden for den snævre privatsfære (salg til familie og venner) med et profitformål, vil offentlighedskriteriet pege i retning af privat brug, mens erhvervskriteriet vil pege i modsat retning. Dette rejser spørgsmålet om samspillet mellem kriterierne: Kan der opstilles nogle generelle regler for dette samspil, og er disse regler da identiske på tværs af de enkelte privatbrugsregler?

For en umiddelbar betragtning forekommer samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet ganske forskelligt inden for de forskellige

discipliner. Privatbrugsreglen inden for tilgængeliggørelsesretten er efter ohl. § 2 kun afgrænset af offentlighedskriteriet, mens erhvervskriteriet bidrager som fortolkningsmoment i forståelsen af offentlighedskriteriet. Erhvervskriteriet bliver med andre ord en delmængde af offentlighedskriteriet. For privatbrugsregler inden for de industrielle eneretsdiscipliner forholder det sig omvendt. Her bliver offentlighedskriteriet en delmængde af erhvervskriteriet. I persondataretten og den ophavsretlige privatkopieringsregel anvendes kriterierne kumulativt, således at informationsudnyttelsen kun er privat, hvis den hverken er offentlig eller erhvervsmæssig. Begreberne optræder med andre ord som uafhængige mængder. Den indbyrdes relation mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet er med andre ord, i hvert fald på det begrebsmæssige plan, ganske forskelligartet inden for de forskellige discipliner. I det følgende skal det påvises, at der på det indholdsmæssige plan består en betydeligt grad af sammenfald mellem samspillet på tværs af disciplinerne.

På et overordnet systematisk plan kan samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet inddeles i fire tilfældegrupper: 1) Begge kriterier peger i retning af privat brug, 2) begge kriterier peger i retning af ikke-privat brug, 3) offentlighedskriteriet peger i retning af privat brug, erhvervskriteriet peger i retning af ikke-privat brug, og 4) offentlighedskriteriet peger i retning af ikke-privat brug, erhvervskriteriet peger i retning af privat brug. Dette kan visualiseres i følgende figur.

	Erhvervsmæssig	Ikke-erhvervsmæssig
Offentlig		
Ikke-offentlig		

Denne opdeling er dog ikke tilstrækkelig nuanceret. For det første viste de horisontale analyser, at offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet afgrænses af nogle underliggende afgrænsningskriterier, der havde relevans for alle privatbrugsreglerne. Skal man vurdere samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, er det derfor samspillet mellem disse afgrænsningskriterier, som skal vurderes. For det andet viste de horisontale analyser, at offentlighedskriteriets og erhvervskriteriets gensidige påvirkning oftest finder sted, når det er tvivlsomt, hvorvidt handlingen er offentlig henholdsvis erhvervsmæssig. Erhvervskriteriet får eksempelvis sin betydning inden for den ophavsretlige fremførelsesret, når offentlighedskriteriet egne afgrænsningskriterier, personlig relevans og antal personer, ikke med

sikkerhed kan fastslå, om der foreligger en offentlig fremførelse. I den ovenstående figur må derfor sondres mellem de tilfælde, hvor offentlighedskriteriets hhv. erhvervskriteriets afgrænsningskriterier 1) klart peger i retning af, at der foreligger offentlig hhv. erhvervsmæssig brug, 2) klart peger i retning af, at der ikke foreligger offentlig hhv. erhvervsmæssig brug og 3) ikke giver noget umiddelbart svar.

Offentlighedskriteriets centrale afgrænsningskriterier er som beskrevet den personlige relation mellem parterne og antallet af involverede parter. Skal man med udgangspunkt i disse afgrænsningskriterier sondre mellem klare og uklare tilfældegrupper, kan man sondre mellem 1) brug inden for en snæver privatsfære, bestående af familie og venner, 2) en bred men stadig afgrænset kreds af personer og 3) en helt bred og ubestemt personkreds. Med udgangspunkt i de afgrænsningskriterier der ovenfor er opstillet for erhvervskriteriet, kan man sondre mellem 1) handlinger, der har et profitformål, 2) handlinger uden et profitformål men med erhvervsmæssige træk, der gør, at handlingen i et vist omfang kan sidestilles med kommerciel virksomhed. 3) handlinger, der hverken har profitformål eller erhvervsmæssige træk i øvrigt.

Med opdelingen i tre tilfældegrupper for hver af de to kriterier rummer analysen nu ni tilfældegrupper. Det er hverken på det mentale eller pædagogiske plan nogen nem øvelse at skulle sammenholde de mulige udfald af ni forskellige tilfældegrupper inden for fire forskellige discipliner. I forsøget på at løfte denne opgave, tager analysen udgangspunkt i nedenstående figur, der visualiserer de ni tilfældegrupper.

	Profit	Andre Erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

Det er åbenbart, at komplekse regler ikke med stor præcision kan passes ind i en figur med ni mulige udfald. Udfaldet af den konkrete sag må i hvert enkelt tilfælde bero på en konkret vurdering. Rummet for den konkrete vurdering ligger i den konkrete afgrænsning af de enkelte tilfældegrupper. Ved at rubricere samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskrite-

riet i en række typetilfælde med udgangspunkt i de identificerede afgrænsningskriterier fås imidlertid et metodisk værktøj, der er velegnet til at belyse dette samspil på et mere generelt plan og herunder særligt belyse fællestrækkene i samspillet på tværs af disciplinerne. I det følgende beskrives først samspillet mellem de to kriterier inden for hver af privatbrugsreglerne og herefter i et horisontalt lys fællestrækkene for samspillet på tværs af de enkelte discipliner.

5.1.3.1. Samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet inden for de enkelte discipliner

a. Den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret

Privatbrugsreglen i tilgængeliggørelsesretten er efter ordlyden i ohl. § 2 kun baseret på offentlighedskriteriet. Erhvervskriteriet får betydning som fortolkningsmoment i afgrænsningen af begrebet "offentlig".

Ligger det fast, at tilgængeliggørelsen er offentlig, fordi informationen gøres tilgængelig for den *brede offentlighed*, bliver erhvervskriteriet uden betydning.

Det gælder tilsvarende den modsatte situation. Gøres informationen kun tilgængelig for den *nærmeste privatsfære*, vil erhvervskriteriet heller ikke have relevans.

Gøres informationen tilgængelig for en *afgrænset personkreds*, vil det bero på en nærmere vurdering, om tilgængeliggørelsen er offentlig. I denne vurdering vil det have betydning, om tilgængeliggørelsen er erhvervsmæssig. Som beskrevet må det antages, at erhvervskriteriet spiller en ikke ubetydelig rolle i disse grænsetilfælde.

På baggrund heraf kan samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet inden for tilgængeliggørelsesretten grafisk illustreres på følgende vis, hvor *grøn* markerer at privatbrugsreglen finder anvendelse, *gul,* at der ikke kan opstilles et fast udgangspunkt om anvendelse henholdsvis ikke-anvendelse og *rød*, at den ikke finder anvendelse:

Ohl. § 2	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

b. Den ophavsretlige privatkopieringsregel

Privatkopieringsreglen i ohl. § 12 undtager eksplicit erhvervsmæssig brug. Som nærmere beskrevet ovenfor fører en fortolkning af begrebet "privat brug" i § 12 til, at bestemmelsen reelt også afgrænses i forhold til offentlighedskriteriet, der må forstås på samme vis som inden for tilgængeliggørelsesretten. I privatkopieringsreglen bliver offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet derfor kumulative. Privatbrugsreglen finder kun anvendelse, hvis informationsudnyttelsen hverken er offentlig eller erhvervsmæssig.

Det medfører, at kopiering og spredning til en *ubestemt kreds* af personer ikke vil falde ind under privatbrugsreglen, fordi dette altid vil udgøre offentlig brug, uanset om spredningen er erhvervsmæssig.

Spredes kopierne omvendt inden for den *snævre privatsfære*, foreligger ikke offentlig brug. Det bliver derfor afgørende, om brugen er erhvervsmæssig i § 12´s forstand. Hermed konfronteres privatkopieringsreglen med spørgsmålet, om informationsudnyttelse inden for den snævre privatsfære i det hele taget kan være erhvervsmæssig og dermed undtaget fra privatbrugsreglen. Analyserne har vist, at spørgsmålet formentlig må besvares benægtende inden for tilgængeliggørelsesretten og de industrielle eneretsdiscipliner. Tilsvarende må antages at gælde for privatkopieringsreglen. Salg af en privatkopieret musik-cd fra far til søn eller af et computerspil mellem brødre bør næppe ulovliggøres, blot fordi overdragelsen indbefatter en (mindre) betaling. På denne baggrund må det antages, at også privatkopieringsreglen levner et beskedent rum for salg inden for privatsfæren.

Sker spredningen inden for en *afgrænset personkreds*, vil det efter offentlighedskriteriet bero på en konkret vurdering, om privatbrugsreglen finder anvendelse. Sker spredningen med et profitformål, vil spredningen være erhvervsmæssig, og der vil derfor ikke foreligge privat brug. Foreligger der erhvervsmæssige træk ved spredningen, uden at denne har et profitformål, vil det bero på en konkret vurdering, om spredningen anses for erhvervsmæssig i § 12´s forstand. Består der hverken profitformål eller øvrige erhvervsmæssige træk, vil der ikke foreligge erhvervsmæssig brug, mens det vil bero på en konkret vurdering, om der sker spredning til offentligheden.

Hermed fås følgende illustration af forholdet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet for privatkopieringsreglen.

Ohl. § 12	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

c. De industrielle enerettigheder

Privatbrugsreglerne inden for de industrielle eneretsdiscipliner er baseret på en tilsvarende regelmodel som inden for tilgængeliggørelsesretten men med modsat fortegn. Disse regler er efter deres ordlyd kun baseret på erhvervskriteriet. Offentlighedskriteriet anvendes som et fortolkningsmoment i afgrænsningen af det erhvervsmæssige.

Er informationsudnyttelsen utvivlsomt *ikke-erhvervsmæssig*, fordi den hverken foretages i profitøjemed eller i øvrigt har erhvervsmæssige træk, er offentlighedskriteriet omvendt uden betydning. Informationen kan i disse situationer spredes til den brede offentlighed, uden at det fratager udnyttelsen sin private karakter.

Foretages informationsudnyttelsen i *profitøjemed* vil det personlige bånd mellem parterne som nærmere beskrevet ovenfor kunne få betydning for, om der foreligger erhvervsmæssig brug i lovens forstand. Foregår informationsudnyttelsen i den nære privatsfære, foreligger antageligvis ikke erhvervsmæssig brug. Hvis udnyttelsen foregår i en afgrænset personkreds eller over for en ubestemt personkreds, vil den som udgangspunkt stadig være erhvervsmæssig, når den har et profitformål.

Har informationsudnyttelsen ikke et profitformål men *andre erhvervsmæssige træk*, beror det på en konkret vurdering, om brugen er erhvervsmæssig, når den foretages inden for en afgrænset personkreds. Retter udnyttelsen sig mod en ubestemt personkreds, vil den sædvanligvis være erhvervsmæssig, jf. eksemplerne ovenfor i afsnit 5.1.2.4.

I figuren giver dette følgende resultat.

Industrielle eneretsdiscipliner	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

d. Persondataretten

Det er fast antaget, at den persondataretlige privatbrugsregel, der efter sin ordlyd omhandler "aktiviteter af rent privat karakter", afgrænses over for den erhvervsmæssige brug. Som nærmere redegjort for i det ovenstående, er reglen også baseret på et offentlighedskriterium af samme indhold, som det ophavsretlige. Hermed bliver der på et generelt plan lighedstræk mellem den persondataretlige privatbrugsregel og privatkopieringsreglen i ohl. § 12, der begge anvender offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet kumulativt.

Udnyttes personoplysningerne overfor en *ubestemt kreds* af personer, f.eks. i forbindelse med spredning af oplysningerne, foreligger offentlig brug, som bringer udnyttelsen uden for privatbrugsreglen. Dette illustreres af EF-Domstolens afgørelse i Lindqvist-sagen.

Udnyttelse inden for den *snævre privatsfære* vil ikke være offentlig og vil formentlig heller ikke blive anset for erhvervsmæssig. Selvom vinentusiasten i eksemplet på s. 218 fik en fortjeneste, ville dette næppe gøre brugen af kontaktoplysninger erhvervsmæssig, så længe salget kun rettedes mod den nævnte snævre kreds af vininteresserede venner. Udarbejder en mandlig gymnasieelev en telefonliste over de tyve sødeste 1.g.-piger og sælger den til en klassekammerat for 50 kr., kan dette heller ikke antages at udgøre erhvervsmæssig brug, selvom der opnås en fortjeneste på salget.

Såfremt udnyttelsen sker inden for en *afgrænset personkreds* vil det bero på en konkret vurdering, om den vil være privat efter offentlighedskriteriet. Har udnyttelsen et profitformål, vil den formentlige være erhvervsmæssig og hermed falde uden for privatbrugsreglen jf. eksemplerne ovenfor i afsnit 5.1.2.3. Består der andre erhvervsmæssige træk uden profitformål, må det bero på en konkret vurdering, om brugen er erhvervsmæssig. Eksisterer ingen erhvervsmæssige træk, vil brugen ikke være erhvervsmæssig men vil efter en konkret vurdering stadig kunne falde uden for privatbrugsområdet efter offentlighedskriteriet.

Hermed kommer den grafiske fremstilling af forholdet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet i persondataretten til at se ud som følger.

Persondata	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

5.1.3.2. Samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet på tværs af disciplinerne

Ved at sammenstille de ovenstående figurer i en samlet figur fås et visuelt indtryk af forholdet mellem de forskellige privatbrugsregler.

Ohl. § 2	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

Ohl. § 12	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

Industrielle eneretsdisci-pliner	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

Persondata	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

Figuren visualiserer væsentlige lighedstræk mellem de informationsretlige privatbrugsregler. Alle privatbrugsreglerne har et rum for en *snæver privatsfære*, hvor informationen lovligt kan udnyttes uanset et eventuelt profitformål.

Udnyttes informationen omvendt inden for en *ubestemt bredere personkreds* foreligger ikke privat brug. Dette gælder dog ikke for de industrielle eneretsdiscipliner, hvis udnyttelsen er ikke-erhvervsmæssig.

Tilbage står mellemsituationerne, hvor informationen udnyttes inden for en *afgrænset personkreds*. Sker udnyttelsen i *profitøjemed*, kan den ikke antages at være privat efter nogle af privatbrugsreglerne. Det må ubetinget gælde for de privatbrugsregler, der eksplicit lægger vægt på erhvervskriteriet, dvs. inden for de industrielle eneretsdiscipliner, persondataretten og privatkopieringsreglen i ohl. § 12. Privatbrugsreglerne i tilgængeliggørelsesretten lægger ikke eksplicit vægt på erhvervskriteriet, og det vil derfor heller ikke være retvisende at hævde, at der aldrig foreligger privat brug, når informationen udnyttes i en afgrænset kreds i profitøjemed. Ikke desto mindre viste de ophavsretlige analyser, at erhvervsformålet, og dermed i særlig grad profitformål, må tillægges væsentlig betydning i grænsetilfælde. Det må forventes, at udnyttelsen i praksis i de fleste tilfælde vil falde uden for privatbrugsreglen, hvis den sker i profitøjemed. For at blive i figurens

farveunivers burde feltet måske snarere være orange end gult. Foreligger ikke et profitøjemed men har brugen *i øvrigt erhvervsmæssige træk*, vil det bero på en konkret vurdering, om der foreligger privat brug. I tilgængeliggørelsesretten må det under inddragelse af det erhvervsmæssige aspekt vurderes, om personkredsen har et sådan indbyrdes bånd, at der foreligger en lukket kreds. Inden for de industrielle eneretsdiscipliner må det omvendt vurderes, om det personlige bånd mellem parterne bringer udnyttelsen uden for det erhvervsmæssige trods behandlingens erhvervsmæssige træk. Inden for persondataretten og privatkopieringsreglen i ohl. § 12 må principielt foretages begge vurderinger, da disse privatbrugsregler anvender offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet kumulativt. Øvelsen er derfor reelt den samme for alle disciplinerne: En vurdering af om det gensidige samspil mellem det personlige bånd og det erhvervsmæssige aspekt bringer udnyttelsen inden for det private område. Foreligger hverken profitøjemed eller andre erhvervsmæssige aspekter består en forskel mellem privatbrugsreglerne inden for de industrielle eneretsdiscipliner på den ene side og de øvrige privatbrugsregler på den anden side. Inden for de industrielle eneretsdiscipliner vil der altid foreligge privat brug. De øvrige privatbrugsregler er eksplicit afgrænset af offentlighedskriteriet, som ikke er betinget af erhvervsmæssig brug. Det vil derfor bero på en konkret vurdering, om der foreligger privat brug efter disse regler. I denne vurdering vil det imidlertid indgå, at udnyttelsen ikke er erhvervsmæssig, og det er derfor ikke sikkert, at forskellen vil være så stor i den praktiske anvendelse af reglerne.

De markante lighedstræk i samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet kan umiddelbart overraske i lyset af, at de to kriterier som nævnt, i hvert fald på det begrebsmæssige plan, anvendes ganske forskelligt i de respektive privatbrugsregler. Analyserne af offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet har imidlertid vist, at det ikke er den begrebsmæssige afgrænsning inden for de enkelte discipliner men de bagvedliggende afgrænsningskriterier, som afgør, om der materielt kan trækkes tråde mellem de informationsretlige privatbrugsregler. Når analyserne har dokumenteret et betydeligt sammenfald i de kriterier, der afgrænser offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, er det ikke overraskende, at der også er lighedstræk i samspillet mellem kriterierne.

Et fuldstændigt sammenfald er der dog ikke tale om. Som beskrevet ovenfor vil der også på det generelle plan være enkelte forskelle i samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet. Mest markant gælder dette, når informationen udnyttes inden for en ubestemt og bredere personkreds i en ikke-erhvervsmæssig sammenhæng. Efter offentlighedskriteriet

vil der aldrig foreligge privat brug. Lægges der udelukkende vægt på erhvervskriteriet, vil der altid foreligge privat brug. Når privatbrugsreglerne netop afviger ved informationsudnyttelse inden for en ubestemt og bredere personkreds i en ikke-erhvervsmæssig sammenhæng, skyldes det, at man her befinder sig i et af de to modsatrettede yderområder, der opstår, når offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet møder hinanden. Her taler offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet med størst styrke for modsatrettede resultater. Dermed nås grænsen for den fleksibilitet, som begreberne "erhvervsmæssig" og "offentlig" rummer og som har muliggjort inddragelsen af både offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet i de forskellige privatbrugsregler. Foreligger hverken profitøjemed eller andre erhvervsmæssige træk, vil informationsudnyttelsen være ikke-erhvervsmæssig og dermed privat efter erhvervskriteriet uanset den personlige relation. Når udnyttelsen sker for en ubestemt og bred personkreds, vil den omvendt være ikke-privat efter offentlighedskriteriet uden hensyntagen til erhvervskriteriet.

Det andet yderområde opstår ved informationsudnyttelse inden for den nære privatsfære i profitøjemed. I denne situation rummer erhvervskriteriet dog som beskrevet antageligvis en begrænset plads til offentlighedskriteriet, hvorfor der ikke opstår en egentlig kollision mellem de to kriterier. Denne forskel mellem de to yderområder skyldes, at erhvervsbegrebet er bredere end offentlighedsbegrebet. Der er større rum for fortolkning af, hvornår en udnyttelse er "erhvervsmæssig", end hvornår den er "offentlig".

Det er interessant, at reglerne på dette punkt afviger så markant fra hinanden, når de i øvrigt har væsentlige lighedstræk. Spørgsmålet er, om dette er hensigtsmæssigt, når privatbrugsreglerne i øvrigt i vidt omfang hviler på samme hensyn og afgrænses af samme kriterier. Spørgsmålet må formentlig besvares benægtende, jf. nærmere nedenfor i afsnit 5.4, der knytter retspolitiske betragtninger til privatbrugsreglerne.

Sammenfattende har analyserne vist, at samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet har væsentlige lighedstræk på tværs af de enkelte discipliner. Der eksisterer et stort rum, hvor offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet i et samspil afgør, om der foreligger privat brug. Uden for dette rum eksisterer to andre rum i hvert af yderområderne, hvor de to kriterier med styrke taler for hver deres resultat. I det ene yderområde, hvor informationen udnyttes inden for den nære privatsfære med profitformål, sker en ensidig påvirkning. Offentlighedskriteriet bevirker, at udnyttelsen ikke anses for erhvervsmæssig, selvom den sker i profitøjemed. Offentlighedskriteriet får med andre ord betydning for erhvervskriteriet, mens det modsatte ikke gør sig gældende. I det andet yderområde udnyttes informa-

tionen i en ubestemt bredere personkreds, uden at der består et profitformål eller foreligger andre erhvervsmæssige træk. Her sker hverken en ensidig eller gensidig påvirkning. Begreberne "offentlig brug" og "erhvervsmæssig brug" afgøres udelukkende af offentlighedskriteriet, henholdsvis erhvervskriteriet.

5.2. Informationsretlige grundsætninger

I de ovenstående afsnit er påvist, at de informationsretlige privatbrugsregler har en lang række fællestræk. Da disse fællestræk er påvist inden for et større antal af informationsretlige discipliner, har de i afhandlingens terminologi karakter af informationsretlige grundsætninger. Disse grundsætninger sammenfattes i det følgende.

I afsnit 2 blev påvist, at der inden for en række informationsretlige discipliner eksisterer en privatbrugsregel, som indskrænker de eksklusive informationsrettigheder til angivne informationshandlinger inden for en nærmere specificeret privatsfære. Hermed kan opstilles en grundsætning om eksistensen af en informationsretlig privatbrugsregel.

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information inden for en nærmere specificeret privatsfære (retten til privat brug).*

Denne erkendelse følger umiddelbart af mange af de informationsretlige love og kan således nås uden større detailanalyser. De efterfølgende analyser har imidlertid også påvist en række nærmere sammenhænge i den måde, som de enkelte privatbrugsregler afgrænses på. Også disse har karakter af informationsretlige grundsætninger.

Overordnet gælder for alle privatbrugsreglerne, at den private brug afgrænses i et samspil mellem den offentlige brug, den erhvervsmæssige brug og juridiske personers brug. I dette indbyrdes samspil gælder, at juridiske personers brug af beskyttet information som udgangspunkt ikke kan udgøre privat brug. Dette gælder dog kun i begrænset omfang for den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret. Juridiske personers tilgængeliggørelse af værker for mindre end 40 medarbejdere vil således være privat brug. Til gengæld vil det praktiske udgangspunkt være, at brugen vil ligge uden for privatbrugsreglen, når brugen retter sig mod 40 medarbejdere eller derover, jf. afsnit 5.1.2.2. Selvom det således ikke gælder ubetinget, at juridiske personers informationsbrug ikke kan være privat brug, må dette kunne opstilles som en grundsætning. Det er kun inden for et forholdsvis snævert område, at undtagelsen hertil må antages at gælde, og eksistensen af en grundsætning

er ikke betinget af at være undtagelsesfri. Grundsætningerne opstiller informationsretlige udgangspunkter, som kan være fraveget inden for enkelte discipliner, når særlige hensyn tilsiger det, på samme måde som de obligationsretlige grundsætninger kan være fraveget i særlovsregulering. Det ligger dog klart, grundsætninger må komme til udtryk i hovedparten af de informationsretlige discipliner for at have karakter af grundsætning, jf. også kapitel 3 ovenfor om de informationsretlige grundsætning som retskilde. Da dette krav er overholdt, kan afgrænsningen over for handlinger foretaget af juridiske personer opstilles som en grundsætning.

- *Juridiske personers behandling af beskyttet information vil ikke være omfattet af privatbrugsreglen.*

I de situationer, hvor denne grundsætning ikke finder anvendelse, dvs. ved fysiske personers behandling af beskyttet information, og ved en fravigelse af grundsætningen, hvorved juridiske personer omfattes af privatbrugsreglen, afgrænses den privat brug af offentlighedskriteret og erhvervskriteriet.

- *Privatbrugsreglen afgrænses af et offentlighedskriterium og et erhvervskriterium*.

Analyserne i afsnit 5.1.1 og 5.1.2 viste, at disse kriterier på tværs af de enkelte privatbrugsregler kan afgrænses af på den ene side den personlige relation og i tilknytning hertil antallet af involverede personer samt på den anden side, hvorvidt handlingen er båret af profitformål eller i øvrigt har sådanne erhvervsmæssige træk, at den kan sidestilles med kommerciel virksomhed. På denne baggrund kan opstilles følgende grundsætning.

- *Offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, og dermed privatbrugsreglen, afgrænses af følgende centrale afgrænsningskriterier: Den personlige relation mellem de personer, der er involveret i informationsbehandlingen, antallet af personer, der er involveret i informationsbehandlingen (offentlighedskriteriet), hvorvidt behandlingen har et profitformål eller øvrigt har erhvervsmæssig karakter (erhvervskriteriet).*

Om det nærmere samspil mellem disse afgrænsningskriterier kan opstilles en række grundsætninger med udgangspunkt i analyserne i afsnit 5.1.3, hvortil der henvises for de nærmere uddybninger. Behandlingen af informa-

tion kan altid ske inden for den snævre privatsfære, også selvom behandlingen har et profitformål.

- *Behandling af information inden for den snævre privatsfære udgør privat brug*

Omvendt vil en behandling, der foretages i den brede offentlighed med et profitformål være ikke-privat efter såvel et offentlighedskriterium som et erhvervskriterium og dermed aldrig være omfattet af en privatbrugsregel. Det samme vil være det altovervejende udgangspunkt, hvis behandlingen har erhvervsmæssig karakter, også selv om den ikke tjener et profitformål.

- *Behandling af information for en bred og ubegrænset kreds af personer falder uden for privatbrugsreglen, når behandlingen har et profitformål eller i øvrigt har erhvervsmæssige træk.*

Når behandlingen sker for en afgrænset personkreds med et profitformål, vil det altovervejende udgangspunkt være, at behandlingen ikke har karakter af privat brug. Dette gælder dog som beskrevet ikke undtagelsesfrit inden for den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret. Det kan vel heller ikke udelukkes, at der kan tænkes en situation også uden for tilgængeliggørelsesretten, hvor det vil være rimeligt at statuere privat brug, men det klare udgangspunkt vil være det modsatte.

- *Behandling af information for en bredere men afgrænset kreds af personer med et profitformål falder uden for privatbrugsreglen.*

I de øvrige tilfælde, der i figuren ovenfor i afsnit 5.1.3 illustreres af de gule felter, kan der ikke opstilles er klart udgangspunkt om privat brug eller det modsatte. Dog vil følgende generelle betragtning i disse situationer gælde for alle privatbrugsreglerne og dermed også have karakter af en grundsætning:

- *I øvrige tilfælde vil gælde, at jo stærkere informationsbehandlingens erhvervsmæssige træk er, jo større er kravene til den personlige relation for at bringe behandlingen inden for privatbrugsreglen og omvendt*.

5.3. Sammenholdelse af analysens resultater med hensynslæren

Som beskrevet i kapitel 1 er det afhandlingens tese, at den informationsretlige hensynslære kan fungere som ramme for den horisontale informationsret, således at der kan opstilles informationsretlige grundsætninger mellem informationsretlige regler og regelsæt, der er baseret på samme hensyn. Som led i verifikationen af denne tese skal i det følgende vises, at der består en tæt sammenhæng mellem de hensyn, der i afsnit 3 er identificeret på privatbrugsområdet, og de grundsætninger der er opstillet lige ovenfor. Dette gælder både for grundsætningen om eksistensen af en privatbrugsregel og for grundsætningerne om afgrænsningen af denne regel.

a. Grundsætningen om eksistensen af en privatbrugsregel

Med de ovenstående analyser er påvist, at der gælder en regel om privatbrug inden for alle de analyserede informationsretlige discipliner, og at de samme grundlæggende hensyn kan identificeres for alle privatbrugsreglerne (privatlivshensyn, håndhævelseshensyn og de minimis-hensyn). Hermed understøttes afhandlingens anden tese om hensynslæren som systematisk ramme for den horisontale informationsret.

b. Grundsætningerne om privatbrugsreglens nærmere afgrænsning

Ovenfor er opstillet grundsætninger om eksistensen af centrale kriterier i afgrænsningen af privatbrugsreglen og det nærmere samspil mellem disse kriterier. I det følgende beskrives forholdet mellem disse grundsætninger og hensynene bag privatbrugsreglerne.

Grundsætningen om den *personlige relation og antallet af involverede personer* som afgrænsningskriterier har en tæt sammenhæng med privatlivshensynet: Jo tættere det personlige forhold er mellem de involverede personer og jo færre personer, der er involveret, jo mere taler for, at den tilgængeliggørelse af information, der er sket mellem dem, ligger inden for den privatsfære, som privatlivshensynet søger at beskytte. En spredning eller anden form for brug af information i den brede offentlighed kan omvendt ikke retfærdiggøres med betragtninger om behovet for et privat rum uden andres indblanding.

Også håndhævelseshensynet stemmer overens med den personlige relation og antallet af involverede personer som afgrænsningskriterier. Jo tættere personerne er på hinanden, og jo flere personer, der er involveret i informationsbehandlingen, jo vanskeligere må det forventes at være at opdage og håndhæve en rettighedskrænkelse. Var det eksempelvis ulovligt at overdrage en kopi mellem familiemedlemmer ville det i praksis være meget

vanskelig at retsforfølge en krænkelse heraf. Omvendt ville det være væsentligt lettere at dokumentere og retsforfølge en ulovlig tilgængeliggørelse for den brede offentliggørelse, f.eks. foretaget via en hjemmeside.

Tilsvarende gælder for de minimis-hensynet. Hensynet er som beskrevet ovenfor udtryk for den betragtning, at den private brug ikke skader de interesser, som beskyttes med de eksklusive informationsrettigheder, og at de hensyn, der begrunder tildeling af informationsrettighederne, derfor ikke skal tillægges vægt. En informationsbrug, der alene udspiller sig inden for en snæver privatsfære, vil typisk ikke påvirke rettighedshaverens mulighed for at udnytte rettighedernes økonomiske potentiale i nævneværdigt omfang. Gøres informationen omvendt tilgængelig for et stort antal personer i den brede offentlighed, vil dette ofte i langt højere grad kunne påvirke rettighedshaverens økonomiske udnyttelsesmuligheder.

Forbuddet mod spredning af digitale privatkopier til vennekredsen efter ohl. § 12, stk. 2, nr. 5, er udtryk for samme tankegang. Uden et sådant forbud ville de kopieringsmuligheder, som teknologien stiller til rådighed, indebærer, at værket i praksis hurtigt ville være spredt til en stor personkreds uden nogen samlede indbyrdes relation.

Også for de ideelle informationsrettigheder har de minimis-hensynet relevans. For den, der ønsker at være i fred, vil en spredning af oplysninger om den pågældende til et stort antal personer i den brede offentlighed alt andet lige opleves som mere indgribende end spredning til et begrænset antal personer inden for en privatsfære. De minimis-hensynet stemmer således godt overens med den personlige relation og antallet af involverede personer som afgrænsningskriterier for privatbrugsreglerne inden for både de økonomiske og de ideelle informationsretlige discipliner.

Tilsvarende gælder grundsætningen om *erhvervskriteriet* og dermed profitformål og andre erhvervsmæssige træk som afgrænsningskriterier.

Hverken når informationshandlingen har et profitøjemed eller i øvrigt har erhvervsmæssige træk, der sidestiller handlingen med kommerciel virksomhed, spiller privatlivshensynet bag privatbrugsreglerne en væsentlig rolle. Ønsket om at udstyre individet med et "frirum" inden for sin egen privatsfære kan ikke tillægges samme vægt ved udøvelse af almindelige erhvervsaktiviteter som ved rent private handlinger.

Dommen i U.1999.2057V illustrerer dette. Musik i en frisørsalon blev anset for en offentlig fremførelse, trods frisørens (som var selvmøder) logisk uangribelige argument, at folk kom for at blive klippet, ikke for at høre musik. Havde musikken spillet i baglokalet, ville privatlivshensyn have haft større vægt.

Også håndhævelseshensynet har en vis relevans. Ved en erhvervsmæssig udnyttelse må der generelt antages at være bedre mulighed for at konstatere og retsforfølge eventuelle krænkelser, bl.a. fordi den erhvervsmæssige udnyttelse ofte vil involvere flere parter. Hertil kommer, at erhvervsvirksomhed generelt er underlagt en anden form for kontrol end private aktiviteter, og at der således er en udbredt tradition for og erfaring med kontrol af virksomheder.

At privatbrugsreglen afgrænses af et erhvervskriterium stemmer også godt overens med de minimis-hensynet. En erhvervsmæssig brug må således ofte antages i højere grad at påvirke rettighedshaverens mulighed for selv at opnå den potentielle økonomiske gevinst af de tildelte rettigheder end en ikke-erhvervsmæssig udnyttelse. Dette gælder særligt, hvis brugen har et profitformål, og brugeren således høster, hvor rettighedshaveren har sået. De minimis-hensynet må også antages at spille en vis, men dog nok begrænset rolle, for privatbrugsreglerne inden for de ideelle informationsretsdiscipliner. Det vil således kunne opleves som mere ubehageligt, at behandlingen af ens personoplysninger sker som led i en kommerciel virksomhed. Det vil måske særligt gælde i de dele af verden, som f.eks. Danmark, hvor der generelt er en større tillid til offentlige myndigheder end til private virksomheder. Denne betragtning understøtter, at særligt handlinger med profitformål bør falde uden for privatbrugsområdet.

Endelig stemmer også grundsætningen om *sondringen mellem juridiske og fysiske personer* overens med de identificerede hensyn bag privatbrugsreglerne. Juridiske personer kan per definition ikke have et privatliv, og det ideelle privatlivshensyn, der står centralt i privatbrugsreglerne, kan således ikke tillægges vægt.

Se også om juridiske personers manglende evne til at besidde ideelle rettigheder, kapitel 9.5 nedenfor.

Typisk vil det også være nemmere at konstatere og retsforfølge krænkelser foretaget af juridiske personer, og håndhævelseshensynet har således også relevans. Betragtningerne herom er identiske med det ovenfor anførte om håndhævelseshensynet i erhvervsmæssig virksomhed. Tilsvarende gælder de minimis-hensynet. Det må forventes, at en juridisk persons brug ofte vil være mere omfattende, end en fysisk persons brug.

Også grundsætningerne om *samspillet* mellem disse afgrænsningskriterier stemmer overens med hensynene bag privatbrugsreglerne. Når informationsbrug inden for den snævre privatsfære formentlig anses for privat brug,

selvom den måtte have et profitøjemed, er det i nøje overensstemmelse med privatlivshensynet. Mulighederne for at håndhæve en krænkelse vil tilsvarende være vanskelige, uanset om der er knyttet en betaling til brugen.

c. Samlet konklusion

Den ovenstående sammenstilling af de identificerede grundsætninger og privatbrugshensyn har vist, at der er en direkte sammenhæng mellem grundsætningerne og hensynene. Dette gælder både grundsætningen om eksistensen af en privatbrugsregel og grundsætningerne om den nærmere afgrænsning af denne privatbrugsregel. Hermed er tesen om den horisontale informationsret som ramme for, hvornår der kan opstilles informationsretlige grundsætninger, verificeret på dette område.

Undersøgelserne af forholdet mellem grundsætninger og hensyn indikerer også noget om vægtningen af hensynene. Undersøgelserne viser, at de identificerede afgrænsningskriteriers funktion er at ramme en balance mellem de modsatrettede hensyn, der ligger bag reglerne om informationsrettigheder på den ene side og privatbrugsreglerne på den anden side. Risikoen for, at rettighedshaverens salg af eksempelvis et ophavsretligt beskyttet værk reduceres (og dermed også risikoen for at rettighedshaveren mister incitamentet til at producere informationen), afhænger af, hvor mange personer værket spredes til udenom rettighedshaveren. Jo flere personer der spredes til, med jo større vægt taler incitamentshensynet for, at der ikke foreligger privat brug. Hermed dokumenterer analyserne, at de identificerede afgrænsningskriterier fungerer som *vægtningskriterier* i forhold til de overordnede hensyn. Med dette rummer analyserne af forholdet mellem grundsætninger og hensyn ikke kun en verifikation af tesen om hensynslæren som udgangspunkt for grundsætningerne, men også et systematisk bud på vægtningen af hensynene.

I tilknytning hertil viser undersøgelserne, at det er muligt at opstille informationsretlige grundsætninger om indskrænkninger i de eksklusive informationsrettigheder, når selve undtagelsesreglen er baseret på fælles hensyn, også selvom de bagvedliggende informationsrettigheder er baseret på forskellige hensyn. Som beskrevet i kapitel 4 hviler de økonomiske henholdsvis ideelle informationsrettigheder på forskellige hensyn. På trods af dette gælder de identificerede grundsætninger på tværs af de ideelle og de økonomiske rettigheder. De samme afgrænsningskriterier har relevans for såvel persondatalovens privatbrugsregel, som for privatbrugsreglerne inden for de økonomiske eneretsdiscipliner. At de informationsretlige undtagelsesregler kan være udtryk for tværgående grundsætninger, når de er baseret

på fælles hensyn, selvom de bagvedliggende informationsrettigheder er baseret på forskellige hensyn, er en vigtig pointe, fordi afvisningen af, at der kan bestå fællestræk mellem de enkelte discipliner ofte begrundes med de forskellige hensyn bag informationsrettighederne. Det ovenstående dokumenterer imidlertid, at informationsretten ikke er et enten-eller men et mere-eller-mindre, jf. herom også ovenfor i kapitel 6 og nedenfor i kapitel 10.

5.4. Den praktiske anvendelse af de informationsretlige grundsætninger – eksempler

De informationsretlige grundsætninger kan få betydning ved besvarelsen af retsdogmatiske spørgsmål, hvor svaret ikke umiddelbart følger af de vertikale retskilder. Retspolitisk kan grundsætningerne anvendes ved vedtagelsen af nye retsregler, der som udgangspunkt bør fastsættes i overensstemmelse med de grundsætninger, der måtte gælde på det pågældende område, samt ved den retspolitiske argumentation for ændringer af bestående regler, der strid mod grundsætningerne. I det følgende gives en række praktiske eksempler herpå fra privatbrugsområdet. I afsnit 5.4.1 påvises, at de informationsretlige grundsætninger kan anvendes *retsdogmatisk* til at fastlægge, i hvilket omfang der gælder en privatbrugsregel for de ideelle ophavsrettigheder og for retten til eget billede. På disse to områder kan de vertikale retskilder ikke umiddelbart belyse, hvorvidt der gælder en privatbrugsregel, jf. afsnit 2. I afsnit 5.4.2 påvises, at en række uhensigtsmæssigheder i privatbrugsreglerne kunne have været undgået, såfremt reglerne var blevet indrettet i overensstemmelse med de identificerede grundsætninger. Dette afsnit rummer således eksempler på, hvordan grundsætningerne kan anvendes som led i den *retspolitiske* argumentation.

5.4.1. Ideelle ophavsrettigheder og retten til eget billede

Som anført i afsnit 2 er det uafklaret, om de ideelle rettigheder efter ohl. § 3 til at blive navngivet på et værkseksemplar og til at ændre værkseksemplaret på en krænkende måde er undergivet en privatbrugsregel. Spørgsmålet er som beskrevet omtvistet i teorien. Tilsvarende er det uafklaret, om der gælder en privatbrugsregel for retten til eget billede. Denne uklarhed består, når analysen isoleres (afgrænses vertikalt) til de enkelte discipliner. Tager man derimod udgangspunkt i de informationsretlige grundsætninger, bliver det klart, at der også på disse områder gælder en privatbrugsregel. Med grundsætningerne vil udgangspunktet være, at der består en privatbrugsregel inden for et informationsretligt område, medmindre andet udtrykkeligt

fremgår af en autoritativ vertikal retskilde, jf. herom kapitel 3, eller det kan dokumenteres, at der på dette område gør sig andre hensyn gældende, som afgørende taler mod grundsætningen.

Dette er imidlertid ikke tilfældet. Tværtimod er de identificerede privatbrugshensyn også relevante for retten til eget billede og de ideelle ophavsrettigheder. Betragtningen om, at anvendelsen af informationen inden for privatsfæren kun i ubetydeligt omfang vil skade rettighedshaverens interesser, uanset om disse er økonomiske eller ideelle, gælder også her. Ophængning af en idolplakat på et teenageværelse har åbenbart ikke økonomisk relevans, uanset om den afbildedes portræt i øvrigt har stor markedsværdi. Tilsvarende er den privatlivskrænkelse, der måtte kunne opleves ved, at et billede af en ikke-kendt person eller et delvis overmalet maleri hænges op på et værelse, af beskeden karakter. Også håndhævelseshensyn vil have samme relevans her som på de ovenfor beskrevne lovregulerede områder. Det vil være forbundet med helt samme vanskeligheder at kontrollere krænkelser af denne type rettigheder inden for privatsfæren som krænkelser af andre typer informationsrettigheder. Ligesom det er antaget for de lovregulerede informationsrettigheder, kan det heller ikke antages, at f.eks. et forbud mod at hænge idolbilleder op, vil blive efterlevet. Endelig vil også det privatlivshensyn, der begrunder privatbrugsreglerne, have samme relevans. Fornemmelsen af og modviljen mod at blive kontrolleret inden for sin egen privatsfære vil være den samme, uanset hvilken type af informationsrettighed kontrollen tager sigte på.

Sammenfattende kan det derfor lægges til grund, at grundsætningen om retten til at bruge beskyttet information inden for en nærmere afgrænset privatsfære også vil gælde for de to her omhandlede rettigheder.

Som beskrevet i afsnit 2 antager *Strömholm*, og med ham *Schønning* (der dog har indføjet et "muligvis" i sin 4. udgave af Ophavsretten), at respektretten i ohl. § 3 (forbudet mod krænkende ændringer) ikke er undergivet en privatbrugsregel. Strömholm begrunder dette med risikoen for, at private eksemplarer kan blive bragt ud i omsætningen. Tager man udgangspunkt i de grundsætninger og tilknyttede hensyn, der er identificeret ovenfor, ses, at Strömholms argumentation ikke er dækkende. Med udgangspunkt i de identificerede privatbrugshensyn kan Strömholms argument formuleres således: Betragtningen om, at informationshandlinger i privatsfæren ikke krænker rettighedsehaverens interesser, kan ikke tillægges vægt, da det ændrede værk risikerer at blive spredt ud i offentligheden, hvorved der vil ske en krænkelse. Med denne argumentation tages *for det første* ikke højde for, at dette de minimis-hensyn som påvist ovenfor kun er et blandt flere hensyn, der begrunder privatbrugsreglerne. Både håndhævelseshensyn og privatlivshensyn vil med uændret styrke tale for en privatbrugsregel, uanset om der måtte bestå en risiko for efterfølgende brug uden for privatsfæren. *For det andet* er den af

Strömholm angivne risiko velkendt inden for andre af de informationsretlige discipliner, hvor der stadig gælder privatbrugsregler. At de minimis-hensynet svækkes af en potentiel risiko for efterfølgende anvendelse uden for privatsfæren, er altså en omstændighed, som ikke har hindret privatbrugsregler på andre områder. Forholdet er bl.a. velkendt fra den ophavsretlige beskyttelse af de økonomiske rettigheder og begrunder den begrænsede adgang til privat eksemplarfremstilling af digitale værker. Risikoen har imidlertid ikke ført til et forbud mod privat eksemplarfremstilling, og risikoen er således accepteret ved reguleringen af de økonomiske rettigheder, endog i forbindelse med digitale værker, der kan spredes hurtigt og nemt. Det samme gælder området for ideelle informationsrettigheder. Persondataloven rummer således en privatbrugsregel trods risikoen for, at privat behandling af personoplysning kan spredes i offentligheden. Strömholms betragtning kan derfor ikke føre til det resultat, at forbuddet mod krænkende ændringer ikke skulle være undergivet en privatbrugsregel. Derimod kan betragtningen formentlig bidrage til en vurdering af, hvilken vægt de minimis-hensynet skal tillægges i konkrete situationer.

I tråd hermed antages også de strafferetlige regler om æreskrænkelser i strfl. § 267 at være undergivet en privatbrugsregel, se *Greve m.fl.*, Kommenteret straffelov, Speciel del, 2005, s. 411: "Hvis æreskrænkelsen finder sted i en såkaldt fortrolig kreds, vil Krabbe, s. 614, anse den for straffri i hvert fald for så vidt angår referat af sigtelser, medens Hurwitz, Sp. D. s. 349, også vil anerkende straffrihed for udtalelser fremsat for egen regning i familiekredsen og lignende, når fremsætteren har stolet på, at udtalelsen ikke vil blive givet videre. Under den snævre kreds falder også f.eks. små arbejdspladser".

I engelsk ret gælder beskyttelsen mod krænkede ændringer af ophavsretligt beskyttede værker kun ved tilgængeliggørelse af værket, jf. Copyright Act, Section 80. Engelsk ophavsret indeholder således en eksplicit privatbrugsregel.

Også vurderingen af privatbrugsreglernes nærmere indhold og afgrænsning, kan foretages med udgangspunkt i de identificerede grundsætninger. Dette understreges allerede af, at de privatbrugshensyn, der knytter sig til afgrænsningskriterierne også er relevante for de ideelle ophavsrettigheder og retten til eget billede, jf. ovenfor. På et mere praktiske plan kan det illustreres med et eksempel fra hvert af de to områder.

> Eksempel 1: En privatperson køber en skulptur af en nøgen mand i fuld personstørrelse og påfører skulpturen en attrappenis.

> Eksempel 2: En teenager tager til en koncert et billede af en kendt musiker med sit mobilkamera.

I det første eksempel må der antages at foreligge en krænkende ændring af kunstværket. Det forekommer rimeligt, at køberen kan anbringe skulpturen i sit private hjem, uden at dette udgør en krænkelse af de ideelle rettigheder. Gør køberen omvendt skulpturen tilgængelig for den brede offentlighed ved

at placere den på et offentligt tilgængeligt sted, kan der ikke være tvivl om, at dette ikke omfattes af privatbrugsreglen, og at handlingen derfor krænker kunstnerens ideelle rettigheder. Dette må formentlig også omfatte den situation, hvor køberen sætter skulpturen op i sin have, hvis der er frit udsyn til haven fra offentlig vej. Ønsker køberen at videresælge skulpturen (med den påførte penisattrap), må et salg til nærmeste familie eller venner antages at falde ind under privatbrugsreglen. Udbydes skulpturen til salg til den brede offentlighed, må det modsatte gælde. Hvis skulpturen gøres tilgængelig uden for de nære privatsfære, men dog inden for en nærmere afgrænset personkreds, f.eks. stilles op i en frimærkeklub eller anden lokation, hvor der er begrænset adgang, må det bero på en konkret vurdering, om der foreligger privat brug.

I det andet eksempel vil en kopiering eller videreoverdragelse af billedet efter omstændighederne kunne være en krænkelse af musikerens ret til sig eget billede. Producerer billedoptageren et større antal eksemplarer af billedet og udbyder disse til salg via sin hjemmeside, vil der utvivlsomt foreligge en krænkelse af retten til eget billede, som ikke kan hjemles i privatbrugsreglen. Det samme må antages at gælde, selvom billederne gøres gratis tilgængelige. Når billederne gøres tilgængelige for alle, der ønsker en kopi, vil der ikke foreligge privat brug. Omvendt må kopiering til eget brug på værelse mv. eller til spredning blandt familie og venner være privat brug. Gøres billedet tilgængeligt for en afgrænset personkreds uden for den nære privatsfære, må det formentlig også her bero på en konkret vurdering af, hvem og hvor mange det spredes til. Udbydes billedet til salg uden for den nære privatsfære, foreligger der næppe privat brug, uanset om det kun udbydes til salg til en afgrænset personkreds.

Disse resultater er i overensstemmelse med de grundsætninger om afgrænsningskriterier, der er identificeret i afsnit 5.2. Med det ovenstående er således illustreret, hvordan de informationsretlige grundsætninger kan anvendes i den retsdogmatiske besvarelse af spørgsmål, som de vertikale retskilder ikke giver svaret på.

5.4.2. Manglende erkendelse af de informationsretlige grundsætninger – uhensigtsmæssigheder i retstilstanden

I de ovenstående analyser er der undervejes beskrevet en række uhensigtsmæssigheder i privatbrugsreguleringen inden for de forskellige discipliner. I det følgende skal vises, at disse i det væsentlige kan føres tilbage til en manglende anvendelse af de grundsætninger, der er identificeret ovenfor. Dette gælder særligt grundsætningen om, at den private brug afgrænses af

såvel et offentlighedskriterium som et erhvervskriterium, og grundsætningen om, at privatbrugsreglen ikke omfatter juridiske personer.

En manglende anvendelse af *grundsætningen om, at privatbrugsreglen ikke omfatter juridiske personer,* har ført til uhensigtsmæssigheder inden for flere af disciplinerne. I *erhvervshemmelighedsbeskyttelsen* vil en række juridiske personer efter ordlyden af mfl. § 19, stk. 5, frit kunne udnytte erhvervshemmeligheder, som tredjeparter har erhvervet i strid med reglerne i § 19, stk. 1-4, fordi hæleribestemmelsen i stk. 5 kun omfatter "erhvervsvirksomheder". Med den fortolkning af begrebet "erhvervsvirksomhed", der anlægges i markedsføringsloven, indebærer det, at eksempelvis offentlige myndigheders aktiviteter knyttet til myndighedsudøvelsen ikke omfattes af hæleriforbuddet. Som beskrevet er dette resultat uhensigtsmæssigt og er næppe et udtryk for lovgivers intentioner, hvorfor det allerede *de lege lata* må antages, at begrebet "erhvervsvirksomhed" skal tillægges en bredere forståelse efter mfl. § 19, end efter loven i øvrigt. Dog må dog erkendes, at det ikke er et resultat, som følger af lovens ordlyd eller forarbejder, hvorfor retstilstanden må betegnes som uklar. Dette er en umiddelbar følge af, at bestemmelsen ikke iagttager grundsætningen om, at privatbrugsreglen ikke omfatter juridiske personer.

Problemstillingen gør sig principielt også gældende for *patentretten* og *varemærkeretten*. Også disse bestemmelser begrænser udelukkende den private brug overfor den erhvervsmæssige. For disse discipliner er problemet dog mindre, fordi de ikke, som markedsføringsretten, rummer en fortolkning af begrebet "erhvervsmæssig", der indebærer, at offentlige myndigheders interne aktiviteter skal behandles som "ikke-erhvervsmæssige". Tværtimod fremgår det af forarbejderne til patentloven, at offentlige myndigheder (herunder også forvaltningsudøvelse) og virksomheder, der drives i velgørende eller ideelt øjemed aktiviteter, ikke er omfattet af begrebet "ikke-erhvervsmæssige øjemed". Disse parters aktiviteter har med andre ord et erhvervsmæssigt øjemed i lovens forstand. Dette resultat forekommer som beskrevet ovenfor også rigtigt, men det nødvendiggør en noget anstrengt fortolkning af begrebet "ikke-erhvervsmæssigt øjemed", som efter en naturlig sproglig forståelse, og altså også efter den markedsføringsretlige forståelse, ikke vil omfatte myndighedsudøvelse, rent politiske aktiviteter o.lign. Det vil altid indebære en usikkerhed i retstilstanden, når fortolkningen af et begreb strækkes ud over dets naturlige grænser.

Usikkerheden bliver ikke mindre af, at det i Betenkning angående nordisk patentlovgivning, 1964, s. 146 er lagt til grund, at det patentretlige erhvervsbegreb "nærmest er i

overensstemmelse" med det markedsføringsretlige erhvervsbegreb, som jo netop ikke omfatter myndighedsudøvelse, rent politiske aktiviteter o.lign.

Denne usikkerhed kunne have været undgået, hvis man havde suppleret privatbrugsreglen med den relevante sondring mellem juridiske og fysiske personer.

Inden for *ophavsretten* fastslår ohl. § 2, stk. 4, nr. 2, som nævnt, at offentlig fremførelse omfatter fremførelse i en erhvervsvirksomhed, der finder sted for en større kreds, som ellers måtte anses for ikke-offentlig. Bestemmelsen blev indsat på baggrund af de nordiske musik til arbejdet-afgørelser. En svensk højesteretsafgørelse fra 1959 (optrykt i TfR, 1959, s. 327 ff. og NIR, 1959, s. 68 ff.) havde fastslået, at fremførelse af musik på arbejdspladser ikke havde karakter af offentlig fremførelse. Der var bred enighed om, at fremførelse af musik for et større antal arbejdere burde nyde ophavsretlig beskyttelse. Det behov for en regelændring, som dommen medførte, var en direkte følge af, at den ophavsretlige fremførelse alene fokuserede på offentlighedskriteriet.

Både den danske og den norske Højesteret havde fortolket begrebet offentlig fremførelse således, at det også omfattede musikfremførelse for et større antal medarbejdere (dommene er optrykt i henholdsvis U.1959.269H og NIR, 1953, s. 142 ff.).

Med reglen valgte lovgiver imidlertid at anvende erhvervskriteriet som sondringsgrundlag, hvilket umiddelbart indebærer, at fremførelse i andre former for organisationer og juridiske enheder ikke omfattes af reglen. Konsekvensen af dette vil være, at musik og andre værker kan fremføres for at stort antal medarbejdere hos f.eks. en offentlig myndighed, uden at der skal betales for brugen. Dette forekommer ikke rimeligt, og den svenske højesteret er da som beskrevet ovenfor i en afgørelse fra 1989 også nået til, at den tilsvarende svenske bestemmelse må fortolkes således, at "erhvervsvirksomhed" ("förvärvsverksamhet") også omfatter et offentligt sygehus. Tilsvarende er det i dansk ret antaget, at offentlige institutioner er omfattet af bestemmelsen, jf. *Schønning*, a.st., s. 176. Herved har man med en ganske vidtgående fortolkning af bestemmelsen opnået det resultat, som bestemmelsen selv burde have udtrykt, og som ville være udtrykt, hvis man havde været sig sondringen mellem fysiske og juridiske personer bevidst: at bestemmelsen gælder for juridiske personers fremførelse.

På et mere overordnet plan kan grundsætningen om, at juridiske personer ikke omfattes af privatbrugsreglerne, bruges i en retspolitisk kritik af retstilstanden på det ophavsretlige område. Det ligger i grundsætningens

natur, at den kan fraviges inden for de enkelte discipliner, men omvendt også, at dette kun bør ske, når særlige hensyn gør sig gældende på det pågældende område. Sådanne særlige hensyn ses ikke at gøre sig gældende inden for den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret. Som beskrevet ovenfor taler ingen af de hensyn, der begrunder privatbrugsreglerne, for, at disse skal udstrækkes til juridiske personer, og dette gør sig gældende med samme styrke for den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret, som for de øvrige informationsretlige discipliner. Der foreligger tre nyere højesteretsdomme, alle beskrevet ovenfor, der giver juridiske personer adgang til at fremføre musik under privatbrugsreglen. Ingen af disse afgørelser overbeviser om det rigtige i at udstyre juridiske personer med en sådan ret. I U.1999.210H blev fremførelse i en kommunal ungdomsklub anset for omfattet af privatbrugsreglen. Der synes ikke at være behov for, at en kommune med udgangspunkt i en privatbrugsregel vederlagsfrit skulle kunne afspille musik i ungdomsklubber, ældrecenter mv. Resultatet strider også med den ovennævnte afgørelse fra den svenske højesteret, hvorefter fremførelse på et offentligt sygehus blev anset for offentlig fremførelse. Se også om kritik af denne dom, *Schønning*, Begrebet offentlig fremførelse, NIR, 2001, s. 628 ff. (s. 630 ff.) (”Der er en dansk tradition, der går ud på at have den opfattelse, at den danske Højesteret ikke tager fejl. Ikke mindst efter denne højesteretsdom kan der være anledning til at ændre den danske tradition”). I U.2004.2031H blev en gymnastikforenings fremførelse for et gymnastikhold anset for omfattet af privatbrugsreglen. Principielt må en forenings brug af information kunne betragtes som fysiske personers brug, så længe informationen bruges af foreningens egne medlemmer. At fem privatpersoner arrangerer deres i øvrigt private og lukkede vinklub i en forening, kan ikke i sig selv gøre musikfremførelse ved vinaftener til offentlig fremførelse. Afgørende må derfor være, om foreningen har en sådan størrelse og karakter, at den får et ”selvstændigt” liv ved siden af medlemmernes. Dette kriterium opfyldte gymnastikforeningen, og heller ikke i denne situation, synes der derfor at være rimeligt belæg for at lade foreningen frit bruge rettighedshavernes værker uden betaling. Det er værd at bemærke, at sagen var en 3-2 afgørelse, som i øvrigt gik mod en enig landsret. I U.2007.1581H blev afspilning af musik i en virksomheds lastbiler, kantiner, værksteder mv. anset for omfattet af privatbrugsreglen. Højesterets afgørelse rummer to begrundelser. For det første at det ikke i sig selv udgør en fremførelse, når arbejdsgiveren stiller radio- og tv-apparater til rådighed. Denne betragtning må være et rigtigt udgangspunkt for forståelse af fremførelsesbegrebet. Når arbejdsgiveren stiller en lastbil til rådighed for den ansatte, forekommer

det rigtigt, at det ikke i sig selv kan indebære, at arbejdsgiveren fremfører musik, fordi lastbilen er udstyret med en radio, som den ansatte gør brug af. Udgangspunktet må dog efter min opfattelse fraviges, hvis arbejdsgiverens tilrådighedstillelse af apparatet kun har det ene formål at gøre musik tilgængelig for de ansatte. Dette indebærer, at musikafspilning fra en radio opstillet af arbejdsgiveren i en kantine eller på et værksted må anses for en fremførelse foretaget af arbejdsgiveren, uanset hvem der tænder for apparatet.

Dette har også støtte i EF-Domstolens afgørelse fra 2006, omtalt ovenfor i afsnit 5.1.1.1, hvorefter det blev anset for en offentlig fremførelse (”overføring til almenheden”), at et hotel opstillede tv-apparater på hotelværelserne. I dommen foretog hotellet re-transmission i kabelnet men dette synes ikke at have været afgørende for EF-Domstolens vurdering af, om det i sig selv skulle anses for en fremførelse at stille tv-apparatet til rådighed på værelset.

Dernæst begrunder Højesteret resultatet med, at der altid er mindre end 40 medarbejdere samlet på samme tid, hvor musikken afspilles (lastbiler, kantiner, værksteder mv.), hvorfor fremførelsen hverken er offentlig efter ohl. § 2, stk. 3 eller efter særreglen i ohl. § 2, stk. 4, nr. 2. Denne fortolkning er muligvis rigtig, om end man kan have sympati for landsrettens betragtning om, at den teknologiske udvikling har muliggjort, at der kan stilles musik til rådighed for medarbejdere, selv om de ikke befinder sig i samme lokaler, og at den mere end 40 år gamle bestemmelse i § 2, stk. 4, nr. 2, må fortolkes i dette lys. Den væsentlige pointe på dette sted handler dog ikke om den retsdogmatiske fortolkning af bestemmelsen men om resultatets rimelighed. Efter min opfattelse er der ingen grund til, at en privat erhvervsvirksomhed med hjemmel i en privatbrugsregel skal have mulighed for at stille musik til rådighed for ganske mange medarbejdere uden at betale vederlag herfor. Disse *de lege ferenda* betragtninger understøttes som anført af grundsætningen om, at privatbrugsundtagelsen er forbeholdt fysiske personer, der må antages at udtrykke gældende ret for alle andre privatbrugsregler. Man kan med grundsætningen vende bevisbyrden og stille spørgsmålet: Hvad er det, der gør, at juridiske personer skal kunne foretage privat brug efter den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret, når dette ikke gælder på noget andet område? Denne bevisbyrde synes ikke mulig at løfte.

På tilsvarende vis har en manglende anvendelse af *grundsætningen om, at den private brug afgrænses af såvel et offentlighedskriterium som et erhvervskriterium*, ført til uhensigtsmæssigheder inden for flere forskellige discipliner.

I *ophavsretten* har anvendelsen af offentlighedskriteriet som eneste kriterium bevirket, at privatbrugsreglen ikke kan rumme visse typer af handlinger, som reelt har karakter af privat udnyttelse og som kun har en ubetydelig udnyttelsesintensitet. Det gælder f.eks., hvis en person går syngende ned gennem en gade, og formentlig også, hvis han uden profitformål stiller sig op og fremfører en sang på åben gade. Der er næppe tvivl om, at der vil foreligge en offentlig fremførelse. Der er næppe heller tvivl om, at denne fremførelse ikke kan hjemles i konsumptionsreglen i ohl. § 21, som betinger, at "fremførelsen ikke er det væsentligste ved den pågældende foranstaltning". Kravet om, at fremførelsen skal være accessorisk, vil næppe være opfyldt i det angivne eksempel. Selvom de fleste vel vil mene, at dette er en form for privat udnyttelse, som ikke bør være omfattet af eneretten, bliver det vanskeligt at få udnyttelsen omfattet af privatbrugsreglen, når ohl. § 2 kun bygger på offentlighedskriteriet.

I stedet kan man forsøge at hjemle brugen i en bredere grundsætning om loyal brug, der ikke strider mod rettighedshaverens beskyttelsesinteresser, jf. kapitel 9.4 om de minimis-reglen.

Inden for de *industrielle enerettigheder* har fremkomsten af internettet tydeliggjort, at en privatbrugsmodel, der alene er baseret på erhvervskriteriet, ikke i alle situationer vil være fuldt dækkende. Privatbrugsreglen bygger her på en forudsætning om, at privatpersoners ikke-erhvervsmæssige brug ikke vil kunne skade rettighedshavernes interesser. Internettet har imidlertid gjort det muligt for privatpersoner at få spredt information i form af mishagsytringer, varemærker, forretningshemmeligheder mv. til et meget stort publikum. Derudover er der med internettet opstået en kendetegnsform, domænenavne, som privatpersoner har lige så let ved at tilegne sig som virksomheder og andre organisationer. Internettet har medført en forrykkelse af styrkeforholdet mellem erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende, som de industrielle eneretsdiscipliner ikke er indrettet på. Dette har været særligt udtalt på domænenavnsområdet. Den rene registrering af et domænenavn vil som udgangspunkt ikke udgøre erhvervsmæssig brug, medmindre det kan dokumenteres, at registreringen skete med henblik på en efterfølgende erhvervsmæssig brug, hvilket kan være en vanskelig bevisbyrde at løfte. Der foreligger heller ikke erhvervsmæssig brug, hvis domænenavnet fører til en hjemmeside med privat indhold. Dette bevirker, at kendetegnsreglerne ikke beskytter mod selv klare tilfælde af cybersquatting og registreringer i chikanehensigt. I stedet har man været nødt til at udlede beskyttelsen af almindelige retsgrundsætninger, som i dette tilfælde nærmest er

benyttet i lighed med forholdets natur, jf. afsnit 4.2 ovenfor. Modviljen mod at falde tilbage på almindelige retsgrundsætninger (forstået på fod med forholdets natur) mærkes da også klart i idl. § 12, stk. 1, om registrering og anvendelse af domænenavne i strid med god domænenavnsskik. I bemærkningerne til bestemmelsen anføres, at hensigten med reglen bl.a. er "at give klagenævnet en klar lovhjemmel til at træffe afgørelser baseret på almindelige rimelighedsovervejelser i stedet for at skulle henvise til ´almindelige retsgrundsætninger´ mv. …". Almindelige retsgrundsætninger er navnlig blevet anvendt i de ovennævnte tilfælde, hvor privatpersoner har foretaget chikanøs registrering og anvendelse af domænenavne. Reglen er med andre ord båret af ønsket om at udstrække beskyttelsen til visse former for ikke-erhvervsmæssig brug, som allerede ville have været dækket af kendetegnsreglerne, hvis disse havde inddraget offentlighedskriteriet i deres privatbrugsregler.

Også på området for beskyttelse af erhvervshemmeligheder vil afgrænsningen til den erhvervsmæssige udnyttelse kunne give problemer. Efter mfl. § 19, stk. 5, må erhvervsdrivende ikke benytte erhvervshemmeligheder, som er tilvejebragt af tredjemand i strid med reglerne i § 19, stk. 1-4. Det må tilsvarende antages, at erhvervsdrivende heller ikke må viderebringe sådanne erhvervshemmeligheder, jf. mfl. § 1. Derimod må den ikke-erhvervsdrivende gerne benytte og videregive sådanne erhvervshemmeligheder. Retten til at benytte hemmeligheden skaber næppe problemer. Så snart benyttelsen bliver erhvervsmæssig, vil § 19, stk. 5, finde anvendelse. Derimod er det problematisk, at privatpersoner frit kan viderebringe erhvervshemmeligheder erhvervet i strid med § 19. Med internettet vil det være muligt for en privatperson at udbrede erhvervshemmeligheden til et meget stort antal personer. Det er hverken nødvendigt eller rimeligt, at privatpersoner i alle situationer skal have en sådan ret.

I engelsk ret antages et hæleriforbud at gælde for alle, der i ond tro modtager erhvervshemmeligheder, og således også for privatpersoner, jf. *Bentely & Sherman*, Intellectual Property Law, 2004, s. 1017. Tilsvarende gælder den svenske lag om skydd för företagshemligheter, se lovens § 4.

Dette bliver imidlertid resultatet, når privatbrugsreglen kun afgrænses af erhvervskriteriet.

Eksempler kan også findes inden for *persondataretten*. Som nævnt i afsnit 4.5 er det anført i bemærkningerne til persondatalovens privatbrugsregel, lovens § 2, stk. 3, at reglen kan finde anvendelse, selvom en oplysning spredes til et ubegrænset antal personer. Dette er en afvisning af of-

fentlighedskriteriet. EF-Domstolen har imidlertid med *Lindqvist-sagen* fastslået, at antallet af personer har selvstændig betydning for vurderingen af, om der foreligger privat brug, altså en anerkendelse af offentlighedskriteriet. EF-Domstolens afgørelse kan tiltrædes. Såfremt personoplysninger spredes til et meget stort eller ubegrænset antal personer, kan en sådan spredning ikke falde ind under privatbrugsreglen, blot fordi den udføres af en privatperson, jf. også afsnit ovenfor. Spredning af personoplysninger til et meget stort antal personer er et af kerneområderne for direktivets beskyttelse, og det kan ikke have været hensigten, at privatpersoner frit skulle kunne sprede oplysninger til den brede offentlighed uden at iagttage de krav, der følger af direktivet.

Når de danske lovmotiver (og som beskrevet i afsnit 4.5 tilsvarende de norske forarbejder og det norske datatilsyn) fejlagtigt angiver, at antallet af modtagere ikke i sig selv er afgørende for, om der foreligger privat brug, kan dette føres tilbage til en manglende eksplicit anvendelse af offentlighedskriteriet i persondataretten. Var denne sondring udtrykkeligt erkendt i persondataretten og skrevet ind i den persondataretlige privatbrugsregel på samme måde, som kendes fra ophavsretten, ville disse fejlfortolkninger have været undgået, ligesom dele af Lindqvist-sagen formentlig kunne være afgjort uden domstolsprøvelse.

Analyserne af samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet i afsnit 5.1.3, illustreret ved figuren på s. 233 f., viste, at det navnlig er ved informationsudnyttelsen i den tilfældegruppe, hvor information udnyttes ikke-erhvervsmæssigt i en bred og ubestemt personkreds, at resultatet markant afviger for de forskellige informationsretlige discipliner. Det er her, hvor offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet vanskeligst kan forenes i et fælles samspil. Det er også i denne tilfældegruppe, at de fleste af de ovenstående problemer placerer sig.

I den anden ydersituation, hvor informationen udnyttes inden for privatsfæren i profitøjemed (privat brug efter offentlighedskriteriet, men ikke efter erhvervskriteriet), synes der ikke at foreligge eksempler på uhensigtsmæssige resultater Årsagen hertil er, at erhvervsbegrebet er så fleksibelt, at det rummer plads til offentlighedskriteriet, selv når informationsudnyttelsen har et profitformål, jf. afsnit 5.1.2.4 ovenfor.

Sammenfattende er der, som allerede beskrevet flere steder, ikke tradition for at behandle de informationsretlige discipliner, herunder disses privatbrugsregler, i et horisontalt perspektiv. Når et sådant perspektiv anlægges, toner de informationsretlige grundsætninger frem. De ovenstående eksempler illustrerer de uhensigtsmæssigheder, der kan opstå, når reglerne ikke

indrettes i overensstemmelse med disse grundsætninger og hermed de grundlæggende informationsretlige principper, som grundsætningerne er udtryk for.

5.5. En privatbrugsmodel baseret på de informationsretlige grundsætninger

De informationsretlige grundsætninger om privat brug, der er opstillet i afsnit 5.2, kan sammenfattes i en generel privatbrugsmodel, der som et supplement til grundsætningerne selv kan tjene som inspiration ved retspolitiske overvejelser om udformning eller tilpasning af privatbrugsreglerne. Da modellen også er udtryk for retspolitiske valg, er den ikke velegnet i retsdogmatiske analyser. Her bør alene anvendes de informationsretlige grundsætninger, der netop har karakter af retskilder. Modellen tilsigter ikke at fungere som fælles privatbrugsregel for alle disciplinerne. Som nævnt flere steder, bør der være plads til individuelle forskelle mellem de enkelte discipliner.

Med udgangspunkt i grundsætningerne vil modellen for det første ikke omfatte juridiske personers brug af beskyttet information.

Herefter må med udgangspunkt i grundsætningerne foretages en række sondringer ved fysiske personers behandling af information.

Modellen må give rum for privat brug inden for en *snæver privatsfære*, uafhængigt af, om udnyttelsen har et profitformål eller i øvrigt kan betegnes som erhvervsmæssig.

Har udnyttelsen et *profitformål uden for den snævre privatsfære* foreligger ikke privat brug.

Foreligger *ikke et profitformål* må der sondres mellem den situation, hvor informationen behandles inden for en afgrænset personkreds og den situation, hvor informationen behandles inden for en ubestemt personkreds.

Behandles informationen inden for en *afgrænset personkreds* vil det bero på en konkret vurdering, om informationsbehandlingen har karakter af privat brug. Denne konkrete vurdering vil afhænge af de enkelte underliggende afgrænsningskriterier til offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet som nærmere udviklet ovenfor. Som det ses af illustrationen på s. 233 f., vil et resultat baseret på en konkret vurdering ikke være i overensstemmelse med retstilstanden for de industrielle enerettigheder. Foreligger hverken profitformål eller andre erhvervsmæssige træk, vil brugen være omfattet af privatbrugsreglen inden for de industrielle eneretsdiscipliner, uanset hvilken personkreds informationen udnyttes inden for. Dette vil nok i de fleste tilfælde også være det korrekte resultat. Det kan dog ikke udelukkes, at bru-

gen i nogle situationer har en sådan udnyttelsesintensitet, at den burde være omfattet af eneretten. Dette er f.eks. tilfældet, når en privatperson efter mfl. § 19, stk. 5, modsætningsvis, frit kan sprede en erhvervshemmelighed, som han i ond tro modtager fra en tredjemand, der har erhvervet informationen i strid med reglerne i mfl. § 19, eller når en privatperson registrerer et varemærkeidentisk domænenavn i chikanehensigt, jf. herom afsnit 4.2 ovenfor.

Udnyttes informationen i en *bred og ubestemt personkreds* beror resultatet på, om handlingen har en erhvervsmæssig karakter eller ej. *Har handlingen en erhvervsmæssig karakter* vil udnyttelsen ikke have karakter af privat brug. Der er ikke behov for at give fri adgang til informationsudnyttelse for den, der udnytter informationsrettigheder i den brede offentlighed på en måde, der er i potentiel konkurrence med kommercielle aktører. Dette må også antages at være resultatet *de lege lata* for alle de informationsretlige discipliner, se illustrationen s. 233 f.. *Har handlingen ikke en erhvervsmæssig karakter*, beror resultatet på en konkret vurdering. Dette er i strid med resultatet efter alle de informationsretlige discipliner. Efter ophavsretten og persondataretten foreligger aldrig privat brug i disse situationer, mens der omvendt altid foreligger privat brug efter de industrielle eneretsdiscipliner. En model, der tager udgangspunkt i en konkret vurdering af udnyttelsesintensiteten, lægger sig ikke fast på nogle af disse resultater. For de discipliner, hvor selve informationstilgængeliggørelsen er udnyttelsesintensiv (ophavsret, persondataret og erhvervshemmelighedsbeskyttelsen), vil brugen typisk ikke have privat karakter (her vil vægten således ligge på offentlighedskriteriet). Dette skyldes bl.a., at privatpersoner navnlig med internettets fremkomst, har mulighed for omfattende tilgængeliggørelse. Det modsatte vil gælde for patentretten og varemærkeretten, hvor selve tilgængeliggørelsen af information typisk ikke er udnyttelsesintensiv. Her vil vægten således ligge på erhvervskriteriet. I enkelte tilfælde vil typeforudsætningen briste. Ved privat sang på åben gade, jf. eksemplet ovenfor, vil udnyttelsesintensiteten være så begrænset, at der foreligger privat brug efter denne privatbrugsmodel, uanset om tilgængeliggørelsen sker for den brede offentlighed. Omvendt giver modellen mulighed for at undtage den ikke-erhvervsmæssige udnyttelse af patenter og varemærker fra privatbrugsreglen, når udnyttelsen undtagelsesvis er udnyttelsesintensiv, f.eks. ved registrering og brug af domænenavne og varemærkemisrekommandering.

Med udgangspunkt i den figur, der er anvendt i afsnit 5.1.3, kan samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet i modellen visualiseres på følgende vis:

Generel privatbrugsmodel	Profit	Andre erhvervs-mæssige træk	Ingen erhvervs-mæssige træk
Privatsfære			
Afgrænset kreds			
Ubestemt kreds			

Sammenfattende er den her opstillede model karakteriseret ved følgende grundelementer:

- Juridiske personer ikke omfattet
- Fri udnyttelsesret inden for en snæver privatsfære
- Ingen adgang til udnyttelse med profitformål uden for den snævre privatsfære
- I øvrige situationer en konkret vurdering med udgangspunkt i samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet (dog således at der ikke foreligger privat brug, når informationen udnyttes i den brede offentlighed, og der består en indirekte konkurrencerelation).
- Når der ikke består et samspil mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, fordi de to kriterier står diametralt overfor hinanden (ikke-erhvervsmæssig udnyttelse i den brede offentlighed), vil der som udgangspunkt foreligge privat brug inden for de discipliner, hvor selve tilgængeliggørelsen er udnyttelsesintensiv, men ikke for de øvrige discipliner. For alle discipliner må dog levnes plads for en konkret vurdering af, om udnyttelsesintensiteten medfører en fravigelse af udgangspunktet.

For en umiddelbar betragtning ligger den her opstillede model ikke langt fra de gældende privatbrugsregler. På tre punkter adskiller den sig dog afgørende. For det første udelukker den eksplicit juridiske personer. For det andet tager den eksplicit udgangspunkt i samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet. For det tredje åbner den for en konkret vurdering, når informationen udnyttes ikke-erhvervsmæssigt i den brede offentlighed.

6. Konklusion

Der har ikke været tradition for en horisontal tilgang til privatbrugsreglerne. Kapitlets analyser viser imidlertid, at denne tilgangsvinkel i væsentlig grad kan bidrage til forståelsen af disse regler.

De horisontale analyser påviser, at der kan opstilles en informationsretlig grundsætning om retten til privat brug af beskyttet information. Analyserne har imidlertid vist, at slægtskabet mellem privatbrugsreglerne rækker længere end til at opstille en informationsretlig grundsætning om privat brug. Også de kriterier, der nærmere afgrænser privatbrugsreglens indhold, har relevans på tværs af de informationsretlige discipliner. Analysen har således også dokumenteret eksistensen af en række yderligere informationsretlige grundsætninger om privatbrugsreglernes nærmere afgrænsning.

I tilknytning hertil har analyserne dokumenteret, at en række af de problemer og uhensigtsmæssigheder, der knytter sig til privatbrugsreglerne, såvel retsdogmatisk som retspolitisk, kan forklares med den manglende erkendelse af reglernes horisontale relevans og de heraf udsprungne informationsretlige grundsætninger.

Analyserne har ligeledes påvist et sammenfald i hensynene bag de forskellige privatbrugsregler og en sammenhæng mellem disse hensyn og de identificerede grundsætninger.

Samlet set har analyserne således på privatbrugsområdet verificeret både afhandlingens hovedtese om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger og tesen om den informationsretlige hensynslære som ramme herfor.

KAPITEL 8

Konsumption

1. Indledning

1.1. Konsumptionstyper og konsumptionsbegrebet. Eksemplarkonsumption og informationskonsumption

Ingen af de informationsretlige lovregler indeholder en definition af konsumptionsbegrebet. Varemærkeloven indeholder som den eneste af de informationsretlige love ordet "konsumption". Ordet anvendes som overskrift til vml. § 6, der rummer den varemærkeretlige konsumptionsregel. Selve bestemmelsens ordlyd gør dog ikke brug af ordet. Trods dette, er det utvivlsomt, at alle de immaterialretlige love, og dermed udover varemærkeloven navnlig også ophavsretsloven og patentloven, indeholder konsumptionsregler. De regler, der traditionelt betegnes konsumptionsregler, er regler, som medfører indskrænkninger i rettighederne til det enkelte eksemplar, når eksemplaret er spredt med rettighedshaverens samtykke. Karakteristisk er således, at de konsumerede rettigheder er knyttet til det enkelte eksemplar. Denne type af regler benævnes i det følgende for regler om *eksemplarkonsumption*.

Som allerede beskrevet i kapitel 1 gør Højesteret imidlertid med inspiration i reglerne om eksemplarkonsumption brug af en konsumptionslignende figur i U.2004.2945H, som angik retten til løbende at videresprede fodboldresultater. Sagen angik ikke retten til at videresprede eksemplarer men retten til at videresprede information som sådan. Afgørende for, at retten til at videresprede informationen blev konsumeret, var, at informationen allerede var gjort offentlig tilgængelig med rettighedshaverens accept ("… oplysninger, som allerede er offentliggjort af appellanterne eller med disses samtykke"). Det er en anden form for konsumption, som Højesteret gør brug af i sagen, hvor fokus ikke er på eksemplaret, men på selve informationen. Det er dog ikke svært at se, hvorfor Højesteret har søgt inspiration i reglerne om

eksemplarkonsumption. Mens disse regler indebærer, at rettighedshaveren ikke kan forbyde andre at videresprede et eksemplar, når eksemplaret er spredt med rettighedshaverens samtykke, indebærer den konsumptionslignende figur, som Højesteret opstiller, at rettighedshaveren ikke kan forbyde andre at videresprede en informationsmængde (sportsresultater), når informationen er spredt med rettighedshaverens samtykke. Da fokus her er på selve informationen, benævnes denne figur i det følgende *informationskonsumption*.

I det følgende anvendes derfor betegnelsen *eksemplarkonsumption* om den situation, hvor informationsrettigheder til det enkelte eksemplar fortabes, når eksemplaret spredes med rettighedshaverens samtykke og betegnelsen *informationskonsumption* om den situation, hvor informationsrettigheder til selve informationen fortabes, når informationen spredes med rettighedshaverens samtykke. Konsumptionsbegrebet anvendes som en samlebetegnelse for reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption.

Begrebet er fra tid til anden også blevet brugt i en bredere sammenhæng, navnlig således at konsumption dækker over alle former for indskrænkninger i de lovregulerede informationsrettigheder. Med en sådan sprogbrug bliver konsumptionsbegrebet uden realindhold og denne anvendelse af begrebet må derfor afvises, tilsvarende *Rognstad*, Konsumpsjon og digitale overføringer i *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 447 ff. (s. 451). I overensstemmelse hermed er det også antagelsen i nordisk ret, at konsumptionsbegrebet dækker reglerne om eksemplarkonsumption. Se Rognstad a.st., s. 448: "I nordisk immaterialretsterminologi er betegnelsen ´konsumsjon´ benyttet om de regler som innebærer, at når en varer lovlig er solgt eller på annen måte bragt i omsetning, kan innehavere av immaterialrettigheter ikke påberope seg sine rettigheter for å hindre dens videreomsetning".

1.2. Kapitlets opbygning

Kapitlets grundlæggende spørgsmål er, om der mellem de enkelte konsumptionsregler på tværs af de informationsretlige discipliner kan identificeres horisontale fællestræk og informationsretlige grundsætninger, der kan underbygge tesen om en horisontal informationsret. Dette spørgsmål må besvares ved to selvstændige analyser af reglerne om eksemplarkonsumption henholdsvis informationskonsumption. På trods af de ovennævnte fællestræk er det klart, at der består nogle væsentlige forskelle mellem de traditionelle regler om eksemplarkonsumption og en eventuel regel om informationskonsumption, allerede fordi de førstnævnte regler regulerer retten til en fysisk genstand og den sidstnævnte retten til en ren informationsmængde, jf. også afsnit 3 nedenfor om de forskellige hensyn bag de to regler. Kapit-

let består derfor reelt af to selvstændige analyser, nemlig en horisontal analyse af reglerne om eksemplarkonsumption og en tilsvarende horisontal analyse af reglerne om informationskonsumption. Fællestrækkene mellem de to typer af konsumptionsregler bevirker dog, at der på det materielle plan består et samspil mellem dem. Dette samspil behandles i afsnit 6.3.

Analyserne af reglerne om eksemplarkonsumption henholdsvis informationskonsumption er bygget op på tilsvarende måde som analysen af privatbrugsreglerne i foregående kapitel. Dette betyder, at kapitlet indledes (afsnit 2) med en identificering af konsumptionsregler inden for de enkelte discipliner. Med henblik på at verificere tesen om en informationsretlig hensynslære identificeres i afsnit 3 hensynene bag de enkelte konsumptionsregler. I afsnit 4 analyseres reglerne om eksemplarkonsumption inden for de enkelte discipliner, det vil sige vertikalt. I afsnit 5 analyseres, på tilsvarende vis vertikalt, reglerne om informationskonsumption. I afsnit 6 sammenholdes de vertikale analyser i en horisontal analyse, der først påviser en række informationsretlige grundsætninger på området for eksemplarkonsumption, dernæst en række grundsætninger på området for informationskonsumption og endelig nogle grundsætninger om samspillet mellem disse to typer af konsumptionsregler. I afsnit 7 sammenfattes de konklusioner, der kan udledes af de gennemførte analyser.

Som nævnt er kapitlet bygget op på tilsvarende vis som det foregående kapitel om privatbrugsreglerne. Dette medfører ikke kun, at strukturen er identisk, men også at de metodeovervejelser, der ligger bag privatbrugskapitlet, også ligger bag dette kapitel. Heri ligger for det første, at analyserne på samme måde som analyserne af privatbrugsreglerne fokuserer på de centrale elementer i konsumptionsreglerne. Det er med analyser af de grundlæggende kriterier, at der kan opstilles informationsretlige grundsætninger. Analyserne omhandler endvidere kun indenlandsk konsumption. Spørgsmålet, om konsumptionen er regional eller global, gøres derfor ikke til genstand for behandling. Dette er overvejende et handelspolitisk spørgsmål, som er mindre velegnet som grundlag for en horisontal retsdogmatisk analyse. Herudover besidder spørgsmålet og behandlingen af det en sådan kompleksitet og volumen, at det ville sprænge rammerne for afhandlingen, om det også skulle behandles. At de samme metodeovervejelser, som lå til grund for behandlingen af privatbrugsreglerne, også ligger til grund for dette kapitel, medfører for det andet og væsentligst, at reglerne først skal analyseres vertikalt og dernæst horisontalt for at trække forskellene frem mellem de to metoder, jf. nærmere om disse overvejelser og vanskelig-

hederne ved at opretholde vandtætte skotter mellem den vertikale og den horisontale analyse ovenfor i kapitel 7.1.

2. Eksistensen af konsumptionsregler

Mens der utvivlstomt består et antal regler om eksemplarkonsumption, har der ikke tidligere været fokus på det, der her betegnes informationskonsumption, og der foreligger derfor heller ingen tidligere gennemgang af, hvorvidt der består regler om informationskonsumption på tværs af de informationsretlige discipliner. Højesterets dom i U.2004.2945H er et eksempel på informationskonsumption, men en enkelt dom kan ikke i sig selv tages til indtægt for, at der består en mere generel regel om informationskonsumption. Dette forudsætter, at sådanne regler kan identificeres inden for de øvrige informationsretlige discipliner. I det følgende undersøges, i hvilket omfang der kan identificeres regler om eksemplarkonsumption henholdsvis informationskonsumption inden for de enkelte informationsretlige discipliner.

2.1. Ophavsret

Retten til videresprednin af overdragne eksemplarer fremgår af ohl. § 19, stk. 1:

> § 19. Når et eksemplar af et værk med ophavsmandens samtykke er solgt eller på anden måde overdraget til andre, inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, må eksemplaret spredes videre. Når det gælder videresprednin i form af udlån eller udlejning, finder bestemmelsen i 1. pkt. også anvendelse ved salg eller anden form for overdragelse til andre uden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

Bestemmelsen fastslår, at indehaveren af eksemplaret er berettiget til at videresprede det enkelte eksemplar, når dette er overdraget med ophavsmandens samtykke. Der er således tale om en bestemmelse om *eksemplarkonsumption*.

Bestemmelserne modsvarer med forskellige ændringer konsumptionsreglen i §§ 23 og 25 i 1961-ohl., og ophavsretten har således en lang tradition for en lovfæstnet regel om eksemplarkonsumption. Princippet om eksemplarkonsumption er nu også fæstnet i den EU-retlige regulering, se infosoc-direktivets art. 4, stk. 2, databasedirektivets art. 5, litra c, og softwaredirektivets art. 4, litra c.

Reglerne om eksemplarkonsumption i nordisk ophavsret kan spores tilbage til tysk ophavsret, hvor den først blev udviklet af *Josef Kohler* i starten af 1900-tallet, jf. for en nærmere gennemgang heraf *Rognstad*, Spredning av verkseksemplar, 1999, s. 37 ff.

Tilsvarende indeholder ohl. § 20 en regel om konsumption af visningsretten:

> § 20. Når et værk er udgivet, eller når et eksemplar af et kunstværk af ophavsmanden er overdraget til andre, må de udgivne eller overdragne eksemplarer vises offentligt.

Bestemmelsen sondrer mellem kunstværker og øvrige værker, dvs. litterære værker. Retten til offentlig visning af det enkelte eksemplar af et kunstværk konsumeres, når eksemplaret er overdraget. Dette er således en regel om *eksemplarkonsumption*. Billedet er mindre klart for de litterære værker. På den ene side er det retten til visning af det enkelte eksemplar, der konsumeres. På den anden side udløses konsumptionen ikke nødvendigvis af en overdragelse af det enkelte eksemplar. Konsumption forudsætter "udgivelse", som efter ohl. § 8, stk. 2, foreligger, når et vist antal eksemplarer af værket er spredt blandt almenheden. Som nærmere beskrevet nedenfor indebærer dette et krav om, at værket, dvs. informationen, skal være gjort offentligt tilgængeligt, før konsumptionen indtræder. Dette er netop kriteriet for, at der indtræder informationskonsumption, jf. om begrebsfastlæggelsen ovenfor. Konsumption af visningsretten til det enkelte eksemplar af litterære værker rummer således både elementer af *eksemplarkonsumption* og *informationskonsumption*, jf. nærmere herom nedenfor.

De ophavsretlige regler om konsumption af rettigheder knytter til det enkelte eksemplar suppleres af reglen i ohl. § 21, der indskrænker rettighedshaverens eneret til offentlig fremførelse af udgivne værker:

> § 21. Et udgivet værk, som ikke er et sceneværk eller et filmværk, må fremføres offentligt
> 1) ved lejligheder, hvor tilhørerne eller tilskuerne har adgang uden betaling, hvis fremførelsen ikke er det væsentlige ved den pågældende foranstaltning, og hvis denne ikke finder sted i erhvervsøjemed, og
> 2) når fremførelsen sker til brug ved gudstjeneste eller undervisning.
>
> *Stk. 2*. Bestemmelsen i stk. 1, nr. 2, gælder ikke for fremførelse i radio eller fjernsyn samt for fremførelse i undervisningsvirksomhed, der sker i erhvervsøjemed.

Den eneret, der konsumeres efter § 21, er ikke knyttet til det enkelte eksemplar, men til værket, og det vil sige informationen, som sådan. En forudsætning for, at der indtræder konsumption, er, at værket er udgivet. Som netop beskrevet indebærer dette et krav om, at der er spredt et så stort antal eksemplarer, at værket er gjort tilgængelig for offentligheden. Når *informationen* er gjort tilgængelig for almenheden, mister ophavsmanden (under nærmere angivne forudsætninger) eneretten til yderligere tilgængeliggørelse af *informationen* i form af fremførelse. § 21 rummer med andre ord en regel om *informationskonsumption*.

Da konsumptionsbegrebet som beskrevet ovenfor sædvanligvis anvendes om eksemplarkonsumption, er der ikke tradition for at betegne § 21 som en konsumptionsregel, se dog *Bryde Andersen*, IT-retten, 2005, s. 325 f., og kritisk hertil *Rognstad* i *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 451, note 13. Med de begreber, der er introduceret her, kan alle de tre ophavsretlige regler rummes af konsumptionsbegrebet, men altså som forskellige former for konsumption.

2.2. Varemærket

Varemærkeloven indeholder en konsumptionsregel i § 6, der har følgende ordlyd:

> § 6. Indehaveren af en varemærket kan ikke forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for De Europæiske Fællesskaber under dette mærke.
>
> Stk. 2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis indehaveren har rimelig grund til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.

Bestemmelsen implementerer varemærkedirektivets art. 7 og blev indført med 1991-vml. Den indtil da gældende 1959-vml. rummede kun indirekte en konsumptionsbestemmelse (§ 4, stk. 3). Der var dog ikke tvivl om, at der også før 1991-vml. gjaldt et konsumptionsprincip, jf. bet.199/1958, s. 103.

Der er med ordlyden af § 6 ingen tvivl om, at bestemmelsen rummer en regel om *eksemplarkonsumption*, og dette er også reglens hovedområde: Når en vare påført et varemærke spredes i omsætningen, har erhververen ret til at videreoverdrage varen og dermed også det påførte varemærke.

Det kan overvejes, om bestemmelsen også indeholder en regel om *informationskonsumption*. Det har tidligere været omdiskuteret, om konsumptionsreglen også gav ret til at anvende det pågældende varemærke i reklame for erhvervede varer. Med de senere års praksis fra EF-Domstolen, ligger

det nu klart, at der er en begrænset adgang til at anvende varemærket i reklameøjemed.

Retstilstanden er navnlig fastlagt ved EF-Domstolens afgørelse i *Dior* (sag nr. 337/95) og *BMW* (sag nr. 63/97).

Den ret til at overdrage og i øvrigt bruge varemærket, som følger af § 6, gælder derfor ikke kun for det fysiske eksemplar af varen men altså under visse forudsætninger også for varemærket (informationen) som sådan. Umiddelbart kunne dette give indtryk af, at § 6 også rummer en regel om informationskonsumption, hvilket understøttes af, at denne ret til at anvende varemærket i reklame for salg af varemærkebeskyttede produkter sædvanligvis rubriceres under konsumptionsreglen, jf. afsnit 4.2 nedenfor. Informationskonsumption er imidlertid karakteriseret ved, at rettigheder til en given informationsmængde fortabes, når informationen spredes ud til offentligheden, jf. ovenfor. Det er altså selve spredningen af information, der bliver den konsumptionsudløsende faktor. Dette gælder ikke tilsvarende for retten til at anvende varemærker i reklamesammenhæng. Varemærket (informationen) er allerede spredt i offentligheden, og det er således ikke selve offentliggørelsen, der berettiger til brug af varemærket, men derimod det rimelige behov for at kunne informere markedet om sine ydelser, f.eks. salg eller reparation af varemærkebeskyttede produkter. Retten til at anvende varemærket i reklamesammenhæng udspringer derfor i realiteten ikke af en regel om konsumption, og varemærkeloven indeholder derfor ikke en regel om informationskonsumption. Retten til at bruge varemærket i denne sammenhæng udspringer derimod af en informationsretlig grundsætning om adgang til at informere om sine ydelser, jf. nærmere nedenfor og om denne grundsætning kapitel 9.2.

2.3. Patentret

Patentretten indeholder en konsumptionsregel i pl. § 3, stk. 3, nr. 2, der har følgende indhold:

Eneretten omfatter ikke handlinger angående produkter, som af patenthaveren eller med dennes samtykke er bragt i omsætning her i landet eller i et andet land inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS).

Bestemmelsen blev første gang indført i patentloven med 1978-pl., men et ulovreguleret konsumptionsprincip var allerede fast antaget, og reglen ansås derfor at have karakter af kodificering, jf. *Schovsbo*, Immaterialretsaftaler,

2001, s. 159. I forhold til den oprindelige bestemmelse fra 1978-pl. er det efterfølgende ved en lovændring i 2000 blevet præciseret, at konsumptionen gælder inden for EØS (sidste del af bestemmelsen).

Bestemmelsen giver kun ret til at overdrage og på anden vis udnytte patenterede produkter og er således udelukkende en regel om *eksemplarkonsumption*. At patentloven ikke indeholder en regel om *informationskonsumption* er en umiddelbar følge af patentrettens struktur: Rettighedshaveren får en eneret til at udnytte patentet mod til gengæld at offentliggøre beskrivelsen af opfindelsen. Når eneretten kun omfatter selve udnytttelsen men ikke spredning af information om den ide, der beskyttes, er der heller ikke grundlag for en regel om informationskonsumption.

Nyhedskravet i pl. § 2, hvorefter der kun kan opnås patent på opfindelser, der er nye i forhold til, hvad der var kendt før patentansøgningens indleveringsdag, er imidlertid tæt beslægtet med reglerne om informationskonsumption. Som kendt anses efter § 2, stk. 2, alt, hvad der er blevet almindelig tilgængeligt gennem skrift, foredrag, udnyttelse eller på anden måde. Det antages sædvanligvis, at kravet om almindelig tilgængelighed er opfyldt, når en "større eller ubestemt kreds af personer" har haft mulighed for at blive bekendt med informationen, jf. *Koktvedgaard,* a.st., s. 244 og *Koktvedgaard & Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 99. Dette indebærer, at retten til at udtage patent på en opfindelse fortabes, såfremt opfindelsen (informationen) gøres offentlig tilgængelig, forud for patentansøgningen. Man kunne på baggrund af dette slægtskab mellem reglerne om nyhedskrav i pl. § 2 og reglerne om informationskonsumption rejse spørgsmålet, om ikke pl. § 2 i realiteten er en konsumptionsregel. Ud fra en retssystematisk og terminologisk betragtning må dette dog afvises. Konsumptionsreglerne udgør undtagelsesregler til nærmere definerede enerettigheder, hvor en tredjemand kan behandle informationen uden at krænke rettighedshaverens ret. Nyhedskravet efter pl. § 2 omhandler en situation, hvor der slet ikke etableres enerettigheder. I sit indhold er reglen dog tæt beslægtet med reglerne om informationskonsumption. § 2 regulerer, hvornår informationsspredning medfører fortabelse af en potentiel rettighed, mens informationskonsumptionsreglerne regulerer, hvornår informationsspredning medfører fortabelse af aktuelle rettigheder. Som nærmere beskrevet nedenfor afgrænses nyhedskravet efter § 2 således også af samme overordnede kriterier som informationskonsumptionsreglerne.

2.4. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen i mfl. § 19 rummer ikke en udtrykkelig konsumptionsregel. En konsumptionsregel følger dog indirekte af reglens beskyttelsesområde: § 19 yder eneret til erhvervs*hemmeligheder*. Information, der ville kvalificere til beskyttelse under § 19, mister beskyttelsen, hvis virksomheden gør informationen offentlig tilgængelig, jf. *Caroline Heide-Jørgensen*, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2008, s. 315 og *Borcher & Bøggild*, Markedsføringsloven, 2006, s. 427 samt *Sune*

Troels Poulsen, Loyalitetspligt & erhvervsforbud, 1991, s. 38 f.: "Der kan ikke stilles noget krav om, at det kun er personer inden for virksomhedens rammer, der kender forholdet, men omvendt må det krav stilles, for at det kan bevare sin karakter af erhvervshemmelighed for virksomheden, at de personer uden for virksomheden, der kender forholdet, har en tilknytning til virksomheden, der har nødvendiggjort udbredelsen". Med andre ord: Såfremt virksomheden spreder informationen uden dette er nødvendiggjort af saglige forhold, kan beskyttelsen mistes. Hermed rummer også mfl. § 19 en regel om *informationskonsumption*.

Man kan overveje, om denne situation kan rummes i konsumptionsterminologien. Sædvanligvis vil det kun være nærmere afgrænsede rettigheder, der konsumeres, mens rettighedshaveren i øvrigt bevarer den grundlæggende eksklusive ret til at disponere over informationen. For erhvervshemmelighedsbeskyttelsen er det anderledes. Her indebærer konsumptionen ikke blot en afgrænset indskrænkning til en ret, der i øvrigt består, men at den grundlæggende eneret til erhvervshemmeligheden helt fortabes. I realiteten er der dog kun tale om en gradsforskel. Rettighedsfortabelsen kan være total eller delvis, og den delvise rettighedsfortabelse kan være så omfattende, at den nærmer sig den totale, eller være så begrænset, at den kun har et ganske begrænset anvendelsesområde. Reglen i ohl. § 21 er et eksempel på en snæver regel om informationskonsumption, mens reglen i pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, der beskrives straks nedenfor, er et eksempel på en næsten fuldstændig rettighedsfortabelse, der således i omfang ligger tæt på reglen i mfl. § 19. Selvom man systematisk kan sondre mellem regler, der medfører en fuldstændig fortabelse af den grundlæggende rettighed, og regler der alene udgør en undtagelse til en fortsat bestående rettighed, er der i realiteten tale om en glidende overgang, og alle disse regler, herunder reglen i mfl. § 19, er udtryk for samme grundlæggende betragtning: Når en information er spredt med rettighedshaverens samtykke, fortabes (i større eller mindre grad) rettighederne til den pågældende information. Derfor giver det også mening at behandle dem alle under betegnelsen informationskonsumption.

Mfl. § 19 rummer som udgangspunkt ingen regel om *eksemplarkonsumption*. Hvis en informationsmængde er undergivet beskyttelsen efter § 19, giver bestemmelsen ingen hjemmel til at videregive informationen, fordi den er manifesteret i et fysisk eksemplar, som erhververen ønsker at videreoverdrage. Det er dog næppe et spørgsmål, der har været genstand for særskilte overvejelser ved reglens tilblivelse, og det kan derfor ikke uden videre udelukkes, at overdragelse af et eksemplar undtagelsesvis vil være tilladt, selvom det af eksemplaret er muligt at udlede erhvervshemmeligheder. Spørgsmålet er nærmere behandlet i afsnit 6.2.

2.5. Persondataret

Persondataloven rummer i § 7, stk. 2, nr. 3, en regel om *informationskonsumption*:

> § 7. Der må ikke behandles oplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold og oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold.
>
> *Stk.2.* Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis
>
> 1) …
>
> 2)…
>
> 3) behandlingen vedrører oplysninger, som er blevet offentliggjort af den registrerede

Den ret til at forbyde andres behandling af personoplysninger, der er udgangspunktet efter loven, mistes således, hvis den registrerede selv offentliggør personoplysningerne. Reglen er placeret i § 7, der gælder de særligt personfølsomme oplysninger, men den må som det mindre i det mere også gælde for øvrige former for personoplysninger. Det har formodningen mod sig, at der med reglen skulle etableres en retstilstand, hvor følsomme oplysninger frit kan behandles uden samtykke (men selvfølgelig med respekt af lovens øvrige regler, herunder reglen om datakvalitet i § 5), mens almindelige oplysninger ikke kunne behandles uden samtykke. Det ligger under alle omstændigheder fast, at de såkaldt semi-følsomme oplysninger i § 8 også gribes af konsumptionsreglen, da § 8, stk. 6, udtrykkeligt fastslår, at behandlinger af semi-følsomme oplysninger altid kan finde sted, hvis betingelserne i § 7 er opfyldt. Også dette taler i sig selv for, at det tilsvarende må gælde for almindelige oplysninger efter § 6. Regler i pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, må derfor tages som udtryk for en generel regel om *informationskonsumption* inden for persondataretten

Persondataloven rummer ingen eksplicitte regler om *eksemplarkonsumption*. Hermed faldes tilbage på lovens udgangspunkt. Enhver behandling af personoplysninger, herunder også overdragelse af et fysisk medium hvorpå informationen er lagret, kræver samtykke.

Det skal dog erindres, at loven kun finder anvendelse, hvis behandlingen af oplysninger sker elektronisk eller oplysningerne indeholdes i et register. Modtageren af et brev, der indeholder personoplysninger, vil derfor normalt kunne videreoverdrage brevet uden hensyntagen til persondatalovens regler.

Om dette gælder ubetinget drøftes nærmere i afsnit 6.2.

2.6. Retten til eget billede

Det kan ikke med nogenlunde sikkerhed udledes, af de vertikale retskilder bag den ulovregulerede ret til eget billede, om denne ret er undergivet eksemplarkonsumption eller informationskonsumption. I afsnit 6 vurderes spørgsmålet med udgangspunkt i de resultater, der er udledt af de horisontale analyser.

2.7. Sammenfatning

Den ovenstående gennemgang viser, at der består regler om *eksemplarkonsumption* inden for ophavsretten, varemærkeretten og patentretten, mens der blev identificeret regler om informationskonsumption inden for ophavsretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og persondataretten. At der består regler om eksemplarkonsumption inden for en række af de immaterialretlige discipliner er velkendt, men det kan altså konstateres, at der også gælder regler om informationskonsumption inden for flere af de informationsretlige discipliner. I det følgende identificeres de hensyn, der ligger bag reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption til brug for en verificering af afhandlingens tese om en informationsretlig hensynslære som ramme for eksistensen af informationsretlige grundsætninger.

3. Hensynene bag konsumptionsreglerne

3.1. Reglerne om eksemplarkonsumption

Som netop beskrevet kan der identificeres regler om eksemplarkonsumption inden for ophavsretten, varemærkeretten og patentretten.

Hverken forarbejderne til ophavsretsloven, varemærkeloven eller patentloven beskriver nærmere hvilke hensyn, der ligger bag de respektive konsumptionsregler. Den juridiske teori kan derimod bidrage til at identificere de relevante hensyn.

a. Incitamentshensynet

Det incitamentshensyn, der nærmere er beskrevet i kapitel 4, står ofte centralt i forklaringen af konsumptionsreglen: Når rettighedshaveren har fået en eneret til den første overdragelse af eksemplarerne, har han opnået en så stærk økonomisk udnyttelsesmulighed, at der er skabt det fornødne incitament til informationsskabelsen også uden eneret til efterfølgende spredninger.

Om incitamentshensynets betydning for den ophavsretlige konsumptionsregel, se *Rognstad*, Spredning av verkseksemplar, 1999, s. 169 ff. Hensynet har haft centralt betydning i tysk ophavsret og også som begrundelse for det EU-retlige konsumptionsprincip, jf. Rognstad, a.st., med yderligere henvisninger.

Også inden for patentretten har incitamentshensynet spillet en central rolle i udviklingen af en konsumptionsregel, jf. *Blok*, Patentrettens konsumptionsprincip, 1974, s. 29 f. Blok er dog selv kritisk over for den centrale placering hensynet har indtaget, a.st., s. 30: "Man vil måske sige, at patentretten kun bør sikre en *rimelig* (passende) opfinderbelønning, men hvem kan sige, hvad der skal anses for en rimelig belønning i relation til det opstillede mål: at anspore til opfinderindsats og anmeldelse af opfindelser? Forholdet er snarere det, at ordet ´rimelig´ indicerer, at der gør sig visse modhensyn gældende – modhensyn som gør, at samfundet ikke ensidigt kan satse på patentrettens ansporingsfunktion. Det forekommer derfor rigtigere at forklare den i konsumptionen liggende begrænsning i patentretten ud fra sådanne modhensyn". Bloks kritik rummer to elementer. For det første, at det ikke er muligt nærmere at fastslå, hvilken fortjeneste rettighedshaveren skal oppebære, for at incitamentet til at udvikle opfindelser bevares. Det er rigtigt, at dette ikke kan fastsættes med nogen større præcision, men den skønsbaserede vurdering er en grundpræmis i store dele af juraen, og dette kan ikke i sig selv fratage incitamentshensynet dets betydning. Med udgangspunkt i retsøkonomiske modeller vil det endvidere formentlig være muligt at opstille nogle retningslinjer for vurderingen, jf. herved også kritisk til Bloks kritik *Rognstad*, a.st., s. 172 og *Kolstadt*, Fra konkurransepolitikk til konkurranserett, 1998, s. 439 note 25. Blok fremhæver for det andet, at andre "modhensyn" må forklare konsumptionsreglen og beskriver herefter omsætningshensyn og nogle friere urimelighedshensyn. Omsætningshensynet bør næppe tillægges vægt, jf. straks nedenfor, og de friere urimelighedshensyn er formentlig tæt beslægtet med det informationsfrihedshensyn, som incitamentshensynet fører tilbage til, jf. straks nedenfor. Bloks kritik kan derfor ikke tiltrædes, og det forekommer velbegrundet, at incitamentshensynet også har spillet en central rolle for den patentretlige konsumptionsregel.

Blok anfører endvidere, at incitamentshensynet ikke har betydning for den varemærketlige konsumptionsregel, da varemærketten ikke er begrundet i en belønningstankegang. Selvom belønningsaspektet muligvis ikke spiller samme rolle i varemærketten som inden for de øvrige immaterialrettigheder, har aspektet dog også en betydning i varemærketten,

hvorfor incitamentshensynet også spiller en rolle for varemærkeretten, jf. nærmere kapitel 4. Incitamentshensynet må derfor også spille en rolle for den varemærkeretlige konsumption, tilsvarende formentlig *Schovsbo*, Immaterialretsaftaler, 2001, s. 153 og 186, der behandler incitamentshensynet som værende af generel betydning for de immaterialretlige konsumptionsregler.

Incitamentshensynet indebærer, at rettighedshaverens eksklusive rettigheder ikke bør udstrækkes længere end nødvendigt for at tilsikre det fornødne incitament til informationsskabelsen. En spredning eller anden behandling af det enkelte eksemplar, der ikke fratager rettighedshaveren incitamentet til at skabe informationen, kan derfor ikke begrundes i et incitamentshensyn.

Se tilsvarende *Rognstad*, a.st., s. 172: "Det kan hevdes at opphavsmannen har enerett til spredning i den grad det er nødvendig for å sikre incentiver til fortsatt produksjon. I så fall konsumeres rettighetene i den utstrekning en videre beskyttelse vil gå lenger enn incentivfunksjonen tilsier.

Når det hensyn, der begrunder eneretten – her incitamentshensynet, bliver uden vægt, føres man tilbage til udgangspunktet om *informationsfrihed*.

b. Tingsretlige hensyn

Mens incitamentshensynet er hensyn, som begrunder eneretten, og som derfor peger tilbage til informationsfrihedshensynet, når det ikke tillægges vægt, udgør det tingsretlige hensyn en selvstændig begrundelse for konsumptionsreglen.

Det tingsretlige hensyn udtrykker et ønske om, at ejeren af et fysisk eksemplar også bør kunne udøve en ejers beføjelser over eksemplaret, herunder sælge og i øvrigt videreoverdrage eksemplaret, selvom det rummer beskyttet information. Ejerens ejendomsret til det enkelte eksemplar går forud for rettighedshaverens ret til informationen.

Det tingsretlige hensyn er anerkendt i ophavsretten. I forarbejderne til den norske ophavsretslov fra 1995 har Kulturdepartementet f.eks. anført følgende: "Departementets forslag er her et uttrykk for en avveining mellom opphavsmannens interesser og interessene til eieren av verkseksemplaret. Hensynene som tilsier konsumpsjon er vesentlig av tingsrettslig art i den forstand at med mindre annet er uttrykkelig avtalt, bør en eier kunne disponere på vanlig måte over sitt eksemplar". Se også *Rognstad*, a.st. s. 166 ff. og *Schovsbo*, a.st., s. 153 med yderligere henvisninger til tysk ret.

Også inden for patentretten har det tingsretlige hensyn haft betydning, jf. Schovsbo, a.st., s. 186.

Hensynet må tillægges en tilsvarende betydning inden for varemærkeretten. Også her består der et spændingsforhold mellem ejerens råderet over genstanden og rettighedshaverens ret til informationen.

c. Omsætningshensyn

Et tredje hensyn, som har været fremhævet i begrundelsen af konsumptionsreglen, er hensynet til omsætningens sikkerhed. Hvis rettighedshaveren bevarer eneretten til viderespredning af eksemplarer, vil erhververens videreoverdragelse af et eksemplar være en rettighedskrænkelse med den konsekvens, at rettighedshaveren kan kræve eksemplaret tilbage fra den godtroende erhverver 2. Hermed bliver det en potentiel usikkerhed i markedet, om erhvervede eksemplarer er rettighedskrænkende. Denne usikkerhed fjernes med en konsumptionsregel.

Omsætningshensynet har været fremhævet i ophavsretten hos bl.a. *Rognstad*, a.st., s. 176 og *Schovsbo*, a.st., s. 153 begge med yderligere henvisninger til tysk retsteori.

Hensynet er ligeledes tillagt vægt i patentretten, jf. *Blok*, a.st., s. 30 f., som også afviser, at hensynet til den godtroende aftaleerhverver kunne tilgodeses gennem en ekstinktionsregel, jf. nærmere s. 51 og 54.

Blok fremhæver ligeledes omsætningshensynet i begrundelsen af den varemærkeretlige konsumptionsregel, a.st., s. 33.

Der er grund til at være kritisk over for omsætningshensynet som begrundelse for konsumptionsreglerne. Hvis man antager, at der ikke sker ekstinktion af rettigheder til information, jf. f.eks. for det ophavsretlige område *Blomqvist*, Overdragelse af ophavsrettigheder, 1987, s. 76 med ydereligere henvisninger, skyldes det, at man ønsker, at rettighedshaveren skal vinde ret overfor den godtroende aftaleerhverver. Ved at anvende den manglende ekstinktion som argument for en udvidet konsumptionsadgang, når man til præcis det resultat, som man netop søgte at undgå ved ikke at indføre en ekstinktionsregel. Rettighedshaveren stilles endog endnu ringere, idet det ikke blot er den godtroende aftaleerhverver men også den umiddelbare erhverver, der vinder ret. I samme retning *Palle Bo Madsen*, Ole-Andreas Rognstad: Spredning av verkseksemplar (anmeldelse), NIR, 2000, s. 162 ff. (s. 166 ff.), der anfører, at der ikke bør lægges afgørende vægt på hensynet til tredjeparter, når der ikke er tale om tingsretlig ekstinktion, men om udstrækningen af lovbestemte rettigheder, der sædvanligvis ikke ekstingveres.

d. Kulturpolitiske hensyn

Inden for ophavsretten er også kulturpolitiske hensyn blevet nævnt som et af konsumptionsreglens bagvedliggende hensyn, jf. *Rognstad*, a.st., s. 178. Det anses for et samfundsgode, at kulturelle værker i form af musik, litteratur mv. stilles til rådighed for borgerne, hvilket i sig selv taler for ikke at gøre eneretten for omfattende og dermed også taler for en konsumptionsregel. Dette hensyn, som utvivlsomt er relevant, er dog blot et specialfald af det almindelige informationsfrihedshensyn: Det anses generelt for et samfundsgode, at informationer kan flyde frit, jf. nærmere kapitel 2. I en bredere informationsretlig analyse bliver det kulturpolitiske hensyn derfor en delmængde af informationsfrihedshensynet.

e. Handelspolitiske hensyn

Reglerne om regional og international konsumption begrundes bl.a. ofte med udenrigshandelspolitiske hensyn og et ønske om markedsintegration mellem landene, se f.eks. *Rognstad*, a.st., s. 192. Disse hensyn er utvivlsomt centrale for reglerne om udenlandsk konsumption, men da afhandlingens analyser er afgrænset til indenlandsk konsumption, har de ikke relevans for de følgende analyser.

f. Sammenfatning

Hverken lovforarbejder eller nordisk retspraksis giver meget vejledning i identifikationen af de hensyn, der ligger bag reglerne om eksemplarkonsumption. Alligevel tegner der sig, ikke mindst gennem den nordiske retslitteratur, et nogenlunde klart billede af nogle fælles hensyn, der har relevans inden for både ophavsretten, varemærkeretten og patentretten.

Incitamentshensynet, hvis manglende vægtning viser tilbage til informationsfrihedshensynet, har relevans for både den ophavsretlige, patentretlige og varemærkeretlige konsumptionsregel. Tilsvarende gælder for de tingsretlige hensyn. Som beskrevet er der grund til at være kritisk overfor omsætningshensynet. I det omfang man tillægger hensynet vægt, kan det konstateres, at det har relevans for alle konsumptionsreglerne.

At hensynene bag konsumptionsreglerne gælder på tværs af de enkelte retsområder synes også lagt til grund i litteraturen. *Schovsbo* behandler således konsekvent hensynene under ét som immaterialretlige hensyn, se f.eks. a.st., s. 152 f. og 186. Også *Blok* forudsætter dette. Blok antager som nævnt, i modsætning til hvad der gøres gældende her, at varemærkeretten ikke beror på et incitamentshensyn, og at incitamentshensynet derfor heller ikke kan have relevans for den varemærkeretlige konsumptionsregel. På

baggrund heraf konkluderes, at incitamentshensynet heller ikke inden for patentretten bør tillægges afgørende vægt, a.st., s. 33. Ligeledes inddrager *Rognstad* i sin analyse af de ophavsretlige hensyn analyser fra patentretten bl.a. med henvisninger til Bloks afhandling.

Sammenfattende har den ovenstående analyse vist, at de centrale hensyn bag reglerne om eksemplarkonsumption i det væsentlige er sammenfaldende.

3.2. Reglerne om informationskonsumption

Regler om informationskonsumption kan som beskrevet i afsnit 2 identificeres i ophavsrettens regler om visningskonsumption i ohl. § 20, fremførelse af værker i visse situationer efter ohl. § 21, pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, om den registreredes egen offentliggørelse af oplysninger og erhvervshemmelighedsbeskyttelsen efter mfl. § 19. Også bag disse regler kan der identificeres en række delvis sammenfaldende hensyn.

a. Privatlivs- og personlighedshensyn

Det er en almindelig anerkendt tænkemåde, at det ophavsretlige værk udspringer af ophavsmandens personlighed og derfor nødvendiggør en ideel beskyttelse som supplement til den økonomiske beskyttelse. Denne ideelle beskyttelse rummer en ret for ophavsmanden til selv at bestemme om og i givet fald hvornår, han vil "blotlægge" denne del af sin personlighed for offentligheden. Se nærmere kapitel 4 og således også *Rognstad*, a.st., s. 179 og s. 241: "Saken kan være annerledes der opphavsmannen av forskjellige årsaker ikke ønsker at eksemplarene skal komme ut i offentligheten. Spesielt gjelder dette når det dreier seg om originaleksemplar eller forøvrig et ikke offentliggjort verk. Som forarbejderne viser bør ophavsmannens interesse i selv å bestemme et verks offentliggjøring veie tungt".

Denne anerkendelse kan i nordisk ret spores tilbage til starten af 1900-tallet, se *Eberstein*, Nyare Strömninger på det immateriella rättsskyddets område, 1926, s. 7 f.: "Den drivande kraften, som skapat författarrätten, har varit hänsynen till författarens ekonomiska intresse: att han, förr att tala de gamla författarprivilegiernas språk, skulle själv få ´skörda frukterna av sina mödor och sin nattvaka´. Men efterhand har vid sidan härav också författarens rent personliga intresse blivit självständigt tillgodosett. Redan den ensamrätt, som hänsynen till författarens utkomst förde med sig, gav samtidigt ett visst skydd även för hans personliga intressen, då han i kraft av ensamrätten ju kunde förhindra publicering av ett verk, som han av personliga skäl icke ville offentliggöra, eller m.a.o. ensamrätten gav honom möjlighet även att hemlighålla verket".

Det ligger tilsvarende fast, at privatslivs- og personlighedshensyn spiller en væsentlig rolle for den persondataretlige beskyttelse, jf. kapitel 4.

Privatlivs- og personlighedshensynene taler ikke i sig selv for indførelsen af konsumptionsregler. Tværtimod taler de isoleret set for at tildele rettighedshaveren eksklusive rettigheder, og disse hensyn er da også centrale for tildelingen af de ideelle informationsrettigheder som beskrevet i kapitel 4. Heraf følger imidlertid også, at de eksklusive rettigheder bør indskrænkes i de situationer, hvor privatlivs- og personlighedshensynene ikke tillægges vægt. Når de hensyn, der begrunder tildelingen af eksklusive rettigheder, falder bort, føres man tilbage til udgangspunktet om informationsfrihed. Det er således en væsentlig begrundelse for reglerne om informationskonsumption i ophavsretten og persondataretten, at de privatslivs- og personlighedshensyn, der begrunder de eksklusive informationsrettigheder, ikke skal tillægges vægt. Når rettighedshaveren selv vælger at offentliggøre oplysninger (et ophavsretligt beskyttet værk eller personoplysninger) og dermed vælger at flytte informationen fra privatsfæren til offentlighedsfæren, mister privatlivs- og personlighedshensynene vægt.

b. Incitamentshensyn

Som beskrevet i kapitel 4 står incitamentshensyn centralt i forklaringen af *erhvervshemmelighedsbeskyttelsen*. Som det gjaldt for reglerne om eksemplarkonsumption, gælder derfor også her, at der bør gøres indskrænkninger i de eksklusive rettigheder, når incitamentshensynet mister vægt. Konsumptionsreglen kan ses som udtryk herfor: Når rettighedshaveren selv vælger at offentliggøre de pågældende informationer skabes en formodning for, at erhvervshemmeligheden har udtømt sin værdi, og at rettighedshaveren derfor har opnået den potentielle gevinst ved hemmeligheden. Hermed mister incitamentshensynet sin vægt, hvilket leder tilbage til grundsætningen om informationsfrihed, jf. ovenfor. Dette vil dog ikke gælde med fuld styrke, når rettighedshaveren er nødsaget til at offentliggøre hemmeligheden, f.eks. fordi den kan udledes af det produkt, som rettighedshaveren sender på markedet, jf. nærmere om sådanne tilfælde af reverse engineering nedenfor i afsnit 5.2.

Derimod har incitamentshensynet ikke betydning for reglerne om informationskonsumption i *ophavsretten* og *persondataretten*. Disse regler er af ideel karakter og incitamentshensynet begrunder alene de økonomiske rettigheder.

c. Omsætningshensyn

Som beskrevet ovenfor er der grund til at være kritisk overfor at tillægge *omsætningshensyn* vægt ved forklaringen af reglerne om eksemplarkonsumption. Hvis man vælger at tillægge hensynet vægt, har hensynet i princippet også relevans for reglerne om informationskonsumption. Behovet for sikkerhed for ikke at miste brugsretten til en erhvervet informationsmængde er den samme, uanset om informationsmængden manifesteres i et eksemplar eller ej og uanset om en indsigelse støttes på økonomiske eller ideelle rettigheder.

Uanset dette vil omsætningshensyn under alle omstændigheder ikke have betydning for hovedparten af informationskonsumptionsreglerne.

Efter mfl. § 19, stk. 5, må erhvervsdrivende ikke udnytte en erhvervshemmelighed, hvis kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med reglerne i § 19. Denne hæleribestemmelse gælder imidlertid kun, hvis erhververen var i ond tro, jf. nærmere nedenfor. Informationen kan derfor frit udnyttes, hvis erhververen var i god tro, og hermed gælder i realiteten en form for ekstinktionsbestemmelse for erhvervshemmeligheder. Af denne grund kan omsætningshensynet ikke tillægges vægt, eftersom omsætningshensynet netop er begrundet i fraværet af ekstinktionsregler, jf. ovenfor.

Når omsætningshensynet heller ikke vil have relevans for ohl. § 21, skyldes det, at omsætningshensynet forudsætter, at der kan ske en spredning af informationen gennem flere led. I modsat fald består der ikke den godtroende aftaleerhverver, som omsætningshensynet søger at beskytte. Spredning af information gennem flere led forudsætter enten, at informationen er lagret på et fysisk medium, der er egnet til viderespredning, eller at informationen har karakter af ren information, som er velegnet til lagring i den menneskelige hjerne, således at informationen kan videregives gennem det talte sprog. Ved fremførelse af et værk sker spredning ikke gennem overdragelse af et fysisk medium, og værkerne omfattet af ohl. § 21, primært musikværker og litterære værker, egner sig sjældent til mere permanent lagring i den menneskelige hjerne. I praksis vil det derfor sjældent kunne lade sig gøre at videresprede det værk, som tilhøreren har tilegnet sig ved fremførelsen.

Da persondatarettens regler næppe er baseret på personoplysninger som et omsætningsgode, kan omsætningshensynet heller ikke tillægges vægt her.

d. Tingsretlige hensyn

Det tingsretlige hensyn står centralt i forklaringen af reglerne om eksemplarkonsumption, jf. ovenfor. Hensynet er imidlertid uden betydning for reglerne om informationskonsumption, der netop ikke regulerer overdragelse af det enkelte fysiske eksemplar, som det tingsretlige hensyn er knyttet an til.

e. Sammenfatning

Lovforarbejderne til reglerne om informationskonsumption gør det ikke muligt med sikkerhed at udtale sig om de hensyn, der ligger bag reglerne. På trods heraf forekommer det muligt at tegne et overordnet billede af graden af hensynssammenfald mellem de enkelte regler.

De ideelle privatlivs- og personlighedshensyn, der begrunder persondataretten og (delvis) ophavsretten mister vægt, når informationen offentliggøres af rettighedshaveren. Den manglende vægtning af hensynene bag informationsrettighederne fører tilbage til det grundlæggende informationsfrihedshensyn.

Den manglende vægtning af incitamentshensynet, som var centralt for reglerne om eksemplarkonsumption, må ligeledes antages at have relevans for konsumptionsreglen i mfl. § 19 men ikke for de ideelt betingede informationskonsumptionsregler i ophavsretten og persondataretten.

Som angivet ovenfor, er der grund til at være kritisk over for omsætningshensynet, men hvis man anerkender hensynet, kan det i princippet også have betydning for reglerne om informationskonsumption. I praksis vil hensynet dog have meget begrænset relevans for informationskonsumptionsreglerne, da det hverken kan tillægges vægt i erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, persondataretten eller efter ohl. § 21.

Selvom der for en umiddelbar betragtning består en grundlæggende sondring mellem hensynene bag de ideelt funderede konsumptionsregler i ophavsretten og persondataretten på den ene side og den økonomisk funderet konsumptionsregel i mfl. § 19 på den anden side, er forskellen reelt begrænset. Som beskrevet ovenfor fører disse forskelligheder tilbage til samme grundlæggende hensyn. Reglerne er alle i væsentlig grad funderet på manglende vægtning af hensyn, der i øvrigt begrunder de eksklusive informationsrettigheder (incitamentshensyn for erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og privatlivs- og personlighedshensyn for persondataretten og ophavsretten), hvilket i alle tilfælde fører tilbage til det grundlæggende princip om informationsfrihed. Der er endvidere det lighedstræk, at ingen af reglerne er baseret på det tingsretlige hensyn, der spiller en central rolle for

reglerne om eksemplarkonsumption. Hvor sidstnævnte regler netop regulerer behandlingen af det fysiske medium, hvorpå informationen er lagret, er reglerne om informationskonsumption medieuafhængige og det tingsretlige hensyn derfor uden betydning.

4. Det nærmere indhold af reglerne om eksemplarkonsumption

4.1. Ophavsret

Som beskrevet i afsnit 2 rummer ohl. § 19 en regel om eksemplarkonsumption af spredningsretten. Konsumption af visningsretten efter ohl. § 20 rummer ligeledes en regel om eksemplarkonsumption for kunstværker, mens konsumption af visningsretten efter ohl. § 20 synes at kombinere eksemplarkonsumption og informationskonsumption: På den ene side er det offentliggørelse af information, der udløser konsumption (informationskonsumption), på den anden side er de konsumerede rettigheder knyttet til det enkelte eksemplar (eksemplarkonsumption). Ser man på den konsumptionsudløsende faktor, er det således kun ohl. § 19 og § 20 i relation til kunstværker, som er baseret på en regel om eksemplarkonsumption. I det følgende tages udgangspunkt i disse bestemmelser.

De grundlæggende betingelser for konsumption af spredningsretten efter ohl. § 19 er, at der 1) skal foreligge et "eksemplar" af værket, der 2) er "solgt eller på anden måde overdraget", og dette skal 3) være sket med ophavsmandens samtykke. Efter ohl. § 20 konsumeres retten til offentlig visning af eksemplarer af kunstværker, når eksemplaret er overdraget til andre. Denne regel bygger således på et eksemplarkriterium og et overdragelseskriterium på samme måde som § 19. Selvom det ikke udtrykkeligt fremgår af ordlyden, er det tilstrækkeligt, at overdragelsen henholdsvis udgivelsen gennemføres af en anden end ophavsmanden, når blot det sker med ophavsmandens samtykke, jf. bet. 1197/1990, s. 161 og *Schønning*, Ophavsretsloven, 2008, s. 322. Sammenfattende bygger begge regler således på et overdragelseskriterium, et samtykkekriterium og et eksemplarkriterium.

I det følgende gennemgås først overdragelseskriteriet, dernæst samtykkekriteriet og endelig eksemplarkriteriet. Afslutningsvis beskrives hvilke handlinger, konsumption giver ret til, når de anførte kriterier er opfyldt.

4.1.1. Overdragelseskriteriet

Overdragelseskriteriet som udløsende konsumptionsfaktor for spredningsretten er af nyere dato i ophavsretten. Frem til 1992 gjaldt udelukkende et udgivelseskriterium, hvorefter konsumption først indtrådte, når værket var udgivet på samme måde, som det gælder efter ohl. § 20 for andre værker end kunstværker. Det afgørende var derfor, om værket var bragt i handelen eller på anden måde spredt blandt almenheden, jf. ohl. § 8, stk. 2. Med 1992-ohl. blev udgivelseskriteriet erstattet af et overdragelseskriterium for så vidt angår edb-programmer. Hermed implementeredes art. 4, litra c, i softwaredirektivet (dir. 250/1991), der foreskriver overdragelseskriteriet som konsumptionsudløsende faktor for edb-programmer. Låne/lejedirektivet (dir. 92/1992) foreskrev tilsvarende, at konsumption af de nærtstående rettigheder skulle afgøres af et overdragelseskriterium, jf. art. 9, stk. 2. Man var derfor i en situation, hvor forskellige handlinger (udgivelse henholdsvis overdragelse) var afgørende for, om der indtrådte konsumption for forskellige typer af værker. Dette blev anset for uhensigtsmæssigt, bl.a. fordi nogle værker både kunne indeholde § 2-værker og frembringelser, der havde karakter af nærtstående rettigheder (lydoptagelser mv.), jf. f.eks. *Bender*, Edb-rettigheder, 1998, s. 317 og fra norsk ret *Rognstad*, a.st., s. 208. Med 1995-ohl. blev konsumptionsreglerne derfor ændret, så overdragelseskriteriet er afgørende for konsumption af spredningsretten for alle værkskategorier.

Det følger af forarbejderne til § 19 i 1995-ohl., at udtrykket "overdragelse" dækker over salg, gave og "lignende former for endelig overdragelser af ejendomsretten", FT 1994-95, Tillæg A, s. 1352. Afgørende er således, om der sker en endelig overdragelse af ejendomsretten, forstået som ejendomsretten til det fysiske medium, hvorpå den ophavsretligt beskyttede information er lagret. I de nævnte situationer, salg og gave, vil der typisk ikke være tvivl om, at der er sket en endelig ejendomsoverdragelse. Tilsvarende vil der ikke være tvivl om, at sædvanligt udlån og udleje ikke medfører en endelig ejendomsoverdragelse. I en række situationer er svaret dog mindre klart.

Særligt har *mellemmandssituationer* givet anledning til tvivl. *Rognstad* har indgående drøftet, om overladelse af varer i *kommissionsforhold* udløser konsumption, a.st., s. 230 ff. Rognstad anerkender, at et sådant forhold ikke nødvendigvis vil udløse overgang af ejendomsretten i sædvanlig formueretlig forstand men lader den mulighed stå åben, at der kan opstilles et særligt ophavsretligt ejendsomsrettighedsbegreb, hvorefter der indtræder konsumption. Dette skulle bl.a. ske med henblik på at beskytte den godtroende aftaleerhverver. Denne fortolkning synes tvivlsom, i hvert fald for dansk ret,

hvor forarbejderne til § 19 udtrykkeligt fastslår, at ejendomsrettens overgang er (ene)afgørende for, om der sker konsumption.

I de norske forarbejder angives eksempler, hvor der indtræder konsumption, selvom der ikke foreligger ejendomsovergang i traditionel forstand (pantsætning), og hvor der omvendt ikke indtræder konsumption, selvom der foreligger ejendomsovergang i traditionel forstand (arv). På denne baggrund giver den norske lov muligvis bedre rum for en anden – ophavsretlig – forståelse af ejendomsretsbegrebet end den sædvanlige formueretlige forståelse.

Se også kritisk til Rognstads fortolkning, *Palle Bo Madsen*, Ole-Andreas Rognstad: Spredning av verkseksemplar" (anmeldelse), NIR, 2000, s. 162 ff., (s. 166 ff.), der bl.a. som nævnt ovenfor anfører, at der ikke bør lægges afgørende vægt på hensynet til tredjeparter, når der ikke er tale om tingsretlig ekstinktion men om udstrækningen af lovbestemte rettigheder, der sædvanligvis ikke ekstingveres.

Det må i overensstemmelse hermed antages, at overladelse af værkseksemplarer i kommissionsforhold ikke udløser konsumption.

Det må tilsvarende antages, at *pantsætning* af værkseksemplarer ikke anses for overdragelse i § 19's forstand og derfor heller ikke udløser konsumption. Pantsætningen udløser ikke i sig selv en overgang af ejendomsretten. På det tidspunkt, hvor betingelserne for pantets realisering indtræder, vil der derimod ske en rettighedsovergang og dermed en konsumption af spredningsretten.

Konsumption forudsætter, at overdragelsen af værkseksemplaret sker med rettighedshaverens samtykke, jf. også nedenfor. Når rettighedshaveren pantsætter et værkseksemplar, må heri også ligge et samtykke til den efterfølgende realisering. Muligheden for realisering er selve meningen med pantsætningsinstituttet. Tilsvarende *Palle Bo Madsen,* a.st., s. 167 men anderledes *Rognstad,* a.st., s. 248, som derfor mener, at dette taler for at anse selve pantsætningen for en konsumptionsudløsende overdragelse. Denne løsning er udtrykkeligt antaget i de norske forarbejder.

Det må lægges til grund, at begrebet "overdragelse" af kunstværker efter ohl. § 20 skal forstås på samme måde som efter ohl. § 19, jf. *Schønning*, a.st., s. 322. Derimod vil overdragelseskriteriet for eksemplarer af litterære værker følge kravene til "udgivelse", hvilket indebærer, at der også foreligger den fornødne overdragelse ved udlån, udleje mv., jf. nærmere herom afsnit 5.1 nedenfor.

4.1.2. Samtykkekriteriet

Samtykkekravet fremgår som beskrevet direkte af ordlyden af konsumptionsbestemmelsen i § 19.

Det er åbenbart, at samtykkekriteriet kun får relevans, når den første overdragelse foretages af andre end ophavsmanden selv. Denne situation kan opstå på to måder. For det første ved at ophavsmanden foretager en overgivelse af eksemplaret, som ikke har karakter af en "overdragelse" i § 19´s forstand. For det andet ved, at eksemplaret fremstilles af en tredjepart, som herefter foretager den første overdragelse. Det er helt sædvanligt, at eksemplarfremstilling og første overdragelse foretages af tredjeparter, f.eks. bogforlag, pladeselskaber mv.

Det er ikke i forarbejderne til de ophavsretlige konsumptionsregler nærmere angivet, hvilken karakter samtykkekriteriet har, herunder særligt, om det følger den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære, eller om begrebet har en selvstændig ophavsretlig karakter. Den manglende omtale i forarbejderne taler nærmest for den førstnævnte forståelse. Skulle begrebet tillægges en helt særegen forståelse, ville det have været naturligt nærmere at redegøre for begrebet i lovteksten eller i forarbejderne på samme måde, som det kendes fra persondataloven, hvor begrebet er defineret i selve lovteksten, jf. afsnit 5.3.2 nedenfor. Spørgsmålet har ikke været genstand for nærmere behandling i den danske litteratur, men for norsk ret antager *Rognstad* ligeledes, at begrebet må undergives en aftaleretlig forståelse: "Spørgsmålet om hva som utgjør et samtykke i opphavsrettslig forstand må avgjøres med udgangspunkt i alminnelige avtalerettslige prinsipper om bindende utsagn (vedtakelsesproblemet), f.eks. med hensyn til om samtykke foreligger ved passivitet og konkludent atferd", Rognstad, a.st., s. 275.

Frem til infosoc-direktivet forekom det derfor berettiget at lade den nærmere afgrænsning af samtykkekriteriet tage udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære. Med indførelsen af infosoc-direktivet må dette udgangspunkt dog anses for ændret. infosoc-direktivet indeholder som nævnt i art. 4, stk. 2, en konsumptionsregel, der foreskriver spredningskonsumption, når eksemplaret er spredt med ophavsmandens samtykke. EF-Domstolen har i en sag om konsumption af varemærkerettigheder, *Davidoff*-sagen, omtalt nedenfor i afsnit 4.2.3, fastslået, at samtykkekravet i varemærkedirektivet skal forstås som et selvstændigt varemærkeretligt begreb, idet en national (aftaleretlig) forståelse af begrebet ville stride med EU-rettens grundlæggende harmoniseringsprincip. Dette synspunkt må gælde helt tilsvarende på det ophavsretlige område og dermed føre til, at samtykkekriteriet efter infosoc-direktivet er et særegent ophavsretligt be-

greb. Der foreligger endnu ingen retspraksis fra EF-Domstolen, der fortolker begrebet. Som det fremgår af Davidoff-sagen, er der dog næppe stor forskel på den forståelse af samtykkebegrebet, som domstolen lægger til grund, og den der følger af en nordisk aftaleforpligtelsesmodel. Den konklusion må antages at gælde tilsvarende på det ophavsretlige område, både i relation til ohl. §§ 19 og 20.

4.1.3. Eksemplarkriteriet

Konsumption efter ohl. §§ 19 og 20 angår retten til at sprede og vise eksemplarer af værket. Hermed er traditionelt udtrykt en grundlæggende sondring mellem rettigheder knyttet til det enkelte eksemplar manifesteret på et fysisk medium og rettigheder knyttet til selve værket. Eksemplarkriteriet har ikke tidligere givet anledning til grænsedragninger af betydning og er derfor også næsten uomtalt i ældre litteratur. Dette har ændret sig med indførelsen af den digitale netværksteknologi. Med denne teknologi kan et værkseksemplar, f.eks. en film, et musikværk eller et litterært værk, overdrages uden samtidig overdragelse af et fysisk medium. Overførslen af værket forudsætter fortsat et fysisk medium, f.eks. en harddisk hvortil værket i digital form downloades, men altså ikke overdragelse af det fysiske medium. Dette rejser spørgsmålet, om en sådan overførsel opfylder eksemplarkriteriet.

Spørgsmålet er besvaret i infosoc-direktivet. Direktivets art. 3 tillægger ophavsmanden eneret til trådbunden eller trådløs overføring af værker til almenheden. Bestemmelsen tager særligt sigte på de såkaldte *on demand*-overføringer men vil gælde for alle digitale netværksoverførsler. I art. 3, stk. 3, anføres, at eneretten efter stk. 1 og 2 ikke udtømmes ved en overførsel. Der indtræder med andre ord ikke konsumption ved overførsel i digitale netværk. Dette er yderligere specificeret i direktivets præambel 29: ”Spørgsmålet om konsumption er ikke relevant i forbindelse med tjenester, herunder især onlinetjenester. Det er heller ikke relevant ved fysisk kopiering af et værk eller en anden frembringelse foretaget af en bruger af en sådan tjeneste med rettighedshaverens samtykke. … I modsætning til cd-rom eller cd-i, hvor de intellektuelle ejendomsrettigheder er indeholdt i et fysisk medium, nemlig en vare, udgør alle onlinetjenester i realiteten en handling, der kræver tilladelse, når det er foreskrevet efter de ophavsretlige regler eller reglerne vedrørende den beslægtede ret”. Denne betragtning knytter sig ikke særskilt til art. 3 om eneretten til overførsel men har også relevans for art. 4 om spredning. Heller ikke spredningsretten konsumeres, hvis ikke der overdrages et fysisk eksemplar. Heraf følger, at brugeren

hverken kan videreoverdrage det digitale eksemplar eller lagre det på et fysisk medium (f.eks. papir eller dvd-skive) og videreoverdrage dette fysiske eksemplar uden ophavsmandens samtykke. Ifølge bemærkningerne til ohl. § 19 i 2002-ohl., der implementerer infosoc-direktivet, svarer denne retstilstand til dansk ret forud for implementeringen.

Retstilstanden er den samme for databaser efter databasedirektivet. Det følger af præambel 33 henholdsvis 43, at konsumptionsretten for ophavsretlige beskyttede databaser efter art. 5(c) og for sui generis beskyttede databaser efter art. 7, stk. 2(b) ikke gælder for online-databaser. Ordlyden af præambel 29 i infosoc-direktivet er en næsten ordret gentagelse af disse to præambler. Det fremgår ikke af softwaredirektivet, om konsumptionsreglen for edb-programmer i direktivets art. 4(c) også gælder for programmer, der overføres i digitale netværk. Med den retstilstand, der er lagt til grund i databasedirektivet og infosoc-direktivet, er der næppe tvivl om, at EF-Domstolen i en eventuel sag, ville komme til, at konsumptionsreglen heller ikke gælder for digital overførsel af edb-programmer.

I sit udgangspunkt er denne retstilstand rimelig. Overdragelsen af det fysiske eksemplar kan kun ske en gang og rummer allerede af den grund en beskyttelse af ophavsmandens økonomiske interesser. Et digitalt eksemplar overført fra f.eks. en hjemmeside ville i princippet kunne videreoverdrages et uendeligt antal gange. Endvidere kan man pege på, at de tingsretlige hensyn bag konsumptionsreglen, jf. afsnit 3 ovenfor, ikke på samme måde gør sig gældende for online-eksemplarerne. I nogle situationer minder online-overførslen imidlertid så meget om fysisk overførsel, at den store forskel i retstilstanden bliver urimelig. Det er f.eks. ikke rimeligt, at den, der downloader et edb-program fra producentens hjemmeside og selv lagrer programmet på en cd eller anden flytbar hukommelsesenhed, ikke kan videresælge denne, blot fordi han ikke har købt eksemplaret i en fysisk butik. Den meget kategoriske opdeling, der nu er skabt med direktiverne, har derfor berettiget været udsat for omfattende kritik, se f.eks. *Rognstad*, Konsumpsjon og digitale overføringer i *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 447 ff., *Koktvedgaard*, Lærebog i immaterialret, 2005, s. 127, *Schønning*, Ophavsrettens grundbegreber, NIR, 2003, s. 527 ff. (s. 530) og *Tai*, Exhaustion and Online Delivery of Digital Works, EIPR, 2003, s. 207 ff. Denne kritik er dog grundlæggende af retspolitisk karakter trods Rognstads prisværdige forsøg på at afværge uhensigtsmæssighederne gennem en delvis aftalebaseret model, og retsdogmatisk må resultatet fastholdes, indtil en ændring på direktivplan gennemføres.

4.1.4. Handlinger omfattet af konsumption

Konsumptionsreglerne efter ohl. §§ 19 og 20 giver ret til *spredning* og *visning* af værkseksemplaret. § 19, stk. 2 og 3, rummer nærmere begrænsninger i den frie ret til spredning, således at udleje generelt og udlån af digitale værker som udgangspunkt ikke omfattes af konsumption. Konsumptionsreglerne indebærer ingen ret til at foretage *eksemplarfremstilling* af overdragne værker.

Se hertil også afgørelsen af fra den tyske Bundesgerichtshof omtalt i IIC, 2006, s. 489 ff., hvor det blev fastslået, at konsumption af retten til spredning af en database kun gjaldt det erhvervede eksemplar men ikke retten til kopiering ("extraction") af databasens indhold.

Eneretten til *fremførelse* er undergivet en begrænset konsumption af informationsrettigheder som nærmere beskrevet nedenfor. Derimod er eneretten til *eksemplarfremstilling* ikke undergivet konsumption.

4.2. Varemærkeret

Den varemærkeretlige konsumption efter vml. § 6 kræver, 1) at "varen" er "markedsført" og 2) at dette er sket af varemærkeindehaveren eller med dennes "samtykke". I det følgende beskrives først markedsføringskriteriet, dernæst varekriteriet og endelig samtykkekriteriet.

4.2.1. Markedsføringskriteriet

Lovbemærkningerne til vml. § 6 er ganske kortfattede og fastslår blot, at bestemmelsen implementerer varemærkedirektivets art. 7, og at bestemmelsens nærmere indhold i øvrigt må udledes af fremtidig retspraksis på grundlag af EF-Domstolens fortolkning af art. 7. Hverken markedsføringskriteriet eller samtykkekriteriet er således nærmere beskrevet i forarbejderne. Dette har i en årrække uundgåeligt ført til en vis usikkerhed om, hvad der nærmere ligger i kravet om "markedsføring".

Det har – i overensstemmelse med en almindelig sproglig forståelse af begrebet – været den almindelige antagelse, at "markedsføring" forudsætter en eller anden form for kontakt med markedet, og at selve produktionen af en vare derfor ikke indebærer, at varen er "markedsført", jf. *Palle Bo Madsen*, Peak Holding – om markedsføring som konsumptionsudløsende faktor, U.2005B.69 ff. (s. 69). Spørgsmålet er herefter hvilken form for kontakt med markedet, markedsføringskravet indebærer. Det var længe den herskende opfattelse, at det afgørende var, om varen var udbudt til salg på det åbne marked, således at den var gjort tilgængelig for det almene købende

publikum, jf. *Koktvedgaard*, Lærebog i Immaterialret, 2005, s. 386 (og ligeledes tidligere udgaver af samme værk), *Koktvedgaard & Wallberg*, Varemærkeret, 2004, s. 128, *Schovsbo*, Samtykke til parallelimport af mærkevarer – EF-Domstolens afgørelse i *Davidoff*-sagen, U.2002B.5 ff., (s. 5) og samme, "Samtykke" og konsumption – samtykkekriteriet i Varemærkediretivets artikel 7, NIR, 2000, s. 337 ff., s. 340. Med EF-Domstolens afgørelse i *Peak Holding*-sagen (sag C 16/03, dom afsagt 30. november 2004) kan denne fortolkning ikke opretholdes.

I Peak Holding-sagen havde varemærkeindehaveren ladet producere et parti tøj uden for EØS og herefter importeret partiet med henblik på salg i EØS fra mærkeindehaverens egne og fra forbundne selskabers butikker. En del af tøjet blev ikke solgt, og mærkeindehaveren videresolgte dette til et fransk firma, der i henhold til købsaftalen ikke måtte videresælge tøjet i andre europæiske lande (bortset fra Rusland og Slovenien). Det franske firma solgte alligevel tøjet videre til et svensk firma, der udbød det billigt til salg fra en række butikker i Sverige. Mærkeindehaveren rejste herefter sag med påstand om, at salget og den tilhørende annoncering udgjorde en varemærkekrænkelse. Det svenske firma gjorde gældende, at varerne var markedsført inden for EØS, og der derfor var indtrådt konsumption, hvilket blev bestridt af mærkeindehaveren. Den forelæggende ret spurgte herefter EF-Domstolen, om der forelå markedsføring i artikel 7´s forstand, når varen var importeret til det fælles marked med henblik på salg og/eller, når varen var udbudt til salg i mærkeindehaverens egne eller forbundne selskabers butikker uden at blive solgt (det var ubestridt i sagen, at der forelå markedsføring i direktivets forstand, hvis der var gennemført et salg fra butikken). EF-Domstolen fastslog, at hverken import med henblik på salg eller udbud, der ikke resulterer i et salg, udgjorde markedsføring i artikel 7´s forstand. Domstolen begrunder resultatet med, at "ved sådanne handlinger overdrages retten til at råde over varerne, der er forsynet med varemærket, ikke til tredjemand. De giver ikke indehaveren mulighed for at realisere den økonomiske værdi af varemærket. Selv efter sådanne handlinger har indehaveren en interesse i at bevare en fuldstændig kontrol med de varer, der er forsynet med hans varemærke, bl.a. for at sikre deres kvalitet", dommens betragtning 42. Som anført af *Palle Bo Madsen,* a.st., s. 70, må det afgørende med disse præmisser antages at være, om mærkeindehaveren fortsat har retlig rådighed (kontrol) over varerne. Markedsføring foreligger først, når den retlige råderet er overdraget til tredjemand og mærkeindehaveren herved har realiseret den økonomiske værdi af varemærkebrugen.

Denne konklusion medfører, at overdragelse til en *mellemhandler* i form af en handelskommissionær, der handler for mærkeindehaverens regning men i eget navn, ikke udløser konsumption, jf. Palle Bo Madsen, a.st. Generelt må det være afgørende, om mellemhandleren har mulighed for at levere varen tilbage til mærkeindehaveren, idet mærkeindehaveren i så fald ikke kan siges at have "realiseret den økonomiske værdi" af varemærket. Såfremt mellemhandleren producerer det varemærkebeskyttede produkt i henhold til licensaftale med mærkeindehaveren, må det tilsvarende være afgørende, hvornår den økonomiske risiko for et manglende salg overgår til producenten. Skal producenten afregne til mærkeindehaveren efter antal solgte enheder, således at mærkeindehaveren bærer risikoen for ikke-solgte eksemplarer, udgør producentens udbud af produkterne ikke i sig selv markedsføring, da mærkeindehaveren ikke har realiseret den økonomiske værdi af varemærket. Skal producenten omvendt afregne til mærkeindehaveren efter antal producerede enheder, således at producenten bærer risikoen for ikke-solgte eksemplarer, udgør producentens udbud markedsføring, da mærkeindehaveren har realiseret den økonomiske værdi af varemærket. Det er tvivlsomt, om selve produktionen af varen i denne situation er tilstrækkelig til at statuere markedsføring. På den ene side har mærkeindehaveren jo realiseret den økonomiske gevinst allerede ved produktionen. På den anden side synes begrebet "markedsføring" sprogligt at forudsætte en eller anden form for kontakt med markedet, og der har derfor som nævnt ovenfor generelt været enighed om, at produktion ikke i sig selv kunne udgøre markedsføring. Spørgsmålet må anses for uafklaret.

Dommen er omtalt af *Clarembeaux & Van Innis*, EU: Trade Marks – Exhaustion Without Consent, EIPR, 2005, N65 f., der primært – kritisk – drøfter, at der ifølge dommen indtræder konsumption i hele EU, uanset varemærkeindehaveren kun havde givet tilladelse til salg i enkelte lande.

4.2.2. Varekriteriet

Det følger af § 6, at konsumptionen indtræder for "varer", som er markedsført af rettighedshaveren. Varemærkeloven opererer med den velkendte sondring mellem varer og tjenesteydelser, jf. lovens § 1. Det er alene markedsføring af varer, som er omfattet af konsumptionsreglen. Hermed illustreres, at konsumption forudsætter markedsføring af fysiske eksemplarer af et produkt, som markedsføres under varemærket. Det er formentlig også dette man har villet udtrykke i betænkning 199/1958, når man beskriver sondringen mellem varer og tjenesteydelser, ved at betegne de førstnævnte som "egentlige varer", s. 94.

Se således også Karnov, Varemærkeloven, note 33: "Ved konsumption forstås, at immaterialretten ikke længere kan gøres gældende for så vidt angår de konkrete eksemplarer af varer, der lovligt er bragt i handelen af rettighedsindehaveren selv eller med dennes samtykke".

Varekriteriet har tilsyneladende aldrig givet anledning til større tvivlsspørgsmål, og der foreligger så vidt ses hverken retspraksis eller litteratur, der nærmere afgrænser kriteriet.

4.2.3. Samtykkekriteriet

Det har været omdiskuteret, om det varemærkeretlige samtykkekriterium har karakter af en aftaleretlig figur eller en selvstændig varemærkeretlig figur. Spørgsmålet må anses for afklaret med EF-Domstolens dom i *Davidoff*-sagen (forenede sager nr. C-414/99 – C/416/99, dom afsagt 20. november 2001).

I sagen havde en engelsk mærkeindehaver produceret nogle kosmetiske varer i EØS og herefter solgt dem til en virksomhed i Singapore, der i henhold til parternes aftale kun måtte sælge dem på afgrænsede markeder uden for EØS. Køberen skulle pålægge efterfølgende omsætningsled en tilsvarende forpligtelse. På trods heraf indkøbte et engelsk firma et parti af varerne og udbød dem til salg i England. Mærkeindehaveren gjorde herefter gældende, at importen og udbuddet af varerne på det engelske marked udgjorde en varemærkekrænkelse. Importøren gjorde gældende, at varemærkeretten var konsumeret, idet mærkeindehaveren som følge af den måde varerne var blevet markedsført på i Singapore, (indirekte) havde givet samtykke til markedsføring inden for EØS, bl.a. ved ikke at have givet efterfølgende omsætningsled besked om, at mærkeindehaveren modsatte sig import til EØS. Sagens kerne var derfor, om et samtykke kunne foreligge stiltiende eller indirekte, og hvornår dette i givet fald var tilfældet. En besvarelse af disse spørgsmål nødvendiggjorde en stillingtagen til, om samtykkebegrebet skulle forstås og fortolkes som generelt aftaleretligt eller som et særligt varemærkeretlige begreb. I den engelske sag, der lå til grund for forelæggelsen for EF-Domstolen, havde dommer *Laddie* foreslået, at samtykkebegrebet blev vurderet efter de almindelige obligationsretlige og kontraktsretlige regler, der gælder efter importlandets IP-regler. Den svenske regering havde tilsvarende givet udtryk for, at samtykkekravet burde bedømmes efter almindelige aftaleretlige principper, jf. *Lidgaard*, Parallellhandel, 2002, s. 154. EF-Domstolen afviste dog denne fortolkning af direktivet, idet domstolen fremhævede, at mærkeindehavere skal opnå samme beskyttelse i alle medlemsstater. Dette ville ikke være muligt, hvis samtykkekriteriet

skulle bedømmes efter aftaleretlige principper, eftersom disse ikke er harmoniseret på fællesskabsplan. Samtykkekriteriet bliver derfor et varemærkeretligt begreb, se også *Schovsbo*, Samtykke til parallelimport af varemærker – EF-Domstolens afgørelse i *Davidoff*-sagen, U.2002B.5 ff. (s. 6) og *Lidgard,* Samtyckets betydelse vid internationell varumärkeskonsumtion – EG-domstolens avgörande i "Davidoff-fallet", NIR, 2002, s. 3 ff. (s. 7 ff.) og Parallellhandel, 2002, s. 153 f.

Dette er dog ikke ensbetydende med, at begrebet behøver ligge langt fra den forståelse, der vil følge af almindelige aftaleretlige principper i nordisk ret. EF-Domstolen udtaler således i Davidoff-sagen om den nærmere forståelse af begrebet (præmis 45 og 46): "… samtykket … skal være udtrykt på en måde, der med sikkerhed viser viljen til at give afkald på denne ret. Viljen hertil fremgår sædvanligvis af det udtrykkeligt formulerede samtykke. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at det i visse tilfælde indirekte kan fremgå af forhold eller omstændigheder, der er tidligere end, sammenfaldende med eller senere end markedsføringen uden for EØS, og som efter den nationale rets bedømmelse ligeledes med sikkerhed viser indehaverens afkald på sin ret". Denne kvalificering af samtykkebegrebet, hvor der lægges vægt på viljen og samtidig gives rum for, at viljen kan udtrykkes ved en konkludent adfærd, er nært beslægtet med den nordiske aftaleretlige forpligtelseslære, jf. f.eks. *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, 2008, s. 451 ff. og særligt om adfærden som aftaleforpligtende faktor, *Udsen*, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære, TfR, 2006, s. 104 ff. EF-Domstolens præmisser viser dog også, at der stilles høje krav, før mærkeindehaverens adfærd udgør et stiltiende samtykke. Af betragtning 53-57 fremgår således, at de forhold, der understøtter eksistensen af et stiltiende samtykke, "med sikkerhed" skal vise, at mærkeindehaveren har givet afkald på at påberåbe sig sin eneret, at samtykket positivt skal tilkendegives, at mærkeindehaverens blotte tavshed ikke kan udgøre et stiltiende samtykke, og at et stiltiende samtykke heller ikke foreligger, blot fordi mærkeindehaveren ikke har meddelt, at han modsætter sig markedsføring inden for EØS eller har aftalt et sådant forbehold med erhververen.

Kravene er formentlig strengere, end hvad der følge af dansk retspraksis forud for *Davidoff*-dommen. I U.1997.462SH havde indehaveren af et tøjvaremærke tilladt, at portugisiske producenter af mærkeindehaverens mærkevarer solgte overskydende produktion af 2. sorteringsvarer i Portugal tidligst 6 måneder efter levering af 1. sortering. Tilladelsen var betinget af, at varemærket ikke var placeret på tøjet. Mærkeindehaveren leverede mærker til påsætning på de varer, der blev solgt gennem mærkeindehaverens kontrolsy-

stem. Den portugisiske producent havde i strid med parternes aftale påført varemærket på 2. sorteringsvarer. Mærkeindehaveren gjorde gældende, at der ikke var givet samtykke til markedsføringen af disse varer. Dette blev afvist af retten, der lagde vægt på, at mærkeindehaveren ikke havde ført tilstrækkelig kontrol med anvendelsen af mærkerne og således havde muliggjort og accepteret risikoen for, at der kunne finde salg sted af 2. sorteringsvarer påført varemærket. Retten fandt herefter, at det fornødne samtykke til markedsføring forelå, og at der derfor var indtrådt konsumption. Resultatet kan næppe opretholdes efter *Davidoff*-dommen. Tilsvarende *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 3, 2008, s. 269.

Den engelsk High Court har truffet en vidtgående afgørelse (*Honda Motor Co Ltd v Nesham and others* 2008 EWHC 338), der synes vanskeligt forenelig med Daviddoff-sagen. Motorcykelproducenten Hondas australske datterselskab havde solgt en række motorcykler til en australsk distributør, som herefter videresolgte dem til en engelsk forhandler. Retten fandt, at der var indtrådt konsumption, da Honda ikke havde forhørt sig hos den australske distributør om, hvilke markeder motorcyklerne skulle sælges på. På denne baggrund fandt retten, at Honda have afgivet *implied consent* til spredningen i England. Se om afgørelsen *Montagnon*, Trade Marks – Honda´s UK Trade Marks Rights Exhausted by Sales Made by Honda Australia, EIPR, 2008, N53 ff.

Ud over den generelle karakter af samtykkebegrebet har EF-Domstolen også haft lejlighed til at tage stilling til, om samtykkekravet gælder for hvert enkelt eksemplar, eller om det blot kræver, at mærkeindehaveren har givet samtykke til markedsføring af nogle eksemplarer af et produkt, med den konsekvens, at konsumption også indtræder for eksemplarer, som er markedsført uden mærkeindehaverens samtykke. I *Sebago*-sagen (sag nr. C-173/98, dom afsagt 1. juli 1999) fastslog Domstolen således utvetydigt, at der skal gives samtykke til markedsføring af hvert enkelt eksemplar. I dommen havde et amerikansk selskab solgt mærkevaresko inden for EØS. Et belgisk selskab havde opkøbt et parti ægte og identiske sko uden for EØS og parallelimporteret dem til Belgien, hvor de efterfølgende blev solgt. Det amerikanske selskab fik medhold i, at der ikke var indtrådt konsumption på EØS-området for de importerede varer.

4.2.4. Handlinger omfattet af konsumption

Varemærkeretten udstyrer mærkeindehaveren med en eneret til enhver form for erhvervsmæssig brug af varemærket inden for nærmere afgrænsede varekategorier. De handlinger, der er omfattet af konsumption, er afgrænset tilsvarende bredt som "brugen af mærket" for den pågældende vare. Heri ligger navnlig, at retten til selve udnyttelsen og til videreoverdragelse af mærkevaren konsumeres. Som udgangspunkt giver konsumptionsreglen ikke ret til kopiering af varemærket, da konsumptionen regulerer de handlinger, der foretages med den enkelte vare. Når dette kun gælder som ud-

gangspunkt, skyldes det, at praksis fra EF-Domstolen har fastslået, at konsumptionsreglen giver begrænset mulighed for at anvende varemærket i reklamer for mærkevaren. Som anført af *Wallberg*, Varemærkeret, 2008, s. 141, synes bestemmelsens ordlyd kun møntet på handlinger knyttet til det fysiske eksemplar, men med EF-Domstolens domme i *Dior*-sagen (sag nr. 337/95) og *BMW*-sagen (sag nr. 63/97) er det fastslået, at konsumptionsreglen også giver den nævnte begrænsede ret til at anvende varemærket i reklamer for mærkevarer og dermed bl.a. foretage en eksemplarfremstilling af varemærket. For dansk rets vedkommende er dette nu også fastslået med U.2001.439SH. Som anført ovenfor i afsnit 2 kan kopieringsadgangen i realiteten ikke anses for en konsumptionsret men udspringer af en grundsætning om retten til at informere om egne ydelser, se nærmere herom kapitel 9.2.

4.3. Patentret

De grundlæggende betingelser for patentretlig konsumption efter pl. § 3, stk. 3, nr. 2, er, at der 1) skal foreligge et "produkt", som 2) er "bragt i omsætning", 3) med patenthaverens samtykke. I det følgende beskrives først omsætningskriteriet, dernæst produktkriteriet og endelig samtykkekriteriet.

4.3.1. Omsætningskriteriet

Det følger af forarbejderne til konsumptionsbestemmelsen, at et patentbeskyttet produkt er bragt i omsætning, når "det er overgivet til erhververen i forbindelse med salg, udlejning, pantsætning m.v.". Det er således selve *overgivelsen*, der er afgørende for omsætningskriteriet. De angivne eksempler viser dog, at overgivelsen må være sket med henblik på, at erhververen opnår retlige beføjelser over genstanden. Såfremt patenthaveren alene beder en tredjemand opbevare det patentbeskyttede produkt uden at udstyre ham med nogen form for rettigheder over produktet, kan det næppe siges at være bragt i omsætning.

Med angivelsen af, at ikke kun overgivelse til ejendom men også f.eks. udleje og pantsætning udløser konsumption, fjerner bemærkningerne en usikkerhed, der eksisterede før kodificeringen af konsumptionsprincippet. Forud for lovbestemmelsen var det ikke afklaret, om overdragelse af produktet udløste konsumption, når der ikke skete en fuldstændig ejendomsoverdragelse af produktet, f.eks. ved salg med ejendomsforbehold og udleje af patentbeskyttede genstande.

Selvom patentlovens konsumptionsregel generelt set er udtryk for en kodificering af den forud gældende retstilstand, jf. f.eks. *Koktvedgaard & Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 116 og *Schovsbo*, Immaterialretsaftaler, 2001, s. 159, gælder dette altså ikke nødvendigvis alle aspekter af bestemmelsen.

4.3.2. Produktkriteriet

Produktbegrebet er ikke ofret stor opmærksomhed i den patentretlige litteratur eller lovbemærkningerne til konsumptionsbestemmelsen. Sigtet med begrebet er at afgrænse overdragelsen af det fysiske produkt fra overdragelsen af selve patentrettighederne. Det er kun overdragelsen af det fysiske produkt, der udløser konsumption. Dette medfører for det første, at overdragelse af et fremgangsmådepatent (§ 3, stk. 1, nr. 2) ikke udløser konsumption. For det andet medfører det omvendt, at det ikke kun er overdragelse af produkter, der er genstand for patent (§ 3, stk. 1, nr. 1), som udløser konsumption. Også produkter, der er fremstillet ved hjælp af et fremgangsmådepatent (§ 3, stk. 1, nr. 3) omfattes af konsumptionen. Dette er udtrykkeligt angivet i forarbejderne til konsumptionsreglen.

For amerikansk ret er dette tilsvarende fastslået af U.S. Supreme Court i en dom af 9. juni 2008 (Qanta Computing v LG Electronics).

Software kan under nærmere angivne omstændigheder patenteres. Spørgsmålet, om der indtræder konsumption, når overdragelsen sker gennem et digitalt netværk uden samtidig overdragelse af et fysisk medium, kan derfor også blive relevant for den patentretlige konsumptionsregel. Spørgsmålet synes dog ubehandlet i de patentretlige retskilder, og det er derfor ikke umiddelbart muligt at fastslå, hvordan det skal besvares i patentretten.

Rognstad nævner problemstillingen i Konsumpsjon og digitale overføringer, *Bryde Andersen m.fl.* (red.), Festskrift til Mogens Koktvedgaard, 2003, s. 447-472 (s. 451), men behandler den ikke.

4.3.3. Samtykkekriteriet

Det følger af konsumptionsbestemmelsen, at overgivelsen skal være foretaget af patenthaveren selv eller med dennes samtykke.

Hverken patentloven selv eller dens forarbejder rummer en nærmere beskrivelse af samtykkebegrebet. Som udgangspunkt kræver samtykket formentlig, at der er tale om en frivillig viljestilkendegivelse. *Blok* antager, at konsumption indtræder, uanset om den ansatte i forbindelse med overdragelsen har tilsidesat interne forskrifter, Blok, a.st., s. 34. Denne konklu-

sion kan tiltrædes og understøtter samtykkekravets slægtskab med den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære. Da patentretten (endnu) ikke er undergivet en EU-retlig regulering, påtvinger fællesskabsretten ikke et særegent EU-patentretligt samtykkekriterium, som det gælder for varemærkeretten og den ophavsretlige spredningskonsumption.

4.3.4. Handlinger omfattet af konsumption

Patentretten omfatter en eneret til enhver form for behandling af den beskyttede information og er således ikke begrænset til bestemte informationshandlinger. På tilsvarende vis omfatter konsumptionen alle enerettigheder knyttet til det enkelte eksemplar, det vil navnlig sige retten til udnyttelse og retten til videreoverdragelse. Retten til kopiering omfattes derimod ikke af konsumptionen, og erhververen af et patentbeskyttet produkt får derfor ikke med hjemmel i konsumptionsreglen ret til at fremstille yderligere kopier af produktet. Årsagen hertil er, at konsumptionen kun giver ret til at behandle (udnytte, videreoverdrage mv.) det enkelte overdragne eksemplar. Med kopiering fremstilles et helt nyt eksemplar.

5. Det nærmere indhold af reglerne om informationskonsumption

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2 kan der identificeres regler om informationskonsumption inden for ophavsretten (ohl. § 21 om ret til offentlig fremførelse og delvis ohl. § 20 om ret til eksemplarvisning af offentliggjorte værker), erhvervshemmelighedsbeskyttelsen (mfl.§ 19) og persondataretten (pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, om ret til behandling af offentliggjorte personoplysninger). I det følgende gennemgås de grundlæggende kriterier for, hvornår overdragelse af information indebærer konsumption af de eksklusive rettigheder til selve informationen for hver af disse regler.

5.1. Ophavsret

Indtræden af såvel visningskonsumption for litterære værker efter ohl. § 20 som fremførelseskonsumption efter ohl. § 21 forudsætter, at værket skal være "udgivet". Det følger endvidere af ohl. § 8, stk. 2, at udgivelsen skal være sket med ophavsmandens "samtykke". Er disse to kriteriet opfyldt, må tredjeparter vise henholdsvis fremføre informationen.

5.1.1. Udgivelseskriteriet

Udgivelseskriteriet er fastlagt i ohl. § 8, stk. 2:

> Et værk anses for udgivet, når eksemplarer af værket med ophavsmandens samtykke er bragt i handelen eller på anden måde spredt blandt almenheden.

Når bestemmelsen kræver, at eksemplarerne skal være spredt *blandt almenheden*, kan afgrænsningen heraf formentlig tage udgangspunkt i de samme kriterier, som i øvrigt afgrænser begrebet almenheden i ophavsretlig forstand. For det første må der lægges vægt på antallet af eksemplarer, der spredes. Det er også forudsat i bemærkningerne til 1961-OHL, FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2700: "Selvom dette ikke direkte fremgår af lovteksten, må det antageligt i overensstemmelse med den almindelige forståelse af begrebet ´udgivelse´ yderligere kræves, at værket er gjort tilgængeligt for almenheden ved spredning af et passende stort antal eksemplarer …" Det er endvidere anført i forarbejderne, at der ikke kan angives et specifikt tal, men at dette kan variere afhængigt af værkets art og omstændighederne i øvrigt. Det er værd at bemærke, at forarbejderne forudsætter, at der sker spredning af et sådant antal, at selve *værket* kan anses for spredt blandt almenheden. I overensstemmelse hermed medfører en udgivelse efter § 8, stk. 2, altid offentliggørelse efter § 8, stk. 1, jf. *Schønning*, a.st., s. 213.

Ud over antallet af personer, har det formentlig betydning, hvilke personer, der spredes til. Sker eksemplarspredningen til ophavsmandens venner og familier, vil der som udgangspunkt ikke foreligge en spredning til almenheden. I grænsetilfælde må det antages, at antallet og den personlige relation mellem ophavsmanden og modtagerne indgår i en samlet vurdering, jf. i det hele kapitel 7 ovenfor.

Kravet om, at værket skal være "bragt i handelen eller på anden måde spredt", at eksemplarspredning også kan ske ved udlejning og udlån. Dette er fastslået i 1951-betænkningen og gentaget i forarbejderne i 1961-ohl. til § 8. Derimod må det anses for tvivlsomt om selve det, at eksemplarer af værket udbydes til salg indebærer, at værket "på anden måde er spredt til almenheden". Det springende punkt er, om begrebet "spredning" i § 8 skal forstås som den spredning, der er reguleret i ohl. § 2, eller om § 8 indeholder et selvstændigt spredningsbegreb. Såfremt spredning i § 8´s forstand er identisk med spredning efter § 2, vil selve udbuddet af eksemplarer indebære, at der foreligger udgivelse. Det fremgår således udtrykkeligt af § 2, stk. 3, nr. 1, at spredning efter denne bestemmelse også foreligger, når eksemplarer af værket udbydes til salg. Når det samme begreb anvendes, skaber

det en vis formodning for, at det også har samme indhold. *Schønning* antager således, at spredningsbegrebet i § 8 skal forstås i overensstemmelse med spredningsbegrebet i ohl. § 2, stk. 3, nr. 1, og at der derfor foreligger udgivelse, hvis eksemplarerne er udbudt til salg til offentligheden, a.st., s. 214. Man kan omvendt argumentere for, at der efter en naturlig sproglig forståelse af begrebet vanskeligt kan sige at foreligge en spredning til almenheden ved det rene udbud, hvor rettighedshaveren stadig har mulighed for at trække tilbuddet tilbage, og eksemplarerne derfor aldrig forlader hans egen sfære. Det understøttes i nogen grad af, at forarbejderne ikke i sin eksemplificering nævner udbud som en af de situationer, der medfører udgivelse. I overensstemmelse hermed er det tilsyneladende antagelsen i svensk ret, at udbud af værker ikke medfører udgivelse. Se *Karnell*, Den obetydliga importrätten – dess innebörd och skydd, NIR, 1971, 284 ff. (s. 294): "Icke heller synes avsikten med uttrycket ´förts i handeln´ kunna ha varit att utgivning skall anses ha skett redan i och med att exemplar i framställerens lager avvaktar att bli utbjudna till försäljning eller ens i ochh med att de utbjudes innan det antal exemplar *blivit försålt* som forutsättes för utgivning enligt vad som nyss omnämdes. Exemplar *sprides* visserligen genom att utbjudas till forsäljning (2 § 3 st). Utgivna blir de dock först sedan *spridning skett* (8 § 2 st)". Resultatet tiltrædes af *Rosén*, Förlagsrätt, 1989, s. 340. Begge forfattere vil lade det være afgørende, om rettighedshaveren har mistet dispositionsretten over eksemplaret. Tilsvarende SOU 1983:65, s. 165. Rognstad antager ligeledes med henvisning til Rosén, at udbud ikke medfører udgivelse, a.st., s. 216. Spørgsmålet, der må betegnes som uafklaret, drøftes nærmere – fra en horisontal tilgangsvinkel – i afsnit 6.6.

5.1.2. Samtykkekriteriet

Udgivelse efter ohl. § 8, stk. 2, forudsætter udover kravet om spredning til almenheden, at spredningen er sket med ophavsmandens samtykke, jf. bestemmelsens ordlyd. Hverken visningskonsumption efter § 20 eller fremførelseskonsumption efter § 21 er omfattet af infosoc-direktivet som eksemplarkonsumptionen efter § 19. EU-retten påtvinger derfor ikke et særegent fællesskabsretligt samtykkebegreb, som tilfældet er for § 19. På den baggrund og i mangel af bidrag i forarbejderne må det formentlig antages, at samtykkekriteriet for §§ 20 og 21 skal forstås med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære, således som det også gjaldt for § 19 forud for infosoc-direktivet, jf. nærmere afsnit 4.1.3 ovenfor.

5.1.3. Handlinger omfattet af konsumption

Konsumptionsreglen i ohl. § 21 giver ret til at fremføre værket, når de ovenfor anførte betingelser er opfyldte. Rettighederne er således ikke knyttet til udnyttelsen af det enkelte eksemplar. Fremførelsen kan tage udgangspunkt i et fysisk eksemplar, f.eks. afspilning af musik fra et medium, men også en musikers fremførelse af et musikværk, der sker uden noder e.lign. og dermed uden et fysisk eksemplar af værket, er omfattet af bestemmelsen. Reglen i ohl. § 20 giver ret til offentlig visning af det enkelte eksemplar. Det er uafklaret, om konsumptionen omfatter alle eksemplarer eller kun dem, der er spredt blandt offentligheden. Hvis konsumptionen indtræder for alle eksemplarer, indebærer det f.eks., at et eksemplar overdraget inden for privatsfæren eller overdraget uden ophavsmandens samtykke også undergives konsumption, hvis det fornødne antal eksemplarer spredes til almenheden. *Rosén*, Förlagsrätt, 1989, s. 342, antager, at konsumptionen indtræder for alle eksemplarer, og dermed også for dem, der med Roséns ord ikke er udgivet i teknisk forstand. Der er dog ikke knyttet nogen nærmere argumentation til resultatet. *Rognstad* er af samme opfattelse, idet han dog blot henviser til Rosén, a.st., s. 212. Omvendt forudsætter bestemmelsens ordlyd udtrykkeligt, at det er de *udgivne* eksemplarer, der må vises offentligt, når værket er blevet udgivet. Dette taler for, at § 20 kun omfatter konsumption af de eksemplarer, som er gjort offentligt tilgængelige. En besvarelse af spørgsmålet kan med fordel tage udgangspunkt i en horisontal analyse som nærmere påvist i afsnit 6.6.

5.2. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Som allerede beskrevet ovenfor er det fast antaget, at beskyttelsen af erhvervshemmeligheder efter mfl. § 19 ophører, hvis erhvervshemmeligheden gøres tilgængelig for en bredere kreds af personer. Beskyttelsen hviler således på et offentliggørelseskriterium. Som nærmere beskrevet nedenfor gælder dette også, hvis offentliggørelsen foretages af en anden end rettighedshaveren men med dennes samtykke. Den regel om konsumption, der kan udledes af mfl. § 19, hviler således dels på et offentliggørelseskriteirum, dels på et samtykkekriterium.

5.2.1. Offentliggørelseskriteriet

Kravet om, at der skal foreligge en erhvervs*hemmelighed*, før beskyttelsen efter mfl. § 19 træder i kraft, rummer to aspekter. For det første skal informationen være af en sådan karakter, at den udgør en hemmelighed og dermed kvalificerer til beskyttelse efter mfl. § 19. For det andet skal informati-

onen *forblive* hemmelig for ikke efterfølgende at miste sin karakter af erhvervshemmelighed og dermed beskyttelsen.

Om informationen oprindeligt har karakter af en erhvervshemmelighed beror på en konkret vurdering, hvor der navnlig lægges vægt på informationens karakter, hvilket bl.a. betyder, at informationer, som er alment kendte, ikke beskyttes. Dette blev allerede tidligt slået fast, jf. U.1913.335SH (almindelige branchekundskaber kunne ikke udgøre en forretningshemmelighed) og U.1920.888H (hvor en destillationsmetode, der kun krævede almindelige kemiske kundskaber, ikke var beskyttet), og fra litteraturen f.eks. *Caroline Heide-Jørgensen*, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2008, s. 316 med yderligere henvisninger til retspraksis og *Borcher & Bøggild*, Markedsføringsloven, 2006, s. 428. Men også virksomhedens egen kvalificering af informationen (fortrolighedsstempling o.lign.) kan have betydning for, om der foreligger en erhvervshemmelighed, jf. Caroline Heide-Jørgensen, a.st., s. 315. Det kræves formentlig endvidere, at informationen skal have en vis værdi for virksomheden og dermed have betydning for dens konkurrenceevne, Caroline Heide-Jørgensen, a.st., *Sune Troels Poulsen*, Loyalitetspligt & erhvervsforbud, 1991, s. 38 og fra ældre litteratur *Knoph*, Bedriftshemmeligheters rettsbeskyttelse, bilag I til Forhandlinger på det 16. Nordiske Juristmøde, 1934, s. 6. Spørgsmålet om, hvornår der foreligger en beskyttet informationsmængde, er uafhængigt af spørgsmålet om, hvornår eneretten konsumeres, og den nærmere afgrænsning af, hvornår de ovenstående krav er opfyldt, er derfor uafhængig af analysen af konsumptionsreglen. Denne afgrænsning vil derfor ikke blive behandlet yderligere her.

Hvis der med ovenstående forudsætninger foreligger en beskyttet erhvervshemmelighed, kræver (fortsat) beskyttelse, at erhvervshemmeligheden forbliver hemmelig. Det er med dette krav, at mfl. § 19 rummer en regel om konsumption.

Kravet om, at rettighedshaveren skal lade informationen forblive hemmelig, er et gennemgående træk i beskyttelsen af erhvervshemmeligheder. Se TRIPs artikel 39, stk. 2 og fra amerikansk og engelsk ret, *Lang*, The Protection of Commercial Trade Secrets, EIPR, 2003, s. 462 ff. (s. 463 f.).

Spørgsmålet er herefter, hvornår der foreligger en sådan offentliggørelse af den beskyttede information, at den ikke længere kan anses for hemmelig og dermed omfattet af beskyttelsen. Spørgsmålet er behandlet i en række afgørelser.

I U.2004.1614SH fandtes tilbudsmateriale ikke at være omfattet af beskyttelsen efter § 19, stk. 1 (daværende § 10, stk. 1), under henvisning til, at materialet var bestemt til at "komme til kendskab for andre uden for virksomhedens rammer". I Sø- og Handelsrettens dom af 24. september 2002 (sag V-51/100), fandtes kundekompendier og serviceaftaler ikke at kunne betegnes som erhvervshemmeligheder, bl.a. fordi de "var bestemt til anvendelse og placering eksternt hos Rentokils kunder". I U.2006.1209H afviste Sø- og Handelsretten, at knowhow om en bestemt teknologi var beskyttet, bl.a. under henvisning til, at en betydelig del af denne knowhow i kraft af artikler i fagblade og foredrag var gjort tilgængelig for "en videre kreds". Højesteret tog ikke eksplicit stilling til, om den pågældende knowhow var beskyttet, men nævnte dog bl.a., at "offentligheden" fik væsentligt indblik i teknologien gennem udtagne patenter og de nævnte artikler og foredrag.

Det er begrænset, hvad der kan udledes af disse afgørelser. I den ene ende af spektret, er det åbenbart, at offentliggørelseskriteriet er opfyldt, når informationen gøres tilgængelig for den brede offentlighed. Såfremt enhver med et minimum af indsats kan gøre sig bekendt med oplysningen, foreligger der ikke længere en hemmelighed i § 19's forstand. Dette er f.eks. tilfældet, når informationen spredes på en offentlig tilgængelig konference eller trykkes i tidsskrift, der er offentligt tilgængeligt, jf. herved U.2006.1209H.

Se også *Sune Troels Poulsen*, a.st., s. 39: "At der således ikke kan stilles absolutte krav til hemmeligholdelsen udelukker ikke, at det kan være klart, hvornår hemmeligheden er brudt. Dette vil den være, når forholdet er tilstrækkelig spredt, til ex. ved offentliggørelse, markedsintroduktion, udstilling eller på anden vis".

I den anden ende af spektret kan spredning af information internt i virksomheden til relevante personer ikke i sig selv udgøre en offentliggørelse, jf. U.2004.1614SH modsætningsvis og tilsvarende *Sune Troels Poulsen,* a.st., s. 38.

Mellem disse to yderpunkter er det vanskeligt at sige noget mere generelt om afgrænsningen. Det er dog nærliggende og ligger vel som en forudsætning i hemmelighedsbegrebet, at *antallet af personer*, som informationen gøres tilgængelig for, har betydning for afgrænsningen.

I tilknytning hertil har der i teorien været opstillet et supplerende *nødvendighedskriterium*, se Sune Trouls Poulsen, a.st.: "Der kan ikke stilles noget krav om, at det kun er personer inden for virksomhedens rammer, der kender forholdet, men omvendt må det krav stilles, for at det kan bevare sin karakter af erhvervshemmelighed for virksomheden, at de personer uden for

virksomheden, der kender forholdet, *har en tilknytning til virksomheden, der har nødvendiggjort udbredelsen*" (fremhævet her) og SOU.1983:52, s. 290: "Man kan alltså inte ställa några absoluta krav på att en hemlighet måste bevaras inom en grupp av viss storleksordning. Alltefter hemlighetens karaktär och hur många anställda som *behöver känna till den* för sitt arbete kan den aktuella personkretsen variera. Även affärsförbindelser kan indgå *där så är påkallat*. Kretsen måste dock i princip vara sluten" (fremhævet her). Nødvendighedskriteriet medfører, at beskyttelsen kan konsumeres, selvom kun få personer har fået kendskab til erhvervshemmeligheden, hvis der ikke har været saglig grund til at videregive oplysninger til disse personer. Der ligger omvendt ikke i kriteriet, at beskyttelsen opretholdes, selvom et stort antal personer får adgang til informationerne, når dette har været nødvendigt. Dette følger allerede af den ovennævnte praksis, hvorefter beskyttelsen ikke udstrækkes til situationer, hvor informationen kan udledes af produktet, når dette sendes på markedet. Se tilsvarende straks nedenfor om reverse engineering.

Som antydet af Sune Troels Poulsen i det ovenfor anførte må nødvendighedskriteriet formentlig forstås relativt. Heri ligger, at der kan anvendes en lempeligere vurdering af, om overdragelsen har været nødvendig, når den sker til virksomhedens (betroede) medarbejdere. Som udgangspunkt må virksomheder kunne stole på, at der kan gives betroede medarbejdere adgang til information, uden at den kompromitteres. Det ville påføre virksomheden uforholdsmæssige byrder, hvis it-systemer mv. skulle indrettes således, at alle erhvervshemmeligheder, herunder kundekartoteker med mere, kun kan tilgås af medarbejdere, som har et meget konkret behov for at kende til dem. Anderledes forholder det sig med eksterne samarbejdspartnere. Dette leder til en formodning for, at også relationen mellem virksomheden og den, som informationen overdrages til, kan have betydning for, om informationen anses for offentliggjort.

Offentlighedskriteriet synes således afgrænset af et antalskriterium, som også forudsat i det netop citerede fra SOU.1983:52 og af et nødvendighedskriterium.

En særlig problemstilling udgøres af *reverse engineering*, hvorved forstås, at det på baggrund af nærmere tekniske undersøgelser, kemiske analyser eller tilsvarende er muligt at udlede information om et produkt, som ikke er umiddelbart tilgængelig. På den ene side er informationen tilgængelig for alle, der kan udføre den pågældende reverse engineering, når produktet er sendt på markedet, på den anden side kan dette kræve en sådan ekspertise, at der reelt kun vil være ganske få personer, som har mulighed for at udlede informationen af produktet. Den eksisterende retspraksis må formentlig udlægges således, at hvis et produkt sendes på markedet, er de

oplysninger, der kan udledes af produktet ved reverse engeenering, også gjort tilgængelige, jf. U.1974.463H og formentlig U.2006.1209H samt *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 429.

I U.1974.463H lagde Højesterets flertal til grund, at opskriften på et gødningsprodukt ikke længere var beskyttet med følgende begrundelse: "Ved markedsføringen af Blomin [det omhandlede gødningsprodukt] i foråret 1972 blev den ide, der lå i at fremstille en hvergangsgødning til husholdningsbrug, gjort tilgængelig for andre, og det samme gjaldt recepten, idet produktets sammensætning kunne konstateres ved analyse". I U.2006.1209H fandt Højesteret, at en tidligere ansats udnyttelse af informationer ikke var i strid med markedsføringsloven. Den eksakte årsag til resultatet angives ikke, men der lægges bl.a. vægt på, at markedsaktørerne fik kendskab til teknologien gennem de solgte produkter.

Der gælder muligvis en begrænset undtagelse, hvis det kræver noget helt ekstraordinært at udvinde informationen, jf. *Knoph*, a.st., s. 5: "Således når en fabrikk holder en vares sammensetning for sig selv, men den kan bringes på det rene ved en kostbar og vanskelig analyse og undersøkelse av det ferdige produkt, som bys frem offentlig. Det er klart at man vanligvis ikke kan snakke om hemmelighet i slike fall; men så vanskelig og kostbar kan analysen være, at man – iallfall i forhold til visse rettsregler – allikevel anerkjenner metoden som en virkelig driftshemmeliget". Dette må formentlig gælde, hvis det teoretisk er muligt at udvinde informationen men i praksis ikke har været muligt. Selvom det f.eks. teoretisk kemisk måtte være muligt at udlede opskriften på Coca Cola gennem reverse engineering, er dette aldrig lykkedes i praksis, og opskriften vil derfor i denne situation fortsat have karakter af beskyttet erhvervshemmelighed.

En anden undtagelse til reglen om reverse enigneering må formentlig gælde den situation, hvor der sælges et unik produkt, f.eks. en specialudviklet maskine, der kun sælges til én samarbejdspartner. Den information, som køberen måtte kunne udlede af produktet, må stadig være beskyttet efter mfl. § 19. Det gælder utvivlsomt for de informationer, som producenten udtrykkeligt gør køberen opmærksom på, eftersom der består et "samarbejdsforhold" i § 19, stk. 1's forstand, og det må derfor også gælde for de informationer, køberen selv udleder af produktet (forudsat at de i det hele taget har karakter af erhvervshemmeligheder). Heraf følger, at køberens videresalg af produktet må anses for en overdragelse af erhvervshemmeligheder. Om overdragelsen er lovlig afgøres af, om den er "ubeføjet" efter § 19, stk. 2. Det vil et videresalg af maskinen under normale omstændigheder næppe være. Spørgsmålet er nærmere drøftet nedenfor i afsnit 6.2.2.

I en hyppigt omtalt sag (2007, UKHL 21 Douglas v Hello) har den engelske House of Lords forholdt sig til en særegen men interessant problemstilling om informationskonsumption og det tilhørende offentliggørelseskriterium. Sagen angik billeder taget ved de kendte skuespillere Catherina Zeta-Jones og Michael Douglas' bryllup i 2000. Parret havde solgt rettighederne til at bringe billeder fra brylluppet til det engelske ugeblad OK for en million pund. Aftalen indebar, at parret ikke måtte give andre medier adgang til at bringe billeder fra brylluppet og i øvrigt skulle bestræbe sig på, at gæster, personale mv. ikke tog billeder fra begivenheden. Alligevel lykkede det en paparazzi-fotograf at tage billeder fra brylluppet, som han solgte til det konkurrerende ugeblad Hello. Parret og OK fik ikke held til at få nedlagt forbud mod Hellos publicering af billederne og anlagde herefter sag med påstand om, at Hellos offentliggørelse af billederne både udgjorde en *breach of confidence* og *breach of privacy*. Douglas-parret fik medhold i underinstansen, og denne del af afgørelse blev tiltrådt af Court of Appeal. Sagen for House of Lords vedrørte derfor kun OK's krav mod Hello. Der eksisterer i engelsk ret ikke en generelt beskyttelse af retten til eget billede, og der var blandt dommerne i House of Lords enighed om, at kravet fra OK måtte støttes på reglerne om breach of confidence, se hertil dommens pkt. 124, hvor *Lord Hofmann* slår fast, at informationens eventuelle beskyttelse ikke kan begrundes i, at informationen angår Douglas-parrets billede eller personlige forhold i øvrigt, men i, at den udgør "information of commercial value over which the Douglases had sufficient control to enable them to impose an obligation of confidence".

Ved at anvende de økonomisk funderede regler om confidence, blev det afgørende, om paparazzi-billederne indeholdt anden information end den, der fremgik af OK's billeder. Var dette ikke tilfældet, ville informationen allerede være offentliggjort gennem OK's billeder, hvorfor der ikke ville foreligge en breach of confidence. Dette spørgsmål delte House of Lords. Tre dommere fandt, at den beskyttede information ikke udgjordes af de generelle oplysninger om brylluppet, der kunne udledes af billederne, men at hvert enkelt billede udgjorde en selvstændigt beskyttet informationsmængde, hvorfor offentliggørelsen af billederne ikke indebar, at beskyttelsen ophørte, se dommens pkt. 122: "If the purpose of publishing the pictures was simply to convey the information that the Douglases had married, the bride wore a wedding dress and so forth, then the publication of any photographs would have put that information in the public domain. So would a description of the event. In this case, however, the point of the transaction was that each picture would be treated as a separate piece of information which *OK!* would have the exclusive right to publish". To dommere fandt omvendt, at beskyttelsen måtte angå de informationer om brylluppet, der kunne udledes af billederne, hvorfor informationen var gjort offentlig tilgængelig med publikationen i OK og herefter ikke længere var beskyttet, se dommens pkt. 156 f.: "OK's claim has to be based on a right to short-term confidentiality for a commercial secret. … So the first step is to identify the 'secret'. The secret information cannot lie in the differences between the unapproved photographs and the approved photographs. The secret cannot lie there, because the six unapproved photographs contained nothing not included in the approved photographs. That is common ground. This being so, the inevitable differences, in expression and posture and so on, cannot constitute 'confidential' information for the purposes of this equitable principle. The expression of the bride in one wedding photograph compared with her expression in another is insufficiently significant to call for legal protection. It has not been suggested that the unapproved photographs were embarrassing in any way, or that they were detrimental to the Douglases' image. Accordingly,

once the approved pictures were published, albeit simultaneously, publication of the unapproved pictures was not a breach of confidence".

Flertallets argumentation er ikke overbevisende og synes båret af ønsket om at yde en beskyttelse i en situation, hvor engelsk rets manglende anerkendelse af retten til eget billede i realiteten ville indebære, at der ikke foreligger nogen beskyttelse. Med en kreativ anvendelse af reglerne om erhvervshemmelighedsbeskyttelse synes man således at have indført en vis beskyttelse af økonomiske rettigheder til eget billede. Tilsvarende *Michalos*, Image Rights and Privacy: After Douglas v Hello, EIPR, 2005, s. 384 ff. (s. 386) og *Arnold*, Confidence in Exclusives: Douglas v Hello! in the House of Lords, EIPR, 2007, s. 339 ff. I dansk ret er der næppe tvivl om, at OK's billedbrug ville udgøre en krænkelse af de økonomiske enerettigheder til eget billede, mens der ikke ville foreligge en krænkelse af de ideelle enerettigheder, fordi disse var konsumeret efter grundsætningen om informationskonsumption (det fremgik af sagen, at paparazzi-billederne ikke i sig selv var krænkende og heller ikke i øvrigt indeholdt information, der ikke fremgik af de godkendte billeder), jf. også om informationskonsumption af retten til eget billede nedenfor afsnit 6.3.2.

Dommen har været hyppigt diskuteret i engelsk ret, se bl.a. *Arnold*, a.st., *Hull & Abbott*, Property Rights in Secrets – Douglas v Hello! in the Court of Appeal, EIPR, 2005, s. 379 ff. og *Smalldon*, Confidential Information: Privacy, EIPR, 2005, N207 f. med yderligere henvisninger.

5.2.2. Samtykkekriteriet

Det fremgår ikke direkte af mfl. § 19, at det ikke kun er rettighedshaverens egen offentliggørelse men også tredjemands offentliggørelse med rettighedshaverens samtykke, der udløser konsumption. Indirekte fremgår det imidlertid af formuleringen i § 19, stk. 2, hvorefter det kun er den "ubeføjede" viderebringelse, der forbydes. Det må lægges til grund, at en viderebringelse, der sker med rettighedshaverens samtykke, ikke kan være ubeføjet.

Den manglende direkte regulering af samtykkekriteriet bevirker, at mfl. § 19 ikke rummer noget selvstændigt samtykkebegreb. Udgangspunktet må derfor formentlig være den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære og således bero på, om der foreligger en frivillig viljeserklæring fra rettighedshaveren, eller i øvrigt en konkludent adfærd, der kan udløse en forpligtelse.

5.2.3. Handlinger omfattet af konsumption

Hvis information omfattet af beskyttelsen i mfl. § 19 offentliggøres på en måde, der udløser konsumption, bliver enhver udnyttelse af informationen lovlig, herunder også kopiering af informationen.

5.3. Persondataret

Den ret til at forbyde andres behandling af personoplysninger om én selv, der er persondatalovens retstekniske udgangspunkt, fraviges, når den registrerede selv har "offentliggjort" oplysningerne, jf. pdl. § 7, stk. 2, nr. 3. Reglen er placeret i § 7, der gælder de særligt personfølsomme oplysninger, men som nævnt ovenfor må reglen antages også at gælde øvrige former for personoplysninger.

Konsumptionsreglen i § 7, stk. 2, nr. 3, indeholder to kriterier, der begge skal være opfyldt, før reglen finder anvendelse. For det første skal oplysningerne være offentliggjort (*offentliggørelseskriteriet*). For det andet skal det være sket af den registrerede selv. Det fremgår ikke af selve bestemmelsen, at offentliggørelsen også kan foretages af tredjemand med den registreredes samtykke, men i forarbejderne til bestemmelsen er det udtrykkeligt angivet, at oplysningerne blot skal være offentliggjort på den registreredes foranledning. Afgørende er derfor ikke, hvem der offentliggør oplysningerne, men om den registrerede har samtykket til offentliggørelsen. Der gælder derfor også et *samtykkekriterium*.

5.3.1. Offentliggørelseskriteriet

Offentliggørelseskriteriet indebærer efter forarbejderne, at oplysningerne skal være bragt til kundskab hos en bredere kreds af personer, f.eks. gennem tv, aviser o.lign. Der er hverken i forarbejderne eller i bet. 1345/1997 nærmere redegjort for, hvad der afgrænser begrebet "en bredere kreds".

Følgende citat er alt hvad der er angivet i bet. 1345/1997 og videregivet i lovbemærkningerne om bestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 3: "Behandlingen kan ligeledes ske, hvis den vedrører oplysninger, som er blevet offentliggjort af den registrerede, jf. nr. 3. Bestemmelsens tidsmæssige udstrækning er begrænset til det tidspunkt, hvor den oplysning, der ønskes behandlet, er offentliggjort af den registrerede. Det er dermed ikke tilstrækkeligt, at den dataansvarlige er bekendt med, at visse personoplysninger er bestemt til offentliggørelse. Offentliggørelse i bestemmelsens forstand foreligger, hvis oplysningerne er bragt til en bredere kreds af personers kundskab. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis oplysningerne viderebringes gennem tv, aviser og lignende landsdækkende medier. Også andre former for videregivelse af oplysninger vil kunne anses for offentliggørelse i bestemmelsens forstand. Det er en betingelse, at oplysningerne er offentliggjort på den registreredes foranledning. Oplysninger, som andre, f.eks. pressen, af egen drift har offentliggjort, er således ikke omfattet".

Det må lægges til grund, at ordene "bredere kreds" indebærer et krav om, at oplysninger skal spredes til et større antal personer, jf. også eksemplerne i lovbemærkningerne, hvor oplysningerne videregives gennem "landsdæk-

kende" medier. Det kan dog næppe kræves, at oplysningerne gøres tilgængelige på landsplan, dvs. til hele befolkningen, før de anses for offentliggjorte, jf. også de efterfølgende bemærkninger i forarbejderne, hvorefter også andre former for videregivelse kan udgøre offentliggørelse. Antallet af personer, der modtager oplysningerne, må anses for det centrale men ikke nødvendigvis det eneste afgrænsningskriterium. I så fald havde det været mere nærliggende, at lovbemærkningerne havde anført "antallet af personer" som afgørende kriterium frem for "en bredere kreds af personer". Ud fra en almindelig sproglig forståelse synes udtrykket "en bredere kreds af personer" både at dække antallet men også forholdet mellem personkredsen. Det forekommer også hensigtsmæssigt, at der skal mere til før spredning af oplysninger til venner og bekendte udgør en offentliggørelse sammenlignet med spredning til en kreds af personer, som afgiveren ikke har et særligt kendskab til. Hermed kommer afgrænsningskriterierne til at minde om dem, der kendes fra privatbrugsovervejelserne i kapitel 7.

Offentliggørelsesbegrebet anvendes også i pdl. § 11, der særskilt regulerer brugen af personnumre. Den begrænsede ret for private til under nærmere angivne omstændigheder at videregive personnumre, som følger af § 11, gælder efter stk. 3 ikke, når videregivelsen har karakter af en offentliggørelse. Det kan ikke uden videre lægges til grund, at offentliggørelsesbegrebet har samme betydning i § 7 og § 11. Når der foreligger offentliggørelse efter § 7, indskrænkes den registreredes rettigheder, mens det modsatte er tilfældet efter § 11. Den overensstemmende terminologi skaber dog nok en vis forventning om, at begreberne i det væsentlige afgrænses på samme måde.

Forarbejderne forholder sig ikke til den form for tilgængeliggørelse, der formentlig vil give bestemmelsen sin største praktiske betydning i de kommende år, nemlig tilgængeliggørelse fra hjemmesider. At gøre personoplysninger tilgængelige fra en hjemmeside indebærer ikke nødvendigvis, at oplysningerne kommer til kendskab hos en bredere kreds af personer. Dette rejser spørgsmålet, om det er et krav, at en bredere kreds af personer har fået aktuelt kendskab til oplysningerne, eller det er tilstrækkeligt, at en bredere kreds har muligheden for at opnå kendskab. Spørgsmålet har ikke samme praktiske relevans for tv, radio og aviser, hvor det uden videre kan lægges til grund, at en bredere kreds af personer vil se udsendelsen, lytte til programmet eller læse avisartiklen. Den samme forudsætning kan ikke lægges til grund for oplysninger, der er tilgængeliggjort fra en hjemmeside. De fleste hjemmesider har kun få brugere, og mange informationer er tilgængelige fra hjemmesider uden nogensinde at blive kendt af en bredere kreds. Svaret på spørgsmålet må være, at det ikke kan være et krav, at en

bredere kreds af personer rent faktisk har fået kendskab til informationerne. Et sådant krav ville i praksis være vanskeligt at arbejde med. Den, der får kendskab til en oplysning via en hjemmeside, har ikke mulighed for at vide, hvor mange andre, der har tilegnet sig informationen. Kravet vil endvidere betyde, at en oplysning ikke omfattes af konsumptionsreglen, når den lægges ud på hjemmesiden, men først på det senere tidspunkt, hvor et tilstrækkeligt stort antal personer har gjort sig bekendt med oplysningen. Den første bruger af hjemmesiden, der får kendskab til oplysningen, vil derfor ikke kunne sprede den uden at krænke den registreredes rettigheder (medmindre behandlingen har hjemmel i andre af lovens regler), mens bruger nr. 200 lovligt vil kunne videresprede oplysningen. På denne baggrund må det være tilstrækkeligt, at informationerne er gjort tilgængelige på en sådan måde, at en bredere kreds af personer har haft mulighed for at opnå kendskab til oplysningerne.

Johansen m.fl., Personopplysningsloven, 2001, s. 108 f., antager uden videre, at offentliggørelse fra en hjemmeside vil opfylde kravene i den tilsvarende bestemmelse i den norske personopplysningslov.

Man kan overveje, om tilgængeliggørelse fra en privat hjemmeside, der helt åbenbart kun retter sig mod en snæver kreds af indbyrdes bekendte, og eventuelt under et ip-nummer uden tilhørende domænenavn eller under domænenavn, som ingen udenforstående af sig selv ville finde frem til, har karakter af offentliggørelse. Det er på den ene side klart, at det ikke har været intentionen, at oplysningerne skulle komme til kendskab for en bredere personkreds. På den anden side må muligheden for, at dette sker, anses for erkendt og accepteret. Der er mange eksempler på, at "ukendte" hjemmesider eller elementer herfra er blevet populære og links til de pågældende sider rundsendt mellem internetbrugere. Med søgeværktøjer som Google er det tekniske udgangspunkt endvidere, at alle oplysninger, der gøres tilgængelige på internettet, hurtigt kan findes af alle internetbrugere, uanset om kendskabet til den hjemmeside, oplysningerne hentes fra, er begrænset. På denne baggrund må udgangspunktet formentlig være, at oplysninger, der er tilgængeliggjort fra en hjemmeside uden tekniske restriktioner (adgangskontrol mv.) med den registreredes samtykke, er offentliggjort i § 7, stk. 2, nr. 3's forstand.

Spørgsmålet blev berørt i U.2007.334Ø for så vidt angår offentliggørelsesbegrebet i pdl. § 11. En virksomhed, der udbød en hjemmeside med oversigt over tvangsauktioner, havde indlagt en salgsopstilling, der indeholdt to personers cpr-numre. Spørgsmålet var,

om denne videregivelse havde hjemmel i pdl. § 11. Dette besvarede landsretten benægtende med henvisning til, at videregivelsen havde karakter af en offentliggørelse: "… må det anses for en offentliggørelse som omhandlet i persondatalovens § 11, stk. 3, at personnumre på den pågældende hjemmeside blev gjort tilgængelige for alle med adgang til internet".

5.3.2. Samtykkekriteriet

Som angivet ovenfor forudsættes i bemærkningerne til § 7, at offentliggørelsen skal være sket på den registreredes foranledning. Der er ingen nærmere beskrivelse af, hvad kravet om "foranledning" dækker over, herunder om begrebet indholdsmæssigt adskiller sig fra det persondataretlige samtykkebegreb, der anvendes flere steder i loven, og som er defineret i § 3, nr. 8. Kravet om, at offentliggørelsen skal være "sket på den registreredes foranledning", synes efter en almindelig sproglig forståelse at ligge tæt på det persondataretlige samtykkebegreb ("enhver frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilger i, at oplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling"). Formålet med kravet er først og fremmest at hindre modsætningsslutningen, at der kan ske behandling af oplysninger, offentliggjort uden at den registrerede har indvilliget i offentliggørelsen. Det kunne overvejes, om begrebet "foranledning" indebærer et krav om, at den registrerede selv skal have taget initiativet til offentliggørelsen, således at eksempelvis samtykke til offentliggørelse på forespørgsel fra en journalist ikke opfylder kravet. Dette ville dog i praksis være et meget vanskeligt kriterium at arbejde med og ville bl.a. medføre, at personoplysninger afgivet i et interview først måtte viderebringes af læseren, når denne havde afklaret, om interviewet var blevet til på journalistens eller den interviewedes initiativ. En sådan fortolkning synes der ikke at være grundlag for, se tilsvarende for svensk ret SOU 1997:39, s. 373. *Johansen m.fl.*, a.st., antager tilsvarende, at den beskyttedes efterfølgende samtykke vil være tilstrækkeligt.

Alt i alt må de krav, der kan stilles til den registreredes accept af offentliggørelsen, formentlig i det væsentlige svare til kravene, der er indeholdt i det persondataretlige samtykkebegreb som defineret i § 3, nr. 8.

Det er værd at bemærke, at der ikke efter § 7, stk. 2, nr. 3, gives samtykke til en konkret behandling af personoplysninger men til en offentliggørelse, der giver ret til efterfølgende behandling. Hermed adskiller bestemmelsen sig fra en række af lovens andre regler, herunder § 6, stk. 1, nr. 1, og § 7, stk. 2, nr. 1, hvor der gives samtykke til en behandling. Forskellen mellem samtykke til den konkrete behandling og samtykke til offentliggørelsen illustreres af den ovennævnte U.2007.334Ø. Sagen blev afgjort efter pdl. § 11, der forudsætter udtrykkeligt samtykke til den konkrete behandling af personnummeroplys-

ningerne. Landsretten fastslog i overensstemmelse hermed, at der ikke var afgivet udtrykkeligt samtykke til tilgængeliggørelsen på den konkrete hjemmeside. Havde firmaet i stedet gjort gældende, at tilgængeliggørelsen havde hjemmel i princippet om konsumption i pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, ville det være afgørende, om den registrerede kunne siges at have givet samtykke til selve tilgængeliggørelsen af personnumrene i tingbogen, mens det ville være uden betydning, om den registrerede havde givet samtykke til tilgængeliggørelsen på hjemmesiden. Samtykkekravet efter § 7, stk. 2, nr. 3, kan dog ikke siges at være opfyldt i denne situation, eftersom personnumre automatisk indføres i tingbogen ved en ejendomshandel. Resultatet ville derfor i den konkrete sag blive det samme, uanset om sagen var afgjort efter § 7 eller § 11.

5.3.3. Handlinger omfattet af konsumption

Hvis personoplysninger offentliggøres efter pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, indebærer det, at enhver behandling af de pågældende oplysninger kan foretages uden den beskyttedes samtykke. Privatbrugsreglen i § 7, stk. 2, nr. 3, er med andre ord ikke begrænset til bestemte typer af behandling. Behandlingen skal dog fortsat opfylde lovens øvrige krav, herunder kravene til god databehandlingsskik mv. i § 5.

6. Horisontal analyse

Med udgangspunkt i de ovenstående analyser gennemføres i det følgende en horisontal analyse af konsumptionsreglerne. Afsnittet består af syv dele.

I afsnit 6.2 gennemføres en horisontal retsdogmatisk analyse af reglerne om eksemplarkonsumption. I afsnit 6.3 gennemføres en tilsvarende analyse af reglerne om informationskonsumption. Udgangspunktet for disse analyser er en vurdering af, om der er sammenfald i de afgrænsningskriterier, der er identificeret i enkeltdisciplinsanalyserne.

På baggrund af disse analyser vurderes herefter i afsnit 6.4 grænsefladerne mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption.

Herefter sammenholdes resultaterne fra de horisontale analyser med de identificerede hensyn i afsnit 6.5 med henblik på en vurdering af tesen om den informationsretlige hensynslære som teoretisk ramme for den horisontale informationsret.

Som allerede beskrevet bør en retsvidenskabelig afhandling ikke kun kunne verificere sine teser men også dokumentere, hvordan disse teser og de resultater, der udvikles i afhandlingen, fører til en forbedret retstilstand, og dermed også hvilken praktisk relevans, afhandlingens resultater fører med sig. Som led i denne dokumentation gives i afsnit 6.6 nogle eksempler

på, hvordan den horisontale tilgangsvinkel kan kvalificere den retlige argumentation på udvalgte problemstillinger, og hvordan uhensigtsmæssigheder kan forklares med en manglende erkendelse af den horisontale relevans og de resultater, der kan udledes heraf.

På baggrund af resultaterne fra de horisontale analyser opstilles i afsnit 6.7 en samlet konsumptionsmodel.

I modsætning til, hvad der gjaldt for privatbrugsområdet, er tanker om en horisontal konsumptionsret ikke helt ukendte. Mest markant er den almene konsumptionslære i tysk ret, mens også nordisk retsteori rummer enkelte betragtninger om sammenhænge mellem de enkelte konsumptionsregler, i begge tilfælde dog kun inden for immaterialretten. Afsnittet indledes med en beskrivelse heraf.

6.1. En tværgående konsumptionslære i tysk ret og nordisk retslitteratur

a. Tysk ret

Fra 1960'erne og frem til slutningen af 1980'erne blev i tysk immaterialret udviklet et generelt immaterialretligt konsumptionsprincip. Princippet, der benævnes *die allgemeine Erschöpfungslehre* blev oprindeligt udviklet af *von Gamm* i en række immaterialretlige monografier, særligt Kommentar zum Warenzeichengesetz, 1965 og Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 1968 og efterfølgende adopteret i tysk retspraksis.

Læren er sammenfattet af *Joos* med følgende formulering:

"Alle immaterialgüterrechtlichen Befugnisse, insbesondere auch das Recht zur unkörperlichen Verwertung eines Werks, würden dem Verbrauch unterliegen. Durch eigene Benutzungshandlungen nutze der Rechtsinhaber sein ausschließliches Verwertungsrecht aus und verbrauche es damit, so daß bestimmte weitere Verwertungshandlungen nicht mehr vom Schutzumfang erfaßt würden. Ein Verbrauch des Urheberrechts oder eines gewerblichen Schutzrechts trete ein, wenn das positive Benutzungsrecht durch die entsprechende Benutzungshandlung des Berechtigten ausgeübt und damit verbraucht sei, so dass der Berechtigte den Schutzengegenstand in diesem Umfang selbst freigegeben und damit auf die Ausübung seines negativen Verbietungsrechts insoweit verzichtet habe", Joos, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, 1991, s. 216 f.

Den grundlæggende tanke i læren er således, at rettighedshaveren med sin egen første udnyttelse af værket udtømmer retten, hvorefter andre frit kan gøre brug af den beskyttede information. Heri ligger bl.a., som fremhævet af Joos, at læren ikke er afgrænset til udnyttelse af de enkelte eksemplarer.

Det generelle konsumptionsprincip blev første gang anvendt af den tyske Bundesgerichtshof i en afgørelsen fra 1980 om retten til videresending af tv-signaler i et kabelnetværk (trykt i GRUR, 1981, s. 413 ff.). Tv-signalerne kunne på grund af højhusbebyggelse ikke modtages trådløst i alle de områder, der skulle kunne modtage dem. Det var derfor nødvendigt at videresende signalet via kabel. Rettighedshaverne gjorde gældende, at dette var en fornyet selvstændig offentlig gengivelse af tv-signalet, som var omfattet af ophavsretten, og som der derfor skulle betales ydereligere vederlag for. Bundesgerichtshof gav rettighedshaverne medhold i, at der forelå en fornyet offentlig gengivelse af signalet omfattet af ophavsretten, men fandt retten til denne gengivelse konsumeret efter die allgemeine Erschöpfungslehre: "Als allgemeine Rechtsregel … besagt der Grundsatz von der Erschöpfung des Rechts lediglich, daß der Rechtsinhaber durch eigene Benutzungshandlungen das ihm vom Gesetz eingeräumte ausschließliche Verwertungsrecht ausgenutzt und damit verbraucht hat, so daß bestimmte weitere Verwertungshandlungen nicht mehr vom Schutzrecht erfaßt werden. Es geht also bei der Frage nach der Erschöpfung des Rechts im Ergebnis um die Abgrenzung der einzelnen dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Verwertungsrechte im Hinblick auf die vom Berechtigten vorgenommenen Benutzungshandlungen (vgl. v. Gamm, Anm. 12 zu § 11 UrhG)", afgørelsens pkt. III, 2.

Det almene konsumptionsprincip blev efterfølgende anvendt af Bundesgerichtshof i en række sager inden for andre områder gennem 1980´erne. I en sag om import af grammofonplader fra 1985 (GRUR, 1985, s. 924 ff.) lagde Bundesgerichtshof således princippet til grund i relation til den ophavsretlige spredningsret. Uden for det ophavsretlige område blev princippet bl.a. anvendt af Bundesgerichtshof i en sag om kendetegnsrettigheder fra 1984 (GRUR, 1984, s. 545 ff.) og inden for det varemærkeretlige område i en sag fra 1987 (GRUR, 1987, s. 707 ff.).

I den sidstnævnte sag fandt Bundesgerichtshof, at det generelle konsumptionsprincip gav en videreforhandler af mærkevarer ret til at anvende varemærket i reklamer for varerne. EF-Domstolen har truffet tilsvarende afgørelser i nogle efterfølgende sager. Se (kritisk) hertil nedenfor og kapitel 9.2.

I den tyske retslitteratur gav Bundesgerichtshofs adoption af die allgemeine Erschöpfungslehre anledning til en betydelig debat. En række forfattere tilsluttede sig læren og Bundesgerichshofts brug af den.

Således *Windisch*, Allgemeine Erschöpfungslehre und Waren- und Dientsleistungsverkehr in der Europäischen Gemeinschaft i *Rehbinder m.fl.* (red.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, 1982, *Ahlberg*, Die Erschöpfung und das freie Recht der Vermietung und das Verleih con Vervielfältigungsstücken, GRUR, 1985, s. 362 ff. og *Sack*, Kabelfunk und Urheberrecht, GRUR, 1988, s. 163 ff.

Læren blev dog også genstand for en omfattende kritik i store dele af den tyske retslitteratur op gennem 1980´erne.

Se f.eks. *Ulmer*, Die Entscheidung zur Kabelübertragung von Rundfunsendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze, GRUR int., 1981, s. 372 ff., *Nordemann*, Anmerkungen zu BGH – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten, GRUR, 1981, s. 417 f. og *Joos*, a.st., s. 217 ff. (særligt s. 245 ff.).

Kritikerne pegede særligt på, at det generelle konsumptionsprincip havde en sådan åbenhed, at det ikke havde karakter af en egentlig retsregel men i realiteten blot var en legitimering af bredere rimelighedsbetragtninger, når de konkrete retsregler førte til uhensigtsmæssige resultater.

Se Joos, a.st., s. 223: ”Mit der Übertragung auf das Senderrecht wird die Erschöpfungslehre zu einem neuartigen Rechtsinstrument, mit dem Ergebnisse, die sich aus der gehalten werden, im Einzelfall aufgrund von Billigkeitserwägungen korrigiert werden können”. *Ungern-Sternberg* har benævnt die allgemeine Erschöpfungslehre for ”die Flucht in die Generalklausul”, Archiv für Urheber-, Film-, Funk-, und Theaterrecht, 1982, s. 79.

Denne kritik, der forekommer overbevisende, har tilsyneladende vundet genklang i tysk ret. I en dom fra 1995, hvor Bundesgerichtshof tog stilling til, om spredningsretten var konsumeret ved salg af dele af vægmalerier fra Berlinmuren (GRUR, 1995, s. 673 ff.), nævnes den almene konsumptionslære slet ikke.

I relation til de nedenstående analyser af en horisontal regel om eksemplarkonsumption, er det dog interessant, at Bundesgerichtshof i dommen giver udtryk for, at reglen om konsumption af spredningsretten i den tyske Urhebergesetz § 17, Abs. 2, er udtryk for en ”allgemeinen Rechtsgedankens”.

Med en dom fra 2000 (GRUR, 2000, s. 699 ff.) er Bundsgerichthof tilsyneladende tæt på endeligt at forlade den almene konsumptionslære. I dommen var et tv-program i lighed med sagen fra 1980 blevet spredt via satellitsignal men herudover også spredt i et kabelanlæg til en række husstande. Om den almene konsumptionslære fastslog Bundesgerichtshof, at denne under

alle omstændigheder ikke kunne finde anvendelse, da kabelspredningen i modsætning til 1980-afgørelsen var sket til husstande, der lå uden for det område, som viderespredningsretten omfattede, og allerede af den grund krævede rettighedshaverens samtykke. Inden da havde Bundesgerichtshof imidlertid i dommen forholdt sig ganske kritisk til den almene konsumptionslære. Først gengav Bundesgerichtshof den kritik, der har været rejst af læren, jf. ovenfor, og erkendte dernæst, at den almene konsumptionslære ikke var i overensstemmelse med den internationale retsudvikling, herunder EU-retten.

Se hertil *Jehoram*, Kabelweiterleitung und Urheberrecht. Eine vergleichende Darstellung (anmeldelse), IIC, 1994, s. 136 ff., som Bundsgerichthof henviser til i sin afgørelse.

Selvom det ikke angives udtrykkeligt, synes Bundesgerichtshof på denne baggrund parat til at forlade den almene konsumptionslære, som den selv havde indført gennem sin praksis op gennem 1980'erne: "Die Frage ob auch bei Rechten der öffentlichen Wiedergabe eine Erschöpfung des Recht eintreten kann, wird gegebenenfalls neu zu überdenken sein. Dies wird insbesondere durch die internationale Rechtsentwicklung nahegelegt. Denn der Gedanke, dass auch bei Rechten der öffentlichen Wiedergabe eine Erschöpfung des Rechts in Betracht kommen könnte, ist in der internationalen Rechtsentwicklung bisher nicht aufgegriffen worden".

Det er i overensstemmelse hermed også den herskende opfattelse i nyere tysk teori, at den almene konsumptionslære må anses for opgivet, jf. *Loewenheim*, Handbuch das Urheberrechts, 2003, s. 253 og *Schricker*, Urheberrecht, 2006, s. 355, begge med henvisning til 2000-afgørelsen fra Bundesgerichtshof.

Selvom den almene konsumptionslære opstiller et generelt konsumptionsretligt princip på tværs af de immaterialretlige discipliner, adskiller den sig grundlæggende fra de regler om eksemplarkonsumption og informationskonsumption, der behandles her i afhandlingen. Hvor reglerne om eksemplar- og informationskonsumption regulerer viderebehandlingsretten til eksemplarer henholdsvis information ved overdragelse af eksemplarer henholdsvis offentliggørelse af fortrolig information, er den almene konsumptionslære som beskrevet i realiteten udtryk for en mere generel afvejningsregel baseret på rimelighedsbetragtninger. Den har derfor snarere karakter af en *de minimis*-regel, jf. herom nedenfor i kapitel 9.4, end en konsumptionsregel. Den tyske almene konsumptionslære vil derfor heller ikke blive inddraget i de følgende horisontale analyser.

b. Nordisk ret

Den tyske almene konsumptionslære har ikke på noget tidspunkt vundet genklang i nordisk ret. Den nordiske retslitteratur har dog i begrænset omfang forholdt sig til spørgsmålet om en tværgående konsumptionsregel. Koktvedgaard anerkender, at der gælder et tværgående princip om eksemplarkonsumption i immaterialretten men understreger samtidig, at det nærmere indhold af de enkelte konsumptionsregler vil variere, *Koktvedgaard*, Konsumptionsprincippet indenfor immaterialretten, JFT, 1970, s. 227 ff. (s. 242): "Ved beskrivelsen af det immaterialretlige normsystem er det berettiget og hensigtsmæssigt at hævde, at der findes et såkaldt *konsumptionsprincip*, hvorefter der frit kan disponeres over exemplarer, der lovligt er bragt ud i omsætningen. Det må imidlertid stærkt betones, at princippets nærmere indhold varierer fra den ene immaterialretstype til den anden, og at princippet derfor kun kan accepteres som en vag og generel karakteristik. Det er ikke noget dogme, og det kan ikke i sig selv bære nogen specifik retsvirkning" (fremhævet i original). *Rognstad* er også kritisk over for tanken om et generelt konsumptionsprincip, a.st., s. 153: "Forøvrig knytter det seg én alvorlig innvending mot å formulere et generelt konsumpsjonsprinsipp med gyldighet for alle immaterialrettigheter: Det vil lett kunne tilsløre at begrunnnelsen såvel for rettighetenes eksistens som for deres begrensning kan være forskjellig, avhengig av hvilke rettigheter der er tale om. Selv om det er vanlig å tale om et konsumpsjonsprinsipp såvel varemerketten som i patent, mønster- og ophavsretten er det langt fra gitt at prinsippet har samme begrunnelse i alle henseender. Dette tilsier, i alle fall på nasjonalt nivå, atskillig varsomhet med hensyn til overføringsverdien av løsninger fra den ene rettighetstype til den annen". Rognstad afviser dog ikke tanken om, at konsumptionsreglerne kan påvirke hinanden på tværs af de enkelte discipliner: "Når dette er sagt skal det verken utelukkes at en kan hente argumenter fra ett regelsett som angår konsumpsjon av immaterialrettigheter ved tolkningen av et annet, eller at ulovfestede konsumpsjonsprinsipper kan tenkes i norsk (og nordisk) rett. Sentralt i begge forbindelser er om de hensyn begrunnner avgrensning av én type rettigheter gjør seg gjeldende for andre rettighetstyper", a.st., s. 155. Rognstad forfølger ikke spørgsmålet yderligere i sin afhandling, der som nævnt vedrører spredningskonsumption inden for ophavsretten, men betragtningerne er alligevel interessante, fordi de på et meget overordnet plan ligger i tråd med de resultater om horisontal relevans inden for konsumptionsretten, der redegøres for i det følgende (Rognstads bemærkninger knytter sig dog alene til reglerne om eksemplarkonsumption).

6.2. Reglerne om eksemplarkonsumption

6.2.1. Konsumptionsreglernes afgrænsningskriterier

6.2.1.1. De overordnede kriterier

(i) Overdragelseskriterium. Analyserne ovenfor har vist, at reglerne om konsumption af eksemplarrettigheder både i ophavsretten, varemærkeretten og patentretten tager udgangspunkt i, hvad der kan betegnes et overdragelseskriterium. Konsumption indtræder kun, hvis der sker overdragelse af et fysisk medium, hvorpå den beskyttede information er lagret. I *ophavsretten* forudsætter konsumptionen, at det enkelte eksemplar er overdraget til tredjeparten. I *varemærkeretten* gælder et markedsføringskriterium, som – på trods af betegnelsen – udløses, når det enkelte varemærkede produkt overdrages til tredjemand. I *patentretten* gælder tilsvarende et omsætningskriterium, hvor det er afgørende, om det patentbeskyttede produkt er overdraget til erhververen.

(ii) Samtykkekriterium. For alle konsumptionsreglerne gælder, at konsumptionen indtræder, hvis overgivelsen af det fysiske medium er foretaget med rettighedshaverens samtykke. Reglerne om konsumption af eksemplarrettigheder er således alle baseret på et samtykkekriterium.

(iii) Eksemplarkriterium. Med den afgrænsning, der er foretaget i starten af kapitlet, forudsætter reglerne om eksemplarkonsumption altid reguleringen af retten til det enkelte eksemplar. Selvom betegnelserne er forskellige, går eksemplarkriteriet igen i både ophavsretten, varemærkeretten og patentretten. I ophavsretten med et krav om, at der skal overgives et "eksemplar", i varemærkeretten med et krav om, at der skal markedsføres en "vare" og i patentretten med et krav om, at et "produkt" skal være bragt i omsætning. Som nærmere beskrevet dækker disse begreber i alle tilfælde over, at den beskyttede information skal manifesteres i et selvstændigt eksemplar.

Sammenfattende er de tre regler om eksemplarkonsumption i henholdsvis ophavsretten, varemærkeretten og patentretten således alle baseret på de tre samme overordnede kriterier: overdragelseskriteriet, samtykkekriteriet og eksemplarkriteriet. I det følgende beskrives den nærmere afgrænsning af disse tre kriterier.

6.2.1.2. Den nærmere afgrænsning af overdragelseskriteriet

Gennemgangen i afsnit 4 viser, at eksemplarkonsumtion efter alle eksemplarkonsumptionsreglerne forudsætter en overdragelse af det enkelte eksemplar, som udløser visse dispositionsbeføjelser for indehaveren af ek-

semplaret. Når man ser nærmere på, hvilken form for overdragelse, der udløser konsumption, ses det, at det er overdragelsen af *rettigheder* til eksemplaret, snarere end overdragelsen af selve det fysiske eksemplar, der er det relevante kriterium.

Bestemmelsen om spredningskonsumption i *ohl. § 19* forudsætter således, at ejendomsretten til eksemplaret er gået endeligt over til erhververen, før der indtræder konsumption. Også efter *ohl. § 20*, forudsætter en vis form for rettighedsoverdragelse, jf. nærmere om kriteriet for disse to bestemmelser afsnit 4.1.1 ovenfor. Tilsvarende den *patentretlige* konsumptionsregel, hvor der skal være sket en overgivelse, som udstyrer erhververen med retlige beføjelser, jf. afsnit 4.3.1. Før *Peak Holding*-afgørelsen var det fast antaget, at den *varemærkeretlige* konsumption udløstes, når varen blev udbudt til salg på det åbne marked, jf. afsnit 4.2.1 ovenfor. Reglen var efter denne opfattelse, der er i fuld overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, baseret på et udbudskriterium. Med Peak Holding-afgørelsen måtte denne opfattelse som beskrevet revideres. Afgørende må nu antages at være, om den retlige råderet er overdraget til tredjemand på en sådan måde, at rettighedshaveren har mulighed for at realisere den økonomiske værdi af varemærket. Hermed er også den varemærkeretlige konsumptionsregel baseret på overdragelsen af rettigheder til produktet.

Hermed kan overdragelseskriteriet mere præcist betegnes som et *rettighedsoverdragelseskriterium*.

Ser man på hvilken type af rettighedsoverdragelse, der udløser konsumption, er der en forskel mellem de forskellige regler.

Efter ohl. § 19 kræves en fuldstændig overgang af ejendomsretten til eksemplaret. Dette gælder tilsvarende for retten til visning af kunstværker efter ohl. § 20.

For vml. § 6 gælder efter Peak Holding-afgørelsen, at råderetten skal være overdraget på en sådan måde, at rettighedshaveren har realiseret den økonomiske gevinst. Det er en nyskabelse i konsumptionsretten, at EF-Domstolen ved fortolkningen af den varemærkeretlige konsumptionsregel udtrykkeligt lægger vægt på, om rettighedshaveren har realiseret den økonomiske gevinst. Dette må som beskrevet bl.a. betyde, at det er afklaret, hvorvidt overdragelse til mellemmand udløser konsumption. Det er kun tilfældet, hvis der er sket salg til mellemmanden, således at den økonomiske gevinst er realiseret. Man kan med *Palle Bo Madsen* anføre, at den klarhed, som skabes ved at lægge vægt på den realiserede økonomiske gevinst, kan overføres til det ophavsretlige område: ”Hvis *udbud af varer* på markedet ikke i sig selv er nok til at udløse konsumption, når kriteriet som i vare-

mærkeretten er, at varerne skal være ´markedsført´, må det blotte udbud af varer – uanset om det f.eks. sker via en selvstændig kommissionær – så meget desto mindre kunne udløse konsumption, hvor kriteriet som i ophavsretten er formuleret som et udtrykkeligt krav om, at varerne skal være ´solgt eller på anden måde overdraget´, og hvor udtrykket ´overdraget´ såvel efter EU-retten som ifølge ophavsretsloven skal forstås som endelig overdragelse af ejendomsret. Et udlån såvel som enhver anden *overgivelse* af beskyttede eksemplarer eller varer, der ikke i sig selv giver rettighedshaveren mulighed for at ´realisere den økonomiske værdi´ af eneretten, og hvorved rettighedshaveren ikke umiddelbart fraskriver sig sine retlige dispositionsbeføjelser, men tværtimod bevarer en ret til at trække varen tilbage, så længe der ikke er disponeret over for tredjemand, kan hverken betragtes som ´markedsføring´ i varemærke- og designretlig forstand eller som ´overdragelse´ i ophavsretlig forstand – heller ikke selv om en sådan faktisk overgivelse finder sted *med henblik på* et efterfølgende salg (som ikke finder sted)", Peak Holding – om markedsføring som konsumptionsudløsende faktor, U.2005B.69 ff. (s. 71). I det hele taget må det antages, at rettighedsoverdragelseskriteriet vil være stort set sammenfaldende efter ohl. § 19 og vml. § 6 i relation til konsumption af spredningsretten og således kræve fuld rettighedsovergang. Den varemærkeretlige konsumptionsregel dækker imidlertid ikke kun spredning men enhver form for udnyttelse af det enkelte eksemplar, herunder også eksemplarejerens egen brug af eksemplaret, og det kan ikke uden videre lægges til grund, at forskellige typer af eksemplarudnyttelser forudsætter samme type af rettighedsoverdragelse. Udlåner rettighedshaveren eksempelvis det varemærkebeskyttede produkt, må konsumptionsreglen også give eksemplarlåneren ret til at bruge eksemplaret.

Hverken efter ohl. § 20 for litterære værker eller pl. § 3, stk. 3, nr. 2, forudsætter konsumption en fuldstændig rettighedsovergang. Det er således forudsat i forarbejderne til disse bestemmelser, at konsumptionen også udløses ved eksempelvis udlejning og pantsætning. Den argumentation Palle Bo Madsen har anført ovenfor, der overfører det varemærkeretlige resultat til det ophavsretlige område, kunne i princippet tilsvarende fremføres inden for patentrettens område, og Palle Bo Madsen anfører da også, at et tilsvarende resultat inden for patentrettens område "vil synes naturligt" men erkender samtidig, at en EU-konform fortolkning ikke pånødes, eftersom den patentretlige regulering (endnu) ikke er underlagt EU-regulering. Den varemærkeretlige konsumptionsregel kan dog ikke tillægges afgørende vægt som horisontal retskilde, når en vertikal retskilde, her forarbejderne,

entydigt når et andet resultat, jf. også kapitel 3.5 om den horisontale retskildes placering i retskildehierarkiet. Realiteten er muligvis, at der både for den patentretlige og den varemærkeretlige konsumptionsregel må sondres mellem forskellige typer af udnyttelser, således at eksemplarspredning forudsætter en fuld overgang af ejendomsretten, mens konsumption af retten til brug af eksemplaret også kan udløses ved f.eks. et udlån. Dette resultat kan dog være vanskeligt at nå *de lege lata* for patentretten, eftersom forarbejderne synes at forudsætte, at udlån mv. altid udløser konsumption af alle rettigheder.

Det eksisterende retskildemateriale giver i det hele taget ikke belæg for at sige noget sikkert om forholdet mellem rettighedstyper og kravene til rettighedsoverdragelsen, og det må derfor mere overordnet konkluderes, at alle reglerne om konsumption af eksemplarrettigheder er baseret på et rettighedsoverdragelseskriterium, men at de nærmere krav til omfanget af denne overdragelse varierer.

6.2.1.3. Den nærmere afgrænsning af samtykkekriteriet

Som det er fremgået af de ovenstående analyser, rummer det eksisterende retskildemateriale ikke mange bidrag til den nærmere afgrænsning af det samtykkekriterium, der har relevans inden for både ophavsretten, varemærkeretten og patentretten.

Som nærmere beskrevet i afsnit 4.1.2 må det formentlig antages, at det ophavsretlige samtykkekriterium frem til infosoc-direktivet fra 2001 måtte forstås med udgangspunkt i dansk rets almindelige aftaleretlige principper om bindende udsagn. Med indførelsen af infosoc-direktivet må samtykkekriteriet efter ohl. § 19 nu antages at have karakter af et EU-ophavsretligt begreb på samme måde, som det varemærkeretlige samtykkekriterium med Davidoff-afgørelsen har karakter af et fællesskabsbegreb. Ophavsrettens kilder rummer som beskrevet ovenfor ingen fortolkningsbidrag til fastlæggelsen af samtykkekriteriet i infosoc-direktivets art. 4, stk. 2, men det kan overvejes, om det ophavsretlige samtykkekriterium skal afgrænses på samme måde, som det varemærkeretlige kriterium. På den ene side lagde EF-Domstolen i Davidoff-afgørelsen til grund, at der netop skulle opstilles et selvstændigt *varemærkeretligt* samtykkekriterium. Dette kunne umiddelbart tale for, at den afgrænsning, der kan udledes af sagen, ikke uden videre kan overføres til det ophavsretlige samtykkekriterium. På den anden side var grunden til, at EF-Domstolen opstillede et særligt varemærkeretligt samtykkekriterium, at der ikke på EU-plan eksisterer et almindeligt aftaleretligt forpligtelsesbegreb. Ønskede man – og det gjorde EF-Domstolen – at sikre

europæisk harmonisering, var man derfor nødsaget til at lade samtykkekriteriet være et særegent varemærkeretligt begreb. Pointeringen af, at der gjaldt et særligt varemærkeretligt samtykkebegreb, var med andre ord en afstandstagen fra alternativet, et nationalt aftaleretligt begreb; ikke nødvendigvis en afstandstagen fra et bredere immaterialretligt – eller for den sags skyld – informationsretligt samtykkekriterium, der også ville dække ophavsretten. Davidoff-afgørelsens betoning af, at der gælder et varemærkeretligt samtykkekriterium kan derfor ikke tages til indtægt for, at afgrænsningen af samtykkekriteriet ikke skulle have relevans inden for ophavsretten. Omvendt kan afgørelsen heller ikke tages til indtægt for det modsatte, men den omstændighed at ordlyden er den samme i begge direktiver ("… af rettighedshaveren eller med dennes samtykke") peger dog i denne retning. Med Davidoff-afgørelsen fik EF-Domstolen lejlighed til at udtale sig om afgrænsningen af det *varemærkeretlige* samtykkekriterium. Som nærmere beskrevet i afsnit 4.2.3 ligger EF-Domstolens afgrænsning af samtykkekriteriet tæt op af afgrænsningen i den nordiske aftalelære, idet EF-Domstolen lægger vægt på afgiverens vilje og samtidig åbner op for, at viljen kan udtrykkes ved konkludent adfærd. Selvom der således gælder et selvstændigt varemærkeretligt samtykkekriterium, synes der ikke at være grundlæggende forskelle på afgrænsningen af dette og afgrænsningen inden for discipliner, der er baseret på den almindelige (nordisk) aftaleretlige forpligtelseslære.

Patentretten er ikke direktivbaseret og det patentretlige samtykkekriterium er derfor et nationalt begreb. Som nærmere beskrevet i afsnit 4.3.3 giver de patentretlige retskilder ikke meget vejledning til, om samtykkekriteriet er et særligt patentretligt begreb eller skal forstås i overensstemmelse med den almindelige aftaleret. Spørgsmålet må derfor anses for uafklaret. I sidste ende er det dog heller ikke betegnelsen men den konkrete afgrænsning, der har betydning, og under henvisning til betragtningerne vedrørende det varemærkeretlige samtykkekriterium, er der nok en formodning for, at kriterierne under alle omstændigheder vil ligge tæt op af de velkendte aftaleretlige kriterier, det vil sige med udgangspunkt i viljen og med rum for, at konkludent adfærd kan anses for at udgøre et samtykke.

Sammenfattende rejser konsumptionsreglerne inden for alle disciplinerne spørgsmålet, om reglerne er baseret på et særligt samtykkekriterium eller på et generelt aftaleretligt samtykkekriterium. Spørgsmålet er kun entydigt besvaret inden for varemærkeretten, hvor fællesskabsretlige betragtninger som beskrevet nødvendiggør et selvstændigt varemærkeretligt samtykkebegreb. Samme betragtning må føre til, at der også gælder et selvstændigt ophavsretligt samtykkebegreb. Analyserne har imidlertid ikke sandsynlig-

gjort, at der skulle bestå større realitetsforskelle afhængigt af, om samtykkebegrebet har en selvstændig karakter eller en generel aftaleretlig karakter. Tværtimod peger EF-Domstolens afgørelse i Davidoff-sagen nærmere i retning af, at det varemærkeretlige samtykkebegreb ligger tæt op ad den nordiske aftaleretlige forpligtelseslære. Det er derfor formentlig de samme underliggende kriterier, der har relevans for afgrænsningen af samtykkekriteriet, herunder særligt afgiverens vilje og adfærd.

6.2.1.4. Den nærmere afgrænsning af eksemplarkriteriet

Eksemplarkriteriet har navnlig givet anledning til debat inden for ophavsretten. Som nærmere beskrevet i afsnit 4.1.3 er det med infosoc-direktivet antaget, at der ikke indtræder konsumption, hvis ikke værket overdrages på et fysisk medium. Som nævnt kan det føre til uhensigtsmæssige resultater udelukkende at lægge vægt på, om der sker overdragelse af et fysisk medium. Dette er dog en betragtning som primært har retspolitisk betydning.

Inden for varemærkeretten og patentretten har der ikke været fokus på eksemplarkriteriet, der dog kan identificeres i begge discipliner. Som nævnt synes forudsætningen også inden for disse discipliner at have været overgivelse af fysisk medium. Det eksisterende retskildemateriale giver imidlertid ikke mulighed for at fastslå, om dette også gælder i den praktiske vigtige situation, hvor den beskyttede information overdrages i et digitalt netværk. I lyset af, at denne situation så vidt ses hverken er behandlet inden for varemærkeretten eller patentretten, er det ikke muligt at fastslå, hvorvidt overgivelse på fysisk medium kan fastholdes som afgørende kriterium efter fremkomsten af det digitale netværksmedium. Det er derfor ikke muligt med nogenlunde sikkerhed at fastlægge hvilke kriterier, der i dag afgrænser det varemærkeretlige og det patentretlige eksemplarkriterium. Af samme grund er det selvsagt heller ikke muligt at fastslå, om det er samme afgrænsningskriterier, der har relevans inden for alle tre discipliner.

6.2.2. Eksemplarkonsumptionsregler inden for de øvrige discipliner

Som beskrevet ovenfor rummer persondataloven ingen regel om eksemplarkonsumption. Tilsvarende kan en sådan regel ikke udledes af retskilderne bag erhvervshemmelighedsbeskyttelsen i mfl. § 19. Heller ikke (de vertikale) retskilder knyttet til retten til eget billede belyser, hvorvidt der i denne disciplin gælder en konsumptionsregel, og hvordan denne regel i givet fald afgrænses. Dette er dog ikke ensbetydende med, at der ikke gælder regler om eksemplarkonsumption på disse områder. Tværtimod synes de hensyn, der tilsiger eksemplarkonsumption, også at have relevans på

disse områder. Ønsket om frit at kunne videreoverdrage et fysisk medium, som man retmæssigt har erhvervet og måske betalt for, gør sig gældende, uanset hvilken form for beskyttet information der er lagret på mediet. Dette kan belyses med eksempler inden for hver af de tre discipliner.

a. Persondataretten

Eksempel: En kendt person har gennem en årrække skrevet dagbog. Dagbøgerne indeholder en række personoplysninger om den pågældendes færden, tanker mv. Disse er systematiseret i et register bagest i bogen, som derfor omfattes af persondataloven, jf. § 1 om ikke-elektroniske registre. Det samme vil gælde, såfremt dagbogen forelå i elektronisk form, f.eks. som pdf-fil e.lign.

Hvis rettighedshaveren vælger at udgive sine dagbøger med personlige oplysninger og udbyde dem til salg på det åbne marked, finder konsumptionsreglen i pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, utvivlsomt anvendelse. Tredjeparter vil derfor både være berettiget til at videreoverdrage eksemplarer af bogen og videreoverdrage den information, som bogen rummer. Er situationen i stedet den, at rettighedshaveren sælger sine originale dagbøger til en tredjepart, finder pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, ikke anvendelse. Et salg af de originale dagbøger kan ikke sidestilles med at gøre informationerne tilgængelige for en bredere offentlighed. Derimod kan det overvejes, om ikke køberen burde kunne videresælge eksemplaret. På den ene side ville en fortsat viderespredning medføre, at stadig flere personer får kendskab til oplysningerne og samtidig gøre det vanskeligt for rettighedshaveren at sikre sig mod uberettiget viderespredning af informationen. På den anden side ville salget ikke i sig selv medføre en massespredning af oplysningerne, ligesom de tingsretlige hensyn tilsiger, at erhververen kan disponere over bøgerne ved et videresalg. I hvert fald i den situation, hvor rettighedshaveren sælger dagbøgerne til en person uden for sin egen privatsfære, forekommer det rimeligt, at denne person kan videresælge bøgerne, hvis ikke andet er aftalt mellem parterne.

I relation til den persondataretlige konsumptionsregel må disse betragtninger dog have karakter af *de lege ferenda*-synspunkter. Eksemplet kan som nævnt ikke rummes inden for pdl. § 7, stk 2, nr. 3, når det i forarbejderne forudsættes, at offentliggørelsen skal ske til en bredere kreds af personer ”f.eks. gennem tv, aviser o.lign.”, og loven rummer som nævnt ingen eksplicitte regler om eksemplarkonsumption. Eksemplet illustrerer imidlertid, at eksemplarkonsumption også kan have relevans i persondataretten. Dette kan tillægges retspolitisk betydning ved overvejelser om indretning af konsumptionsreglen men kan muligvis også tillægges retsdogmatisk betyd-

ning ved fortolkningen af andre persondataretlige regler, der kan danne hjemmelsgrundlag for videresalget. Ved vurderingen af, om salget eksempelvis kan hjemles i afvejningsreglen efter pdl. § 6, stk. 1, nr. 7, kan de nævnte betragtninger inddrages.

Et eksempel på, at konsumptionstanken kan have betydning for afvejningsreglen, foreligger med Datatilsynets udtalelse i tilsynets sag nr. 2001-215-0050, optrykt i Datatilsynets årsrapport, 2001, s. 38 ff. I sagen klagede en kommune på vegne af byrådsmedlemmer over, at en række oplysninger om de pågældende, herunder billede, vederlag og rejseudgifter, var lagt ud på en forenings hjemmeside. Datatilsynet fandt dette lovligt med hjemmel i afvejningsreglen i pdl. § 6, stk. 1, nr. 7 og henviste til, at oplysningerne i forvejen var offentligt tilgængelige eller var offentliggjort af byrådsmedlemmerne selv.

b. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Eksempel: En maskinproducent sælger en specialfremstillet maskine til en kunde, som producenten har samarbejdet med gennem mange år. Ved reverse engineering er det muligt at udlede en række tekniske fakta om den teknologi, der ligger til grund for maskinen, og som producenten i øvrigt hemmeligholder som en forretningshemmelighed. Parternes aftale indeholder ingen regulering af retten til at foretage reverse engineering eller videresalg af maskinen.

Man kan overveje, om det allerede fratager oplysningerne om teknologien bag maskinen deres karakter af forretningshemmelighed, at oplysningerne kan udledes af kunden ved reverse engineering. Havde maskinen været masseproduceret til det åbne marked, er der ikke tvivl om, at dette havde været tilfældet. Dette kan dog næppe antages at gælde, når maskinen kun produceres og sælges i ét eksemplar til en samarbejdspartner, jf. afsnit 5.2.1 ovenfor. Der synes ikke at foreligge en sådan offentliggørelse, at oplysningen ikke længere kan betegnes som hemmelig. Resultatet forekommer også rimeligt. Der er ingen saglig grund til, at køberen skulle kunne foretage en reverse engineering og herefter frit kunne videresprede erhvervshemmeligheder. Overdragelsen af maskinen udløser med andre ord ikke informationskonsumption.

Derimod forekommer det rimeligt, at køberen har mulighed for at videresælge maskinen. Dette resultat er som netop angivet også nået ovenfor med henvisning til, at overdragelse af erhvervshemmeligheder efter mfl. § 19, stk. 2, kun er retsstridig, hvis den er "ubeføjet". Sætter man eksemplet i lyset af reglerne om eksemplarkonsumption, kan argumentationen kvalificeres. Når overdragelsen ikke anses for ubeføjet, skyldes det de hensyn, der ligger bag eksemplarkonsumptionen, det vil navnlig sige forudsætningen om, at rettighedshaveren har realiseret en rimelig økonomisk gevinst af

informationen i forbindelse med salget, og det tingsretlige hensyn til at køberen kan råde over sine egne genstande. Resultatet kan med andre ord hjemles i en regel om eksemplarkonsumption. I modsætning til den persondataretlige konsumptionsregel er § 19 formuleret så rummeligt, at dette gælder *de lege lata*. Det må således lægges til grund, at mfl. § 19 også rummer en regel om eksemplarkonsumption, der formentlig kan afgrænses på nogenlunde tilsvarende vis, som beskrevet ovenfor for de ophavsretlige, varemærkeretlige og patentretlige eksemplarkonsumptionsregler.

c. Retten til eget billede

En regel om eksemplarkonsumption vil indebære, at den afbillede fortaber retten til at modsætte sig viderespredning af det enkelte eksemplar af et billede, som allerede er overdraget. I praksis vil dette navnlig være relevant, når et produkt er påført en kendt persons billede og der således sker en økonomisk udnyttelse af retten til eget billede.

Eksempel: En kendt sportsstjernes portræt anvendes på en række produkter i et "fan-sæt" bestående af t-shirt, sengetøj, drikkeglas, tallerken og madkasse. Fan-sættet udbydes til salg i en række butikker på baggrund af en licensaftale indgået mellem sportsstjernen og producenten af fan-sættet.

Der kan i eksemplet næppe være tvivl om, at købere af fan-sættet herefter vil være berettiget til at videresælge de enkelte produkter, uagtet der hermed foretages en økonomisk transaktion, som indbefatter sportsstjernens beskyttede portræt. Sker salget fra en privatperson til en anden, vil resultatet følge af de privatbrugsregler, der er beskrevet i kapitel 7. Men selv, hvor privatbrugsreglerne ikke finder anvendelse, må resultatet være det samme. Det må således været berettiget at opkøbe et helt parti af fan-sæt med henblik på kommercielt videresalg. Betragtningerne vil være de samme, som begrunder de lovregulerede eksemplarkonsumptionsregler. For det første har sportsstjernen allerede opnået den økonomiske gevinst, som retten til eget billede tilsigter at beskytte, og for det andet tilsiger tingsretlige hensyn, at ejeren af det enkelte eksemplar kan videresælge det. Man kan også udtrykke det modsætningsvis og mere overordnet: Der er intet som tilsiger, at de eksemplarkonsumptionsregler, der gælder for alle andre dele af informationsretten, ikke også skulle gælde for retten til eget billede.

Den nærmere afgrænsning af en konsumptionsregel for retten til eget billede synes også at kunne tage udgangspunkt i de ovenfor udviklede kriterier. Det må forventes, at det rettighedsoverdragelseskriterium, der er identificeret ovenfor, og som er relevant for alle de lovregulerede discipliner,

tilsvarende gælder for retten til eget billede. Der er ingen forskelle mellem de lovregulerede discipliner og retten til eget billede, der tilsiger, at dette kriterium ikke også har relevans for retten til eget billede. Tager man eksempelvis udgangspunkt i Peak Holding-sagen, forekommer det rigtigt, at rettighedshaveren bør have samme beskyttelse, hvad enten der på de pågældende varer var anbragt et varemærke eller et billede af en kendt person. Den grundlæggende tanke, at konsumptionen først indtræder, når rettighedshaveren har realiseret den økonomiske værdi af informationen, er den samme, uanset hvilken form for økonomisk eneret der er tale om.

Det må ligeledes antages, at den ideelle beskyttelse af retten til eget billede er undergivet en regel om eksemplarkonsumption, om end anvendelsesrummet for en sådan regel formentlig er snævert. Hvis eksempelvis en falleret popstjerne i økonomiske problemer sælger en række private nøgenfotos af sig selv, må det ud fra helt samme betragtninger som anført ovenfor under det persondataretlige eksempel antages, at køberen som udgangspunkt vil kunne videresælge disse billeder.

Derimod vil eksemplarkonsumptionsreglen ikke giver køberen ret til at kopiere billederne, da eksemplarkonsumption kun giver rettigheder til det enkelte eksemplar men ikke retten til at fremstille yderligere eksemplarer, jf. også straks nedenfor.

d. Sammenfatning

Det ovenstående viser, at der må antages at gælde regler om eksemplarkonsumption inden for alle de informationsretlige discipliner, uanset at ikke alle discipliner eksplicit indeholder sådanne regler. Hermed bliver det relevant at opstille informationsretlige grundsætninger om eksemplarkonsumption.

6.2.3. Informationsretlige grundsætninger

I de ovenstående afsnit er påvist en række fællestræk ved reglerne om eksemplarkonsumption. Da disse fællestræk har gjort sig gældende på tværs af de informationsretlige discipliner har de med afhandlingens terminologi karakter af informationsretlige grundsætninger.

Som beskrevet i afsnit 2 følger det umiddelbart af ophavsretsloven, varemærkeloven og patentloven, at der inden for disse discipliner gælder en regel om eksemplarkonsumption. Selvom tilsvarende eksplicitte regler ikke forefindes inden for persondataretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og retten til eget billede må det antages, at der også på disse områder gælder en regel om eksemplarkonsumption, jf. ovenfor. Der kan hermed opstilles følgende grundsætning om eksemplarkonsumption.

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information, når dette sker som led i overdragelse, visning eller anden form for brug af et eksemplar, hvori informationen er fæstnet (eksemplarkonsumption).*

Eksemplarkonsumption forudsætter, at eksemplaret skal indgå i en fysisk-faktisk proces: bogen overdrages fra en person til en anden, maleriet udstilles, eller den patentbeskyttede maskine kører. En væsentlig konsekvens af dette er, at kopiering af information ikke omfattes af reglerne om eksemplarkonsumption. I kopieringssituationen er fokus flyttet fra det enkelte eksemplar til selve informationen. Den ret som eksemplarkonsumptionen udstyrer brugeren med, er en ret til brug af informationen gennem brug af det enkelte eksemplar, mens kopieringsretten er en ret til at overføre informationen til et andet eksemplar. I overensstemmelse hermed gælder efter alle eksemplarkonsumptionsreglerne, at de ikke giver ret til kopiering af information. Som eneste undtagelse hertil er den varemærkeretlige regel om eksemplarkonsumption blevet anvendt til at hjemle kopiering af varemærker, når dette er sket som led i reklamering for salg af en mærkevare. Som allerede nævnt og som også nærmere redegjort for i kapitel 9.2, er dette næppe en korrekt anvendelse af reglen, og det ændrer under alle omstændigheder ikke på, at det altovervejende udgangspunkt er, at eksemplarkonsumption ikke giver en ret til kopiering.

- *Eksemplarkonsumption giver ikke ret til kopiering af information.*

Ved et første blik på ordlyden af de forskellige eksemplarkonsumptionsregler, synes kriterierne for, hvornår der indtræder konsumption, ganske forskellige. Efter ohl. § 19 kræves "overdragelse", efter ohl. § 20 "udgivelse", efter vml. § 6 "markedsføring" og efter pl. § 3, stk. 3, nr. 2, "omsætning". Den horisontale analyse viser imidlertid, at eksemplarkonsumptionen uanset de forskellige formuleringer i alle tilfælde indtræder, når der med rettighedshaverens samtykke overdrages *rettigheder* til det enkelte eksemplar (rettighedsoverdragelseskriteriet).

- *Eksemplarkonsumption indtræder, når nærmere angivne rettigheder til eksemplaret er overdraget med rettighedshaverens samtykke.*

De nærmere krav til denne rettighedsoverdragelse (eller, med afhandlingens terminologi, afgrænsningskriterierne) er ikke sammenfaldende. I nogle tilfælde kræves en fuldstændig rettighedsovergang, i andre tilfælde er et udlån tilstrækkeligt. Det er som beskrevet muligt, at de nærmere krav til rettighedsoverdragelsens omfang kan afgrænses efter den handling, der foretages med eksemplarer (spredning, visning, brug mv.), men retskildematerialet giver ikke belæg for nærmere konklusioner herom. På et helt overordnet plan må følgende grundsætning dog kunne opstilles.

- *Jo mere fuldstændig rettighedsoverdragelsen er i tid og omfang, jo mere taler for, at der indtræder eksemplarkonsumption.*

Endelig må det som beskrevet lægges til grund, at vurderingen af, om rettighedshaveren har afgivet et gyldigt samtykke, vil følge de principper, der gælder efter den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære, også for de discipliner, der rummer et disciplinspecifikt samtykkekriterium, som ophavsretten og varemærkeretten.

- *Kravene til rettighedshaverens samtykke afgøres med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.*

6.3. Reglerne om informationskonsumption

6.3.1. Konsumptionsreglernes afgrænsningskriterier

Gennemgangen af de enkelte regler om informationskonsumption viser, at reglerne grundlæggende er baseret på de samme to afgrænsningskriterier: Et offentliggørelseskriterium og et samtykkekriterium.

Eksistensen af et *offentliggørelseskriterium* er åbenbar på det persondataretlige område, hvor reglen i pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, udtrykkeligt kræver offentliggørelse, før konsumption indtræder. Kriteriet fremtræder kun indirekte af erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, men der er ikke tvivl om, at hemmeligholdelseskravet medfører, at der også her gælder et offentliggørelseskriterium. Tilsvarende gælder reglerne om visningskonsumption (for litterære værker) og fremførelseskonsumption i ohl. §§ 20 og 21. Disse regler er baseret på et udgivelseskriterium, som forudsætter, at værket gøres tilgængeligt for offentligheden, jf. afsnit 5.1.1. Det ligger endvidere fast for alle reglerne, at konsumption kun indtræder, hvis informationen er overdraget med rettighedshaverens *samtykke*.

På dette forholdsvis overordnede plan består der således en horisontal relevans mellem reglerne om informationskonsumption. Det gælder i et vist omfang også de nærmere afgrænsningskriterier, herom i det følgende.

6.3.1.1. Den nærmere afgrænsning af offentliggørelseskriteriet

Analyserne i afsnit 5 har identificeret tre afgrænsningskriterier i vurderingen af, om der foreligger en sådan offentliggørelse af information, at der indtræder informationskonsumption: personkredsens størrelse, den personlige relation mellem parterne og nødvendigheden af at overgive informationen. Disse afgrænsningskriterier har dog ikke samme relevans for alle reglerne om informationskonsumption.

a. Personkredsens størrelse

Som beskrevet må det lægges til grund, at antallet af personer, som informationen spredes til, har betydning for alle reglerne om informationskonsumption. I ophavsretten er det udtrykkeligt angivet i forarbejderne til § 8, stk. 2, og en tilsvarende forudsætning synes lagt til grund i forarbejderne til pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, og i retspraksis vedrørende mfl. § 19.

b. Den personlige relation

Det må antages, at den personlige relation mellem rettighedshaveren og informationsmodtagerne har betydning for afgrænsningen af den ophavsretlige og den persondataretlige konsumptionsregel, jf. nærmere ovenfor afsnit 5: Jo tættere det personlige forhold er mellem parterne, jo mindre taler for, at spredningen har karakter af en konsumptionsudløsende offentliggørelse.

Dette afgrænsningskriterium kan derimod ikke udledes af retskilderne bag reglen om erhvervshemmelighedsbeskyttelse. En vertikal analyse tilsiger således ikke umiddelbart, at den personlige relation skulle have betydning for afgrænsningen af konsumptionsreglen efter mfl. § 19. Betragter man spørgsmålet i et bredere – horisontalt – perspektiv, må det imidlertid antages at være tilfældet. Når der hverken efter ohl. §§ 20 og 21 eller pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, indtræder konsumption ved informationsspredning inden for en privatsfære, kan det ses som udtryk for, at alle har en privatsfære, inden for hvilken man skal kunne dele informationer med andre, uden at det fører til rettighedsfortabelse. Privatlivsbeskyttelsen er ikke kun en beskyttelse af retten til at være i fred, men også en beskyttelse af retten til frit at kunne udfolde sig inden for sin egen privatsfære. Denne ret til frit at sprede egne informationer inden for egen privatsfære bliver et spejlbillede på de privatbrugsregler, der er behandlet i kapitel 7: Ligesom brugeren ikke kan krænke

rettigheder ved brug inden for privatsfæren, kan rettighedshaveren ikke miste rettigheder ved spredning inden for sin privatsfære. Disse regler kan ses som udtryk for et mere grundlæggende princip: Alle har krav på en privatsfære, inden for hvilken ens ret til behandling af information som udgangspunkt ikke skal være underlagt indskrænkninger, hverken ved, at informationshandlingen krænker andres informationsrettigheder eller ved at handlingen medfører fortabelse af egne informationsrettigheder. Hermed bliver sondringen mellem informationsspredning inden for og uden for privatsfæren, og dermed den personlige relation mellem parterne, også relevant for mfl. § 19. Heraf følger, at den personlige relation kan have betydning for afgrænsningen af konsumptionsreglen i mfl. § 19. Dette resultat kan illustreres ved to eksempler:

Eksempel 1: Ejeren af en personligt drevet virksomhed fortæller over middagsbordet sin kone og to store børn om planlagte produkttiltag i virksomheden.

Eksempel 2: Den samme virksomhedsejer fortæller om de nævnte produkttiltag til tre branchekollegaer under en messe. Dette sker ikke som led i et samarbejde men som del af en almindelig hyggekonversation.

I det første eksempel forekommer det ikke rimeligt, om virksomhedsejeren skulle miste erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, fordi han beretter om sine produkttiltag over middagsbordet. Disse informationer må fortsat have karakter af erhvervshemmeligheder, som ansatte mv. skal omgås under hensyntagen til de regler, der gælder efter mfl. § 19. I det andet eksempel taler væsentligt mere for, at der ikke længere er tale om en hemmelighed i lovens forstand. Når virksomhedsejeren selv beretter om sine produkttiltag som sket, bør hans ansatte mv. ikke være underlagt en tavshedspligt om de selvsamme oplysninger. I de to eksempler overgives informationen til tre personer, og i ingen af eksemplerne er spredningen fagligt begrundet. Hverken personkredsens størrelse, jf. ovenfor, eller nødvendighedskriteriet, jf. nedenfor, kan således begrunde forskellen i resultatet. Afgørende synes at være tanken om, at virksomhedsejeren bør kunne informere sin nærmeste privatsfære om produkttiltag mv. uden af denne grund at miste sine rettigheder.

Det må således antages, at den personlige relation kan få betydning for afgrænsningen af alle reglerne om informationskonsumption, om end kriteriet nok sjældent vil have praktisk betydning i erhvervshemmelighedsbeskyttelsen.

c. Nødvendighedskriteriet – den faglige relation

Som beskrevet i afsnit 5.2.1 indgår et nødvendighedskriterium i afgrænsningen af konsumptionsreglen i mfl. § 19. Spredes erhvervshemmeligheden, uden at dette i en faglig kommerciel henseende er nødvendig, taler det for, at der foreligger en konsumptionsudløsende offentliggørelse. Nødvendighedskriteriet har et vist slægtskab med kriteriet om den personlige relation. Hvor den personlige relation er et ideelt betinget kriterium, der betoner den personlige relation mellem parterne, er nødvendighedskriteriet et økonomisk betinget kriterium, der betoner den faglige relation mellem parterne. Som anført indebærer kriteriet ikke, at beskyttelsen opretholdes, selvom et stort antal personer får adgang til informationerne, når dette har været nødvendigt. Dette følger allerede af den nævnte praksis, hvorefter beskyttelsen ikke udstrækkes til situationer, hvor informationen kan udledes af produktet, når dette sendes på markedet. Det følger ligeledes med omvendt fortegn af eksemplet ovenfor, hvor virksomhedsejeren fortæller familien om produkttiltag over middagsbordet. Selvom dette ikke er fagligt nødvendigt, indebærer det næppe, at erhvervshemmeligheden kan anses for offentliggjort. Nødvendighedskriterium får med andre ord betydning, når der ikke foreligger en tilgængeliggørelse for den brede offentlighed eller omvendt kun en tilgængeliggørelse inden for en snæver privatsfære. Dette kan også udtrykkes således, at nødvendighedskriteriet har karakter af et sekundært kriterium, der får betydning i grænsetilfælde, når de to andre kriterier, antallet af personer og den personlige relation, ikke entydigt afklarer, hvorvidt der foreligger en offentliggørelse.

Nødvendighedskriteriet blev hverken identificeret i analysen af den ophavsretlige eller den persondataretlige informationskonsumptionsregel. Det må også ligge fast, at kriteriet ikke har relevans i persondataretten. Dette skyldes, at nødvendighedskriteriet er et rent økonomisk funderet kriterium, mens persondataretten rummer en beskyttelse af ideelle interesser, Nødvendighedskriteriet tager højde for, at en informationsspredning kan være nødvendig for at varetage de økonomiske interesser, som der søges beskyttet, gennem en tildeling af informationsrettigheder. Interessen i at bevare privatlivets fred nødvendiggør selvsagt ikke, at oplysninger gøres tilgængelige for en bredere offentlighed.

Derimod kan andre regler nødvendiggøre en offentliggørelse, jf. f.eks. den ovenfor nævnte dom, U.2007.334Ø, om offentliggørelse af cpr-numre i tingbogen. Her er det afgørende dog ikke, om tilgængeliggørelsen har været nødvendig, men om den kan siges at have været frivillig, hvis den er påkrævet af andre regler. I persondataretlig forstand

bliver det springende punkt derfor ikke, om der foreligger en "offentliggørelse", men om der er givet "samtykke" til denne offentliggørelse.

Omvendt synes det ikke udelukket, at nødvendighedskriteriet kan have relevans i ophavsretten, der både rummer en ideel og en økonomisk beskyttelse. Sender en forfatter et manuskript til et stort antal forlag med henblik på udgivelse og et stort antal virksomheder med henblik på sponsorering af udgivelsen, kan det muligvis i grænsetilfælde indgå som et selvstændigt element, at den udstrakte eksemplarspredning er sket som led i forsøget på at realisere en økonomisk gevinst af værket. Havde forfatteren omvendt blot sendt manuskriptet for at promovere sig selv i bredere forstand, er der næppe tvivl om, at der ville foreligge en offentliggørelse. Det kan på den baggrund ikke udelukkes, at nødvendighedskriteriet i marginale tilfælde kan tillægges betydning i ophavsretten, selvom der ikke er tvivl om, at afgrænsningen primært er baseret på antallet af personer og den personlige relation mellem parterne.

d. Offentliggørelseskriteriet – sammenfatning

Analyserne af offentliggørelseskriteriets nærmere afgrænsning viser et væsentligt men ikke fuldstændigt sammenfald i de underliggende afgrænsningskriterier. Inden for alle disciplinerne har omfanget af personkredsen betydning for afgrænsningen. På tilsvarende vis må også den personlige relation antages at have relevans for alle informationskonsumptionsreglerne, om end den praktiske betydning dog er begrænset inden for erhvervshemmelighedsbeskyttelsen. Nødvendighedskriteriet (den faglige relation) har primært betydning for konsumptionsreglen efter mfl. § 19, men vil formentlig i marginaltilfælde også kunne have relevans inden for ophavsretten men ikke inden for persondataretten.

6.3.1.2. Den nærmere afgrænsning af samtykkekriteriet

Analyserne af samtykkekriteriet er præget af det meget sparsomme retskildemateriale. Som beskrevet ovenfor afgrænses det *ophavsretlige* samtykkekriterium på samme måde som for de ophavsretlige regler om eksemplarkonsumption. Der er derfor en vis formodning for, at begrebet tager udgangspunkt i afgiverens vilje og adfærd, jf. ovenfor.

Som beskrevet i afsnit 5.3.2 er det samtykkekriterium, der gælder efter den *persondataretlige* konsumptionsregel, formentlig nogenlunde identisk med det almindelige persondataretlige samtykkebegreb. I så fald vil også

samtykkekriteriet efter persondataretten være baseret på afgiverens vilje, jf. den udtrykkelige angivelse heraf i pdl. § 3, nr. 8.

Det er næppe muligt nærmere at angive, hvordan samtykkekriteriet efter konsumptionsreglen for *erhvervshemmelighedsbeskyttelsen* afgrænses, men der er også her en formodning for, at udgangspunktet kan tages i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære, jf. afsnit 5.2.2.

Sammenfattende er der en formodning for, at samtykkekriteriet for alle discipliner skal bedømmes med udgangspunkt i de principper, der følger af den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære, men det sparsomme retskildemateriale giver ikke belæg for mere faste konklusioner herom.

6.3.2. Retten til eget billede

Som anført i afsnit 2.6 kan det ikke umiddelbart af de vertikale retskilder udledes, hvorvidt der gælder regler om informationskonsumption for retten til eget billede. Som det skal påvises i det følgende må dette imidlertid antages at være tilfældet og en række afgørelser inden for området kan forklares med udgangspunkt i den lære om informationskonsumption, som følger af de ovenstående horisontale analyser.

Spørgsmålet, om der indtræder informationskonsumption af retten til eget billede, er et spørgsmål om, hvorvidt rettighedshaverens egen spredning af sit billede til offentligheden medfører en fortabelse af den eksklusive ret til billedanvendelsen, der i øvrigt gælder efter dansk ret. Det er ikke anvendelsen af det konkrete billedeksemplar men portrætbrugen som sådan, der er genstand for konsumptionen. Om eksemplarkonsumption af retten til det enkelte billedeksemplar, se afsnit 6.2.2 ovenfor.

Ved vurderingen af, om der indtræder informationskonsumption af retten til eget billede må der sondres mellem den økonomiske og den ideelle beskyttelse.

(*i) Den økonomiske beskyttelse af retten til eget billede.* Som tidligere beskrevet kan der navnlig for kendte personer være knyttet store økonomiske interesser til brug af billede og andre personlighedstræk. Det må lægges til grund, at rettighedshaveren ikke mister den økonomiske eneret til udnyttelse af eget billede, fordi rettighedshaveren selv har valgt at udnytte billedet økonomisk/kommercielt i andre sammenhænge, og der findes heller ingen trykte domme, der når dette resultat. Tværtimod er synspunktet normalt end ikke fremført, hvilket nok kan ses som udtryk for en generel accept af, at dette ikke er tilfældet.

I Sø- og Handelsrettens dom af 21. august 2006 havde en tøjproducent uden tilladelse bragt billeder af sejleren Paul Elvstrøm i sit katalog. Tøjproducenten gjorde bl.a. gældende, at de anvendte billeder var offentligt tilgængelige. Dette tillagde retten dog – berettiget – ikke vægt og tilkendte Paul Elvstrøm en erstatning på 100.000 kr.

Dette kan også udtrykkes således, at der ikke gælder en regel om informationskonsumption af de økonomiske rettigheder til eget billede. Betragtningen stemmer overens med det ovenfor udviklede om informationskonsumption, hvorefter indtræden af informationskonsumption er betinget af, at informationen forudsættes hemmeligholdt af rettighedshaveren. Dette er ikke tilfældet for de økonomiske rettigheder knyttet til eget billede. Tværtimod vil realiseringen af den potentielle økonomiske gevinst knyttet til informationen (eget billede) forudsætte, at billedet gøres offentligt tilgængelig.

(ii) Den ideelle beskyttelse af retten til eget billede. Den ideelle beskyttelse af retten til eget billede beror på samme måde som den persondataretlige beskyttelse på dels et privatlivshensyn, dels et personlighedshensyn, jf. nærmere kapitel 4.

Privatlivshensynet bevirker, at alle personer som udgangspunkt har krav på ikke at få deres billede gjort til genstand for offentligt skue. Dette kan bl.a. forklare, hvorfor det vil være en krænkelse at sælge masseproducerede plakater og situationsbilleder af ukendte personer, jf. *Udsen*, Kommerciel anvendelse af personbilleder, U.1997B.261 ff. (s. 263) ("I disse tilfælde er eksponeringen af den afbildede betydelig, og det må antages at kunne være til stor ubehag for den, der ønsker at leve et tilbagetrukket liv, at se et stort billede af sig selv være en del af interiøret i flere hundreder eller tusinder hjem. Det er formentlig derfor en retsstridig personlighedskrænkelse at udnytte andres billede på denne måde"). Hvis en person imidlertid har valgt selv at stå offentligt frem og dermed sprede sit billede til offentligheden, mister privatlivshensynet vægt. Det er i overensstemmelse hermed ikke en krænkelse af ideelle rettigheder at sælge plakater af en kendt sportsstjerne uden dennes samtykke, hvis den pågældendes portræt allerede pryder – autoriserede – plakater, håndklæder og andre former for merchandiseprodukter. Dette bekræftes også af retspraksis, hvor sanktionen i denne type af sager altid er erstatning og ikke godtgørelse, jf. U.1980.945Ø og U.2003.686SH. Resultatet og rationalet bag er i overensstemmelse med reglen om informationskonsumption: Når rettighedshaveren selv (eller tredjemand med rettighedshaverens accept) gør informationen tilgængelig for den brede offentlighed, konsumeres den ideelt betingede informationsrettighed til ikke at få sit portræt eksponeret offentligt. Det gælder således

også en regel om informationskonsumption for de ideelle rettigheder til eget billede.

Dette er dog ikke ensbetydende med, at den pågældende må acceptere en hvilken som helst gengivelse af sit billede. *Personlighedshensyn* vil ofte føre til, at der kan foreligge en krænkelse af ideel karakter, selvom den afbillede er et kendt ansigt og ofte optræder i medierne. Personlighedshensynet tilsiger som nærmere beskrevet i kapitel 4, at den afbillede selv kan vælge, hvordan den pågældende ønsker at fremtræde i offentligheden. Bringes et billede af den pågældende på en måde, der får ham til at fremstå på en uønsket måde i offentligheden, kan dette være en rettighedskrænkelse. Et eksempel herpå er den situation, hvor en kendt person anvendes som blikfang i en reklame for et kommercielt produkt. Selvom den pågældende er et kendt ansigt og hyppigt optræder i massemedierne, og der derfor ikke består en krænkelse af privatlivshensyn, vil personlighedshensyn føre til, at der består en krænkelse. Dette er særligt klart, når den kendte person af principielle grunde aldrig deltager i reklamesammenhæng, jf. U.1983.630Ø (Kim Larsen).

Det er ikke åbenbart om den indskrænkning i konsumptionsretten, der følger af personlighedshensynet, skal betegnes som en del af konsumptionsreglen. Problemstillingen kendes tilsvarende fra de øvrige områder, hvor der beskyttes ideelle interesser, det vil sige ophavsretten og persondataretten. De ideelle rettigheder efter ohl. § 3 gælder således også for konsumerede rettigheder. Selvom erhververen af et værkseksemplar eksempelvis har ret til at vise eksemplaret offentligt efter ohl. § 20, må visningen ikke ske på en måde, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse. Tilsvarende gælder for persondataretten. Selvom retten til at forbyde behandling af personoplysninger er konsumeret efter pdl. § 7, stk. 2, nr. 3, skal behandlingen stadig respektere de generelle behandlingskrav i § 5, herunder kravet om god databehandlingsskik. Selvom både ohl. § 3 og pdl. § 5 således begrænser konsumptionsretten, har reglerne ikke karakter af konsumptionsregler. Der er tale om generelle regler, som gælder for alle de undtagelsesregler, der giver tredjemand adgang til at behandle den pågældende type information. Dette taler for, at den indskrænkning i konsumptionen af retten til eget billede, der følger af personlighedshensyn, heller ikke betragtes som en del af konsumptionsreglen, men som en selvstændig regel, der også i øvrigt vil gælde, hvis tredjemand får adgang til at anvende andres billede. Rubriceringen har næppe praktisk betydning.

Ligesom privatlivshensynet kan også personlighedshensynet og rettighederne knyttet hertil konsumeres. Dette kan også udtrykkes således, at den afbilledes accept af, at hans billede bruges i en bestemt offentlig sammenhæng, fratager ham muligheden for ud fra personlighedshensyn at gøre indvendinger mod andres brug af hans billede i tilsvarende sammenhænge.

Der skal dog givetvis en del til, før rettighedshaveren mister sine rettigheder ud fra sådanne overvejelser. I den trykte retspraksis er spørgsmålet første gang berørt i *Spleths* kommentar til U.1965.126H (Buster Larsen) omtalt i kapitel 3, hvor det anføres, at Buster Larsen ikke havde krav på godtgørelse, da han havde sluttet aftale med en anden virksomhed om, at denne måtte lægge udklipsfigurer fra Cirkus Buster i sine morgenmadsprodukter, se U.1965B.228. Spleth udtrykker her konsumptionstanken: Når Buster Larsen vælger at medvirke offentligt i en reklamesammenhæng, har han herved fortabt den ideelt betingede eksklusive ret til denne form for brug af hans billede og personlighed. Spleth tillægger dog efter min opfattelse personlighedshensynet for lidt vægt og resultatet kan derfor ikke tiltrædes, jf. også U.1996.740SH (Erann Drori) forudsætningsvis og nærmere *Udsen*, a.st., s. 262 samt *Buhmann* i *Schønning m.fl.*, Personlighedsret, 2007, s. 63, der ligeledes anvender konsumptionsfiguren i sin argumentation: "[d]et konsumptionssynspunkt, hvorefter én form for reklame med samtykke udelukker, at andre former for reklame uden samtykke er krænkende, kan næppe tiltrædes i dag". Et nyere eksempel på problemstillingen er dommen U.2007.280SH. I denne sag havde skuespilleren Mads Mikkelsen optrådt nøgen i erotiske scener i en film. Enkelte billeder fra filmen (stillbilleder) blev efterfølgende uden samtykke bragt i ugebladet Se og Hør under overskriften "Sådan har du aldrig set ham før. PORNOSTJERNE". Et af billederne blev vist med en – utydelig – forstørrelse af området omkring Mads Mikkelsens kønsorganer. Mads Mikkelsen gjorde gældende, at billederne var taget ud af deres kunstneriske sammenhæng i filmen og anbragt på en måde, der kunne påvirke offentlighedens opfattelse af ham. Heri fik han imidlertid ikke medhold. Sø- og Handelsretten frifandt Se- og Hørs chefredaktør med følgende begrundelse: "Billederne er optaget med Mads Mikkelsens samtykke. Samtykket berettiger ikke andre til at tage billederne ud af deres rette sammenhæng eller til at offentliggøre disse. Da de omhandlede billeder imidlertid er blevet optaget med henblik på offentliggørelse som en del af en biograffilm og senere på video og dvd samt forevisning i tv, finder retten at offentliggørelsen af billederne i Se og Hør ikke udgør en krænkelse af Mads Mikkelsens ret til eget billede". Med denne begrundelse synes retten at gøre brug af en regel om informationskonsumption: Der lægges afgørende vægt på, at billederne (informationen) var optaget med Mads Mikkelsens samtykke med henblik på bred offentliggørelse.

Selvom argumentationen således er i overensstemmelse med den konsumptionsmodel, der er fremlagt her, er der grund til at være kritisk overfor afgørelsens konkrete vurdering. Efter min opfattelse bør der ikke være tvivl om, at billedet blev gengivet på en

måde, som krænkede Mads Mikkelsens personlighed, hvorfor der ikke burde indtræde konsumption. Dommen gav i øvrigt anledning til betydelig debat og har medført overvejelser om en ændring af ophavsretsloven, der sikrer skuespillere mod anvendelse af stillbilleder fra film.

De afgørelser, der er beskrevet i det ovenstående, kan alle forklares med den lære om informationskonsumption, der er opstillet ovenfor, og de dokumenterer med andre ord, at der også på dette område gælder en regel om informationskonsumption. Eftersom reglen omhandler konsumption af ideelle rettigheder, vil reglen være nært beslægtet med de tilsvarende regler om informationskonsumption inden for persondataretten og ophavsretten. Heri ligger også, at de afgrænsningskriterier, som har relevans for disse regler, må antages tilsvarende at have betydning for retten til eget billede.

6.3.3. Informationsretlige grundsætninger

De ovenstående analyser dokumenterer, at der også mellem reglerne om informationskonsumption kan påvises en række fællestræk, der med afhandlingens terminologi har karakter af informationsretlige grundsætninger.

For alle de områder af informationsretten, hvor informationsrettighederne enten af økonomiske eller ideelle årsager skal beskytte rettighedshaveren mod, at informationen kommer til kendskab for en bredere personkreds, gælder en indskrænkning i rettighederne, når rettighedshaveren selv offentliggør informationen. Dette kan også formuleres med følgende grundsætning.

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information, der kan kræves unddraget offentligheden, når informationen er offentliggjort med rettighedshaverens samtykke (informationskonsumption).*

Den nærmere afgrænsning af offentliggørelseskriteriet beror inden for alle disciplinerne på de fra privatbrugsreglerne velkendte kriterier, den personlige relation og antal personer. I tilknytning hertil kan det i grænsetilfælde spille en rolle, om informationstilgængeliggørelsen har været nødvendig for at forfølge (økonomiske) interesser, som beskyttes af informationsrettighederne.

- *Hvorvidt rettighedshaveren har tilgængeliggjort informationen i et sådant omfang, at der foreligger en konsumptionsudløsende offentliggørelse, afgøres af antallet af personer, som informationen gøres tilgængelig for og den personlige relation mellem parterne*

samt i grænsetilfælde, hvorvidt tilgængeliggørelsen har været nødvendig for at forfølge interesser, som i øvrigt beskyttes af informationsrettighederne.

Endelig kan der nok opstilles en formodning for, at samtykkekriteriet for alle discipliner skal bedømmes med udgangspunkt i de principper, der følger af den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.

- *Kravene til rettighedshaverens samtykke afgøres med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.*

6.4. Grænsefladerne mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption

6.4.1. Om grænseflader mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption i de enkelte discipliner

De to ovenstående analyser har dokumenteret, at der kan opstilles informationsretlige grundsætninger mellem reglerne om eksemplarkonsumption og tilsvarende mellem reglerne om informationskonsumption. På denne vis har de to analyser hver især bidraget til at verificere afhandlingens tese. Selvom analyserne har vist, at der er tale om to materielretligt forskellige regler, der er baseret på forskellige kriterier og dermed også forskellige grundsætninger, har de imidlertid også indikeret, at der består grænseflader mellem reglerne.

Dette er særligt klart kommet til udtryk i reglen om konsumption af visningsretten til litterære værker i ohl. § 20. På den ene side regulerer reglen eksemplarindehaverens ret til offentlig visning af det enkelte eksemplar, når eksemplaret er overdraget med rettighedshaverens samtykke og indeholder hermed i afhandlingens terminologi en regel om eksemplarkonsumption. På den anden side regulerer bestemmelsen også rettighedshaverens ret til at kræve den information, der er fæstnet i eksemplaret, holdt uden for den offentlige sfære, så længe rettighedshaveren ikke selv har offentliggjort informationen, og indeholder hermed i afhandlingens terminologi en regel om informationskonsumption. At en informationsretlig konsumptionsbestemmelse kan rumme såvel en regel om eksemplarkonsumption som en regel om informationskonsumption, er dog ikke særegent for ohl. § 20, men vil gælde for en række bestemmelser. Som beskrevet i afsnit 6.2 vil en regel om eksemplarkonsumption have relevans inden for alle de informationsretlige discipliner, mens en regel om informationskonsumption vil have rele-

vans for de typer af beskyttet information, hvor økonomiske eller ideelle hensyn tilsiger, at rettighedshaveren kan modsætte sig en tilgængeliggørelse af informationen for en bredere kreds. Dette gælder for den retlige beskyttelse af ophavsretlige værker, erhvervshemmeligheder, personoplysninger og retten til eget billede, jf. nærmere afsnit 6.3. Inden for disse discipliner vil både eksemplarkonsumption og informationskonsumption have relevans, og det er med andre ord inden for disse discipliner, at der består grænseflader mellem de to former for konsumption.

Samspillet mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption vil i mange tilfælde ikke give anledning til problemer. Har rettighedshaveren eksempelvis offentliggjort informationen og samtidig overdraget et eksemplar til en tredjepart, vil der indtræde såvel eksemplarkonsumption som informationskonsumption. Grænsefladeproblemer kan imidlertid opstå i de situationer, hvor rettighedshaveren ikke har gjort informationen offentlig tilgængelig men har overdraget et eksemplar, hvori informationen er fæstnet. I denne situation vil en konsumption af retten til at videresprede det enkelte eksemplar kunne bevirke, at der de facto sker offentliggørelse af selve informationen. Dette kan f.eks. ske, hvis eksemplaret spredes et stort antal gange, hvis det vises til en større personkreds, eller hvis eksemplaret overdrages til en tredjepart, som ikke er forpligtet til at holde den information hemmelig, der kan udledes af eksemplaret. I disse situationer må det overvejes, om forbuddet mod spredning af selve informationen tillige skal medføre et forbud mod tilgængeliggørelse af eksemplaret ud fra en betragtning om, at *eksemplar*tilgængeliggørelsen risikerer at medføre den *informations*tilgængeliggørelse, som rettighedshaveren netop beskyttes mod, ved at der ikke tillades informationskonsumption; eller med andre ord, om de hensyn, der tilsiger eksemplarkonsumption skal veje tungere, end de hensyn, der tilsiger, at der ikke indtræder informationskonsumption. Problemstillingen kan illustreres med to eksempler:

Eksempel 1 (fra afsnit 6.2.2 ovenfor): En maskinproducent specialudvikler til en samarbejdspartner en maskine, hvoraf kan udledes erhvervshemmeligheder om den teknologi, der ligger bag udviklingen af maskinen. Som nærmere beskrevet a.st. vil samarbejdspartneren næppe kunne sprede selve informationen uden at krænke mfl. § 19. Det kan herefter overvejes, om samarbejdspartneren kan overdrage maskinen. På den ene side indebærer dette også en informationstilgængeliggørelse, som mfl. § 19 netop søger at beskytte rettighedshaveren (maskinproducenten) mod. På den anden side tilsiger tingsretlige hensyn, at samarbejdspartneren kan videresælge maskinen. Det sidstnævnte hensyn har formentlig størst vægt i denne situation, jf. drøftelsen i afsnit 6.2.2.

Eksempel 2: En sportsbutik køber en papfigur af en kendt sportsstjerne i fuld størrelse. Papfiguren har tidligere været anvendt i en (lovlig) kampagne for en morgenmadsproducent, hvor sportsstjernen medvirkede. Efterfølgende blev papfiguren videregivet til sønnen hos en ansat i morgenmadsvirksomheden, som var stor fan af den pågældende sportsstjerne. Da sønnen senere mistede interessen for sportsstjernen, videresolgte hans far papfiguren til en af sine bekendte, der var medindehaver af sportsbutikken, hvor den blev opstillet i udstillingsvinduet. Sportsstjernens ret til eget billede tilsiger, at sportsbutikken ikke kan anvende hans billede som sket, men hensynene bag eksemplarkonsumption tilsiger, at butikken kan råde over det eksemplar, man har erhvervet. I eksemplet er der næppe tvivl om, at de tingsretlige hensyn ikke kan tillægges vægt, og at der foreligger en krænkelse. Ændres eksemplet, så sportsbutikken på en auktion indkøber en skulptur af sportsstjernen for et større beløb og sætter den op i butikken, er svaret formentlig det modsatte, jf. nærmere straks nedenfor.

I ophavsretten følger resultatet af denne afvejning umiddelbart af konsumptionsreglerne i ohl. §§ 19 og 20. Efter *ohl. § 19* har erhververen altid ret til at videreoverdrage eksemplaret, når rettighedsoverdragelseskriteriet er iagttaget, uanset om værket endnu ikke er offentliggjort, også selv om det medfører, at omverdenen måtte få kendskab til værket på et tidspunkt, hvor rettighedshaveren ikke selv har offentliggjort det og heller ikke ønsker det offentliggjort. Reglen om eksemplarkonsumption er med andre ord tillagt større vægt end reglen om informationskonsumption. Dette kan også udtrykkes således, at de incitamentshensyn og tingsretlige hensyn, der er centrale for ohl. § 19, er blevet tillagt større vægt end de ideelle hensyn, der begrunder rettighedshaverens ret til at kræve informationen holdt uden for den offentlige sfære.

Som nævnt ovenfor var dette anderledes frem til 1992-ohl., hvor § 19 også var baseret på et udgivelseskriterium.

Efter *ohl. § 20* er resultatet det modsatte. Udgivelse, jf. § 8, stk. 2, og dermed konsumption efter § 20 indtræder først, når værket er spredt i et antal eksemplarer, der medfører en tilgængeliggørelse af værket for almenheden, jf. nærmere afsnit 5.1.1. Uanset om rettighedsoverdragelseskriteriet er opfyldt, konsumeres visningsretten først, når værket (informationen) er gjort tilgængelig for offentligheden. Dette gælder dog ikke for eksemplarer af kunstværker, der som nævnt må vises offentligt, så snart det enkelte eksemplar af ophavsmanden er overdraget til en anden.

Som beskrevet kan eksemplarkonsumptionen ikke *de lege lata* rummes i *persondataretten*. Der består således ikke en hjemmel i persondataretten til at sprede personoplysninger, alene med den begrundelse, at disse er fæstnet

i et fysisk medium, som eksemplarindehaveren ud fra tingsretlige hensyn bør have ret til at videreoverdrage. Det kan dog som beskrevet ikke udelukkes, at sådanne overvejelser kan spille ind ved fortolkningen af persondatalovens andre regler, særligt afvejningsreglen i § 6, stk. 1, nr. 7.

Såfremt svaret ikke udtrykkeligt fremgår af konsumptionsbestemmelserne, må det bero på en konkret vurdering/fortolkning, om beskyttelsen mod offentliggørelse af informationen skal vejere tungere, end eksemplarejerens råderet over eksemplaret. Dette gælder for *mfl. § 19* og for *retten til eget billede*. Til brug for den konkrete vurdering kan der formentlig med fordel opstilles nogle mere generelle kriterier, jf. herom i det følgende.

6.4.2. Grænsefladekriterier

a. Eksemplarkonsumptionens og informationskonsumptionens egne afgrænsningskriterier: Karakteren af rettighedsoverdragelsen og personkredsens omfang og relation

De afgrænsningskriterier, der ovenfor er identificeret inden for eksemplarkonsumptionslæren henholdsvis informationskonsumptionslæren, vil også have betydning, når det skal vurderes, om eksemplarkonsumptionsreglen eller informationskonsumptionsreglen skal have forrang.

Såfremt eksemplarerhververen får overdraget samtlige rettigheder til eksemplaret, taler dette i sig selv med større vægt for, at der indtræder eksemplarkonsumption, end hvis der kun sker en delvis rettighedsovergang, f.eks. i form af et udlån, jf. ovenfor. På tilsvarende vis vil en fuldstændig rettighedsoverdragelse isoleret set også tale for, at eksemplarkonsumptionen skal tillægges forrang. De hensyn, der ligger bag rettighedsoverdragelseskriteriet, vil være de samme, uanset om det skal vurderes, hvorvidt der indtræder eksemplarkonsumption i det hele taget, eller hvorvidt der indtræder eksemplarkonsumption, når der ikke indtræder informationskonsumption.

På samme måde vil personkredsens størrelse og den personlige relation spille en rolle. Jo bredere en personkreds informationen gøres tilgængelig for gennem eksemplartilgængeliggørelsen, jo mere taler for at lade informationskonsumptionsreglen få forrang. De ophavsretlige konsumptionsregler kan ses som et udtryk herfor. Når ohl. § 19 tillader eksemplarkonsumption uafhængigt af, om informationen endnu ikke er offentliggjort, mens det forholder sig omvendt efter ohl. § 20, kan det muligvis forklares med, at visning typisk indebærer, at informationen gøres tilgængelig for et større

antal personer, mens spredning som udgangspunkt kun medfører, at informationen gøres tilgængelig for den person, som eksemplaret spredes til.

Denne forklaring kan dog ikke stå alene. Ohl. § 19 er en direktivimplementering, og der er en tendens til, at den EU-retlige regulering af ophavsretten fokuserer mere på den økonomiske end den ideelle beskyttelse, hvilket også kan være en medvirkende årsag til, at den ideelt baserede informationskonsumption er gledet helt ud af den ophavsretlige regel om spredningskonsumption.

Spredningen kan som nævnt også medføre, at et større antal personer i sidste ende får kendskab til informationen, ligesom visning kan ske til en enkelt person, men i udgangspunktet er spredning en-til-en tilgængeliggørelse af information, mens visning er en-til-mange tilgængeliggørelse. En tilsvarende sondring kan spores i erhvervshemmelighedsbeskyttelsen. Det må lægges til grund, at informationer, der kan udledes af produkter gennem reverse engineering, ikke nyder beskyttelse efter mfl. § 19, såfremt produktet udbydes på det brede marked, jf. afsnit 5.2.1. Specialfremstilles produktet til en enkelt kunde, kan det samme ikke uden videre lægges til grund, jf. eksempel 1 lige ovenfor. Hermed lægges op til, at konsumptionen kan nuanceres alt efter hvilken type informationshandling der overvejes konsumeret. Dette kan illustreres med det persondataretlige dagbogseksempel ovenfor: Når rettighedshaveren sælger dagbogen, forekommer det rimeligt, at erhververen – i mangel af modstående aftale – kan videreoverdrage dagbogen, mens det ikke nødvendigvis forekommer rimeligt, at han kan gennemføre en offentlig visning af dagbogens indhold.

b. Primært karakter af eksemplaroverdragelse eller informationsoverdragelse?

I tilknytning til eksemplarkonsumptions- og informationskonsumptionsreglernes egne afgrænsningskriterier, kan det nok som et selvstændigt grænsefladekriterium tillægges vægt, i hvor høj grad den pågældende handling er knyttet til eksemplaret henholdsvis informationen. De ovenstående eksempler kan illustrere dette. Hvis der overdrages en maskine, ud af hvis konstruktion der kan udledes erhvervshemmeligheder, vil en videreoverdragelse primært have karakter af en eksemplaroverdragelse i modsætning til den situation, hvor erhvervshemmelighederne er fæstnet på et stykke papir. I sidstnævnte situation vil det fysiske medium være uden selvstændig værdi, og overdragelsen vil primært have karakter af en informationsoverdragelse. Erhververen har primært erhvervet information, og det forekommer mindre oplagt, at erhververen i denne situation skulle kunne videreoverdrage in-

formationen under påberåbelse af eksemplarkonsumptionsretten, sammenlignet med den situation, hvor der i højere grad erhverves et eksemplar (maskinen). Det er samme tankegang, der gør, at sportsbutikken i eksempel 2 formentlig kan opsætte en skulptur af sportsstjernen, men næppe en papfigur. Tanken kan forklare uviljen mod, at ophavsrettigheder konsumeres af modtageren af et brev eller et manuskript, jf. nærmere afsnit 6.6 nedenfor. Den passer også ind i ohl. § 20, hvorefter visningsretten til litterære værker først konsumeres ved udgivelse, mens visningsretten til kunstværker konsumeres ved overdragelse. For det litterære værk spiller mediet typisk en mindre rolle end for kunstværker som malerier og skulpturer, hvor information og eksemplar normalt er tættere forbundne.

Det skal dog bemærkes, at forarbejderne til § 20 forklarer sondringen mellem litterære og kunstneriske værker med, at kunstværker ofte kun fremstilles i et eksemplar og derfor definitorisk ikke kan udgives. Sondringen gælder dog også for litografier og andre masseproducerede kunstværker.

I det hele taget passer den ophavsretlige inddeling af konsumptionsreglerne godt ind i tanken. Spredningskonsumption indtræder som nævnt altid efter § 19, uanset om der herved også sker spredning af information, som i øvrigt er beskyttet. Visningskonsumption forudsætter udgivelse, medmindre der er tale om kunstværker, jf. lige ovenfor, mens fremførelseskonsumption har et meget begrænset anvendelsesområde (accessoriske fremførelser ved ikkekommercielle arrangementer og gudstjenester). Bevægelsen fra § 19 over § 20 til § 21 er således udtryk for en gradvis svækkelse af konsumptionen. Tilsvarende gælder, at de handlinger, der reguleres i de tre bestemmelser, har en stadig svagere tilknytning til selve eksemplaret. I § 19 overdrages selve eksemplaret, og der er således en fuldstændig parallelitet mellem eksemplaroverdragelsen og informationsoverdragelsen. I § 20 vises eksemplaret, og informationsoverdragelsen sker med en noget større grad af eksemplaruafhængighed. I § 21 fremføres værket og her er det altså selve informationsoverdragelsen, der er central. Fremførelse vil ofte ske på baggrund af et eksemplar (afspilning, oplæsning mv.) men i princippet er det ikke nødvendigt. Om forholdet mellem eksemplaret og informationen kan man herefter sammenfattende sige, at *i jo højere grad overdragelsen har karakter af en overdragelse af et eksemplar frem for overdragelse af information, jo mere taler for at der indtræder eksemplarkonsumption*, uagtet der hermed tilgængeliggøres information, som i øvrigt er beskyttet. I hvilket omfang overdragelsen primært har karakter af eksemplaroverdragelse vil, som eksemplerne illustrerer, i nogen grad bero på, hvor mediefleksibel den

pågældende informationsmængde er, jf. nærmere om dette begreb kapitel 2. Jo tættere informationen er knyttet til det konkrete eksemplar, jo mere vil overdragelsen have karakter af eksemplaroverdragelse. Som de ophavsretlige konsumptionsregler illustrerer, kan også handlingens karakter have betydning. Selve eksemplaret spiller en stærkere rolle ved eksemplaroverdragelse end ved f.eks. eksemplarvisning.

c. Første overdragelse mod vederlag

Som et tredje kriterium må man nok også tillægge det vægt, om den første eksemplaroverdragelse har haft karakter af et salg. Betaler erhververen vederlag for eksemplaret skabes en stærkere forventning hos erhververen om at kunne disponere over eksemplaret, uagtet der hermed tilgængeliggøres information. Og omvendt kan rettighedshaveren have en vis rimelig forventning om ikke at skulle acceptere en viderespredning, der indebærer en tilgængeliggørelse af beskyttet information, når han har overdraget et eksemplar uden vederlag og måske uden tanke på videreoverdragelse, blot fordi der kan siges at være sket en rettighedsoverdragelse af mediet, jf. også herom nedenfor i afsnit 6.6 (om overdragelse af breve og manuskripter). Denne tanke ligger bag reglen om spredningskonsumption i den norske ophavsretslovs § 19, hvorefter spredningsretten til eksemplarer, der sælges, konsumeres ved salget, mens spredningsretten i andre overdragelsessituationer først indtræder ved offentliggørelse af værket (bortset fra bygningsværker og fotografiske værker).

6.4.3. Informationsretlige grundsætninger

De ovenstående betragtninger om samspillet mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption gælder inden for alle de informationsretlige områder, hvor begge sæt af regler kan have relevans. Betragtningerne får dermed karakter af informationsretlige grundsætninger.

Som en første grundsætning kan opstilles iagttagelsen om, at der mellem de to regeltyper består grænseflader, når hensynene bag informationskonsumptionsreglen ikke tilsiger informationskonsumption, mens hensynene bag eksemplarkonsumptionsreglen tilsiger eksemplarkonsumption.

- *Mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption består retligt relevante grænseflader, når hensynene bag reglerne om eksemplarkonsumption tilsiger eksemplarkonsumption, mens hensynene bag reglerne om informationskonsumption ikke tilsiger informationskonsumption. I denne situation skal det*

vurderes, om forbuddet mod informationstilgængeliggørelsen tillige medfører et forbud mod spredning og visning af eksemplaret.

I tilknytning hertil får betydningen af de identificerede grænsefladekriterier tilsvarende karakter af en grundsætning.

- *Centralt for vurderingen er en række grænsefladekriterier: antallet af personer, som informationen gøres tilgængelig for gennem spredning eller visning af eksemplaret, den personlige relation mellem rettighedshaveren og de personer, informationen gøres tilgængelig for, rettighedsoverdragelsens karakter og omfang, overdragelsens primære karakter af eksemplaroverdragelse eller informationsoverdragelse, og hvorvidt den første overdragelse er sket mod vederlag.*

6.5. Sammenholdelse af analysernes resultater med hensynslæren

Som led i verifikationen af afhandlingen tese om betydningen af hensynslæren skal også på konsumptionsområdet vises, at der består en tæt sammenhæng mellem de hensyn, der i afsnit 3 er identificeret på konsumptionsområdet, og de grundsætninger, der er opstillet i de foregående afsnit. Dette gælder både for grundsætningerne om eksistensen af konsumptionsregler og for grundsætningerne om afgrænsningen af disse regler.

a. Grundsætningerne om eksistensen af en eksemplarkonsumptionsregel og en informationskonsumptionsregel

De horisontale analyser har vist, at der gælder en regel om *eksemplarkonsumption* inden for alle de informationsretlige discipliner. Da det endvidere er de samme centrale hensyn, der ligger bag reglerne, jf. nærmere om disse afsnit 3.1, verificerer de horisontale analyser af eksemplarkonsumptionsreglerne tesen om hensynslæren som ramme for den horisontale informationsret.

Tilsvarende har de regler om *informationskonsumption*, der gælder for en række discipliner, en fælles karakter, om end denne dog ikke er helt så stærk som det gælder for reglerne om eksemplarkonsumption, jf. afsnit 3.2. Som der beskrevet er den økonomisk funderede konsumptionsregel i mfl. § 19 baseret på en manglende vægtning af incitamentshensyn, mens de ideelt funderede regler er baseret på en manglende vægtning af privatlivshensynet, hvorved der i begge situationer vises tilbage til informationsfrihedshensynet. Også mellem informationskonsumptionsreglerne består der således

på et mere overordnet plan et sammenfald mellem hensyn, der bekræfter tesen om den informationsretlige hensynslære. Dette understøttes af reglernes manglende relevans på det patentretlige og varemærkeretlige område. Hverken varemærketten eller patentretten fortabes, fordi informationen gøres offentligt tilgængelig. Der kan ikke opstilles nogen formodning om, at rettighedshaveren har opnået en tilstrækkelig økonomisk fortjeneste, så snart han vælger at gøre et varemærke eller et patent offentligt tilgængeligt (tværtimod er offentliggørelsen en forudsætning for at opnå en patentret). Den manglende vægtning af incitamentshensyn, der begrunder informationskonsumption, gælder derfor ikke for varemærketten og patentretten. Tilsvarende har de privatlivshensyn, der har betydning for de ideelt betingede regler om informationskonsumption, ikke relevans inden for varemærketten og patentretten, jf. ovenfor. De hensyn, der begrunder informationskonsumptionsreglen, har således ikke relevans inden for patentretten og varemærketten.

Et tilsvarende sammenfald mellem hensyn og grundsætninger gælder grundsætningerne om den nærmere afgrænsning af konsumptionsreglerne.

b. Grundsætningerne om konsumptionsreglernes nærmere afgrænsning

Ovenfor er opstillet grundsætninger om eksistensen af centrale kriterier i afgrænsningen af konsumptionsreglerne og samspillet mellem disse regler. I det følgende beskrives forholdet mellem disse grundsætninger og hensynene bag reglerne.

Rettighedsoverdragelseskriteriet står centralt i afgrænsningen af reglerne om *eksemplarkonsumption*. Kriteriet er i god overensstemmelse med hensynslæren. Når rettighederne til eksemplaret overdrages, skabes en formodning for, at rettighedshaveren har opnået den økonomiske gevinst knyttet til eksemplaret. Dette gælder selvsagt navnlig, hvis retten til eksemplaret overdrages mod et vederlag, men også i mange andre tilfælde må det antages, at rettighedshaverens vederlagsfri overdragelse sker med henblik på at opnå en (indirekte) økonomisk eller ikke-økonomisk fordel. Bortgivelse af eksemplarer kan også skyldes en erkendelse af, at eksemplarerne ikke (længere) har nogen markedsværdi. I alle disse tilfælde passer rettighedsoverdragelseskriteriet godt ind i de betragtninger vedrørende incitamentshensynet, der er anført ovenfor i afsnit 3: Når rettighedshaveren realiserer gevinsten eller erkender, at der ikke kan realiseres en gevinst, mister incitamentshensynet sin vægt. Incitamentshensynet kan også forklare, hvorfor nogle af konsumptionsreglerne ikke anerkender f.eks. udlån som konsumptionsudløsende faktor. Ved et udlån er der ikke samme formodning for, at

rettighedshaveren får realiseret den økonomiske gevinst, som der er ved et salg. Rettighedsoverdragelseskriteriet stemmer endvidere godt overens med det tingsretlige hensyn. Når ejendomsretten til det enkelte eksemplar overgår til erhververen, taler langt mere for konsumption af rettighederne til eksemplaret, end hvis der eksempelvis blot sker udlån. Også dette hensyn kan derfor forklare sondringen mellem salg og udlån, og giver anledning til at overveje det hensigtsmæssige i, at udlån altid udløser konsumption efter ohl. § 20 (litterære værker) og den patentretlige konsumptionsregel, jf. afsnit 6.6 nedenfor. Omsætningshensynet stemmer derimod ikke overens med rettighedsovergangskriteriet. Uanset om rettighedshaveren foretager en endelig overdragelse af eksemplaret til erhververen, udlåner eksemplaret, lader ham opbevare det i et mellemmandsforhold eller på anden vis giver erhververen rådighed over eksemplaret, skabes hermed en mulighed for en videreoverdragelse til en godtroende aftaleerhverver, hvis behov for beskyttelse er uafhængig af, hvordan overdragelsen til den oprindelige erhverver har fundet sted. Som nærmere beskrevet i afsnit 3 kan det imidlertid ikke antages, at omsætningshensynet skal tillægges vægt i forståelsen af konsumptionsreglerne. At reglerne om eksemplarkonsumption er baseret på et rettighedsoverdragelseskriterium understøtter denne antagelse.

Grundsætningen om *offentliggørelseskriteriet* er tilsvarende i god overensstemmelse med de hensyn, der ligger bag reglerne om *informationskonsumption*. Når rettighedshaveren vælger selv at sprede informationen ud i en bredere offentlig kreds, må der være en formodning for, at han med denne spredning har realiseret en økonomisk gevinst eller omvendt erkendt, at der ingen markedsværdi er knyttet til informationen. Hermed mister incitamentshensynet, der også har betydning for mfl. § 19, vægt, på samme måde som det gjaldt ovenfor i relation til rettighedsovergangskriteriet. Dette betyder som nævnt ovenfor, at det grundlæggende informationsfrihedshensyn får større vægt i den samlede afvejning.

Forholdet illustreres af de to domme om beskyttelse af fodboldresultater, U.1982.179/2H og U.2004.2945H, omtalt ovenfor. Når der blev ydet beskyttelse i den første afgørelse men ikke i den anden, har det givetvis spillet en rolle, at DBU i den anden sag – i modsætning til den første – allerede havde solgt rettighederne og dermed realiseret en økonomisk gevinst. Selvom en videreudnyttelse af informationen var mulig, tildeles incitamentshensyn mindre vægt, når der er opnået en økonomisk gevinst af informationen, og hermed får informationsfrihedshensyn tilsvarende større vægt.

Når der sker en spredning til offentligheden, mister også privatlivs- og personlighedshensynene vægt. Rettighedshaveren har jo nu selv valgt, at in-

formationen skal være tilgængelig for en bredere offentlig personkreds og kan derfor vanskeligt, eller i hvert fald vanskeligere, argumentere for, at informationen ikke må behandles, fordi den tilhører rettighedshaverens private sfære. Hermed er der også en god overensstemmelse mellem offentliggørelseskriteriet og de privatlivs- og personlighedshensyn, der har relevans for de ideelt betingede regler om informationskonsumption i ophavsretten, persondataretten og området for retten til eget billede.

Også når det kommer til offentliggørelseskriteriets underliggende afgrænsningskriterier, *personkredsens størrelse* og *relationen mellem rettighedshaveren og modtageren*, kan disse forklares med udgangspunkt i de bagvedliggende hensyn. Jo flere personer rettighedshaverens egen første spredning omfatter, jo større må den økonomiske gevinst forventes at være. Når DBU f.eks. i den ovennævnte U.2004.2945H indgik aftale med TV3 om transmission fra fodboldkampe, må det forventes, at prisen er fastsat ud fra antallet af lyttere og seere. Havde DBU kun indgået aftale med en mindre lokalradio med et begrænset sendeområde, ville prisen formentlig have været noget lavere, og DBU ville følgelig ikke have realiseret samme økonomiske gevinst, inden rettighederne til resultatspredningen var konsumeret.

På tilsvarende vis har antallet af lyttere og seere central betydning i de vederlagsmodeller, som Ophavsretslicensnævnet har udviklet gennem en mangeårig praksis.

En større personkreds fører derfor til en højere grad af formodning for, at rettighedshaveren har realiseret den økonomiske gevinst, og at incitamentshensyn derfor ikke skal tillægges vægt. Tilsvarende vil gælde for den ideelle beskyttelse. Jo flere personer informationen spredes til, jo mere taler for, at rettighedshaveren ikke har ønsket at beholde informationen inden for en mere snæver privatsfære, hvorfor privatlivshensynet mister vægt.

Den personlige relation er relevant, når rettighedshaveren har en ideel interesse i at kunne sprede informationen uden at fortabe (få konsumeret) sine rettigheder. Anvendelsen af den personlige relation som underliggende afgrænsningskriterier er i dette tilfælde overensstemmende med det privatlivshensyn, der har relevans for reglerne: Jo tættere forholdet er mellem de involverede parter, jo mere taler for, at den tilgængeliggørelse af information, der er sket mellem dem, ligger inden for den privatsfære, som privatlivshensynet søger at beskytte.

Endelig kan som beskrevet også *nødvendighedskriteriet* i grænsetilfælde tillægges vægt ved vurderingen af, om der foreligger en konsumptionsudløsende offentliggørelse. Kriteriet er relevant, når rettighedshaveren har en

økonomisk interesse i at kunne sprede informationen uden at fortabe sine rettigheder. Også dette afgrænsningskriterium stemmer godt overens med hensynslæren. Hvis ikke rettighedshaveren uden at fortabe sine rettigheder kan sprede informationen, når det er fagligt relevant, vil det i mange tilfælde ikke være muligt at realisere den potentielle økonomiske gevinst af informationen. Dette afgrænsningskriterium kan derfor forklares med udgangspunkt i incitamentshensynet.

c. Samlet konklusion

Analyserne har påvist en direkte sammenhæng mellem hensyn og grundsætninger både i relation til grundsætninger om eksistensen af konsumptionsregler og grundsætningerne om den nærmere afgrænsning af disse regler: Når hensynene er identiske, er reglerne baseret på identiske afgrænsningskriterier, og når afgrænsningskriterierne omvendt er forskellige, er reglerne baseret på forskellige hensyn. På samme måde som gjaldt for de tilsvarende analyser ovenfor i kapitel 7 om privatbrugsreglerne, viser analyserne, at kriteriernes funktion er at ramme en balance mellem de modsatrettede hensyn, der ligger bag reglerne. Når der eksempelvis sker et eksemplarsalg, realiserer rettighedshaveren en økonomisk gevinst samtidig med, at erhververen opnår en forventning om at kunne disponere frit over eksemplaret. Dette betyder dels, at incitamentshensynet mister vægt, dels at det tingsretlige hensyn må tillægges større vægt. Afgrænsningskriterierne fungerer altså som *vægtningskriterier* i forhold til de overordnede hensyn. Som en umiddelbar konsekvens heraf følger, at når hensynene bag konsumptionsreglerne er identiske, så vil også de underliggende afgrænsningskriterier være identiske. Hermed understøtter også de konsumptionsretlige analyser tesen om hensynslæren som systematisk ramme for den horisontale informationsret.

6.6. Den praktiske anvendelse af de informationsretlige grundsætninger – eksempler

Der er ikke tradition for at behandle reglerne om eksemplarkonsumption i et horisontalt perspektiv, ligesom heller ikke reglerne om informationskonsumption tidligere er blevet behandlet som en selvstændig regeltype og dermed selvsagt heller ikke på tværs af de enkelte discipliner. De ovenstående analyser viser imidlertid, at den horisontale tilgangsvinkel også på det konsumptionsretlige område giver grundlag for at opstille nogle informationsretlige grundsætninger, der ofte vil kunne bidrage til den retsdogmatiske besvarelse af en retlig problemstilling eller til den retspolitiske argumenta-

tion om reglernes indretning og hensigtsmæssighed. Med udgangspunkt i de opstillede grundsætninger illustreres dette i det følgende med eksempler først fra eksemplarkonsumptionsretten, dernæst informationskonsumptionsretten og endelig fra samspillet mellem de to typer af regler.

a. Eksemplarkonsumption

Grundsætningen om, at der inden for alle de informationsretlige områder består en regel om eksemplarkonsumption, kan få relevans som udfyldende retskilde/fortolkningskilde på de områder, hvor eksemplarkonsumptionsregler ikke umiddelbart følger af de vertikale retskilder. Dette gælder for erhvervshemmelighedsbeskyttelsen efter mfl. § 19, jf. eksemplet fra afsnit 6.2.2: Hvis der sælges en specialudviklet maskine til én samarbejdspartner, vil denne være berettiget til at videresælge maskinen, selvom der herved sker overdragelse af de erhvervshemmeligheder, som kan udledes af maskinen. Den umiddelbare retstekniske forklaring herpå er, at overdragelsen ikke kan anses for "ubeføjet", jf. mfl. § 19, stk. 2. Den bagvedliggende forklaring – der træder frem i den horisontale analyse – er, at de hensyn der tilsiger eksemplarkonsumption, herunder det tingsretlige hensyn, også må tillægges vægt inden for erhvervshemmelighedsbeskyttelsen.

En regel om eksemplarkonsumption eksisterer heller ikke inden for persondataretten. Som beskrevet kan der ikke desto mindre opstå situationer, hvor det forekommer rimeligt, at eksemplarerhververen har ret til at videreoverdrage eksemplaret, uanset om eksemplaret rummer personoplysninger, som hermed spredes sammen med eksemplaret, jf. dagsbogseksemplet. Betragtningen er helt den samme, som netop er anført i relation til erhvervshemmeligheder. Forskellen er imidlertid, at den persondataretlige konsumptionsregel, i modsætning til mfl. § 19, ikke rummer plads til en sådan fortolkning, ligesom persondataretten heller ikke i øvrigt hjemler en ret til at tilgængeliggøre information alene fordi, informationen er fæstnet i et eksemplar. Grundsætningerne kan i stedet anvendes som led i en retspolitisk argumentation men praktisk vigtigere, vil grundsætningerne formentlig kunne fungere som element i fortolkningen af persondatalovens øvrige regler, herunder særligt afvejningsreglen i pdl. § 6, stk. 1, nr. 7, jf. ovenfor. Tilsvarende må det antages, at der også på området for retten til eget billede gælder en regel om eksemplarkonsumption. Dette kan ikke umiddelbart udledes af områdets egne (vertikale) retskilder men følger af den horisontale analyse og de heraf følgende grundsætninger.

Som et eksempel på anvendelsen af grundsætningerne om eksemplarkonsumptionsreglens nærmere *afgrænsning* kan nævnes det fra ophavsret-

ten uafklarede spørgsmål, om selve det at udbyde en vare til salg medfører udgivelse i ohl. § 8, stk. 2's forstand og dermed udløser eksemplarkonsumption efter ohl. § 20. Når man tager udgangspunkt i den horisontale analyse og grundsætningen om rettighedsoverdragelseskriteriet, må det lægges til grund, at selve udbuddet af varen ikke udløse konsumption, eftersom udbuddet ikke i sig selv indebærer en overdragelse af rettigheder. Når rettighedsoverdragelse er en forudsætning for eksemplarkonsumption inden for alle andre områder, taler det med styrke mod, at udbuddet skulle kunne udløse ophavsretlig konsumption. Det kan heller ikke lægges til grund, at rettighedshaveren vil have realiseret nogen økonomisk gevinst alene ved udbuddet, og incitamentshensynet tilsiger således også, at rettighedshaveren bevarer visningsretten, jf. herved *Peak Holding*-afgørelsen.

Et andet eksempel findes inden for patentretten. Når man betragter eksemplarkonsumptionsreglerne i et horisontalt lys, står det ikke kun klart, at de er baseret på et rettighedsoverdragelseskriterium, men også at de nærmere krav til rettighedsoverdragelsens omfang og udstrækning varierer, jf. nærmere afsnit 6.2. Efter den patentretlige konsumptionsregel indtræder konsumption bl.a. ved udlån og pantsætning af det enkelte eksemplar. Med udgangspunkt i det ovenfor udviklede om rettighedsoverdragelseskriteriet kan man stille spørgsmålstegn ved, om det i alle tilfælde er en hensigtsmæssig regulering. Ved udlån og pantsætning vil rettighedshaveren typisk ikke have realiseret den økonomiske gevinst, ligesom heller ikke det tingsretlige hensyn taler for, at der kan ske en videreoverdragelse. Tilbage står alene omsætningshensynet og ønsket om at sikre den godtroende aftaleerhverver. Dette hensyn bør dog som nærmere beskrevet i afsnit 3 næppe tillægges betydning. De horisontale analyser illustrerer således, at det næppe er hensigtsmæssigt i alle tilfælde at lade udlån og pantsætning udløse eksemplarkonsumption i patentretten, men at der bør sondres mellem konsumption af retten til at bruge det patentbeskyttede produkt (hvor udlån bør udløse konsumption) og retten til at videresprede produktet (hvor udlån næppe bør udløse konsumption). Eftersom det ganske klart fremgår af forarbejderne til den patentretlige konsumptionsregel, at udlån og pantsætning udløser konsumption af retten til at alle handlinger der foretages med eksemplaret, må det netop anførte, imidlertid have karakter af *de lege ferenda*-betragtninger. Resultaterne fra den horisontale analyser kan her bruges som retspolitisk argumentation.

b. Informationskonsumption

Grundsætningen om eksistensen af en regel om informationskonsumption får bl.a. betydning på de ulovregulerede områder, hvor en sådan regel ikke umiddelbart kan udledes. Som beskrevet i afsnit 6.3.2 må det således lægges til grund, at også retten til eget billede er undergivet en regel om informationskonsumption. Tilsvarende gælder arrangementsbeskyttelsen, jf. U.2004.2945H. Grundsætningen gør det mere synbart, at der også på disse områder i nogle tilfælde gælder en ret til at behandle, når den én gang er blevet offentliggjort, og havde grundsætningen været identificeret på tidspunktet, hvor sagen om videreformidling af fodboldresultater blev ført, havde det været nærliggende at have procederet på den.

Det følger af grundsætningens natur, at den viger for særbestemmelser inden for de enkelte discipliner, men omvendt også at sådanne særbestemmelser ikke kan tilsidesætte grundsætningen uden for sit eget område. I overensstemmelse hermed afviste landsretten i U.2005.2945H, at den særlige bestemmelse i ohl. § 72 om forbud mod offentlig gengivelse af visse pressemeddelelser i op til 12 timer, kunne finde anvendelse i uden for det ophavsretlige område. Bestemmelsen kunne således ikke tilsidesætte (det uudtalte) princip om informationskonsumption på området for arrangementsbeskyttelse.

Et retspolitisk eksempel på de uhensigtsmæssigheder, der kan opstå, når grundsætningen om informationskonsumption ikke iagttages, består med ohl. § 19. Som nævnt varetager § 19 efter ændringen i 1992-ohl. alene en økonomisk beskyttelse og er som følge heraf alene baseret på et rettighedsoverdragelseskriterium. Også i eksemplaroverdragelsessituationen kan der imidlertid opstå situationer, hvor ophavsmanden kan have et ideelt ønske om, at informationen ikke spredes videre. Ved ubetinget at lade spredningskonsumptionen indtræde, når ejendomsretten til eksemplaret er overdraget, uanset om informationen endnu ikke er gjort offentligt tilgængelig, kan der opstå uhensigtsmæssige resultater, navnlig når ophavsmanden overdrager ophavsretligt beskyttet information på et medium, som man normalt ikke associerer med ejendomsrettigheder, herunder særligt litterære værker i ubearbejdet papirformat, og hvor de tingsretlige hensyn derfor kun har (eller burde have) begrænset vægt. To eksempler, der har været drøftet, er forfatterens overdragelse af et manuskript til et forlag med henblik på vurdering af udgivelse og afsendelse af almindelige breve. Når der udelukkende lægges vægt på, om ejendomsretten til eksemplaret (det fysiske medium) er overdraget, vil der ofte indtræde konsumption i disse tilfælde. Det må vel normalt antages, at den, der modtager et brev, kan beholde brevet og dermed har opnået en ejendomsret til det fysiske medium (papiret). Når et stort

manuskript sendes til et forlag, vil der oftere kunne indfortolkes en forudsætning om, at forfatteren ønsker manuskriptet retur, hvis ikke forlaget ønsker at udgive det, eller i hvert fald ønsker, at forlaget destruerer manuskriptet og dermed ikke får ejendomsret til det konkrete værkseksemplar. Angiver forfatteren omvendt i et følgebrev, at forlaget kan beholde manuskriptet, kan denne formodning ikke opstilles, og rettighedsoverdragelseskriteriet må antageligvis medføre, at konsumptionsretten udløses. Denne retstilstand kan forekomme uhensigtsmæssig og er søgt undgået ved fortolkning af overdragelseskriteriet.

Problemet opstod ikke, da konsumptionsreglen (før 1992-ohl.) alene var baseret på et udgivelseskriterium. Der foreligger som beskrevet ikke udgivelse, fordi et enkelt værkseksemplar overdrages.

Schønning antager således, at der "næppe [kan] siges at være sket en endelig overgang af ejendomsretten til værkseksemplaret ved afsendelse af breve eller ved afsendelse af fx manuskripter til forlæggere, såfremt der ikke indgås nogen egentlig aftale om ejendomsrettens overgang til adressaten", Ophavsretsloven, 2008, s. 313. Man kan have sympati for resultatet, fordi det forekommer urimeligt, at ophavsmanden skal acceptere, at informationen spredes videre og dermed i sidste ende muligvis vil være offentlig kendt, men antagelsen om, at der ikke er sket endelig overdragelse synes ikke overbevisende, når det utvivlsomt er den sædvanlige forudsætning, at modtageren kan beholde brevet (papiret). *De lege lata* må resultatet derfor formentlig være, at der indtræder konsumption, om end man kan argumenterer for, at grundsætningen om informationskonsumption kan tillægges selvstændig vægt og hjemle kravet om, at brevet ikke offentliggøres. *De lege ferenda* taler de horisontale analyser af informationskonsumptionsreglerne for, at også § 19 burde rumme en regel om informationskonsumption, som så kunne afvejes over for reglen om eksemplarkonsumption efter de grænsefladekriterier, der er opstillet i afsnit 6.4.

Spørgsmålet er drøftet i forarbejderne til den norske konsumptionsregel implementeret med den norske ophavsretslov fra 1995. I forarbejderne anføres: "[o]phavsmannen bør kunne påberope sin spredningsrett overfor eksempelvis personer utenfor hans privat krets som mottar brev fra han", og videre "[m]ed dagens teknologi … er vanlig at utkast til verk, særlig til litterære verk og musikverk foreligger i flere eksemplar før ophavsmannen har godkjent verket til offentliggjøring". I disse situationer "vil ophavsmannen ofte verlate [eksemplar] til andre under forhold hvor det er uklart om eiendomsretten til eksemplaret er gått over, men hvor man i praksis iallfall legger til grunn at erhververen kan beholde eksemplaret", Ot.prp. nr. 15 (1994-95), s. 85 (citatet

hentet hos *Rognstad*, a.st., s. 237). Den norske konsumptionsregel indeholder som nævnt en sondring mellem salg og andre former for overdragelser. Hvis værkseksemplaret er solgt, indtræder konsumption ved overdragelse af det enkelte værkseksemplar. Dette svarer til konsumptionsreglen i Danmark (og de øvrige nordiske lande). Er værkseksemplarer overdraget på anden måde end ved salg, forudsætter konsumption, at værket er offentliggjort (bortset fra bygningsværker og fotografiske værker). En enkeltstående overdragelse udløser ikke konsumption og allerede af denne grund, vil overdragelse af breve normalt ikke udløse konsumption efter norsk ret.

Et eksempel på anvendelsen af grundsætningerne om *afgrænsningen* af informationskonsumptionsreglen er retten til at sprede erhvervshemmeligheder inden for den nære privatsfære. Som beskrevet ovenfor har rettighedshaveren et ideelt behov for at kunne sprede information inden for en snæver privatsfære uden at fortabe sine rettigheder. Dette træder først frem, når man anskuer bestemmelsen i lyset af de øvrige informationskonsumptionsregler, hvor kriteriet er mere markant. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen er som beskrevet udelukkende en økonomisk beskyttelse, og det er derfor ikke nærliggende at inddrage ideelle beskyttelsesbehov i afgrænsningen af bestemmelsen, hvilket da heller ikke ses gjort noget sted, men som beskrevet ovenfor har rettighedshaveren et sådant behov på tilsvarende måde som kendes for de ideelt betingede informationskonsumptionsregler. Dette afspejles i grundsætningen om, at antallet af personer og den personlige relation indgår som afgrænsningskriterier i vurderingen af, om der foreligger en konsumptionsudløsende offentliggørelse.

Et ophavsretligt eksempel på betydningen af de identificerede afgrænsningskriterier er ophavsmandens mulighed for at sprede værket inden for en fagligt afgrænset personkreds, uden at der hermed indtræder konsumption. Der er i ophavsretten tradition for at se på den personlige relation mellem parterne, når der skal vurderes, om en spredning har offentlig karakter. Denne vurdering er relevant for ophavsmandens ideelle interesse i at kunne sprede information, uden at der indtræder konsumption. Som nærmere beskrevet ovenfor kan der imidlertid også bestå et økonomisk behov for at kunne sprede informationen inden for en fagligt afgrænset personkreds. Dette behov er så vidt set ikke behandlet i ophavsretten. Kriteriet træder som beskrevet ovenfor klarest frem i den økonomisk funderede erhvervshemmelighedsbeskyttelse, men den horisontale analyse viser, at kriteriet i grænsetilfælde formentlig også må kunne have relevans for de ophavsretlige konsumptionsregler.

c. Samspillet mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption
Der kan gives en række eksempler på, at grundsætningerne om samspillet mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption kan bidrage til at skabe retlig klarhed og eksempler på, at en manglende anvendelse af disse grundsætninger har ført til uhensigtsmæssigheder i retstilstanden.

Et første eksempel angår fortolkningen af udgivelseskriteriet i ohl. § 8, stk. 2. Det er som nævnt tvivlsomt, hvorvidt udbud af et værk udgør "udgivelse" i § 8, stk. 2's forstand. I relation til eksemplarkonsumption må det på baggrund af grundsætningen om rettighedsoverdragelseskriteriet antages, at udbud af et værk, ikke udgør udgivelse i § 8, stk. 2's forstand og således ikke udløser konsumption, jf. lige ovenfor. Denne konklusion kan imidlertid kun drages i relation til eksemplarkonsumption. I relation til informationskonsumption forholder det sig anderledes. At lade udbud af varen udløse konsumption er i overensstemmelse med de ideelle beskyttelseshensyn, bag de ophavsretlige regler om informationskonsumption: Rettighedshaveren har jo med udbuddet tilkendegivet, at han er indstillet på, at informationen spredes ud blandt offentligheden. De økonomiske hensyn bag reglen om eksemplarkonsumption tilsiger således, at der ikke indtræder konsumption (da der ikke foreligger en rettighedsoverdragelse), mens de ideelle hensyn bag reglen om informationskonsumption tilsiger, at der indtræder konsumption (da beskyttelsen mod offentliggørelse ikke er relevant, når ophavsmanden selv har tilkendegivet accept heraf gennem udbuddet). Med en bevidsthed om sondringen mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption bliver det nærliggende at lade besvarelsen tage udgangspunkt i, om det er hensynene bag eksemplarkonsumption eller informationskonsumption, der er de primære i den konkrete situation. Er værket en digtsamling med meget personlige digte uden større økonomisk potentiale, vil det primære beskyttelsesbehov være, at digtene ikke gøres offentligt tilgængelige, før ophavsmanden selv ønsker det. Det er med andre ord reglen om informationskonsumption, der er central, og afgørende bliver da, om der er sket en offentliggørelse. Dette må antages at være tilfældet, når værket er udbudt til salg til offentligheden. Er der derimod tale om en teknisk manual af stor økonomisk værdi, er det primært de økonomiske hensyn, der skal varetages, således at konsumptionen ikke fratager ophavsmanden den forudsatte økonomiske gevinst af værket. I denne situation er det eksemplarkonsumptionsreglen, der er central, og afgørende bliver da, om der er sket en rettighedsoverdragelse. Eksemplerne viser, at svaret ikke behøver være et enten-eller, som lagt til grund i den hidtidige teori, men kan nuance-

res afhængigt af, om hensynene bag eksemplarkonsumptionen eller informationskonsumptionen er mest fremtrædende.

Et andet eksempel på, at bevidstheden om samspillet mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption kan bidrage til den retlige vurdering, er spørgsmålet om visning af eksemplarer af ikke-udgivne litterære værker efter ohl. § 20. Det er som beskrevet tvivlsomt, hvorvidt reglen om visningskonsumption i ohl. § 20 også omfatter ikke-udgivne eksemplarer, når værket er udgivet i henhold til § 8, stk. 2. Også besvarelsen af dette spørgsmål bør tage udgangspunkt i sondringen mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption og den heraf følgende sondring mellem økonomiske og ideelle beskyttelsesinteresser. Fokuserer man på informationskonsumptionen og rettighedshaverens ideelle interesse i selv at bestemme, hvornår informationen gøres offentligt tilgængelig, bør ikke-udgivne eksemplarer omfattes af konsumptionen. Informationen er allerede gjort offentlig tilgængelig, og det er derfor i denne henseende uden betydning, om de ikke-udgivne eksemplarer også spredes videre. Fokuserer man på rettighedshaverens økonomiske interesse i at realisere den økonomiske gevinst af det enkelte eksemplar, bør resultatet være det modsatte, eftersom rettighedshaveren ikke har realiseret den økonomiske gevinst knyttet til det ikke-udgivne eksemplar. Hvordan denne afvejning skal falde ud er vanskeligt at sige med sikkerhed, men man kan formentlig også her tage udgangspunkt i, om den primære beskyttelsesinteresse er ideel eller økonomisk, jf. eksemplerne lige ovenfor. Også her er pointen imidlertid, at dette fortolkningsspørgsmål må tage udgangspunkt i den sondring mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption, der træder frem i de horisontale analyser og de heraf følgende grundsætninger.

Også varemærkeretten rummer et eksempel på, at bevidsthed om sondringen mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption kan bidrage til den juridiske forståelse. Den varemærkeretlige konsumptionsregel må i dag antages at være baseret på et rent rettighedsovergangskriterium. Efter bestemmelsens ordlyd er den imidlertid baseret på et udbudskriterium, hvilket også var antagelsen frem til Peak Holding-afgørelsen, jf. afsnit 4.2 ovenfor. Denne retsusikkerhed og i realiteten korrektion af retstilstanden, som EF-Domstolen har foretaget, kan forklares med udgangspunkt i en manglende erkendelse af sondringen mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption. Som netop beskrevet, kan det være relevant at lade udbud udløse konsumption, når der er knyttet ideelle interesser til, at rettighedshaveren ikke ønsker informationen spredt (informationskonsumption). Dette er imidlertid ikke tilfældet i varemærkeretten, der alene er base-

ret på eksemplarkonsumption. Med denne erkendelse, står det klart, at den varemærkeretlige konsumptionsregel ikke burde have været baseret på et udbudskriterium og i forlængelse heraf velbegrundet, at EF-Domstolen i realiteten har omgjort kriteriet. Dette kan også udtrykke således, at den varemærkeretlige konsumptionsregel ikke var udformet i overensstemmelse med grundsætningen om informationskonsumption, hvorefter informationskonsumption kun indtræder, når informationsrettighederne beskytter mod offentliggørelse af informationen.

6.7. En konsumptionsmodel baseret på de informationsretlige grundsætninger

I det følgende gives med udgangspunkt i de identificerede grundsætninger et bud på en generel reguleringsmodel for de informationsretlige konsumptionsregler. Det er væsentligt at understrege, at det er en konsumptions*model*, ikke en samlet konsumptions*regel*, som i identisk form kan anvendes på tværs af de informationsretlige discipliner. Man behøver blot kaste et hurtigt blik ud over de forskellige konsumptionsregler for at konstatere, at dette ikke lader sig gøre. Det står klart, at sondringen mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption er grundlæggende, selvom der består grænseflader mellem de to konsumptionsformer. Men også inden for disse to områder, består der forskelle. Alene de væsentlige forskelle i det praktiske anvendelsesområde for ophavsretlig konsumption (hvor ohl. § 19 dækker de fleste former for eksemplaroverdragelser, mens ohl. § 21 kun giver ret til fremførelse i ganske få situationer), illustrerer dette. De informationsretlige grundsætninger udtrykker imidlertid, at der består en fælles kerne i konsumptionsreglerne, som gør det nærliggende at opstille en samlet konsumptionsmodel.

Da modellen på tilsvarende vis som privatbrugsmodellen i kapitel 7 også er udtryk for retspolitiske valg, er den ikke velegnet i retsdogmatiske analyser. Her bør alene anvendes de informationsretlige grundsætninger, der netop har karakter af retskilder.

a. Eksemplarkonsumption

En model for eksemplarkonsumption må tage udgangspunkt i grundsætningen om, at der består regler om eksemplarkonsumption inden for alle de informationsretlige discipliner.

I vurderingen af, hvornår der indtræder eksemplarkonsumption, må modellen tage udgangspunkt i det rettighedsoverdragelseskriterium, der er identificeret ovenfor. Dette afgrænsningskriterium er overensstemmende

med de fleste af bestemmelserne om eksemplarkonsumption og harmonerer godt med de hensyn (incitamentshensyn og tingsretlige hensyn), der ligger bag reglerne, jf. nærmere afsnit 3. Analyserne ovenfor viser, at det er vanskeligt kategorisk at fastslå, hvilke former for rettighedsoverdragelse der udløser konsumption, og modellen bør derfor ikke baseres på en meget kategorisk rubricering typer af rettighedsoverdragelser. På et mere generelt plan bør kravene formentlig afhænge af, hvilke typer af rettigheder, der konsumeres. Kravene til rettighedsoverdragelsens karakter må som nærmere anført ovenfor antages at være mindre ved en konsumption af retten til at bruge eksemplaret end ved en konsumption af retten til at videresprede eksemplaret. Hermed adskiller modellen sig fra de eksisterende regler, hvor eksempelvis hverken konsumptionsreglen i patentretten eller varemærkeretten sondrer mellem brug og videreoverdragelse.

Ud over rettighedsoverdragelseskriteriet bygger eksemplarkonsumptionsmodellen også på et eksemplarkriterium. Alle lovregler om eksemplarkonsumption bygger således med forskellig begrebsanvendelse på en forudsætning om, at informationen overdrages i eksemplarform. Kriteriet står ikke centralt på samme måde som rettighedsoverdragelseskriteriet, men det indgår i alle reglerne om eksemplarkonsumption. Det er ikke muligt på baggrund af de horisontale analyser at opstille nærmere kriterier for afgrænsningen af eksemplarbegrebet, herunder særligt i hvilket omfang en overdragelse af information i et digitalt netværk skal behandles som en eksemplaroverdragelse.

Analyserne ovenfor har endelig vist, at alle konsumptionsregler forudsætter, at overdragelsen af eksemplaret skal være foretaget af rettighedshaveren eller med dennes samtykke, for at konsumption indtræder. Dette samtykkekriterium kan ses som udtryk for det almindelige civilretlige princip, at en handling skal være udtryk for retssubjektets vilje, før handlingen kan påføre forpligtelser eller tab af rettigheder. Som sådant er samtykkekriteriet ikke specielt for konsumptionsreglerne. Når det alligevel er relevant at medtage samtykkekriteriet som et selvstændigt element i den konsumptionsretlige lære, skyldes det, at samtykkekriteriet som beskrevet udtrykkeligt reguleres i mange af konsumptionsreglerne og nogle steder, bl.a. i EF-Domstolens afgørelse i Davidoff-sagen, er blevet forstået som et selvstændigt konsumptionsretligt begreb. En nærmere vurdering af begrebet peger dog i retning af, at det i det væsentlige afgrænses i overensstemmelse med den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære, i hvert fald således som dette forstås i nordisk ret. Der synes da heller ikke at være afgørende grunde til at anvende et andet samtykkebegreb i konsumptionslæren, og en generel kon-

sumptionsmodel bør derfor baseres på et samtykkebegreb med udgangspunkt i den klassiske nordiske forpligtelseslære. Hvornår der i det enkelte tilfælde foreligger et samtykke beror på en konkret vurdering, og også på dette område vil den konkrete vurdering kunne falde forskelligt ud fra område til område.

b. Informationskonsumption

Med udgangspunkt i grundsætningen om informationskonsumption må modellen give adgang til behandling af information, som er blevet offentliggjort med rettighedshaverens samtykke. Offentliggørelseskriteriet er lagt til grund i alle de eksisterende regler om informationskonsumption og harmonerer godt med de hensyn, der ligger bag reglen, ligesom der i øvrigt ikke er identificeret uhensigtsmæssigheder forbundet med brug af kriteriet. Afgrænsningen af offentliggørelseskriteriet må baseres på antallet af personer, som informationen spredes til og den personlige relation mellem overdrageren og erhververen. I grænsetilfælde kan endvidere lægges vægt på, om informationstilgængeliggørelsen har været nødvendig for at forfølge interesser, som i øvrigt beskyttes af informationsrettighederne (nødvendighedskriteriet). Analyserne viste, at disse afgrænsningskriterier kan passes ind i alle informationskonsumptionsreglerne og tager højde for de hensyn, der ligger bag reglerne. De er derfor velegnede som udgangspunkt for en generel konsumptionsmodel. Som nævnt ovenfor er informationskonsumptionsmodellen relevant for alle de informationstyper, hvor rettighedshaveren kan have en økonomisk eller ideel interesse i at hemmeligholde informationen, hvilket gælder for alle de analyserede informationstyper med undtagelse af patenter og varemærker.

Modellen bør endvidere tage udgangspunkt i et samtykkekriterium, der afgrænses efter de almindelige aftaleretlige principper om forpligtelsens indtræden. Også her synes disse principper velegnet som udgangspunkt for en vurdering af, om der foreligger et udsagn, der skal udløse forpligtelser for rettighedshaveren.

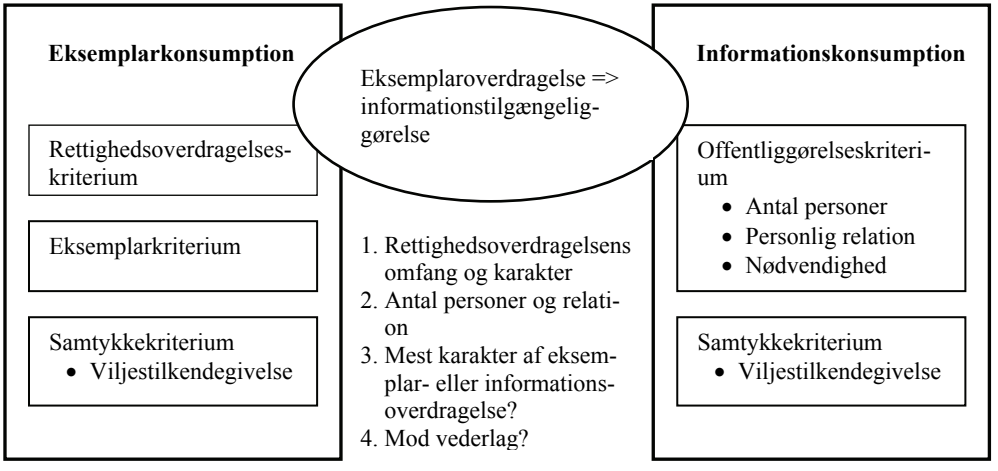
c. Grænsefladerne mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption

Selvom reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption som udgangspunkt er uafhængige af hinanden, består der nogle grænseflader, der dels gør det nærliggende at medtage både eksemplarkonsumptionen og informationskonsumptionen i en samlet konsumptionsmodel, dels gør det nærliggende i denne model også at beskrive, hvordan de to typer af

konsumptionsregler spiller sammen. Som beskrevet opstår disse grænseflader, når hensynene bag informationskonsumptionsreglerne ikke tilsiger informationskonsumption, mens hensynene bag eksemplarkonsumptionsreglerne tilsiger eksemplarkonsumption. Spredningen af eksemplarer vil også medføre spredning af information og dermed potentielt tillade den informationsspredning, som manglende informationskonsumption skulle hindre. I denne situation kan hensynene bag informationskonsumptionsreglerne derfor medføre, at eksemplarkonsumption ikke tillades. Den konkrete vurdering heraf bør tage udgangspunkt i de centrale grænsefladekriterier, der er opstillet i afsnit 6.4: 1) Rettighedsoverdragelsens omfang og karakter, 2) hvor mange personer informationen gøres tilgængelig for ved spredningen af det enkelte eksemplar, og hvilken personlig relation der er mellem rettighedshaveren og disse personer, 3) hvorvidt overdragelsen primært har karakter af eksemplaroverdragelse eller informationsoverdragelse, og 4) hvorvidt overdragelsen sker mod vederlag.

d. En generel reguleringsmodel for konsumption – sammenfatning

De ovenstående bemærkninger kan sammenfattes i følgende figur, der illustrerer indholdet af en overordnet konsumptionsmodel for det informationsretlige område.



Generel konsumptionsmodel

Modellen illustrerer den grundlæggende sondring mellem eksemplarkonsumption og informationskonsumption men illustrerer samtidig med den ovale figur mellem de to kasser, at der kan bestå grænseflader mellem disse to typer af konsumptionsregler, når eksemplaroverdragelse indebærer en informationstilgængeliggørelse. Under den ovale figur er angivet de kriterier, som afgør, om der indtræder eksemplarkonsumption i grænseområdet. Som allerede understreget kan modellen ikke bruges til at udlede konkrete resultater. Den er et værktøj, der kan give en grundlæggende forståelse for konsumptionsreglernes karakter og indbyrdes sammenhæng, og den er velegnet som forståelsesgrundlag, når man overvejer indretningen af konsumptionsreglerne eller søger at kortlægge konsumptionslærens argumentationsmønstre, jf. også afsnit 6.6 ovenfor. I den retsdogmatiske argumentation er det som anført de informationsretlige grundsætninger, der skal tages udgangspunkt i.

7. Konklusion

Der har ikke været tradition for en horisontal tilgangsvinkel til konsumptionsreglerne. Helt ukendt er tankegangen dog ikke. I tysk immaterialret har en samlet konsumptionslære – særligt tidligere – haft en vis udbredelse. *Palle Bo Madsens* analyse af Peak Holding-afgørelsen er et dansk bidrag til en horisontal behandling af konsumptionsreglerne, og der kan også findes andre mere sporadiske eksempler rundt omkring i litteraturen.

Se f.eks. *Schovsbo*, "Samtykke" og konsumption – samtykkekriteriet i Varemærkedirektivets artikel 7, NIR, 2007, s.337 ff. (s. 346) og *Lidgard*, Parallellhandel, 2002, s. 255, der begge ved drøftelsen af, om tvangslicens udløse varemærkekonsumption henviser til en patentretlig afgørelse.

De analyser, der er gennemført i dette kapitel, adskiller sig imidlertid ved en mere analytisk og systematisk behandling af den horisontale relevans mellem disciplinerne, og ikke kun mellem de immaterialretlige discipliner men mellem alle de informationsretlige discipliner. En sådan tilgangsvinkel er ikke tidligere valgt til behandling af konsumptionsreglerne, men analyserne viser, at det er muligt at opstille en række informationsretlige grundsætninger om den informationsretlige konsumption.

En række af disse grundsætninger vedrører, hvad der her er benævnt eksemplarkonsumption, og som har været det traditionelle udgangspunkt for konsumptionslæren. Analyserne viser, at der ikke kun kan opstilles en

grundsætning om eksistensen af en eksemplarkonsumptionsregel på tværs af de enkelte discipliner men også grundsætninger om den nærmere afgrænsning af eksemplarkonsumptionsreglen.

Der har ikke været tradition for at indtænke, hvad der her benævnes informationskonsumption, i den immaterialretlige konsumptionslære. Begrebet er heller ikke anvendt hverken i den persondataretlige litteratur eller i litteraturen vedrørende mfl. § 19.

Den manglende bevidsthed om konsumptionsreglerne synes også at kunne mærkes i Datatilsynets afgørelse om offentliggørelse af oplysninger om byrådsmedlemmer på internettet (sagsnummer 2001-215-0050, omtalt i Datatilsynets årsberetning, 2001, s. 38 ff.) Her udtalte Datatilsynet bl.a., at "i det omfang hjemmesiden indeholdt oplysninger om politiske tilhørsforhold, måtte det lægges til grund, at oplysningerne enten stammede fra offentligt tilgængelige kilder eller var offentliggjort af byrådsmedlemmerne selv. Spørgsmålet om, hvorvidt disse oplysninger måtte behandles, skulle derfor også afgøres efter lovens § 6". Ræsonnementet er tilsyneladende, at følsomme oplysninger transformeres til ikke-følsomme oplysninger, hvis de offentliggøres af den registrerede selv. Det følger imidlertid umiddelbart af konsumptionsreglen i § 7, stk. 2, nr. 3, at oplysningerne i denne situation frit kan behandles.

Analyserne viser imidlertid, at der kan identificeres regler om informationskonsumption på tværs af de discipliner, hvor bekyttelsesinteressen knyttes til selve hemmeligholdelsen af informationen, og at der hermed også kan opstilles informationsretlige grundsætninger på dette område både om eksistensen af en informationskonsumptionsregel og om afgrænsningen af reglen.

Endelig viser analyserne, at der består grænseflader mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption, og at det er muligt at opstille nogle grundsætninger om de nærmere grænsefladekriterier, der afgør det indbyrdes forhold mellem de to typer af regler.

I tilknytning hertil har analyserne påvist, at en række af de uklarheder og uhensigtsmæssigheder, der kan påpeges inden for konsumptionsområdet, såvel retsdogmatisk som retspolitisk, opstår, når retstilstanden ikke er indrettet i overensstemmelse med de identificerede grundsætninger.

Analyserne har endvidere påvist et tæt sammenfald mellem de informationsretlige grundsætninger og de hensyn, der ligger bag konsumptionsreglerne.

Samlet set har analyserne således på konsumptionsområdet verificeret både afhandlingens hovedtese om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger og tesen om den informationsretlige hensynslære som ramme herfor.

KAPITEL 9

Andre områder

1. Indledning

I de to foregående kapitler er informationsretlige grundsætninger påvist inden for privatbrugslæren og konsumptionslæren. Som beskrevet i kapitel 5 er det disse to retsfigurers centrale placering i informationsretten, der har gjort dem til naturlige valg for afhandlingens to hovedanalyser: Består der en horisontal informationsret, må den kunne identificeres inden for centrale dele af retsområdet. Hertil kommer, at privatbrugs- og konsumptionsreglernes centrale placering har betydet et forholdsvis omfattende nordisk retskildemateriale, der også har gjort emnerne velegnede for horisontale analyser. Selvom de to områder er centrale i informationsretten, vil det selvsagt styrke afhandlingens tese om de informationsretlige grundsætninger, at der også kan identificeres grundsætninger på en række andre informationsretlige områder. Dette dokumenteres i det følgende inden for yderligere seks områder.

Disse områder er valgt, så de dækker bredt, således at eksistensen af de informationsretlige grundsætninger dokumenteres inden for alle dele af informationsretten, jf. nærmere kapitel 5. De første tre områder, information om egne ydelser (afsnit 2), ytringsfriheden som indskrænkning i eneretighederne (afsnit 3) og de minimis-regler (afsnit 4), udgør på samme vis som privatbrugs- og konsumptionsreglerne undtagelser til de eksklusive informationsrettigheder. I de sidste tre analyser i dette kapitel bevæger vi os væk fra undtagelsesreglerne. Først med en analyse af juridiske personers ideelle informationsrettigheder (afsnit 5). Dernæst følger en analyse af rettighedernes overgang ved død (afsnit 6) og endelig analyseres som det sjette og sidste emne de informationsretlige regler om økonomisk kompensation for rettighedskrænkelser (afsnit 7).

2. Information om egne ydelser

2.1. Problemstillingen

Ønsker man at sælge et informationsprodukt, vil det ofte være nødvendigt at bruge informationen helt eller delvis som led i markedsføringen og salgsprocessen på en sådan måde, at der sker en rettighedsbelagt udnyttelse af informationen. Når et kunstmaleri skal sælges på auktion, er det næsten en forudsætning, at maleriet er optrykt i et auktionskatalog, hvorved der sker en eksemplarfremstilling, der i udgangspunktet er omfattet af rettighedshaverens eneret efter ohl. § 2. Tilsvarende anvender boghandlere ofte store plakater af nye bøger i udstillingsvinduerne. Såfremt bogens omslag eksempelvis gengiver et fotografisk værk, vil plakaten udgøre en offentlig visning heraf. Problemstillingen kendes som allerede beskrevet også inden for varemærkeretten, hvor bl.a. EF-Domstolen har forholdt sig til, om det er lovligt at bruge varemærket i forbindelse med salg af (parallelimporterede) mærkevareprodukter eller i øvrigt som information om egne ydelser, f.eks. servicering af et varemærkeprodukt, jf. kapitel nærmere i kapitel 8 ovenfor. I denne situation er det ikke selve informationsmængden, der udbydes til salg, men informationsmængden (varemærket) bruges som en nødvendig del af markedsføringen af selve ydelsen. I disse situationer opstår således en grænseflade mellem på den ene side rettighedshaverens eneret og på den anden side tredjemandens behov for at kunne informere om sine ydelser. Spørgsmålet har ikke kun relevans i ophavsretten og varemærkeretten, men kan også identificeres inden for persondataretten og retten til eget billede, jf. nedenfor. Derimod har problemstillingen næppe relevans inden for patentretten og erhvervshemmelighedsbeskyttelsen. Der er så vidt ses ingen praktiske eksempler på, at patentbeskyttet information eller beskyttede erhvervshemmeligheder har været nødvendige for at informere om egne ydelser.

Det kan således indledningsvis konstateres, at problemstillingen har relevans for en flerhed af de informationsretlige discipliner. I en række praktiske tilfælde vil udnyttelsen have hjemmel i en aftale mellem udnytteren og rettighedshaveren. Det må f.eks. antages at være tilfældet for gengivelse og visning af bogomslag i boghandleres udstillingsvinduer eller butik i øvrigt. Dette er dog ikke altid tilfældet, og i disse situationer bliver lovreguleringen af spørgsmålet afgørende. I det følgende påvises med udgangspunkt varemærkeretten, ophavsretten, persondataretten og retten til eget billede, at der består en informationsretlig grundsætning om retten til at informere om egne ydelser.

2.2. Varemærkeretten

Varemærkeloven indeholder i § 5, stk. 3, en bestemmelse, der i et vist omfang giver ret til at informere om egne ydelser. Ifølge bestemmelsen, der implementerer varemærkedirektivets art. 6, stk. 1, litra c, er det tilladt for tredjeparter at gøre erhvervsmæssig brug af varemærket, når "dette er nødvendigt for at angive anvendelsen af en vare eller tjenesteydelse, navnlig som tilbehør eller reservedele". Bestemmelsen tager primært sigte på, at uautoriserede reservedele mv., som kan fungere med og eventuel substituere originalprodukter, kan markedsføres som "passende til" originalproduktet. Uden en sådan mulighed vil det være vanskeligt at sælge uoriginale produkter, som der af konkurrencemæssige grunde kan være en stor samfundsinteresse i at få udbudt. EF-Domstolen har imidlertid i *BMW*-sagen (sag nr. C-63/97) fastslået, at bestemmelsen også giver ret til at anvende varemærket i markedsføring af reparation og vedligeholdelse af originalprodukter. Bestemmelsen giver således en vis ret til at informere om egne ydelser, idet dog bl.a. kravet om nødvendighed skal være opfyldt.

Derimod giver bestemmelsen ikke hjemmel til at informere om *videresalg* af varemærkeprodukter, selvom behovet for at kunne informere herom gennem brug af varemærket svarer til det behov, der tilgodeses ved bestemmelsen i § 5, stk. 3. At bestemmelsen ikke gælder i denne situation, følger imidlertid umiddelbart af bestemmelsens ordlyd, som forudsætter, at en brug af varemærket er nødvendig for at informere om *anvendelsen* af produktet. Dette kan næppe siges at være tilfældet, når varemærket kun bliver brugt til at informere om, at varemærkeproduktet udbydes til salg hos den pågældende tredjepart. At § 5, stk. 3, og den tilhørende art. 6, stk. 1, litra c, i varemærkedirektivet, ikke finder anvendelse i denne situation, synes også forudsat i EF-Domstolens praksis, navnlig *Dior*-sagen (sag nr. C-337/95) og den netop nævnte *BMW*-sag. I disse sager fandt EF-Domstolen i stedet, at brugen af varemærker i annoncer i forbindelse med videresalg af varemærkeprodukter kunne hjemles i konsumptionsbestemmelsen i varemærkedirektivets art. 7.

Palle Bo Madsen åbner muligvis op for at anvende reglen analogt, Markedsret, del 3, 2008, s. 271 f.: "I det omfang den mærkede vare frit kan videresælges af en uautoriseret forhandler, herunder en parallelimportør, må der i sagens natur også kunne reklameres med, at det er den pågældende mærkevare, der tilbydes, og det må være tilladt i forbindelse hermed – analogt til forholdet ved salg af uautoriserede reservedele – at gøre brug af varemærket i rent oplysende øjemed, når det sker uden at vildlede om de faktiske forhold og specielt uden at antyde en (ikke eksisterende) kommerciel samarbejdsforbindelse til mærkeindehaveren" (fremhævet i original).

I den sidstnævnte sag præciserede domstolen, at varemærket ikke må anvendes på en sådan måde, at det kan skabe indtryk af, at der består en erhvervsmæssig forbindelse mellem brugeren af varemærket og mærkeindehaveren. Som allerede beskrevet er der grund til at være kritisk over for anvendelsen af konsumptionsreglen som hjemmelsgrundlag. Den varemærkeretlige konsumptionsregel synes efter sin ordlyd kun at omhandle konsumption af rettigheder til det enkelte fysiske eksemplar, ikke retten til at kopiere information over i et nyt eksemplar.

I samme retning *Koktvedgaaard*, Lærebog i immaterialret, 2005, s. 376: "Omfatter konsumptionen hele retten, således som den er fastlagt i § 4, herunder retten til at anvende varemærket i reklamer m.v. (§ 4, stk. 3, nr. 4) eller er det blot en adgang til at importere og sælge de mærkede produkter? Ordlyden af § 6, stk. 1 (´for varer´, jf. den engelske direktivtext: ´use in relation to goods´) taler vel nærmest for den sidstnævnte løsning, men der kan dog meget vel argumenteres for, at parallelimportøren bør have en passende adgang til at informere markedet om, at han udbyder disse varer, dvs. en vis adgang til at benytte mærket i reklamer m.v."

Den ret, EF-Domstolen udstyrer brugeren med, indebærer bl.a. en ret til at foretage eksemplarfremstillinger af varemærket med henblik på annoncering. Hermed bliver der med afhandlingens terminologi hverken tale om eksemplarkonsumption, som kun giver ret til behandling af det enkelte eksemplar, eller informationskonsumption, da informationskonsumption er karakteriseret ved, at den konsumptionsudløsende faktor er offentliggørelse af informationen, jf. nærmere kapitel 8 ovenfor. Dette gælder ikke for retten til at anvende varemærker i reklamesammenhæng. Varemærket er allerede spredt i offentligheden, og det er således ikke selve offentliggørelsen, der berettiger til brug af varemærket, men derimod det rimelige behov for at kunne informere markedet om sine ydelser, herunder videresalg af varemærkeprodukter. Når EF-Domstolen ikke desto mindre har hjemlet anvendelsen i konsumptionsreglen, skyldes det antageligvis, at domstolen ikke fandt, at resultatet kunne hjemles i andre af de varemærkeretlige undtagelsesregler. Der er omvendt ikke tvivl om, at EF-Domstolen – med rette – har fundet resultatet rimeligt, og derfor har ønsket at finde den fornødne hjemmel.

Den tyske Bundsgerichtshof har på tilsvarende vis fundet hjemmel til at anbringe varemærker på kataloger mv. i reglen om spredningskonsumption. Bundesgerichtshof anvendte imidlertid ikke reglerne om eksemplarkonsumption, som EF-Domstolen gjorde, men den almene konsumptionslære, der tidligere var opstillet i tysk ret, jf. herom kapitel 8, afsnit 6.1, hvor dommen også er omtalt.

I hollandsk ret har en distriktsdomstol forbudt tidligere forhandlere af Subaru-biler at anvende Subaru-logoet og navnet på en måde, der kunne give indtryk af, at de fortsat var officielle forhandlere af mærket. Derimod måtte forhandlerne gerne anvende mærket for at informere offentligheden om, at de var specialister i Subaru-biler, så længe anvendelse ikke gav indtryk af, at de var autoriserede forhandlere. Dommen er omtalt af *Gielen*, Netherlands: Trade Marks – Use of Marks on Cessation of Distribution Rights, EIPR, 2004, N209 f.

2.3. Ophavsretten

Ophavsretsloven indeholder i § 24, stk. 1, en regel, der bl.a. giver ret til at gengive et kunstværk i kataloger og annoncer med henblik på annoncering af salg eller udstilling af kunstværket. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

> § 24. Kunstværker, der indgår i en samling, eller som udstilles eller udbydes til salg, må gengives i kataloger over samlingen og i meddelelser om udstilling eller salg.

Ved gengivelse forstås antageligvis eksemplarfremstilling samt visning og fremførelse af en genstand i skriftlig eller billedmæssig form, jf. *Schønning*, Ophavsretsloven, 2008, s. 140. Bestemmelsen giver således ret til f.eks. at affotografere et maleri eller et andet kunstværk i et salgskatalog, herunder i aktionskataloger, eller en annonce, hvor der reklameres for en auktion eller en udstilling. At formålet med denne bestemmelse netop er at kunne informere på et rimeligt grundlag om de værker, der sættes til salg eller udstilles, fremgår tydeligt af bemærkningerne til 1995-ohl., hvor det udtales, at "[h]ovedformålet med bestemmelsen er at sikre *informationsadgangen* [fremhævet her] omkring kunstudstillinger og omsætning af kunstværker … Fremstilling med henblik på almindeligt salg, som ligger uden for informationsformålet, er ikke omfattet af bestemmelsen". Ved udtrykket "meddelelser om udstilling eller salg" forstås i henhold til bemærkningerne "navnlig annoncer og omtale i aviser, tidsskrifter o.lign. om forestående salg eller udstillinger samt plakater, der har til formål at reklamere for en forestående eller igangværende udstilling m.v. I disse tilfælde bør der for arrangøren være adgang til at reklamere for foranstaltningen, herunder i form af gengivelse af et eller flere af de udstillede kunstværker. Tilsvarende gælder for auktionskataloger o.lign. Bestemmelsen giver derimod ikke adgang til at gengive kunstværker som illustration til fx en artikel i et kunsttidsskrift, blot fordi værket er eller vil blive genstand for udstilling eller salg".

Det har været drøftet, om de såkaldte lytteprøver fra musikværker kan omfattes af ohl. § 24. Det er sædvanligt, at musikkøbere ønsker at lytte til musikken, før de beslutter sig for at købe. I fysiske pladebutikker foregår

(foregik) dette ved, at kunden udstyres med høretelefoner og her kan lytte til en plade før købet. På tilsvarende vis kan kunderne i musikbutikker på internettet lytte til brudstykker af de udbudte musiknumre, før de beslutter sig for at købe nummeret. Denne form for lytteprøver udgør en offentlig fremførelse og for internetbutikkernes vedkommende ligeledes en eksemplarfremstilling. Tilrådighedsstillelsen af lytteprøver kræver derfor hjemmel i en af de ophavsretlige undtagelsesbestemmelser.

Såfremt musikbutikken har opnået rettighedshavernes samtykke til lytteprøverne, opstår spørgsmålet ikke. Et sådant samtykke vil autoriserede forhandlere normalt have opnået fra de relevante rettighedshaverorganisationer. Uautoriserede – men lovlige – forhandlere, herunder særligt parallelimportører, vil ikke nødvendigvis have opnået et samtykke, og spørgsmålet har derfor navnlig relevans i forhold til dem.

Formålet med lytteprøverne er at informere forbrugerne om indholdet af de ydelser, der udbydes til salg. Dette taler i sig selv for, at ohl. § 24 finder anvendelse, jf. de ovenfor citerede lovbemærkninger, der netop lægger vægt på informationsformålet. Ikke desto mindre kan uploading af musik til en server ikke siges at være en "gengivelse" i et "katalog" eller en "meddelelse", og der er heller ikke noget i forarbejderne og de der angivne eksempler, der indikerer, at bestemmelsen skulle dække lytteprøver, se i samme retning *Deichmann*, Markedsføring af paralleimporterede musikcd´er, NIR, 1998, s. 414 ff. (s. 423). Som nævnt må det endvidere antages, at gengivelsesbegrebet kun omfatter eksemplarfremstilling samt visning og fremførelse af en genstand i skriftlig eller billedmæssig form. I så fald vil musikfremførelsen heller ikke af denne grund kunne hjemles i ohl. § 24, eftersom der ikke er tale om en fremførelse i skriftlig eller billedmæssig form. Det må endvidere afvises, at lytteprøver kan hjemles i citatreglen i § 22, jf. herved U.1998.525Ø, hvor en virksomhed, der solgte musik-cd'er via internettet havde lagt 30-40 sekunders lytteprøver ud på sin hjemmeside af i alt 300 numre. Kopieringen fandtes at ligge ud over, hvad der var hensigten med citatreglen, og der blev herved lagt vægt på, at kopieringen alene var sket med salg for øje.

Således også *Heine m.fl.*, Internetjura, 2002, s. 433, *Deichmann*, a.st., s. 423 og formentlig også *Bryde Andersen*, IT-retten, 2005, s. 345. Der var i sagen ikke procederet på ohl. § 24, og retten tog derfor ikke stilling til anvendeligheden af denne bestemmelse.

Når hverken ohl. § 22 eller § 24 finder anvendelse, forudsætter brugen af lytteprøver samtykke fra rettighedshaverne. Dette er ikke nødvendigvis rimeligt. Det er hensigtsmæssigt, at forbrugerne har mulighed for at oriente-

re sig om en vare, inden de køber den, og for musik består denne afprøvning i at lytte til musikken. Når blot lytteprøverne er tilstrækkeligt korte, vil lytningen til disse prøver ikke være et reelt alternativ til at anskaffe sig hele musiknumret, og brugen af lytteprøver vil derfor ikke påføre rettighedshaverne noget tab, men må tværtimod forventes at skabe et øget salg, hvilket også er den eneste årsag til, at musikbutikkerne investerer ressourcer i at stille lytteprøver til rådighed for deres kunder. Af samme grund vil rettighedshaverne normalt også være indstillet på at tillade lytteprøver. Rettighedshaverne kan imidlertid vælge ikke at give et samtykke, f.eks. når musikken sælges af uautoriserede parallelimportører, hvilket netop var tilfældet i U.1998.525Ø. I praksis kan dette gøre det meget vanskeligt for parallelimportører at udnytte den viderespredningsret, der følger af konsumptionsreglerne, fordi det kan være vanskeligt at afsætte musikken, når kunderne ikke kan lytte til den før købet. *Deichmann* har på denne baggrund og med udgangspunkt i den varemærkeretlige løsningsmodel, jf. ovenfor, argumenteret for, at det er i strid med EU-rettens regler om fri bevægelighed, at dansk ret tillader rettighedshaveren at forbyde markedsføring i form af lytteprøver. Med inspiration fra det varemærkeretlige område opstiller Deichmann herefter en ophavsretlig løsningsmodel med tre regler: 1) lytteprøverne må alene anvendes til at sælge den pågældende musikudgivelse, 2) musiksælgeren må ikke fremstå som autoriseret, hvis han ikke er det, og 3) lytteprøverne må ikke bruges på en sådan måde, at det skader produktet eller rettighedshavernes image, jf. nærmere Deichmann, a.st., s. 428. Det fremstår ikke klart, om disse bemærkninger er tænkt at skulle gælde *de lege lata* eller *de lege ferenda*.

Tanken om at lade den varemærkeretlige regulering påvirke den ophavsretlige på dette område er ikke fremmed for den EU-retlige regulering. I *Dior*-sagen, omtalt ovenfor i kapitel 8, bragte parallelimportøren i en salgsbrochure et billede af den udbudte parfumeflaske. Da flaskens design nød ophavsretlig beskyttelse, rummede gengivelsen både en udnyttelse af varemærket (der var synligt på flasken) og af et ophavsretligt beskyttet værk. EF-Domstolen nåede som beskrevet ovenfor frem til, at gengivelsen af varemærket var omfattet af den varemærkeretlige konsumptionsregel i varemærkedirektivets artikel 7. Hvis ikke der fandtes en hjemmel, som kunne lovliggøre den eksemplarfremstilling og offentlige visning af den ophavsretligt beskyttede flaske, som utvivlsomt fandt sted, ville parallelimportøren dog allerede af denne grund være afskåret fra at afbilde varen i salgsbrochure o.lign. Domstolen fandt en sådan hjemmel ved under henvisning til traktatens artikel 30 og 36 at fastslå, at den ophavsretlige beskyttelse under de

foreliggende omstændigheder ikke kunne strækkes længere end den varemærkeretlige. *Rognstad* betegner forholdet som en "accessorisk konsumption", jf. *Rognstad,* Spredning av verkseksemplar, 1999, s. 750 og NIR, 2000, s. 320 ff., Om forholdet mellem retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring, s. 332. Tilsvarende *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 3, 2008, s. 98. Betegnelsen rammer det rigtige, at det er den varemærkeretlige konsumption som indebærer en indskrænkning i ophavsretten, men det er væsentligt at understrege, at hjemlen ikke findes i ophavsretlige konsumptionsregler (afgørelsen er afsagt før infosoc-direktivet, der på EU-plan indfører ophavsretlige konsumptionsregler). EF-Domstolen indfører derfor reelt en ny form for indskrænkning i ophavsretten.

Tilsvarende *Kur*, The "Presentation Right" – Time to Create a New Limitation in Copyright Law, IIC, 2000, s. 308 ff. (s. 310): "In fact the ECJ has curtailed rights arising under copyright law in their substance ... by defining and postulating a new limitation on protection".

Man kan have sympati for resultatet, efter som påberåbelsen af den ophavsretlige beskyttelse alene kunne anses for et forsøg på at forhindre parallelimportørens reklame, men det er ikke ubetænkeligt som et generelt princip at lade det ophavsretlige resultat følge det varemærkeretlige uden en nærmere vurdering af, om det er de samme hensyn, som ligger bag de konkrete regler. Se i samme retning Rognstad, a.st. og tilsvarende kritisk, Kur, a.st., s. 313. I den netop anførte artikel argumenterer Kur med udgangspunkt i Dior-sagen *de lege ferenda* for en ny ophavsretlig undtagelsesregel under betegnelsen "presentation right", a.st., s. 316: "However, in the case of advertising (or on-line distribution of) mass consumer gods, such a far-reaching restriction of the right to present lawfully distributed goods does not appear appropriate. Rather, such a reproduction should be deemed permissible, in principle, in the form and to the extent it complies with common commercial practices and constitutes a normal and reasonable element in the lawful distribution of the goods. The same approach should be observed in respect of the representation of products and labels, etc., in comparative advertising or otherwise as an element of commercial communication by third parties". Kur vil også lade lydklip som de i U.1998.525Ø omhandlede være omfattet af en sådan "presentation right", s. 318 (Kurs betragtninger herom er inspireret af den danske dom, der i ekstrakt er gengivet på tysk i GRUR int., 1999, s. 74): "Likewise, in my opinion, the making available of sound clips within the context of on-line distribution of sound recordings as well should not be subject to payment of remuneration. Of

course, this only applies where the other requirements discussed above have been fulfilled, *i.e.*, where abusive use can unequivocally be excluded and where the extent of the sound clips is restricted to what is necessary for the purpose of distribution".

Kort tid efter Kurs retspolitiske bemærkninger afsagde Bundesgerichtshof en dom, der i sit faktum var identisk med Dior-sagen.

Dommen er optrykt i GRUR int., 2001, s. 51 ff. (på tysk) og IIC, 2001, s. 717 ff. (på engelsk).

Også i den tyske sag var en parfumeflaske blevet gengivet i en reklame, hvorefter parfumeproducenten anlagde sag med påstand om, at denne gengivelse udgjorde en krænkelse af ophavsretten til flaskens design. Bundesgerichtshof lagde til grund, at flasken nød ophavsretlig beskyttelse og afviste, at gengivelsen kunne hjemles direkte eller analogt i den tyske ophavsretslov § 58, der gav ret til at gengive kunstværker i auktionskataloger og i øvrigt gengive kunstværker, der var offentligt udstillede (appelretten havde fundet hjemmel til gengivelsen i denne bestemmelse). Bundesgerichtshof lagde endvidere til grund, at gengivelsen ikke kunne hjemles i reglen om spredningskonsumption i den tyske ophavsretslov § 17. Ikke desto mindre fandt Bundesgerichtshof, at gengivelsen var lovlig med følgende betragtning (afgørelsens afsnit 4 a):

> "The purpose pursued by exhaustion, namely to secure the marketability of the goods, generally applies to the distribution right alone. However, offers and other advertising references to the goods on offer also serve marketability. These may, however, under certain circumstances, encroach not only upon the distribution right but also on other copyright exploitation rights. Thus in the case at issue, the illustration of the goods in an advertising brochure constitutes a reproduction of the flacon. If for instance a bookstore presents the books on offer in a brochure or a newspaper advertisement, this also constitutes a reproduction of the photographs or illustrations on the book cover; the same also applies to a designer chair or unusual (copyright) curtain material shown in the advertisement of a furniture store. In such cases, the exercise of the distribution right is usually associated with a violation of the reproduction right, which otherwise is likewise not regarded as a separate use requiring consent. *On the contrary, anyone entitled by copyright law to distribute the goods will automatically be regarded as entitled with respect to the more extensive use, provided such use remains within the limits of usual sales measures, without the need for the construction of an additional grant of user rights, possibly issued implicitly across a number of sales stages*" (fremhævet her).

Hermed etablerer Bundergerichtshof i realiteten *de lege lata* den "presentation right", som Kur havde argumenteret for *de lege ferenda*. Dette synes også at være konklusionen hos Bundesgerichtshof, der umiddelbart efter det netop citerede henviser til Kurs betragtninger (kun medtaget i den tyske udgave): "vgl. Hierzu Kur … die allerdings eine Gesetzesänderung für erforderlich hält" – det gør Bundesgerichtshof tydeligvis ikke.

Gengivelsen af en parfumeflaske som i Dior-sagen og den tilsvarende tyske sag ville under dansk ret have hjemmel direkte i ohl. § 24, eftersom der er tale om et kunstværk, der gengives i en annonce med henblik på salg. Selvom ophavsretten således med § 24 rummer en regel om retten til at bruge værker med henblik på information om egne ydelser, er der som fremgået ikke tale om en generel regel herom. Fremførelse antages ikke at være omfattet, hvilket navnlig ved salg af musik kan føre til uhensigtsmæssige resultater, jf. ovenfor om lytteprøver. Bestemmelsen er endvidere begrænset til annoncer mv. om *salg* eller udstilling af værker. Heraf følger, at andre former for ydelser end selve eksemplarsalget ikke er omfattet. En møbelsnedker, der eksempelvis har specialiseret sig i at restaurere bestemte typer af danske designklassikere som Arne Jacobsens Syveren eller PH-lamperne, kan ikke bringe billeder af disse som led i sin reklame.

Heller ikke litterære værker er omfattet af § 24, men behovet for at kunne udnytte litterære værker i reklamesammenhæng er formentlig tilstrækkelig tilgodeset gennem reglerne om visningskonsumption i § 20 og citatreglen i § 22.

2.4. Persondataretten

Retten til at informere om egne ydelser har kun en praktisk begrænset relevans inden for persondataretten. Behovet kan dog opstå, navnlig i de situationer, hvor en person, og det vil i praksis være en kendt person, indgår i et elektronisk produkt som f.eks. en film, et computerspil eller tilsvarende. Billede og eventuelle oplysninger om personen, der indgår i et sådant elektronisk produkt, vil som udgangspunkt være omfattet af persondataloven. Elektroniske reklamer mv. for sådanne produkter, som afbilder den medvirkende, vil derfor kunne kræve et hjemmelsgrundlag efter persondataloven. Dette hjemmelsgrundlag vil sædvanligvis bestå i et samtykke fra den medvirkende, og det er eksempelvis et standardvilkår i filmkontrakter, at den medvirkende accepterer, at billeder med den pågældende fra produktet (stillbilleder) anvendes i reklamesammenhæng.

Se også om denne kontraktspraksis, *Maj Hagstrøm* i *Schønning m.fl (red.)*, Personlighedsret, 2007, s. 96 ff.

Problemstillingen kan dog tænkes at opstå f.eks. når filmen, programmet m.m. parallelimporteres, og samtykket i kontrakten ikke dækker parallelimportøren. Persondataloven indeholder ingen regler, der regulerer denne situation. Dette er en umiddelbar følge af, at loven og det bagvedliggende direktiv som beskrevet ovenfor er skrevet med fokus på den ideelle beskyttelse og ikke på de økonomiske interesser knyttet til personoplysningerne. Afvejningsreglen i pdl. § 6, stk. 1, nr. 7, har imidlertid en sådan bredde, at muligheden for at bruge billeder mv. som led i rimelige reklameaktiviteter vil kunne hjemles i denne bestemmelse.

2.5. Retten til eget billede

Retsområdet for retten til eget billede og den billedbeskyttelse, der følger af persondataloven, vil som tidligere beskrevet grænse op til hinanden, og de betragtninger, der netop er gjort om problemstillingens praktiske relevans under persondataloven vil i det væsentlige gælde tilsvarende for den ulovregulerede beskyttelse af retten til eget billede. Der er dog den forskel, at retten til eget billede kan rumme al form for billedbehandling og dermed også den ikke-elektroniske behandling af billeder. Hermed bliver det også relevant om eksempelvis paralleimportøren af film eller spil kan bringe en trykt annonce, hvor filmens eller spillets cover gengives, når dette rummer et personbillede af hovedpersonen.

Det følger af ohl. § 24, at den ophavsret, der måtte være til coverets billede eller design i øvrigt, ikke hindrer gengivelse i en annonce med henblik på salg.

Der synes ikke at foreligge retspraksis, der belyser dette spørgsmål, som er helt parallelt med de tilsvarende varemærkeretlige og ophavsretlige problemstillinger. Derimod er problemstillingen behandlet i relation til mediers anvendelse af personbilleder i reklamer for det pågældende medie. Der foreligger to trykte domme herom. I den første dom, U.1989.1146SH, fandtes billedanvendelsen delvis lovlig.

Det Fri Aktuelt bragte i efteråret 1988 en kritisk artikelserie om skibsreder Per Henriksen. I samme periode kørte Det Fri Aktuelt en reklamekampagne under mottoet "Man kan ikke være venner med alle". Sagen omhandlede en reklame for Det Fri Aktuelt bragt i bladet selv, i Jyllands-Posten og i Weekendavisen. Reklamen viste et billede af Per Henriksen med angivelse af navn og indeholdt derudover omtale af den kritiske artikelserie. Retten fastslog, at hverken anvendelsen af Per Henriksens navn eller omtalen af de kritiske artikler var retsstridig. Anvendelsen af Per Henriksens billede var endvidere lovlig i reklamen bragt i Det Fri Aktuelt, hvorimod anvendelsen af billedet i de to andre

dagblade var en krænkelse af Per Henriksen. Der blev tilkendt en godtgørelse på 20.000 kr.

Det forekommer rigtigt, at bladet kunne bringe billedet, når man i samme periode bragte en større artikelserie om Per Henriksen, og Sø- og Handelsretten peger da også på avisers berettigede interesse i at kunne informere deres læsere om bladets journalistiske holdning, hvilket er en medvirkende faktor ved beslutningen om, hvilken avis man ønsker at købe. Derimod forekommer det ikke rigtigt at sondre mellem reklamer bragt i eget blad og i andre blade, jf. *Udsen*, Kommerciel anvendelse af personbilleder, U.1997B.261 ff. (s. 264): "Når et blad lovligt kan bringe en kritisk artikel inklusive portrætbilleder, bør bladet også i andre medier kunne vise, hvilket produkt købere af bladet får". Kritikken er tiltrådt af senere teori, se *Borcher & Bøggild*, Markedsføringsloven, 2006, s. 92, *Buhmann* i *Schønning m.fl.* (red.), Personlighedsret, 2007, s. 78 f. og *Lampert*, samme sted, s. 272.

I den anden dom, U.1991.842 H, fandtes billedbrugen retsstridig.

Sagsøgeren, tidligere chefredaktør på Ekstra Bladet Victor Andreasen, havde skrevet en artikel i Ekstra Bladet, der måtte betegnes som stærkt fornærmende over for Det Fri Aktuelt og dets redaktører. Som en slags gensvar herpå fremstillede Det Fri Aktuelt til brug for en reklamekampagne plakater med sagsøgerens portræt og navn samt et citat fra sagsøgerens artikel. Plakaten blev hængt op på adskillige togstationer. Anvendelsen af sagsøgers billede fandtes retsstridig, og sagsøger blev herefter tilkendt en erstatning på 10.000 kr. Under hensyntagen til de grove beskyldninger, som sagsøgeren havde fremsat mod Det Fri Aktuelt, fandtes sagsøgeren ikke at have krav på godtgørelse. Der er således næppe tvivl om, at sagsøger havde fået tortgodtgørelse, hvis ikke han selv havde indledt tvisten ved at skrive en stærkt fornærmende artikel om Det Fri Aktuelt.

Til forskel fra sagen i U.1989.1146SH havde billedbrugen i denne sag ikke sammenhæng med information om indholdet af bladet, og dette er formentlig forklaringen på, at billedbrugen fandtes retsstridig.

Bekendtgørelse om reklame og sponsorering i radio og fjernsyn (bkg. 1368/2005) fastslår i § 11, at sådanne reklamer ikke må afbilde eller referere til personer uden deres samtykke. Efter sin ordlyd synes dette eksempelvis at medføre, at pressen i tv-reklamer ikke kan bringe billeder af personer, selvom disse refererer til redaktionelt indhold i det nummer af bladet, som der reklameres for. En sådan retstilstand ville imidlertid være i strid med de netop anførte betragtninger. Interessant er det derfor, at Radio- og TV-nævnet har fortolket ordlyden indskrænkende for at give pressen en sådan mulighed. I en afgørelse af 21. juni 2004 har nævnet således fastslået, at ugebladet Se og Hør ikke krænkede en tv-værtindes rettigheder ved i TV2

at bringe en reklame for næste nummer af bladet, hvor bl.a. vistes et billede af tv-værtinden med omtale af en artikel om hende. Nævnet begrundede sin afgørelse med, at Se og Hør havde en berettiget interesse i at informere om, hvad næste nummer indeholdt, ligesom reklamen ikke gav indtryk af, at tv-værtinden indestod for Se og Hør.

Med disse afgørelser tegner der sig således også på dette område et billede af, at eneretten kan tilsidesættes, når der er et rimeligt behov for at kunne informere om egne ydelser.

Tilsvarende opfattelse er lagt til grund i en finsk højesteretsdom fra 1986 omtalt af *Tiili*, Marknadsföring och rätt till egen bild, NIR, 1988, s. 25 ff. (s..28f.): Under en 20 sekunders tv-reklame for et blad vistes i kort tid et billede af en kendt finsk racerkører, som bladet indeholdt artikler om. Den finske højesteret fandt ikke dette retsstridigt, idet den fastslog, at et bladforlag ved markedsføring af sit blad har ret til at informere om bladets indhold, f.eks. ved i reklame at anvende et billede, som har været bragt i bladet. Se fra svensk ret NJA, 1999, s. 749 ff., hvor den svenske højesteret fandt, at et billede af en kendt skuespiller på bagsiden af et blad i en reklame for bladet ikke var en del af det redaktionelle indhold og derfor udgjorde en krænkelse af retten til eget billede efter den svenske lov om namn och bild i reklam (1978:800). Annoncen er gengivet hos *Bernitz m.fl.*, Immaterialrätt, 2007, s. 119.

Fra engelsk ret kan henvises til afgørelsen *Irvine and others v. Talksport Ltd.,* Court of Appeal, 1. april 2003, hvor en engelsk radiostation, der havde købt rettigheder til at transmittere fra Formel 1-motorløb, havde brugt et billede af en kendt engelsk Formel 1-racerkører i reklamemateriale. Billedet var manipuleret, så det så ud, som om racerkøreren stod og lyttede til den pågældende sportskanal. På den baggrund var det ikke overraskende, at billedbrugen fandtes retsstridig med hjemmel i *passing off*-doktrinen. Spørgsmålet ville, efter dansk ret, have været mere tvivlsomt, hvis man havde brugt et ikke-manipuleret billede som led i en annoncekampagne, der skulle informere om, at man nu kunne høre Formel 1-transmissioner på kanalen. Der vil formentlig være et begrænset rum for en lovlig billedanvendelse i denne situation. Dommen er omtalt hos *Scanlan*, Personality, Endorsement and Everything: The Modern Law of Passing Off and Myth of the Personality Right, EIPR, 2003, s. 563 ff.

2.6. Horisontale betragtninger

Den ovenstående gennemgang viser, at retten til at udnytte beskyttet information, når dette er nødvendigt for i rimeligt omfang at informere om egne ydelser, kan spores inden for alle de behandlede discipliner.

I varemærkeretten er princippet anvendt af EF-Domstolen i *BMW*- og *Dior*-sagerne med hjemmel i konsumptionsreglen. Som påpeget i kapitel 8 og ovenfor, har princippet ingen naturlig placering i konsumptionslæren, og denne bestemmelse synes primært anvendt i mangel af en direktivreguleret ret til anvendelse af varemærker med henblik på information om egne ydelser. Dette understreges af, at EF-Domstolen når samme resultatet ophavs-

retligt, jf. Dior-sagen, til trods for, at der ingen EU-retlig konsumptionsretlig regel fandtes på det ophavsretlige område ved Dior-sagens afgørelse.

I ophavsretten er princippet delvist knæsat i ohl. § 24. Når dette kun er "delvis", skyldes det, at bestemmelsen er relativt snævert formuleret og derfor ikke dækker alle former for udnyttelse af værker ved information om egne ydelser. Som beskrevet giver denne afgrænsning problemer ved brug af lytterprøver og ligeledes ved andre ydelser end salg af værker, f.eks. restaurering af møbler beskyttet af ophavsret. Både EF-Domstolen og Bundesgerichtshof har løst tilsvarende problemer ved at give ret til gengivelse af ophavsretligt beskyttede værker i annoncer uanset, at ingen eksplicitte undtagelsesregler fandt anvendelse; Bundesgerichtshof med etableringen af en egentlig ret til at informere om egne ydelser.

Inden for området for retten til eget billede kan princippet også spores. Det må således på baggrund af afgørelserne i U.1989.1146SH og U.1991.842H antages, at pressen har en ret til at anvende personbilleder i reklame for deres produkter, når billederne har en relation til det redaktionelle indhold. I U.1989.1146SH antog Sø- og Handelsretten ganske vist, at reklamen kun var retmæssig i eget medie og ikke i andre medier. Denne del af afgørelsen kan dog ikke anses for korrekt og er blevet kritiseret af den samlede teori.

Princippet kan muligvis også genfindes inden for et helt særegent informationsretligt felt. Efter arkivlovens § 5 behandler Statens Arkiver sager vedrørende brug af rigsvåbenet og er rådgivende for offentlige myndigheder i spørgsmål vedrørende offentlige våbener, segl og emblemer. I praksis er det Rigsarkivaren, som meddeler tilladelse til sådan brug. Efter Rigsarkivarens praksis gives der tilladelse til gengivelse af mønter præget med de nævnte typer af våbener, segl og emblemer i møntkataloger, men ikke tilladelse til at præge nye mønter eller andre tilsvarende produkter med disse illustrationer. Tilladelsen til at gengive mønter i møntkataloger kan forklares med udgangspunkt i princippet om retten til at informere om egne ydelser, idet der findes et stort marked for handel med brugte mønter.

Inden for alle de analyserede discipliner kan således identificeres en ret til at bruge beskyttet information som led i information om egne ydelser. Denne ret kan på baggrund af det ovenstående formuleres i følgende grundsætning:

- *De eksklusive informationsrettigheder afgrænses af en ret til at bruge beskyttet information, når dette sker loyalt i forbindelse med information om egne ydelser.*

I modsætning til de ovenfor analyserede områder for privat brug og konsumption har en sådan grundsætning ikke vundet indpas som generel lovregel i de enkelte discipliner. Dette forklarer nogle af de hjemmelsvanskeligheder og uhensigtsmæssige retstilstande, der er beskrevet i det ovenstående. Dette indebærer endvidere, at der på dette sted kun kan opstilles en relativt åben grundsætning. Yderligere studier ville formentlig gøre det muligt, at opstille nogle nærmere afgrænsningskriterier, særligt i relation til begrebet "loyal brug". Disse studier ligger dog uden for afhandlingens rammer.

Se hertil *Kur*, a.st., s. 317, hvis sondringsgrundlag synes at være et godt udgangspunkt: "… the decisive factor should be the extent to which the presentation develops *independent attractiveness*, *i.e.,* whether it merely serves as a means of visualization and identification of the distributed object, that is subordinate to the purpose of distribution, or whether it is perceived and sought – for example called up on the Internet – for its own sake" (fremhævet i original).

3. Ytringsfrihed som indskrænkning i informationsrettighederne

3.1. Problemstilling

Menneskerettigheder har fået en stadig mere fremtrædende placering gennem de senere år, herunder også på områder, hvor de traditionelt ikke har spillet en rolle.

Caroline Heide-Jørgensens disputats Reklameret, Konkurrenceret og kommerciel ytringsfrihed, 2008 er det seneste markante eksempel på denne tendens.

I det lys er det ikke overraskende, at menneskerettighedsbetragtninger i form af ytringsfrihed også har fået en stigende betydning for de informationsretlige discipliner. Informationsrettigheder begrænser adgangen til fri informationsudveksling og rummer dermed et indbygget modsætningsforhold til ytringsfriheden.

Begreberne "ytringsfrihed" anvendes i det følgende i overensstemmelse med forståelse i emrk. art. 10 og dækker følgelig både friheden til at meddele og modtage oplysninger, jf. art. 10, stk. 1. Også den, der hindres adgang til information, vil således kunne opleve en krænkelse af ytringsfriheden. Ytringsfriheden efter art. 10 giver imidlertid ikke krav på adgang til information, som informationsindehaveren ikke selv ønsker at udlevere, jf. *Lorenzen m.fl.*, Den Europæiske Menneskeretskonvention, 2003, s. 455 med henvisning

til praksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Spørgsmålet har navnlig praktisk betydning i relation til offentlige myndigheders informationer. Retstilstanden er muligvis ved at ændre sig, se *Hins & Voorhoof*, Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights, European Constitutional Law Review, 3, 2007, s. 114 ff. Et eventuelt fremtidigt krav på adgang til information baseret på reglerne om ytringsfrihed vil kunne påvirke indretningen af de informationsretlige regler, herunder særligt de regler der beskytter den operationelle information som f.eks. reglerne om erhvervshemmelighedsbeskyttelse og databasereglerne. Se om sidstnævnte *Corbett*, A Human Rights Perspective on the Database Debate, EIPR, 2006, s. 83 ff., der i et retspolitisk lys anfører, at der i WIPO´s anbefalinger til en international databaseregulering "should be a similar mandatory obligation … to recognise explicitly the fundamental human right to information…".

Dette modsætningsforhold har afstedkommet en række sager i de senere år, som belyser nogle grundlæggende spørgsmål om forholdet mellem informationsrettigheder og ytringsfrihed, herunder om ytringsfriheden i det hele taget skal tillægges betydning, og i givet fald om ytringsfrihedshensyn skal placeres inden for eller uden for den informationsretlige disciplin. I det følgende belyses disse spørgsmål inden for alle de discipliner, der er udvalgt til de horisontale analyser, dvs. inden for immaterialretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, persondataretten og retten til eget billede. Afslutningsvist dokumenteres, at der kan opstilles nogle grundsætninger om forholdet mellem informationsrettigheder og ytringsfrihed på tværs af de enkelte regler.

3.2. Immaterialret

Spørgsmålet om forholdet mellem reglerne om ytringsfrihed og immaterialretsreglerne har primært været diskuteret i relation til de ophavsretlige og varemærkeretlige enerettigheder, hvorimod spørgsmålet så vidt ses ikke har haft nogen betydning i patentretten. Dette skyldes ikke, at problemstillingen ikke kan opstå, men nok primært, at den type information, som patentretten beskytter, sjældent rummer den form for meningstilkendegivelser, "afsløringer" mv., som er kernen i spændingsfeltet mellem ytringsfrihed og immaterialrettigheder. Hertil kommer, at selve informationen om indholdet af den patenterede opfindelse er frit tilgængelig og derfor kan spredes uden at krænke patentrettighederne.

Forholdet mellem ytringsfrihed og immaterialrettigheder er blevet drøftet i tre hovedkategorier af spørgsmål: For det første hvilken relevans ytringsfrihedsreglerne i det hele taget har for immaterialretten, for det andet hvilken placering ytringsfrihedsreglerne skal have i immaterialretten (intern

eller ekstern kilde), og for det tredje hvilke afgrænsningskriterier der skal afgøre afvejningen mellem eneretten og ytringsfriheden.

a. Ytringsfrihedsreglernes relevans

Det er blevet gjort gældende, at immaterialretslovene udtømmende gør op med, hvordan eneretten indskrænkes, og at reglerne om ytringsfrihed ikke har nogen immaterialretlig relevans. Denne betragtning kan spores i nogle nyere europæiske ophavsretlige domme. I en ofte omtalt sag fra Frankrig afgjort i 2003 havde en fjernsynsstation produceret et kort indslag om en ny kunstudstilling af maleren Maurice Utrillos værker.

Se bl.a. omtalen hos *Karnell*, Copyright protection under human rights control – in particular of works not disseminated to the public, NIR, 2004, s. 516 ff. (s. 531) med yderligere henvisninger.

Som led i udsendelsen blev en række af malerierne kort filmet. Rettighedshaveren til malerierne krævede herefter betaling for visningen, der ikke havde hjemmel i den franske ophavsretlov. Tv-stationen nægtede og gjorde bl.a. gældende, at visningen havde hjemmel i emrk. art. 10 om offentlighedens ret til information. Heri fik tv-stationen medhold i underinstansen, mens appelretten omgjorde resultatet. Den franske højesteret tilsluttede sig appelrettens afvisning af ytringsfrihedsargumentet og lagde til grund, at hensynene til ytringsfriheden allerede var afbalanceret i selve ophavsretsloven. Den belgiske højesteret har givet udtryk for en tilsvarende opfattelse i en sag fra 2003, hvor retten tiltrådte en udtalelse fra den belgiske advokaatgeneral: "the right to freedom of expression leaves intact the protection mechanism provided by the Copyright Act of 1994. The protection offered by the Copyright Act to a litterary work does not in any manner compromise the right to freedom of expression of any party", gengivet hos *Karnell*, a.st., s. 528.

Der findes imidlertid en lang række afgørelser, som forudsætter, at reglerne om ytringsfrihed kan have selvstændig relevans inden for immaterialretten. På det ophavsretlige område kan f.eks. nævnes intet mindre end syv afgørelser fra den østrigske højesteret og en ofte beskrevet afgørelse fra den engelsk Court of Appeal fra 2001 (*Ashdown v Telegraph Group Ltd.*), alle beskrevet hos *Karnell*, a.st. Fra det varemærkeretlige område kan nævnes to franske afgørelser fra 2003, hvor Greenpeace havde anvendt virksomheders varemærker med satiriske ændringer på sin hjemmeside som led i en debat om virksomhedernes påståede miljøskadelige aktiviteter. Afgørelserne er omtalt af *Geiger*, Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of

Intellectual Property Law?, IIC, 2004, s. 268 ff. Andre omtales nærmere nedenfor. Det er tilsvarende den helt overvejende antagelse i litteraturen, at reglerne om ytringsfrihed kan have relevans for immaterialrettighederne.

Se for dansk ret, *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 36 f. og *Wallberg*, Varemærkeret, 2008, s. 95 f. (kun om ytringsfrihed og varemærkeret) og i øvrigt (blandt mange) *Geiger*, "Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the Euopean Union, IIC, 2006, s. 371 ff. og *Rosén*, Freedom of expression in lineage with author's rights, NIR, 2007, s. 1 ff.

Denne antagelse må tiltrædes. Det er ubestrideligt, at enerettighederne i nogle situationer kan indskrænke ytringsfriheden, og hensynene til ytringsfriheden synes ikke at have haft nogen væsentlig rolle i den afbalancering af hensyn, som immaterialretslovene er udtryk for. Der er intet i forarbejderne, som giver belæg for en sådan antagelse.

b. Ytringsfrihedsreglerne som intern eller ekstern kilde

Hermed opstår spørgsmålet, hvilken rolle reglerne om ytringsfrihed spiller for immaterialrettighederne. Grundlæggende kan ytringsfriheden enten udgøre en kilde til fortolkning af de immaterialretlige regler, eller ytringsfriheden kan udgøre en selvstændig retskilde, der kan skabe undtagelser til eneretten ved siden af de indskrænkninger, der følger af immaterialretslovene. I den første model anvendes ytringsfriheden *internt* i immaterialretten, mens den i den anden – og mere vidtrækkende – model anvendes *eksternt*. Dette kan derfor også betegnes som spørgsmålet om internalisering eller eksternalisering af ytringsfriheden i immaterialretten.

Spørgsmålet om internalisering eller eksternalisering kan opstå for alle de generelle adfærdsregler og regler om ret til at behandle information, der kan påvirke informationsrettighederne, jf. illustrationen af informationsrettens regelstruktur s. 62 ovenfor. Ved siden af ytringsfriheden er de konkurrenceretlige regler det mest markante eksempel. Om grænsefladerne mellem immaterialretten og konkurrenceretten, se generelt *Schovsbo*, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, 1996, hvorfra begrebet internalisering er hentet.

Spørgsmålet hænger i nogen grad sammen med den indbyrdes rangorden mellem immaterialretten og reglerne om ytringsfrihed i retskildehierarkiet. Såfremt reglerne om ytringsfrihed har en højere placering i kraft af deres konventionsstatus og den fundamentale status, der ofte tildeles menneskerettighederne ("grundrettigheder"), således som det er blevet diskuteret, taler dette for en eksternalisering af reglerne. Den overvejende opfattelse

synes dog at være, at reglerne om ytringsfrihed ikke har en højere rangorden end de immaterialretlige regler, særligt fordi eneretten til egne intellektuelle frembringelser også anses for en af de grundlæggende menneskerettigheder. Det følger således udtrykkeligt af art. 27, stk. 1, i FN´s Verdenserklæring om Menneskerettigheder fra 1948, at "enhver har ret til beskyttelse af de moralske og materielle interesser, der hidrører fra en hvilken som helst videnskabelig, litterær eller kunstnerisk frembringelse, som vedkommende har skabt". Emrk. indeholder ikke en tilsvarende udtrykkelig bestemmelse, men det er fast antaget og følger af praksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at artikel 1 til protokol 1 til emrk., der beskytter ejendomsret ("property"), også omfatter immaterialrettigheder, jf. *Rosén,* a.st., s. 2 f. og *Geiger*, a.st., 2006, s. 382 f. med yderligere henvisninger. Det kan endvidere lægges til grund, at også emrk. art. 10, stk. 2, hvorefter ytringsfriheden kan indskrænkes, bl.a. når dette er nødvendigt for at sikre andres "rettigheder", tilsvarende omfatter immaterielrettigheder, jf. EF-Domstolens dom i Laserdisken ApS mod Kulturministeriet af 12. september 2006 (C-479/04) og *Hugenholtz*, Copyright and Freedom of Expression in Europe, i *Dreyfuss m.fl.* (red.), Expanding the Boundaries of Intellectual Property, 2001, s. 343 ff. (s. 349).

Det kan således ikke lægges til grund, at reglerne om ytringsfrihed har en højere rangorden end reglerne om beskyttelse af immaterielle rettigheder. En *lex superior*-betragtning støtter således ikke, at der sker en eksternalisering af reglerne. Derimod taler en *lex specialis*-betragning nærmest for en internalisering, og dette er også modellen, som domstolene og teorien overvejende har valgt. Udgangspunkt er således, at en udnyttelseshandling, der som udgangspunkt er omfattet af den immaterialretlige eneret, kun er lovlig, hvis en af de immaterialretlige undtagelsesregler finder anvendelse, men således at disse regler skal fortolkes i lyset af reglerne om ytringsfrihed.

Se *Rosén*, a.st., s. 9: "Generally, European Courts have so far shied away from direct application of constitutional law or Article 10 ECHR in potential conflicts with statutory copyright, preferring instead to treat freedom of expression as a normative principle to be used by intepretation of existing statutory limitations to copyright". Teksten er en lettere omskrivning af en tilsvarende betragtning hos *Hugenholtz*, a.st., s. 354. Se i samme retning om dansk varemærkeret *Wallberg*, a.st., s. 88 ("En særlig variant af de nævnte problemstillinger er visse former for brug af varemærker i (forbruger)kritisk sammenhæng, idet de varemærkeretlige principper her skal fortolkes i lyset af principperne om *ytringsfrihed*").

Domstolene har dog i nogle tilfælde reserveret muligheden for, at der kan ske en eksternalisering af reglerne om ytringsfrihed, således at disse kan

tilsidesætte en eneret uden hjemmel i immaterialretsloven. Den tyske Bundesgerichtshof har således i en afgørelse fra 1985 om uberettiget offentliggørelse af en Lili Marleen sangtekst i en avis, der omtalte en kommende film om virkelighedens Lili Marleen udtalt, at "under exceptional circumstances, because of an unusually urgent information need, limits to copyright exceeding the express statutory limitations may be taken into consideration". Afgørelsen er trykt i GRUR, 1987, s. 34 ff. At eksternaliseringen har karakter af en ekstraordinær undtagelse, er også klart udtrykt af Bundesgerichtshof i en afgørelse fra 2003 om en parodisk tegning af det tyske rigssymbol, ørnen Gies-Adler, som der hang en skulptur af i den tidligere parlamentsbygning i Bonn.

Bundesgerichtshof fastslog således, at afvejningen mellem de forskelligartede hensyn er foretaget af lovgiver ved udformingen af ophavsretsloven: "Das Urheberrechtsgesetz enthält grundsätzlich eine abschließende Regelung der aus dem Urheberrecht fließenden Befugnisse. Das dem Urheber vom Gesetz eingeräumte Ausschließlichkeitsrecht ist das Ergebnis einer vom Gesetzgeber bereits vorgenommenen Abwägung zwischen dem Interesse des Urhebers an einer möglichst umfassenden und uneingeschränkten Ausschließlichkeitsbefugnis und den Interessen der Allgemeinheit an einem möglichst unbeschränkten Zugang und einer möglichst umfassenden Nutzung des urheberrechtlich geschützten Werks" (dommens pkt. 2 a). Dommen er gengivet i GRUR, 2003, s. 956 ff. og bl.a. omtalt af *Rutz*, Germany: Copyright – Caricature as Fair Use, EIPR, 2004, N89 ff. og *von Becker*, Parodiefreiheit und Güterabwägung – Das „Gies-Adler´-Urteil" des BGH, GRUR, 2004, s. 104 ff.

Se tilsvarende den svenske højesterets udtalelse i en sag om ophavsrettigheder til en arkitekttegning (NJA, 1993, s. 263 ff.): "Med upphovsrättslagens uppbyggnad – en ensamrätt för upphovsmännen att förfoga över sina verk varifrån vissa i lag särskilt angivna undantag har gjorts i syfte att tillgodose samhälleliga intressen – är det tydligt att det finns endast ett synnerligen begränsat utrymme för domstolarna att i lagen intolka andra inskränkningar än dem som är angivna där. Sådana inskränkningar syns nära nog uteslutna för andra fall än när den uppkomna situationen är atypisk och knappast förutsedd av lagstiftaren samt starka samhällsintressen kan åberopas; regleringen av mer förutsebara fall av konflikt mellan upphovsmännens individuella intressen och motstående intressen måste förbehållas lagstiftaren", s. 270. I begge sager nåede domstolene imidlertid til, at reglerne om ytringsfrihed ikke i det konkrete tilfælde kunne gennembryde den ophavsretlige eneret.

Et eksempel på eksternalisering af reglerne om ytringsfrihed er den hollandske appeldomstols afgørelse fra 2003, hvor citater fra en række hemmelige Scientology-skrifter var offentliggjort på en hjemmeside som en del af hjemmesideindehaverens beskrivelse og kritik af bevægelsen. Det var ubestridt, at teksterne nød ophavsretlig beskyttelse, og Scientology gjorde gældende, at citaterne krænkede ophavsretten. Appeldomstolen nåede til, at skrifterne ikke var offentliggjorte, og at citatreglen i den hollandske ophavsretslov derfor ikke fandt anvendelse. Med henvisning til ytringsfriheden og den frie debat, nåede retten alligevel til, at citaterne var lovlige. Afgørelsen er bl.a. omtalt hos *Krikke*, Netherlands: Copyright – Infringement by Quotation – Confidentiality of Documents – Freedom of Speech – Human Rights, EIPR, 2004, N50f., *Karnell*, a.st., s. 523 ff. og *Geiger*, a.st., 2006, s. 394 f.

Uanset om reglerne om ytringsfrihed internaliseres eller eksternaliseres i immaterialretten, rejser det spørgsmålet, hvilke kriterier der afgør, om ytringsfrihedsreglerne skal tillægges en rolle i den konkrete sag. Der er så vidt ses ingen specialstudier, der på et mere systematisk grundlag har forsøgt at fastlægge disse kriterier. Selv uden større specialstudier toner der sig dog en række umiddelbare kriterier frem ved læsningen af den foreliggende retspraksis og litteratur.

c. Afgrænsningskriterier

For det første har det betydning, hvilken *type af information* der er tale om. Det antages generelt, at emrk. art. 10 yder en særlig vidtgående beskyttelse af politiske ytringer og andre ytringer af samfundsmæssig interesse, jf. f.eks. *Lorenzen m.fl.*, a.st., s. 459 ff. Dette må tilsvarende gælde for reglernes anvendelse på det immaterialretlige område, jf. f.eks. også *Rosén*, a.st., s. 5 og *Hugenholtz*, a.st., s. 355 f. forudsætningsvist. Retspraksis viser tilsvarende, at reglerne om ytringsfrihed tillægges vægt, når enerettigheder påberåbes med henblik på at stoppe en kritik af rettighedshaveren eller dennes produkter, se f.eks. den østrigske højesterets afgørelse af 12. juni 2001 (GRUR int., 2002, s. 341 ff.), hvor en person på sin hjemmeside havde gengivet 16 avisartikler i fuld længde, der alle handlede om den pågældende person. Retten nåede frem til, at denne gengivelse, der skulle vise, hvilken (kritisk) mediekampagne den pågældende var udsat for, var hjemlet i reglerne om ytringsfrihed. Retten lagde til grund, at formålet med at hindre offentliggørelsen af avisartiklerne alene var at hindre en kritik af den mediekampagne, der var blevet ført, og anførte, at ophavsretten ikke kunne anvendes på denne måde ("Daß dieser Zweck eine Einschränkung der Meinungsfreiheit durch das Urheber- und Leistungsschutzrecht in einer demokratischen Gesellschaft nicht rechtfertigen kann, bedarf keiner weiteren Begründung"). Den ovenfor nævnte hollandske dom om offentliggørelse af

Scientology-skrifter angår tilsvarende retten til at rejse offentlig kritik (af Scientology-bevægelsen). Fra det varemærkeretlige område eksisterer tilsvarende en række afgørelser, hvor anvendelsen af et varemærke med udgangspunkt i ytringsfrihedshensyn er anset for lovlig, når dette er sket som led i en kritik af varemærkeindehaveren eller dennes produkter.

Se om disse afgørelser *Geiger*, Trademarks and Freedom of Expression – The Proportionality of Criticism, IIC, 2007, s. 317 ff. Fra dansk ret mærkes U.1980.1037H, hvor en plakat med udsagnet "Danske svin er sunde – de strutter af penicillin" indeholdt en parodiering af et registreret varemærke af en gris, der blev anvendt af slagteriernes fælles salgsorganisation. Højesteret fandt ikke plakaten ulovlig, bl.a. under hensyntagen til den frie meningsudveksling om væsentlige samfundsanliggender. Tankegangen ligger endvidere bag en række afgørelser om såkaldte "hadedomæner" (lorte-seat.dk) fra klagenævnet for domænenavne, se herom f.eks. *Mathiasen & Gudsøe*, God domænenavnsskik, NIR, 2007, s. 149 ff. (s. 156 ff.) og *Wallberg & Prehn*, Domænenavnskonflikter i Danmark – en oversigt, NIR, 2003, s. 101 ff. (s. 113 ff.).

Tilsvarende kan ytringsfrihedshensynet tillægges vægt, når beskyttet information anvendes som led i kunstnerisk virke, se herved afgørelse fra Bundesgerichtshof fra 2005 (GRUR, 2005, s. 583 ff.), hvor en varemærkeparodi på et gratis-postkort var tilladt under hensyntagen til den kunstneriske frihed, der er særskilt beskyttet efter artikel 5, stk. 3, i den tyske forfatning. Dommen er omtalt af *Born*, Zur Zulässigkeit einer humorvollen Markenparodie – Anmerkung zum Urteil des BGH "Lila-Postkarte", GRUR, 2006, s. 192 ff. Samme resultat var den tyske forfatningsdomstol nået til i en sag om genbrug af tekster af Bertol Brecht i et nyt selvstændigt kunstværk (GRUR, 2001, s. 149 ff.). Hvis den beskyttede information omvendt anvendes i en kommerciel sammenhæng, vil ytringsfrihedshensynet formentlig blive tillagt mindre vægt. Dette gælder generelt for emrk. art. 10, jf. *Lorenzen m.fl.*, a.st., s. 474 og *Rosén*, a.st., s. 6. I den ovennævnte afgørelse fra den tyske Bundesgerichtshof om varemærkeparodi på et postkort, lagde retten bl.a. vægt på, at brugen af varemærket ikke forfulgte et rent kommercielt formål.

Et andet kriterium, der har betydning for brugen af reglerne om ytringsfrihed, er, om den beskyttede information har offentlig interesse ("*public interest*"). Den ovenfor nævnte sondring mellem forskellige former for informationstyper har nær sammenhæng hermed. En politisk ytring eller ytring om andre forhold af samfundsmæssig interesse vil oftere have en offentlig interesse end andre former for information. Der er dog ikke et direkte sammenfald mellem informationstypekriteriet og public interest-kriteriet. En meningstilkendegivelse behøver ikke nødvendigvis at berige den offentlige debat eller i øvrigt have nogen samfundsmæssig betydning

("min nabo er dum"). Omvendt vil afdækning af svindel i en større erhvervsvirksomhed typisk have offentlig interesse, uanset om afdækningen kun rummer faktuelle oplysninger og altså ingen meningstilkendegivelser. Lidt firkantet kan det måske udtrykkes således, at informationstypekriteriet har fokus på den enkeltes ret til at ytre sig, mens public interest-kriteriet har fokus på offentlighedens behov for adgang til samfundsmæssig relevant information. At der er klare overlap, er dog utvivlsomt. Public interest-kriteriet og dets betydning i en ophavsretlig sammenhæng er bl.a. drøftet i den ovennævnt *Ashdown v. Telegraph Group*. Kriteriets relevans i immaterialretten er bl.a. anført af *Hugenholtz*, a.st., s. 362 og *Rosén*, a.st., s. 5 ("… indicating a balance to be struck between protection of copyright and the public interest …"). Se også *Geiger*, Author's Right, Copyright and the Public's Right to Information: A Complex Relationship, i *Macmillian (red.)*, New directions in Copyright Law, 2007 og *samme,* a.st., 2006, note 96 med yderligere henvisninger.

I nogle tilfælde er endvidere lagt vægt på, om det har været nødvendigt at gengive den beskyttede information for at opfylde det formål, der lå bag ytringen. Et sådant *nødvendighedskriterium* ligger bag et af kritikpunkterne for i det hele taget at inddrage ytringsfrihedshensyn i ophavsretten: typisk kan den information, der ønskes offentliggjort, gengives, uden det er nødvendigt at gengive det konkrete værk, hvori informationen indgår. Det er med andre ord ikke nødvendigt at gengive værket for at gengive informationen. Se f.eks. *Ashdown v. Telegraph Group*, pkt. 59: "It will be very rare for the public interest to justify the copying of a work to which copyright attaches". Se også *Karnell*, a.st., s. 534 (om *Scientology v. Spaink* nævnt ovenfor): "At this, it deserves to be underlined that copyright is there to protect the expression of ideas, their form. Thus, it will always be possible to express them in another form without creating a conflict with copyright belonging to others. Spaink, obviously, had other easily manageable means at her disposal to express her views about CST than to disseminate the texts in a literal form, *e.g.* by paraphrasing or summarising their content". Se også *Hugenholtz'* omtale af en hollandsk sag, hvor en avis havde bragt et interview med en person og bragt et billede af personen, hvor en statue af en bueskytte pegede pilen mod hovedet af den portrætterede. Statuen var en af flere kunstgenstande, der stod på den interviewedes kontor. En hollandsk rettighedshaverorganisation gjorde gældende, at dette var en krænkelse af ophavsretten til statuen. Den hollandske distriktsdomstol afviste bl.a., at brugen af kunstværket kunne hjemles i emrk. art. 10, da den fremtrædende

gengivelse af værket ikke var nødvendig for det interview, som billedet ledsagede, jf. Hugenholtz, a.st., 359.

For det fjerde vil der formentlig indgå en *proportionalitetsvurdering*, i afvejningen mellem eneretsreglerne og ytringsfrihedsreglerne. Medfører eneretten en markant indskrænkning i ytringsfriheden, taler det i sig selv for at tillægge ytringsfrihedshensynet vægt, jf. Hugenholtz, a.st., s. 363 ("A second factor is the substantially of the restrictions: minor impediments will more easily meet the test than major ones"). Og omvendt vil ytringsfrihedshensynet kunne tillægges større vægt, jo mindre informationsbrugen må forventes at skade rettighedshaverens (økonomiske) interesser, jf. også i denne retning *Karnell*, a.st., s. 533 ("… author's professional interest unaffected …").

3.3. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Der er så vidt ses ingen nordiske domme eller nordisk retslitteratur, der konkret forholder sig til forholdet mellem erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og reglerne om ytringsfrihed. Heller ikke i den internationale europæiske litteratur, har der tilsyneladende været fokus på spørgsmålet.

Enkelte nationale afgørelser eksisterer givetvis. Se fra engelsk ret Court of Appeals afgørelse fra 1984 i *Lion Laboratories v. Evans* (1984 WL 282819). Lion Laboratories fremstillede, som den eneste godkendte virksomhed i England, alkometre, der anvendtes af det engelske politi. To ansatte teknikere, som havde arbejdet med apparaterne, overgav til landsdækkende aviser interne dokumenter fra virksomheden, som sådede tvivl om, hvorvidt apparaterne målte korrekt. Lion Laboratories begærede forbud mod offentliggørelse af dokumenterne. Dette blev afvist af retten, der bl.a. med angivelse af emrk. art. 10 henviste til, at der var en væsentlig offentlig interesse knyttet til offentliggørelsen. I en afgørelse fra Chancery Division (2004 EWHC 1075) havde en journalist taget ansættelse på en virksomhed, der fremstillede frostmad til hospitaler. Under ansættelsen dokumenterede han med et videokamera uhygiejniske forhold og personalets manglende overholdelse af fødevarehåndtering. Disse optagelser blev efterfølgende til et tv-program, som virksomheden forsøgte at stoppe med henvisning til, at der var tale om fortrolige oplysninger tilhørende virksomheden. Heller ikke i denne sag fik virksomheden medhold. Retten nåede her til, at oplysningerne ikke var fortrolige, men ville formentlig også været nået til, at optagelserne havde en sådan offentlig interesse, at dette berettigede til visning, selvom oplysninger havde været fortrolige, jf. *Hull*, Disclosure in the Public Interest: No Right of Reply, EIPR, 2004, s. 515 ff., der også kritiserer rettens vurdering af, at der ikke forelå fortrolige oplysninger.

Mest gennemarbejdet er spørgsmålet utvivlsomt i amerikansk ret, hvor der er afsagt en række afgørelser om forholdet mellem beskyttelsen af *trade secrets* og *freedom of expression* efter *First Amendment*. Med udgangs-

punkt i disse afgørelser har *Pamela Samuelson* sammenfattet forholdet mellem erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og reglerne om ytringsfrihed efter First Amendment i en større afhandling, Principles for Resolving Conflicts Between Trade Secrets and the First Amendment, Hastings Law Journal, 2007, s. 777 ff.

Artiklen konkluderer, at der ikke er enighed om, hvorvidt ytringsfrihedsreglerne kan give hjemmel til at offentliggøre erhvervshemmeligheder. Uenigheden går begge veje. I nogle sager har domstolen kategorisk afvist, at ytringsfrihedsreglerne kan indskrænke beskyttelsen af erhvervshemmeligheder, der som "property" nyder en særlig beskyttelse. I andre sager er der givet en overordentlig bred beskyttelse efter First Amendment. Den overvejende opfattelse synes dog at være, at ytringsfrihedsreglerne kan hjemle en offentliggørelse af erhvervshemmeligheder, når nærmere angivne kriterier er opfyldt, men at dette i praksis er undtagelsen.

Mest interessant i relation til den horisontale analyse, er de kriterier, som artiklen opstiller for den nærmere afgrænsning mellem erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og ytringsfrihedsreglerne.

For det første har informationstypen betydning. Det er primært information, der har karakter af nyheder eller i øvrigt er "a matter of public concern", som er blevet tilladt offentliggjort med hjemmel i First Amendment, jf. *Samuelson*, a.st., s. 814 f. Dette udelukker en lang række klassiske typer af erhvervshemmeligheder såsom tekniske tegninger o.lign. fra beskyttelse. Se herved sagen *DVD CCA v. Bunner*, hvor en privatperson lagde et program, der kunne omgå kopispærring af dvd-film, ud på sin hjemmeside. Oplysningen om, hvordan man omgik kopispærringen, blev af California Supreme Court anset for en *trade secret* og First Amendtment fandt ikke anvendelse, da der udelukkende var tale om "technical information about the method used by specific private entities to protect their intellectual property", ligesom retten lagde vægt på, at Bunner ikke havde lagt dem ud på sin hjemmeside "to comment on any public issue or to participate in any public debate".

For det andet, og i tilknytning til det første kriterium, har det haft betydning, om erhvervshemmeligheden er blevet offentliggjort af journalister eller organisationer, der har bedrevet journalistisk virksomhed, jf. Samuelson, a.st., s. 825: "Yet, the trade secret cases in which First Amendment defenses have succeeded have involved journalists or news organizations who exercised some editorial judgement in deciding whether to publish information that they had reason to know had been misappropriated".

Det er ikke afklaret, hvorvidt privatpersoner med egne internetblogs e.lign. skal nyde samme beskyttelse som journalister, jf. Samuelson, a.st.

Beslægtet hermed er spørgsmålet, om webbloggere er omfattet af de særlige medieansvarsregler. Spørgsmålet drøftes af *Søren Sandfeld Jakobsen*, Når læseren bliver redaktør, Juristen 2006, nr. 6.

Yderligere må det tillægges vægt, hvilken skadevirkning en offentliggørelse har for indehaveren af erhvervshemmeligheden. Jo større skadesvirkningen er, jo mere taler for at lade hensynene til erhvervshemmelighedsbeskyttelsen veje tungest, jf. Samuelson, a.st., s. 815, hvor det også anføres, at skaden i denne type af sager formentlig ikke vil være direkte henførbar til offenliggørelse af erhvervshemmeligheden (skaden vil være forårsaget af den handling, som offentliggørelsen røber). Det må dog være klart, at det ikke i sig selv kan være afgørende, om informationen påfører indehaveren stor skade. Er der store offentlige interesser knyttet til en offentliggørelse af informationen, må ytringsfrihedshensynet tillægges vægt, også selvom offentliggørelsen påfører rettighedshaveren betydelig skade.

Som et fjerde kriterium, er det tilsyneladende tillagt vægt, om offentliggørelsen sker som led i kommerciel virksomhed, altså med vinding for øje, jf. Samuelson, a.st.

Endvidere er det tillagt vægt, om den, der ønsker at offentliggøre erhvervshemmeligheden, indgår i et kontraktsforhold med rettighedshaveren. Den, der påtager sig en kontraktuel forpligtelse til hemmeligholdelse og som typisk også modtager ydelser under kontrakten, bør ikke efterfølgende kunne bryde den indgåede aftale under henvisning til generelle principper om ytringsfrihed, jf. Samuelson, a.st, s. 817. Det antages dog, hvad der forekommer rigtigt, at det i særlige situationer kan være berettiget at bryde en kontrakt, når væsentlige offentlige hensyn står på spil, a.st., s. 819.

Endvidere er det blevet gjort gældende, at det må kunne tillægges vægt, om det var nødvendigt at afsløre erhvervshemmeligheden for at få bragt det budskab ud, der ønskes kendt af offentligheden, jf. Samuelson, a.st., s. 815, note 231, som dog selv er skeptisk over for kriteriet. Tilbageholdenheden går dog tilsyneladende på vanskeligheden ved at afgøre, hvornår noget er nødvendigt, snarere end en principiel afvisning af kriteriet.

3.4. Persondataretten

At reglerne om ytringsfrihed har relevans for persondataretten, følger umiddelbart af pdl. § 2, stk. 2: ”Loven finder ikke anvendelse, hvis det vil

være i strid med informations- og ytringsfriheden, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10".

Bestemmelsen implementerer, efter sin ordlyd på ganske vidtgående vis, persondatadirektivets artikel 9, der har følgende ordlyd: "Medlemsstaterne fastsætter i forbindelse med behandling af personoplysninger, der udelukkende finder sted i journalistisk øjemed eller med henblik på kunstnerisk eller litterær virksomhed, kun fritagelser eller undtagelser fra bestemmelserne i dette kapitel og i kapitel IV og VI, for så vidt som de er nødvendige for at forene retten til privatlivets fred med reglerne for ytringsfrihed".

Bestemmelsens ordlyd kunne give indtryk af, at persondatabeskyttelsen altid og ubetinget viger for reglerne om ytringsfrihed. Dette er dog ikke tilfældet. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår således, at andre grundlæggende rettigheder, herunder retten til privatliv efter emrk. art. 8, også skal overholdes. Pdl. § 2, stk. 2 giver derfor ikke ytringsfrihedsreglerne absolut forrang, tilsvarende *Blume*, Databeskyttelse og ytringsfrihed, U.2003B.215 ff. og *samme,* Databeskyttelsesret, 2008, s. 189, note 356, hvor det dog antages, at hensynet til persondatabeskyttelsen isoleret set ikke er så tungtvejende som hensynet til informationsfrihed, a.st., s. 178.

I tilknytning hertil rejses spørgsmålet, om ytringsfrihedsreglerne udgør en selvstændig undtagelse til persondatabeskyttelsen (eksternalisering), eller om persondatareglerne skal fortolkes i lyset af ytringsfrihedsreglerne (internalisering). Datatilsynet synes i sin praksis at internalisere ytringsfrihedsreglerne, jf. Blume a.st., s. 189, bl.a. med henvisning til to nyere afgørelse fra Datatilsynet om forholdet mellem ytringsfrihed og persondatabeskyttelse, hvor tilsynet fortolkede persondatalovens regler i lyset af hensynet til ytringsfriheden.

I den første sag, optrykt i Datatilsynets Årsberetning 2001, s. 38 ff., havde en forening lagt oplysninger om lokalpolitikere ud på foreningens hjemmeside, herunder billede og oplysning om oppebårne vederlag, rejseaktiviteter og udgifter forbundet hermed. Formålet var at stille kritisk lys på, om politikerne belønnes efter deres indsats eller mangel på samme. Datatilsynet fandt tilgængeliggørelsen af oplysningerne lovlig efter afvejningsreglen i pdl. § 6, stk.1, nr. 7, og tog herved bl.a. hensynet til ytringsfriheden i betragtning.

I den anden sag, optrykt i Datatilsynets Årsberetning 2002, s. 56 ff., havde miljøorganisationen Nepenthes på sin hjemmeside udarbejdet en sortliste over forhandlere, der solgte havemøbler, der ikke bar FSC-miljømærket. Datatilsynet havde i første omgang fundet, at dette udgjorde et advarselsregister efter pdl. § 50, stk. 1, nr. 2. Efter en klage fra Nepenthes blev sagen genoptaget, og Datatilsynet mente nu, at der ikke var tale om et advarselsregister. Tilsynet udtalte bl.a., at der må "gives vide rammer for den politi-

ske/ideologiske debat vedrørende emner af almen samfundsmæssig interesse. Hensynet til ytringsfriheden taler således med betydelig vægt imod at anse denne del af videregivelsen på hjemmesiden for et advarselsregister".

I modsætning hertil har den svenske højesteret i en afgørelse af 12. juni 2001 (Riksåklagaren mot Börje Ramsbro – B293-00) lagt til grund, at en hjemmeside, der indeholdt kritiske betragtninger om svenske banker, og herunder også om en række navngivne bankansatte, var omfattet af reglen i den svenske persondatalov § 7, stk. 2, hvorefter loven bl.a. ikke finder anvendelse for behandling som udelukkende sker i journalistisk øjemed. Offentliggørelsen af oplysningerne om de bankansatte faldt hermed helt uden for lovens anvendelsesområde.

Den svenske lov indeholder ikke som den danske en generel bestemmelse, hvorefter loven viger, hvis dens bestemmelser strider mod ytringsfriheden. Afgørende var derfor, om hjemmesiden havde karakter af journalistisk virksomhed i lovens forstand, hvilket den svenske højesteret altså mente var tilfældet. Retten lagde bl.a. vægt på, at bestemmelsen måtte fortolkes i lyset af det almindelige princip om ytringsfrihed. Dommen kan derfor i en vis forstand hævdes at internalisere ytringsfrihedsreglerne. En "ren" eksternalisering ville foreligge, hvis den svenske højesteret var nået til, at der ikke forelå journalistisk øjemed, men at de almindelige ytringsfrihedsregler alligevel medførte, at loven ikke fandt anvendelse. Dommens afgrænsning af kriteriet "journalistisk øjemed" drøftes nærmere nedenfor.

Med anerkendelsen af, at persondatabeskyttelsen skal afvejes overfor reglerne om ytringsfrihed, rejses spørgsmålet, hvilke kriterier der skal lægges vægt på i denne afvejning.

Det må for det første være centralt, om informationen indgår i en politisk debat eller i øvrigt har bredere samfundsmæssige interesser, jf. herved Datatilsynets ovennævnte praksis og tilsvarende den svenske højesteretsafgørelse, der ved fortolkningen af undtagelsesbestemmelsen i den svenske lov, lagde vægt på, om informationen havde til formål at udøve kritik og vække debat om samfundsspørgsmål af betydning for offentligheden, dommens s. 10. Tilsvarende Blume, a.st., s. 181: "… personoplysninger, der har en samfundsmæssig eller politisk interesse, principielt må være mere tilgængelige end andre personoplysninger". Tilsvarende har det betydning, hvis oplysningerne bruges i kunstnerisk sammenhæng, jf. herved udtrykkeligt direktivteksten og pdl. § 2, stk. 10.

Se herved den norske personopplysningslovs § 7 (svarende til den danske lovs § 2, stk. 10): "For behandling av personopplysninger utelukkende for … journalistiske, *herunder opinionsdannende*, formål…" (fremhævet her). Hermed er det samfundsmæssige aspekt

direkte angivet i den norske lov. Se om begrebet "opinionsdannende" efter den norske lovs § 7, *Aronsen*, Personopplysningsloven § 7 – En analyse av forholdet mellom personvern og ytringsfrihet slik det er uttrykt i Personopplysningsloven § 7, Complex 11/02, s. 78 ff.

I tilknytning hertil er det blevet drøftet, om det skal have betydning, hvorvidt oplysningerne er blevet offentliggjort af journalister eller organisationer, der har bedrevet journalistisk virksomhed. Den ovennævnte svenske højesteretsdom peger i retning af, at dette ikke er tilfældet. Retten fortolkede her begrebet "journalistisk øjemed" ("journalistiska ändamål") således, at det også omfattede offentliggørelse af oplysninger på en privatpersons hjemmeside, når oplysningerne havde den fornødne journalistiske karakter. Afgørende var således ikke mediet, men indholdet af oplysningerne, se dommens s. 8 f.: "Att uttrycket journalistiska ändemål använts kan under sådana förhållanden inte antas vara i avsikt att privilegiera etablerade massmedier eller personer som är yrkesverksamma inom sådana medier. Met uttrycket torde snarare få antas vara avsett att betona vikten av en fri informationsspridning i frågor av betydelse för allmänheten eller för grupper av människor och en fri debatt i samhällsfrågor". I samme retning omend mere tvivlende Blume, a.st., s. 180 f., der på den ene side anfører, at der må sondres mellem professionelle informationsformidlere og andre, der kommunikerer information, men på den anden side anerkender, at den moderne teknologi (internettet) har øget muligheden for bred kommunikation uafhængigt af etablerede medier, der også bidrager til den offentlige debat, således at der også må tages hensyn til individuel kommunikation.

Se også den engelsk Privy Councils afgørelse i *Seaga v. Harper* af 30. januar 2008, hvor en særlig beskyttelse af journalister, der var udviklet i retspraksis, fandtes at gælde for "any person who publishes material of public interest in any medium", så længe kravene om "responsible journalism" var opfyldt. Afgørelsen nævner udtrykkeligt, at den finder en tidligere Court of Appeals afgørelse forkert, hvorefter beskyttelsen kun gjaldt for pressen.

Det er endvidere gjort gældende, at der kan lægges vægt på, om oplysningerne vedrører personer, der er særligt udsatte eller svage, idet offentliggørelse i disse tilfælde kan have særlig skadesvirkning, *Blume*, a.st., s. 183. Tilsvarende vil Blume tillægge det betydning, om der er tale om følsomme oplysninger, a.st., s. 191. Datatilsynet lagde i den ovennævnte afgørelse, om offentliggørelse af oplysninger om byrådsmedlemmer, ligeledes i sin afvejning af ytringsfriheden og persondatabeskyttelsen vægt på, at der var tale om ikke-fortrolige oplysninger. Både hensynet til svage parter og særligt

følsomme oplysninger peger tilbage til *skadesvirkningen* som afgrænsningskriterium.

3.5. Retten til eget billede

Da retten til eget billede er udviklet gennem retspraksis og primært baseret på almindelige retsgrundsætninger og mfl. § 1, har ytringsfrihedshensyn nok spillet en mere indirekte om end stadig central rolle på dette område. Der har ikke foreligget en ved lovgivning klart defineret informationsrettighed, som så kunne overvejes indskrænket gennem reglerne om ytringsfrihed. I stedet har ytringsfrihedshensyn formentlig haft betydning for selve informationsrettighedens udstrækning. Mest markant gælder dette i relation til pressens brug af personbilleder. Opfattelsen i dansk ret har traditionelt været, at pressen som altovervejende udgangspunkt kunne bringe personbilleder optaget på offentligt sted, jf. bet. 601/1971, s. 53: "Hovedsynspunktet må i overensstemmelse med det ovenfor anførte være, at personer, der befinder sig uden for det hjemlige område, må være forberedt på at kunne blive fotograferet, og at optagelsen kan blive brugt af pressen, uden at der bør være plads for nogen diskussion af, hvorvidt offentligheden havde nogen berettiget interesse i at se optagelsen".

Se også fra retspraksis U.1986.405Ø, hvor retten ikke fandt, at det i sig selv var krænkende, at Ugens Rapport havde offentliggjort billeder af sangerinden Sanne Salomonsen, der badede topløs på en offentlig strand en sen aftentime (henset til at »topløs badning nu må anses for en almindelig foreteelse«). Bladet blev dog alligevel dømt, fordi billedet blev bragt i sammenhæng med en krænkende tekst. Se også Københavns Byrets dom af 12. december 1984 gengivet hos *Stuer Lauridsen,* Pressefrihed og personlighedsret, 1988, s. 232, hvor ugebladet Se og Hør fandtes berettiget til at bringe et billede af en 15-årig pige, der solbadede topløs i Frederiksberg Have, og Københavns Byrets dom af 7. februar 1996, gengivet hos *Schønning m.fl. (red.),* Personlighedsret, 2007, s. 112, hvor Ekstra Bladet tilsvarende fandtes berettiget til at bringe et billede af en topløs ung kvinde på en strand. Pressenævnet har i overensstemmelse hermed i sin årsberetning fra 1996, s. 6, udtalt, at det ikke er i strid med god presseskik at bringe billeder af personer optaget på offentligt sted, selvom de pågældende ikke har givet samtykke til offentliggørelsen.

Denne retstilstand er sædvanligvis ikke beskrevet således, at de særlige ytringsfriheds- og informationsfrihedshensyn, der begrunder den vidtgående pressebrug af personbilleder, udgør en indskrænkning i retten til eget billede, men snarere således, at retten ikke kan udstrækkes til denne brug. Det er i et vist omfang et spørgsmål om ord, hvorvidt man betragter ytringsfrihedsreglerne som en indskrænkning i retten til eget billede eller som en

faktor ved fastlæggelsen af rettens omfang. Helt uden betydning er valget dog ikke. Når man vælger at lade ytringsfrihedsreglerne indgå i selve afgrænsningen af rettens omfang, er der en risiko for, at afvejningen af de hensyn, der taler for beskyttelsen, og de hensyn der taler for fri brug, bliver mindre synlig, end i den situation, hvor der består en informationsrettighed og en mulig undtagelse hertil, hvor man tvinges til at forholde sig til afvejningen. Dette er muligvis en medvirkende forklaring på, at man i dansk ret har givet pressen en meget vidtgående ret til at bringe personbilleder uden at foretage en konkret afvejning af ytringsfrihedshensyn over for navnlig privatlivs- og personlighedshensyn. Der synes dog i nyere dansk retspraksis at være en tendens til at foretage en sådan konkret afvejning og dermed ikke uden videre give pressefriheden forrang.

At der skal foretages en konkret afvejning, står ikke mindst klart efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24. juni 2004 i sagen *von Hannover mod Tyskland*. Prinsesse Caroline von Hannover havde i adskillige år forsøgt at forhindre offentliggørelsen af billeder fra sit privatliv i ugebladspressen. Som led heri begærede hun i august 1993 forbud mod yderligere offentliggørelse af en række billeder bragt i tre tyske blade. Billederne viste bl.a. prinsessen i selskab med en mandlig skuespiller i en restaurant, i færd med at handle på et marked, på kanotur med sin datter og i badedragt i en beachclub. Alle billederne var optaget på offentligt tilgængelige steder. Prinsessen tabte sagen ved tre tyske domstole, herunder i sidste instans den tyske højesteret. Herefter indbragte hun sagen for den tyske forfatningsdomstol og gjorde gældende, at billederne krænkede hendes ret til egen værdighed og personlighed efter den tyske forfatning. Forfatningsdomstolen fandt, at billederne af prinsessen i selskab med sine børn var en krænkelse af retten til beskyttelse af familien under den tyske grundlovs artikel 6. For de øvrige billeder stadfæstede forfatningsdomstolen afgørelsen fra højesteret. Forfatningsdomstolen lagde bl.a. vægt på, at pressens rolle som debat- og meningsskabende organ ikke udelukkede underholdning fra den særlige beskyttelse, som pressen nyder. Tværtimod er det, fastslog forfatningsdomstolen, pressens opgave at vurdere, hvad der har offentlighedens interesse. Prinsessen klagede herefter til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol med påstand om, at den tyske lovgivning var i strid med emrk. art. 8 om retten til et privatliv. Heri fik prinsessen medhold. Domstolen udtalte bl.a.:

> "76. As the Court has stated above, it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general

> interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution, since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life.
>
> 77. Furthermore, the Court considers that the public does not have a legitimate interest in knowing where the applicant is and how she behaves generally in her private life even if she appears in places that cannot always be described as secluded and despite the fact that she is well known to the public. Even if such a public interest exists, as does a commercial interest of the magazines in publishing these photos and these articles, in the instant case those interests must, in the Court's view, yield to the applicant's right to the effective protection of her private life".

Domstolen lægger således afgørende vægt på, om billederne bidrager til en "debate of general interest", hvilket ikke fandtes at være tilfældet, uanset at hun var en offentlig kendt person.

Afgørelsen er begyndt at sætte sig spor i dansk ret. I en dom fra Frederiksberg Ret af 13. december 2007 havde Se & Hør bragt nogle billeder af den kendte tv-værtinde Andrea Elisabeth Rudolph topløs på et tidspunkt, hvor hun var gravid. Billederne var optaget på en offentlig strand, og Se & Hør gjorde derfor gældende, at billederne lovligt kunne bringes i bladet. Dette afviste retten imidlertid med præmisser, der synes taget direkte fra *von Hannover*-dommen: "Billederne angår sagsøgerens helt private forhold omkring hendes graviditet og har ingen direkte sammenhæng med hendes optræden som vært i forskellige medier. Offentliggørelsen af billederne ses heller ikke at tjene nogen samfundsmæssige interesser. Under disse omstændigheder har det været uberettiget at videregive billederne, og sagsøgte er derfor skyldig i overtrædelse af straffelovens § 264 d". Dommen blev anket til Østre Landsret, der i en dom af 5. september 2008 tilsvarende fastslog, at billederne ikke vedrørte et emne af offentlig interesse. Bl.a. under henvisning til, at Andrea Elisabeth Rudolph i flere tv-udsendelser havde været udfordrende klædt og besvaret spørgsmål af seksuel karakter, fandt landsretten dog, at hun måtte tale en vis nærgående behandling, men nåede ud fra sagens konkrete omstændigheder til, at billedanvendelsen havde været i strid med eal. § 26. Dommen er under anke til Højesteret.

Der er grund til at tro, at domstolene fremover ikke kun vil se på, om billedet er optaget på et offentligt sted eller bragt i en krænkende sammenhæng, men i langt højere grad vil se på, om billedet bidrager til en samfundsmæssig debat eller i øvrigt har en samfundsmæssig interesse.

Se nærmere om denne fortolkning af von Hannover-dommen, *Udsen*, Pressens ret til offentliggørelse af personbilleder efter menneskrettighedsdomstolens dom i *von Hannover med Tyskland*, U.2006B.161 ff. I anden retning Schaumburg-Müller, Personbilleder og ikke frit tilgængeligt sted, U.2006B.229 ff. (s. 234), der anlægger en mere konkret fortolkning af von Hannover-dommen. Dommen har i øvrigt givet anledning til en række artikler på europæisk niveau, se f.eks. *Ziegler*, The Princess and the Press, Privacy after *Caroline von Hannover v Germany*, i *Ziegler (red.)*, Human Rights and Private Law, 2007, s. 189 ff. og *Levin (red.)*, Own Image Protection, 2007, s. 18 ff.

Heraf følger også, at ytringsfrihedshensynene ikke kan tillægges vægt, når pressens billedbrug får karakter af ren *kommerciel spekulation*. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols henvisning til den kommercielle interesse skal formentlig læses i dette lys. Særligt åbenbart bliver dette, når billeder bringes i blade som indstiksplakater og lignende uden tilknytning til redaktionelt indhold, se U.2003.686SH og utrykt dom fra Sø- og Handelsretten af 24. februar 2004 omtalt i *Schønning m.fl. (red.),* Personlighedsret, 2007, bl.a. s. 80. Også pressens billedbrug i reklamesammenhæng vil derfor være uretmæssig, hvis ikke den har en umiddelbar tilknytning til det redaktionelle indhold. Tilsvarende vil andre aktørers kommercielle billedbrug ikke kunne begrundes i ytringsfrihedshensyn, og dette er da så vidt ses heller ikke gjort gældende i nogle af de eksisterende afgørelser om kommerciel billedanvendelse.

Der foreligger så vidt ses ingen afgørelser fra dansk retspraksis, hvor forholdet mellem retten til eget billede og den *kunstneriske ytringsfrihed* er blevet prøvet. Det må dog formentlig gælde, at portrætbilleder, der skabes eller anvendes i en kunstnerisk sammenhæng, i visse situationer vil være lovlige, uanset om den afbillede ikke har givet samtykke, og uanset om kunstværket videresælges og dermed rummer et kommercielt aspekt. Der må dog sondres mellem billeder af kendte personer og ikke-kendte personer. For sidstnævnte kan det virke voldsomt at se sit portræt eksponeret for en bred offentlighed, og privatlivshensyn vil i disse situationer derfor nok oftest veje tungere end ytringsfrihedshensyn. Det er derfor formentlig først og fremmest i afvejningen mellem kendte personers kommercielle interesser i eget billede og ytringsfriheden, at den kunstneriske ytringsfrihed vil blive tillagt vægt. Som nævnt er der dog endnu ingen dansk retspraksis, der kan belyse dette nærmere.

Se fra amerikansk ret, ETW corp. v. Jireh Publishing, U.S. Court of Appeals, 6th Circuits afgørelse af 20. juni 2003. En amerikansk kunster, kendt for at male billeder fra store sportsbegivenheder, havde udført et maleri, der i samme billede rummede tre portrætter af golfspilleren Tiger Woods i forskellige spilsituationer fra U.S. Masters-

turneringen på Augustabanen, fra et år hvor Woods vandt. Som tilskuere i billedet indgik en række tidligere vindere af turneringen. Billedet bar titlen "The Masters of Augusta". Maleriet blev efterfølgende produceret som litografi i et oplag på ca. 6.000, alle signeret af kunstneren, og solgt for 100 USD pr. styk. Retten afviste Woods' påstand om, at denne brug krænkede hans ret til eget billede, bl.a. med henvisning til ytringsfriheden efter First Amendment. Det må anses for tvivlsomt, om sagen var faldet ud med tilsvarende resultat efter dansk ret.

I en anden sammenhæng end billedbrug har forholdet mellem retten til egen personlighed og den kunstneriske ytringsfrihed givet anledning til en del debat. Når en fiktiv historie er baseret på en virkelig persons handlinger, vil denne person ofte føle sig udstillet, ikke mindst fordi romanens fiktive elementer ofte vil stille personen i et lys, som faktuelt ikke er rigtigt. Der er næppe tvivl om, at det fiktive element giver forfatteren videre rammer, men at dette ikke i sig selv kan berettige til at udstiller oplysninger om nøglepersonen, der for læseren fremstår som faktuelt rigtige, hvis disse oplysninger i øvrigt ikke kunne videregives. Spørgsmålet om beskyttelse mod at optræde i fiktive historier er ikke umiddelbart sammenfaldende med spørgsmålet om retten til eget billede, eftersom man, som fastslået af den tyske forfatningsdomstol i den såkaldte *Esra*-sag fra 2007, ikke har en ret til sin egen historie på samme måde, som man har en ret til sit eget billede. Emnet skal ikke forfølges yderligere her. En god indføring findes hos *Ohly, Lucas-Schloetter & Beverly Smith,* Artistic Freedom Versus Privacy – Delicate Balance. The *Esra* Case Analysed from a Comparative Law Perspective, IIC, 2008, s. 526 ff. Se også *Andesnæs'* udførlige udregning om en meget omtalt norsk sag om en tidligere morders mulighed for at forbyde en spillefilm om mordet, der lå mange år tilbage, Andenæs, Juridisk utredning om fillmen "To mistenkelige personer", Complex 5/95.

3.6. Horisontale betragtninger

Den ovenstående gennemgang viser, at reglerne om ytringsfrihed har relevans inden for alle disciplinerne, og at de har fået en stadig større betydning gennem de senere år. Som beskrevet findes så vidt ses ingen nordisk retspraksis eller andet retskildemateriale om forholdet mellem patentbeskyttelsen henholdsvis erhvervshemmelighedsbeskyttelsen på den ene side og ytringsfriheden på den anden side. Dette udtrykker dog nok primært, at der er tale om informationstyper, hvor ytringsfrihedsreglerne har mindre praktisk betydning, og kan ikke tages som udtryk for, at ytringsfrihedsreglerne ikke skal tillægges vægt, hvis de undtagelsesvis har en praktisk betydning.

Dette illustreres også af den amerikanske retspraksis om forholdet mellem erhvervshemmelighedsbeskyttelse og ytringsfrihed.

Analysen viser dog også en tilbageholdenhed med at tilsidesætte lovregulerede informationsrettigheder, når der ikke kan findes en undtagelse i den pågældende regulering. Ytringsfrihedsreglerne bruges primært som en kilde til fortolkning af de interne regler (internalisering).

Endelig viser analysen sammenfald i de afgrænsningskriterier, der er blevet anvendt til at afveje informationsrettighederne overfor ytringsfrihedshensynet. Ser man på den gennemgåede retspraksis og de øvrige kilder, kan retstilstanden formentlig sammenfattes således, at ytringsfrihedshensyn særligt har vægt, når en tilgængeliggørelse af beskyttet information er nødvendig for at fremkomme med en meningstilkendegivelse eller for at informere offentligheden om spørgsmål af almen samfundsmæssig interesse ("public interest" eller med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols ord i von Hannover-sagen, "debate of general interest"). Det ligger uden for afhandlingens rammer nærmere at analysere, hvilke underliggende kriterier, der afgrænser dette begreb, men analyserne viser dog, at informationsbrug i en politisk eller kunstnerisk sammenhæng nyder en særlig beskyttelse, mens en rent kommerciel brug sjældent vil bidrage til debat af almen samfundsmæssig interesse.

Hertil kan identificeres nogle øvrige generelle kriterier, som også synes relevante for alle disciplinerne. Inden for immaterialretten er et nødvendighedskriterium lagt til grund, således at ytringsfrihedshensyn ikke kan medføre indskrænkninger i eneretten, hvis budskabet eller synspunktet kunne have været formidlet uden brug af eneretsbelagt information. En tilsvarende betragtning er gjort gældende i amerikansk ret i forholdet mellem ytringsfrihed og erhvervshemmelighedsbeskyttelse, jf. ovenfor. Kriteriet forekommer i sit udgangspunkt rimeligt, og der synes ikke at være grunde til, at det ikke også skulle tillægges vægt inden for persondataretten og beskyttelsen af eget billede. I persondataretten er nødvendighedskriteriet allerede hjemlet i pdl. § 5, stk. 3, hvorefter der kun må behandles de oplysninger, der er nødvendige for at opfylde formålet med behandlingen. Så meget desto mere må det gælde, at der ikke kan opnås hjemmel til en behandling med udgangspunkt i ytringsfrihedshensyn, hvis de synspunkter, der ønskes fremført, ikke nødvendiggør en offentliggørelse af de pågældende personoplysninger.

Også informationsudnyttelsens potentielle skadesvirkning for rettighedshaveren synes – vel ikke overraskende – at blive tillagt vægt på tværs af disciplinerne.

I amerikansk ret er gjort gældende, at en erhvervshemmelighed som udgangspunkt ikke kan udnyttes med henvisning til ytringsfrihed, hvis udnytteren har påtaget sig en kontraktuel hemmeligholdelsesforpligtelse, jf. ovenfor. Denne betragtning ikke er blevet fremført inden for de øvrige discipliner, men tanken om, at man ikke først kan opnå et aftalt gode og derefter nægte at levere sin egen ydelse (hemmeligholdelse) under henvisning til generelle betragtninger om ytringsfrihed, vil formentlig vinde sympati for domstolene også inden for andre discipliner, medmindre der er tale om information, som offentligheden har en meget klar interesse i at få kendskab til.

Endelig synes spørgsmålet om betydningen af, at informationen offentliggøres i et journalistisk medium, at have relevans på tværs af disciplinerne. Spørgsmålet er rejst men ladt ubesvaret i *Samuelsons* artikel, hvoraf fremgår, at det traditionelt har haft selvstændig betydning, om informationen blev publiceret i et massemedium. Den svenske højesteretsdom om offentliggørelse af oplysninger om bankansatte fastslår ganske klart, at det afgørende i persondataretten ikke er, om *mediet* er journalistisk i traditionel forstand, men om *indholdet* er det. Privatpersoners hjemmesider, blogindlæg mv. vil derfor kunne nyde samme beskyttelse som traditionelle journalistiske medier, og – som det også fremgår af en række sager om retten til eget billede – tildeles der ikke massemedierne en videregående ytringsfrihed, hvis ikke indholdet er journalistisk. Denne retstilstand forekommer rigtig og med god forståelse for nutidens kommunikationsformer, og der er grund til at tro, at den vil blive lagt til grund på tværs af de informationsretlige discipliner.

Sammenfattende synes der også på dette område at være en række horisontale fællestræk. Ytringsfrihedsreglerne har relevans for alle discipliner, brugen af disse regler sker primært gennem en internalisering og en række af de centrale afgrænsningskriterier er sammenfaldende. Dette kan også udtrykkes i følgende grundsætninger:

- *Informationsrettighederne kan undtagelsesvis afgrænses af reglerne om ytringsfrihed.*

- *Ytringsfrihedsreglerne bruges primært som en kilde til fortolkning af de specifikke informationsretlige regler (internalisering).*

- *Ved afvejningen af informationsrettighederne overfor ytringsfrihedsreglerne lægges der vægt på, om informationen har karakter*

af en meningstilkendegivelse eller har almen samfundsmæssig interesse, om det er nødvendigt at bruge den beskyttede information, og om der foreligger et kontraktsforhold mellem parterne.

4. De minimis-regler

4.1. Problemstillingen

Når en informationsretlig disciplin udstyrer en rettighedshaver med en eksklusiv informationsrettighed, indebærer det, at tredjeparter som udgangspunkt kun kan udnytte denne information uden samtykke fra rettighedshaveren, såfremt udnyttelsen har hjemmel i en specifik undtagelsesregel. Det hænder imidlertid, at en udnyttelse ikke dækkes af en undtagelsesbestemmelse, selvom det forekommer unødvendigt eller ligefrem urimeligt, at rettighedshaveren skulle kunne forbyde den konkrete udnyttelse. Disse tilfælde opstår oftest, når de eksisterende undtagelsesbestemmelser er formuleret meget konkret, og derfor ikke rummer plads til situationer, som ikke var forudset, da reglerne blev udarbejdet. Blandt andet den teknologiske udvikling har medvirket til fremkomsten af udnyttelsesformer, der ikke var kendt på lovgivningstidspunktet. Som det skal påvises i det følgende, kan der identificeres en ulovreguleret ret at udnytte information trods manglen på specifikke undtagelsesbestemmelser, i det følgende også benævnt *de minimis*-regler.

De minimis-begrebet kan spores tilbage til 1600-tallets Italien. Siden er princippet om "De minimis non curat lex" som udtryk for, at retten ikke beskæftiger sig med bagateller anvendt i amerikansk ret. Efterfølgende er begrebet indført i nordiske immaterialret, se f.eks. *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 195 med yderligere henvisninger og *Korhonen*, Paternitetsrätt och nytt artistnamn. Kommentar till HD 2005:92, NIR, 2007, s. 178 ff. (s. 179).

4.2. Ophavsretten

Ophavsretten er det område, hvor behovet for at finde en alternativ ulovreguleret undtagelsesbestemmelse har været størst. Det skyldes, at de ophavsretlige undtagelsesregler er ganske specifikke og derfor kun levner begrænset plads for fleksibilitet. Dette har ført til en vis kreativitet i forsøget på at give mulighed for at udnytte værker i situationer, som ophavsmanden ikke med rimelighed burde kunne forbyde.

I modsætning til nordisk og øvrig europæisk ophavsret, indeholder den amerikanske Copyright Act en generel undtagelsesbestemmelse i form af den såkaldte *fair use*-regel i Copyright Act, Section 107, der har følgende ordlyd:

> "Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include
> (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
> (2) the nature of the copyrighted work;
> (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
> (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work."

Et eksempel herpå er Højesterets dom i U.1997.691H. Et ugeblad havde bragt reklamer for en præmiekonkurrence, som læserne kunne deltage i. I reklamen for konkurrencen blev som billedkollage bragt fotografier af pengesedler. Danmarks Nationalbank gjorde gældende, at dette var en krænkelse af Nationalbankens ophavsrettigheder til pengesedlerne. Det blev lagt til grund, at sedlerne var ophavsretligt beskyttede værker, og at Nationalbanken havde rettighederne hertil. På denne baggrund fandt landsretten, at der forelå en ophavsretskrænkelse. Højesteret nåede imidlertid til det modsatte resultat og begrundede dette med, at det i den konkrete sammenhæng var pengesedlens symbolværdi, der var det afgørende, mens gengivelserne af pengesedlerne som kunstværker var af uvæsentlig betydning. Højesteret fandt herefter, at der ikke forelå en eksemplarfremstilling omfattet af ohl. § 2, stk. 1, og henviste herved også til følgende lovbemærkninger til 1961-ohl.: "I lighed med den i de fleste andre lande gældende ordning fastslås det nu i § 2, stk. 1, at ophavsmanden har *eneret til at råde over sit værk ved at fremstille eksemplarer af det* ... Ved eksemplarer må forstås alle former for fikseringer af værket eller dele heraf, ved hjælp af hvilke dette kan tilegnes af andre. Som eksempler på fremstilling af eksemplarer kan nævnes værkets gengivelse ved trykning, afskrivning, fotografering ... En afbildning af et kunstværk må principielt betragtes som et eksemplar af værket, selv om afbildningen foruden kunstværket også omfatter dele af dets omgivelser. Det ligger dog i sagens natur, at der ikke kan siges at foreligge et eksemplar i lovens forstand, hvis kunstværket blot figurerer som en detaille i billedets

baggrund eller i øvrigt indgår som en uvæsentlig del af billedet. Fotografering eller optagelse på film af et interieur, hvori der indgår kunstværker som f.eks. malerier, vil derfor som regel kunne finde sted uden indhentning af tilladelse fra ophavsmændene til de pågældende værker" (fremhævninger i original). De citerede forarbejder synes ikke umiddelbart anvendelige på sagen. Pengesedlerne udgjorde en central del af fotografiernes motiv og opfyldte dermed ikke umiddelbart det uvæsentligheds-kriterium, der forudsættes i bemærkningerne. Der er imidlertid næppe tvivl om, at den tanke, der lå bag bemærkningerne, også var relevant i den konkrete sag. Lovbemærkningerne reflekterer formentlig den tanke, at hvis ikke værket bringes i sin egenskab af ophavsretligt beskyttet værk, kan værket frit udnyttes. Det er nok denne tanke, der slår igennem, når Højesteret lægger vægt på, at gengivelserne af pengesedlerne som kunstværker var af uvæsentlig betydning.

Schovsbo & Rosenmeier, a.st., s. 195 f. tager tilsvarende afgørelsen til indtægt for, at værksudnyttelsen i et vist omfang kan være lovlig, når den er helt atypisk og ikke strider mod den beskyttelsesinteresse, der ligger bag beskyttelsen.

Pengesedlerne blev med andre ord ikke anvendt i deres egenskab af ophavsretligt beskyttet værk men i deres egenskab af symbol for en formueværdi. Man kan have forståelse for resultatet af dommen, men det må medgives, at et kriterium, hvorefter værket skal benyttes i sin egenskab af værk for at være beskyttet, ikke kan læses ud af loven.

At informationen kun beskyttes, når den udnyttes netop i sin egenskab af beskyttet information, er velkendt i varemærkeretten. En anvendelse af et varemærke med et andet formål end det varemærkeretlige vil derfor ikke være beskyttet af varemærkeretten, jf. nærmere *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 428 f. og om betydning af kriteriet efter en række afgørelser fra EF-Domstolen, *Brdarski*, In the aftermath of Opel v. Autec – Is the requirement of trade mark use relevant or not?, NIR, 2007, s. 255 ff., *Kur*, Confusion Over Use? – Die Benutzung "als Marke" im Lichte der EUGH-Rechtssprechung, GRUR int., 2008, s. 1 ff. og *Riis & Schovsbo*, Brugerrettigheder i varemærkeretten i *Engelbrekt m.fl.* (red.), Festskrift till Marianne Levin, 2008, s. 503 ff. (s. 516 f.).

Noget tilsvarende, og tæt beslægtet med de ovenciterede lovbemærkninger til 1961-ohl., kendes fra beskyttelsen af eget billede, hvorefter beskyttelsen antages ikke at gælde situationer, hvor den afbillede ikke er den centrale del af motivet, jf. *Udsen*, Kommerciel anvendelse af personbilleder, U.1997B.261 ff. (s. 261). I en afgørelse fra 2003 har en hollandsk appelret fundet, at en parodi på et ophavsretligt beskyttet værk, ikke udgjorde en ophavsretskrænkelse, fordi parodien sigtede mod et andet marked, end det oprindelige værk. Afgørelsen er kort omtalt hos *Koelman*, Fixing the three step test, EIPR, 2006, s. 407 ff. (s. 412 note 8). Det er muligt, at der kan opstilles en informationsretlig grund-

sætning, hvorefter information kun beskyttes, når den udnyttes i sin egenskab af beskyttet information. Dette spørgsmål forfølges ikke yderligere her.

Med 1995-ohl. blev indført en særskilt undtagelsesbestemmelse, hvorefter kunstværker må gengives i aviser mv., hvis gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng, jf. nuværende ohl. § 23, stk. 4. Denne bestemmelse ville formentlig ikke have fundet anvendelse på sagen, eftersom kunstværket ikke blev brugt som led i det redaktionelle indhold men som led i en præmiekonkurrence.

Et andet område, hvor ønsket om at nå det "rigtige" resultat synes i sig selv at have ført en indskrænkning af ophavsretten med sig, er de midlertidige og flygtige tekniske kopier, der fremstilles ved digital informationsbehandling. I forbindelse med 1998-ohl. gjorde en række rettighedshaverorganisationer gældende, at eksemplarfremstillingsretten i ohl. § 2 måtte omfatte enhver midlertidig eksemplarfremstilling, herunder også automatiske og flygtige digitale lagringer. Organisationerne henviste herved til ohl. § 36, der netop gav hjemmel til denne form for eksemplarfremstillinger for den lovlige bruger. Disse synspunkter var vel i overensstemmelse med den herskende opfattelse, jf. også *Bryde Andersen*, IT-retten, 2005, s. 306 ff., og det er også vanskeligt at se formålet med ohl. § 36, hvis dette ikke var tilfældet. Ikke desto mindre afviste Kulturministeriet i forarbejderne til 1998-ohl. ganske håndfast synspunktet: "Kulturministeriet kan ikke være enig i de fremførte synspunkter. Ministeriet finder, at det vil være at strække ophavsretten for vidt, såfremt eneretten til eksemplarfremstilling også skulle gælde i situationer, hvor det udelukkende drejer sig om mulighederne for ved gennemsyn eller spredt læsning af et digitalt værk, fx på et bibliotek, at gøre sig bekendt med indholdet af et værk, som i øvrigt lovligt er bragt på markedet eller på anden måde lovligt er gjort tilgængeligt for almenheden. Efter ministeriets opfattelse bør eneretten principielt ikke omfatte automatiske og flygtige teknisk betonede lagringer, som måtte forekomme i forbindelse med sådanne konsultationsprocesser. De nævnte lagringer bør frit kunne foretages og ikke være afhængige af, om forholdet er dækket af undtagelsesbestemmelser i loven, som fx § 36 om brugskopiering m.v." Ministeriets argumentation er primært af retspolitisk karakter og indeholder ingen retsdogmatisk argumentation for, hvorfor disse kopier – der ubestrideligt udgør 1:1-kopiering af beskyttet materiale – ikke skulle være omfattet af eneretten efter ohl. § 2. Det nærmeste er en bemærkning fra ministeriet i lovbemærkningerne om, at en fiksering må have en vis selvstændig karakter for at være beskyttet. Hvoraf dette kriterium udledes, fremgår ikke,

men det følger ikke af lovens ordlyd. Igen kan man have sympati for den retstilstand, der søges etableret, samtidig med at resultatet retsdogmatisk forekommer tvivlsomt. Efterfølgende blev der med infosoc-direkivet indført en særskilt undtagelsesbestemmelse, hvorefter flygtige kopier kan fremstilles under nærmere angivne betingelser, samtidig med at det blev slået fast, at den ophavsretlige eneret også omfattede sådanne kopier. Med 2002-ohl., der implementerer infosoc-direktivet, blev det derfor i lovbemærkningerne anført, at eksemplarfremstillingsretten efter ohl. § 2 også omfatter de flygtige og midlertidige kopier, men at retstilstanden i praksis var uændret med den nye § 11 a, der gav lovlige brugere ret til at foretage sådanne kopieringer.

At en værksudnyttelse kan være lovlig, selvom den ikke omfattes af de lovregulerede undtagelsesregler, er også bredt antaget i litteraturen, jf. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 195 med henvisninger: "Der er således almindelig enighed om, at en helt *bagatelagtig* værksudnyttelse må være tilladt i et vist omfang, og at det f.eks. ikke kræver tilladelse fra KODA at gå fløjtende ned ad gaden eller spille høj musik i bilen, selvom der på det principielle plan er tale om en slags offentlig fremførelse. Resultatet henføres ofte under et princip ´de minimis non curat lex´, dvs. ´retten interesserer sig ikke for bagateller´, jf. herved (med visse variationer for så vidt angår den latinske betegnelse) *Lund:* Ophavsret s. 74, *Weincke:* Ophavsret s. 88, *Schønning:* Komm.OPHL s. 234, *Rosenmeier:* Værkslæren i ophavsretten s. 83, se også (med særlig henblik på de minimis-princippets anvendelse i droit moral-sammenhæng) *Koktvedgaard*, Festskrift til Karnell, Stockholm 1999 s. 348". Tilsvarende *Geiger*, Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation by Copyright Law, IIC, 2008, s. 178 ff. (s. 194): "By the way, courts are now tending towards renouncing the principle of restrictive interpretation by sometimes permitting a reasoning by analogy or creating exceptions beyond legal statutes. By way of example, even in France – a country that is known to have a very restrictive understanding of copyright limitations – judges have created an exception of accessory reproduction without a statutory basis". Geiger anfører i tilslutning hertil, at den tre-trins-test, der er indført i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 5, vil kunne bruges til at indføre nye undtagelser og tilpasse eksisterende undtagelser til uforudsete situationer, a.st., s. 195: "The judge – being the person who generally *applies* the exception – will henceforth be able to use this legal instrument in order to adapt exceptions to circumstances that have not been provided for by copyright law. In fact, there is no reason why this flexibility should only lead to a reduction of the exceptions. With a certain free hand granted

generally to the judge, this freedom of action should logically not only be used to restrict but also to extend" (fremhævet i original). Eftersom tre-trins-testen er en kumulativ betingelse, der skal være til stede sammen med en af de specifikke undtagelsessituationer opregnet i infosoc-direktivets artikel 5, kan tre-trins-testen dog næppe *de lege lata* bruges som en generel de minimis-regel, hvilket i realiteten er, hvad Geiger forsøger at gøre.

Tværtimod fører artikel 5 umiddelbart til, at andre undtagelser end dem, der fremgår af bestemmelsen, ikke må indføres. I relation til de minimis-overvejelser er den væsentligste bestemmelse opsamlingsbestemmelsen i artikel 5, stk. 3, litra o, hvorefter medlemsstaterne kan opretholde undtagelser i "mindre væsentlige tilfælde". Dette gælder dog kun analoge udnyttelsesformer og kun for undtagelser, der allerede eksisterede i national ret, forud for direktivets ikrafttræden. Gør man således gældende, at der allerede forud for direktivet gjaldt en informationsretlig grundsætning om lovlig de minimis-brug, kan man hævde, at denne fortsat vil kunne opretholdes med hjemmel i artikel 5, stk. 3, litra o. Det må imidlertid også betegnes som tvivlsomt, i hvilket omfang de nationale domstole vil føle sig forpligtet af dette meget vidtgående og noget rigide forbud. Den ovenstående teori synes ikke at gøre det.

Se også *Hugenholtz*, Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid, EIPR, 2000, s. 499 ff. (s. 501): "Of course, the whole idea of drawing up a finite set of limitations was ill-conceived in the first place. The last thing the information industry needs in these dynamic times is rigid rules that are cast in concrete for the years to come. How can a legislature in its right mind even contemplate an exhaustive list of limitations, many of which are drafted in inflexible technology-specific language, when the internet produces new business models and novel uses almost each day? Note that the "escape valve" of Article 5.3(O) ("use in certain cases of minor importance") is limited to existing exemptions and analogue uses. Now, thanks to the Directive, if some unforeseen use that everyone agrees should be exempted emerges, one will have to wait at least three years, if not much longer, for the Directive to be amended. It would be surprising if national lawmakers or courts were that patient, or E.C. law-abiding".

De lege ferenda har *Riis & Schovsbo* argumenteret for nødvendigheden af en bredere undtagelsesregel. Forfatterne foreslår med inspiration fra tre-trins-reglen følgende de minimis-bestemmelse: "Users of works eligible for protection under copyright law have the right to reproduce and communicate to the public copyrighted works provided that this activity does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholders …", Users' Rights: Recontructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds, EIPR, 2007, s. 1 ff. (s. 3).

4.3. Persondataretten

Persondataretten rummer som den eneste af de informationsretlige discipliner en eksplicit de minimis-bestemmelse i form af den såkaldte afvejningsregel i pdl. § 6, stk. 1, nr. 7, hvorefter der kan ske behandling, når databehandleren forfølger en berettiget interesse, der overstiger hensynet til den registrerede. Med denne fleksible bestemmelse, vil der som udgangspunkt ikke kunne opstå situationer, hvor det ikke er muligt med eksplicit hjemmel at indskrænke forbudsretten. De følsomme oplysninger omfattet af pdl. § 7 er imidlertid ikke undergivet afvejningsreglen, og behandling af denne type oplysninger vil derfor kun kunne ske, hvis en af de specifikke undtagelsesregler i § 7 finder anvendelse. For de følsomme oplysninger består derfor også risikoen for, at en behandling omfattes af forbudsretten i en situation, hvor det ikke forekommer rimeligt, at den registrerede skulle kunne nægte behandlingen.

Et første eksempel synes at foreligge med Datatilsynets afgørelse om offentliggørelse af oplysninger om byrådsmedlemmer på internettet, omtalt i Datatilsynets årsberetning, 2001, s. 38 ff. og ovenfor i kapitel 8. I sagen havde en forening som beskrevet ovenfor lagt oplysninger om lokalpolitikere ud på foreningens hjemmeside, herunder billede og oplysning om oppebårne vederlag, rejseaktiviteter og udgifter forbundet hermed. Formålet var at stille kritisk lys på, om politikerne belønnes efter deres indsats eller mangel på samme. Det forekommer rimeligt, at offentligt valgte politikere må tåle offentliggørelse af denne type oplysninger, og omvendt forekommer det ikke rimeligt, at politikere kan hindre offentliggørelsen af oplysningerne med en henvisning til persondataloven. Dette synes også at have været Datatilsynets holdning. En del af oplysningerne havde karakter af ikke-følsomme oplysninger, og det var derfor uproblematisk at finde hjemmel til behandlingen af disse i afvejningsreglen i pdl. § 6, stk. 1, nr. 7, hvilket Datatilsynet også gjorde. De offentliggjorte oplysninger indeholdt imidlertid også oplysninger om politiske tilhørsforhold, og disse har karakter af følsomme oplysninger efter § 7. Hermed kunne behandlingen kun finde sted, hvis en af de specifikke undtagelsesbestemmelser i § 7 fandt anvendelse. Den eneste relevante bestemmelse er § 7, stk. 2, nr. 3, om informationskonsumption, som er behandlet i kapitel 8. Problemet med at anvende denne bestemmelse ville dog være, at den kun finder anvendelse, hvis den registrerede selv har offentliggjort oplysningerne, hvilket ikke nødvendigvis var tilfældet. Potentielt var der således muligvis ikke hjemmel til at tillade behandlingen. Datatilsynet "løste" ifølge afgørelsen denne problemstilling på følgende måde: "I det omfang hjemmesiden indeholdt oplysninger om poli-

tiske tilhørsforhold, måtte det lægges til grund, at oplysningerne enten stammede fra offentligt tilgængelige kilder eller var offentliggjort af byrådsmedlemmerne selv. Spørgsmålet om, hvorvidt disse oplysninger måtte behandles, skulle derfor også afgøres efter lovens § 6". Datatilsynet lægger tilsyneladende til grund, at oplysninger, der i udgangspunktet er følsomme, kan antage karakter af ikke-følsomme oplysninger, hvis blot oplysningerne hidrører fra offentligt tilgængelige kilder eller fra den registrerede selv. Denne antagelse kan ikke tiltrædes, og der er heller intet belæg for en sådan "transformation" i hverken loven eller dens forarbejder. Derimod fremgår det udtrykkeligt af konsumptionsreglen i § 7, stk. 2, nr. 3, at følsomme oplysninger kan behandles, når de er offentliggjort af den registrerede selv – men altså stadig som følsomme oplysninger. Heraf følger også modsætningsvist, at der ikke kan ske behandling af følsomme oplysninger, der er tilgængelige fra offentlige kilder, hvis ikke oplysningerne er offentliggjort af den registrerede selv.

Se herved også U.2007.334Ø og Østre Landsrets dom af 11. april 2008 vedrørende pressens omtale af Line Baun Danielsens skilsmisse, begge omtalt i kapitel 8 ovenfor.

Datatilsynets afgørelse efterlader et indtryk af, at man fandt det rimeligt, at de pågældende oplysninger kunne offentliggøres, men at man umiddelbart havde vanskeligt ved at finde hjemlen til dette resultat, fordi den fleksible afvejningsregel netop ikke fandt anvendelse, når der var tale om følsomme oplysninger. Afgørelsen synes derfor at understøtte betragtningen om, at der, selv for de følsomme oplysninger, undtagelsesvis kan være situationer, hvor det virker urimeligt, om den registrerede skulle kunne hindre en offentliggørelse eller en anden behandling af oplysninger, og hvor man derfor er parat til at indskrænke forbudsretten.

Samme tankegang kan formentlig spores i lovbemærkningerne til privatbrugsreglen i pdl. § 2, stk. 3. Som beskrevet i kapitel 7, er det i forarbejderne lagt til grund, at en behandling godt kan være af privat karakter, selvom oplysningen gøres tilgængelig for et stort antal personer, f.eks. via internettet. Forarbejderne giver som eksempel herpå deltagelse i en debat på internettet om sportsfolks præstationer. At tilgængeliggørelse for en stor og ukendt personkreds, f.eks. gennem internettet, kan have privat karakter, er ret åbenbart ikke rigtigt, jf. nærmere ovenfor i kapitel 7 og også EF-Domstolens afgørelse i *Lindqvist*-sagen. Omvendt virker det rigtigt, at persondataretten ikke skal yde beskyttelse, hvis privatpersoner eksempelvis drøfter sportsfolks præstationer på internettet. Dette resultat kan dog nås på

anden vis. Det må således antages, at rent subjektive vurderinger ikke omfattes af persondataretten. Lovbemærkningerne lægger tilsyneladende den modsatte opfattelse til grund, jf. nærmere kapitel 11 nedenfor og kan derfor ikke bruge denne argumentation. Også disse bemærkninger i lovforarbejderne synes således båret af en betragtning om, at udnyttelsen kan have en så ubetydelig karakter, at der ikke ydes beskyttelse, uagtet dette umiddelbart måtte følge af de pågældende regler.

Beslægtet hermed er en betragtning i betænkning 1345/1997, s. 52 f., der er hentet fra lovbemærkningerne til registerlovene: "Det fremgår i øvrigt af Retsudvalgets betænkning til lovforslag nr. L 32 af 8. oktober 1986, Folketingstidende 1986/87, Tillæg B, sp. 2449, at registre, der indeholder oplysninger om f.eks. folketingsmedlemmer i forbindelse med fremsættelse af love, ikke vil være omfattet af registerlovgivningen, idet der ikke er tale om oplysninger, der kan henføres til de pågældende personer (oplysninger om de pågældende), men alene oplysninger om de pågældendes udførelse af deres stilling eller hverv". Denne fortolkning, som betænkningen altså tilsyneladende tager til indtægt, forekommer tvivlsom, ikke mindst henset til den brede forståelse af begrebet "personoplysninger", der i øvrigt lægges til grund i persondataretten. Det angivne eksempel vil som minimum indeholde oplysninger om, at den pågældende person er medlem af Folketinget for et givent parti, og der synes derfor at foreligge personhenførbare oplysninger. At disse oplysninger af andre grunde kan behandles uden samtykke ændre ikke herpå.

Et yderligere eksempel er beskyttelse af oplysninger om bipersoner. Med bipersoner forstås med en definition hentet hos *Blume*, Beskyttelse af bipersoner, U.2002B.112 ff. (s. 112), en person, der i en bestemt sammenhæng alene har en associeret eller sekundær rolle i forhold til en anden person, der for så vidt kan betegnes som hovedperson. Oplysninger om den pågældende biperson er ikke den egentlige genstand for den behandling af personoplysninger, der i det konkrete tilfælde finder sted. Blume nævner som eksempler på bipersoner et register over lægeregninger, hvor patienterne er bipersoner, og et register over patienter med en bestemt sygdom, hvori den diagnosticerende læge er biperson. Den brede forståelse af begrebet "personoplysninger" medfører, at også bipersoner er omfattet af lovens beskyttelse, jf. også bet. 1345/1997, s. 432. Dette indebærer, at en behandling af oplysninger om en hovedperson kun kan finde sted, hvis en eventuel biperson har givet samtykke, såfremt oplysningerne om bipersonen har følsom karakter. Dette har i nogle tilfælde givet problemer, når et samtykke har været vanskeligt at indhente og behandlingen af oplysninger om bipersonen

har haft en helt underordnet og ubetydelig karakter men ikke desto mindre har kunnet hindre behandlingen af oplysninger om hovedpersonen. Problemet kan f.eks. opstå, hvis hovedpersonen har krav på en offentlig ydelse, der kræver en sagsbehandling, som samtidig indebærer en behandling af oplysninger om en biperson, f.eks. en ægtefælle. Formentlig med henblik på at afværge disse problemer har man i forarbejderne givet et ganske vidt anvendelsesområde til undtagelsesbestemmelsen i pdl. § 7, stk. 2, nr. 4, der giver ret til behandling, når behandlingen er nødvendig for at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares. Det er således antaget, at bestemmelsen giver hjemmel til behandling af følsomme oplysninger om bipersoner, uagtet bipersonen ikke har noget retskrav. Dette er en ganske vidtgående fortolkning af bestemmelsen, men den giver en hjemmel for en række behandlinger inden for navnlig socialretten, idet bestemmelsen, også ganske vidtgående, i praksis er antaget også at gælde for krav på offentlige ydelser.

Se tilsvarende kritisk *Blume*, a.st., s. 114, der angiver, at retstilstanden "ikke umiddelbart er forenelig med udformningen af § 7".

Som et sidste eksempel kan nævnes beskyttelse af personbilleder under persondataloven. Et personbillede vil afgive informationer om den afbildedes udseende og vil allerede af den grund rumme information omfattet af persondataloven. Såfremt billedet behandles elektronisk, vil billedbehandlingen derfor skulle overholde persondatalovens regler. En række af de oplysninger, der umiddelbart kan udledes af et personbillede, vil være følsomme oplysninger i pdl. § 7´s forstand. Dette gælder helt åbenbart oplysninger om race, men også oplysninger om synlige handicaps vil kunne fremgå af billedet. Dette indebærer – læst efter lovens bogstav – at personbilleder kun kan bringes, hvis der er indhentet et udtrykkeligt samtykke. Dette har næppe været hensigten med loven, og det forekommer unødigt restriktivt, at selv "uskyldige" personbilleder i enhver sammenhæng skal behandles som følsomme oplysninger. Problemstillingen er ikke drøftet i de danske forarbejder eller den danske litteratur, og der foreligger så vidt ses heller ingen praksis om spørgsmålet. Derimod har de svenske forarbejder forholdt sig til spørgsmålet. Datalagskommitén har anført følgende i SOU 1997:39, s. 371: "Huruvida en bild på en persons ansikte kan anses avslöja den personens ras eller etniska ursprung i den mening som avses i direktivet får anses osäkert. Det får också anses osäkert om en bild på den som är fysiskt handikappad eller ser sjuk (eller frisk) ut innefattar uppgifter som

rör den personens hälsa. Enligt vår mening förefaller det dock rimeligt att anse att bilder på människor i mera ´normala´ sammenhang inte på avsett sätt avslöjar några känsliga personuppgifter". Datalagskommitén indfører med andre ord en sondring mellem behandlingen af følsomme (svensk: "känsliga") personoplysninger i "mere normale sammenhænge" og uden for sådanne normale sammenhænge. Igen kan man have sympati for resultatet, men sondringen har ingen hjemmel i direktivet. I tilknytning til denne opfattelse i svensk ret er det værd at bemærke, at den svenske Datainspektionen har lanceret udtrykket "harmløse personoplysninger", ifølge *Cecilia Magnusson Sjöberg* som et supplement til den udtømmende regulering af, hvad der udgør følsomme personoplysninger, og med det formål at lovliggøre "vardaglig icke integritetskänslig publicering av personuppgifter på internet", Cecilia Magnusson Sjöberg, Den digitala bilden som personuppgift i *Engelbrekt m.fl.* (red.), Festskrift til Marianne Levin, 2008, s. 381 ff. (s. 388). Hermed synes Datainspektionen tæt på at indføre en (vidtgående) de minimis-regel i svensk persondataret.

4.4. Andre områder

Inden for de øvrige informationsretlige discipliner findes kun få eksempler på, at informationsrettigheder er blevet indskrænket uden for de eksplicitte undtagelsesregler.

Eftersom de ulovregulerede områder ikke rummer eksplicitte undtagelsesregler, får spørgsmålet ingen praktisk relevans her. Når afgrænsningen af informationsrettighederne ikke er underlagt lovregulering, og indskrænkninger derfor kan fastlægges mere frit og ofte formuleres således, at eneretten ikke omfatter denne omhandlede udnyttelse, bliver der ikke et praktisk behov for anvendelse af en mere generel undtagelsesregel.

En af forklaringerne er nok, at de øvrige områder rummer nogle væsentlige afgrænsninger, der vil gribe mange af de situationer, hvor det kunne forekomme urimeligt, at rettighedshaveren kunne forbyde brugen. Enhver ikke-erhvervsmæssig brug er således undtaget eneretten inden for alle de industrielle eneretsdiscipliner, og for varemærkeretten gælder beskyttelsen endvidere kun i situationer, hvor varemærket er i brug som et varemærke. Det må med andre ord antages, at de situationer, hvor der er et praktisk behov for at kunne tillade brug af informationen uden samtykke, i alt væsentligt vil være dækket af de eksisterende lovregulerede indskrænkninger.

Fra varemærkeretten kan nævnes den ovenfor i afsnit 2 beskrevne retstilstand, hvorefter det efter den varemærkeretlige konsumptionsregel skulle være tilladt at kopiere og anvende et varemærke, når det er nødvendigt for

at informere om videresalg af varemærkeprodukter. I denne situation var der utvivlsomt tale om en erhvervsmæssig brug, og varemærket var også i brug som et varemærke, hvorfor handlingen som udgangspunkt var omfattet af eneretten. Ønskede man at gøre brugen lovlig, hvad der kunne være gode grunde til, måtte man derfor finde en hjemmel i en af de varemærkeretlige undtagelsesregler. I mangel af bedre faldt valget på den varemærkeretlige konsumptionsregel, selvom denne i realiteten ikke kan antages at dække forholdet, jf. nærmere a.st. ovenfor. Også denne sag kan således ses som et eksempel på, at der er en vilje til at tilsidesætte eneretten i helt særegne situationer, hvor det forekommer urimeligt og uden for enerettens formål, om rettighedshaveren skulle kunne forbyde den påtænkte brug.

I patentretten blev det som beskrevet i kapitel 8 allerede uden særskilt lovregulering lagt til grund, at der gjaldt et konsumptionsprincip. Heller ikke i patentretten er man således veget tilbage fra at indskrænke eneretten uden hjemmel i de specifikke lovregulerede indskrænkninger. I tilknytning hertil kan peges på tidligere patentrets antagelse om, at patentretten ikke forbød køberen af f.eks. en patenteret maskine at reparere maskinen, hvorimod en renovering af maskinen med henblik på erhvervsmæssigt videresalg ansås at kræve samtykke, jf. 1964-patentbetænkningen s. 149. I betænkningen peges på, at reparation af maskine i en række lande ansås for omfattet af patentindehaverens eneret, men dette mente betænkningens forfattere var at strække beskyttelsen for langt. Tilsvarende *Koktvedgaard & Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 111, hvor det med henvisning til betænkningen antages, at normal reparation "rimeligvis" falder uden for patenthaverens sfære. Man kan have sympati for resultatet, men den fortolkning, der lægges til grund i betænkningen er næppe rigtig. I betænkningen (og hos Koktvedgaard & Østerborg) drøftes spørgsmålet i forbindelse med patenthaverens eneret til at tilvirke produktet. 1967-pl. omfattede enhver form for udnyttelse af patentet, og det kan derfor ikke være afgørende, om der foreligger tilvirkning eller ej. Reparation må under alle omstændigheder på samme måde som tilvirkning udgøre en udnyttelse. Dette synes med andre ord at være endnu et eksempel på, at man uden sikker hjemmel har indskrænket den eneret, der ellers følger af loven, fordi det modsatte resultat forekom urimeligt.

Resultatet kunne have været begrundet i konsumptionsprincippet. Da konsumptionsprincippet som beskrevet ovenfor i kapitel 8 ikke var lovreguleret i 1967-pl., har det måske ikke været så nærliggende at anvende, som det ville være i dag.

Disse eksempler kan med andre ord også findes inden for varemærkeretten og patentretten.

4.5. Horisontale betragtninger

Den ovenstående gennemgang viser, at der inden for flere af de informationsretlige discipliner kan findes eksempler på, at de eksklusive informationsrettigheder indskrænkes og tredjeparters brug af beskyttet information tillades, selvom ingen eksplicitte undtagelsesregler finder anvendelse.

Dette træder tydeligt frem på det ophavsretlige område, hvor der kan gives en række konkrete eksempler med U.1997.691H som det mest markante, og hvor der synes at være en generel opfattelse af, at en ubetydelig brug af værket i visse tilfælde kan tillades uden særskilt lovhjemmel, jf. den ovenfor angivne litteratur. Noget tilsvarende synes at gøre sig gældende inden for persondataretten. Den helt brede lovhjemlede undtagelsesregel er, i modsætning til ophavsretten, velkendt i persondataretten i form af afvejningsreglen i pdl. § 6, stk. 1, nr. 7. Uden for denne bestemmelses anvendelsesområde, dvs. for de følsomme og de semi-følsomme oplysninger, gælder imidlertid kun nogle langt mere specifikke undtagelsesbestemmelser. Også på disse områder kan identificeres tilfælde, hvor man har tilladt en behandling af meget beskeden intensitet, selvom den ikke umiddelbart synes at have hjemmel i de eksisterende lovregulerede indskrænkninger i forbudsretten. Inden for de industrielle eneretsdiscipliner findes bredere indskrænkninger i eneretten og disse synes i alt væsentligt at dække de tilfælde, hvor der er behov for at tillade informationsudnyttelsen uden rettighedshaverens samtykke. Også på disse områder kan der imidlertid findes enkelte eksempler, hvor en opretholdelse af eneretten forekommer uhensigtsmæssig, og også på disse områder har der været en vilje til at indskrænke eneretten, selvom de lovregulerede indskrænkninger ikke umiddelbart syntes anvendelige.

Det synes således anerkendt på tværs af de informationsretlige discipliner, at der kan forekomme situationer, hvor informationsrettighederne bør indskrænkes ud over, hvad der følger af de umiddelbart lovregulerede indskrænkninger.

Sammenlign også for det immaterialretlige område Koktvedgaard, Immaterialretspositioner, 1965, s. 230 f.: "… det almindelige princip i de kontinentale retsforfatninger, *hvorefter enhver interesseligegyldig benyttelseshandling falder udenfor immaterialrettens beskyttelsesområde*" (fremhævet i original).

Oftest søges resultatet hjemlet i en indskrænkende fortolkning af informationsrettighedernes omfang, således f.eks. U.1997.691H, eller i en udvidet fortolkning af en lovreguleret undtagelsesbestemmelse, således f.eks. EF-Domstolens afgørelse i *BMW*-sagen. Som illustreret ovenfor har sådanne fortolkninger i disse situationer dog mere karakter af forsøg på at legitimere resultatet inden for rammerne af den umiddelbart gældende lovgivning end af reel fortolkningsvirksomhed. *Geiger* har i en række artikler argumenteret for en indskrænkning af den ophavsretlige eneret med udgangspunkt i reglerne om ytringsfrihed, jf. afsnit 3 ovenfor. Geiger har i disse artikler ikke lagt skjul på, at hensigten hermed har været at inddæmme den efter Geigers opfattelse for vidtgående ophavsretlige eneret, jf. f.eks. Geiger, Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?, IIC, 2004, s. 268 ff. (s. 268): "The continuing expansion of intellectual property rights outside their traditional bounds has a tendency to obscure that they are, by their very nature, limited. This misunderstanding of essential principles of intellectual property and their internal equilibrium makes it necessary for judges to intervene more frequently and invoke external rules – such as the fundamental rights – in order to correct the slide towards protection, thereby reestablishing the proper balance of interests. This article undertakes to show that seeking refuge in fundamental rights in intellectual property litigation is not to be feared but, instead, should be encouraged. It restores the proper function of intellectual property rights and, at the same time, secures a coherence, which the law (or its understanding) lately seemed to have lost". Reglerne om ytringsfrihed er således her blevet anvendt til at nå samme resultat, som andre har søgt opnået ved en indskrænkende fortolkning af eneretten eller en udvidet fortolkning af de specifikke undtagelsesregler, nemlig til at modvirke uhensigtsmæssige resultater i de situationer, hvor den eneretlige regulering ikke i sig selv rummer den fornødne fleksibilitet. Reglerne om ytringsfrihed er dog næppe det mest velegnede instrument hertil. For det første har domstolene været tilbageholdende med at give ytringsfrihedsreglerne forrang i forhold til de ophavsretlige regler (der sker ikke eksternalisering), jf. afsnit 3 ovenfor. For det andet vil der være en række situationer, hvor det ville forekommer anstrengt at begrunde en indskrænkning i eneretten i ytringsfrihedshensyn. Dette hensyn har som beskrevet ovenfor sin primære betydning i situationer, hvor der afgives meningstilkendegivelser eller oplyses om forhold af bredere samfundsmæssig betydning. For det tredje, og vigtigst, rammes anvendelsen af ytringsfrihedsreglerne i denne henseende af samme indvendinger, som den indskrænkende fortolkning af eneretten og den udvidede fortolkning af

undtagelsesreglerne: Den bliver en pseudobegrundelse, der gør den egentlige bevæggrund for at tillade udnyttelsen uigennemsigtig. Det vil være mere reelt at begrunde resultatet med den egentlige bevæggrund, som overordnet er, at det i nogle situationer ville være urimeligt, hvis rettighedshaveren kunne forbyde en konkret brug af informationen. Skal denne urimelighedsbetragtning kvalificeres, synes det at være et gennemgående træk, at der er tale om udnyttelsesformer, der slet ikke eller kun i helt ubetydeligt omfang strider mod de økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser, der begrunder informationsrettighederne, samtidig med at brugeren omvendt har en loyal og berettiget interesse i at kunne anvende informationen.

Med betoningen af, at der både lægges vægt på, at brugen ikke strider mod rettighedshaverens beskyttelsesinteresser og på brugerens berettigede interesse i at kunne anvende informationen, træder slægtskabet med den generelle afvejningsregel i pdl. § 6, stk. 1, nr. 7, tydeligt frem. Denne afvejningsregel kan ses som en kodificering af grundsætningen inden for et afgrænset område, på samme måde som tilfældet er for den amerikanske *fair use*-regel i amerikansk ophavsret.

Dette får karakter af en informationsretlig grundsætning, eftersom denne undtagelseshjemmel netop kan spores på tværs af de enkelte discipliner. Med grundsætningen elimineres behovet for de pseudobegrundelser, der ofte ledsager den type afgørelser, hvor brugen ikke krænker rettighedshaverens beskyttelsesinteresser, og brugeren har et loyalt behov for at kunne udnytte informationen på en måde, som det ville virke urimeligt, om rettighedshaveren kunne forbyde. Med den informationsretlige tilgangsvinkel og den heraf følgende erkendelse af de informationsretlige grundsætninger opstår ikke det hjemmelsproblem, der er årsagen til de i nogle tilfælde ganske anstrengte fortolkninger, der har skullet lede til det ønskede resultat. Man kunne mod en så bred og løs undtagelsesbestemmelse indvende, at den ville skabe uforudsigelighed i retstilstanden. Hermed ville man imidlertid overse, at grundsætningen jo netop kan opstilles, fordi den allerede udøves. Den uforudsigelighed der måtte ligge i grundsætningen, eksisterer således allerede men med endnu større styrke, fordi det egentlige hjemmelsgrundlag end ikke er erkendt. I tilknytning hertil er det vigtigt at holde sig for øje, at en informationsudnyttelse kun helt undtagelsesvis er blevet tilladt ud fra sådanne de minimis-betragtninger. Grundsætningen herom vil derfor ikke åbne op for en vidtstrakt brug af beskyttet information og dermed heller ikke rykke ved den balance, som lovgivningen er udtryk for, men snarere fungere som "justeringsinstrument" i de helt særegne situationer, hvor det

ville virke urimeligt at opretholde rettighedshaverens forbudsret, og hvor dette heller ikke kan forventes at have været lovgivers ønske.

Der kan på baggrund af de ovenstående iagttagelser opstilles følgende informationsretlig grundsætning:

- *Hvis en tredjepart har en loyal og berettiget interesse i at bruge beskyttet information, og brugen slet ikke eller kun i helt ubetydeligt omfang strider mod de økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser, der begrunder den eksklusive informationsrettighed, kan brugen helt undtagelsesvis ske uden rettighedshaverens samtykke, selvom ingen specifikke indskrænkningsregler hjemler brugen.*

5. Juridiske personers ideelle rettigheder

5.1. Problemstillingen

Mens det ligger klart, at de økonomiske rettigheder til information kan indehaves af såvel fysiske som juridiske personer, er det mindre klart, om juridiske personer kan indehave ideelle rettigheder til information. Beskyttelsen af de ideelle rettigheder er båret af privatlivshensyn og personlighedshensyn, som nærmere beskrevet i kapitel 4. Disse hensyn har en umiddelbar tilknytning til det enkelte individ. Det er i første omgang det enkelte individs ret til at være i fred og selv bestemme sin fremtoning i offentligheden, der varetages med beskyttelsen af ideelle rettigheder. Ikke desto mindre viser bl.a. retspraksis, at tilsvarende typer af rettigheder i nogle sammenhænge også er blevet tildelt juridiske personer. Dette rejser spørgsmålet, der er genstand for de følgende drøftelser: Kan juridiske personer besidde ideelle rettigheder, og hvornår er dette i givet fald tilfældet? Når spørgsmålet drøftes i det følgende tænkes alene på, om den juridiske person kan være et selvstændigt beskyttelsessubjekt. Eller med andre ord, om den juridiske person har et eget krav på at være i fred og selv bestemme, hvordan den pågældende vil fremtone i offentligheden. Derimod omfattes ikke den situation, hvor den juridiske person får overdraget ideelle rettigheder fra en fysisk person. I denne situation er det kun påtaleretten der overdrages, mens der fortsat kræves en krænkelse af den fysiske persons privatliv eller personlighed, og den fysiske person forbliver beskyttelsessubjektet.

Spørgsmålet om juridiske personers ideelle rettigheder gennemgås i det følgende med udgangspunkt i de discipliner, hvor spørgsmålet har været behandlet.

Et beslægtet spørgsmål, der dog ikke behandles her, er de såkaldte oprindelige befolkningsgruppers ret til eget udtryk (stammedanse, ansigtsudsmykning mv.). En eventuel retlig beskyttelse heraf har været genstand for en del debat i de senere år, se herom f.eks. *Graber & Burri-Nenova* (red.), Intellectual Property And Traditional Cultural Expressions In A Digital Environment, 2008. Om mulighederne for at yde beskyttelse via personlighedsretten, *Antony*, Is There a Right of Collective Personality, EIPR, 2006, s. 485 ff. WIPO arbejder i skrivende stund (efteråret 2008) på to sæt Draft Provisions on Traditional Cultural Expressions/Folklore and Traditional Knowledge.

5.2. Varemærkeretten og patentretten

Både varemærke- og patentrettigheder kan indehaves af juridiske personer på lige fod med fysiske personer. I det omfang varemærkeretten og patentretten rummer ideelle rettigheder, vil disse derfor også kunne besiddes af juridiske personer.

Hverken varemærkeretten eller patentretten har imidlertid traditionelt været anset for at indeholde en beskyttelse af ideelle rettigheder. Eneretshandlingerne er af økonomisk natur og uafhængige af, om rettighedshaveren kan opleve en ideel krænkelse.

Dog rummer pl. § 8, stk. 4, et krav om, at opfinderen angives i patentansøgningen. Hermed sikres opfinderen en vis kreditering, jf. således Koktvedgaard & Østerborg, Patentloven, 1979, s. 70 f. Reglen må dog også antages at være grundet i praktiske hensyn til, at de potentielle rettighedshavere skal kunne findes ved tvister.

Når det alligevel ikke uden videre kan afvises, at varemærkeretten og patentretten rummer beskyttelse af ideelle rettigheder, skyldes det de sanktionsregler, der blev indført med implementeringen af retshåndhævelsesdirektivet (dir. 2004/48). Efter direktivets artikel 13, stk. 1, litra a, skal der ved fastsættelsen af erstatning for immaterialretskrænkelser bl.a. tages højde for ikke-økonomiske skader. Dette krav er implementeret ved at indføre en godtgørelsesregel i de danske immaterialretslove. I vml. § 43, stk. 3, og pl. § 58, stk. 3, er således indsat enslydende bestemmelser med følgende ordlyd:

> I sager, der omfattes af stk. 1 [om erstatningskrav og rimeligt vederlag ved forsætlig eller uagtsom krænkelse], kan der derudover fastsættes en godtgørelse til den forurettede for ikkeøkonomisk skade.

Begrebet "godtgørelse" bruges sædvanligvis om økonomiske krav forårsaget af ideelle krænkelser, jf. om terminologien f.eks. *A. Vinding Kruse*,

Erstatningsretten, 1989, s. 25. Når man indsætter en godtgørelsesbestemmelse i varemærkeloven og patentloven, kunne man derfor få det indtryk, at disse love også indeholder ideelle rettigheder, som kan krænkes. Denne formodning bekræftes for så vidt af lovbemærkningerne til implementeringsloven. Om den nye godtgørelsesbestemmelse anføres her: "Muligheden for at tage hensyn til den ikke-økonomiske skade medfører, at der vil kunne ydes godtgørelse i de tilfælde, hvor kopiprodukter er af så ringe kvalitet, at disse anses for skadelige for indehaveren af en rettighed i ideel henseende". Hermed lægges tilsyneladende, uden videre forklaring, til grund, at der består ideelle varemærke- og patentrettigheder.

Der er imidlertid så vidt ses ingen retskilder i form af lovforarbejder, retspraksis eller teori, der har antaget en sådan eksistens af ideelle rettigheder inden for varemærke- og patentretten forud for indførelsen af de nye sanktionsbestemmelser. Der er ikke i forbindelse med den nye sanktionsregel foretaget materielle ændringer af beskyttelsesområdet. Enerettens omfang er derfor uændret, og hverken inden for patentretten eller varemærkeretten afhænger eneretten af, om der er overgået rettighedshaveren en ideel krænkelse. Hovedkriteriet er, om der foreligger en erhvervsmæssig brug, og for varemærkerettens vedkommende, om mærkerne er identiske eller forvekslelige. Foreligger erhvervsmæssig brug af et forvekslelig varemærke, består en krænkelse, uanset om brugen påfører varemærkeindehaveren et psykisk ubehag. Og omvendt: Foreligger ikke en erhvervsmæssig brug, eller er mærkerne ikke forvekslelige, består der ikke en varemærkekrænkelse, uanset om brugen påfører mærkeindehaveren et psykisk ubehag. Det psykiske ubehag, der kendetegner de ideelle krænkelser, har med andre ord ikke relevans for den varemærkeretlige og patentretlige beskyttelse. Det må derfor afvises, at der med godtgørelsesreglen indirekte er indført en ideel beskyttelse inden for varemærkeretten og patentretten.

I det omfang de overhovedet lader sig forklare, må godtgørelsesreglerne i immaterialretslovene formentlig forklares ved, at de ud over at dække ideelle krænkelser også dækker krænkelser af de økonomiske rettigheder i situationer, hvor der ikke kan dokumenteres et tab.

Se tilsvarende fra norsk ret, *Ringnes*, Erstatning (oppreisning) for ikke-økonomisk skade, NIR, 2005, s. 615 ff. (s. 616 f.)

Dette kan forklare, hvorfor varemærkeloven og patentloven indeholder godtgørelsesregler, selvom de ikke rummer en ideel beskyttelse. At godtgørelsesreglerne har denne dobbeltfunktion understøttes af flere forhold. Op-

havsretsloven har indeholdt en godtgørelsesregel siden 1961-ohl. Reglen er sjældent anvendt, men den eksisterende retspraksis viser, at bestemmelsen ikke kun gælder for krænkelser af de ideelle rettigheder. Godtgørelse er således tilkendt i en række afgørelser, hvor der utvivlsomt ikke foreligger krænkelser af ideelle rettigheder, og hvor en sådan krænkelse heller ikke har været gjort gældende, jf. nærmere om denne praksis og om godtgørelse for økonomiske krænkelser *Riis*, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, 2005, s. 318 ff. Godtgørelsesreglens dobbelte formål støttes også af retshåndhævelsesdirektivets ordlyd. Kravet på ikke-økonomisk skade, der er implementeret i dansk ret med godtgørelsesreglerne, udgør efter direktivets artikel 13 en del af *erstatningsopgørelsen*.

Det må på denne baggrund, og på trods af lovbemærkningerne, afvises, at varemærkeretten og patentretten rummer ideelle rettigheder.

Det ovenfor citerede eksempel i lovbemærkningerne dokumenterer heller ikke eksistensen af ideelle rettigheder. Såfremt der sendes kopiprodukter af lav kvalitet på markedet, vil den badwill, varemærket måtte opleve, utvivlsomt udgøre et økonomisk tab. Problemet er alene at opgøre dette tab. Se tilsvarende Riis, a.st., s. 316: "Skade på virksomhedens omdømme, renommé o.l. anerkendes uden videre som økonomisk skade på markedsføringsrettens og varemærkerettens område". Fra retspraksis kan nævnes U.2008.521SH, hvor en bedemandsforretning havde fremstillet urner påtrykt kendte varemærker, herunder parfumevirksomheden Chanel. Sø- og Handelsretten fandt, at der forelå en varemærkekrænkelse, men fandt ikke, at Chanel havde lidt et økonomisk tab. Der blev derfor fastsat et rimeligt vederlag for brugen på 25.000 kr. under henvisning til, at anvendelsen var skadelig for Chanels omdømme.

Dette er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at en varemærke- eller patentkrænkelse ikke kan udgør en krænkelse af nogle brede personlighedsinteresser, også når rettighedshaveren er en juridisk person. En sådan krænkelse vil imidlertid kræve et *andet* hjemmelsgrundlag end varemærkeloven henholdsvis patentloven.

En tysk højesteretsafgørelse fra 1986 (gengivet i GRUR, 1986, s. 759 ff. og IIC, 1987, s. 536 ff.) er illustrativ. En producent af spøg og skæmtartikler havde produceret en bagrudesticker med det velkendte runde BMW-varemærke i sort og blå/hvid. I cirklens øverste del var angivet bogstaverne "BMW", mens der i cirklens nederste del var angivet teksten "Bumms Mal Wieder" (en opfordring til gentagen kønslig omgang i et meget direkte sprog). Appelretten var nået frem til, at der ikke forelå en varemærkekrænkelse, da BMW-logoet ikke blev brugt som et varemærke. Derimod ansås brugen at udgøre en krænkelse af den personlighedsret, der er hjemlet i BGB § 823, stk. 1.

Bestemmelsen har følgende ordlyd: "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet".

Den tyske Bundesgerichtshof tiltrådte, at der ikke forelå en varemærkekrænkelse, bl.a. fordi der ikke var nogen forvekslingsrisiko og afviste endvidere, at der forelå en overtrædelse af god markedsføringsskik, da der ikke var tale om konkurrerende produkter. Bundesgerichtshof tiltrådte endvidere, at beskyttelsen efter BGB § 823 også omfattede juridiske personer (hvilket ikke havde været afklaret), men fandt, at denne beskyttelse for juridiske personer måtte indskrænkes til handlinger, der kunne påvirke virksomhedens sociale eller økonomiske anseelse negativt.

Afgørelsen er blevet kritiseret i teorien, se *Bollack & Friehe*, GRUR, 1986, s. 759 ff. og *Kur*, Bordeline Cases of Trademark Protection – A Study in German Trademark Law on the Eve of Amendment, IIC, 1992, s. 485 ff. (s. 501). I en senere sag har Bundesgerichtshof fastslået, at salg af kondomer i små pakker, der var påført varemærket for chokoladebaren Mars og markedsført under et slogan, der spillede på et slogan, som blev brugt ved markedsføringen af chokoladebaren, var en handling i strid med god markedsføringsskik. Domstolen lagde dog vægt på, at forbrugeren kunne tro, at produktet hidrørte fra chokoladeproducenten og adskiller sig herved fra BMW-sagen. Marssagen er gengivet i ICC, 1995, s. 282 ff.

Afgørelsen viser sondringen mellem den rent økonomisk betingede varemærkeret og den eventuelle personlighedsbeskyttelse for juridiske personer, der kan udledes af andre regelsæt, og hvorefter det afgørende ikke er, om der sker brug af et forvekslelig varemærke, men om der sker latterliggørelse eller anden handling, der er egnet til at skade virksomhedens omdømme mv.

I en sag fra Vestre Landsret af 22. april 1987, gengivet i NIR, 1990, s. 238 ff., blev det anset for en varemærkekrænkelse at sælge trøjer påtrykt en seksualiseret udgave af figurmærket Kappa, der viser en mand og en kvinde ryg mod ryg. I den krænkende udgave sad manden og kvinden med front mod hinanden i en samlejelignende stilling. Da landsretten nåede til, at der forelå en forvekslingsrisiko mellem de to mærker, var der tale om en rent varemærkeretlig krænkelse, og landsretten forholdt sig ikke til, om der forelå krænkelse af bredere personlighedsrettigheder, hvilket så vidt ses heller ikke var påberåbt. Ved erstatningsudmålingen lagde retten dog vægt på skadevirkningen som følge af plagiatets seksuelle karakter.

5.3. Ophavsretten

Den ideelle ret efter ohl. § 3 omfatter en ret for ophavsmanden til at blive navngivet i overensstemmelse med god skik og et forbud mod at udnytte værket på en måde, der er krænkende for ophavsmandens kunstneriske eller litterære anseelse eller egenart. Begge typer af rettigheder søger således at beskytte ophavsmanden. Som en følge af, at ophavsmanden altid vil være den eller de fysiske personer, der skaber værket, vil beskyttelsen efter § 3 knytte an til en fysisk person. Dette er også årsagen til, at de ideelle rettigheder som udgangspunkt ikke kan overdrages til en tredjepart, jf. ohl. § 53, stk. 1, sammenholdt med § 3, stk. 3, hvorefter ophavsmanden alene i begrænset omfang kan give *afkald* på de ideelle rettigheder. Bestemmelsen i § 3 kan derfor ikke yde beskyttelse til juridiske personer, således at eksempelvis en juridisk person efter § 3 har krav på at blive navngivet, når den juridiske person har overtaget ophavsrettighederne fra ophavsmanden.

Se eksempelvis også *Rosén*, Moral Rights in Swedish Copyright Law, NIR, 1993, s. 355 ff. (s. 366): "It is rather obvious, that right of attribution and integrity right, droit moral in a narrow sense, already from the wording of Section 3 of the Swedish Copyright Act are the author's *personal* instruments to permanently tie him to his work and to preserve his expression as it is exposed by him in his work. Neither of these rights may be the object of a transfer in the true sense of the word".

Det nærmeste, man kommer en ideel beskyttelse for juridiske personer er bestemmelsen i ohl. § 59, hvorefter ophavsretten til edb-programmer frembragt i et ansættelsesforhold overgår til arbejdsgiveren. Det følger af forarbejderne, at dette også gælder de ideelle rettigheder. Bestemmelsen giver således arbejdsgiveren ret til at undlade at respektere de ideelle rettigheder og mulighed for at påtale tredjemands krænkelse af de ideelle rettigheder. Det kan derimod ikke antages, at bestemmelsen udstyrer arbejdsgiveren med en egen ideel ret, således at arbejdsgiveren (virksomheden) har krav på at blive navngivet i overensstemmelse med reglerne i § 3.

Se tilsvarende *Nordell*, Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden, NIR, 1993, s. 374 ff. (s. 380): "Det framgår inte om det är *upphovsmannens* eller *arbetsgivarens* personlige anseende, egenart och namn som skall vara den ideella rättens föremål efter övergången. Eftersom rätten inte *upstår* a priori hos arbetsgivaren och eftersom det enligt 3 § URL är *upphovsmannens* egenart som skall skydas och inte hans rättsinnehavares borde en övergång av ideell rätt rimligtvis innebära att det är samma befogenheter som vid upphovsmannens död övergår till upphovsmannens efterlevande enligt 41 § URL och angående rätten att anmäla brott till åtal enligt 59 § URL, som enligt 40 a § URL övergår till arbetsgivaren (jfr ovan)".

Juridiske personer tildeles således ingen ideelle rettigheder i ophavsretten.

5.4. Persondataretten

Forud for persondatalovens ikrafttræden indeholdt dansk databeskyttelsesret en vis beskyttelse af juridiske personer, idet lov om private registre som udgangspunkt både gjaldt for fysiske og juridiske personer. I bet. 687/1973 om private registre, s. 59, begrundedes dette med, at beskyttelsen af privatlivets fred i relation til registreringsaktiviteter hermed vil være i overensstemmelse med straffelovens regler om privatlivets fred i strfl. § 264 d.

Med persondataloven blev dette ændret, idet loven som udgangspunkt kun gælder for fysiske personer, jf. herved lovbemærkningerne til § 1, stk. 1, og bet. 1345/1997, hvor udvalget "efter nøje overvejelser" fandt, at loven som udgangspunkt ikke burde gælde for juridiske personer. Der henvises i betænkningen bl.a. til, at Registertilsynet havde oplyst, at der kun var indkommet få klager fra juridiske personer efter loven om private registre. Herudover indeholder hverken lovforarbejderne eller betænkningen nærmere begrundelse for denne ændring af retstilstanden. Det bærende argument for at udelukke juridiske personer fra persondatabeskyttelsen er, at disse ikke omfattes af de privatlivs- og personlighedshensyn, der er centrale i persondataretten, se således f.eks. *Blume*, Databeskyttelsesret, 2008, s. 16: "Det private udgør modsat det hemmelige et område, der afgrænses på grundlag af den fysiske persons særlige egenskaber. Disse egenskaber, f.eks. at kunne føle skam og smerte, genfinder man ikke hos den juridiske person eller hos andre kollektive enheder". Denne betragtning er formentlig den primære grund til, at juridiske personer som udgangspunkt ikke nyder beskyttelse efter persondataloven. Dette gælder generelt for de lande, som ikke beskytter juridiske personer i persondataretten, jf. *Korff,* Study on the protection of the rights and interests of legal persons with regard to the processing of personal data relating to such persons (rapport fra Kommissionen), s. 42.

På enkelte områder er juridiske personer dog beskyttet efter loven. For det første gælder lovens regler om kreditoplysningsbureauer, §§ 19 ff. og om de såkaldte advarselsregistre. Baggrunden herfor er, at denne type af oplysninger bruges til at træffe bl.a. økonomiske beslutninger, særligt låneformidling, og dermed har juridiske personer samme beskyttelsesbehov som fysiske personer. Da det netop ikke er den juridiske persons eventuelle ideelle interesser, der søges beskyttet gennem disse regler, kan reglerne heller ikke tages til indtægt for, at den juridiske person besidder sådanne ideelle beskyttelsesinteresser. For det andet gælder loven for enkeltmands-

virksomheder. Baggrunden herfor er, at oplysninger om virksomheden også vil udgøre oplysninger om den person, der står bag enkeltmandsvirksomheden. Dette er for så vidt ikke en undtagelse til hovedreglen om, at loven kun gælder for fysiske personer. Oplysningerne om enkeltmandsvirksomheden medtages netop kun, fordi de leder til oplysninger om en fysisk person. Af samme grund bør det ikke være virksomhedsformen, der i sig selv er afgørende for beskyttelsen. Oplysninger om et anpartsselskab, der er helejet af én fysisk person, vil også kunne rumme oplysninger om denne person. Afgørende må være, om virksomhedsoplysningerne samtidig indebærer, at der kan henføres oplysninger om en fysisk person, se i samme retning *Nielsen & Waaben*, Lov om behandling af personoplysninger, 2008, s. 100 og for norsk ret, *Wiese Schartum og Bygrave*, Personvern i informationssamfunnet, 2004, s. 107. Heller ikke dette indebærer således en anerkendelse af juridiske personers ideelle rettigheder i persondataretten, og sammenfattende gælder det derfor, at persondataloven ikke rummer nogen ideel beskyttelse af juridiske personer.

Retspolitisk har det være omdiskuteret, hvorvidt persondataretten burde yde beskyttelse til juridiske personer. Der kan argumenteres for, at en række af beskyttelsesreglerne ud fra *økonomiske* hensyn også burde gælde for juridiske personer. Virksomhedsoplysninger bruges af tredjeparter til at træffe en lang række beslutninger, der har betydning for virksomheden, og virksomheden har derfor en interesse i at være omfattet af en række af persondatarettens behandlingsregler. Dette gælder f.eks. retten til at blive informeret om registrering, pligten til at korrigere ukorrekte oplysninger m.fl. Reglerne om kreditoplysningsbureauer er i for så vidt blot et specialfald af dette mere generelle behov.

Se også den ovennævnte rapport fra Kommissionen udarbejdet af *Korff*, hvor det bl.a. anbefales, at en række af behandlingsreglerne også bør gælde for juridiske personer, når der er tale om information, "which is used to take other decisions which ´significantly affect´ them (by public or private bodies)", a.st., s. 57.

Disse betragtninger er dog ikke en anerkendelse af juridiske personers ideelle beskyttelsesinteresser, eftersom de netop tager udgangspunkt i de økonomiske interesser, der kan skades ved en ukorrekt anvendelse af virksomhedsoplysninger. I sin disputats Data Protection law – Approaching Its Rationale, Logic and Limits, argumenterer *Bygrave* for, at persondataretten også bør omfatte juridiske personer, se s. 242 ff. Argumentationen er funderet i tanker fremsat af amerikaneren *Westin* i dennes afhandling Privacy and Freedom, 1967 og bygger på en tanke om, at privacy-begrebet ikke kun

dækker de ideelle beskyttelsesinteresser, der knytter sig til det enkelte menneskes følelser, men mere generelt skal sikre muligheden for at handle effektivt og uden en indblanding og overvågning, der kan hindre denne effektivitet. Med denne brede opfattelse af privacy-begrebet dækker det også juridiske enheder. Disse hensyn har dog næppe en sådan betydning for persondataretten, at man med denne begrundelse kan udvide beskyttelsen til juridiske personer. Det må fastholdes, at persondataretten primært varetager ideelle beskyttelsesinteresser. Synspunktet vil under alle omstændigheder ikke føre til en anerkendelse af ideelle rettigheder for juridiske personer, eftersom argumentet er, at beskyttelsen rækker ud over de ideelle rettigheder. Bygrave argumenterer imidlertid i en vis udstrækning for, at juridiske personer kan behandles som fysiske personer, og ad den vej sikres beskyttelse i persondataretten (”But it is also possible to ´humanise´ organisations and thereby give them the possibility of using the privacy concept”, s. 255). Den nærmere begrundelse for dette resultat fremstår dog ikke klar, ligesom det ikke fremstår klart, hvilken vægt Bygrave vil tillægge dette argument. Se kritisk til Bygraves analyse *Blume*, a.st., der afviser, at juridiske personer bør kunne nyde beskyttelse efter persondataretten, primært ved at henvise til de ideelle hensyn, der ligger bag persondataretten.

5.5. Andre regler

Som det er beskrevet i kapitel 2 udgøres personlighedsbeskyttelsen af en mængde forskellige regler, hvoraf nogle ikke er gjort til genstand for selvstændige analyser i afhandlingen. I relation til spørgsmålet om juridiske personers ideelle rettigheder har reglerne i eal. § 26, strfl. §§ 264 d og 267 samt emrk. artikel 8 relevans. Disse regler rummer alle forskellige former for beskyttelse af privatlivet og personligheden, og retspraksis har for alle reglerne taget stilling til deres anvendelighed i relation til juridiske personer.

Strfl. § 264 d

Strfl. § 264 d forbyder uberettiget videregivelse af meddelelser eller billeder vedrørende en andens private forhold og af billeder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden.

Det er den almindelige opfattelse i litteraturen, at bestemmelsen i et vist omfang også gælder for juridiske personer. *Hurwitz* antager således, at bestemmelsen også beskytter private foreningers og selskabers indre forhold, hvorimod offentlige organer som domstole, forvaltningsmyndigheder og offentlige udvalg ikke omfattes. Den danske kriminalret, speciel del,

1955, s. 302. Baggrunden herfor er, at offentlige organer ikke har et privatliv, som de kan forlange unddraget offentligheden. *Greve m.fl.*, Kommenteret straffelov, Speciel del, 2005, s. 388 tilslutter sig Hurwitz opfattelse. Tilsvarende *Dübeck*, der dog i modsætning til Hurwitz og Greve m.fl. antager, at politiske partier og partiorganer må omfattes som private organer og dermed være beskyttet af bestemmelsen ("det forekommer mig ikke åbenbart indlysende, at politiske foreninger eller partiorganer i denne henseende skulle være helt uden ´privatliv´, når andre foreningsdannelser principielt værnes"), Dansk arkivret, 1980, s. 95. Denne opfattelse må tiltrædes.

At bestemmelsen også kan anvendes på juridiske personer er bekræftet i en højesteretsdom optrykt i U.1982.750H. I sagen ville Danmarks Radio bringe en tv-udsendelse om frimurerordenen, hvori indgik rekonstruktioner af hemmelige optagelsesceremonier. Frimurerordenen modsatte sig visningen af programmet og fik nedlagt forbud herimod under henvisning til, at en sådan visning ville krænke frimurerordenens privatliv efter strfl. § 264 d. Landsretten tiltrådte, at frimurerordenen som forening var omfattet af beskyttelsen efter strfl. § 264 d, og at ordenens optagelsesceremonier henhørte under dens private forhold, men tillod alligevel visningen under henvisning til, at ceremonierne allerede var detaljeret beskrevet i en forudgående artikel i Politiken og derfor var offentligt kendte.

Landsrettens afgørelse er således også et eksempel på brug af grundsætningen om informationskonsumption, jf. kapitel 8.

Højesteret tiltrådte ligeledes, at frimurerordenen som forening var omfattet af beskyttelsen efter strfl. § 264 d, og at ceremonierne henhørte under foreningens private forhold. Højesteret fandt endvidere ikke, at artiklen i Politiken havde fremdraget ceremonierne på en sådan måde, at de var unddraget beskyttelsen. Højesteret justificerede herefter fogedforbuddet.

Strfl. § 267

Strfl. § 267 forbyder æreskrænkelser i form af fornærmelige ord og handlinger og sigtelser, der er egnet til at nedsætte den fornærmede i medborgeres agtelse.

Der foreligger en række nyere domme, som viser, at juridiske personer også kan nyde beskyttelse efter bestemmelsen. I U.2000.2143Ø havde en formand for et fagforbund over for flere dagblade udtalt, at Den Danske Forening var racistisk. Dette fandtes at være en retsstridig krænkelse af foreningens ære efter strfl. § 267. I FED.1998.1389Ø havde en person, A, i

universitetstidsskriftet "Faklen" givet udtryk for nazisters ret til at holde møder og danne forening. Dette foranledigede formanden for Folkebevægelsen Mod Nazisme til at fremkomme med ærekrænkende udtalelser mod både A og tidsskriftet, der bl.a. blev angivet som talerør for nazisterne. Landsretten fandt, at der var tale om ærekrænkelse i § 267's forstand både af A og af tidskriftet. I FED.1998.2023Ø fremkom en person, A, med sigtelser mod en borgmester, embedsmænd og kommunen for bestikkelse. Hermed havde A ikke kun krænket borgmesterens men også kommunens ære og dermed overtrådt § 267. I FED.1997.386Ø blev en påstand om mandatsvig begået af et aktieselskab og dets direktører anset for en retsstridig ærekrænkelse både i forhold til direktørerne og aktieselskabet.

I alle de nævnte domme lægges det uden videre til grund, at juridiske personers ære kan krænkes efter strfl. § 267 d. FED.1998.2023Ø om krænkelse af en kommunes ære viser, at bestemmelsen i modsætning til § 264 d både gælder private og offentlige organer. *Greve m.fl.*, a.st., s. 408 antager i overensstemmelse hermed, at kollektive enheder både af offentligretlig og privatretlig karakter omfattes af beskyttelsen.

Eal. § 26

Efter eal. § 26, stk. 1, skal den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person, betale den forurettede godtgørelse for tort.

Det synes på baggrund af retspraksis fast antaget i nyere teori, at bestemmelsen også beskytter juridiske personer, som hermed også kan kræve tortgodtgørelse, se således *Riis*, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, 2005, s. 314, *Møller & Wiisbye*, Erstatningsansvarsloven, 2002, s. 548 og *Stuer Lauridsen*, Pressefrihed og personlighedsret, 1988, s. 326.

Anderledes dog *Unmack Larsen*, Hvad er tort? Supplerende bemærkninger om anvendelsen af ikrafttrædelseslovens § 15, U.1997B.345 ff. (s. 346), der uden nærmere begrundelse antager, at juridiske personer ikke kan lide tort. Det bør dog bemærkes, at artiklen ligger forud for den angivne retspraksis.

I alle de ovennævnte sager, hvor en juridisk persons ære er blevet krænket efter strfl. § 267, er krænkeren blevet pålagt at betale en tortgodtgørelse efter eal. § 26 til den juridiske person.

Tortbegrebet er blevet defineret som den krænkedes opfattelse af eget værd og omdømme, jf. bet. 601/1971 om privatlivets fred og *Vinding Kruse*, Erstatningsretten, 1989, s. 444. Man kan som *Riis*, a.st., s. 315 med nogen ret hævde, at en juridisk person ikke kan have nogen egenopfattelse af

eget værd og omdømme. Som anført af Riis, og som det fremgår af den ovennævnte retspraksis, skal bestemmelsen i eal. § 26 imidlertid forstås således, at den dækker den krænkedes omdømme i omverdenen. Juridiske personer har utvivlsomt et omdømme i forhold til omverdenen, som kan angribes på forskellig vis, herunder ved nedsættende udtalelser.

Kravet om, at der skal foreligge krænkelse af frihed, fred, ære eller person, udelukker således ikke, at juridiske personer omfattes af eal. § 26. Derimod forekommer det mindre oplagt, at juridiske personer opfylder kriterierne for at få tildelt en godtgørelse. Som beskrevet ovenfor, bruges begrebet godtgørelse sædvanligvis om økonomiske krav forårsaget af ideelle krænkelser. Hvis den ideelle krænkelse betragtes som en krænkelse af den krænkedes følelser (kravet om psykisk ubehag), synes juridiske person ikke at kunne opnå godtgørelse. Dette er netop forskellen på at få krænket egenopfattelsen af eget værd og omdømme (som vil være en ideel krænkelse af egne følelser) og få krænket sit omdømme i omverdenen (som kan foreligge uafhængigt af om egne følelser er blevet krænket). Det må erkendes, at der i en række landsretsafgørelser er tildelt tortgodtgørelse til juridiske personer efter eal. § 26, og at resultatet også er anerkendt i den juridiske litteratur. Det er dog værd at bemærke, at ingen af dommene lægger til grund, at der foreligger en krænkelse af ideelle rettigheder, som begrebet er defineret her, eller i øvrigt redegør for, hvordan eller hvorfor der antages at foreligge en krænkelse af den juridiske persons ideelle rettigheder. Det synes ikke at kunne udelukkes, at godtgørelse er tildelt som en slags økonomisk kompensation i situationer, hvor et økonomisk tab vanskeligt har kunnet dokumenteres, således at godtgørelse her anvendes på samme måde som inden for immaterialretten, jf. ovenfor og tilsvarende *Riis*, a.st., s. 315. En sådan anvendelse af godtgørelse er uheldig og sender et misvisende signal om krænkelse af ideelle rettigheder. Se tilsvarende kritisk om tildeling af tortgodtgørelse til juridiske personer Riis, a.st., som dog ikke forholder sig særskilt til den manglende eksistens af ideelle rettigheder.

Emrk. art. 8

Det er fast antaget, at den Europæiske Menneskeretskonvention også kan beskytte juridiske personer, og den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i en lang række sager anvendt konventionens bestemmelser til fordel for juridiske personer, se herved også tillægsprotokol 1 til konventionen, der udtrykkeligt fastslår, at enhver fysisk og juridisk person har ret til respekt for sin ejendom. Det er navnlig denne bestemmelse og bestemmelsen om

retten til en retfærdig rettergang efter art. 6, som er blevet påberåbt af juridiske personer, jf. *Emberland*, The human rights of companies, 2006, s. 14.

Også bestemmelsen i emrk. art. 8 har dog givet anledning til sager, hvor den forurettede part var en juridisk person. Både den Europæiske Menneskeretskommission og den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har således i en række sager taget stilling til, om art. 8 beskyttede juridiske personer. Spørgsmålet er uafklaret men kan sammenfattes således, at både kommission og domstol har været tilbageholdende med at anvende art. 8 uden dog helt at afvise muligheden, jf. *Korff*, a.st., s. 19 og *Emberland*, a.st., s. 114 f. Der må ved besvarelsen sondres mellem de forskellige rettigheder, der omfattes af art. 8. Retten til respekt for eget hjem er i en række sager blevet anset forl også at omfatte erhvervslokaler, jf. *Lorenzen m.fl.*, a.st., s. 421 ff. Der eksisterer vist nok ingen sager om retten til respekt af egen korrespondance, men det må antages, at juridiske personer også kan påberåbe sig denne, jf. *Korff*, a.st. I relation til afhandlingens undersøgelser er det imidlertid den sidste rettighed under art. 8, retten til et privatliv, der er interessant.

Der foreligger så vidt ses ingen afgørelser, hvor Menneskerettighedsdomstolen har fundet, at en juridisk persons privatliv under art. 8 er blevet krænket. Menneskerettighedskommissionen har dog i en række afgørelser ladet den mulighed stå åben, at juridiske personer kan have et værnet privatliv under art. 8, se Korff, a.st., s. 19 f. og den citerede udtalelse i sagen *Open Door and Dublin Well Women v Ireland* (1992): "The Commission does not find et necessary in the present case to examine exhaustively to what extent a legal person may invoke the right to respect for private life within the meaning af Article 8 of the Convention".

I teorien er der lagt vægt på, at de hensyn, der begrunder beskyttelsen af privatlivet, herunder retten til at være i fred, primært retter sig mod fysiske personer, hvorfor privatlivsbeskyttelsen ikke har nogen eller kun begrænset relevans for juridiske personer, jf. Emberland, a.st., s. 116 f. Denne betragtning kan tiltrædes.

5.6. Horisontale betragtninger

De foran omtalte regler udviser en række horisontale fællestræk. Spørgsmålet, om juridiske personer kan besidde ideelle rettigheder og i tilknytning hertil, om der gælder en privatlivs- og personlighedsbeskyttelse for juridiske personer, er således relevant for alle de behandlede discipliner. I alle tilfælde er den grundlæggende overvejelse, om den juridiske persons manglende evne til at besidde følelser afskærer fra en beskyttelse af privatliv og

personlighed. Ser man nærmere på de enkelte discipliner, kan man konstatere, at besvarelsen af dette spørgsmål formentlig tager udgangspunkt i identiske argumentationsmønstre.

Med den ovennævnte retspraksis ligger det fast, at juridiske personer tildeles en vis beskyttelse af privatliv og personlighed. Både strfl. §§ 264 d og § 267 samt eal. § 26 gælder således for juridiske personer, førstnævnte dog næppe for offentlige myndigheder. Tidligere gjaldt også lov om private registre for juridiske personer. Dette er blevet ændret med persondataloven, men denne finder dog i begrænset omfang også anvendelse på juridiske personer. Se generelt *Dübeck*, Dansk Arkivret, 1980, s. 90, om juridiske personers privatlivsbeskyttelse: "Det er dog almindeligt antaget, at andre end enkeltpersoner f.eks. foreninger og virksomheder, også må nyde beskyttelse, fordi de kan siges at have en privatlivssfære". I tysk ret har Bundesgerichtshof tilsvarende fastslået, at den personlighedsret, der er hjemlet i BGB § 823, stk. 1, også gælder for juridiske personer.

Privatlivs- og æreskrænkelser vil normalt blive opfattet som krænkelser af ideelle rettigheder, og umiddelbart synes den nævnte retspraksis dermed at indføre ideelle rettigheder for juridiske personer. Dette harmonerer dårligt med den forståelse af begrebet ideelle rettigheder, der lægges til grund her i afhandlingen, og som vel også er den mest udbredte, hvorefter en krænkelse af ideelle rettigheder forudsættes at krænke rettighedshaverens følelser og dermed påføre rettighedshaveren et psykisk ubehag, jf. nærmere om begrebet kapitel 2. Det må fastholdes, at en juridisk person ikke kan have følelser eller opleve et psykisk ubehag. Dette er formentlig også den primære begrundelse for de forfattere, der afviser at anvende regler om privatlivs- og personlighedsbeskyttelse på juridiske personer, jf. f.eks. *Blumes* afvisning af at anvende persondataloven på juridiske personer ovenfor og i samme retning *Riis* om anvendelsen af eal. § 26 på juridiske personer. Se endvidere *Bygrave*, a.st., s. 244, med yderligere henvisninger.

Bygrave omtaler bl.a. en dom fra den australske High Court (HCA 63 af 15. november 2001), der afviser, at en virksomhed kan opnå en "right to privacy" under australsk ret, bl.a. med begrundelsen "… this artificial legal person lacks the sensibilities, offence and injury to which provide a staple value for any developing law of privacy" (dommens pkt. 126).

Der behøver imidlertid ikke at være nogen uoverensstemmelse mellem afvisningen af at tildele juridiske personer ideelle rettigheder som begrebet er defineret her i afhandlingen og tildelingen af de privatlivs- og personlig-

hedsrettigheder til juridiske personer, som følger af den ovenfor beskrevne retstilstand.

For det første kan beskyttelsen af juridiske personer i et vist omfang forklares med et ønske om at beskytte de fysiske personer, der står bag den juridiske person. Særligt tydeligt er dette i persondataretten, hvor oplysninger om virksomheder og andre juridiske personer beskyttes af persondataloven, såfremt disse oplysninger leder til oplysninger om fysiske personer. Denne betragtning vil have vægt i mange situationer og har tilsvarende relevans uden for persondataretten. Når Højesteret eksempelvis i U.1982.750H forbød Danmarks Radio at bringe en udsendelse om frimurerordenens optagelsesritualer, var dette formentlig ikke kun udtryk for en beskyttelse af foreningen som sådan, men også for en beskyttelse af de enkelte medlemmer. Det fremgik således, at ritualerne indeholdt "visse uhyrligheder". Hvis en beskrivelse af disse uhyrligheder ville stille foreningen i et dårligt lys, f.eks. fordi ritualerne efter en almindelig samfundsopfattelse ville blive betragtet som bestialske eller latterlige, ville det ikke kun ramme foreningen, men også dens medlemmer, som jo i sidste ende var de personer, der gennemførte ritualerne. Når beskyldninger om bestikkelse i FED.1998.2023Ø ikke kun var en æreskrænkelse af kommunens borgmester, men også af kommunen som sådan, kan det formentlig tilsvarende delvis forklares med, at beskyldningerne hermed også indirekte ramte kommunens embedsmænd. Hermed kan beskyttelsen af den juridiske persons privatliv og omdømme/ære delvis ses som en indirekte beskyttelse af de fysiske personer, der har udført handlingerne på vegne af den juridiske person.

For det andet rummer beskyttelsen af den juridiske persons privatliv og omdømme også et økonomisk aspekt, som er uafhængigt af et eventuelt psykisk ubehag. Særligt klart er det, at misrekommanderende udsagn om en virksomhed i form af f.eks. æreskrænkelser vil kunne påføre virksomheden økonomiske tab som følge af badwill og mistillid i markedet. Denne beskyttelse rækker formentlig videre end til den rent økonomiske beskyttelse. Offentlige myndigheder har ikke til formål at tjene penge, og en æreskrænkelse af en offentlig myndighed vil sjældent føre til et umiddelbart økonomisk tab. I en bredere forstand kan en sådan misrekommandering imidlertid føre til manglende effektivitet: Den negative omtale giver myndigheden eller enheden et dårligt ry, borgerne bliver mere kritiske og ser fejl, som måske ikke er der, medarbejderne mister arbejdsglæde, yder mindre og siver måske væk fra stedet. En myndighed må optræde med en vis autoritet og troværdighed for at kunne fungere effektivt over for borgerne, og dette

mistes, hvis myndigheden eksempelvis opfattes som korrupt, jf. FED.1998.2023Ø. Effektivitetsbetragtninger kan ikke kun begrunde beskyttelsen af den juridiske persons ære og omdømme men eventuelt også privatlivsbeskyttelsen. De fleste medarbejdere både i private virksomheder og offentlige myndigheder kan sikkert nikke genkendende til, at der udfolder sig en intern dialog i organisationen, som man nødigt vil se formidlet til den brede offentlighed, men som alligevel er en del af den måde man omgås og arbejder sammen på. Denne mulighed for at "tale frit fra leveren" er formentlig en vigtig del af den uformelle sagsbehandlingsgang i mange organisationer, og uden en sådan mulighed ville sagsbehandlings- og beslutningsgange muligvis blive mindre effektive. Blandt andet ud fra denne tanke argumenterer *Westin* i sin hyppigt citerede afhandling om Privacy and Freedom for en privatlivsbeskyttelse af juridiske personer: "privacy affords the relaxation which enables those who are part of a common venture, public or private, to communicate freely with one another, and to accomplish their tasks with a minimum of social dissembling for ´outside´ purposes. Without such privacy the operations of law firms, businesses, hospitals, welfare agencies, civil groups, and a host of other organizations would be seriously impaired", Privacy and Freedom, 1970, s. 45. Som anført af *Bygrave*, a.st., s. 248, er essensen i Westins betragtning formentlig, at privatlivsbeskyttelsen muliggør effektivitet i organisationerne. Hvor meget vægt man vil tillægge sådanne effektivetsbetragtninger må bero på en konkret vurdering og ved regeludformning på retspolitiske overvejelser. Klart er det, at andre hensyn trækker i anden retning, særligt for offentlige myndigheder, jf. herved bl.a. princippet om aktindsigt i offentlighedslovens §§ 4 og 5. Uanset hvilken vægt man vil tillægge effektivitetsbetragtninger, er der næppe tvivl om, at de kan have relevans ved overvejelsen af, om juridiske personers privatliv og omdømme kan beskyttes.

Samlet set viser den gennemgåede retspraksis, at juridiske personers privatliv og omdømme/ære kan beskyttes, og de ovenstående betragtninger viser, at dette også kan have gode grunde for sig, selvom juridiske personer ikke besidder evnen til at blive krænket i psykisk forstand. Omvendt må det lægges til grund, at juridiske personer ikke kan besidde ideelle rettigheder, således som begrebet er defineret her i afhandlingen, hvor der netop lægges vægt på, at de ideelle rettigheder skal beskytte mod den følelsesmæssige krænkelse. I det omfang regler om privatlivs- eller personlighedsbeskyttelse altovervejende er begrundet i beskyttelsen af rettighedshaverens følelser, finder de derfor ikke anvendelse på juridiske personer.

Disse konklusioner gælder på tværs af disciplinerne. Det er således karakteristisk, at det er samme problemstilling og argumenter, der er behandlet inden for såvel de strafferetlige regler, eal. § 26, privatlivsbeskyttelsen efter emrk. artikel 8 og i persondataretten. I alle tilfælde er den grundlæggende overvejelse, om den juridiske persons manglende evne til at besidde følelser afskærer fra en beskyttelse af privatliv og personlighed. De betragtninger, der ovenfor er anført om sondringen mellem på den ene side beskyttelsen mod krænkelser af følelseslivet og på den anden side den indirekte beskyttelse af fysiske personer og beskyttelse af økonomiske interesser/effektivitet, vil have relevans for alle discipliner, der rummer en privatlivs- og personlighedsbeskyttelse.

På denne baggrund kan opstilles følgende informationsretlige grundsætninger.

- *Juridiske personer kan ikke besidde ideelle rettigheder.*

- *Information om en bestemt juridisk person, og information, der kan påvirke en juridisk persons fremtræden og udtryk i offentligheden, har karakter af beskyttelsesværdig information, når en indirekte beskyttelse af de bagvedstående fysiske personer og/eller en beskyttelse af den juridiske persons økonomiske interesser eller effektivitet tilsiger det.*

6. Rettighedernes overgang ved død

6.1. Problemstillingen

Når rettighedshaveren til informationsrettigheder er en fysisk person, opstår spørgsmålet, om rettighederne går i arv ved rettighedshaverens død, eller om de går i graven med deres ejermand. Også i denne relation adskiller informationsrettighederne sig fra ejendomsretten til fysiske genstande. Den fysiske genstand består uændret efter ejermandens død, og spørgsmålet bliver derfor kun, hvem der skal overtage genstanden, og ikke om der skal ske en rettighedsovergang. Alternativet til en rettighedsovergang i denne situation ville være en destruktion af genstanden. I modsætning hertil ville alternativet inden for det informationsretlige område være, at rettighederne til informationen blev frigivet, så alle kunne udnytte den. Der ville altså ikke som for de fysiske genstande være tale om værditab men en værdifor-

skydning. Derfor kan man heller ikke uden videre lægge til grund, at der sker en rettighedsovergang ved rettighedshaverens død. Såfremt der sker en rettighedsovergang, opstår en række tilknyttede spørgsmål, herunder særligt hvem retten overgår til, hvilke rettigheder der overgår, og hvor længe beskyttelsen varer. Som det skal påvises i det følgende, kan der også med besvarelsen af disse spørgsmål identificeres nogle informationsretlige grundsætninger af generel betydning for de informationsretlige discipliner.

6.2. Ophavsretten

Det følger umiddelbart af ohl. § 61, at ophavsrettigheder falder i arv i overensstemmelse med arvelovens almindelige regler. Dette gælder ikke kun de økonomiske rettigheder men også de ideelle, jf. *Schønning*, Ophavsretsloven, 2008, s. 534.

Mens den økonomiske rettighedsovergang må anses for fuldstændig og dermed udstyrer arvingen med de samme rettigheder, som ophavsmanden selv havde, er forholdet mere komplekst for de ideelle rettigheder. Det ligger fast, at overgangen af de ideelle rettigheder giver arvingen en påtaleret mod krænkelser og dermed også muligheden for at anlægge forbudssag for at bringe krænkelsen til ophør. I tilknytning hertil fastsætter ohl. § 81, stk. 2, at krænkelser af de ideelle rettigheder efter ophavsmandens død kan påtales af ophavsmandens ægtefælle og slægtninge i ret op- eller nedstigende linje eller søskende. Betydningen af denne bestemmelse er, at de pågældende kan påtale krænkelsen, også selvom de ikke er arvinger af ophavsretten. Bestemmelsen er udtryk for, at nogle af den afdøde ophavsmands nærtstående kan have et ønske om at forfølge droit moral-krænkelser, selvom de ikke er arvinger, når arvingen (den unge elskerinde) ikke selv ønsker at forfølge krænkelsen.

Derimod kan arvingerne ikke med bindende virkning frafalde de ideelle rettigheder, jf. lovmotiverne til 1961-ohl., § 3. Dette gælder, uanset om arvingerne er ophavsmandens nærtstående.

Man kan endvidere overveje, om arvingerne kan kræve tortgodtgørelse for ideelle krænkelser af ophavsrettighederne. Muligheden for at kræve tortgodtgørelse følger umiddelbart af ohl. § 83, stk. 3, som dog ikke angiver, hvorvidt denne del af rettighederne også går over ved død. På den ene side kan anføres, at ohl. § 61 udtrykkeligt angiver, at (alle) ophavsrettighederne falder i arv, hvorfor udgangspunktet må være, at dette også gælde kravet på godtgørelse for ikke-økonomiske krænkelser, når andet i øvrigt ikke er angivet i loven eller forarbejderne. På den anden side finder bestemmelsen kun anvendelse, hvis der foreligger en skadevirkning, jf. herved

bemærkningerne til lov nr. 1430/2005 om ændring af patentloven, ophavsretloven mv., der indeholder den seneste ændring af § 83. Der kan argumenteres for, at der ikke foreligger nogen skadesvirkning, når ophavsmanden selv er død og således ikke kan opleve en ideel krænkelse, og at arvingerne ikke på denne vis kan føle sig krænket på ophavsmandens vegne. Spørgsmålet må anses for uafklaret og ses heller ikke behandlet i retspraksis.

Ophavsretten varer i 70 år efter ophavsmandens død, jf. ohl. § 63, og loven har således entydigt taget stilling til, hvor længe arvingerne og de nærtstående kan gøre rettighederne gældende. Beskyttelsestiden på 70 år efter ophavsmandens død gælder både for de økonomiske og de ideelle rettigheder. Der gælder dog en i princippet evigvarende ret for det offentlige til at påtale krænkelser af de ideelle rettigheder, når kulturelle interesser må anses for krænket ved overtrædelsen, jf. § 75 sammenholdt med § 81, stk. 2. Denne bestemmelse må dog i dag antages at have meget begrænset praktisk relevans, om nogen overhovedet, jf. herved også *Meedom*, Kan den stedsevarende droit moralbeskyttelse opreholdes?, NIR, 1985, s. 153 ff. og *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 143.

6.3. Varemærkeretten

Varemærkeloven indeholder ingen eksplicitte regler om arv af varemærkerettigheder ved rettighedhedshaverens død. Der er imidlertid ingen tvivl om, at varemærkerettighederne går i arv ved rettighedshaverens død, når denne er en fysisk person, jf. *Schovsbo & Koktvedgaard*, a.st., s. 427 og *Linda Nielsen*, Familieformueretten, 1993, s. 366.

Varemærkeretten er i princippet tidsubegrænset men kan dog mistes ved manglende opretholdelse af registrering eller manglende brug, jf. herved vml. § 3, stk. 1, nr. 2 (manglende brug af ibrugtaget varemærke), § 25 (manglende brug af registreret varemærke) og § 26 (manglende opretholdelse af registrering).

Varemærkeretten er tidsubegrænset både for den oprindelige rettighedshaver og for efterfølgende erhververe, herunder arvinger.

6.4. Patentretten

Som det gjaldt for varemærkeloven, rummer patentloven ikke specifikke bestemmelser om rettighedernes overgang ved rettighedshaverens død, men det er fast antaget, at patentrettigheder kan overføres ved arv, jf. *Koktvedgaard*, a.st., s. 254 f. og *Lise Dybdahl*, Immaterialrettigheder/patenter ved ægtefælle- og dødsboskifte, NIR, 1999, s. 633 ff. (s. 639). Sidstnævnte

anfører i tilknytning til de patentretlige bemærkninger i en bredere kontekst, at der er bred enighed om, at arveloven også omfatter immaterialrettigheder.

Patentretten gælder i 20 år regnet fra patentansøgningens indlevering, jf. pl. § 40, forudsat rettighedshaveren vedbliver med at betale årsgebyr i hele beskyttelsesperioden, jf. pl. § 51. Også i patentretten er varigheden uafhængig af, om der sker overdragelser af rettighederne undervejs. Såfremt et patent går i arv, opnår arvingerne derfor en patentret i den resterende beskyttelsesperiode.

Både for patenter og varemærker gælder, at rettighedshaveren ofte er en juridisk person, hvorfor muligheden for rettighedsovergang ved arv bliver af begrænset praktisk betydning. I disse situationer kan i stedet opstå spørgsmål om rettighedernes overgang ved konkurs, som ikke behandles her.

6.5. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Bestemmelsen om beskyttelsen af erhvervshemmeligheder i mfl. § 19 fastslår ikke, hvorvidt den eneret, der følger af bestemmelsen, går i arv ved rettighedshaverens død, når denne er en fysisk person. Spørgsmålet synes hverken overvejet i forarbejderne eller litteraturen. Der kan dog næppe tvivl om, at retten til en erhvervshemmelighed kan gå i arv ved rettighedshaverens død.

Der er ingen tvivl om, at rettighederne kan gå i arv gennem arv af aktier i et selskab, når selskabet har fået overdraget rettighederne til erhvervshemmeligheden i rettighedshaverens levende live.

Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen består, så længe hemmeligholdelsen opretholdes, og erhvervshemmeligheden fortsat har en kommerciel værdi for rettighedshaveren, jf. *Caroline Heide-Jørgensen,* Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2008, s. 315 og *Borcher & Bøggild*, Markedsføringsloven, 2006, s. 432. Når ikke andet er anført i loven, må dette også gælde efter rettighedshaverens død.

6.6. Persondataretten

Det var i forbindelse med persondatalovens tilblivelse et omdiskuteret spørgsmål, hvorvidt loven også skulle gælde for oplysninger om afdøde personer. Persondatadirektivet tog ikke stilling til spørgsmålet, og i Rådets mødeprotokol vedrørende direktivet fastslog Rådet og Kommissionen i erklæring nr. 5, at det er overladt til medlemsstaterne selv at tage stilling til

spørgsmålet. Mødeprotokollen er optrykt som bilag 2 i førsteudgaven af *Korfits Nielsen & Waaben*, Lov om behandling af personoplysninger, 2001.

I bet. 1345/1997, s. 212 f. foreslog Registerlovsudvalget, at oplysninger om afdøde kun skulle være omfattet af loven, såfremt disse oplysninger samtidig ledte til oplysninger om levende personer (f.eks. oplysninger om arvelige sygdomme). Dette ville efter udvalgets opfattelse svare til den dagældende retstilstand. Under behandlingen af lovforslaget gav Registertilsynet imidlertid udtryk for, at denne afgrænsning af begrebet "personoplysninger" var for snæver. I lovbemærkningerne er Registertilsynets opfattelse gengivet således:

> "Det er Registertilsynets opfattelse, at loven bør give mulighed for, at tilsynets hidtidige praksis på dette område kan opretholdes. Dette vil indebære, at allerede behandlede oplysninger, f.eks. registrerede oplysninger, efter personens død fortsat vil være omfattet af loven – i hvert fald i en vis tid. Det vil også indebære, at indsamling og efterfølgende behandling af oplysninger om afdøde skal opfylde lovens betingelser, hvis der foreligger et særligt beskyttelsesbehov, hvilket i praksis navnlig vil få betydning for behandling af følsomme oplysninger om afdøde personer. Samtidig anfører Registertilsynet, at det er klart, at en række af lovforslagets regler i sagens natur ikke kan finde anvendelse i forbindelse med behandling af oplysninger om afdøde personer. Det gælder f.eks. regler, der forudsætter den registreredes personlige samtykke og reglerne om oplysningspligt over for den registrerede i lovforslagets kapitel 8. Disse problemer kan efter tilsynets opfattelse løses i forbindelse med den praktiske anvendelse af den nye lov. Efter Registertilsynets opfattelse bør det overlades til Datatilsynet gennem sin praksis at fastlægge de nærmere grænser for lovens anvendelse på oplysninger om afdøde personer. Dette vil svare til den ordning, som har været gældende under registerlovene siden 1. januar 1979, og denne ordning har ikke givet anledning til væsentlige problemer".

Disse betragtninger tilsluttede Justitsministeriet sig i lovbemærkningerne.

Retstilstanden, der ikke er eksplicit angivet i persondataloven, men følger af en fortolkning af begrebet "personoplysninger", er herefter den, at personoplysninger om afdøde personer indsamlet før personens død fortsat er omfattet af lovens beskyttelse. For oplysninger indsamlet efter personens død gælder dette tilsvarende, såfremt der kan identificeres et "særligt beskyttelsesbehov", hvilket hovedsageligt vil være tilfældet for de følsomme oplysninger efter lovens § 7, men i øvrigt må bero på en konkret vurdering.

Af den svenske personuppgiftslagen fremgår det udtrykkeligt, at denne kun gælder for fysiske personer, der er i live, jf. lovens § 3. I norsk ret er spørgsmålet uafklaret som i Danmark, mens det er fast antaget, at den finske personuppgiftslagen gælder for afdøde

personer, jf. herom *Orrman*, Den finska personuppgiftslagens tillämpning på personuppgifter om avlidna personer, JFT, 2008, s. 56 ff.

Den tidsmæssige udstrækning af beskyttelsen er uafklaret og må bero på en konkret fortolkning. *Blume* påpeger ganske rigtigt, at en sådan tidsmæssig afgrænsning i et vist omfang må have en arbitrær karakter men opstiller dog den generelle regel, at beskyttelsen må vare "så længe de almindelige hensyn, der begrunder værnet af det informationelle privatliv, må antages at gøre sig gældende", Databeskyttelsesret, 2008, s. 19. Denne sætning peger på det centrale i overvejelsen, nemlig de bagvedliggende hensyn, men den har nok begrænset praktisk anvendelighed. Det er endvidere uklart, hvem der kan påtale og håndhæve krænkelser. Det følger af pdl. §§ 58 og 59, at Datatilsynet af egen drift kan tage sager op og udstede påbud til private dataansvarlige. Mindre klart er det, om de efterladte har nogle beføjelser i den henseende. Det må formentlig lægges til grund, at de efterladte ikke har nogen aktiv dispositionsret over den afdødes personoplysninger og således ikke kan sælge eller på anden måde videreoverdrage oplysningerne, hvis dette i øvrigt ville være i strid med loven uden den afdødes samtykke. I det hele taget må det lægges til grund, at de efterladte ikke kan give et gyldigt samtykke til tredjemands behandling af personoplysningerne, jf. bemærkningen om, at regler, der forudsætter personligt samtykke, ikke finder anvendelse på behandling af afdødes personoplysninger.

Se herved også Registertilsynets udtalelse i Rt. S j.nr. 1997-244-068 omtalt hos *Korfits Nielsen & Waaben*, Lov om behandling af personoplysninger, 2008, s. 102, hvor en fætter til en afdød person med fuldmagt fra den afdødes bror havde anmodet om registerindsigt. Registertilsynet afviste at bruge de daværende regler om registerindsigt og fastslog, at det i stedet var reglerne om videregivelse til private, der fandt anvendelse. Tilsynet begrundede dette med, at retten til registerindsigt måtte anses for en personlig ret for den registrerede, hvorfor registerindsigt kun kunne gives til den registrerede selv eller en person udstyret med fuldmagt fra den registrerede.

Et andet spørgsmål er, om de nærtstående kan retsforfølge eventuelle krænkelser af den afdødes rettigheder, herunder få udstedt et fogedforbud og anlægge et erstatningssøgsmål. Dette er næppe tilfældet. I mangel af eksplicit lovgivning, der tildeler de nærtstående en sådan ret, og på baggrund af de ovenstående lovbemærkninger, kan en sådan form for overgang af påtaleretten ikke antages hjemlet. Endelig kan man overveje, om de nærtstående kan indtræde i den klageadgang til Datatilsynet, som den registrerede selv har efter pdl. § 58. Eftersom Datatilsynet kan tage en sag op af egen drift og dermed også, når tilsynet opnår kendskab til sagen fra en nærtstående, har

spørgsmålet næppe større praktisk betydning. Af de netop anførte grunde må udgangspunktet være, at de nærtstående ikke kan have status af registreret efter § 58 ved den registreredes død. Med lovbemærkningerne må Datatilsynet dog have kompetence til at give nærtstående en sådan status. Spørgsmålet har så vidt ses ikke været behandlet i Datatilsynets praksis.

Der er grund til at være kritisk over for de betragtninger fra Registertilsynet, der førte til opretholdelsen af retstilstanden for persondataloven. Betragtningerne indeholder ingen reel argumentation ud over en henvisning til, at den hidtil gældende ordning ikke havde givet anledning til problemer. Det er et sundt udgangspunkt ikke at ændre på ting, der fungerer, men spørgsmålet om beskyttelse af afdødes personoplysninger rummer nogle principielle aspekter, som burde have været inddraget i overvejelserne, særligt når man stod for at vedtage en helt ny lov på området. Helt grundlæggende bør spørgsmålet tage udgangspunkt i, hvilke beskyttelsesinteresser man vil anerkende og varetage med en regel om afdødes ret til personoplysninger. Her kan der sondres mellem hensynet til den afdøde selv og hensynet til de efterladte. Man kan umiddelbart anføre, at der ikke er noget hensyn at tage til den afdøde, eftersom denne jo netop er død og derfor vanskeligt kan opleve brugen af oplysninger som en krænkelse. Denne betragtning spiller utvivlsomt en central rolle i de retssystemer, hvor afdødes personoplysninger er undtaget fra loven, som i f.eks. Sverige og Storbritannien.

Se også i denne retning SOU 1997:39 (s. 340), hvor den svenske Datalagskommittén foreslog at undtage oplysninger om afdøde fra lovens anvendelsesområde, idet komiteen fandt, at reglerne "bör reserveras för de fall där behovet av skydd för personlig integritet beträffande behandling av uppgifter om den berörde är mest uttalat, nämligen när det gäller den som är levande och som själv kan ha ett eget anspråk på personlig integritet i detta hänseende".

Ikke desto mindre antages det ofte, at der også er hensyn at tage til den afdøde. Ud over nogle vel nærmest moralfilosofiske overvejelser om den enkeltes ret til en værdig behandling også efter livets ophør kan betragtningen endvidere støttes på, at det allerede i levende live vil kunne opleves som en krænkelse at vide, at man efter sin død udsættes for, hvad der ville være en integritetskrænkelse i levende live. Mere åbenbart forekommer det dog, at der er et hensyn at tage til de efterladte, og dette hensyn må efter min opfattelse være det tungestvejende argument for at lade personoplysninger om afdøde være omfattet af persondataloven.

Formentlig i samme retning bet. 1345/1997, s. 212: "Flere hensyn kan efter udvalgtes opfattelse tale for, at den kommende lovgivning udstrækkes til generelt at gælde for oplysninger om afdøde personer. Der kan for det første peges på, at hensynet til den afdødes levende slægtninge og bekendte kan begrunde, at lovgivningen ikke kun værner oplysninger om afdøde personer, som direkte eller indirekte kan knyttes til en levende person, men også oplysninger som alene angår afdøde personer. Hertil kommer, at der også i et vist omfang er et hensyn at tage til den afdøde selv, idet også afdøde personer har krav på beskyttelse af den personlige integritet".

Se også *Stenvik* (om det tilsvarende spørgsmål i relation til retten til egen personlighed), Rettsbeskyttelse av personlig særpreg, TfR, 2003, s. 601 ff. (s. 643): "De nevnte bestemmelser bærer preg av at lovgiver har været opptatt av å beskytte en avdøds minne. Realistisk sett er det naturligvis de *etterlatte* som vernes mot den sjelelige lidelse som naturlig vil følge av beskyldninger mot avdøde, av krenkende utnyttelse av avdødes navn og bilde, osv." (fremhævet i original).

Hvilke hensyn der ligger til grund for reglerne om behandling af afdødes personoplysninger, har betydning for reglernes udformning. Det havde derfor været ønskeligt, om dette var fremgået klarere af lovbemærkningerne, særligt når man valgte ikke at indføre eksplicit lovregulering af spørgsmålet.

Lægger man primært vægt på hensynet til den afdøde selv, er der ikke behov for at tildele de nærtstående en påtaleret eller andre former for rettigheder til den afdødes personoplysninger. Lægger man omvendt primært vægt på hensynet til de nærtstående, vil det være nærliggende at udstyre dem med sådanne rettigheder. Den model, der er lagt til grund i lovbemærkningerne, og som udspringer af Registertilsynets praksis, synes som beskrevet ikke at tildele de nærtstående nogle former for rettigheder og synes således at vægte hensynet til den afdøde selv. Forskellen mellem de to modeller trækker tråde til diskussionen, om persondataretten primært er en offentligretlig forbudsregulering eller en privatretlig rettighedsregulering. Opfatter man primært persondataretten som en privatretlig rettighedsregulering, er det nærliggende også at tildele de nærtstående visse rettigheder, særligt hvis man anser hensynet til de efterladte som det væsentligste hensyn i en beskyttelse af afdødes personoplysninger. I så fald er der grund til at være kritisk over for den retstilstand, som er etableret med lovbemærkningerne og Registertilsynets tidligere praksis, jf. også afsnit 6.8 nedenfor.

6.7. Retten til eget billede

Der findes enkelte afgørelser om retten til eget billede efter den afbilledes død. I en dom fra København Byret af 11. januar 2001 (C-5576/2000), hav-

de Post Danmark udsendt en frimærkeserie under navnet "Dansk Revy" i anledning af dansk revys 150-års jubilæum. Et af frimærkerne afbildede Dirch Passer og Kjeld Petersen. Sammen med frimærkeserien blev udgivet "souvenirmapper", som bl.a. indeholdt flere tegninger og fotografier af Dirch Passer, der døde i 1980, 18 år før udsendelsen af frimærkerne. Dirch Passers arvinger protesterede over brugen af Dirch Passers billede i denne sammenhæng og krævede erstatning. Byretten gav arvingerne medhold med følgende begrundelse:

> "Retspraksis har anerkendt en almindelig retsgrundsætning om retten til eget billede. Det er usikkert, om denne ret består, når den afbildede er død. Uanset Dirch Passer på udgivelsestidspunktet havde været død i 18 år, var han fortsat kendt af et stort publikum som følge af visning af film og filmklip i fjernsynet, radioudsendelser, udgivelser af video m.m. Ophavsrettighederne er efter det oplyste en væsentlig indtægtskilde for hans arvinger. Under disse omstændigheder finder retten, at arvingerne på samme måde som Dirch Passer har en personlig interesse i, hvorledes hans portræt og de værdier, som forbindes med dette, udnyttes, ligesom sagsøgerne [arvingerne] almindeligvis vil kunne påregne at opnå en økonomisk fortjeneste ved en kommerciel udnyttelse. Det medgives sagsøgte, at hovedformålet med udgivelsen af frimærkeserien "Dansk Revy" har været at markere en dansk mærkedag. Men da frimærkeserien portrætterer netop personer, der, selv om de er afgået ved døden, er kendt af et stort publikum, findes sagsøgte [Post Danmark] i sin markedsføring at have udnyttet den goodwill, der er knyttet til disse personer. Retten finder, at en sådan udnyttelse kræver livsarvingernes samtykke. Sagsøgte har ikke søgt at indhente et samtykke".

Byretten lægger således til grund, at retten til eget billede ved rettighedshaverens død overgår til dennes arvinger. Dette gælder efter præmisserne både den ideelle ret ("… at arvingerne har en personlig interesse i, hvorledes hans portræt og de værdier, som forbindes med dette, udnyttes …") og den økonomiske ret ("… ligesom sagsøgerne [arvingerne] almindeligvis vil kunne påregne at opnå en økonomisk fortjeneste ved en kommerciel udnyttelse").

Det samme resultat følger formentlig af Sø- og Handelsrettens dom i U.2000.2068SH, hvor sagsøger, der var søn af den berømte sølvsmed Georg Jensen, der døde i 1935, gjorde gældende, at virksomheden Royal Scandinavia, der bl.a. omfattede det tidligere Georg Jensens Sølvsmedie A/S, ikke var berettiget til at bruge faderens portræt, navn eller signatur i sine kommercielle aktiviteter. Om retten til at anvende Georg Jensens billede anførte retten: "Spørgsmålet er herefter om sagsøger kan gøre indsigelse mod sagsøgtes kommercielle brug ud fra retspraksis om retten til eget billede. Efter Georg Jensens status og den tilknytning, som han havde til Georg

Jensens Sølvsmedie, herunder som dens stifter, er det naturligt, at sagsøgte i sin markedsføring anvender Georg Jensens portræt … Under disse omstændigheder finder retten ikke at burde afskære sagsøgte fra at anvende Georg Jensens portræt i sin markedsføring … Retten finder dog anledning til at bemærke, at dette ikke bør medføre, at alle portrætter bør anvendes, ligesom gengivelser af portrætter bør være retvisende og loyale samt ske med respekt for Georg Jensens person som kendt og betydelig kunstner, således at hans omdømme som person og kunstner ikke lider skade. Anvendelsen af billedet af Georg Jensen sammen med en fotomodel i kataloget fra 1972 opfylder ikke sådanne krav". Sø- og Handelsretten slår først fast, at den kommercielle udnyttelse er tilladt under hensyntagen til Georg Jensens tilknytning til virksomheden. Hermed synes retten at acceptere, at retten til eget billede kan bestå efter den afbilledes død. I modsat fald havde det været mere nærliggende blot at slå fast, at retten var udtømt ved død. Dernæst slår Sø- og Handelsretten fast, at selvom der i det konkrete tilfælde er en ret til at bruge billeder for virksomheden, skal dette ske med respekt af de personlighedshensyn, der bærer den ideelle beskyttelse af retten til eget billede. Retten lægger med andre ord til grund, at den ideelle beskyttelse af retten til eget billede består efter den afbilledes død.

Endelig kan der peges på Højesterets dom i U.1990.65/2H, hvor en bank i en annonceserie med små beskrivelser af historiske personer havde omtalt A.P. Møller og vist et billede af dennes barndomshjem. Rederiet A.P. Møller A/S og Firmaet A.P. Møller protesterede mod denne brug af A.P. Møllers person, hvorefter banken anlagde anerkendelsessøgsmål med påstand om, at annoncen ikke havde været retsstridig. Højesteret fastslog imidlertid, at de to A.P. Møller-virksomheder havde en sådan tilknytning til personen A.P. Møller, at de ud fra almindelige retsgrundsætninger og principperne for god markedsføringsskik og god bankskik havde krav på, at hans navn ikke uden deres samtykke anvendtes til reklamemæssigt formål som sket. Det er dog vanskeligt at udlede af dommen, om resultatet er begrundet i en beskyttelse af personen A.P. Møller eller en beskyttelse af virksomhederne A.P. Møller, som risikerede at blive associeret med omtalen af personen grundet navnesammenfaldet og den historiske relation i øvrigt. Således formentlig den dissentierende dommer i Sø- og Handelsretten (hvor banken fik medhold af de øvrige dommere): "… at annonceringen af den almindelige læser vil blive forstået således, at personen A.P. Møller og dermed indirekte også det nuværende firma A.P. Møller, der viderefører virksomheden, bliver taget til indtægt for Bonusbankens averteringefter indskud".

Der kan på denne baggrund næppe være tvivl om, at både den ideelle og den økonomiske beskyttelse af retten til eget billede også gælder efter den afbildedes død, således også *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 92 f., *Alsøe* i

Schønning m.fl. (red.), Personlighedsret, s. 225 og *Lambert* samme sted s. 276.

Den svenske Lag om namn och bild i reklam (1978:800) gælder ifølge lovforarbejderne ikke for afdøde, jf. SOU 1976:48, s. 41. Kritisk hertil *Pehrson*, Kändisar i reklam. Marilyn gratis men Kalle kostar kulor, Affärsrätt, nr. 1, 1984, s. 12. Levin har *de lege ferenda* foreslået beskyttelse i en periode på 10 år efter død, *Levin*, Rätt till egen bild, s. 106. Retstilstanden i Norge er formentlig i overensstemmelse med, hvad der ovenfor er anført at gælde under dansk ret, se om spørgsmålet i norsk ret, *Stenvik*, a.st., s. 643.

I tysk ret har Bundesgerichtshof med to samtidige afgørelser fra 1999 (GRUR, 2000, s. 709 ff. og s. 715 ff.) om kommerciel billedbrug af Marlene Dietrich, slået fast, at den økonomiske beskyttelse af *das Persönlichkeitsrechts* også gælder efter døden. Marlene Dietrichs arvinger var derfor berettiget til kompensation for billedbrugen. Se hertil *Müller*, Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – Die neueste Rechtsprechung des BGH zum postmortalen Persönlichkeitsrecht, GRUR, 2003, s. 31 ff. I amerikansk ret har staten Californien (hvor retten til egen personlighed pga. de mange filmstjerner mv. har en særlig stor praktisk betydning) siden 1985 haft lovgivning, der sikrer *the right to personality* også efter døden. Ved to afgørelser fra 2007 (den ene er omtalt i IIC, 2007, s. 859 ff.) fra distriktsdomstole anlagt mod Marilyn Monroes arvinger blev det imidlertid fastslået, at loven kun gjaldt for personer, der var døde efter lovens ikrafttræden. Herefter blev den californiske lovgivning ændret, så post mortem-beskyttelsen gælder for alle personer. En tilsvarende lovgivning er under indførelse for staten New York (Assembly Bill 8836).

Spørgsmålet er herefter, hvilke rettigheder der overgår ved rettighedshaverens død, og til hvem de overgår. Her må der sondres mellem overgang af økonomiske rettigheder og ideelle rettigheder.

De økonomiske rettigheder har karakter af et formuegode og må behandles på lige fod med andre immaterielle formuegoder, der overgår i henhold til arvelovgivningens regler herom, jf. nærmere ovenfor. Således også Dirch Passer-dommen citeret ovenfor. Heraf følger, at arvingerne kan gøre erstatningskrav og andre krav om økonomisk kompensation gældende i samme omfang, som rettighedshaveren selv kunne have gjort.

I Georg Jensen-dommen, U.2000.2068SH, blev det lagt til grund, at en persons signatur var beskyttet som en del af personens integritet, hvorfor det var en krænkelse at udnytte Georg Jensens signatur i kommercielt øjemed. Georg Jensens søn fik imidlertid ikke erstatning, idet retten ikke fandt et tab dokumenteret. Heraf må modsætningsvis følge, at der var blevet tildelt sønnen erstatning, såfremt der kunne dokumenteres et økonomisk tab.

Det må endvidere følge heraf, at arvingerne er berettiget til at overdrage rettighederne både i form af en fuldstændig rettighedsoverdragelse og ved licensering, dog under respekt af de ideelle rettigheder, jf. straks nedenfor.

At overdragelsen af de økonomiske rettigheder følger arverettens almindelige regler, medfører, at disse regler afgør, hvem der erhverver rettighederne og dermed kan rejse erstatningskrav i krænkelsessager.

Alsøe gør i *Schønning m.fl.* (red.), a.st., s. 225 ff. gældende, at det må bero på et individuelt tilknytningskriterium, hvem der kan påtale rettighedskrænkelser, og opstiller en formodning for, at arvingerne i almindelighed har en sådan tilstrækkelig tilknytning til den afdøde, at disse kan påtale rettighedskrænkelser. Tilknytningskriteriet bevirker dog, at testamentariske arvinger ikke nødvendigvis vil have den fornødne tilknytning til den afdøde. Er arvingen en velgørende forening, som f.eks. Kattens Værn eller Red Barnet, vil den fornødne tilknytning ifølge Alsø normalt ikke være til stede, og det vil da virke "anstrengt, at den pågældende skal have en påtaleret over for portrætafbildninger og lignende af den afdøde". Tanken om et individuelt tilknytningskriterium har sin relevans ved vurderingen af, hvem der kan påtale krænkelser af de ideelle rettigheder, jf. straks nedenfor, men retten til at påtale og forfølge krænkelser af de økonomiske rettigheder må afgøres af de arveretlige regler. Testamenterer en berømt skuespiller alt hvad vedkommende ejer og har til en velgørende fond, må dette også omfatte de økonomiske rettigheder til udnyttelse af den pågældendes portræt, navn, signatur m.m., på samme måde som det utvivlsomt gælder for skuespillerens eventuelle ophavsrettigheder.

Det kan ikke af den foreliggende retspraksis udledes, hvem der får ret til at påtale krænkelser af de *ideelle rettigheder*. Det må formodes, at i hvert fald de nærtstående efterladte har en sådan ret. Endvidere må rettighedshaveren kunne overføre denne ret ved testamente. Er den testamentariske arving ikke en af de nærtstående, vil således både de nærtstående og arvingen have påtaleret. Hvilke familierelationer der skal bestå, før en person har karakter af "nærtstående", står åbent, men det vil være nærliggende at tage udgangspunkt i ohl. § 81, stk. 2 (ægtefæller, slægtninge i ret op- eller nedstigende linje og søskende).

Næste spørgsmål er, hvilke former for rettigheder de påtaleberettigede udstyres med. Klart er det, at de har retten til at forhindre den krænkende brug af den afdødes portræt gennem begæring herom til krænkeren og i sidste ende ved gennemtvingelse af fogedforbud. Mere usikkert er det, om de påtaleberettigede i tillæg hertil kan fremsætte økonomiske krav i form af tortgodtgørelse eller lignende for krænkelsen af de ideelle rettigheder. Såfremt de påtaleberettigede selv har haft en sådan tilknytning til den afdøde, at krænkelsen også vil være en krænkelse af deres følelser gennem deres bånd til den afdøde, kan der argumenteres for, at de påtaleberettigede som

umiddelbart krænkede har krav på godtgørelse, i denne retning *Alsøe*, a.st., s. 223. Omvendt må et krav på økonomisk godtgørelse i en situation, hvor der ikke kan dokumenteres et økonomisk tab, kræve en klar hjemmel, og en sådan synes ikke at bestå. Særligt må det antages, at eal. § 26 ikke finder anvendelse. Det følger således af retspraksis, at der ikke gives tortgodtgørelse for sorg, psykisk smerte og lignende påført pårørende til et offer, jf. *Møller & Wiisbye*, Erstatningsansvarsloven, 2002, s. 569. Ved lov nr. 35 af 21. januar 2003 (om godtgørelse til efterladte ved dødsfald) blev der indføjet en ny § 26 a i loven, som fastslår, at efterladte i særlige tilfælde kan kræve godtgørelse ved nærtståendes dødsfald forårsaget af en anden med forsæt eller ved grov uagtsomhed. Heraf følger modsætningsvis, at der ikke i andre tilfælde kan kræves godtgørelse for psykiske lidelser påført ved forulempelser af nærtstående, f.eks. dødsfald der er forårsaget ved simpel uagtsomhed eller forulempelser af nærtstående, som ikke medfører dødsfald, jf. bet. 1412/2002, afsnit 5.3. Kan eksempelvis et groft overfald ikke udløse tortgodtgørelse til nærtstående, må det så meget desto mere gælde, at en uberettiget billedbrug ikke kan det. Man kan overveje, om der kan gøres en *post mortem*-krænkelse gældende, således at den afdøde er den krænkede part, og den nærtstående blot indtaler godtgørelseskravet på den afdødes vegne. Også dette må dog afvises, da der formentlig må kræves at bestå en (nulevende) person, der er blevet forurettet af krænkelsen, tilsvarende *Alsøe*, a.st.

I Georg Jensen-sagen afviste et flertal i Sø- og Handelsretten at tildele arvingen vederlag for den uberettigede brug af signaturen under henvisning til, at arvingen ikke havde "en personlig ret til signaturen". Hvad der nærmere ligger i denne formulering forekommer ikke klart, men mest nærliggende er det, at flertallet ikke mente, arvingen havde krav på godtgørelse for krænkelse af ideelle rettigheder, når det var faderens ideelle ret, der var krænket.

Med konstateringen af, at retten til eget billede overlever den afbilledes død, opstår endelig spørgsmålet, hvor længe retten vedbliver at bestå.

Reglen i vml. § 14, nr. 4, må tillægges en vis betydning i denne henseende. Bestemmelsen fastslår, at der ikke kan registreres varemærker, som indeholder person- eller virksomhedsnavne eller portrætter medmindre, der er tale om "for længst afdøde personer".

Hvornår en person mere præcist "for længst er afdød" efter vml. § 14, nr. 4, er ikke afklaret. *Wallberg*, Varemærkeret, 2008, s. 202, antager, at der skal være gået to generationer svarende til ca. 70 år. *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 93, antager, at der skal være gået ca. 100 år. I Georg Jensen-sagen anså retten ikke 65 år for tilstrækkeligt.

Heraf følger modsætningsvis, at det er tilladt at registrere varemærker indeholdende personbilleder, når personen for længst er død. Eftersom det er en ganske intensiv udnyttelse at anvende andres navn eller billede i sit varemærke, må det så meget desto mere også være lovligt at bruge en persons billede i kommercielle sammenhæng, uden at der foreligger et varemærke, når den afbillede for længst er død. Se tilsvarende Sø- og Handelsrettens udtalelse i Georg Jensen-sagen: "Beskyttelsen af afdøds signatur findes ikke i tidsmæssig henseende at burde være kortere end den beskyttelse, der ville være givet, såfremt signaturen var søgt registreret som selvstændigt varemærke. Da Georg Jensen jævnfør det ovenfor anførte ikke kan anses for for længst afdød, tages sagsøgers påstand A1 [hvorefter virksomheden blev tilpligtet at anerkende at være uberettiget til at anvende signaturen kommercielt] til følge". Sø- og Handelsrettens formulering er ikke elegant. Taget for pålydende fører den til, at signaturbeskyttelsen er evigtvarende, da varemærkeretten som udgangspunkt ikke hører op. Der er dog næppe tvivl om, at meningen har været at give signaturbeskyttelsen samme tidsmæssige udstrækning som følger af § 14, nr. 4, jf. den efterfølgende sætning om, at Georg Jensen ikke er en for længst afdød person, således også *Alsøe*, a.st., s. 230.

At princippet i vml. § 14, nr. 4, må have betydning for den tidsmæssige udstrækning af retten til eget navn og billede, er også antaget i litteraturen, jf. således *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 93, *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 2, 2008, s. 84 og *Lampert* i *Schønning m.fl.* (red.), Personlighedsret, 2007, s. 278. Se tilsvarende for norsk ret *Stenvik*, a.st., s. 643 og for finsk ret *Tiili*, a.st., s. 34 f.

Dette er dog ikke ensbetydende med, at beskyttelsestiden for retten til eget billede altid vil følge princippet i vml. § 14, nr. 4. I mangel af en eksplicit bestemmelse med en fast beskyttelsesperiode, som det kendes fra de lovregulerede områder, vil det bero på en konkret vurdering, om billedbrugen i den enkelte sag krænker beskyttede rettigheder. Denne vurdering må, i hvert fald for den ideelle beskyttelse, antages bl.a. at bero på, hvor længe den afbillede har været død. Jo længere tid der er gået siden den afbilledes død, jo mindre er sandsynligheden for, at de nærtstående kan gøre en ideel krænkelse gældende. Man kan derfor godt forestille sig, at en grov krænkelse vil kunne påtales i længere tid end en mindre grov krænkelse, tilsvarende *Lampert*, a.st., s. 230 f., som dog ikke sondrer mellem de ideelle og de økonomiske rettigheder i denne henseende.

6.8. Horisontale betragtninger

Den ovenstående gennemgang viser, at alle typerne af informationsrettigheder består efter rettighedshaverens død. Eksistensen af en sådan *post mortem*-ret synes således grundlæggende for informationsretten.

Ser man herefter på, hvem retten overgår til, og i hvor lang tid, er der behov for at sondre mellem overgangen af økonomiske og ideelle rettigheder.

Overgangen af de *økonomiske rettigheder* følger for alle discipliner de almindelige arveretlige regler. Den tidsmæssige udstrækning af rettighederne er derimod forskellig. Generelt indtræder arvingen i rettighedshaverens sted og opnår eneretten i samme tidsmæssige udstrækning, som rettighedshaveren selv havde gjort. Dette gælder dog ikke ophavsretten, hvor beskyttelsesperioden er fastlagt ud fra tidspunktet for ophavsmandens død. Tilsvarende er den økonomiske beskyttelse af retten til eget billede fastsat selvstændigt for arvingerne. At beskyttelsesperioderne er forskellige for de forskellige former for enerettigheder, illustrerer, at vægtningen af de forskellige bagvedliggende hensyn kan føre til forskellige resultater.

Reglerne om overgangen af de *ideelle rettigheder* er ikke på tilsvarende vis entydige. Ikke desto mindre kan man spore nogle tydelige fællestræk. For alle disciplinerne, der rummer en beskyttelse af ideelle rettigheder, kan identificeres samme grundlæggende reguleringstemaer. For det første spørgsmålet om, hvem rettighederne overgår til. For det andet spørgsmålet om, hvilke rettigheder der overgår, herunder særligt retten til at forbyde krænkelser, retten til at kræve godtgørelse for krænkelser og retten til at tillade rettighedskrænkelser. Og for det tredje spørgsmålet om beskyttelsesperioden.

Spørgsmålet om, hvem rettighederne overgår til, afhænger af, hvilken rettighed der tales om. Retten til at påtale krænkelser og nedlægge forbud herimod tilkommer efter ophavsretsloven arvingen af rettighederne i kombination med den afdødes nærtstående, hvis disse ikke er arvinger. Spørgsmålet er, som området i det hele taget, ikke særskilt reguleret for retten til eget billede, men der er intet, som tilsiger, at det samme ikke skulle gælde på dette område. Den gennemgåede retspraksis synes da også at pege i denne retning. I persondataretten fremstår det ikke klart, om de nærstående har en selvstændig påtaleret, men i lyset af lovens forarbejder og Registertilsynets praksis, hvortil forarbejderne henviser, synes dette ikke at være tilfældet. Det er vanskeligt at se, hvorfor en nærtstående ikke skulle have en sådan påtaleret, og det havde været ønskeligt, hvis loven eksplicit havde fastslået dette. I bet. 1345/1997, s. 212 f., anfører Registerudvalget, at flere

hensyn taler for at udstrække persondataloven til oplysninger om afdøde, herunder hensynet til de efterladte. Når udvalget alligevel anbefalede ikke at lade oplysninger om afdøde være omfattet, skyldtes det, at denne løsning efter udvalgets opfattelse ville give "anledning til en række problemer, som vanskeligt lader sig overskue fuldt ud. Det gælder f.eks. i relation til spørgsmålet om, hvornår behandling af oplysninger om afdøde kan finde sted, herunder om – og i givet fald hvem – der på den afdødes vegne kan meddele samtykke til behandlingen. Der kan endvidere peges på, at også spørgsmålet om, hvem – om nogen – som kan udøve de i lovudkastet kapitel 8-10 indeholdte rettigheder, der som udgangspunkt tilkommer den registrerede selv, vanskeligt lader sig besvare". De betænkeligheder, som Registerudvalget giver udtryk for, synes ikke at kunne begrunde helt at holde oplysninger om afdøde uden for lovens område. En påtaleret for de nærtstående ville kunne gennemføres uden vanskeligheder, og i det hele taget ville den ophavsretlige regulering kunne give god inspiration. Hermed ville persondataretten blive bragt på linje med de øvrige lovbestemmelser, der regulerer spørgsmålet, og som alle giver de nærtstående efterladte en påtaleret. Det gælder, ud over ophavsretsloven, navnelovens §§ 26 og 27, der beskytter mod uberettiget brug af beskyttede navne, strfl. § 264 d om retsstridig videregivelse af oplysninger eller billeder af privat karakter og rpl. § 725, stk. 1, om privat påtale af straffelovsovertrædelser.

Det må endvidere overvejes, om de efterladtes ret til at påtale og få nedlagt forbud mod en krænkende brug kan suppleres af en ret til at kræve godtgørelse for krænkelsen. Det er uafklaret, om ohl. § 61 sammenholdt med § 83, stk. 3, hjemler en sådan ret for arvingerne af ophavsretten. Det springende punkt er, om den ideelle krænkelse, arvingerne vil kunne føle på den afdøde ophavsmands vegne, kan siges at udgøre en skadevirkning i bestemmelsens forstand, hvilket hverken forarbejderne eller retspraksis har forholdt sig til. Derimod må det antages, at de efterladte ikke kan kræve godtgørelse for en krænkende brug af den afdødes billede, jf. herved de principper der er lagt til grund for eal. § 26 a og bemærkningerne til bestemmelsen. Tilsvarende må det afvises, at de efterladte kan kræve tortgodgørelse for en uberettiget brug af afdødes personoplysninger efter persondataloven. Dette følger allerede af, at de efterladte som beskrevet formentlig ikke har nogen påtaleret, men selvom de havde, rummer persondataloven ingen hjemmel til at kræve godtgørelse, ligesom eal. § 26 ikke kan finde anvendelse ud fra samme betragtning, som gør bestemmelsen uanvendelig ved krænkelse af retten til eget billede. Fra et informationsretligt perspektiv er den væsentlige pointe, at spørgsmålet om tortgodtgørelse for alle disci-

pliner beror på samme grundlæggende spørgsmål: Kan de efterladtes bånd til den afdøde medføre, at den ideelle krænkelse af rettighederne opleves som en krænkelse af de efterladte i en sådan grad, at det berettiger disse til en tortgodtgørelse? Svaret ligger i § 83, stk. 3, for ophavsrettighederne og i eal. §§ 26 og 26 a for de øvrige rettigheder, og det er i den forbindelse værd at bemærke, at bemærkningerne til § 83, stk. 3 (indeholdt i den daværende § 56, stk. 1) i 1961-ohl. udtrykkeligt angav, at bestemmelsen til en vis grad kunne sidestilles med eal. § 26 (daværende § 15 i ikrafttrædelsesloven til borgerlig straffelov af 15. april 1930). I det omfang man, *de lege ferenda*, vil give efterladte mulighed for at kræve tortgodtgørelse, ses der ikke at være grunde til, at de kriterier, der kunne have betydning for afgrænsningen, ikke skulle have relevans på tværs af de enkelte discipliner. Man kan f.eks. forestille sig, at en krænkelse af rettighederne, der får den afdøde til at fremstå i et uheldigt lys i offentligheden, dvs. en krænkelse af personlighedshensynet, i højere grad vil berettige til en godtgørelse, end en krænkelse af privatlivshensyn, f.eks. uretmæssig behandling af personoplysninger der ikke indebærer en offentliggørelse af oplysningerne. Det ligger dog uden for rammerne af dette kapitel nærmere at analysere sådanne afgrænsningskriterier.

Endvidere er det et gennemgående spørgsmål, om de efterladte kan give tilladelse til en brug, der ville stride mod de ideelle rettigheder. I ophavsretten fremgår det af lovbemærkningerne, at dette ikke er tilfældet. Tilsvarende gælder for persondataretten. Selvom de efterladte havde kompetence til at påtale krænkelser, må det følge af lovbemærkningerne og Registertilsynets praksis, at de ikke kan give et samtykke til behandlingen. Behandlingen vil derfor under alle omstændigheder kun finde sted, hvis den har hjemmel i en af persondatalovens undtagelsesregler. Spørgsmålet er ikke afklaret for retten til eget billede, men det ønske om at værne den afdødes eftermæle, der må anses for centralt i ophavsretten og persondataretten, kan gøres gældende med samme styrke på dette område og må derfor også antages at gælde her. Også her er der således et sammenfald mellem de tre områder.

Endelig har spørgsmålet om, hvor længe beskyttelsen skal vare, været behandlet i alle de tre discipliner. I ophavsretten følger svaret uden videre af ohl. § 63, hvorefter både den økonomiske og den ideelle ret varer i 70 år fra ophavsmandens død. Spørgsmålet er ikke afklaret for persondataretten eller retten til eget billede. Grundlæggende beror varigheden på, hvor længe brugen kan antages at blive oplevet som krænkende for de efterladte. Dette

understreges af princippet i vml. § 14, nr. 4 og formodningen om, at der skal være gået to generationer, før beskyttelsen ophører.

Sammenfattende har gennemgangen af spørgsmålet om rettighedens overgang ved dødsfald vist, at der også på dette område kan identificeres grundlæggende fællestræk i reguleringen og fortolkningen på tværs af disciplinerne men med en opdeling af de økonomiske og de ideelle rettigheder. Navnlig overgangen af de ideelle rettigheder giver anledning til vanskelige spørgsmål, som lovgivningen ikke eller kun sporadisk har forholdt sig til. Med den begrænsede fokus på disse spørgsmål, er det naturligt, at der heller ikke er søgt inspiration fra de øvrige discipliner. Så meget desto mere taler det for den horisontale relevans også på dette område, at man i de enkelte discipliner alligevel har kredset om de samme løsningsmodeller på identiske problemstillinger. Den mest markante uoverensstemmelse mellem disciplinerne er de efterladtes manglende ret til at påtale krænkelser efter persondataloven, og dette resultat er der som beskrevet grund til at være kritisk over for. Uhensigtsmæssigheden opstår med andre ord, når reguleringen ikke sker inden for rammerne af de informationsretlige grundsætninger, som kan identificeres på området. Disse grundsætninger kan på baggrund af de ovenstående analyser sammenfattes på følgende måde.

- *Informationsrettighederne går over ved rettighedshaverens død.*

- *De økonomiske rettigheder går i arv i henhold til arverettens almindelige regler.*

- *Krænkelse af de ideelle rettigheder kan påtales og håndhæves af rettighedshavernes nærtstående og eventuelle arvinger. De efterladte kan som udgangspunkt ikke kræve godtgørelse og kan ikke give tilladelse til en krænkende brug.*

- *Varigheden af de økonomiske rettigheder beror på de almindelige regler herom inden for de enkelte discipliner.*

- *Varigheden af de ideelle rettigheder beror på, hvor længe brugen kan opleves som krænkende for de efterladte.*

7. Økonomisk kompensation for krænkelse af informationsrettigheder

7.1. Problemstillingen

Krænkelser af informationsrettigheder vil ofte kunne påføre rettighedshaveren betydelige tab, ikke mindst når krænkelsen indebærer, at krænkeren gør ulovlige kopier eller andre former for konkurrerende produkter tilgængelige på markedet. Denne tendens er gennem de senere år forstærket af, at information har fået en stigende økonomisk betydning. Den almindelige erstatningslære med culpareglen som udgangspunkt vil uden vanskeligheder kunne rumme de tab, som rettighedskrænkelser fører med sig, og selv uden særskilte kompensationsbestemmelser vil der derfor bestå det fornødne hjemmelsgrundlag til at rejse erstatningskrav mod krænkere af informationsrettigheder. Lige så enkelt det er at håndtere erstatningskrav på dette principielle plan, lige så vanskeligt har det været at håndtere dem på det praktiske plan. Problemstillingen består særligt i erstatningslærens krav om, at skadelidte skal dokumentere eller sandsynliggøre et økonomisk tab. Det har vist sig meget vanskeligt at dokumentere tab, eller i hvert fald det fulde tab, ved krænkelse af informationsrettigheder, og det har været en udbredt opfattelse, at erstatningsudmålingen i retspraksis har været for lav, jf. nærmere nedenfor.

Disse problemer har inden for de immaterialretlige discipliner, der er genstand for de mest omfattende krænkelser, gennem årene været søgt løst ved forskellige særregler til supplement af de almindelige erstatningsretlige regler. Disse særregler om bl.a. "rimeligt vederlag" og god tros-erstatning har imidlertid gennem tiden haft en begrænset effekt. Med retshåndhævelsesloven, der implementerer retshåndhævelsesdirektivet (dir. 2004/48), er nu gjort endnu et forsøg på at styrke rettighedshavernes mulighed for at opnå fuld økonomisk kompensation for krænkelser af immaterielle rettigheder. Loven, som trådte i kraft 1. januar 2006, indfører en række nyskabelser i relation til tabsopgørelsen, som bryder med den almindelige erstatningslære. Loven er særligt interessant i analysen af den horisontale informationsret, fordi den opstiller en immaterialretlig kompensationslære på tværs af de enkelte discipliner.

Som det skal påvises i det følgende, kan den immaterialretlige kompensationslære ses som udtryk for nogle grundlæggende informationsretlige principper for beregningen af den økonomiske kompensation ved krænkelse af informationsrettigheder.

7.2. Immaterialretsdisciplinerne

Vanskelighederne ved at dokumentere det fulde tab ved immaterialretskrænkelser har som beskrevet været erkendt gennem mange år, jf. f.eks. *Eva Aaen Skovbo*, Erstatning for ophavsretlige krænkelser, 2005, s. 407 ff., *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 517 og *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 3, 2008, s. 310. Disse problemer har været søgt imødegået i de enkelte discipliner. Den patentretlige erstatningsbestemmelse har siden 1967 fastslået, at rettighedshaveren som minimum kan kræve et rimeligt vederlag for uretmæssig brug af patentet. En tilsvarende regel er ligeledes senere indført i de øvrige immaterialretslove. Ophavsretsloven har endvidere indeholdt en bestemmelse om mulighed for erstatning også i tilfælde, hvor krænkeren var i god tro. Endvidere har ophavsretsloven givet mulighed for dækning af ikke-økonomiske skader.

Med den kompensationsmodel, der blev indført med implementeringen af retshåndhævelsesdirektivet, blev kompensationsadgangen for første gang gjort identiske på tværs af de immaterialretlige discipliner. Grundreglen for kompensation er herefter følgende (ohl. § 83, pl. § 58 og vml. § 43):

> "Den som forsætligt eller uagtsomt [krænker en immaterialret], skal betale
> 1) et rimeligt vederlag til den forurettede for udnyttelsen og
> 2) en erstatning til den forurettede for den yderligere skade, som overtrædelsen har medført.
>
> *Stk. 2.* Ved fastsættelse af erstatning efter stk. 1, nr. 2, skal der tages hensyn til blandt andet den forurettedes tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste.
>
> *Stk. 3.* I sager, der omfattes af stk. 1, kan der derudover fastsættes en godtgørelse til den forurettede for ikke-økonomisk skade".

Muligheden for at kræve rimeligt vederlag svarer til den, der også gjaldt forud for de nye kompensationsregler. Derimod er det en nyskabelse, og ikke i overensstemmelse med almindelige erstatningsretlige principper, at der ved fastsættelsen af erstatningen skal tages hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste. Det er endvidere nyt, at adgangen til at kræve godtgørelse nu gælder alle immaterialretsdisciplinerne og ikke kun inden for ophavsretten. Endelig indebærer reglen, at den adgang til at kræve erstatning af krænkere i god tro, der tidligere gjaldt i ophavsretten, ikke længere består. I det følgende beskrives de tre typer af krav, der kan rejses efter bestemmelsen: rimeligt vederlag, erstatning for yderligere skade og godtgørelse.

a. Rimeligt vederlag

Reglen om rimeligt vederlag kom som nævnt først ind i patentloven. Det er i patentretten lagt til grund, at det rimelige vederlag som udgangspunkt skal fastsættes til en passende licensafgift, såfremt der var sket licensering. I mangel af en fast licenspraksis er udgangspunktet et beløb svarende til, hvad rettighedshaveren med rimelighed kunne have forlangt, jf. *Schovsbo & Rosenmeier*, Immaterialret, 2008, s. 531 med henvisning til U.2007.1219H, der endvidere fastslog, at beløbet ved fortsat usikkerhed måtte fastsættes ud fra den markedsmæssige værdi af fordelen for krænkeren ved at anvende det krænkende produkt. Schovsbo og Rosenmeier, a.st., antager, at disse principper gælder generelt for de immaterialretlige discipliner. Det er i lovbemærkningerne til vml. § 43 angivet, at begrebet "rimeligt vederlag" skal forstås i overensstemmelse med det tilsvarende begreb i patentretten. Selvom størrelsen af det rimelige vederlag fastsættes under hensyntagen til en fiktiv licensering, er det ikke et krav, at rettighedshaveren ville have udstedt en licens til krænkeren. Uanset at rettighedshaveren ikke ville have givet sit samtykke til udnyttelsen, kan der derfor stadig kræves rimeligt vederlag, som om et sådant samtykke ville være givet.

b. Erstatning for yderligere skade

Såfremt rettighedshaveren kan dokumentere et tab, der ligger udover det rimelige vederlag, kan dette også kræves erstattet. Erstatning forudsætter, at de almindelige erstatningsretlige regler er opfyldt, dvs. navnlig at der er handlet culpøst, og at der foreligger adækvans og kausalitet. Det vanskeligste spørgsmål består typisk i at dokumentere tabets størrelse. Det vil navnlig være følgende fire typer af poster, der indgår i denne vurdering, jf. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 535: 1) afsætningstabet, 2) krænkerens uberettigede fortjeneste, 3) tabet ved markedsforstyrrelser og 4) visse interne tab.

Se også nærmere om de enkelte poster *Riis*, a.st., s. 251 ff. og *Niels M. Andersen m.fl.*, Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, 2006, s. 443 ff.

Posterne 1, 3 og 4 følger af de almindelige erstatningsretlige regler. Den praktiske væsentligste af disse tre poster er afsætningstabet, der dækker rettighedshaverens mistede avance som følge af en reduktion i salgstallet. I praksis vil det ofte være vanskeligt med nogenlunde sikkerhed at fastslå, hvor mange ekstra eksemplarer rettighedshaveren kunne have solgt, såfremt der havde fundet en krænkelse sted. Særligt i sager om piratkopiering kan det ikke uden videre lægges til grund, at krænkerens salg svarer til rettig-

hedshaverens mistede salg, da kopivarerne normalt sælges væsentligt billigere end originalen og dermed har et andet og større publikum. Af samme grund fastsættes afsætningstabet ofte skønsmæssigt og som nævnt ofte til et relativt lavt beløb. Tabet ved markedsforstyrrelser kan f.eks. have relevans, hvor der sendes underlødige kopiprodukter på markedet, som underminerer originalproduktets og/eller rettighedshaverens renomme. Også dette tab vil typisk være skønsmæssigt fastsat. Interne tab kan f.eks. være udgifter til konstatering af krænkelsen, prøveindkøb mv. og bevissikringsundersøgelser.

Nyskabelsen består som nævnt i post 2, hvorefter tabsopgørelsen kan medtage krænkerens uberettigede fortjeneste. Det vil ofte være nemmere at dokumentere krænkerens faktiske fortjeneste end rettighedshaverens hypotetiske fortjeneste, såfremt krænkelsen ikke havde fundet sted. Det må derfor forventes, at denne mulighed vil give rettighedshaveren bedre mulighed for at dokumentere et tab.

Se dog i anden retning *Riis*, a.st., s. 296 f., der påpeger, at krænkerens fortjeneste ikke udgør en selvstændig erstatningspost men alene indgår som et moment i tabsopgørelsen. Riis argumenterer for, at krænkerens fortjeneste muligvis allerede har spillet en rolle for den skønsmæssige erstatningsudmåling i tidligere retspraksis, og betragter det derfor som tvivlsomt, om den nye regel vil få stor praktisk betydning.

Det har været omdiskuteret, hvorvidt bestemmelsen giver rettighedshaveren mulighed for at kræve en kompensation, der svarer til krænkerens fortjeneste, når fortjenesten overstiger det lidte tab (forstået i almindelig erstatningsretlig forstand, dvs. uden hensyntagen til krænkerens fortjeneste). Spørgsmålet bliver aktuelt i de situationer, hvor krænkerens fortjeneste utvivlsomt er større end rettighedshaverens tab, f.eks. fordi krænkeren opnår et betydeligt større salg end rettighedshaveren, eller fordi krænkeren er i stand til at producere det krænkende produkt væsentligt billigere end rettighedshaveren. Usikkerheden er ikke mindst forårsaget af nogle mindre klare bemærkninger i forarbejderne. I forarbejderne til kompensationsbestemmelsen i patentloven, varemærkeloven, designloven og halvlederloven er angivet følgende: "Muligheden for at tage hensyn til den krænkende parts fortjeneste udgør et helt nyt element i forhold til de almindelige principper i dansk erstatningsret. Det nye kriterium kan eventuelt få betydning for erstatningens størrelse, *idet det kan bevirke, at rettighedshaver i visse tilfælde vil kunne få en erstatning, der er større end det lidte tab*. Dog kan det ikke forventes, at rettighedshaver får dækket både sit fulde tab samt krænkerens fortjeneste. Retten får med bestemmelsen mulighed for at fastsætte den

samlede erstatning ud fra skønsmæssige betragtninger, hvori krænkerens fortjeneste indgår som et element i beregningen" (fremhævet her). Selvom kompensationsbestemmelsen som nævnt er identisk i alle immaterialretslovene, indeholder forarbejderne til kompensationsbestemmelsen i ophavsretsloven alligevel en lidt anden ordlyd i beskrivelsen af spørgsmålet: "Det er domstolene, der fastsætter den samlede erstatning efter en helhedsvurdering af alle relevante elementer, eventuelt skønsmæssigt. Derfor vil der formentlig ikke være tale om, at rettighedshaveren kan få erstatning, der dækker summen af rettighedshaverens fulde tab og krænkerens fortjeneste krone-til-krone. *Men krænkerens fortjeneste kan være større end den forurettedes lidte tab; det har domstolene mulighed for at tage hensyn til ved fastsættelsen af det lidte tab og dermed erstatningens størrelse*" (fremhævet her).

Disse bemærkninger synes nærmest at tale for, at rettighedshaveren vil kunne kræve en erstatning, der overstiger det faktiske tab. Andre dele af forarbejderne synes dog at trække i en anden retning. Økonomi- og erhvervsministeren udtalte således i svar på et spørgsmål fra Erhvervsudvalget i forbindelse med behandlingen af retshåndhævelsesloven (spørgsmål 4 af 14. december 2005) at "muligheden for at tage hensyn til den krænkende parts uberettigede fortjeneste er ny i forhold til erstatningsretlige principper i dansk ret. Det fremgår desuden af bemærkningerne, at retten formentlig vil fastsætte den samlede erstatning ud fra skønsmæssige betragtninger, hvori krænkerens fortjeneste indgår som et element i beregningen. Muligheden for også at lægge vægt på krænkerens fortjeneste giver således retten adgang til en friere vurdering ved fastsættelsen af det lidte tab og dermed erstatningens størrelse. *Det er ikke med forslaget tilsigtet en kompensation udover det af rettighedshaver lidte tab*" (fremhævet her). *Schovsbo & Rosenmeier* antager på baggrund af dette citat, at rettighedshaveren ikke kan kræve erstatning ud over det aktuelle tab, selvom krænkerens fortjeneste overstiger tabet, uagtet forfatterne samtidig finder det stødende, at krænkeren herved kan opnå en belønning ved at krænke rettighederne, a.st., s. 536. Eftersom krænkerens fortjeneste også indgår som del af det lidte tab, som begrebet defineres i loven, er det imidlertid ikke sikkert, at citatet behøver blive læst på denne måde. Bemærkningerne til de enkelte kompensationsbestemmelser i lovforslaget taler for, at erstatningen kan overstige tabet, og dette resultat, der også retspolitisk forekommer mest tilfredsstillende, må derfor lægges til grund. Se tilsvarende *Eva Aaen Skovbo*, Nye love – implementering, Juristen, nr. 6, 2006 ("Med lovændringen kan der således principielt tillægges rettighedshaveren en erstatning, der overstiger det dokumenterede lidte tab").

c. Godtgørelse

Med den nye kompensationsbestemmelse er der indført en hjemmel til at kræve godtgørelse for ikke-økonomiske tab i alle immaterialretslovene. Bestemmelsen er ikke-obligatorisk, hvilket indebærer, at godtgørelse forudsætter dels et ansvarsgrundlag, dels en skadevirkning.

Se herved bemærkningerne til kompensationsreglen i ohl. § 83: "Det foreslås, at godtgørelsen gøres ikke-obligatorisk i lighed med direktivet og i lighed med, hvad der er foreslået i de øvrige immaterialretlige love". Henvisningen til bemærkningerne i de øvrige immaterialretlige love er overraskende, eftersom disse ikke, som angivet, forholder sig til, hvorvidt godtgørelsesbestemmelsen er obligatorisk.

Før retshåndhævelsesloven var det alene ophavsretten, der hjemlede godtgørelse. Som beskrevet ovenfor blev denne godtgørelsesbestemmelse i retspraksis ikke kun anvendt ved ideelle krænkelser men også i situationer, hvor der forelå en krænkelse af de økonomiske rettigheder antageligvis som en slags suppleant til det økonomiske tab, når dette ikke kunne dokumenteres fuldt ud. Af de grunde, der er beskrevet i afsnit 5.5 vedrørende eal. § 26, må det afvises, at godtgørelsesbestemmelsen finder anvendelse på andet end ideelle krænkelser. Af samme grund må det også afvises, at der kan tildeles godtgørelse ved krænkelse af patent- og varemærkerettigheder, da disse ikke rummer beskyttelse af ideelle rettigheder, jf. nærmere det anførte sted. Der er derfor grund til at være kritisk over for godtgørelsesreglen i disse love. Lovbemærkningerne rummer ingen nærmere uddybning af godtgørelsesreglens anvendelsesområde ud over den fejlagtige angivelse af, at udbud af underlødige kopiprodukter udgør en ideel krænkelse af enerettighederne, hvilket som beskrevet ovenfor må afvises uden for det ophavsretlige område.

Se også *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., der anfører, at godtgørelsesbestemmelsen "giver god mening i ophavsretten i forhold til *droit moral*-krænkelser af individuelle kunstnere, men normalt [er] uden praktisk betydning for de industrielle rettigheder", uden dog at forholde sig til, om godtgørelsesbestemmelsen mere principielt i det hele taget kan finde anvendelse uden for ophavsretten. Også *Palle Bo Madsen* antager, at bestemmelsen kun vil have praktisk betydning i ophavsretten, Markedsret, del 3, 2008, s. 311, men anfører samtidig, at der ikke er tvivl om, "at godtgørelse for ikke-økonomiske skader *kan* komme på tale ved andre ideelle krænkelser end dem, der omfattes af ophavsretten og denne droit moral". I tilknytning hertil anføres dog, at den pågældende "ideelle" skade oftest reelt vil udmønte sig i en risiko for økonomisk skade. Dette vil med den opfattelse der er lagt til grund i afsnit 5 ovenfor altid være tilfældet.

7.3. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen

Det følger af mfl. § 20, stk. 2, at overtrædelse af loven, herunder § 19, pådrager *erstatningsansvar* i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler. Ansvarsgrundlaget er således et almindeligt culpaansvar.

Som det gælder for de øvrige discipliner, er det ofte vanskeligt at dokumentere et tab, og erstatningen for uretmæssig omgang med erhvervshemmeligheder efter § 19 fastsættes normalt skønsmæssigt og til et beskedent beløb, jf. *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 435 og 455 med henvisning til den forholdsvis beskedne trykte praksis. Forfatterne betegner endvidere dokumentationskravet som "bastant" med henvisning til U.2005.2703H, hvor Højesteret i modsætning til Sø- og Handelsretten, der havde tilkendt en erstatning på 250.000 kr., afviste, at en illoyal adfærd fra en tidligere ansat, der formentlig havde påbegyndt konkurrerende virksomhed allerede i ansættelsesforholdet, havde påført et dokumenterbart tab.

At de almindelige erstatningsretlige regler finder anvendelse medfører, at der ikke er hjemmel til at tage hensyn til krænkerens uberettigede fortjeneste. Eftersom erstatningen som regel fastsættes skønsmæssigt, kan det imidlertid ikke udelukkes, at fortjenesten inddrages, se således *Palle Bo Madsen*, Markedsret, del 2, 4. udgave, 2002, s. 380: "Som omtalt i kapitel 5 vil erstatningens størrelse dog kunne fastsættes skønsmæssigt, og ved brud på hemmeligholdelsespligten vedrørende sådanne forhold, som egner sig til licensudnyttelse, må man gå ud fra, at beløbet sættes så højt, at misbruget ikke i realiteten kommer til at indebære en fordelagtig ´selvbetjeningslicens´" (teksten er ændret i 5. udgaven, hvor muligheden for rimeligt vederlag efter § 20 omtales) og tilsvarende lovbemærkningerne til § 20 (… "udmåles erstatning efter en skønsmæssig vurdering af tabets størrelse, navnlig således, at der anlægges et skøn over markedsforstyrrelsens omfang og tillige i et vist omfang ses på den berigelse, som krænkeren har opnået …"). I samme retning *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 446.

I U.1984.580SH afviste Sø- og Handelsretten at tilkende erstatning med den begrundelse, at det hverken var godtgjort, at krænkeren havde opnået en nævneværdig berigelse, eller at rettighedshaveren havde lidt et nævneværdigt tab. I U.1994.671/2H fastsatte Sø- og Handelsretten en skønsmæssig erstatning for salg af efterligning af en stol til 600.000 kr., bl.a. under henvisning til at "sagsøgte må antages at have indvundet en ikke ubetydelig fortjeneste ved sit retsstridige salg".

Erstatningsbestemmelsen i mfl. § 20, stk. 2, suppleres af en bestemmelse om *rimeligt vederlag* i mfl. § 20, stk. 3 og 4. Bestemmelsen blev indført med 2005-MFL. I lovbemærkningerne anføres, at en sådan bestemmelse

allerede kendes fra immaterialretten, og om baggrunden for bestemmelsen, at mulighederne for at få dækket sit tab efter de almindelige erstatningsretlige regler ikke altid er tilstrækkelig gode. Lovbemærkningerne rummer ingen nærmere angivelse af, hvordan det rimelige vederlag skal fastsættes, og der er så vidt ses endnu ingen trykt praksis, hvor bestemmelsen anvendes.

Markedsføringsloven rummer ingen hjemmel til at kræve *godtgørelse*. En overtrædelse af mfl. § 19 vil heller ikke kunne udløse en tortgodtgørelse efter eal. § 26, jf. ovenfor afsnit 5.5 om denne bestemmelses anvendelsesområde.

7.4. Persondataretten

Det følger af pdl. § 69, at den, der uretmæssigt behandler personoplysninger, kan blive erstatningsansvarlig, medmindre behandleren godtgør, at "skaden ikke kunne have været afværget ved den agtpågivenhed og omhu, der må kræves i forbindelse med behandling af oplysninger". Der er således tale om et præsumptionsansvar, hvor behandleren skal godtgøre ikke at have handlet culpøst. Det er dog fortsat den forurettede, der skal dokumentere et tab, ligesom erstatningsrettens øvrige krav om kausalitet og adækvans skal være opfyldt. I praksis vil den forurettede sjældent lide et økonomisk tab som følge af den uretmæssige behandling. Det kan dog være tilfældet, f.eks. hvor en tredjepart træffer økonomiske dispositioner af betydning for den forurettede på baggrund af oplysninger, der er indsamlet eller i øvrigt behandlet ulovligt. Nægtes den forurettede eksempelvis et (billigt) lån på grund af ulovlig behandling af personoplysninger, vil tabet kunne bestå i differencen mellem dette lån og et dyrere lån. Der foreligger en enkelt trykt landsretsdom, U.2005.1639V, hvor forurettede har krævet erstatning efter § 69 i forbindelse med en arbejdsgivers læsning af en ansats e-mails uden forudgående information herom. Landsretten afviste imidlertid med rette, at der var lidt et tab, som heller ikke var søgt dokumenteret eller i øvrigt nærmere begrundet.

I FED.2003.1759V, der også omhandlede en arbejdsgivers læsning af en ansats e-mails, havde den ansatte krævet godtgørelse under henvisning til både eal. § 26 og pdl. § 69. Da pdl. § 69 ikke er en godtgørelsesbestemmelse men en erstatningsbestemmelse, var den imidlertid ikke relevant i sagen.

Persondataloven rummer ingen godtgørelsesbestemmelse. En uretmæssig behandling af personoplysninger kan derimod efter omstændighederne udløse tortgodtgørelse efter eal. § 26, jf. afsnit 5.4 ovenfor.

7.5. Retten til eget billede

Som beskrevet kan den uretmæssige brug af andres billede, navnlig i reklamesammenhæng, være i strid både med mfl. § 1 og almindelige retsgrundsætninger. For begge hjemmelsgrundlag gælder, at en krænkelse medfører krav på erstatning i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler. Det følger umiddelbart af mfl. § 20, stk. 2, ved overtrædelse af mfl. § 1 og for de almindelige grundsætninger af den foreliggende retspraksis.

Også på dette område har rettighedshaveren oftest haft vanskeligt ved at dokumentere et tab med det resultat, at domstolene har tilkendt relativt beskedne skønsfastsatte erstatninger. Og også på dette område har de beskedne erstatningsbeløb givet anledning til – berettiget – kritik, se f.eks. *Stuer Lauridsen*, Pressefrihed og personlighedsret, 1988, s. 174, *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 452, *Kildsgaard* i *Schønning m.fl.* (red.), Personlighedsret, 2007, s. 217 og om kompensation for integritetskrænkelser i bredere forstand *Blume*, Datasikkerhed som menneskerettighed, U.2008B.327 f. (s. 327).

Domstolenes skønsmæssige fastsættelse af erstatningen er sædvanligvis ikke ledsaget af nogen nærmere forklaring på, hvordan beløbet er fremkommet, se f.eks. U.1965.126H, U.1974.952Ø, U.1980.945Ø, U.1995.624H og U.1998.160Ø.

Rettighedshaverne har i forsøget på at dokumentere et tab og størrelsen heraf i mange sager søgt at påvise, hvilken markedspris krænkeren skulle have betalt, såfremt der var indgået forudgående aftale om billedbrugen, se f.eks. U.1983.630Ø, U.1986.272SH, U.1986.405Ø, U.1988.989H, U.1989.981Ø, U.1995.624H og U.2003.686SH. Selvom bl.a. udtalelser fra sagkyndige vidner og udsagn om rettighedshaverens vederlag for deltagelse i anden reklameøjemed ofte har sandsynliggjort en ganske høj markedspris, har domstolene sjældent lagt dette til grund for erstatningsudmålingen. Det skyldes muligvis, at det ikke uden videre kan lægges til grund, at krænkeren ville have indgået en sådan aftale til den angivne markedspris. I så fald kan der vanskeligt siges at være lidt et tab svarende til markedsprisen.

I enkelte sager har domstolene lagt vægt på anbringender om markedsværdien, stadig dog uden at tilkende en erstatning svarende til den angivne markedsværdi. I U.1983.630Ø lagde retten ved erstatningsudmålingen bl.a. vægt på et sagkyndigt vidnes oplysninger om "det ikke ubetydelige beløb, sagsøgeren [Kim Larsen] må antages at have kunnet opnå som vederlag for sit samtykke til reklamemæssig anvendelse". Trods dette og under henvisning til en række andre omstændigheder fastsattes erstatningsbeløbet til 30.000 kr. mod en sagkyndig vurdering på 200.000 kr. I U.1995.624H havde Sø-

og Handelsretten tilkendt en erstatning på 100.000 kr. under hensyn til de honorarer, som rettighedshaveren (en kendt tv-værtinde) havde oppebåret for anden reklamevirksomhed. Oplysningerne om tidligere honorarer blev dog tilsyneladende ikke tillagt vægt af Højesteret, der "skønsmæssigt" og uden nærmere forklaring fastsatte erstatning til 10.000 kr. I U.2003.686SH krævede fodboldspilleren Martin Jørgensen en erstatning på 100.000 kr. for en ulovlig idolplakat bragt i Se & Hør. Beløbet svarede til minimumsbeløbet i en aftale indgået mellem Spillerforeningen og DBU ved anvendelse af billeder af landsholdet/landsholdsspillere. Sø- og Handelsretten fastsatte skønsmæssigt beløbet til 50.000 kr. og anførte, at den påberåbte aftale kun gjaldt, når minimum tre landsholdsspillere optrådte på billedet, og at aftalen kunne fraviges af den enkelte spiller ved individuelle aftaler. På denne baggrund fandt retten det ikke bevist, at prisen for anvendelse af den enkelte spillers billede var 100.000 kr. Heri må modsætningsvis ligge, at såfremt der var ført tilstrækkeligt bevis, var den beviste markedsværdi blevet lagt til grund.

Herved kan opstå den utilfredsstillende situation, at krænkeren kan opnå en økonomisk fordel ved at begå selvtægt frem for at indgå en aftale med rettighedshaveren, jf. også om kritikken af de lave erstatningsbeløb ovenfor.

Se også *Buhmann* i *Schønning m.fl.* (red.), a.st., s. 86 note 177: "En praktisk uheldig konsekvens af danske domstoles tilbageholdende udmålingspraksis er, at det ikke sjældent opleves, at det kommercielle livs aktører bevidst vælger ikke at søge samtykke til billedanvendelsen ud fra en tankegang om, at vejen gennem domstolene under alle omstændigheder er billigere end indgåelse af en aftale om udnyttelse".

Det er dog muligt, at dette vil ændre sig med indførelsen af 2005-mfl., der som beskrevet ovenfor rummer en bestemmelse om krav på rimeligt vederlag, uafhængigt af, om der kan dokumenteres et tab. Bestemmelsen er endnu ikke anvendt på denne type sager, men det kan ikke udelukkes, at den vil føre til højere kompensationer. Bestemmelsen er indført med inspiration fra den tilsvarende regel i immaterialretslovene, og som beskrevet ovenfor, tages inden for immaterialretten udgangspunkt i det licensvederlag, der skulle være betalt, såfremt der var blevet indgået en aftalelicens. Det må forventes, at tilsvarende tankegange vil præge den markedsføringsretlige regel og henset til de ganske høje beløb, som ofte synes at være markedsprisen for brug af kendte personers billeder, kan bestemmelsen derfor føre til højere kompensationsbeløb, tilsvarende *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 452.

Hermed bliver det afgørende, om hjemmelsgrundlaget for beskyttelsen er almindelige retsgrundsætninger eller mfl. § 1. Tidligere har valget mellem disse to sondringsgrundlag ikke haft praktisk betydning, og domstolene har ikke i nogen sag nærmere forholdt sig til det principielle i valget mellem de to hjemmelsgrundlag. Vederlagsreglen efter mfl. § 20, stk. 3, forudsætter imidlertid, at billedanvendelsen strider mod mfl. § 1.

Mens rettighedshaveren således kan kræve erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler og et rimeligt vederlag efter mfl. § 20, stk. 3 (forudsat der foreligger en krænkelse efter mfl. § 1), er der ingen direkte hjemmel til at inddrage *krænkerens eventuelle gevinst* ved fastlæggelsen af kompensationens størrelse. Der gælder således ikke en regel svarende til den, der kendes fra immaterialretten, jf. kritisk hertil *Borcher & Bøggild*, a.st., s. 445, og nærmere afsnit 7.3 ovenfor. Krænkerens fortjeneste kan muligvis søges inddraget gennem brug af en berigelsesgrundsætning, således at krænkeren forpligtes til at afgive en eventuel fortjeneste, jf. *Palle Bo Madsen*, a.st., s. 80 og *Stuer Lauridsen*, a.st., s. 159. Et kompensationskrav baseret på berigelsesgrundsætninger er dog blevet afvist i FED.2001.2520Ø med henvisning til, at dette ville kræve særligt lovgrundlag.

I U.1986.405Ø havde Rapport bragt billeder af Sanne Salomonsen topløs. Der blev fastsat en godtgørelse på 50.000 kr. bl.a. under henvisning til den "betydelige økonomiske interesse", der var forbundet med at bringe billederne. Hermed synes landsretten at have inddraget berigelsesbetragtninger, der dog ikke burde have relevans for fastlæggelsen af en tortgodgørelse, tilsvarende *Palle Bo Madsen*, a.st., s. 83.

Uretmæssig brug af andres billede kan efter omstændighederne også udløse et krav på tortgodtgørelse efter eal. § 26, jf. straks nedenfor.

7.6. Eal. § 26

Bestemmelsen i eal. § 26 giver krav på tortgodtgørelse ved en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person. Som beskrevet ovenfor i afsnit 5 må det forudsættes, at der er sket en krænkelse af ideelle rettigheder, før bestemmelsen finder anvendelse. Der er derfor grund til at være kritisk overfor de afgørelser, der har tildelt juridiske personer godtgørelse efter § 26, jf. a.st.

I overensstemmelse med antagelsen om, at § 26 forudsætter en ideel krænkelse, foreligger ingen domspraksis, hvorefter krænkelse af *immaterialrettigheder* har udløst tortgodtgørelse, og det er vist nok også generelt antaget, at § 26 ikke finder anvendelse på krænkelser af de økonomiske immaterialrettigheder, jf. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 538. Principielt må det antages, at en krænkelse af de ideelle ophavsrettigheder også vil kunne falde ind under eal. § 26, jf. også *Eva Aaen Skovbo*, Erstatning for ophavsretlige krænkelser, 2005, s. 250 f., men da ophavsretsloven altid har indeholdt en særskilt hjemmel for godtgørelseskrav ved krænkelser af de ideelle rettigheder efter ohl. § 3, har dette været uden praktisk betydning, og der foreligger så vidt ses heller ingen afgørelser om brug af eal. § 26 ved

krænkelse af ohl. § 3. Med den nye godtgørelsesbestemmelse i immaterialretslovene indført med retshåndhævelsesloven er spørgsmålet nu helt uden praktisk relevans.

Der foreligger heller ingen domme, hvorefter indehaveren af en *erhvervshemmelighed* er blevet tildelt tortgodtgørelse for en krænkelse af den ret, der følger af mfl. § 19. Dette er en umiddelbar følge af, at beskyttelsen alene er økonomisk funderet og ikke ideel. Krænkelse af erhvervshemmelighedsbeskyttelsen kan således ikke udløse tortgodtgørelse efter § 19.

Derimod vil eal. § 26 kunne finde anvendelse ved krænkelse af *persondatarettigheder*. I de to landsretsafgørelser, FED.2003.1759V og U.2005.1639V, beskrevet ovenfor i afsnit 7.4, blev et godtgørelseskrav efter eal. § 26 afvist, men i begge tilfælde fordi landsretten ikke fandt, at der forelå en krænkelse, der kunne medføre tort. I præmisserne ligger imidlertid forudsætningsvis, at eal. § 26 kan finde anvendelse, hvilket også er bekræftet i U.2007.1967V, hvor en arbejdsgiver havde offentliggjort oplysninger om en tidligere ansat på sin hjemmeside som reaktion på beskyldninger mod arbejdsgiveren fremsat af den tidligere ansatte i en tv-udsendelse. Landsretten fandt, at offentliggørelsen, uagtet beskyldningerne i tv-udsendelsen, klart var i strid med persondataloven og ligeledes udgjorde en krænkelse, der berettigede til godtgørelse efter eal. § 26. Se senest U.2008.727/2SH, hvor en ansat blev tildelt en tortgodtgørelse på 25.000 kr. (der i dommen konsekvent betegnes som "erstatning for tort") for en arbejdsgivers uberettigede tv-overvågning i strid med persondataloven.

Tilsvarende er det fast antaget, at en krænkelse af *retten til eget billede* efter omstændighederne kan udløse tortgodtgørelse. Dette kan dels skyldes selve indholdet af billedet (f.eks. nøgenfotografier eller trafikofre) eller at et i øvrigt lødigt billede bringes i en krænkende sammenhæng (f.eks. i en reklamesammenhæng eller en pornografisk sammenhæng). Om der foreligger en krænkelse i den konkrete situation, beror bl.a. på rettighedshaverens egne forudsætninger. Bringes billedet i reklamesammenhæng vil der som udgangspunkt foreligge en krænkelse, der berettiger til godtgørelse, og dette vil i særlig grad gælde, hvis en kendt person bevidst aldrig optræder i kommercielle sammenhænge, se U.1983.630Ø. Er den afbilledede omvendt en professionel model, der lever af at stille sit ansigt til rådighed for kommercielle produkter, vil udgangspunktet være det modsatte, jf. U.1996.740 SH forudsætningsvis og *Udsen*, Kommerciel anvendelse af personbilleder, U.1997B.261 ff. (s. 263). Samme tankegang fører til, at kendte personer nok kan få erstatning, men ikke godtgørelse for anvendelse af deres billede på plakater o.lign., jf. U.1980.945Ø, U.2003.686SH og U.2008.1974H.

7.7. Horisontale betragtninger

Den immaterialretlige sanktionslære udmærker sig ved de identiske regler om økonomisk kompensation i de enkelte immaterialretslove, der blev indført med retshåndhævelsesloven. Henset til den identiske ordlyd må det være hensigten, at reglen skal gives samme indhold. Dette er særligt klart for de industrielle immaterialrettigheder (alle immaterialrettighederne med undtagelse af ophavsretten), som beskrives og forklares under ét i lovbemærkningerne. Den omstændighed, at ophavsretten behandles for sig selv i lovbemærkningerne, kunne umiddelbart ses som udtryk for, at det ikke nødvendigvis har været hensigten, at disse regler skulle have samme meningsindhold som de øvrige regler. Dette støttes for så vidt af, at lovbemærkningerne til de ophavsretlige kompensationsregler ikke er helt identiske med lovbemærkningerne til de øvrige kompensationsregler. Et eksempel herpå er givet ovenfor i relation til diskussionen af, om rettighedshaveren kan kræve en erstatning, der overstiger tabet, såfremt krænkerens fortjeneste er større end rettighedshaverens tab. Disse forskelle i lovbemærkningerne er dog næppe udtryk for en intention om, at reglerne skal have forskelligt indhold. Forklaringen er formentlig den, at ophavsretsloven varetages af Kulturministeren, mens de industrielle immaterialretslove varetages af Erhvervs- og Økonomiministeren, hvorfor også lovbemærkningerne er udarbejdet af det respektive ressortministerium. Det må derfor antages, at tanken har været, at alle de immaterialretlige kompensationsregler gives samme indhold og dermed, i tilfælde af uklarhed, samme fortolkning. Dette støttes også af, at håndhævelsesdirektivet ikke sondrer mellem ophavsrettigheder og øvrige immaterialrettigheder.

Tilsvarende *Eva Aaen Skovbo* i Juristen, 2006, nr. 6: "Bemærkningerne til erstatningsbestemmelserne for så vidt angår patentloven, varemærkeloven, designloven og topografiloven på den ene side og ophavsretsloven på den anden side er dermed ikke helt enslydende. Da bestemmelserne imidlertid har samme ordlyd samt forlæg i samme direktiv, må de også fortolkes ens".

De fællestræk i kompensationslæren, som altså nu er lovfæstnet i immaterialretten, kan også, i hvert fald delvis, identificeres inden for de øvrige discipliner.

Vederlagsreglen har med udtrykkelig inspiration fra immaterialretten fundet vej ind i markedsføringsloven og vil derfor også kunne påberåbes ved rettighedskrænkelser omfattet af mfl. §§ 1 og 19. Det må forventes, at domstolene fremover vil subsumere krænkelse af retten til eget billede under mfl. § 1, således at rettighedshaveren får adgang til at gøre vederlags-

krav gældende. Behovet herfor er lige så stort som i sager om krænkelser af immaterialrettigheder. Det samme vil formentlig gøre sig gældende for andre typer af ulovregulerede enerettigheder som f.eks. retten til fiktive figurer og arrangementsoplysninger. Allerede *de lege lata* synes der således at fremtone en informationsretlig grundsætning om rimeligt vederlag for krænkelse af økonomiske enerettigheder. *De lege ferenda* synes resultatet både rigtigt og tiltrængt henset til det beskedne erstatningsniveau og vanskelighederne ved at påvise et tab.

En ulovreguleret vederlagsregel synes også forudsat i den ovenfor beskrevne U.2000.2068SH, hvor retten fandt, at en arving havde rettigheder til Georg Jensen-signaturen. Retten afviste at tildele erstatning for uberettiget brug af signaturen, da der ikke var dokumenteret noget tab. Retten overvejede herefter, om der skulle tildeles et vederlag for den uberettigede udnyttelse. Et flertal på fire dommere afviste at tildele et sådant vederlag under henvisning til, at arvingen ikke havde nogen "personlig ret" til signaturen. Flertallet afviste således ikke at tildele et vederlag, allerede fordi der ikke var hjemmel hertil, og ville tilsyneladende have tildelt et vederlag, hvis der havde bestået en "personlig ret". En dissentierende dommer ville tildele et skønsmæssigt vederlag på 250.000 kr. I lyset af, at retten helt kategorisk fastslog, at der ikke var dokumenteret noget tab, er det bemærkelsesværdigt, at retten holder muligheden for et vederlagskrav åbent, eftersom der ikke er nogen umiddelbar hjemmel hertil (dommen er fra før vederlagsreglen blev indført i markedsføringsloven). Der er næppe tvivl om, at det er den lovregulerede vederlagsregel fra immaterialretten, der har skabt inspirationen.

Hermed er det formentlig kun krænkelser af persondatarettigheder, som ikke vil være sanktioneret af et krav om rimeligt vederlag. Eftersom persondataretten primært rummer en ideel beskyttelse og erstatning sjældent er relevant ved denne type krænkelser, har dette ingen praktisk betydning.

Mens reglen om rimeligt vederlag således har vundet bred udbredelse i informationsretten, gælder det samme ikke umiddelbart for den immaterialretlige regel om, at der skal lægges vægt på krænkerens fortjeneste. *De lege lata* kan det dog som beskrevet ikke udelukkes, at krænkerens fortjeneste tillægges en vis vægt ved udmålingen af den skønsbaserede erstatning. På dette mere indirekte plan eksisterer derfor muligvis en regel om krænkerens fortjeneste som kriterium for erstatningsudmålingen. En sådan regel vil dog næppe have samme styrke og gennemslagskraft som en egentlig lovregel, der fastlægger princippet. *De lege ferenda* er der derfor også blevet rejst kritik af, at den immaterialretlige regel ikke er blevet indført i 2005-mfl., se *Borcher & Bøggild*, Markedsføringsloven, 2006, s. 445: "Den forskel, der herved skabes i den erstatningsretlige beskyttelse på områder, hvor immaterialretten og markedsføringsretten overlapper og supplerer hinanden, er

ganske uheldig og ikke i takt med tendensen til at bedre rettighedshavernes retsbeskyttelse mod især piratkopier". Kritikken kan tiltrædes. Behovet for at kunne inddrage krænkerens fortjeneste, så denne ikke opnår en gevinst ved sin krænkende adfærd, er lige så relevant for de øvrige økonomiske eneretsdiscipliner som for de immaterialretlige. Samlet set kan man formentlig *de lege lata* spore princippet om krænkerens fortjeneste i den begrænsede udstrækning, som de almindelige erstatningsregler muliggør, og *de lege ferenda* et behov for at få etableret en lovregulering.

Den samme kritik kan man ikke rette mod reglerne om godtgørelse. Tværtimod synes reglerne her at være strakt for vidt. Bestemmelsen i eal. § 26 giver godtgørelse til visse krænkelser af persondataretten og retten til eget billede, mens ophavsretsloven tilsvarende altid har hjemlet godtgørelse for krænkelser af ohl. § 3. Fælles for disse situationer er, at der krænkes ideelle rettigheder. Med den nye kompensationsregel hjemles også godtgørelse for ikke-økonomiske krænkelser af de øvrige immaterialrettigheder. Som beskrevet må dette betragtes som en retlig anomali. Godtgørelse er knyttet til krænkelse af ideelle rettigheder, og de industrielle immaterialretsdiscipliner rummer ikke beskyttelse af ideelle rettigheder. Det eksempel på krænkelse af ideelle rettigheder, der er angivet i forarbejderne, er som nærmere beskrevet ovenfor misvisende, eftersom eksemplet beskriver krænkelse af økonomiske rettigheder.

Sammenfattende peger meget i retning af, at der kan opstilles en informationsretlig kompensationsregel, hvor krænkelse af økonomiske rettigheder sanktioneres med et krav på rimeligt vederlag med udgangspunkt i det potentielle licensvederlag kombineret med et almindeligt erstatningskrav for eventuelt yderligere tab, hvor der også tages hensyn til krænkerens fortjeneste. Reglen er nu kodificeret for alle de immaterialretlige discipliner og ligeledes for krænkelser efter markedsføringsloven, herunder mfl. §§ 1 og 19, dog med undtagelse af reglen om krænkerens fortjeneste. At den sidstnævnte regel ikke blev medtaget i markedsføringsloven er kritiseret i teorien, og reglen er i øvrigt på ulovreguleret grundlag søgt inddraget gennem brug af berigelsesbetragtninger og kan ligeledes spores i den skønsmæssige fastsættelse af erstatningsbeløbene. Det må endvidere, uagtet godtgørelsesreglen i immaterialretslovene, gælde som en informationsretlig grundsætning, at krænkelser af ideelle informationsrettigheder kan udløse krav på godtgørelse, mens dette ikke er tilfældet for krænkelse af økonomiske rettigheder. Havde man søgt inspiration på tværs af den informationsretlige kompensationslære, havde man næppe opstillet en godtgørelsesregel for de rent økonomiske enerettigheder.

Disse betragtninger kan sammenfattes i følgende informationsretlige grundsætninger.

- *Krænkelse af økonomiske informationsrettigheder giver krav på rimeligt vederlag med udgangspunkt i det potentielle licensvederlag kombineret med et almindeligt erstatningskrav for eventuelt yderligere tab, hvor der også tages hensyn til krænkerens fortjeneste.*

- *Krænkelse af ideelle informationsrettigheder giver krav på godtgørelse. Dette gælder ikke for krænkelse af økonomiske rettigheder.*

DEL 3

AFRUNDNING

Konklusioner, perspektiver og et katalog af informationsretlige grundsætninger

KAPITEL 10

Konklusioner og perspektivering

1. Sammenfattende konklusioner. Verifikation af afhandlingens teser

I første kapitel opstilledes afhandlingens to teser om de informationsretlige grundsætninger og om en informationsretlig hensynslære som systematisk ramme for disse grundsætninger:

1. *Der eksisterer så væsentlige fællestræk mellem de informationsretlige discipliner, at der kan opstilles en række informationsretlige grundsætninger på tværs af de enkelte informationsretlige discipliner. Dette betegnes også i afhandlingen som eksistensen af en horisontal informationsret.*

2. *Med udgangspunkt i en informationsretlig hensynslære er det muligt at opstille en systematisk ramme for, hvornår der kan opstilles informationsretlige grundsætninger.*

1.1. Hovedtesen om de informationsretlige grundsætninger

I afhandlingens anden del er gennemført horisontale analyser på otte forskellige områder, dels de dybdegående analyser af privatbrugsfiguren og konsumptionsfiguren i kapitel 7 og 8, dels analyserne af seks andre områder i kapitel 9.

Disse analyser viser, at der på alle de behandlede områder består en række informationsretlige grundsætninger på tværs af de enkelte discipliner. På alle områderne har retskilderne inden for de enkelte discipliner således bidraget til fremkomsten af nogle almene grundsætninger, som vil have betydning på tværs af disciplinerne. Væsentligt er det ikke kun, at informationsretlige grundsætninger er identificeret inden for et større antal områder

men også, at disse områder strukturelt er ganske forskellige. Med dette påviser analyserne, at der eksisterer informationsretlige grundsætninger inden for væsentlige dele af informationsretten. *Hermed er afhandlingens hovedtese verificeret.*

1.2. Tesen om en informationsretlig hensynslære som systematisk ramme for de informationsretlige grundsætninger

Afhandlingens anden tese, hvorefter en informationsretlig hensynslære kan udgøre en systematisk ramme for, hvornår der kan identificeres informationsretlige grundsætninger, bygger på to forudsætninger. For det første en forudsætning om, at det er muligt at identificere nogle generelle informationsretlige hensyn på tværs af de enkelte discipliner. For det andet at disse hensyn afgør, om der består informationsretlige grundsætninger.

Gennemgangen i kapitel 4 af de hensyn, der ligger bag informationsrettighederne, viste, at det var muligt at identificere nogle gennemgående hensyn, der lå bag reglerne om tildeling af økonomiske henholdsvis ideelle informationsrettigheder. På tilsvarende vis viste kapitlerne 7 og 8, at det overordnet var samme grundlæggende hensyn, der begrundede privatbrugsreglerne henholdsvis konsumptionsreglerne på tværs af de enkelte discipliner. Den første forudsætning er således opfyldt.

Analyserne af privatbrugsreglerne og konsumptionsreglerne viste endvidere en nøje sammenhæng mellem hensyn og grundsætninger. Når hensynene er sammenfaldende på tværs af disciplinerne, består der informationsretlige grundsætninger, og når reglerne omvendt ikke er baseret på identiske hensyn, består der ikke informationsretlige grundsætninger. Disse konklusioner er nærmere uddybet i kapitel 7, afsnit 5.3 og 8, afsnit 6.5.

Koblingen mellem hensynslæren og de informationsretlige grundsætninger er foretaget på områderne for privat brug og konsumption men ikke for de mere overordnede analyser af de øvrige områder i kapitel 9. Efterprøvningen af denne tese har dermed ikke haft samme kvantitative omfang som efterprøvningen af afhandlingens hovedtese. Ikke desto mindre viser de to dybdegående analyser af privatbrugs- og konsumptionsreglerne en så klar sammenhæng mellem de bagvedliggende hensyn og eksistensen af informationsretlige grundsætninger, at der ikke er grund til at tro andet, end at tilsvarende sammenhænge vil gælde også uden for disse to områder. Der er ikke noget, som peger i retning af, at konklusionerne skulle være særegne for netop disse to områder. *Hermed er også afhandlingens anden tese verificeret.*

2. Perspektivering

Med de informationsretlige grundsætninger består en ny type af retskilder på det informationsretlige område. Tanken om, at der består fællestræk mellem de informationsretlige discipliner, er, som beskrevet i kapitel 6, ikke ny. Læren om de informationsretlige grundsætninger adskiller sig imidlertid på tre punkter afgørende fra hovedparten af de tanker, der er fremlagt i den hidtidige teori. For det første ved at rumme alle de informationsretlige discipliner og ikke kun de immaterialretlige eller en anden delmængde af disciplinerne. For det andet ved at være et supplement til de eksisterende enkeltstående regelsæt inden for hver af de informationsretlige discipliner. Hermed rummer den horisontale informationsret et regelhierarki, hvor der både er plads til de informationsretlige grundsætninger og de enkelte detailregler, hvor mange af de hidtidige teoretiske overvejelser er præget af, at den horisontale behandling af retsreglerne træder i stedet for de disciplinopdelte regler. I tilknytning hertil er det centralt, at de informationsretlige grundsætninger både kan have karakter af overordnede retsregler og af afgrænsningskriterier. De sidstnævnte placerer sig i regelhierarkiet mellem den overordnede retsregel om, at der eksempelvis gælder regler om privat brug eller konsumption på tværs af disciplinerne og de enkelte konkrete detailregler, der gælder for de enkelte discipliner. For det tredje ved at have en umiddelbar retsdogmatisk betydning. De tanker om horisontale fællestræk, der er fremlagt i nyere teori, synes alle at forudsætte nødvendigheden af regelændringer, før en horisontal relevans mellem de forskellige regler får en retsdogmatisk betydning. Med de informationsretlige grundsætninger og disses indplacering i retskildelæren dokumenteres imidlertid, at den horisontale relevans gælder *de lege lata*.

Med disse erkendelser ligger det klart, at læren om den horisontale informationsret og de informationsretlige grundsætninger, rummer både retsdogmatiske, retspolitiske og retsvidenskabelige perspektiver.

Den informationsretlige grundsætnings karakter af retsdogmatisk kilde indebærer, at læren får en umiddelbar anvendelighed for det *praktisk retsliv*. Advokater og andre juridiske sagsbehandlere vil kunne styrke deres juridiske argumentation ved henvisning til informationsretlige grundsætninger, der understøtter fortolkningen af en omtvistet bestemmelse, eller måske ligefrem kan føre til et resultat, som de vertikale retskilder ikke hjemler. I den ovenfor omtalte U.1998.525Ø om musiklytteprøver på en salgshjemmeside, kunne sagen eksempelvis næppe falde anderledes ud efter den påberåbte citatregel i ohl. § 22. Var sagen i stedet blevet ført på grundsætnin-

gen om retten til at informere om egne ydelser, var resultatet muligvis blevet et andet (hvad den rimeligvis ikke blev, da grundsætningen først er identificeret her i afhandlingen).

De informationsretlige grundsætninger har også relevans for de *retspolitiske overvejelser* om reguleringen af informationsretlige spørgsmål, hvor de kan give inspiration til udformningen af nye regler og skabe konsistens mellem reglerne. Grundsætningerne skaber et naturligt udgangspunkt for den konkrete regulering, og når en regel fastsættes i overensstemmelse med en identificeret grundsætning på området vil normalt skabes en konsistens med beslægtede informationsretlige regler.

Se også *Evald & Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 2004, s. 304: "At mange retsprincipper og almindelige retsgrundsætninger kodificeres, viser således, at disse er vejledende for retsudviklingen. Når en ny lov skal udarbejdes, eller en ældre lov ændres eller udbygges, er det naturligt at inddrage de retsprincipper og almindelige retsgrundsætninger, som følges i det praktiske retsliv".

Ønskede man eksempelvis at lovregulere spørgsmålet om den ophavsretlige droit moral-beskyttelse i privatsfæren, jf. om dette spørgsmål kapitel 7 ovenfor, ville det være nærliggende at skele til andre dele af personlighedsretten og dermed konstatere, at alle øvrige dele af personlighedsretten anerkender en privatbrugsregel, hvorfor udgangspunktet for en lovregulering bør være, at droit moral-beskyttelsen ikke udstrækkes til en privatsfære (som kan afgrænses mere eller mindre snævert). Den informationsretlige grundsætning om privat brug af ideelle rettigheder, der er identificeret i kapitel 7, bør med andre ord også gælde på det ophavsretlige område. At de informationsretlige grundsætninger også har en retspolitisk relevans, er også illustreret i kapitel 7og 8, hvor det er påvist, hvordan uhensigtsmæssigheder i retstilstanden ofte kan føres tilbage til en manglende iagttagelse af de informationsretlige grundsætninger.

I afhandlingens 2. del er tesen om de informationsretlige grundsætninger dokumenteret med udgangspunkt i analyser inden for en række informationsretlige områder. Det er derfor også kun inden for disse områder, at afhandlingen har dokumenteret eksistensen af informationsretlige grundsætninger. Selvom analyserne som beskrevet dækker væsentlige dele af informationsretten, omfatter de dog ikke alle dele. Der er imidlertid ikke noget, som peger i retning af, at der ikke også skulle bestå grundsætninger inden for de øvrige dele af informationsretten. Når der i afhandlingens 2. del er påvist informationsretlige grundsætninger inden for så mange og forskelligartede områder, som tilfældet er, må det tværtimod antages, at det også vil

være muligt at opstille grundsætninger inden for de øvrige dele af informationsretten. Dette understøttes også af den betydelige grad af hensynssammenfald mellem informationsrettighederne, der er påvist i kapitel 4. I et mere overordnet perspektiv følger det derfor også af afhandlingens konklusioner, at det vil være muligt og relevant at identificere informationsretlige grundsætninger inden for alle dele af informationsretten. Dette vil først og fremmest være en opgave for retsvidenskaben at tage op i de kommende år, og hermed får afhandlingens resultater også et *retsvidenskabeligt perspektiv*.

Til brug for denne opgave kan det være nyttigt at tage udgangspunkt i nogle af de erkendelser, som følger af afhandlingens resultater. For det første er det en vigtig erkendelse, at der kan bestå grundsætninger mellem discipliner inden for et område, selvom der ikke kan opstilles grundsætninger mellem de samme discipliner inden for andre områder. Dette betyder eksempelvis, at der kan bestå grundsætninger mellem varemærkeretlige og persondataretlige privatbrugsregler, selvom der ikke nødvendigvis består grundsætninger mellem disse to discipliner i relation til andre områder, som f.eks. beskyttelsens omfang eller rettighedernes overgang ved død. Dette er en vigtig pointe, fordi drøftelserne om horisontal relevans ofte gøres til et enten-eller: Når varemærkerettighederne er baseret på andre hensyn end persondatarettighederne, kan der ikke bestå en horisontal relevans mellem disse to regelsæt. Afhandlingens resultater viser, at denne tilgang er for unuanceret. For det andet vil de informationsretlige grundsætninger ikke nødvendigvis bestå på tværs af alle de informationsretlige discipliner. Grundsætningerne om informationskonsumption i kapitel 8 gælder eksempelvis kun for de discipliner, som forudsætter hemmeligholdelse af informationen, ligesom nogle grundsætninger kun vil gælde for de økonomiske henholdsvis de ideelle informationsrettigheder, jf. også kapitel 11 nedenfor. For det tredje viser analyserne, at de informationsretlige grundsætninger både kan have karakter af retsregler og af fortolkningskilder (afgrænsningskriterier). Ved den retsvidenskabelige identifikation af informationsretlige grundsætninger bør man have sig denne sondring for øje. Sondringen indebærer, at grundsætningerne ikke kun vil have relevans i de retstomme rum men også vil kunne have det på områder, hvor der består lovregler, og hvor det derfor ikke nødvendigvis forekommer helt så nærliggende at søge efter grundsætninger. I tilknytning hertil bør man i det retsvidenskabelige arbejde være bevidst om, at identifikationen af afgrænsningskriterier typisk vil kræve et mere indgående analysearbejde.

Det er karakteristisk, at de dybdegående analyser af privatbrugs- og konsumptionsreglerne har identificeret en række afgrænsningskriterier, mens de mere overordnede analyser i kapitel 9 primært har identificeret grundsætninger, der har karakter af retsregler.

Det ligger som allerede beskrevet uden for afhandlingens rammer at gennemføre horisontale analyser af samtlige dele af informationsretten. Selv uden sådanne analyser vil det dog være muligt at give et første overordnet bud på et samlet sæt af informationsretlige grundsætninger, der bl.a. kan illustrere nogle af de netop anførte erkendelser om disse grundsætninger. Et sådant katalog af informationsretlige grundsætninger opstilles i det følgende afsluttende kapitel.

KAPITEL 11

Et katalog af informationsretlige grundsætninger

1. Indledning

I de foregående kapitler er dokumenteret, at der består en horisontal informationsret, som udmønter sig i en række informationsretlige grundsætninger. Som beskrevet følger heraf, at der må kunne identificeres informationsretlige grundsætninger inden for alle dele af de informationsretlige discipliner. I det følgende gives et første bud på et sådant samlet katalog af informationsretlige grundsætninger. Kataloget tager udgangspunkt i klassisk immaterialretlig emneopdeling, som bl.a. er lagt til grund i *Koktvedgaards* Lærebog i immaterialret og siden videreført af *Schovsbo & Rosenmeier* i Immaterialret. Med denne opdeling, der er velegnet for hele informationsretten, opdeles kataloget i følgende områder: 1) Retserhvervelsen (formkrav), 2) Beskyttelsens objekt, 3) Beskyttelsens subjekt, 4) Beskyttelsens indhold, 5) Beskyttelsens bredde, 6) Indskrænkninger, 7) Varighed, 8) Sanktioner og 9) Rettighedernes overgang.

Den følgende identifikation af yderligere informationsretlige grundsætninger er ikke baseret på samme dybdegående analyser, som er foretaget i kapitel 7 og 8 og i mindre omfang i kapitel 9. Dette medfører for det første, at disse grundsætninger ikke har samme fasthed som de tidligere identificerede grundsætninger, og for det andet, at grundsætningerne heller ikke vil have samme detaljeringsniveau. Formålet er imidlertid heller ikke at opstille et udtømmende og endeligt katalog af informationsretlige grundsætninger, men at opstille et første sæt overordnede informationsretlige grundsætninger, der kan fungere som et fundament for det fremtidige arbejde med at

videreudvikle informationsretten, herunder ved en fortsat nuancering og udbygning af de informationsretlige grundsætninger.

2. Retserhvervelsen (formkrav)

De fleste informationsretlige discipliner yder beskyttelse uden iagttagelse af formkrav. Dette gælder ophavsretten, sui generis databaseretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, persondataretten og retten til eget billede.

I amerikansk ophavsret var eneretten tidligere betinget af anvendelsen af copyright-tegnet ©. Dette krav blev dog afløst af formfrihed i forbindelse med USA's tiltrædelse af Berner-konventionen i 1988.

Varemærkeretten rummer et to-strenget system, hvor retten både kan etableres formfrit gennem ibrugtagning og ved opfyldelse af et formkrav om registrering, jf. vml. § 3. Varemærkeindehaveren kan selv vælge, hvordan han vil etablere sin varemærkeret, og heller ikke varemærkeretten er således betinget af registrering. Der er ikke knyttet nærmere krav til brugens intensitet eller tidsmæssige udstrækning, når en varemærkeret stiftes gennem ibrugtagning, men en vis udbredelse i Danmark må mærket have opnået, jf. nærmere *Wallberg*, Varemærkeret, 2008, s. 88.

Et to-strenget system kendes også fra designretten. Et EF-design kan således både etableres som registreret og uregistreret design efter EF-designforordningen (forordning 6/2002). Det uregistrerede design har dog kun en beskyttelsesperiode på 3 år og beskytter ikke mod dobbeltfrembringelser. Det er en forudsætning, at designet er offentliggjort på en måde, så designet er blevet kendt i Fællesskabet, jf. nærmere forordningens artikel 11, stk. 2. Designret i Danmark kan endvidere etableres efter den danske designlov, der forudsætter registrering, jf. lovens § 1.

Det eneste retsområde, hvor der ingen mulighed er for at etablere en eneret uden registrering, er patentretten og den nærtbeslægtede beskyttelse af brugsmodeller, jf. herved pl. § 1 henholdsvis bml. § 1. For begge disse regelsæt forudsætter eneretten en registrering af patentet/brugsmodellen.

Der gælder således ikke generelt et formkrav ved rettighedserhvervelse efter de informationsretlige discipliner. Tværtimod kan alle informationsretlige regler med undtagelse af patent- og brugsmodelretten erhverves uden iagttagelse af formkrav. Dette udgangspunkt er for de økonomiske rettigheder formentlig udtryk for den bærende tanke, at når en person har gjort sig fortjent til en eneret efter de kriterier, der er opstillet herfor, bør formalia

ikke hindre, at personen opnår denne eneret og den potentielle gevinst, der ligger i udnyttelsen af eneretten. Konsekvensen af at nægte eneret vil blive, at alle kan udnytte informationen og dermed profitere økonomisk af det arbejde, som skaberen har præsteret. Denne modvilje mod at lade formelle regler komme på tværs af den materielt ønskede retstilstand kan formentlig ses som et mere generelt princip, der også dækker de ideelle rettigheder. Manglende overholdelse af formalia skal ikke indebære fortabelse af rettigheder og særligt ikke, når der ikke er en konkret modpart at tage hensyn til, som tilfældet f.eks. er ved manglende overholdelse af reklamationsfrister. Dette kan udtrykkes i følgende grundsætning:

- *Erhvervelse af informationsrettigheder er som udgangspunkt ikke undergivet formkrav.*

Når der opstilles et krav om registrering af eneretten, angives dette sædvanligvis at tjene en række forskellige formål, se f.eks. *Bently & Sherman*, Intellectual Property Law, 2001, s. 577 f. For det første indebærer registreringen ofte en vis prøvelse af rettigheden og giver dermed rettighedshaveren en vis sikkerhed for enerettens eksistens. Endvidere giver registreringen, og den heraf følgende dokumentation for rettigheden, rettighedshaveren en bedre mulighed for at dokumentere sin ret overfor tredjeparter. Hermed sker der en vis form for "materialisering" af retten, som kan gøre den mere velegnet som finansierings- eller salgsobjekt. Disse forhold nævnes ofte som fordele ved en registreret ret, men de kan ikke begrunde, hvorfor der skal opstilles et *krav* om registrering. De nævnte forhold er fordele for rettighedshaveren, og hvis man ønsker at tilgodese rettighedshaveren, kan man blot gøre registreringen til et tilbud uden at opstille det som en forudsætning for eneretserhvervelsen. Hermed ville registreringsordningen fungere som en slags vejledende udtalelse fra en offentlig myndighed, som det kendes fra andre områder som f.eks. skatteområdet eller persondataområdet.

Ordningen kendes også fra designområdet, hvor Patent- og Varemærkestyrelsen tilbyder en "designkonstatering", hvor man mod betaling kan få indført sit design i en designdatabase og et brev med bekræftelse af styrelsens modtagelse af designet. Ordningen har ingen retsvirkninger.

Det er imidlertid kun varemærkeretten, der kan siges at fungere på denne måde, idet varemærkeindehaveren har et frit valg mellem den registrerede og den ikke-registrerede ret. Dette to-strengede system gælder også for EF-

designet, men som nævnt gives den uregistrerede designret en langt kortere beskyttelsesperiode end den registrerede ret.

Dette er dog ikke tilfældet alle steder. I England kan den uregistrerede designret eksempelvis løbe i op til 15 år.

Registreringskravet rummer imidlertid også et *notoritetshensyn*. Med registreringen får omverdenen kendskab til enerettens eksistens. Dette er navnlig væsentligt, når eneretten har karakter af en prioritetsret, fordi tredjeparter i denne situation risikerer at bruge udviklingsressourcer på f.eks. tekniske opfindelser, som efterfølgende ikke må udnyttes, fordi der foreligger et allerede eksisterende patent. Denne risiko vil være større, jo større risikoen er for dobbeltfrembringelser på det pågældende område. Også størrelsen af udviklingsomkostningerne har betydning. Særligt hvor udviklingen er forbundet med store omkostninger, er det afgørende at kunne gøre sig bekendt med konkurrerende rettigheder, så der ikke spildes store beløb på udvikling af information, som efterfølgende ikke må bruges, fordi informationen allerede er dækket af en eneret. Ud over hensynet til andre udviklere kan offentliggørelsen også tilgodese samfundets interesser i at få adgang til information, som der kan drages samfundsnytte af, og som rettighedshaveren ellers måtte forventes at holde for sig selv. Selvom patentindehaveren eksempelvis har eneretten til at udnytte patentet, vil den patenterede opfindelse ofte rumme viden og ideer, som ikke er beskyttet, og som andre kan bruge til udvikling af egne ideer og løsninger, således at der sker en vidensforøgelse og i sidste ende en velstandsforøgelse i samfundet. Hermed kan opstilles yderligere to grundsætninger.

- *Formkrav kan opstilles, når stærke notoritetshensyn tilsiger ensidig identifikation af informationen.*

- *Notoritetshensynet vil have større vægt, jo højere udviklingsomkostninger der er knyttet til den pågældende type information, jo større risikoen er for dobbeltfrembringelser og jo større samfundsinteresse der er knyttet til offentlig adgang til information, som ellers ville blive holdt hemmelig.*

3. Beskyttelsens objekt

Informationsretten yder beskyttelse af information, og beskyttelsesobjektet vil således altid være information. Som afhandlingens analyser har vist, har den beskyttede information enten en økonomisk værdi eller en ideel tilknytning til en fysisk person. Dette kan også udtrykkes således, at der altid er knyttet enten en økonomisk eller en ideel beskyttelsesinteresse til den beskyttede information.

- *Informationsretten beskytter information, hvortil er knyttet en økonomisk eller ideel beskyttelsesinteresse.*

Den *økonomiske beskyttelse* tildeles information, der er udtryk for en investering i tid eller penge og/eller, som er resultatet af en intellektuel indsats. Beskyttelsen af den intellektuelle indsats træder tydeligst frem i den ophavsretlige beskyttelse efter ohl. § 2, mens beskyttelsen af en investering i form af tid eller penge meget markant illustreres i sui generis beskyttelsen af databaser efter databasedirektivet, men også andre regler viser, at den rene investering nyder beskyttelse, herunder f.eks. producentbeskyttelsen i ohl. §§ 66 og 67. Ofte er kravet om intellektuel indsats og om investering undergivet et væsentlighedskriterium. Den intellektuelle indsats henholdsvis investeringen skal have et vist niveau for at nyde beskyttelse. I ophavsretten er dette udtrykt ved kravet om "originalitet" (tidligere "værkshøjde"), i patentretten med kravet om "opfindelseshøjde" og i sui generis databasebeskyttelsen ved kravet om "væsentlig" investering. Det er imidlertid ikke alle regler, der rummer et sådant væsentlighedskriterium, og en grundsætning herom kan derfor næppe opstilles. Den nævnte producentbeskyttelse i ohl. §§ 66 og 67 beskytter eksempelvis alle lydoptagelser uanset omfanget af den investering, der ligger til grund for lydoptagelsen.

Der er næppe tvivl om, at det er kravet om intellektuel indsats eller investering i tid eller penge, der er de primære kriterier for beskyttelse af information, og at den beskyttede information i langt de fleste tilfælde er et udtryk for en intellektuel indsats og/eller en investering. I enkelte tilfælde gælder dette dog ikke. Retten til eget navn og billede er uafhængig af, om den pågældende person har gjort en indsats for at skabe opmærksomhed og interesse om sin person. Som nærmere beskrevet i kapitel 4 vil dette ofte være tilfældet, således at der er foretaget en investering, men det vil ikke gælde altid. Der er således eksempler på personer, der er blevet kendte på en enkeltstående tilfældig begivenhed, og hvor man følgelig ikke kan sige,

at denne kendthed var udtryk for en investering (f.eks. flypiloten, der mirakuløst nødlandende et fly, så alle overlevede, eller vinderen af danmarkshistoriens største lotto-gevinst, der står offentligt frem). I samme retning varemærkeretten, hvor kendskab til varemærket ofte understøttes af store markedsføringsbudgetter og dermed utvivlsomt af en investering, men hvor der ydes samme beskyttelse til det varemærke, der uden nogen nærmere markedsundersøgelser eller investering i øvrigt, sættes på et produkt, som herefter bringes på markedet. Beskyttelsen kan i disse situationer formentlig forklares med, at rettighedshaveren har en sådan tilknytning til informationen, at det er naturligt at lade det økonomiske potentiale tilgå rettighedshaveren. Dette gælder særligt for den økonomiske beskyttelse af retten til eget navn og billede. Det forekommer naturligt, at en person selv kan udnytte det økonomiske potentiale af sin personlighed, også selvom dette potentiale ikke beror på en investering. Tankegangen gælder formentlig også på det varemærkeretlige område, selvom tilknytningen ikke her har helt samme tætte karakter. Denne tanke er også udtrykt i det berigelseshensyn, der nærmere er beskrevet i kapitel 4.

Herudover vil den varemærkeretlige beskyttelse som beskrevet også være begrundet i den symbolfunktion, som varemærket repræsenterer (forvekslingshensynet).

Man kan herefter rejse spørgsmålet, om information altid tildeles en økonomisk beskyttelse, når den er udtryk for en intellektuel indsats, en investering eller har en naturlig tilknytning til rettighedshaveren. Tager man udgangspunkt i det centrale incitamentshensyn som begrundelse for eneretten, synes svaret at være nej. Efter dette hensyn ønsker man at belønne rettighedshaveren for at have tilvejebragt information, som har en værdi for samfundet. Dermed bør der ikke tildeles beskyttelse til information, som ikke har en samfundsværdi. Eller med andre ord: der bør kun gives beskyttelse til information, der er udtryk for en intellektuel indsats eller en investering, eller som har en naturlig tilknytning til en bestemt person, såfremt denne information har den fornødne samfundsværdi. Som nærmere beskrevet i kapitel 4 suppleres incitamentshensynet imidlertid af berigelseshensynet, og det kan derfor ikke med henvisning til incitamentshensynet lægges til grund, at informationen skal have en samfundsværdi for at opnå beskyttelse. Det er vanskeligt at finde eksempler på, at sådan information ikke tildeles beskyttelse, når en tredjepart søger at udnytte den økonomisk, og udgangspunktet må derfor formentlig være, at information altid beskyttes, når

den er udtryk for en intellektuel indsats, en investering eller i øvrigt har en naturlig tilknytning til en bestemt person.

Et grænsetilfælde udgøres af retten til afbildning af eget hjem. Der foreligger en række afgørelser herom i fransk ret. Den franske højesteret nåede i en afgørelse fra 1999 til, at ejeren af et hus kunne forbyde afbildning af huset. Resultatet blev begrundet i, at ejendomsretten til huset gav ejeren eneret til enhver form for økonomisk udnyttelse af huset. I en ny sag fra 2004 skiftede den franske højesteret tilsyneladende spor og afviste, at retten til afbildning af en ejendom kunne udledes af ejendomsretten til ejendommen. Dommen er optrykt i IIC, 2005, s. 731 ff. Sagerne er omtalt af *Geiger*, The Right to the Image of One's Own Property on the Run: Has the Brake Finally Been Pulled on the Privatisation of the Public Domain?, IIC, 2005, s. 706 ff. At fokusere på, om retten til afbildning er indeholdt i den almindelige ejendomsret, bliver kun en pseudodiskussion, som ikke i sig selv kan bidrage til resultatet, jf. også om ejendomsretsterminologien ovenfor kapitel 2. Overvejer man i stedet spørgsmålet i den informationsretlige ramme, må det afvises, at beskyttelsen kan begrundes i en intellektuel indsats eller en investering. Den intellektuelle indsats, der ligger i husets udformning, er arkitektens, ikke køberens, og den investering som købet udgør, er ikke en investering i frembringelse af information men udelukkende i erhvervelse af selve den fysiske genstand. Tilbage bliver derfor, om informationen har en sådan tilknytning til ejeren af huset, at dette kan begrunde en informationsretlig beskyttelse af afbildningen. Det er reelt dette sagen handler om og henset til, at ejerforholdet uden videre kan skifte, er der formentlig ikke den fornødne personlige tilknytning. Resultatet forekommer derfor rigtigt i relation til den økonomiske beskyttelse af informationen. Hvis husejerens identitet knyttes sammen med billedet af ejendommen, foreligger en behandling af personoplysninger, der vil være undergivet en ideel beskyttelse efter persondataretten og muligvis også efter andre af personlighedsrettens regler. Om beskyttelsesobjektet for de ideelle rettigheder se straks nedenfor.

Et andet eksempel udgøres af en afgørelse fra den japanske højesteret, hvorefter der ikke blev givet beskyttelse af navne på kendte væddeløbsheste. Hestenes ejere kunne derfor ikke modsætte sig, at hestenes navne blev anvendt i computerspil. Ud fra samme betragtning som i sagerne om retten til billedet af egen ejendom, kan man argumentere for, at hesteejeren ikke har en særlig tilknytning til hestenavnet, da ejerforholdet kan skifte. I dette tilfælde vil der imidlertid være en opdrætter, der har trænet hesten og ført den frem, og som derfor har foretaget en sådan investering i hesten, at der bør tildeles en beskyttelse af hestens navn. Der kan endvidere argumenteres for, at opdrætteren har en sådan tilknytning til informationen, at der også af denne grund bør tildeles beskyttelse. Den eneret, som opdrætteren har, må anses for overført, hvis hesten efterfølgende sælges, på helt samme måde, som arkitektens ophavsret til husets udformning, kan overdrages til husets ejer (hvilket dog i praksis sjældent sker). Det må derfor forventes, at den japanske sag ville få et andet udfald i Danmark og formentlig også burde have fået det i Japan. Se tilsvarende generelt om beskyttelsen af dyrs navn og billede *Stenvik*, Rettsbeskyttelse av personlig særpreg, TfR, 2003, s. 602 ff. (s. 613): "Dyr kan f.eks. være filmstjerner, berømte modeller som kan ha nedlagt et svært og tidskrevende arbeid i fremdyrkelsen av dyrets evner – eller ´personlighet´, om man vil – kan ha en berettiget interesse i å kontrollere den kommersielle utnyttelsen av resultatet".

Dette er for så vidt en anerkendelse af den fra common law-ophavsret kendte grundsætning, *what is worth copying is worth protecting* som en bredere informationsretlig grundsætning men dog med den tilføjelse, at informationen skal være udtryk for en intellektuel indsats, en investering eller have en naturlig tilknytning til en bestemt person for at opnå beskyttelse.

Der eksisterer dog formentlig i hvert fald én undtagelse til dette udgangspunkt. Det er således fast antaget i dansk og nordisk ret, at der ikke kan opnås eneret på opdagelser, jf. nærmere *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 235 og *Koktvedgaard & Østerborg*, Patentloven, 1979, s. 26 f. med yderligere henvisninger. Dette gælder også, selvom der er investeret intellektuelle ressourcer, tid eller penge i at gøre opdagelsen. Spørgsmålet er kontroversielt og retstilstanden en anden i nogle andre lande, jf. Koktvedgaard & Østerborg, der betegner spørgsmålet som vanskeligt, og Schovsbo & Rosenmeier, der betegner det som "ubehageligt", at opdagelser slet ikke nyder nogen immaterialretlig beskyttelse. Baggrunden for denne retstilstand er særligt, at en eneret til opdagelser "let ville kunne få uønskværdige samfundsmæssige virkninger i form af en båndlæggelse af den menneskelige viden og erkendelse", jf. Koktvedgaard & Østerborg, a.st. Man kan overveje, om ikke denne type information kan opnå erhvervshemmelighedsbeskyttelse efter mfl. § 19, stk. 5. Såfremt en virksomhed gør en opdagelse, der udnyttes kommercielt i virksomheden, og som holdes hemmelig, vil den som udgangspunkt have karakter af erhvervshemmelighed i mfl. § 19´s forstand. De anførte betænkeligheder ved at tildele eneret til opdagelser er mindre i denne situation. Erhvervshemmelighedsbeskyttelsen medfører ikke et bredt forbud mod andres udnyttelse af informationen på samme måde som patentretten gør det. Men erhvervshemmelighedsbeskyttelsen medfører dog fortsat, at en begrænset personkreds underlægges et forbud, og dette vil i nogle tilfælde også kunne virke så stødende, at der formentlig ikke vil blive tildelt en erhvervshemmelighedsbeskyttelse. Forestiller man sig eksempelvis i tiden før det blev opdaget, at jorden er rund, at en virksomhed, der gjorde denne opdagelse, i første omfang holdt den for sig selv og herefter gik i gang med at producere globusser, ville det virke stødende, om virksomheden kunne forhindre de ansatte i at formidle denne grundlæggende naturvidenskabelige erkendelse til andre. Et mere praktisk eksempel kunne være, at en virksomhed som den første opdagede skadevirkningerne af tobaksrygning og herefter begyndte at udvikle et produkt til tobaksafvænning og holdt sin viden om skadesvirkningerne for sig selv, indtil afvænningsproduktet var klar til markedet. I denne situation ville det også være stødende, om de ansatte ikke skulle kunne fortælle omverdenen om opdagel-

sen. Den omstændighed, at der er tale om en opdagelse, kan dog ikke i sig selv bevirke, at der ikke kan opnås en erhvervshemmelighedsbeskyttelse, og margen for en sådan undtagelse er givetvis ganske snæver.

Disse betragtninger kan formentlig på et mere generelt plan sammenfattes således, at information helt undtagelsesvis kan have en sådan almen karakter og samfundsbetydning, at ingen bør kunne hævde eneret til den.

Betragtningen indrammer de vanskelige overvejelser om eneretsbeskyttelse af den menneskelige arvemasse Se grundlæggende om disse problemstillinger f.eks. *Bryde Andersen & Koktvedgaard*, Bioteknologi & patentret, 1990. Speciallitteraturen er omfattende.

Denne grundsætning har sit primære, og meget begrænsede, anvendelsesområde for naturgivne fakta, og det er tvivlsomt, om den finder anvendelse for andre typer af information.

Betragtningerne om beskyttelsesobjektet for den økonomiske beskyttelse af information kan herefter sammenfattes i følgende grundsætning:

- *Information, der er udtryk for en investering i tid eller penge, eller som er resultatet af en intellektuel indsats, har altid karakter af beskyttelsesværdig information, hvis informationen har økonomisk værdi. Dette gælder tilsvarende, hvis informationen har en naturlig tilknytning til en bestemt person. Helt undtagelsesvis vil informationen dog kunne have en sådan almen karakter og samfundsbetydning, at ingen bør kunne opnå en eneret til den. Dette vil navnlig gælde for naturgivne fakta.*

Vendes blikket herefter mod den *ideelle beskyttelse* følger det af persondataloven, at information om en bestemt fysisk person – eller i den persondataretlige terminologi, informationer der kan henføres til en konkret fysisk person – beskyttes. Dette resultat er en umiddelbar følge af den brede definition af personoplysningsbegrebet (pdl. § 3, nr. 1) og fører til, at enhver oplysning, der direkte eller indirekte kan henføres til en konkret person, beskyttes. Det er tvivlsomt, om rent subjektive udsagn om en person omfattes af lovens personoplysningsbegreb. Det fremgår af bet. 1345/1997, s. 211, at udvalget overvejede dette og fandt, at subjektive vurderinger var omfattet. Udvalget henviste herved til ordlyden af personoplysningsbegrebet i direktivet, ordlyden af direktivets art. 15 og Registertilsynets hidtidige praksis. Som eksempler på subjektive vurderinger, der herefter vil være omfattet af loven, nævner udvalget en læges vurdering af en patients psykiske helbredstilstand og et pengeinstituts vurdering af en kundes kreditvær-

dighed. Tilsvarende lægges i Artikel 29-gruppens udtalelse nr. 4/2007 om begrebet personoplysninger til grund, at personoplysningsbegrebet også omfatter subjektive oplysninger, udtalelser eller vurderinger, jf. udtalelsen s. 6. Som eksempler nævnes bankers vurdering af låntagerens pålidelighed ("A er en pålidelig låntager"), forsikringsselskabers vurdering af forsikringstagers helbred ("A forventes ikke at dø foreløbig"), og arbejdsgivers vurdering af arbejdstager ("A er en god medarbejder og fortjener at bliver forfremmet").

På trods af disse udsagn, kan næppe alle subjektive vurderinger henregnes til personoplysninger. Et udsagn om, at "A er en idiot" eller "A er en hædersmand" kan ikke betegnes som en oplysning om den pågældende, som denne kan forbyde andre at behandle, men har karakter af en rent subjektiv meningstilkendegivelse, der ikke bør nyde beskyttelse som en personoplysning. De eksempler, der er givet i bet. 1345/1997 og Artikel 29-gruppens udtalelse, er subjektive vurderinger, der altovervejende beror på objektive kriterier. Hermed oplyser den subjektive vurdering også indirekte om de objektive kriterier, som utvivlsomt er beskyttet. En kundes kreditværdighed beror eksempelvis på objektive forhold om den pågældende indkomst, udgifter, formue, gæld m.v. En lægelig vurdering af helbred beror ligeledes på nogle objektivt konstaterbare faktorer. At A er en god medarbejder og fortjener at blive forfremmet beror i en vis grad nok på en subjektiv vurdering men vil i praksis også tage udgangspunkt i nogle objektive faktorer (påtager medarbejderen sig ekstraopgaver, når der bliver bedt om det, overholdes aftalte deadlines, møder medarbejderen til tiden, når sælgeren en vis omsætning osv.). Hermed adskiller eksemplerne sig fra den situation, hvor det subjektive udsagn ikke umiddelbart leder tilbage til objektive kriterier, hverken direkte eller indirekte. B´s udsagn om, at A er en idiot, leder hverken direkte eller indirekte til objektive kriterier om A men er blot en anden måde at udtrykke, at B ikke bryde sig om A. Denne type af stærkt subjektive udsagn, som ikke leder tilbage til umiddelbart erkendbare objektive kriterier, er næppe omfattet af persondataloven. Til gengæld vil enhver form for oplysninger om en fysisk person, der enten har karakter af objektive kriterier eller subjektive udsagn, der leder tilbage til erkendbare objektive kriterier, have karakter af beskyttelsesværdig information.

Denne sondring kan også udtrykkes med udgangspunkt i den sondring mellem operationel og emotionel information, der er beskrevet i kapitel 2. Det er karakteristik for den type oplysninger, som beskyttes i henhold til det ovenstående, at det er information, der kan fungere som beslutningsgrundlag for menneskelig valg. De eksempler, der er opstillet i Artikel 29-

gruppens udtalelse og i bet. 1345/1997, angår alle information, som kan danne grundlag for efterfølgende valg (om der skal ydes et lån, tilbydes en forsikring, gives en forfremmelse mv.). Det er således tale om operationel information. I de eksempler, hvor informationen ikke kan antages at være beskyttet, kan informationen umiddelbart påvirke modtagerens følelser og holdninger til den, som informationen omhandler, men informationen er ikke i sig selv egnet som beslutningsgrundlag for et valg. Her er tale om emotionel information. Heller ikke sondringen mellem operationel og emotionel information er skarp. Et udsagn, der i udgangspunktet har karakter af emotionel information, kan få karakter af operationel information afhængigt af konteksten. Et udsagn om, at en person er en "skidt person", vil som udgangspunkt have karakter af emotionel information. Hvis udsagnet afgives som reaktion på en andens overvejelse om at låne penge til den pågældende person, må udsagnet i denne kontekst formentlig betyde, at den omtalte person har en sådan moral, at vedkommende ikke nødvendigvis vil betale lånet tilbage. Hermed får udsagnet karakter af operationel information.

Disse betragtninger leder til følgende grundsætning:

- *Information om en bestemt fysisk person, der enten har karakter af objektive oplysninger eller af subjektive udsagn, der leder tilbage til erkendbare objektive kriterier, har altid karakter af beskyttelsesværdig information. Dette kan også udtrykkes således, at operationel information om en bestemt fysisk person altid har karakter af beskyttelsesværdig information.*

Den emotionelle (eller rent subjektive) information kan efter omstændighederne forbydes efter andre regler, herunder særligt strfl. § 267 om æreskrænkelser. Denne bestemmelse skal hindre, at en person på nærmere angivne grovere måder fremstilles negativt i offentligheden ("fornærmende ord" og "sigtelser der er egnet til at nedsætte den fornærmede i medborgeres agtelse"). I modsætning til persondatabeskyttelsen, der primært hviler på et privatlivshensyn, hviler denne bestemmelse dermed med afhandlingens terminologi på et personlighedshensyn. Dette gælder tilsvarende bestemmelsen i ohl. § 3, stk. 2, om forbud mod at ændre eller tilgængeliggøre et værk på en måde eller i en sammenhæng, der er krænkende for ophavsmanden. Den ulovregulerede ideelle beskyttelse mod at få sit billede anvendt i reklameøjemed er udtryk for samme tankegang. Enhver person bør som udgangspunkt selv kunne vælge, hvordan den pågældende ønsker at

fremtræde i offentligheden. Dette indebærer dog langt fra, at enhver information, der kan påvirke en persons fremtræden i offentligheden, har karakter af beskyttelsesværdig information. Mere generelle udsagn, som f.eks. at en person er "uhæderlig" eller "uden talent", har ikke karakter af beskyttet information. Der kræves med andre ord et kvalificeret element, hvis nærmere indhold ikke behandles her.

- *Information, der på nærmere kvalificeret grundlag påvirker en persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning, har karakter af beskyttelsesværdig information. Dette kan også udtrykkes således, at emotionel information om en bestemt fysisk person, har karakter af beskyttelsesværdig information, når informationen på kvalificeret grundlag påvirker en persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning.*

De to ovenstående grundsætninger om beskyttelse af ideel karakter gælder for fysiske personer. Som nærmere beskrevet i kapitel 9.5 kan juridiske personers privatliv og omdømme også udgøre en værnet interesse og nyde en vis beskyttelse. Dette er tilfældet, når en indirekte beskyttelse af de bagvedstående fysiske personer og/eller en beskyttelse af økonomiske interesser eller effektivitet tilsiger det. Der kan på den baggrund i tilknytning til de to netop opstillede grundsætninger tilføjes følgende grundsætning:

- *Information om en bestemt juridisk person, og information, der kan påvirke en juridisk persons fremtræden og udtryk i offentligheden, har karakter af beskyttelsesværdig information, når en indirekte beskyttelse af de bagvedstående fysiske personer og/eller en beskyttelse af den juridiske persons økonomiske interesser eller effektivitet tilsiger det.*

4. Beskyttelsens subjekt

Som beskrevet ovenfor tildeles information en *økonomisk beskyttelse*, når informationen er udtryk for en intellektuel indsats, en investering i tid eller penge, eller har en naturlig tilknytning til en bestemt person. Dette sondringsgrundlag har også relevans for beskyttelsens subjekt.

Når beskyttelsen af information er udtryk for en beskyttelse af den intellektuelle indsats, der ligger bag tilvejebringelsen af informationen, tildeles

retten den person, som har frembragt informationen. Dette gælder for ophavsretten, patentretten og designretten. Den intellektuelle indsats anses for at skabe et særligt personligt bånd mellem frembringeren og informationen, og dermed kan rettighedstildelingen også ses som et specialfald af et mere generelt princip om, at rettigheden tildeles den person, som har en naturlig tilknytning til informationen. Dette princip slår til gengæld umiddelbart igennem for information, der har naturlig tilknytning til en bestemt person, men som ikke er udtryk for en intellektuel indsats. Retten til eget billede er formentlig det væsentligste eksempel herpå. For denne type information tildeles rettighederne den person, som har tilknytningen til informationen. En konsekvens af, at det er den personlige tilknytning, der lægges vægt på, er, at det oprindelige rettighedssubjekt i disse situationer altid vil være en fysisk person. Disse betragtninger danner grundlag for følgende grundsætning:

- *De økonomiske rettigheder til information, der er resultatet af en intellektuel indsats, eller som har en naturlig tilknytning til en bestemt person, tildeles den fysiske person, der har frembragt informationen eller i øvrigt har en naturlig tilknytning til den.*

Når beskyttelsen af information er udtryk for en beskyttelse af en investering i tid eller penge, tildeles rettighederne den, der foretager investeringen. Sui generis databasebeskyttelsen og producentbeskyttelsen efter ohl. § 66 er eksempler herpå. Information, der er frembragt ved en intellektuel indsats, eller som har en naturlig tilknytning til en bestemt person, vil ofte også have krævet investering i tid og penge. I denne situation vil der blive lagt mest vægt på det særlige personlige bånd, hvorfor retten vil tilfalde den, der har ydet en intellektuel indsats eller i øvrigt har en naturlig tilknytning til informationen. Investering i tid og penge bliver med andre ord et subsidiært kriterium, der kun får betydning, når informationsbeskyttelsen ikke også er udtryk for beskyttelse af en intellektuel indsats eller en naturlig personlig relation. Særligt i ansættelsesforhold kan det praktiske udgangspunkt dog være det modsatte, jf. nedenfor om rettighedsovergang. Når der lægges vægt på investeringskriteriet, vil rettighedshaveren både kunne være en fysisk og en juridisk person. Dette fører til følgende grundsætning.

- *De økonomiske rettigheder til information, der er udtryk for en investering i tid eller penge, tildeles den fysiske eller juridiske person, der foretager den økonomiske investering. Dette gælder dog*

> *ikke, hvis informationen samtidig er udtryk for en intellektuel indsats eller har en naturlig personlig tilknytning til en bestemt fysisk person.*

Den *ideelle beskyttelse* tildeles den fysiske person, som informationen relaterer sig til. Dette gælder, uanset om beskyttelsen er baseret på privatlivshensyn eller på personlighedshensyn.

- *De ideelle informationsrettigheder tildeles den fysiske person, som informationen relaterer sig til.*

Som nærmere beskrevet i kapitel 9.5 må det lægges til grund, at juridiske personer ikke kan besidde ideelle rettigheder. Også dette har karakter af en grundsætning.

- *Juridiske personer kan ikke besidde ideelle informationsrettigheder.*

5. Beskyttelsens indhold

Som nærmere beskrevet i kapitel 2 er det et fællestræk ved alle de eksklusive informationsrettigheder, at de giver rettighedshaveren mulighed for at forbyde andre at gøre brug af den beskyttede information. Denne forbudsret udgør den mest generelle grundsætning om beskyttelsens indhold.

- *Informationsrettighederne forbyder andre end rettighedshaveren at foretage nærmere angivne behandlinger af den beskyttede information.*

Spørgsmålet er herefter, hvilke informationshandlinger der omfattes af forbudsretten. Der er valgt forskellige modeller i de forskellige love. Efter ophavsretten er det alene to bestemte former for behandling, tilgængeliggørelse og eksemplarfremstiling, der er omfattet af forbudsretten. I patentloven opregnes i § 3 en lang række handlinger, som er omfattet af forbudsretten ("fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende"). Denne opregning er princippet udtømmende, men det har formentlig været intentionen at gøre opregningen så omfattende, at alle praktisk relevante former for udnyttelse af patentet var omfattet.

Se *Koktvedgaard & Østerborg*, a.st., s. 110: "I Bet. p. 147 overvejede man en udtømmende opregning af de former for udnyttelse, som omfattes af eneretten, men fandt, at patenthaverens interesse i fuldstændig beskyttelse burde have overvægt. Når bestemmelsen nu er formuleret som en udtømmende opregning, skyldes det dels de i N 3.1 nævnte hensyn [harmoniseringshensyn], dels at FPKs opregning er så omfattende, at der næppe findes andre praktiske måder at udnytte en patentbeskyttet opfindelse på, som også bør være omfattet af eneretten".

I varemærkeretten er i § 4, stk. 3, ligeledes opregnet en lang række handlinger, der er omfattet af den varemærkeretlige eneret. Det følger imidlertid af bestemmelsen, at det "navnlig" er de opregnede handlinger, som er beskyttet, og der er derfor ikke tale om en udtømmende opregning. Eneretten omfatter således enhver form for brug af varemærket. I persondataretten er det ligeledes enhver form for brug, der omfattes af forbudsretten, jf. herved det brede behandlingsbegreb i pdl. § 3, nr. 2. Efter mfl. § 19 omfatter erhvervshemmelighedsbeskyttelsen et forbud mod at skaffe sig kendskab til eller rådighed over informationen, samt at videreoverdrage og benytte den. Hæleribestemmelsen i stk. 5 forbyder modtageren at benytte informationen. Som beskrevet dækker ordet "benyttelse" dog i denne sammenhæng formentlig også videreoverdragelse.

Overordnet set kan der således sondres mellem to modeller. Efter den ene afgrænses beskyttelsens indhold af et bredt formuleret begreb, der vil omfatte alle relevante informationshandlinger. Dette gælder persondataretten ("behandling"), varemærkeretten ("brug") og erhvervshemmelighedsbeskyttelsen ("benyttelse"). Efter den anden angives specifikke informationshandlinger, der omfattes af beskyttelsen. Dette gælder ophavsretten og patentretten. På det patentretlige område har hensigten dog formentlig været, at opregningen i praksis skulle udtømme de handlinger, der kunne have relevans. Som nævnt omfattede den patentretlige beskyttelse enhver form for brug frem til ændringen i 1978-pl., der primært var forårsaget af ønsket om international harmonisering, ikke en materiel ændring af beskyttelsens indhold. Der er grund til at formode, at man også på det ophavsretlige område med eneretten til tilgængeliggørelse og eksemplarfremstilling har søgt at dække alle de handlinger, der kunne have økonomisk relevans for ophavsmanden. Det er vanskeligt at finde eksempler på handlinger, der krænker ophavsmandens økonomiske beskyttelsesinteresse, og som hverken har karakter af en spredning, visning, fremførelse eller eksemplarfremstilling. Den teknologiske udvikling har dog ført et par eksempler med sig. Det har for det første været omdiskuteret, hvorvidt en tilrådighedsstillelse af eksempelvis et musikværk eller et filmværk på en hjemmeside kan rubriceres

under begrebet tilgængeliggørelse i klassisk forstand. Det er forholdsvis klart, at der ikke er tale om spredning eller visning, eftersom dette forudsætter overdragelse henholdsvis visning af et fysisk eksemplar. Derimod har det været mindre klart, om der er tale om en fremførelse i traditionel forstand. Er der ikke tale om en fremførelse, vil denne form for tilgængeliggørelse ikke være beskyttet. For at sikre, at denne form for tilgængeliggørelse er omfattet af eneretten, er spørgsmålet blevet reguleret i infosoc-direktivets art. 3, hvorefter "Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt".

I den danske ophavsretslov er bestemmelsen implementeret i ohl. § 3, stk. 4, nr. 1, der fastslår, at denne form for overføring til almenheden anses for en fremførelse efter § 3, stk. 3. Holdningen fra Kulturministeriet har således været, at det klassiske fremførelsesbegreb kunne rumme denne form for tilrådighedsstillelse. Denne fortolkning har været en pragmatisk måde at sikre, at tilgængeliggørelse fra hjemmesider også var omfattet af eneretten forud for en særskilt regulering. Det er efter min opfattelse tvivlsomt, om denne fortolkning er rigtig, men dette spørgsmål skal ikke forfølges yderligere her.

Det har for det andet været omdiskuteret, hvorvidt linking til ophavsretligt beskyttede værker udgør en selvstændig fremførelse af værket. Dette er lagt til grund i dele af litteraturen med henvisning til nogle danske og svenske afgørelser. Efter min opfattelse taler stærke argumenter for, at linking ikke kan udgøre en selvstændig fremførelse, jf. nærmere *Udsen & Schovsbo*, Ophavsrettens missing link?, NIR, 2006, s. 47 ff. Når dette alligevel er blevet gjort gældende, skyldes det formentlig ønsket om at kunne forbyde en handling, som man mener, ophavsmanden bør have eneret til. Klarest er det kommet til udtryk i U.2001.1572V, hvor landsretten fandt, at linking til musiknumre måtte "sidestilles" med offentlig fremførelse. Dette må formentlig læses på den måde, at landsretten ikke finder, at linking udgør en fremførelse, men noget der "minder om" en fremførelse.

Begge de nævnte tilfælde er således eksempler på, at man søger at udvide beskyttelsens indhold, når formuleringen af eneretten undtagelsesvist ikke omfatter en handling, der har økonomisk betydning for ophavsmanden.

Selvom patentrettens indhold som beskrevet er gjort omfattende og formentlig tilsigter at være udtømmende, kan der også i nyere retspraksis findes et eksempel på, at indholdet af den patentretlige eneret er udvidet ud over bestemmelsens naturlige forståelse. I U.2007.1219H stadfæstede Vestre Landsret således et forbud mod bl.a. eksport af en maskine, der kræn-

kede et patent, selvom den udtømmende opregning i pl. § 3 ikke inkluderer eksport. For Højesteret angik sagen udelukkende erstatningsberegningen.

Se om dommen *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 286: "En sådan udvidelse af eneretten er ikke uden betænkeligheder, da det rent principielt må anses for udelukket at udvide beskyttelsen gennem analogislutninger o.lign.".

Sammenfattende er det således karakteristisk, at en række af de informationsretlige discipliner formulerer de beskyttede handlinger så åbent, at enhver form for brug af informationen, vil være omfattet. For de discipliner, der afgrænser beskyttelsen til konkrete handlinger, har intentionen formentlig tilsvarende været at lade beskyttelsen omfatte alle handlinger, der kan stride mod rettighedshaverens økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser. Når dette undtagelsesvis ikke er lykkedes, har domstolene været villige til at udvide beskyttelsen ved en bred fortolkning af de begreber, der afgrænser de beskyttede handlinger.

Foreligger en informationstype, der bør nyde informationsretlig beskyttelse efter de kriterier, der er opstillet i afsnit 3 ovenfor om beskyttelsens objekt, bør beskyttelsen derfor gælde alle former for udnyttelse af den pågældende informationstype. Retsteknisk betyder dette, at eventuelle undtagelser til beskyttelsen skal reguleres eksplicit, enten som egentlige undtagelsesregler eller som eksplicitte afgrænsninger af forbudsrettens omfang. Konsumptionsreglen er et eksempel på en egentlig undtagelsesregel, mens afgræsningen af eksempelvis den varemærke- og patentretlige beskyttelse til "erhvervsmæssig" brug er et eksempel på en eksplicit afgrænsning af selve informationsrettighederne. Det har som udgangspunkt ingen materielretlig betydning, om man vælger den ene eller anden model. Det væsentlige er, at regelgiver i begge situationer må forholde sig eksplicit til, hvornår informationsrettighederne ikke skal gælde. Det er endvidere væsentligt, at undtagelserne knytter an til bestemte aspekter af de beskyttede informationshandlinger. Undtagelserne ændrer således ikke på, at alle *typer* af informationshandlinger er omfattet af informationsrettighederne. Som en informationsretlig grundsætning kan dette også formuleres således:

- *Informationsrettighederne omfatter enhver form for behandling af den beskyttede information.*

6. Beskyttelsens bredde

I tilknytning til spørgsmålet om, hvilken type af information der beskyttes af informationsretten, opstår spørgsmålet, om de tildelte rettigheder kun gælder information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information eller også information, der "minder om" den beskyttede information, og hvis det sidstnævnte er tilfældet, hvor tæt på den umiddelbart beskyttede information man må gå. Disse spørgsmål behandles ofte under betegnelsen "beskyttelsens bredde". Besvarelsen nødvendiggør en sondring mellem de økonomiske og de ideelle rettigheder.

Det gælder som udgangspunkt for alle de *økonomiske enerettigheder*, at de ikke kun yder beskyttelse mod behandling af identisk information men også mod behandling af information, der har tilstrækkelige lighedstræk med den beskyttede information. Selvom dette ikke fremgår af de enkelte love, er det fast antaget inden for det immaterialretlige område, se f.eks. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 149 ff., s. 290 ff. og s. 433 ff. om henholdsvis ophavsret, patentret og varemærket. Det er tilsvarende antaget, at retten til eget navn og billede også beskytter mod såkaldte "look alikes" og "sound alikes". Se herved *Stenvik*, a.st., s. 636, der meget rammende sammenfatter problemstillingen på en måde, der også må tillægges vægt i dansk ret: "For den som lever av sine evner og sitt renommé, kan en *etterligning* av hans særprægede utseende eller hans prestasjoner være like skadelig som en *fremvisning* eller en *gjengivelse*. Også den som etterligner, drar nytte av hans evner og berømmelse, samtidig som etterligningen kan redusere hans egne inntektsmuligheter og skade hans renommé". Dette resultat ligger også til grund for den ofte omtalte norske *Bang-Hansen-dom* omtalt hos Stenvik a.st. Se også i samme retning om dansk ret, *Buhmann* i *Schønning m.fl.* (red.), Personlighedsret, 2007, s. 77. Det er dog ikke for alle typer information, at beskyttelsen er udstrukket til information, der har lighedstræk med den umiddelbart beskyttede information. Hverken udøvende kunstneres ret til egen fremførelse efter ohl. § 65 eller producentrettighederne efter § 66 gælder for efterligninger, jf. for § 65's vedkommende motiverne til 1995-ohl., der afviste et forslag fra ophavsretsudvalget om at lade bestemmelsen omfatte en plagiatbeskytttelse og for § 66's vedkommende *Schønning*, Ophavsretsloven, 2008, s. 575. Udøvende kunstneres egen fremførelse vil dog ofte være beskyttet efter grundsætningerne om retten til eget udtryk, jf. også *Stenvik* a.st. Når lydoptagelser efter ohl. § 66 ikke nyder beskyttelse mod efterligninger, er det formentlig på et overordnet plan et udtryk for, at naborettighederne generelt tildeles en svagere beskyttelse end de egentlige op-

havsrettigheder efter § 2. Dette kan dog ikke i sig selv forklare den manglende beskyttelse. Fotografiretten efter ohl. § 70, der ligeledes har karakter af en naborettighed, beskytter således også mod efterligninger, jf. motiverne til 1995-ohl. Forklaringen på denne forskel er formentlig, at fotografier i højere grad anses for at kunne være udtryk for en intellektuel indsats end lydoptagelser og af denne grund bør have en bredere beskyttelse. Dette understreges også af *Schønnings* antagelse om, at efterligningsbeskyttelsen i § 70 næppe har praktisk betydning, netop fordi fotografier typisk ikke vil være udtryk for nogen form for originalitet: "Efterligningsbeskyttelsen af fotografiske billeder har dog næppe nogen praktisk betydning. Jo mindre originalt eller individuelt et billede er, desto mindre er dets beskyttelsessfære. Banale snapshots kan således næppe tænkes udsat for plagiat", a.st., s. 599. Selvom lydoptagelser ikke ydes efterligningsbeskyttelse, ændrer det ikke på, at det overvejende udgangspunkt er, at de økonomiske enerettigheder både omfatter den umiddelbart beskyttede information og information, der i et nærmere kvalificeret omfang har lighedstræk med den umiddelbart beskyttede information. Dette kan udtrykkes i følgende grundsætning.

- *De økonomiske informationsrettigheder omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information men også information, der har en kvalificeret lighed med den beskyttede information.*

Spørgsmålet er herefter, hvornår der foreligger en "kvalificeret lighed". Det vil i sidste ende bero på en konkret vurdering, som dog formentlig kan tage udgangspunkt i enkelte mere generelle grundsætninger. I ophavsretten er det generelt anerkendt, at beskyttelsens bredde afhænger af originalitetsgraden, se *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 154: "Det er i øvrigt et alment synspunkt, både i Danmark og udlandet, at værkers beskyttelsesomfang bør afhænge af originalitetsgraden. Værker, der kun har lidt originalitet, bør efter dette synspunkt kun anses for krænket, hvis efterligningen er mere slavisk og nærgående, mens værker med mere udtalt originalitet vil have et bredere beskyttelsesområde, der også omfatter efterligninger, der ikke er nærgående". Se også *Rosenmeier*, Brugskunstbeskyttelsen med "nærgående efterligninger". Nogle terminologiske overvejelser, NIR, 2005, s. 503 ff. Det er tilsvarende i varemærkeretten antaget, at varemærker med styrke og en høj grad af indarbejdelse tildeles en bredere beskyttelse end svage varemærker, jf. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 445. Samme tankegang gør sig gældende i patentretten, se f.eks. *Koktvedgaard*, Lærebog i immaterialret, s.

267: "Det følger også ganske naturligt af de beskrevne kriterier, at epokegørende opfindelser – såkaldte *pioneropfindelser* – bør tilmåles et bredere beskyttelsesområde end de mere jævne småopfindelser". Disse antagelser synes at være udtryk for, at der er en sammenhæng mellem den indsats, der ligger til grund for informationen, og beskyttelsens bredde. Dette gælder formentligt uanset, om indsatsen er af intellektuel karakter (ophavsret og patentret) eller er udtryk for en investering i tid eller penge, således som oparbejdelse af et stærkt varemærke typisk vil være det. Hermed fremkommer følgende grundsætning:

- *Jo større indsats der ligger til grund for informationen, jo bredere beskyttelse tildeles informationen. Indsatsen kan enten have karakter af investering i tid eller penge eller i en intellektuel indsats.*

I tilknytning hertil må risikoen for dobbeltfrembringelser antages at have betydning. Mest markant er dette kommet til udtryk ved fastlæggelsen af beskyttelsesbredden for brugskunst. Brugskunst gives således en snævrere beskyttelse end "rene" kunstværker, navnlig med den begrundelse, at udformningsmulighederne er begrænsede for brugskunst. Ønsker man at producere en skalstol, der er fremstillet i ét stykke formpresset træ, er det begrænset, hvor forskellige sådanne stole vil se ud. Giver man derfor en bred beskyttelse af f.eks. Arne Jacobsens "Syveren" eller "Myren", risikerer man at gøre det vanskeligt for andre at fremstille egne skalstole. Hermed vil reelt i højere grad kunne opnås eneret på en ide frem for et konkret udtryk, hvilket ikke er ophavsrettens formål. Se om disse monopolbetragtninger som begrundelse for en begrænset beskyttelse af brugskunst f.eks. *Rosenmeier*, a.st., s. 503. Problemstillingen kendes også fra patentretten, hvor eksempelvis en række brede patenter af patenthaverne hævdedes at give eneret på nogle af de grundlæggende teknologier, der anvendes ved internetkommunikation og elektronisk handel, herunder linking-teknologien og dobbeltklik-teknologien. Denne type patenter er efterfølgende i vid udstrækning blevet underkendt eller undergivet et snævrere anvendelsesområde end påstået af patenthaverne. Der har utvivlsomt været en stærk modvilje mod at lade enkelte parter opnå et monopol på teknologier, der er grundlæggende for internetkommunikation. I varemærkeretten antages, at mærker med en høj grad af distinktivitet nyder en bredere beskyttelse, mens helt banale og almindelige symboler kun har en svag beskyttelse, se f.eks. *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 446.

Dette kan også sammenfattes således, at visse typer af beskyttet information er så "almindelige", at en bred beskyttelse vil give en for stærk markedsposition for rettighedshaveren og dermed også for svag en konkurrencesituation. Skal man med henblik på at opstille en grundsætning nærmere præcisere, hvad der ligger i "almindeligheds"-begrebet, kan man tage udgangspunkt i det fra informationsretten mere velkendte dobbeltfrembringelsesbegreb: Hvor stor er risikoen for, at en tredjemand udvikler den samme type information som den, der er beskyttet, uden forudgående kendskab til den beskyttede information? Jo mere "almindelig" informationen er, jo større vil risikoen være for sådanne dobbeltfrembringelser. Et eksempel på dette uden for de områder, der allerede er nævnt, kunne være imitering af en kendt persons stemme i en reklamesammenhæng. Har den kendte person en meget almindelig stemme, bør kun meget nærgående imitering være krænkende, mens kravene til ligheden bør være mindre, hvis den kendte person har en meget karakteristisk stemme og sandsynligheden for, at stemmeligheden var tilfældig, er tilsvarende mindre. Hermed kan opstilles følgende grundsætning.

- *Jo mindre risikoen er for dobbeltfrembringelser, jo bredere beskyttelse tildeles informationen.*

De to netop opstillede grundsætninger har fokus på den beskyttede information. I tilknytning hertil kan opstilles en grundsætning, der i højere grad tager udgangspunkt i den påståede krænkende information, når denne har karakter af operationel information. Den operationelle information er som nærmere beskrevet i kapitel 2 kendetegnet ved, at der træffes valg og foretages dispositioner med udgangspunkt i informationen. Det må formentlig gælde, at i jo højere grad den påståede krænkende information giver samme grundlag for at træffe valg, som den beskyttede information, jo mere taler for, at der foreligger en krænkende efterligning. Ændres eksempelvis blot et enkelt ciffer i telefonnumrene i en telefonnummerdatabase, vil ændringen i kvantitativ henseende være begrænset, men databasen vil ikke desto mindre være ubrugelig, og der kan ikke længere disponeres efter informationen. Anderledes hvis bilpriserne i en bildatabase ændres således, at der rundes op til nærmeste beløb deleligt med 100 (249.999 kr. bliver til 250.000 kr.). Informationsindholdet er i alt væsentligt uændret, og beslutningen om at købe en bil eller ej vil ikke blive påvirket af disse ændringer i informationsindholdet. Disse betragtninger fører til følgende grundsætning:

- *For operationel information afhænger beskyttelsens bredde af, i hvor høj grad den påståede krænkende information giver samme grundlag for at træffe valg, som den beskyttede information.*

Spørgsmålet om beskyttelsens bredde har også relevans for beskyttelsen af de *ideelle rettigheder*. Mest nærliggende gælder den ideelle beskyttelse af retten til eget navn, billede og udtryk i øvrigt også *look alikes* og *sound alikes* på helt tilsvarende vis, som gjaldt for den økonomiske beskyttelse. Det må antages, at vurderingen af, hvornår en look alike eller sound alike går for tæt på, vil være sammenfaldende for den økonomiske og den ideelle beskyttelse. Hermed kan opstilles følgende grundsætning:

- *Den ideelle beskyttelse af retten til eget udtryk omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information men også information, der har en kvalificeret lighed med den beskyttede information. Om der består en kvalificeret lighed afgøres af samme kriterier som for de økonomiske informationsrettigheder.*

Spørgsmålet om beskyttelsens bredde har også relevans for den operationelle information, og det vil i denne sammenhæng navnlig sige de egentlige personoplysninger i persondatalovens forstand. Spørgsmålet er her, om beskyttelsen kun omfatter de korrekte personoplysninger, eller om beskyttelsen også omfatter ukorrekte oplysninger. Og hvis beskyttelsen også gælder ukorrekte oplysninger, om det så gælder alle oplysninger, der kan henføres til den pågældende person, eller om der også i denne situationer gælder et krav om kvalificeret lighedstræk.

Det er vist nok den almindelige antagelse, at begrebet "personoplysninger" i persondataloven også rummer ukorrekte oplysninger, så længe oplysningen kan henføres til en konkret person, jf. Artikel 29-gruppens udtalelse nr. 4/2007 om begrebet personoplysning, s. 6. Angivelse af, at en person er 36 år, hvis den korrekte alder er 38, er således også en personoplysning. Konsekvensen heraf er bl.a., at den registreredes indsigtsret også gælder de ukorrekte oplysninger, som den registrerede kan kræve korrigeret, jf. nærmere pdl. §§ 5, stk. 4, og 37. Tilbage står spørgsmålet, om beskyttelsen gælder for alle personhenførbare oplysninger, uanset hvor forkerte de måtte være. Spørgsmålet er så vidt ses ikke behandlet i de eksisterende retskilder. Efter min opfattelse må oplysninger kunne have en sådan karakter, at de ikke beskyttes, uanset om de er personhenførbare. Et udsagn om, at "Hans

Hansen har fast bopæl på månen", vil have karakter af en personhenførbar oplysning, forudsat at Hans Hansen kan identificeres, men udsagnet er næppe omfattet af persondataloven. Der er som udgangspunkt ikke behov for at beskytte et udsagn, som synbart for alle er forkert, og som derfor åbenbart heller ikke rummer oplysninger om nogen faktisk person. Med denne antagelse bliver det også her relevant at overveje, hvornår forskellen mellem den beskyttede information og den påstået krænkende information er så stor, at der ikke består en krænkelse. Uden nærmere studier kan herom næppe siges mere, end at beskyttelsen ikke dækker de situationer, hvor det er åbenbart, at oplysningerne er ukorrekte. I nogle tilfælde vil beskyttelsen dog også gælde åbenbart urigtige oplysninger. Såfremt oplysningen er egnet til at fremstille den angivne person i et dårligt lys, tilsiger personlighedshensyn en beskyttelse, også selvom oplysningerne åbenbart er ukorrekte, da selv åbenbart urigtige oplysninger risikerer at påvirke offentlighedens opfattelse af den pågældende person. Bestemmelsen om ærekrænkelse i strfl. § 267 finder således også anvendelse uafhængigt af, om ytringen "fuldstændig åbenbart er forkert", jf. *Greve m.fl.*, Kommenteret straffelov, Speciel del, 2005, s. 408. På denne baggrund kan opstilles følgende grundsætning:

- *Den ideelle beskyttelse af operationel information, herunder særligt personoplysninger, omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information, men al information, der kan henføres til den pågældende person, medmindre der er tale om åbenbart urigtige oplysninger. Også åbenbart urigtige oplysninger kan dog omfattes af beskyttelsen, når oplysningerne kan påvirke den pågældende persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning.*

7. Indskrænkninger

I kapitlerne 7, 8 og 9 er behandlet en række af de informationsretlige indskrænkningsregler. I det følgende sammenfattes de grundsætninger, som analyserne i de nævnte kapitler har ført til. For en nærmere begrundelse af de enkelte grundsætninger henvises til de enkelte kapitler.

7.1. Privat brug

De informationsretlige privatbrugsregler er analyseret i kapitel 7. Dette førte til identifikationen af en række informationsretlige grundsætninger:

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information inden for en nærmere specificeret privatsfære (retten til privat brug)*.

- *Juridiske personers behandling af beskyttet information vil ikke være omfattet af privatbrugsreglen.*

- *Privatbrugsreglen afgrænses af et offentlighedskriterium og et erhvervskriterium*.

- *Offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, og dermed privatbrugsreglen, afgrænses af følgende centrale afgrænsningskriterier: Den personlige relation mellem de personer, der er involveret i informationsbehandlingen, antallet af personer, der er involveret i informationsbehandlingen (offentlighedskriteriet), hvorvidt behandlingen har et profitformål eller øvrigt har erhvervsmæssig karakter (erhvervskriteriet).*

- *Behandling af information inden for den snævre privatsfære udgør privat brug*

- *Behandling af information for en bred og ubegrænset kreds af personer falder uden for privatbrugsreglen, når behandlingen har et profitformål eller i øvrigt har erhvervsmæssige træk..*

- *Behandling af information for en bredere men afgrænset kreds af personer med et profitformål falder uden for privatbrugsreglen.*

- *I øvrige tilfælde vil gælde, at jo stærkere informationsbehandlingens erhvervsmæssige træk er, jo større er kravene til den personlige relation for at bringe behandlingen inden for privatbrugsreglen og omvendt*.

7.2. Konsumption

De informationsretlige grundsætninger på konsumptionsrettens område er beskrevet og uddybet i kapitel 8:

Eksemplarkonsumption

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information, når dette sker som led i overdragelse, visning eller anden form for brug af et eksemplar, hvori informationen er fæstnet (eksemplarkonsumption).*

- *Eksemplarkonsumption giver ikke ret til kopiering af information.*

- *Eksemplarkonsumption indtræder, når nærmere angivne rettigheder til eksemplaret er overdraget med rettighedshaverens samtykke.*

- *Jo mere fuldstændig rettighedsoverdragelsen er i tid og omfang, jo mere taler for, at der indtræder eksemplarkonsumption.*

- *Kravene til rettighedshaverens samtykke afgøres med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.*

Informationskonsumption

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information, der kan kræves unddraget offentligheden, når informationen er offentliggjort med rettighedshaverens samtykke (informationskonsumption).*

- *Hvorvidt rettighedshaveren har tilgængeliggjort informationen i et sådant omfang, at der foreligger en konsumptionsudløsende offentliggørelse, afgøres af antallet af personer, som informationen gøres tilgængelig for og den personlige relation mellem parterne samt i grænsetilfælde, hvorvidt tilgængeliggørelsen har været nødvendig for at forfølge interesser, som i øvrigt beskyttes af informationsrettighederne.*

- *Kravene til rettighedshaverens samtykke afgøres med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.*

Grænsefladerne mellem eksemplar- og informationskonsumption

- *Mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption består retligt relevante grænseflader, når hensynene bag reglerne om eksemplarkonsumption tilsiger eksemplarkonsumption, mens hensynene bag reglerne om informationskonsumption ik-*

ke tilsiger informationskonsumption. I denne situation skal det vurderes, om forbuddet mod informationstilgængeliggørelsen tillige medfører et forbud mod spredning og visning af eksemplaret.

- *Centralt for vurderingen er en række grænsefladekriterier: antallet af personer, som informationen gøres tilgængelig for gennem spredning eller visning af eksemplaret, den personlige relation mellem rettighedshaveren og de personer, informationen gøres tilgængelig for, rettighedsoverdragelsens karakter og omfang, overdragelsens primære karakter af eksemplaroverdragelse eller informationsoverdragelse, og hvorvidt den første overdragelse er sket mod vederlag.*

7.3. Information om egne ydelser

Grundsætningen om retten til at informere om egne ydelser er nærmere beskrevet i kapitel 9.2, hvor den er identificeret med følgende indhold:

- *De eksklusive informationsrettigheder afgrænses af en ret til at bruge beskyttet information, når dette sker loyalt i forbindelse med information om egne ydelser.*

7.4. Ytringsfrihed som indskrænkning i eneretten

I kapitel 9.3 er identificeret en række grundsætninger om forholdet mellem informationsrettigheder og reglerne om ytringsfrihed.

- *Informationsrettighederne kan undtagelsesvis afgrænses af reglerne om ytringsfrihed.*

- *Ytringsfrihedsreglerne bruges primært som en kilde til fortolkning af de specifikke informationsretlige regler (internalisering).*

- *Ved afvejningen af informationsrettighederne over for ytringsfrihedsreglerne lægges der vægt på, om informationen har karakter af en meningstilkendegivelse eller har almen samfundsmæssig interesse, om det er nødvendigt at bruge den beskyttede information, og om der foreligger et kontraktsforhold mellem parterne.*

7.5. De minimis-regel

Grundsætningen om en de minimis-regel er nærmere beskrevet i kapitel 9.4, hvor den formuleres således:

- *Hvis en tredjepart har en loyal og berettiget interesse i at bruge beskyttet information, og brugen slet ikke eller kun i helt ubetydeligt omfang strider mod de økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser, der begrunder den eksklusive informationsrettighed, kan brugen helt undtagelsesvis ske uden rettighedshaverens samtykke, selvom ingen specifikke indskrænkningsregler hjemler brugen.*

8. Varighed

Beskyttelsens varighed er et af de områder, hvor der er markante forskelle mellem de informationsretlige discipliner. Alligevel kan der formentlig også på dette område opstilles en række grundsætninger, som dog nok primært vil kunne have en retspolitisk betydning. Også her må der sondres mellem de økonomiske og de ideelle rettigheder.

For *de økonomiske rettigheder* vil investeringsbetragtninger have betydning for beskyttelsesperiodens længde. Jo større investering rettighedshaveren har foretaget for at udvikle den beskyttede information, jo længere beskyttelsesperiode vil rettighedshaveren skulle bruge for at tjene investeringen hjem. Denne betragtning hænger tæt sammen med incitamentshensynet som begrundelse for eneretten: Rettighedshaveren skal tildeles så lang en beskyttelsesperiode, at han får det fornødne incitament til at udvikle informationen. Investeringsbetragtningen falder naturligt, når den beskyttede information i særlig grad er udtryk for en investering i tid og penge, som det f.eks. udpræget vil være tilfældet for patenter. Mindre naturligt forekommer det at tale om, at en investering skal tjenes hjem, når informationen i højere grad er udtryk for en intellektuel indsats, som ikke nødvendigvis er proportional med den økonomiske investering. Alligevel synes der også for denne type af information at være en sammenhæng mellem indsatsen og beskyttelsesperioden. Det er således karakteristisk, at de ophavsretlige enerettigheder efter ohl. § 2 har en længere beskyttelsesperiode, end naboretthederne, der ikke er udtryk for samme grad af intellektuel indsats som de egentlige ophavsrettigheder. Dette kan sammenfattes i følgende grundsætning:

- *Jo større indsats der ligger bag den beskyttede information, jo længere beskyttelsesperiode for de økonomiske rettigheder. Indsatsen kan både have karakter af investering i tid eller penge og af en intellektuel indsats.*

I retsøkonomien vil det være et sædvanligt synspunkt, at beskyttelsesperioden skal være lang nok til at sikre incitament til at udvikle informationen men omvendt ikke længere, da der er en samfundsmæssig/økonomisk interesse i, at informationen kan anvendes af så mange som muligt, jf. f.eks. nærmere om beskyttelsestid og de retsøkonomiske ræsonnementer hos *Riis*, Ophavsret og retsøkonomi, 1996, s. 105 ff. Betragtningen rammer utvivlsomt noget rigtigt og er for så vidt et udtryk for det grundlæggende princip om informationsfrihed, men i sin rene form overser det, at den informationsretlige beskyttelse ikke kun afgøres af økonomisk effektivitet og optimering, jf. bl.a. kapitel 4 om det mere ideelt funderede belønningshensyn og også straks nedenfor om det personlige bånd mellem rettighedshaveren og informationen. Lidt mindre vidtgående må det dog gælde, at den beskyttede informations samfundsværdi må have betydning for beskyttelsens varighed. Vil der være en stor samfundsmæssig nytteværdi knyttet til fri brug af den pågældende information, taler det isoleret for en kort beskyttelsesperiode. Dette er en medvirkende forklaring på, at patentbeskyttelsen er kortere end den ophavsretlige beskyttelse. Betragtningen stemmer også overens med den tidsubegrænsede beskyttelse af varemærker. Det vil normalt ikke have nogen samfundsmæssig nytteværdi, at andre får mulighed for at udnytte et beskyttet varemærke. En sådan udnyttelse skaber ikke et erkendelsesniveau i samfundet eller på anden måde en kollektiv forøgelse af velstanden. Tværtimod er det en samfundsmæssig interesse, at man kan stole på de oplysninger om kvalitet mv., som varemærket repræsenterer og dermed også, at varemærketten ikke tidsbegrænses. En undtagelse hertil er den situation, hvor varemærket degenerere og gennem sin store udbredelse opnår karakter af en almen betegnelse. I denne situation er der ikke længere en samfundsmæssig interesse i, at varemærkeindehaveren bevarer eneretten til varemærket, da dette netop ikke længere informerer om det enkelte produkt. Tværtimod er der en samfundsinteresse i at kunne benytte betegnelsen, da den er blevet indlemmet i det almindelige sprog. I denne situation får det med andre ord undtagelsesvis en samfundsværdi, at varemærket kan benyttes frit. Disse betragtninger kan sammenfattes i følgende grundsætning:

- *Jo større samfundsværdi den beskyttede information har, jo kortere beskyttelsesperiode for de økonomiske rettigheder.*

Det er karakteristisk, at ophavsretten og retten til eget billede gælder i hele rettighedshaverens levetid samt også i en periode efter rettighedshaverens død, og det er karakteristisk, at begge disse typer af information har en tættere tilknytning til rettighedshaveren, end de øvrige former for information, der er undergivet økonomisk beskyttelse. Den lange beskyttelsesperiode i disse situationer er derfor formentlig også et udtryk for, at det kan virke stødende, om tredjeparter kommercielt kunne udnytte information, der har en særlig personlig tilknytning til rettighedshaveren, mens denne stadig er i live. Hermed får de ideelle aspekter en betydning for længden af den økonomiske beskyttelse.

- *Den økonomiske beskyttelse opretholdes i hele rettighedshaverens levetid, når der består et tættere personligt bånd mellem rettighedshaveren og informationen.*

Som nærmere beskrevet i kapitel 9.6 består de ideelle rettigheder også efter rettighedshaverens død og formentlig så længe, der er en risiko for, at de efterladte kan føle sig krænket.

- *Beskyttelsen af ideelle informationsrettigheder består i hele rettighedshaverens levetid samt i tillæg hertil, så længe de efterladte kan føle sig krænket af en krænkelse af rettighederne.*

9. Sanktioner

De informationsretlige sanktionsregler er analyseret i kapitel 9.7. Analyserne, hvortil der nærmere henvises, førte til identifikationen af følgende informationsretlige grundsætninger:

- *Krænkelse af økonomiske informationsrettigheder giver krav på rimeligt vederlag med udgangspunkt i det potentielle licensvederlag kombineret med et almindeligt erstatningskrav for eventuelt yderligere tab, hvor der også tages hensyn til krænkerens fortjeneste.*

- *Krænkelse af ideelle informationsrettigheder giver krav på godtgørelse. Dette gælder ikke for krænkelse af økonomiske rettigheder.*

10. Rettighedernes overgang

Der består en grundlæggende sondring mellem rettighedsovergang i rettighedshaverens levende live og rettighedernes overgang i forbindelse med rettighedshaverens død.

10.1 Overdragelse i levende live

Det gælder for alle de *økonomiske rettigheder*, at rettighedshaveren har fuld frihed til at overdrage dem enten helt eller delvis. Alle de informationsretlige discipliner giver således adgang til en fuldstændig rettighedsovergang, jf. også *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 483, dog med respekt af de almindelige aftaleretlige regler, herunder særligt aftl. § 36. Dette følger umiddelbart af det almindelige princip om partsautonomi, og ingen af de informationsretlige regler rummer bestemmelser, der fraviger dette udgangspunkt.

- *De økonomiske rettigheder kan overdrages fuldt ud.*

Omfanget af en rettighedsoverdragelse vil ikke altid være klart. En rettighedsoverdragelse kan være fuldstændig eller partiel, den kan dække forskellige benyttelsesformer, benyttelse på forskellige informationsplatforme, på forskellige geografiske områder, være tidsmæssigt afgrænset, være eksklusiv eller ikke-eksklusiv mv. Der opstår derfor ikke sjældent tvivl om den nærmere udstrækning af en rettighedsoverdragelse. I den enkelte sag vil denne afgrænsning bero på en konkret fortolkning af parternes aftale, men som udgangspunkt for denne fortolkning kan der nok opstilles en formodning for, at erhververen kun modtager de rettigheder, som nærmere er angivet. Der vil med andre ord være en formodning mod, at der kan indfortolkes en videregående rettighedsovergang, end den der umiddelbart følger af parternes aftale. Se tilsvarende *Schovsbo & Rosenmeier*, a.st., s. 485: "Hvis kontrakten er mere diffus eller uklar, vil det ofte have formodningen mod sig, at den hjemler en fuldstændig overdragelse. Normalt vil erhververen ikke have behov for andet eller mere end en udnyttelsesret, og hensynet til overdrageren taler da typisk for, at han bør beholde de beføjelser, der ikke klart er afgivet, og som erhververen ikke har et aktuelt, påviseligt behov

for. Hvis endelig kontrakten kun omhandler visse nærmere angivne beføjelser, vil det normalt være aldeles klart, at erhververen kun får disse, ikke andre. I praksis opstår der her kun problemer, hvis beføjelserne er angivet mere løseligt eller med runde formuleringer, eller hvis der opstår spørgsmål om nye udnyttelsesmåder (ny teknik), der ikke var kendt eller forudset på kontraheringstidspunktet. En restriktiv fortolkning vil her ofte være på sin plads". I ophavsretten er disse betragtninger lovfæstet gennem den ophavsretlige specialitetsgrundsætning i ohl. § 53, stk. 3. Når disse principper er lovfæstet i ophavsretten skyldes det formentlig, at rettighedshaveren ofte er blevet opfattet som den svagere part, der har haft behov for en særlig beskyttelse (den enkelte forfatter eller musiker overfor forlaget). Det vil formentlig også kunne have betydning i grænsetilfælde, om rettighedshaveren er en svagere part, men de nævnte principper må også antages at gælde mellem ligeværdige parter. Disse betragtninger fører til følgende grundsætning:

- *Som udgangspunkt overdrages kun de rettigheder, som er angivet. Dette gælder særligt, hvis rettighedshaveren er en formodet svagere part.*

En særlig problemstilling af stor praktisk betydning er rettighedernes overgang i ansættelsesforhold. I ophavsretten er udgangspunktet, at arbejdstageren beholder rettighederne, men dog således at arbejdsgiveren får de rettigheder, der er nødvendige og forudsatte for den sædvanlige drift af virksomheden. Denne grundsætning om sædvanlig udnyttelse blev allerede opstillet af *Knoph* i Åndsretten ("Synspunktet må være at prinsipalen vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig, hvis arbeidsaftalen skal nå sitt formål, men heller ikke mere", s. 84), og er siden bekræftet i en række afgørelser, se blandt de seneste afgørelser den præcist formulerede U.1994.349H: "… finder Højesteret, at de to indstævnte har været ansat i sådanne faste ansættelsesforhold, at deres rettigheder i henhold til ophavsretslovens §§ 2 og 45 med hensyn til de fire i sagen nævnte programmer må anses overdraget til appellanten i det omfang, dette på produktionstidspunktet var nødvendigt for appellantens sædvanlige virksomhed".

I bet. 1480/2006 om revision af ophavsretslovens kapitel 3 analyseres muligheden for at indføre en generel arbejdsgiverregel. Betænkningen indeholder ingen konklusioner men argumentationsindlæg fra Ophavsretligt Forum, der repræsenterede arbejdstagerinteresser, og Samrådet for ophavsret, der repræsenterede arbejdsgiverinteresser. Betænkningen mundede ud i en ændring af ophavsretsloven, hvor der bl.a. indføres en aftalelicens

men ikke en arbejdsgiverregel. Fra politisk hold var der således ønske om at videreføre den hidtidige retstilstand.

Ophavsretsloven indeholder en enkelt undtagelsesregel i ohl. § 59, hvorefter ophavsretten til et edb-program, der er frembragt af en arbejdstager under udførelsen af dennes arbejde eller efter arbejdsgiverens anvisninger, overgår til arbejdsgiveren. I praksis er forskellen på denne bestemmelse og det almindelige udgangspunkt ikke stor. De fleste programmer, der frembringes af en arbejdstager som led i et ansættelsesforhold, dvs. efter instruktion fra arbejdsgiveren, jf. Bryde Andersen, IT-retten, 2005, s. 352, vil blive udnyttet som forudsat i ansættelsesforholdet. Den reelle betydning vil derfor navnlig være i de situationer, hvor programmet undtagelsesvis skulle have en sekundær udnyttelse, som ikke var forudsat og nødvendig for arbejdsgiverens virksomhed. Når man har valgt denne løsning for edb-programmer, skyldes det bl.a., at der typisk ikke består det særlige personlige bånd mellem programmøren og den beskyttede information, som ellers er karakteristisk for mange ophavsretligt beskyttede værker. Tanken om værket som udtryk for den frie og selvstændige kunstners personlige udtryk er normalt ikke retvisende for ansatte programmørers udvikling af edb-programmer, der oftest bliver til i større udviklingsteams. Manglen på personligt bånd mellem arbejdstageren og informationen er ligeledes medvirkende til, at udviklere af sui generis databaser i ansættelsesforhold ikke erhverver rettigheder til databasen. I patentretten er forholdet særskilt reguleret i lov om arbejdstageres opfindelser. Strukturen i denne lov er, at arbejdstageren bevarer rettighederne til opfindelsen, men at arbejdsgiveren mod betaling af en godtgørelse, kan kræve opfindelsen overdraget, såfremt opfindelsen er gjort som led i tjenesten, og den falder inden for virksomhedens arbejdsområde, jf. lovens §§ 3 og 5. Den patentretlige model minder hermed meget om den ophavsretlige, men dog med den forskel, at arbejdsgiveren skal betale for at få patentretten overført.

For ansatte forskere gælder en særlig lov om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner, hvorefter forskeren som udgangspunkt bevarer patentretten, mens forskningsinstitutionen tilsvarende har en ret til at overtage opfindelsen mod betaling.

Anderledes forholder det sig i varemærkeretten. Her erhverver arbejdsgiveren alle varemærkerettigheder til et varemærke udviklet som led i et ansættelsesforhold, jf. Schovsbo & Rosenmeier, a.st., s. 423. Denne regulering minder om reguleringen af rettigheder til edb-programmer. Dette stemmer godt overens med, at der for varemærker typisk ikke består noget særlig

stærkt personligt bånd mellem den ansatte og informationen (varemærket). Generelt består der ikke de samme personlige bånd mellem skaberen og de kommercielt prægede informationstyper. Herudover vil de måder, som varemærket anvendes på af virksomheden, typisk være forudsat i ansættelsesforholdet, og virksomheden vil derfor også efter den grundsætning, der gælder i ophavsretten og patentretten, få varemærkerettighederne. Den varemærkeretlige regulering ligger med andre ord ikke så langt fra den ophavsretlige og den patentretlige, som det umiddelbart kan synes.

Disse betragtninger kan sammenfattes i to grundsætninger. For det første en grundsætning, der afspejler, at arbejdsgiveren altid erhverver de rettigheder, der er nødvendige for den forudsatte virksomhedsdrift:

- *I ansættelsesforhold overgår automatisk de rettigheder, der er nødvendige, for at arbejdsgiveren kan udnytte informationen som forudsat i ansættelsesforholdet.*

For det andet en grundsætning, der afspejler, at arbejdsgiveren i nogle tilfælde erhverver alle rettighederne, når der ikke består et personligt bånd mellem arbejdstageren og informationen:

- *Jo svagere det personlige bånd er mellem den ansatte og informationen, jo mere taler for, at alle de økonomiske rettigheder automatisk overgår til arbejdsgiveren.*

De *ideelle rettigheder* kan også overdrages i levende live. Det følger af ohl. § 3, stk. 3, modsætningsvis for de ophavsretlige ideelle rettigheder. Persondataretten er ligeledes bygget således op, at rettighedshaveren kan give samtykke til tredjemands brug af de beskyttede personoplysninger. Den personlighedsbeskyttelse, der gælder efter bl.a. de almindelige retsgrundsætninger om retten til eget billede og straffelovens bestemmelser om freds- og ærekrænkelser, forudsætter også, at der kan gives et gyldigt samtykke, der gør tredjemands informationsbehandling lovlig.

Det er dog også gennemgående, at der ikke kan gives samtykke til en helt generel og ubestemt overdragelse af de ideelle rettigheder. I ophavsretten fremgår dette af den nævnte ohl. § 3, stk. 3, hvorefter ophavsmanden kun kan frafalde sine ideelle rettigheder for en udnyttelse af værket, der er begrænset i art og omfang. Hvad der nærmere ligger heri er illustrativt beskrevet hos *Schønning*, a.st., s. 194 gennem en række citater: ”Dog kan ophavsmanden med bindende virkning frafalde en efter art og omfang af-

grænset brug af værket. Herved forstås fx dispositioner vedr. ´et enkelt oplag, en enkelt udstilling eller enkelte opførelser eller med hensyn til bestemt angivne former for ændringer af værket´, jf. 1961-lovmotiverne. Droit moral kan derimod ikke frafaldes ´mere generelt og ubestemt´, jf. 1951-udkastet, s. 108. *Weincke* 1976, s. 63, formulerer det på den måde (med et eksempel vedr. filmaftaler), at det ´afgørende må formentlig være, hvad forfatteren har kunnet påregne, og hvad han har kunnet overskue, da han indgik indspilningsaftalen´. Frafaldets gyldighed er betinget af, at ophavsmanden har kunnet overskue konsekvenserne, jf. *Blomqvist* 1987, s. 125". Persondataretten rummer et lovhjemlet krav om, at et samtykke til behandling skal være specifikt og informeret. Heri ligger bl.a., at det skal fremgå, hvilke typer af oplysninger, der må behandles, hvem der kan foretage behandling af oplysninger og til hvilke formål, behandlingen kan ske, samt at den samtykkende skal have tilstrækkelige informationer til at kunne overskue konsekvenserne af samtykket. I forlængelse heraf bestemmer pdl. § 5, stk. 2 og 3, at indsamling af oplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne formål, og at oplysningerne ikke må omfatte mere, end hvad der er nødvendigt for at forfølge det udtrykkeligt angivne formål. Konsekvenserne af disse regler er, at det heller ikke på det persondataretlige område er muligt at fraskrive sig sine rettigheder på et mere generelt og ubestemt plan. Som for ophavsretten synes den bærende tanke at være, at rettighederne kun kan overdrages eller frafaldes i et omfang, der kan påregnes og overskues af rettighedshaveren. Der er ikke grund til at tro, at noget tilsvarende ikke skulle gælde for retten til eget billede og personlighedsretten i øvrigt, selvom ingen retskilde belyser dette nærmere, og der kan herefter opstilles følgende grundsætning:

- *De ideelle rettigheder kan overdrages men kun i det omfang rettighedshaveren kan overskue og påregne udnyttelsen og dermed aldrig som en fuldstændig overdragelse.*

Hvis der til en informationstype er knyttet både økonomiske og ideelle rettigheder, vil et samtykke til udnyttelse af de økonomiske rettigheder ikke nødvendigvis indebære et samtykke til udnyttelse af de ideelle rettigheder. Det må dog have formodningen for sig, at den, der overdrager økonomiske rettigheder, samtidig giver samtykke til en udnyttelse af de ideelle rettigheder, der er nødvendige for at kunne udnytte de økonomiske rettigheder som forudsat. Indgår en kendt sportsstjerne aftale om at medvirke i reklamer for en virksomheds produkter, vil dette indebære, at sportsstjernen både accep-

terer den økonomiske udnyttelse og giver afkald på de ideelle rettigheder, der ellers ville være krænket ved billedbrug i reklameøjemed. Disse betragtninger giver grundlag for følgende grundsætning:

- *En overgang af økonomiske rettigheder indebærer som udgangspunkt en overgang af ideelle rettigheder, i det omfang det er nødvendigt, for at erhververen kan udnytte de overdragne økonomiske rettigheder.*

Hvis den økonomiske udnyttelse indebærer en overdragelse af ideelle rettigheder i videre omfang, end hvad der kan gives samtykke til i henhold til ovenstående grundsætning, må rettighedshaveren imidlertid være berettiget til at fragå aftalen, også selvom dette indebærer, at overdragelsen af de økonomiske rettigheder heller ikke kan gennemføres. En aftale, hvorefter en kendt person sælger sine rettigheder til eget navn og billede til enhver form for kommercielt brug i al fremtid, vil ikke kunne opretholdes, selvom de økonomiske rettigheder i princippet vil kunne overdrages på denne vis. I takt med at retten til eget udtryk bliver et aktiv af stadig større kommerciel værdi for kendte mennesker, bør man dog være varsom med at tilsidesætte aftaler om overdragelse heraf. En mere grundlæggende retsusikkerhed om gyldigheden af denne type aftaler vil kunne reducere salgsværdien til skade for rettighedshaveren. Det må derfor antages, at der skal ganske meget til, før en aftale om overdragelse af økonomiske rettigheder kan tilsidesættes med henvisning til de ideelle rettigheder. På denne baggrund kan opstilles følgende grundsætning:

- *Såfremt en overdragelse af økonomiske rettigheder indebærer en overdragelse af ideelle rettigheder, der undtagelsesvis går ud over, hvad rettighedshaveren kunne overskue og påregne, vil den samlede rettighedsoverdragelse være ugyldig.*

10.2. Overgang ved død

Spørgsmålet om rettighedernes overgang ved og eksistens efter rettighedshaverens død er analyseret i kapitel 9.6. Disse analyser førte til identifikationen af følgende informationsretlige grundsætninger:

- *Informationsrettighederne går over ved rettighedshaverens død.*

- *De økonomiske rettigheder går i arv i henhold til arverettens almindelige regler.*

- *Krænkelse af de ideelle rettigheder kan påtales og håndhæves af rettighedshaverens nærtstående og eventuelle arvinger. De efterladte kan som udgangspunkt ikke kræve godtgørelse og kan ikke give tilladelse til en krænkende brug.*

- *Varigheden af de økonomiske rettigheder beror på de almindelige regler herom inden for de enkelte discipliner.*

- *Varigheden af de ideelle rettigheder beror på, hvor længe brugen kan opleves som krænkende for de efterladte.*

11. Sammenfatning af de informationsretlige grundsætninger

I det følgende sammenfattes i oversigtsform de informationsretlige grundsætninger, der er opstillet i de foregående afsnit. For en nærmere uddybning af de enkelte grundsætninger henvises til de ovenstående afsnit, der for en række af grundsætningerne rummer yderligere henvisninger til kapitlerne 7, 8 og 9.

Retserhvervelsen (formkrav)

- *Erhvervelse af informationsrettigheder er som udgangspunkt ikke undergivet formkrav.*

- *Formkrav kan opstilles, når stærke notoritetshensyn tilsiger ensidig identifikation af informationen.*

- *Notoritetshensynet vil have større vægt, jo højere udviklingsomkostninger der er knyttet til den pågældende type information, jo større risikoen er for dobbeltfrembringelser og jo større samfundsinteresse der er knyttet til offentlig adgang til information, som ellers ville blive holdt hemmelig.*

Beskyttelsens objekt

- *Informationsretten beskytter information, hvortil er knyttet en økonomisk eller ideel beskyttelsesinteresse.*

- *Information, der er udtryk for en investering i tid eller penge, eller som er resultatet af en intellektuel indsats, har altid karakter af beskyttelsesværdig information, hvis informationen har økonomisk værdi. Dette gælder tilsvarende, hvis informationen har en naturlig tilknytning til en bestemt person. Helt undtagelsesvis vil informationen dog kunne have en sådan almen karakter og samfundsbetydning, at ingen bør kunne opnå en eneret til den. Dette vil navnlig gælde for naturgivne fakta.*

- *Information om en bestemt fysisk person, der enten har karakter af objektive oplysninger eller af subjektive udsagn, der leder tilbage til erkendbare objektive kriterier, har altid karakter af beskyttelsesværdig information. Dette kan også udtrykkes således, at operationel information om en bestemt fysisk person altid har karakter af beskyttelsesværdig information.*

- *Information, der på nærmere kvalificeret grundlag påvirker en persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning, har karakter af beskyttelsesværdig information. Dette kan også udtrykkes således, at emotionel information om en bestemt fysisk person, har karakter af beskyttelsesværdig information, når informationen på kvalificeret grundlag påvirker en persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning.*

- *Information om en bestemt juridisk person, og information, der kan påvirke en juridisk persons fremtræden og udtryk i offentligheden, har karakter af beskyttelsesværdig information, når en indirekte beskyttelse af de bagvedstående fysiske personer og/eller en beskyttelse af den juridiske persons økonomiske interesser eller effektivitet tilsiger det.*

Beskyttelses subjekt

- *De økonomiske rettigheder til information, der er resultatet af en intellektuel indsats, eller som har en naturlig tilknytning til en bestemt person, tildeles den fysiske person, der har frembragt informationen eller i øvrigt har en naturlig tilknytning til den.*

- *De økonomiske rettigheder til information, der er udtryk for en investering i tid eller penge, tildeles den fysiske eller juridiske person, der foretager den økonomiske investering. Dette gælder dog ikke, hvis informationen samtidig er udtryk for en intellektuel indsats eller har en naturlig personlig tilknytning til en bestemt fysisk person.*

- *De ideelle informationsrettigheder tildeles den fysiske person, som informationen relaterer sig til.*

- *Juridiske personer kan ikke besidde ideelle informationsrettigheder.*

Beskyttelsens indhold

- *Informationsrettighederne forbyder andre end rettighedshaveren at foretage nærmere angivne behandlinger af den beskyttede information.*

- *Informationsrettighederne omfatter enhver form for behandling af den beskyttede information.*

Beskyttelsens bredde

- *De økonomiske informationsrettigheder omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information men også information, der har en kvalificeret lighed med den beskyttede information.*

- *Jo større indsats der ligger til grund for informationen, jo bredere beskyttelse tildeles informationen. Indsatsen kan enten have karakter af investering i tid eller penge eller i en intellektuel indsats.*

- *Jo mindre risikoen er for dobbeltfrembringelser, jo bredere beskyttelse tildeles informationen.*

- *For operationel information afhænger beskyttelsens bredde af, i hvor høj grad den påståede krænkende information giver samme grundlag for at træffe valg, som den beskyttede information.*

- *Den ideelle beskyttelse af retten til eget udtryk omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information men også information, der har en kvalificeret lighed med den beskyttede information. Om der består en kvalificeret lighed afgøres af samme kriterier som for de økonomiske informationsrettigheder.*

- *Den ideelle beskyttelse af operationel information, herunder særligt personoplysninger, omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information, men al information, der kan henføres til den pågældende person, medmindre der er tale om åbenbart urigtige oplysninger. Også åbenbart urigtige oplysninger kan dog omfattes af beskyttelsen, når oplysningerne kan påvirke den pågældende persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning.*

Indskrænkninger

Privat brug

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information inden for en nærmere specificeret privatsfære (retten til privat brug).*

- *Juridiske personers behandling af beskyttet information vil ikke være omfattet af privatbrugsreglen.*

- *Privatbrugsreglen afgrænses af et offentlighedskriterium og et erhvervskriterium.*

- *Offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, og dermed privatbrugsreglen, afgrænses af følgende centrale afgrænsningskriterier: Den personlige relation mellem de personer, der er involveret i informationsbehandlingen, antallet af personer, der er involveret i informationsbehandlingen (offentlighedskriteriet), hvorvidt behandlingen har et profitformål eller i øvrigt har erhvervsmæssig karakter (erhvervskriteriet).*

- *Behandling af information inden for den snævre privatsfære udgør privat brug*

- *Behandling af information for en bred og ubegrænset kreds af personer falder uden for privatbrugsreglen, når behandlingen har et profitformål eller i øvrigt har erhvervsmæssige træk.*

- *Behandling af information for en bredere men afgrænset kreds af personer med et profitformål falder uden for privatbrugsreglen.*

- *I øvrige tilfælde vil gælde, at jo stærkere informationsbehandlingens erhvervsmæssige træk er, jo større er kravene til den personlige relation for at bringe behandlingen inden for privatbrugsreglen og omvendt.*

<u>Konsumption</u>

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information, når dette sker som led i overdragelse, visning eller anden form for brug af et eksemplar, hvori informationen er fæstnet (eksemplarkonsumption).*

- *Eksemplarkonsumption giver ikke ret til kopiering af information.*

- *Eksemplarkonsumption indtræder, når nærmere angivne rettigheder til eksemplaret er overdraget med rettighedshaverens samtykke.*

- *Jo mere fuldstændig rettighedsoverdragelsen er i tid og omfang, jo mere taler for, at der indtræder eksemplarkonsumption.*

- *Kravene til rettighedshaverens samtykke afgøres med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.*

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information, der kan kræves unddraget offentligheden, når informationen er offentliggjort med rettighedshaverens samtykke (informationskonsumption).*

- *Hvorvidt rettighedshaveren har tilgængeliggjort informationen i et sådant omfang, at der foreligger en konsumptionsudløsende offentliggørelse, afgøres af antallet af personer, som informationen gøres tilgængelig for og den personlige relation mellem parterne samt i grænsetilfælde, hvorvidt tilgængeliggørelsen har været nødvendig for at forfølge interesser, som i øvrigt beskyttes af informationsrettighederne.*

- *Kravene til rettighedshaverens samtykke afgøres med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.*

- *Mellem reglerne om eksemplarkonsumption og informationskonsumption består retligt relevante grænseflader, når hensynene bag reglerne om eksemplarkonsumption tilsiger eksemplarkonsumption, mens hensynene bag reglerne om informationskonsumption ikke tilsiger informationskonsumption. I denne situation skal det vurderes, om forbuddet mod informationstilgængeliggørelsen tillige medfører et forbud mod spredning og visning af eksemplaret.*

- *Centralt for vurderingen er en række grænsefladekriterier: antallet af personer, som informationen gøres tilgængelig for gennem spredning eller visning af eksemplaret, den personlige relation mellem rettighedshaveren og de personer, informationen gøres tilgængelig for, rettighedsoverdragelsens karakter og omfang, overdragelsens primære karakter af eksemplaroverdragelse eller informationsoverdragelse, og hvorvidt den første overdragelse er sket mod vederlag.*

<u>Information om egne ydelser</u>

- *De eksklusive informationsrettigheder afgrænses af en ret til at bruge beskyttet information, når dette sker loyalt i forbindelse med information om egne ydelser.*

Ytringsfrihed som indskrænkning i eneretten

- *Informationsrettighederne kan undtagelsesvis afgrænses af reglerne om ytringsfrihed.*

- *Ytringsfrihedsreglerne bruges primært som en kilde til fortolkning af de specifikke informationsretlige regler (internalisering).*

- *Ved afvejningen af informationsrettighederne over for ytringsfrihedsreglerne lægges der vægt på, om informationen har karakter af en meningstilkendegivelse eller har almen samfundsmæssig interesse, om det er nødvendigt at bruge den beskyttede information, og om der foreligger et kontraktsforhold mellem parterne.*

De minimis-regel

- *Hvis en tredjepart har en loyal og berettiget interesse i at bruge beskyttet information, og brugen slet ikke eller kun i helt ubetydeligt omfang strider mod de økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser, der begrunder den eksklusive informationsrettighed, kan brugen helt undtagelsesvis ske uden rettighedshaverens samtykke, selvom ingen specifikke indskrænkningsregler hjemler brugen.*

Varighed

- *Jo større indsats der ligger bag den beskyttede information, jo længere beskyttelsesperiode for de økonomiske rettigheder. Indsatsen kan både have karakter af investering i tid eller penge og af en intellektuel indsats.*

- *Jo større samfundsværdi den beskyttede information har, jo kortere beskyttelsesperiode for de økonomiske rettigheder.*

- *Den økonomiske beskyttelse opretholdes i hele rettighedshaverens levetid, når der består et tættere personligt bånd mellem rettighedshaveren og informationen.*

- *Beskyttelsen af ideelle informationsrettigheder består i hele rettighedshaverens levetid samt i tillæg hertil, så længe de efterladte kan føle sig krænket af en krænkelse af rettighederne.*

Sanktioner

- *Krænkelse af økonomiske informationsrettigheder giver krav på rimeligt vederlag med udgangspunkt i det potentielle licensvederlag kombineret med et almindeligt erstatningskrav for eventuelt yderligere tab, hvor der også tages hensyn til krænkerens fortjeneste.*

- *Krænkelse af ideelle informationsrettigheder giver krav på godtgørelse. Dette gælder ikke for krænkelse af økonomiske rettigheder.*

Rettighedernes overgang

Overdragelse i levende live

- *De økonomiske informationsrettigheder kan overdrages fuldt ud.*

- *Som udgangspunkt overdrages kun de rettigheder, som er angivet. Dette gælder særligt, hvis rettighedshaveren er en formodet svagere part.*

- *I ansættelsesforhold overgår automatisk de rettigheder, der er nødvendige, for at arbejdsgiveren kan udnytte informationen som forudsat i ansættelsesforholdet.*

- *Jo svagere det personlige bånd er mellem den ansatte og informationen, jo mere taler for, at alle de økonomiske rettigheder automatisk overgår til arbejdsgiveren.*

- *De ideelle informationsrettigheder kan overdrages men kun i det omfang rettighedshaveren kan overskue og påregne udnyttelsen og dermed aldrig som en fuldstændig overdragelse.*

- *En overgang af økonomiske rettigheder indebærer som udgangspunkt en overgang af ideelle rettigheder, i det omfang det er nødvendigt, for at erhververen kan udnytte de overdragne økonomiske rettigheder.*

- *Såfremt en overdragelse af økonomiske rettigheder indebærer en overdragelse af ideelle rettigheder, der undtagelsesvis går ud over, hvad rettighedshaveren kunne overskue og påregne, vil den samlede rettighedsoverdragelse være ugyldig.*

Overgang ved død

- *Informationsrettighederne går over ved rettighedshaverens død.*

- *De økonomiske rettigheder går i arv i henhold til arverettens almindelige regler.*

- *Krænkelse af de ideelle rettigheder kan påtales og håndhæves af rettighedshaverens nærtstående og eventuelle arvinger. De efterladte kan som udgangspunkt ikke kræve godtgørelse og kan ikke give tilladelse til en krænkende brug.*

- *Varigheden af de økonomiske rettigheder beror på de almindelige regler herom inden for de enkelte discipliner.*

- *Varigheden af de ideelle rettigheder beror på, hvor længe brugen kan opleves som krænkende for de efterladte.*

De informationsretlige grundsætninger

Resumé

Kapitel 1. Afhandlingens emne, mål og teser
I dette kapitel præsenteres afhandlingens to teser:

1. *Der eksisterer så væsentlige fællestræk mellem de informationsretlige discipliner, at der kan opstilles en række informationsretlige grundsætninger på tværs af de enkelte informationsretlige discipliner. Dette betegnes også i afhandlingen som eksistensen af en horisontal informationsret.*

2. *Med udgangspunkt i en informationsretlig hensynslære er det muligt at opstille en systematisk ramme for, hvornår der kan opstilles informationsretlige grundsætninger.*

Den første tese om de informationsretlige grundsætninger er afhandlingens hovedtese. Tesen indebærer, at retskilder fra forskellige informationsretlige discipliner anvendes til at identificere informationsretlige grundsætninger, som så får retskildeværdi på andre informationsretlige områder, hvis eget retskildemateriale ikke umiddelbart giver svaret på det omhandlede spørgsmål.

Kapitlet rummer nogle indledende eksempler (”horisontale glimt”) på, at regler fra et informationsretligt område kan have betydning på andre informationsretlige områder. Det nævnes bl.a., at både ophavsretten, varemærkeretten, patentretten og persondataretten rummer privatbrugsregler, og der gives eksempler på en række domme, hvor en figur, der kendes fra et informationsretligt område, er anvendt på andre informationsretlige områder. Bl.a. nævnes Højesterets afgørelse i U.2004.2945H, hvor den fra immaterialretten velkendte konsumptionsfigur er anvendt på den ulovregulerede arrangementsbeskyttelse.

Endelig rummer kapitlet en indledning til den anden tese om hensynslæren som systematisk ramme for de informationsretlige grundsætninger. Denne tese bygger på den antagelse, at identifikationen og udbredelsen af de informationsretlige grundsætninger tager udgangspunkt i et sammenfald af hensyn. Gør de samme hensyn sig gældende på tværs af de enkelte informationsretlige regler, vil en informationsretlig grundsætning gælde på tværs af disse regler, men vil omvendt ikke kun udstrækkes til discipliner og regler, hvor hensynene ikke har relevans.

Kapitel 2. Information og informationsret

I dette kapitel defineres de for afhandlingen centrale begreber "information" og "informationsret".

Med "information" forstås i afhandlingen det resultat, som foreligger efter en bearbejdning/fortolkning af data. Med "data" forstås ethvert fænomen, der kan erkendes og bearbejdes i den menneskelige hjerne. Efter disse definitioner introduceres sondringer mellem forskellige typer af information, og der gives en oversigt over de forskellige måder, information kan behandles på samt eksempler på den retlige regulering af forskellige typer af informationshandlinger.

Kapitlet introducerer først en bred forståelse af begrebet "informationsret" som enhver en retsdisciplin, der indeholder de regler, der regulerer enhver form for informationshandling. Det konkluderes dog, at informationsretten med denne brede definition kommer til at indeholde et stort antal regler, som trods deres informationsretlige fællesskab vil være af meget forskellig karakter og struktur. Hermed er der en nærliggende risiko for, at det ikke vil være muligt at identificere de informationsretlige grundsætninger, som er afhandlingens omdrejningspunkt, selvom sådanne grundsætninger muligvis består for en mere afgrænset del af de informationsretlige discipliner. I afhandlingen anvendes begrebet "informationsret" derfor i en mere snæver betydning som de retlige discipliner, der tildeler parter informationsrettigheder. Ved "informationsrettigheder" forstås en parts ret til at forbyde andre at foretage en nærmere angiven behandling af en nærmere afgrænset informationsmængde, hvorved parten får en eksklusiv ret til denne informationsbehandling under forudsætning af, at dette ikke strider mod andre regler eller tredjepartsrettigheder. Dette indebærer, at informationsretten komme til at rumme de immaterialretlige discipliner, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen, persondataretten og de personlighedsretlige discipliner samt en række ulovregulerede rettigheder, herunder retten til eget billede. Herefter beskrives informationsrettens struktur: Udgangspunktet er

det grundlæggende hensyn om informationsfrihed, der indskrænkes ved reglerne om tildeling af informationsrettigheder, som igen indskrænkes ved forskellige typer af undtagelsesregler. Endvidere overvejes forskellige måder at opdele de informationsretlige discipliner på, og det konkluderes, at sondringen mellem økonomiske og ideelle informationsrettigheder er den mest grundlæggende. Endelig konkluderes, at informationsretten primært er en privatretlige disciplin med visse offentligretlige træk, og at der ikke er tale om en ejendomsretlig disciplin. Det fastslås dog også, at disse overvejelser om informationsrettens prædikater ikke har materielretlig betydning.

Kapitel 3. Den informationsretlige grundsætning som retskilde

Kapitlet indledes med en konstatering af, at den informationsretlige grundsætning er en retskilde, hvilket rejser en række grundlæggende retskildespørgsmål, der behandles i kapitlet.

Først behandles spørgsmålet om den informationsretlige grundsætnings indplacering i retskildesystemet. Det påvises, at retskilden "den almindelig retsgrundsætning" er karakteriseret ved at udtrykke nogle grundlæggende retsprincipper, som ofte kan genfindes i lovbestemmelser, men som også gælder uden for disse lovbestemmelsers anvendelsesområde. Tanken er den, at nogle konkrete retsregler, uanset om de udmønter sig i lovgivning, retspraksis eller sædvane, er udtryk for bredere retsgrundsætninger. De obligationsretlige grundsætninger er det praktisk vigtigste eksempel herpå. På denne baggrund konkluderes det, at den informationsretlige grundsætning har karakter af en almindelig retsgrundsætning og dermed kan rummes i det klassiske retskildesystem.

Dernæst vurderes den informationsretlige grundsætnings retskildefunktion. Det konkluderes, at den informationsretlige grundsætning både kan have karakter af regelskabende retskilde og af fortolkningskilde. I den førstnævnte situation vil den informationsretlige grundsætning fungere som en selvstændig retsregel, der kan danne selvstændig hjemmel for den retlige afgørelse. I den anden situation vil den informationsretlige grundsætning have karakter af et afgrænsningskriterium, der nærmere afgrænser en bestående retsregel. Skal der på denne vis bestå en informationsretlig grundsætning om den nærmere afgrænsning af en retsregel, forudsætter det, at retsreglen selv har karakter af en informationsretlig grundsætning. Der vil ikke bestå en fælles afgrænsning af reglen på tværs af de enkelte informationsretlige discipliner, hvis ikke reglen i sig selv gælder på tværs af disciplinerne.

Endelig drøftes den informationsretlige grundsætnings retskildeværdi. Det konkluderes, at der ikke kan opstilles meget præcise udsagn om retskildeværdien, men at enkelte udsagn af mere generel karakter kan opstilles. For det første må retskildeværdien være større, jo stærkere en autoritet der står bag de retskilder, hvoraf grundsætningen udledes. Såfremt den informationsretlige grundsætning udledes af en række positive lovregler og dermed er anerkendt af lovgiver, må retskildeværdien eksempelvis være større, end hvis grundsætningen udledes af nogle afgørelser fra lavere retsinstanser. For det andet må retskildeværdien være større, jo flere steder den kan identificeres. For det tredje må retskildeværdien være større, jo mindre retsdisciplinens egne retskilder kan bidrage til at besvare den konkrete retlige problemstilling. Giver de ophavsretlige retskilder eksempelvis ikke umiddelbart noget svar på en ophavsretlig problemstilling, vil en informationsretlig grundsætning, der regulerer spørgsmålet, få større betydning, end hvis den ophavsretlige lovgivning eller højesteretspraksis entydigt har fastlagt retstilstanden på det ophavsretlige område. En konsekvens af dette er, at en klar lovbestemmelse næppe vil kunne tilsidesættes af en informationsretlig grundsætning. Den informationsretlige grundsætning kan dog påvirke fortolkningen af lovbestemmelsen, ligesom der vil være en glidende overgang mellem tilfælde, hvor grundsætningen tilsidesætter lovbestemmelsen, og den situation, hvor grundsætningen blot supplere lovbestemmelsen.

Kapitel 4. Informationsretlige hensyn

I dette kapitel identificeres de centrale hensyn bag grundsætningen om informationsfrihed, reglerne om informationsrettigheder og undtagelsesreglerne.

Det konkluderes, at grundsætningen om informationsfrihed dels er baseret på et samfundsøkonomisk hensyn, dels på et ytringsfrihedshensyn.

Ved identifikationen af hensynene bag reglerne, der tildeler informationsrettigheder, sondres mellem økonomiske og ideelle rettigheder. Det konkluderes, at alle de økonomiske rettigheder er baseret på et incitamentshensyn, der bygger på den grundlæggende tanke, at udvikling af informationsprodukter er et gode i et moderne samfund, hvorfor lovgivningen bør skabe et incitament hertil gennem tildeling af eneretspositioner. Incitamentshensynet suppleres af et berigelseshensyn, der er båret af den tanke, at informationsskaberen, eller den som informationen i øvrigt entydigt er knyttet til, f.eks. i form af persondata eller eget billede, tildeles en eneret ud fra den betragtning, at den pågældende er nærmest til at oppebære en eventuel økonomisk værdi af informationen. I tilknytning hertil er varemærke-

retten båret af et forvekslingshensyn, der udtrykker ønsket om at undgå forvekslinger af produkter. Det konkluderes, at de ideelle informationsrettigheder er baseret på enten privatlivshensyn eller personlighedshensyn. Privatlivshensynet beskytter retten til at være i fred, mens personlighedshensynet beskytter retten til selv at vælge, hvilket personlighedsbillede man vil optræde med i den offentlige sfære.

Dernæst konkluderes, at de enkelte undtagelsesregler er af så forskellig karakter, at der ikke kan opstilles fælles bærende hensyn, som ligger bag alle undtagelsesreglerne. I stedet må disse hensyn identificeres særskilt for hver af undtagelsesreglerne.

Kapitlet afrundes med nogle overordnede betragtninger om afvejningen af de informationsretlige hensyn.

Kapitel 5. Metode

I dette kapitel beskrives den metode, der er valgt i afhandlingen til at verificere de teser, der er opstillet i kapitel 1. Det metodiske omdrejningspunkt for afhandlingen er hvad der benævnes for den horisontale analyse, og det er primært dennes indhold og afgrænsning, der behandles i dette kapitel.

Det er afhandlingens metodiske udgangspunkt, at dokumentation af en horisontale informationsret og informationsretlige grundsætninger forudsætter retsdogmatiske analyser, der på det konkrete plan kan dokumentere sammenhænge mellem de forskellige informationsretlige discipliner. Analyserne skal være horisontale, hvilket indebærer, at de skal belyse og sammenligne retstilstanden på udvalgte områder inden for og på tværs af en række informationsretlige discipliner og dermed danne baggrund for en vurdering af, om der består informationsretlige grundsætninger. Denne type af analyser, der hermed bliver det metodiske værktøj, som skal verificere tesen om de informationsretlige grundsætninger, benævnes i afhandlingen for den horisontale analyse.

De horisontale analyser skal i første omgang dokumentere, at der gælder regler på tværs af de enkelte discipliner. Den horisontale relevans er dog ikke begrænset hertil. Analyserne i afhandlingens anden del viser, at også den nærmere afgrænsning af de enkelte regler rummer fællestræk på tværs af disciplinerne. En dokumentation heraf forudsætter imidlertid tættere analyser af de enkelte regler. Sådanne mere dybdegående detailanalyser kan kun gennemføres på et begrænset antal områder. Detailanalyserne må derfor suppleres af bredere analyser, der primært dokumenterer eksistensen af tværgående regler uden nærmere at vurdere, om afgrænsningen af disse regler også har fællestræk. Dette kan også formuleres således, at de hori-

sontale analyser både må gå i dybden og bredden. Dybdegående detailanalyser er nødvendige for at dokumentere, at den horisontale relevans ikke kun gør det muligt at identificere fælles regler, men at også den nærmere fortolkning af disse regler rummer horisontale træk. De brede analyser er nødvendige for at dokumentere, at informationsretlige grundsætninger ikke kun gælder på få til lejligheden udvalgte områder, men kan identificeres inden for alle dele af informationsretten.

På denne baggrund vil afhandlingen rumme to horisontale detailanalyser af reglerne om privat brug henholdsvis konsumption inden for disciplinerne ophavsret, patentret, varemærkeret, erhvervshemmelighedsbeskyttelse, persondataret og retten til eget billede. Med disse discipliner dækker analyserne en række centrale informationsretlige regelsæt, som spænder over både økonomiske og ideelle rettigheder. Herudover vil afhandlingen rumme mindre indgående analyser af følgende øvrige emner: 1) retten til at informere om egne ydelser, 2) ytringsfriheden som indskrænkning i informationsrettighederne, 3) de minimis-regler, 4) juridiske personers ideelle rettigheder, 5) informationsrettighedernes overgang ved død og 6) økonomisk kompensation ved krænkelse af informationsrettigheder. Hermed dækker de brede analyser en række forskellige reguleringstemaer, der systematisk er placeret inden for forskellige dele af informationsretten.

Kapitlet afsluttes med nogle overvejelser om inddragelse af fremmed ret, der særlig vil have relevans for de brede analyser.

Kapitel 6. Hidtidige horisontale overvejelser

Kapitlet beskriver de hidtidige overvejelser i den juridiske teori om, hvorvidt de informationsretlige discipliner har et sådant slægtskab, at der bør anlægges mere systematiske helhedssyn. Sådanne overvejelser er særligt gjort inden for immaterialretten, men kan også spores inden for personlighedsretten og i begrænset omfang mellem disse to retsområder.

Først beskrives de hidtidige horisontale overvejelser i immaterialretten. Sådanne overvejelser er gjort i ældre tysk immaterialretsteori og i ældre nordiske teori, men blev opgivet i nordisk teori i løbet af 1960´erne. Herefter har horisontale overvejelser i en lang årrække ikke spillet nogen rolle men er atter blevet introduceret af europæiske immaterialretsforskere i de senere år.

Dernæst beskrives de hidtidige horisontale overvejelser inden for personlighedsretten. Selvom der ikke er samme tradition for på et overordnet plan at se på fællestræk mellem de personlighedsretlige discipliner, kan der dog identificeres visse horisontale overvejelser. Dette gælder særligt slægt-

skabet mellem ophavsretten på den ene side og persondataretten og personlighedsretten i bredere forstand på den anden side.

Endelig beskrives et enkelt bidrag til overvejelser om horisontale fællestræk på tværs af immaterialretten og personlighedsretten fra den danske teori. Der er ikke identificeret andre bidrag til en sådan bredere informationsret.

Afslutningsvist konkluderes det, at mange af de hidtidige horisontale overvejelser i teorien har et slægtskab med den grundlæggende betragtning om en horisontal informationsret, som afhandlingen og dens tese om de informationsretlige grundsætninger er baseret på. Det konkluderes imidlertid også, at afhandlingens tese på væsentlige punkter adskiller sig fra den hidtidige teori. For det første ligger det i tesen, at der består en horisontal relevans mellem alle informationsretlige discipliner, mens hovedparten af teorien har fokuseret på sammenhænge mellem enkelte discipliner, særligt inden for immaterialretten. For det andet indebærer de informationsretlige grundsætninger, at fællestrækkene ikke kun får retspolitisk karakter men får karakter af umiddelbart anvendeligt retskilder, der kan anvendes i den retsdogmatiske analyse. Hermed adskiller afhandlingens tanker sig helt grundlæggende fra nyere teori om horisontale fællestræk, der synes at forudsætte regelændringer, hvis der skal etableres en horisontal relevans mellem de enkelte discipliner. For det tredje vil de informationsretlige grundsætninger være et *supplement* til de eksisterende enkeltstående regelsæt inden for hver af de informationsretlige discipliner. Den horisontale informationsret, som den er lagt frem i afhandlingen, rummer et regelhierarki, hvor der både er plads til de informationsretlige grundsætninger og de enkelte detailregler. Mange af de hidtidige teoretiske overvejelser er præget af, at den horisontale behandling af retsreglerne træder *i stedet for* de disciplinopdelte regler.

Kapitel 7. Privat brug

Dette kapitel indeholder en analyse af de informationsretlige privatbrugsregler. Analysen udgør den ene af afhandlingens to horisontale detailanalyser. Begrebet "privat brug" defineres som regler, der har til hensigt at tillade informationsudnyttelse, som i en eller anden forstand har privat karakter, uanset om reglen bruger begrebet "privat brug", "ikke-erhvervsmæssig brug", "brug uden for offentligheden" e.lign.

Først undersøges inden for hvilke af de medtagne discipliner, der umiddelbart kan identificeres privatbrugsregler. Det konkluderes, at dette gælder ophavsretten, patentretten, varemærkeretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og persondataretten, mens det ikke umiddelbart kan fastslås, om der

gælder privatbrugsregler for de ideelle ophavsretlige regler om forbud mod krænkende ændringer og for retten til eget billede.

Dernæst identificeres de hensyn, der ligger bag privatbrugsreglerne. Det konkluderes, at privatbrugsreglerne inden for alle disciplinerne begrundes i tre hensyn. For det første et privatlivshensyn, der hviler på den betragtning, at alle har en privatsfære inden for hvilken, man skal kunne handle frit. For det andet et håndhævelseshensyn, der hviler på den betragtning, at det vil være praktisk umuligt at håndhæve rettigheder inden for privatsfæren, hvorfor der ikke er ræssonement i at udstrække rettighederne hertil. For det tredje et de minimis-hensyn, der hviler på den betragtning, at privat brug ikke skader rettighedshaverens interesser og derfor heller ikke bør være omfattet af de eksklusive informationsrettigheder.

Herefter undersøges afgrænsningen af privatbrugsbegrebet inden for de enkelte privatbrugsregler. Udgangspunktet for disse undersøgelser er kun de retskilder, der findes inden for den enkelte disciplin (de vertikaler retskilder). I afsnittet identificeres en række afgrænsningskriterier for de forskellige privatbrugsregler.

På baggrund heraf gennemføres en horisontal analyse af privatbrugsreglerne. Analysen sammenstiller de kriterier, der er identificeret i de foregående vertikale analyser. Det konkluderes, at alle privatbrugsreglerne er afgrænset af, om brugen er offentlig (offentlighedskriteriet) og erhvervsmæssig (erhvervskriteriet). Vurderingen af, om brugen er offentlig beror på den personlige relation mellem parterne og antallet af involverede parter, mens vurderingen af om brugen er erhvervsmæssig beror på, om den har et profitformål eller i øvrigt har erhvervsmæssige træk, der kan sidestilles med kommerciel virksomhed. Disse fire kriterier, den personlige relation mellem parterne, antallet af involverede parter, profitformål og andre erhvervsmæssige træk udgør således tilsammen de centrale afgrænsningskriterier af alle de informationsretlige privatbrugsregler. Ved siden af disse kriterier består en central sondring mellem juridiske og fysiske personer, idet analyserne påviser, at juridiske personer som altovervejende udgangspunkt ikke omfattes af privatbrugsreglerne. Dog gælder den ophavsretlige tilgængeliggørelsesret i et vist omfang også for juridiske personer.

I det følgende afsnit beskrives samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet (hvad gælder hvis f.eks. informationen spredes til den brede offentlighed men ikke har erhvervsmæssig karakter?). Det påvises, at inden for den snævret privatsfære gælder privatbrugsreglen inden for alle disciplinerne, uanset om brugen har et profitformål. Brug uden for den snævre privatsfære med et profitformål vil derimod ikke være omfattet af

privatbrugsreglen. Tilsvarende gælder en brug i den brede offentlighed, der har erhvervsmæssig karakter, uanset om der ikke består et profitformål. Herudover vil det bero på en konkret vurdering, hvorvidt samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet bringer brugen inden for privatbrugsreglen.

De beskrevne afgrænsningskriterier og regler for samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet er identificeret inden for en række informationsretlige discipliner og får hermed karakter af *informationsretlige grundsætninger*. Disse grundsætninger sammenfattes i det efterfølgende afsnit.

Derefter sammenholdes de identificerede grundsætninger med hensynene bag privatbrugsreglerne, og det konkluderes, at der er en nøje overensstemmelse med grundsætningerne og hensynene.

I det følgende afsnit gives eksempler på grundsætningernes praktiske anvendelighed. Først vises, at det med de informationsretlige grundsætninger er muligt at fastlægge retstilstanden på de to områder, hvor de vertikale retskilder ikke gav noget svar, de ideelle ophavsrettigheder og retten til eget billede. Dernæst gives eksempler på uhensigtsmæssigheder i retstilstanden, der kan føres tilbage til en manglende anvendelse af de informationsretlige grundsætninger og de grundlæggende informationsretlige principper, som grundsætningerne er udtryk for.

Den horisontale analyse afsluttes med en fælles informationsretlig privatbrugsmodel med udgangspunkt i de identificerede grundsætninger.

Kapitlet afrundes med et konklusionsafsnit, hvor det konstateres, at såvel tesen om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger som tesen om den informationsretlige hensynslære er verificeret på privatbrugsområdet.

Kapitel 8. Konsumption

Dette kapitel indeholder en analyse af de informationsretlige konsumptionsregler. Analysen udgør den anden af afhandlingens to horisontale detailanalyser. Kapitlet behandler både eksemplarkonsumption og informationskonsumption. Med begrebet "eksemplarkonsumption" menes den situation hvor informationsrettigheder til det enkelte eksemplar fortabes, når eksemplaret spredes med rettighedshaverens samtykke. Med begrebet "informationskonsumption" menes den situation, hvor informationsrettigheder til selve informationen fortabes, når informationen spredes med rettighedshaverens samtykke.

Først undersøges inden for hvilke af de medtagne discipliner, der umiddelbart kan identificeres regler om eksemplarkonsumption henholdsvis informationskonsumption. Regler om eksemplarkonsumption kan identificeres inden for ophavsretten, varemærkeretten og patentretten, mens regler om informationskonsumption kan identificeres inden for ophavsretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og persondataretten.

Dernæst identificeres de hensyn, der ligger bag reglerne. Det konkluderes, at reglerne om eksemplarkonsumption begrundes i manglende vægtning af incitamentshensyn og tingsretlige hensyn, mens reglerne om informationskonsumption begrundes i manglende vægtning af incitamentshensyn og privatlivs- og personlighedshensyn.

Herefter undersøges de kriterier, der afgrænser reglerne om eksemplarkonsumption henholdsvis informationskonsumption. Udgangspunktet for disse undersøgelser er kun de retskilder, der findes inden for den enkelte disciplin (de vertikaler retskilder).

På baggrund heraf gennemføres en horisontal analyse af reglerne om eksemplarkonsumption, dernæst reglerne om informationskonsumption og endelig forholdet mellem de to typer af konsumptionsregler.

Det konkluderes, at reglerne om eksemplarkonsumption alle er baseret på et overdragelseskriterium, et samtykkekriterium og et eksemplarkriterium. Dernæst konkluderes, at eksemplarkonsumption også kan have relevans på de områder, hvor eksemplarkonsumptionsregler ikke umiddelbart kunne identificeres: persondataretten, erhvervshemmelighedsbeskyttelsen og retten til eget billede. På denne baggrund konstateres det, at eksistensen af en eksemplarkonsumptionsregel og de tre identificerede afgrænsningskriterier har karakter af informationsretlige grundsætninger.

Herefter konkluderes, at reglerne om informationskonsumption alle er baseret på et offentliggørelseskriterium og et samtykkekriterium, samt at offentliggørelseskriteriet nærmere afgrænses af antal personer som informationen gøres tilgængelig for og, for de ideelle rettigheder, den personlige relation mellem parterne og, for de økonomiske rettigheder, den faglige relation mellem parterne. Eksistensen af en informationskonsumptionsregel og de identificerede afgrænsningskriterier har karakter af informationsretlige grundsætninger.

Efter den horisontale analyse af reglerne om henholdsvis eksemplarkonsumption og informationskonsumption påvises, at der i visse situationer består et spændingsfelt mellem de to typer af regler. Spændingsfeltet opstår, når reglerne om eksemplarkonsumption tilsiger, at eksemplaret kan videre-spredes, mens reglerne om informationskonsumption tilsiger, at informatio-

nen ikke kan viderespredes. I denne situation opstår et regelsammenstød, fordi en overdragelse af eksemplaret også indebærer en overdragelse af informationen. I afsnittet opstilles en række afgrænsningskriterier til vurderingen af, om reglerne om eksemplarkonsumption eller informationskonsumption skal tillægges forrang i disse situationer. Det konkluderes, at disse kriterier har karakter af informationsretlige grundsætninger.

I det følgende afsnit gives eksempler på grundsætningernes praktiske anvendelighed, dels eksempler på uklarheder i retstilstanden, der kan afklares med de informationsretlige grundsætninger, dels eksempler på uhensigtsmæssigheder i retstilstanden, der kan føres tilbage til en manglende anvendelse af de informationsretlige grundsætninger og de grundlæggende informationsretlige principper, som grundsætningerne er udtryk for.

Derefter sammenholdes de identificerede grundsætninger med hensynene bag konsumptionsreglerne, og det konkluderes, at der er en nøje overensstemmelse mellem grundsætningerne og hensynene.

Den horisontale analyse afsluttes med en fælles informationsretlig konsumptionsmodel med udgangspunkt i de identificerede grundsætninger.

Kapitlet afrundes med et konklusionsafsnit, hvor det konstateres, at såvel tesen om eksistensen af de informationsretlige grundsætninger som tesen om den informationsretlige hensynslære er verificeret på konsumptionsområdet.

Kapitel 9. Andre områder

I dette kapitel gennemføres horisontale analyser inden for en række yderligere områder. Disse områder er valgt, så de dækker bredt inden for informationsretten. Følgende seks områder behandles i kapitlet: 1) Retten til at informere om egne ydelser, 2) Ytringsfrihed som indskrænkning i informationsrettighederne, 3) De minimis-regler, 4) Juridiske personers ideelle rettigheder, 5) Rettighedernes overgang ved død, 6) Økonomisk kompensation for krænkelse af informationsrettigheder.

I afsnit 2 påvises som en informationsretlig grundsætning, at de eksklusive informationsrettigheder afgrænses af en ret til at bruge beskyttet information, når dette sker loyalt i forbindelse med information om egne ydelser.

I afsnit 3 påvises som informationsretlige grundsætninger, at informationsrettighederne undtagelsesvist kan afgrænses af reglerne om ytringsfrihed, og at ytringsfrihedsreglerne primært bruges som en kilde til fortolkning af de specifikke informationsretlige regler (internalisering).

I afsnit 4 påvises, at hvis en tredjepart har en loyal og berettiget interesse i at bruge beskyttet information, og brugen slet ikke eller kun i helt ubety-

deligt omfang strider mod de økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser, der begrunder eneretten, kan brugen helt undtagelsesvist ske uden rettighedshaverens samtykke, selvom ingen specifikke indskrænkningsregler hjemler brugen.

I afsnit 5 påvises som informationsretlige grundsætninger, for det første at juridiske personer ikke kan besidde ideelle rettigheder og for det andet, at information om en bestemt juridisk person, og information der kan påvirke en juridisk persons fremtræden og udtryk i offentligheden, har karakter af beskyttelsesværdig information, når en indirekte beskyttelse af de bagvedstående fysiske personer og/eller en beskyttelse af økonomiske interesser eller effektivitet tilsiger det.

I afsnit 6 påvises en række informationsretlige grundsætninger vedrørende rettighedernes overgang ved død. For det første, at informationsrettighederne går over ved rettighedshaverens død. For det andet, at de økonomiske rettigheder går i arv i henhold til arverettens almindelige regler. For de tredje, at krænkelse af de ideelle rettigheder kan påtales og håndhæves af rettighedshavernes nærtstående og eventuelle arvinger. De efterladte kan som udgangspunkt ikke kræve godtgørelse og kan ikke give tilladelse til en krænkende brug. For det fjerde, at varigheden af de økonomiske rettigheder beror på de almindelige regler herom inden for de enkelte discipliner. For det femte, at varigheden af de ideelle rettigheder beror på, hvor længe brugen kan opleves som krænkende for de efterladte.

I afsnit 7 påvises som informationsretlige grundsætninger for det første, at krænkelse af økonomiske rettigheder giver krav på rimeligt vederlag med udgangspunkt i det potentielle licensvederlag kombineret med et almindeligt erstatningskrav for eventuelt yderligere tab, hvor der også tages hensyn til krænkerens fortjeneste, og for det andet, at krænkelse af ideelle rettigheder giver krav på godtgørelse. Dette gælder ikke for krænkelse af økonomiske rettigheder.

Kapitel 10. Konklusioner og perspektivering

I dette kapitel konkluderes, at begge afhandlingens teser er verificeret, og det beskrives, hvordan læren om de informationsretlige grundsætninger rummer perspektiver for såvel det praktiske retsliv, lovgiver som retsvidenskaben.

Kapitel 11. Et sæt af informationsretlige grundsætninger

I det afsluttende kapitel 11 opstilles yderligere grundsætninger inden for alle dele af informationsretten. Identifikationen af disse informationsretlige

grundsætninger er ikke baseret på samme dybdegående analyser, som er foretaget i kapitel 7 og 8 og i mindre omfang i kapitel 9. Dette medfører for det første, at disse grundsætninger ikke har samme fasthed som de tidligere identificerede grundsætninger, og for det andet at grundsætningerne heller ikke vil have samme detaljeringsniveau. Formålet er imidlertid heller ikke at opstille et udtømmende og endeligt katalog af informationsretlig grundsætninger men at opstille et sæt overordnede informationsretlige grundsætninger, der ikke kun kan gøre informationsretten umiddelbart anvendeligt for det praktiske retsliv, men i lige så høj grad kan fungere som et fundament for det fremtidige arbejde med at videreudvikle informationsretten, herunder ved en fortsat nuancering og udbygning af de informationsretlige grundsætninger.

Kapitlet afsluttes med en sammenfatning af alle de informationsretlige grundsætninger, der er identificeret i afhandlingen. Dette katalog af grundsætninger gengives nedenfor.

Et sæt af informationsretlige grundsætninger

Retserhvervelsen (formkrav)

- *Erhvervelse af informationsrettigheder er som udgangspunkt ikke undergivet formkrav.*

- *Formkrav kan opstilles, når stærke notoritetshensyn tilsiger ensidig identifikation af informationen.*

- *Notoritetshensynet vil have større vægt, jo højere udviklingsomkostninger der er knyttet til den pågældende type information, jo større risikoen er for dobbeltfrembringelser og jo større samfundsinteresse, der er knyttet til offentlig adgang til information, som ellers ville blive holdt hemmelig.*

Beskyttelsens objekt

- *Informationsretten beskytter information, hvortil er knyttet en økonomisk eller ideel beskyttelsesinteresse.*

- *Information, der er udtryk for en investering i tid eller penge, eller som er resultatet af en intellektuel indsats, har altid karakter af beskyttelsesværdig information, hvis informationen har økonomisk værdi. Dette gælder tilsvarende, hvis informationen har en naturlig tilknytning til en bestemt person. Helt undtagelsesvist vil informationen dog kunne have en sådan almen karakter og samfundsbetydning, at ingen bør kunne opnå en eneret til den. Dette vil navnlig gælde for naturgivne fakta.*

- *Information om en bestemt fysisk person, der enten har karakter af objektive oplysninger eller af subjektive udsagn, der leder tilbage til erkendbare objektive kriterier, har altid karakter af beskyttelsesværdig information. Dette kan også udtrykkes således, at operationel information om en bestemt fysisk person altid har karakter af beskyttelsesværdig information.*

- *Information, der på nærmere kvalificeret grundlag påvirker en persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning, har karakter af beskyttelsesværdig information. Dette kan også udtrykkes således, at emotionel information om en bestemt fysisk person, har karakter af beskyttelsesværdig information, når informationen på kvalificeret grundlag påvirker en persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning.*

- *Information om en bestemt juridisk person, og information, der kan påvirke en juridisk persons fremtræden og udtryk i offentligheden, har karakter af beskyttelsesværdig information, når en indirekte beskyttelse af de bagvedstående fysiske personer og/eller en beskyttelse af den juridiske persons økonomiske interesser eller effektivitet tilsiger det.*

Beskyttelses subjekt

- *De økonomiske rettigheder til information, der er resultatet af en intellektuel indsats, eller som har en naturlig tilknytning til en bestemt person, tildeles den fysiske person, der har frembragt informationen eller i øvrigt har en naturlig tilknytning til den.*

- *De økonomiske rettigheder til information, der er udtryk for en investering i tid eller penge, tildeles den fysiske eller juridiske person, der foretager den økonomiske investering. Dette gælder dog ikke, hvis informationen samtidig er udtryk for en intellektuel indsats eller har en naturlig personlig tilknytning til en bestemt fysisk person.*

- *De ideelle informationsrettigheder tildeles den fysiske person, som informationen relaterer sig til.*

- *Juridiske personer kan ikke besidde ideelle informationsrettigheder.*

Beskyttelsens indhold

- *Informationsrettighederne forbyder andre end rettighedshaveren at foretage nærmere angivne behandlinger af den beskyttede information.*

- *Informationsrettighederne omfatter enhver form for behandling af den beskyttede information.*

Beskyttelsens bredde

- *De økonomiske informationsrettigheder omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information men også information, der har en kvalificeret lighed med den beskyttede information.*

- *Jo større indsats, der ligger til grund for informationen, jo bredere beskyttelse tildeles informationen. Indsatsen kan enten have karakter af investering i tid eller penge eller i en intellektuel indsats.*

- *Jo mindre risikoen er for dobbeltfrembringelser, jo bredere beskyttelse tildeles informationen.*

- *For operationel information afhænger beskyttelsens bredde af, i hvor høj grad den påståede krænkende information giver samme grundlag for at træffe valg, som den beskyttede information.*

- *Den ideelle beskyttelse af retten til eget udtryk omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information men også information, der har en kvalificeret lighed med den beskyttede information. Om der består en kvalificeret lighed afgøres af samme kriterier som for de økonomiske informationsrettigheder.*

- *Den ideelle beskyttelse af operationel information, herunder særligt personoplysninger, omfatter ikke kun information, der er identisk med den umiddelbart beskyttede information men al information, der kan henføres til den pågældende person, medmindre der er tale om åbenbart urigtige oplysninger. Også åbenbart urigtige oplysninger kan dog omfattes af beskyttelsen, når oplysningerne kan påvirke den pågældende persons fremtræden og udtryk i offentligheden i negativ retning.*

Indskrænkninger

Privat brug

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information inden for en nærmere specificeret privatsfære (retten til privat brug).*

- *Juridiske personers behandling af beskyttet information vil ikke være omfattet af privatbrugsreglen.*

- *Privatbrugsreglen afgrænses af et offentlighedskriterium og et erhvervskriterium.*

- *Offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet, og dermed privatbrugsreglen, afgrænses af følgende centrale afgrænsningskriterier: Den personlige relation mellem de personer, der er involveret i informationsbehandlingen, antallet af personer, der er involveret i informationsbehandlingen (offentlighedskriteriet), hvorvidt behand-*

lingen har et profitformål eller øvrigt har erhvervsmæssig karakter (erhvervskriteriet).

- *Behandling af information inden for den snævre privatsfære udgør privat brug*

- *Behandling af information for en bred og ubegrænset kreds af personer falder uden for privatbrugsreglen, når behandlingen har et profitformål eller i øvrigt har erhvervsmæssige træk.*

- *Behandling af information for en bredere men afgrænset kreds af personer med et profitformål falder uden for privatbrugsreglen.*

- *I øvrige tilfælde vil gælde, at jo stærkere informationsbehandlingens erhvervsmæssige træk er, jo større er kravene til den personlige relation for at bringe behandlingen inden for privatbrugsreglen og omvendt.*

Konsumption

- *Der består en ret til at behandle beskyttet information, når dette sker som led i overdragelse, visning eller anden form for brug af et eksemplar, hvori informationen er fæstnet (eksemplarkonsumption).*

- *Eksemplarkonsumption giver ikke ret til kopiering af information.*

- *Eksemplarkonsumption indtræder, når nærmere angivne rettigheder til eksemplaret er overdraget med rettighedshaverens samtykke.*

- *Jo mere fuldstændig rettighedsoverdragelsen er i tid og omfang, jo mere taler for, at der indtræder eksemplarkonsumption.*

- *Kravene til rettighedshaverens samtykke afgøres med udgangspunkt i den almindelige aftaleretlige forpligtelseslære.*

Information om egne ydelser

- *De eksklusive informationsrettigheder afgrænses af en ret til at bruge beskyttet information, når dette sker loyalt i forbindelse med information om egne ydelser.*

Ytringsfrihed som indskrænkning i eneretten

- *Informationsrettighederne kan undtagelsesvist afgrænses af reglerne om ytringsfrihed.*

- *Ytringsfrihedsreglerne bruges primært som en kilde til fortolkning af de specifikke informationsretlige regler (internalisering).*

- *Ved afvejningen af informationsrettighederne overfor ytringsfrihedsreglerne lægges der vægt på, om informationen har karakter af en meningstilkendegivelse eller har almen samfundsmæssig interesse, om det er nødvendigt at bruge den beskyttede information, og om der foreligger et kontraktsforhold mellem parterne.*

De minimis-regel

- *Hvis en tredjepart har en loyal og berettiget interesse i at bruge beskyttet information, og brugen slet ikke eller kun i helt ubetydeligt omfang strider mod de økonomiske eller ideelle beskyttelsesinteresser, der begrunder den eksklusive informationsrettighed, kan brugen helt undtagelsesvist ske uden rettighedshaverens samtykke, selvom ingen specifikke indskrænkningsregler hjemler brugen.*

Varighed

- *Jo større indsats der ligger bag den beskyttede information, jo længere beskyttelsesperiode for de økonomiske rettigheder. Indsatsen kan både have karakter af investering i tid eller penge og af en intellektuel indsats.*

- *Jo større samfundsværdi den beskyttede information har, jo kortere beskyttelsesperiode for de økonomiske rettigheder.*

- *Den økonomiske beskyttelse opretholdes i hele rettighedshaverens levetid, når der består et tættere personligt bånd mellem rettighedshaveren og informationen.*

- *Beskyttelsen af ideelle informationsrettigheder består i hele rettighedshaveren levetid samt i tillæg hertil så længe de efterladte kan føle sig krænket af en krænkelse af rettighederne.*

Sanktioner

- *Krænkelse af økonomiske informationsrettigheder giver krav på rimeligt vederlag med udgangspunkt i det potentielle licensvederlag kombineret med et almindeligt erstatningskrav for eventuelt yderligere tab, hvor der også tages hensyn til krænkerens fortjeneste.*

- *Krænkelse af ideelle informationsrettigheder giver krav på godtgørelse. Dette gælder ikke for krænkelse af økonomiske rettigheder.*

Rettighedernes overgang

<u>Overdragelse i levende live</u>

- *De økonomiske informationsrettigheder kan overdrages fuldt ud.*

- *Som udgangspunkt overdrages kun de rettigheder, som er angivet. Dette gælder særligt, hvis rettighedshaveren er en formodet svagere part.*

- *I ansættelsesforhold overgår automatisk de rettigheder, der er nødvendige, for at arbejdsgiveren kan udnytte informationen som forudsat i ansættelsesforholdet.*

- *Jo svagere det personlige bånd er mellem den ansatte og informationen, jo mere taler for, at alle de økonomiske rettigheder automatisk overgår til arbejdsgiveren.*

- *De ideelle informationsrettigheder kan overdrages men kun i det omfang, rettighedshaveren kan overskue og påregne udnyttelsen og dermed aldrig som en fuldstændig overdragelse.*

- *En overgang af økonomiske rettigheder indebærer som udgangspunkt en overgang af ideelle rettigheder i det omfang det er nødvendigt for, at erhververen kan udnytte de overdragne økonomiske rettigheder.*

- *Såfremt en overdragelse af økonomiske rettigheder indebærer en overdragelse af ideelle rettigheder, der undtagelsesvist går ud over, hvad rettighedshaveren kunne overskue og påregne, vil den samlede rettighedsoverdragelse være ugyldig.*

Overgang ved død

- *Informationsrettighederne går over ved rettighedshaverens død.*

- *De økonomiske rettigheder går i arv i henhold til arverettens almindelige regler.*

- *Krænkelse af de ideelle rettigheder kan påtales og håndhæves af rettighedshavernes nærtstående og eventuelle arvinger. De efterladte kan som udgangspunkt ikke kræve godtgørelse og kan ikke give tilladelse til en krænkende brug.*

- *Varigheden af de økonomiske rettigheder beror på de almindelige regler herom inden for de enkelte discipliner.*

- *Varigheden af de ideelle rettigheder beror på, hvor længe brugen kan opleves som krænkende for de efterladte.*

Summary in English

"Doctrines of information law"

Chapter 1 Subject, aims and propositions of thesis
This chapter introduces the two propositions of the thesis:

1. *Such important common features exist between the disciplines of information law that a number of information law doctrines can be established across the individual disciplines of information law. The thesis also describes this as the existence of a horizontal information law.*

2. *On the basis of an information law principle of consideration, a systematic framework can be set for determining when information law doctrines can be established.*

The first proposition on doctrines of information law is the principal proposition of the thesis. According to this proposition, sources of law from different disciplines of information law are applied in order to identify doctrines of information law which then qualify as sources of law in other areas of information law of which the source of law material does not provide an immediate answer to the question at issue.

This chapter provides some introductory examples ("horizontal glimpses") of rules from one area of information law being relevant in other areas. It is stated, for example, that copyright law, trademark law, patent law as well as data protection law include private use rules, and a number of cases are cited in which a concept known from one area of information law is applied to other areas of information law. A case in point is the Supreme Court decision, U 2004.2945H, where the concept of exhaustion of

rights, which is well-known from intellectual property law, is applied to the non-statutory protection of arrangements.

Finally, chapter 1 provides an introduction to the second proposition on the principle of consideration as a systematic framework for the doctrines of information law. The basis of this thesis is the assumption that the identification and dissemination of the doctrines of information law are based on overlapping considerations. If the same considerations apply across the rules of information law, a doctrine of information law will apply across such rules; conversely, it will not extend to disciplines and rules in respect of which the considerations are not relevant.

Chapter 2 Information and information law

This chapter defines the key concepts of ”information” and ”information law”, which are central to the thesis.

For the purposes of the thesis, ”information” means the result of the processing/interpretation of data. “Data” means any phenomenon that may be recognised and processed in the human brain. Following the said definitions, distinctions between different types of information are introduced, and an overview of the different ways in which information may be processed is given with examples of the legal regulation of different types of informational acts.

The chapter introduces a broad initial understanding of the concept of ”information law” as any discipline of law that provides the rules governing any informational act. It is concluded, however, that with this broad definition information law will include a large number of rules that will - despite their common information-law features - be very different in character and structure. Hence, there is the obvious risk that it may be impossible to identify the doctrines of information law that are the central point of the thesis, even though such doctrines may exist for a more limited part of the information law disciplines. The thesis therefore applies the concept of ”information law” in a narrower sense, to refer to the disciplines of law that grant information rights to parties. ”Information rights” means a party’s right to prohibit others from processing a specific type of information in a specific manner, thereby granting the party an exclusive right in such processing of information, provided this is not in breach of other rules or third party rights. As a result, information law covers the disciplines of intellectual property law, trade secret protection, data protection law and the disciplines of personality law as well as a number of non-statutory rights, including the right to one’s own image. Subsequently, the structure of information law is

described: the starting point is the basic consideration of freedom of information, which is restricted by the rules on the allocation of information rights, which in turn are restricted by various types of exemption rules. In addition, different ways of subdividing the disciplines of information law are discussed, leading to the conclusion that the distinction between economical and moral information rights is the most fundamental one. Finally, it is concluded that information law is primarily a private law discipline with certain public law features, and that it is not a property law discipline. However, it is also established that these considerations concerning the predicates of information law are of no relevance in terms of substantive law.

Chapter 3 Information law doctrine as a source of law

This chapter begins by establishing that the information law doctrine is a source of law, which raises a number of fundamental source of law issues which will be discussed in chapter 3.

First, the issue of the proper positioning of the information law doctrine in the source of law system is discussed. It is demonstrated that the source of law ”general legal doctrine” is characterised by expressing some fundamental legal principles, which are often reflected in statutory provisions, but which also apply outside the scope of such provisions. The idea is that some specific rules of law are expressions of broader legal doctrines, whether reflected in statutes, case law or custom. The doctrines of the law of obligations are the most important case in point. Against this background, it is concluded that the information law doctrine constitutes a general legal doctrine and may thus be contained within the classical source of law system.

Next, the source of law function of the information law doctrine is considered. It is concluded that the information law doctrine may constitute a rule-making source of law as well as a source of interpretation. In the former case, the information law doctrine will constitute an independent rule of law that may provide an independent authority for a legal decision. In the latter case, the information law doctrine will constitute a delimitation criterion delimiting an existing rule of law. If an information law doctrine on the delimitation of a rule of law is therefore to exist, it must be assumed that the rule of law itself constitutes an information law doctrine. There will be no common interdisciplinary delimitation of the rule, unless the rule itself is applicable across the disciplines of information law.

Finally, the value of the information law doctrine as a source of law is discussed. It is concluded that no very precise statements can be made about that value, but that individual statements of a more general nature can be made. First of all, the value must be greater, the stronger the authority behind the sources of law from which the doctrine derives. If the information law doctrine derives from a number of statutory rules and is thereby recognised by the legislator, the value as a source of law must, for example, be greater than if the doctrine derives from some decisions from lower courts. Secondly, the value as a source of law must be greater, the more places it can be identified. Thirdly, the value must be greater, the less frequently the legal discipline's own sources of law can provide answers to a specific legal issue. If, by way of example, copyright sources of law provide no immediate answer to a copyright issue, an information law doctrine governing the issue may be more significant than if copyright legislation or Supreme Court decisions had unequivocally defined the state of the law in the area of copyright law. Consequently, a clear statutory provision can hardly be overruled by a doctrine of information law. However, the doctrine of information law may affect the interpretation of the statutory provision; also, there will be a sliding change between cases where the doctrine overrules the statutory provision and the situation where the doctrine merely supplements the statutory provision.

Chapter 4 Considerations of information law

This chapter identifies the central considerations behind the doctrine of freedom of information, the rules on information rights and exemption rules.

It is concluded that the doctrine of freedom of information is based partly on an economic consideration, partly on a consideration of freedom of expression.

In identifying the considerations behind the rules converring information rights, a distinction is drawn between economical and moral rights. It is concluded that all economical rights are based on an incentive consideration based on the fundamental idea that the development of information products is a benefit in a modern society, and that legislation should therefore create an incentive to do so by granting positions of exclusive rights. The incentive consideration is supplemented by an enrichment consideration supported by the idea that the creator of information or the person with whom the information is otherwise unequivocally associated, e.g. by way of personal data or own image, is granted an exclusive right in view of the fact

that the person in question is the closest person to receive any financial value of the information. In this connection, trade mark law is supported by a confusion consideration, expressing the wish to avoid any likelihood of confusing products. It is concluded that moral information rights are based either on considerations of privacy or on considerations of personality. The privacy consideration protects the right to be left alone, whereas the personality consideration protects the right to choose one's own image of personality to operate under in the public sphere.

Next, it is concluded that the individual exemption rules are so different in character that no common supporting considerations can be set up for all exemption rules. Instead, such considerations must be identified separately for each of the exemption rules.

Chapter 4 is rounded off by some general statements on the weighing of information law considerations.

Chapter 5 Method

This chapter describes the method chosen in the thesis for verifying the propositions set up in chapter 1. The methodical central point of the thesis is what is referred to as the horizontal analysis, and this chapter deals primarily with the content and delimitation of that analysis.

It is the methodical starting point of the thesis that the documentation of a horizontal information law and information law doctrines assumes legal dogmatic analyses that are capable of documenting specific connections between the different disciplines of information law. The analyses must be horizontal, which implies that they must clarify and compare the state of the law in selected areas within and across a number of information law disciplines, thereby forming the basis of an assessment of whether or not information law doctrines exist. This type of analysis, which in this way becomes the methodical tool intended to verify the proposition of the information law doctrines is referred to in the thesis as the horizontal analysis.

Initially, the horizontal analyses are intended to document that certain rules apply across the individual disciplines. The horizontal relevance is not limited to this, however. The analyses in the second part of the thesis show that also a more detailed delimitation of the individual rules includes common interdisciplinary features. Any documentation of this, however, assumes more detailed analyses of the individual rules. Such detailed analyses can only be carried out in a limited number of areas. The detailed analyses must therefore be supplemented by broader analyses primarily documenting

the existence of interdisciplinary rules without considering whether the delimitation of these rules also includes common features. This may also be expressed by stating that horizontal analyses must be broad as well as detailed. Detailed analyses are necessary in order to document that the horizontal relevance makes it possible not only to identify common rules, but that also the interpretation of these rules includes horizontal features. Broad analyses are necessary in order to document that information law doctrines do not only apply to a few areas selected for the purpose, but may be identified in all parts of information law.

Against that background, the thesis will include two horizontal detailed analyses of the rules on private use and exhaustion of rights, respectively, within the disciplines of copyright law, patent law, trademark law, protection of trade secrets, data protection law, and the right to one's own image. With these disciplines, the analyses cover a number of central sets of information law rules comprising both economical and moral rights. In addition, the thesis will include less detailed analyses of the following other subjects: (1) the right to advertise one's own services; (2) freedom of expression as a restriction of information rights; (3) de minimis rules; (4) legal persons' moral rights; (5) transmission of information rights on death; and (6) financial compensation in case of infringement of information rights. Thus, the broad analyses cover a number of different regulation topics systematically positioned in different parts of information law.

Chapter 5 is concluded by some considerations on the inclusion of foreign law, which will be particularly relevant to the broad analyses.

Chapter 6 Earlier horizontal considerations

This chapter describes the earlier considerations in legal theory as to whether there is such an affinity between the disciplines of information law as to require the adoption of more systematic overall views. Such considerations have been particularly common in intellectual property law, but have also appeared in personality law and, to a limited extent, between the two areas of law.

First, the earlier horizontal considerations in intellectual property law are described. Such considerations were made in older German intellectual property law theory and in older Nordic theory, but were abandoned in Nordic theory during the 1960´s. Subsequently, horizontal considerations played no part for a number of years, but have been re-introduced over the past few years by European intellectual property law scholars.

Next, the earlier horizontal considerations in personality law are described. Although the tradition of looking at common features between the disciplines of personality law at an overall level does not exist, certain horizontal considerations are, however, identifiable. This applies in particular to the affinity between copyright law on the one hand, and data protection law and personality law in a broader sense on the other.

Finally, a single contribution from Danish theory to considerations on horizontal common features across intellectual property law and personality law is described. No other contributions to any such broader information law have been identified.

It is concluded at the end of this chapter that there is an affinity between many of the earlier horizontal considerations in legal theory and the fundamental consideration of a horizontal information law on which the thesis and its proposition on the doctrines of information law are based. It is also concluded, however, that the proposition of the thesis differs substantially from earlier theory. First, the proposition implies that a horizontal relevance between all disciplines of information law exists, whereas most of the theory has focused on connections between individual disciplines, particularly in intellectual property law. Secondly, information law doctrines imply that the common features will not only be of a legal-political nature, but will also be directly applicable sources of law that may be used in legal dogmatic analysis. Thereby the ideas of this thesis differ fundamentally from recent theory of horizontal common features, which seems to assume rule changes if any horizontal relevance is to be established between the individual disciplines. Thirdly, the doctrines of the law of information will be a *supplement* to isolated sets of rules in each of the information law disciplines. Horizontal information law as presented in this thesis contains a hierarchy of rules, allowing for information law doctrines as well as individual detailed rules. Many of the earlier theoretical considerations reflect that the horizontal treatment of the rules of law *replaces* discipline-specific rules.

Chapter 7 Private use

This chapter provides an analysis of the information law rules on private use. The analysis represents one of the two horizontal detailed analyses of the thesis. The concept of "private use" is defined as rules intended to allow exploitation of information which is to some extent of a private nature, whether or not the rule applies the concept of "private use", "non-commercial use" or "non-public use."

First, it is examined in which of the relevant disciplines private-use rules can be immediately identified. It is concluded that these disciplines are copyright law, patent law, trade mark law, protection of trade secrets and data protection law, whereas it cannot be immediately established whether private-use rules apply to the moral copyright rules prohibiting derogatory treatment and to the right to one's own image.

Next, the considerations behind private-use rules are identified. It is concluded that private-use rules in all disciplines are based on three considerations. The first consideration is a privacy consideration based on the view that everybody has a private sphere within which individual freedom will not be interfered with. The second is an enforcement consideration based on the view that rights within the private sphere cannot possibly be enforced, and so there is no reason to extend the rights to that point. The third consideration is a de minimis consideration based on the view that private use does not infringe the rightholder's interests and therefore should not be covered by the exclusive information rights.

Next, the delimitation of the concept of private use within the individual private-use rules is examined. These examinations are only based on the sources of law that exist within the individual discipline (vertical sources of law). The section identifies a number of delimitation criteria for the different private-use rules.

Against that background, a horizontal analysis of the private-use rules is carried out. The analysis compares the criteria identified in the previous vertical analyses. It is concluded that all private-use rules are delimited by whether the use is public (the publicity criterion) and commercial (the commerce criterion). The assessment of whether the use is public depends on the personal relationship between the parties and the number of parties involved, whereas the assessment of whether the use is commercial depends on whether the use has a profit objective or any other commercial features suggesting commercial activities. Between them, these four criteria: the personal relationship between the parties, the number of parties involved, profit objective and other commercial features, thus represent the central delimitation criteria of all information law private-use rules. Apart from these criteria, there is a central distinction between legal persons and individuals as the analyses establish that, as an overall rule, legal persons are not covered by private-use rules. However, to a certain extent the making available right under copyright law also applies to legal persons.

In the following section, the interaction between the publicity criterion and the commerce criterion is described (what applies if the information,

for example, is disseminated to the general public, but has no commercial character?). It is demonstrated that within the narrow private sphere the private-use rule applies in all disciplines, whether or not the use has a profit objective. Any use outside the narrow private sphere with a profit objective will not be covered by the private-use rule, however. The same applies to any use for the purposes of the general public which is of a commercial nature, whether or not a profit objective exists. In other situations, it will depend on an assessment on a case-by-case basis whether the interaction between the publicity criterion and the commerce criterion takes the use within the private-use rule.

The delimitation criteria and rules governing the interaction between the publicity criterion and the commerce criterion are identified within a number of information law disciplines, thereby constituting *information law doctrines.*

Then, the identified doctrines are compared with the considerations governing private-use rules, and it is concluded that there is close conformity with the doctrines and the considerations.

The following section gives examples of the practical applicability of the doctrines. First it is established that with the information law doctrines it is possible to determine the state of the law in the two areas in which the vertical sources of law provided no answer, moral copyrights and the right to one's own image. Next, examples are given of inefficient features of the state of the law that are referable to a failure to apply the information law doctrines and the fundamental principles of information law as reflected in the doctrines.

The horizontal analysis is completed by a common information law private-use model based on the doctrines identified.

Chapter 7 is rounded off by a concluding section establishing that the proposition on the existence of the doctrines of information law, as well as the proposition on the information law doctrine of consideration have been verified within the field of private use.

Chapter 8 Exhaustion of rights

This chapter contains an analysis of the information law rules on exhaustion of rights. The analysis represents the second of the two horizontal detailed analyses of the thesis. The chapter discusses exhaustion of rights in copies as well as in information. The concept of "exhaustion of rights in copies" refers to the situation where information rights in the individual copy are lost ("exhausted") when the copy is disseminated with the rightholder's

consent. The concept of ”exhaustion of rights in information” refers to the situation where information rights in the information itself are exhausted when the information is disseminated with the rightholder’s consent.

First, it is examined within which disciplines rules on exhaustion of rights in copies and in information, respectively, can be immediately identified. Rules on exhaustion of rights in copies can be identified in copyright law, trade mark law and patent law, whereas rules on exhaustion of rights in information can be identified in copyright law, protection of trade secrets and data protection law.

Next, the considerations behind the rules are identified. It is concluded that the rules on exhaustion of rights in copies are based on a lack of incentive considerations and on property law considerations, whereas the rules on exhaustion of rights in information are based on a lack of incentive considerations and privacy and personality considerations.

Then, the criteria delimiting the rules on exhaustion of rights in copies and in information, respectively, are examined. The basis of these examinations is only the sources of law that exist within the individual discipline (the vertical sources of law).

Against that background, a horizontal analysis of the rules on exhaustion of rights in copies is carried out, then of the rules on exhaustion of rights in information, and finally of the relationship between the two types of rules.

It is concluded that all of the rules on exhaustion of rights in copies are based on an assignment criterion, a consent criterion and a copy criterion. It is further concluded that exhaustion of rights in copies may also be relevant to the areas where rules on exhaustion of rights in copies could not be immediately identified: data protection law, protection of trade secrets and the right to one’s own image. On that basis, it is established that the existence of a rule on exhaustion of rights in copies and the three delimitation criteria identified constitute information law doctrines.

Next, it is concluded that all of the rules on exhaustion of rights in information are based on a publication criterion and a consent criterion, and that the publication criterion is delimited by the number of persons to whom the information is made available and, as to the moral rights, by the personal relationship between the parties and, as to the economical rights, by the professional relationship between the parties. The existence of a rule on exhaustion of rights in information and the delimitation criteria identified constitute information law doctrines.

Following the horizontal analysis of the rules on exhaustion of rights in copies and in information, respectively, it is demonstrated that - in certain

situations - there is a tension field between the two types of rules. The tension field arises where the copy can be disseminated according to the rules on exhaustion of rights in copies, whereas the information cannot be disseminated according to the rules on exhaustion of rights in information. In that situation, a rule collision arises since any assignment of the copy will also involve an assignment of the information. The section sets out a number of delimitation criteria for the assessment of whether the rules on exhaustion of rights in copies or the rules on exhaustion of rights in information are to prevail in such situations. It is concluded that these criteria constitute information law doctrines.

The following section provides examples of the practical applicability of the doctrines, partly examples of vagueness in the state of the law that may be clarified by the information law doctrines, partly examples of inefficient features in the state of the law that are referable to a failure to apply the information law doctrines and the fundamental principles of information law as reflected in the doctrines.

Next, the identified doctrines are compared with the considerations behind the rules on exhaustion of rights, and it is concluded that there is close conformity between the doctrines and the considerations.

The horizontal analysis is completed with a common information law exhaustion model based on the identified doctrines.

Chapter 8 is rounded off by a concluding section establishing that the proposition on the existence of the doctrines of information law, as well as the proposition on the information law doctrine of consideration have been verified in the area of exhaustion of rights.

Chapter 9 Other areas

In this chapter, horizontal analyses are carried out within a number of other areas. The areas are selected so as to cover a major part of information law. The following six areas are discussed in chapter 9: (1) the right to advertise one's own services; (2) freedom of expression as a restriction of information rights; (3) de minimis rules; (4) legal persons' moral rights; (5) transmission of rights on death; (6) financial compensation for infringement of information rights.

Section 2 establishes as a doctrine of information law that exclusive information rights are delimited by a right to use protected information, where such use takes place in good faith in connection with advertising one's own services.

Section 3 demonstrates by way of information law doctrines that information rights may, exceptionally, be delimited by rules on freedom of expression, and that those rules are primarily being used as a source of interpretation for the specific rules of information law (internalising).

Section 4 demonstrates that where a third party has a loyal and legitimate interest in using protected information, and the use is not - or only to a very slight degree – in conflict with the economical or moral protection interests on which the exclusive right is based, such use may - quite exceptionally – be permitted even where it is not warranted by specific restriction rules.

Section 5 demonstrates as doctrines of information law, first of all that legal persons cannot hold moral rights, and secondly that information about a specific legal person and information likely to affect the public appearance and expression of a legal person constitute protectable information where so required by the indirect protection of the individuals behind the legal person and/or by the protection of financial interests or efficiency.

Section 6 demonstrates a number of doctrines of information law concerning the transmission of rights on death. First, that information rights pass on the rightholder's death. Secondly, that financial rights devolve according to the general law of succession. Thirdly, that rightholders' next-of-kin and any other beneficiaries have a cause of action and right of enforcement in case of any infringement of moral rights. As a general principle, the beneficiaries cannot claim compensation and cannot authorise any infringing use. Fourthly, that the duration of economical rights is determined by the general rules of the individual disciplines. Fifthly, that the duration of moral rights is determined by the period during which the beneficiaries may feel aggrieved by the use.

Section 7 demonstrates as doctrines of information law, first that any infringement of economical rights gives rise to a claim for reasonable remuneration based on the potential licence income combined with a general claim for damages for any further loss, taking into account the infringer's profit, and secondly that any infringement of moral rights gives rise to a claim for non-economical compensation. This does not apply in case of infringement of economical rights.

Chapter 10 Conclusions and future implications

This chapter concludes that both propositions of the thesis have been verified and describes the implications of the principle of doctrines of information law to practising lawyers and legislators as well as to legal scholars.

Chapter 11 A catalouge of information law doctrines
This final chapter establishes additional doctrines within all parts of information law. The identification of these doctrines of information law is not based on detailed analyses similar to those carried out in chapters 7 and 8, and to a lesser degree in chapter 9. This implies, first of all that these doctrines are not as sound as the doctrines previously identified, and secondly that the doctrines will not be as detailed. However, the object is not to set out an exhaustive and final catalogue of information law doctrines, but rather to set out a set of overall information law doctrines that are capable of serving as a basis for the future work of developing information law further, including by means of continued shading and expansion of the doctrines of information law.

The chapter concludes by a summary of all the doctrines of information law identified in this thesis. The catalogue of doctrines is reproduced below.

A catalogue of information law doctrines

Acquisition of rights (formal requirements)

- *As a general principle, the acquisition of information rights is not subject to formal requirements.*

- *Formal requirements may be specified where strong considerations of notoriety warrant one-sided identification of the information.*

- *The notoriety consideration will carry greater weight, the higher the development costs associated with the type of information involved, the greater the risk of duplication, and the greater the social interest associated with public access to information that would otherwise be kept secret.*

Object of protection

- *Information law protects information with which a financial or moral protection interest is associated.*

- *Information representing an investment in time or money, or which is a result of an intellectual effort, always constitutes protectable information if the information has a financial value. This also applies if the information is naturally associated with a certain person. Exceptionally, the information may however be of such general and social importance that no exclusive right therein should be available to anyone. This applies, in particular, to natural facts.*

- *Information about a certain individual constituting either objective information or subjective statements leading back to recognizable, objective criteria, always constitute protectable information. This may also be expressed by stating that operational information about a certain individual always constitutes protectable information.*

- *Information affecting a person's public appearance and expression adversely on a specified basis constitutes protectable information. This may also be expressed by stating that emotional information about a certain individual constitutes protectable information where the information affects a person's public appearance and expression adversely.*

- *Information about a certain legal person and information likely to affect a legal person's public appearance and expression constitute protectable information if so required by the indirect protection of the individuals behind the legal person and/or protection of the legal person's financial interests or efficiency.*

Subject of protection

- *The economical rights in information resulting from an intellectual effort or naturally associated with a certain person are granted to*

the individual creating the information or otherwise naturally associated with the information.

- *The financial interests in information representing an investment in time or money are granted to the individual or legal person making the financial investment. This does not apply, however, if the information also represents an intellectual effort or has a natural, personal connection to a certain individual.*

- *Moral information rights are granted to the individual to whom the information relates.*

- *Legal persons cannot hold moral information rights.*

Content of protection

- *Information rights prohibit any person other than the rightholder from handling protected information in certain specified ways.*

- *Information rights comprise any handling of the protected information.*

Scope of protection

- *Economical information rights comprise not only information identical to directly protected information, but also information bearing a qualified similarity to the protected information.*

- *The greater the effort on which the information is based, the broader the protection afforded to the information. The effort may either be an investment in time or money or an intellectual effort.*

- *The lower the risk of duplication, the broader the protection afforded to the information.*

- *In respect of operational information, the scope of protection depends on the extent to which the alleged infringing information*

provides the same basis for making choices as the information protected.

- *The moral protection of the right in one's own personality comprises not only information identical to the directly protected information, but also information bearing a qualified similarity to the information protected. Whether a qualified similarity exists will be determined by the same criteria as for economical information rights.*

- *Moral protection of operational information, including in particular personal information, comprises not only information identical to the directly protected information, but any information which is referable to the person in question, unless the information is manifestly incorrect. However, also manifestly incorrect information may be subject to protection where such information is likely to affect the person's public appearance and expression adversely.*

Restrictions

Private use

- *There is a right to handle protected information within a specified private sphere (the right to private use).*

- *The handling by legal persons of protected information will not be covered by the private use rule.*

- *The private-use rule is delimited by a publicity criterion and a commerce criterion.*

- *The publicity criterion and the commerce criterion, and thereby the private-use rule, are restricted by the following central delimitation criteria: The personal relationship between the persons who are involved in the handling of the information, the number of persons involved in the handling of the information (the publicity criterion), whether the handling has a profit objective or is otherwise of a commercial nature (the commerce criterion).*

- *Handling of information within the strictly private sphere constitutes private use*

- *Handling of information for a wide and unlimited circle of persons is not covered by the private use rule where the handling has a profit objective or other commercial features.*

- *Handling of information for a wider, but delimited circle of persons with a profit objective falls outside the private use rule.*

- *In other cases, the situation will be such that the stronger the commercial features of the handling of information, the stronger the demands for a personal relationship in order to bring the handling within the scope of the private use rule, and vice versa.*

Exhaustion of rights

- *There is a right to handle protected information where such handling is done in the course of assignment, screening or any other use of a copy to which the information is affixed (exhaustion of rights in copies).*

- *Exhaustion of rights in copies does not embody a right to copy information.*

- *Exhaustion of rights in copies arises where specified rights in the copy have been assigned with the rightholder's consent.*

- *The more complete in time and scope the assignment of rights, the higher the likelihood that the rights in copies will be exhausted.*

- *The requirements for the rightholder's consent are determined by general principles on formation of contracts.*

Advertising one's own services

- *Exclusive information rights are delimited by a right to use protected information where this is done in good faith in connection with advertising one's own services.*

Freedom of expression as a restriction of the exclusive right

- *Information rights may, exceptionally, be delimited by rules on freedom of expression.*

- *The rules on freedom of expression are used primarily as a source of interpretation of the specific rules on information law (internalising).*

- *When weighing information rights against the rules on freedom of expression, emphasis is placed on whether the information represents a statement of opinion or is of general public interest, whether it is necessary to use the protected information, and whether there is a contractual relationship between the parties.*

De minimis rule

- *If a third party has a loyal and legitimate interest in using protected information, and the use does not conflict with - or only conflicts to a very slight degree with – the financial or moral protection interests on which the exclusive information right is based, such use may quite exceptionally take place without the rightholder's consent, even if no specific restriction rules warrant the use.*

Duration

- *The greater the effort behind the protected information, the longer the protection period for the economical rights. The effort may consist both of an investment in time or money and of an intellectual effort.*

- *The greater the social value of the protected information, the shorter the protection period for the economocal rights.*

- *The financial protection is maintained throughout the rightholder's life if there is a close personal bond between the rightholder and the information.*

- *The protection of moral information rights subsists throughout the rightholder's life and for as long as the beneficiaries may feel aggrieved by an infringement of the rights.*

Sanctions

- *Any infringement of economical information rights gives rise to a claim for a fair remuneration based on the potential licence income, combined with a general claim for damages for any further loss, and also taking into account the infringer's profit.*

- *Any infringement of moral information rights gives rise to a claim for non-economical compensation. This does not apply to infringement of economical rights.*

Transfer of rights

Assignment inter vivos

- *Economical information rights are assignable in full.*

- *As a general principle, only specified rights are assignable. This applies in particular where the rightholder is assumed to be the weaker party.*

- *In employment relationships, any rights which are necessary for the employer to use the information as envisaged by the employment relationship are automatically assignable.*

- *The weaker the personal bond between the employee and the information, the stronger the argument in favour of all economical rights passing automatically to the employer.*

- *Moral information rights are assignable, but only if and to the extent that the rightholder can assess and foresee the exploitation, and thereby never as a complete assignment.*

- *Transfer of economical rights generally involves a transmission of moral interests if and to the extent necessary in order for the assignee to exploit the financial rights assigned.*

- *If an assignment of economical rights involves an assignment of moral rights that, exceptionally, exceeds what the rightholder could assess and foresee, the entire assignment of rights will be void.*

Transfer on death

- *Information rights pass on the rightholder's death.*

- *Economical rights devolve according to the general rules of succession.*

- *Any infringement of moral rights may be sued upon and enforced by rightholders' close relatives and any other beneficiaries. Generally, surviving relatives and beneficiaries cannot claim compensation and cannot authorise an infringing use.*

- *The duration of economical rights is determined by the general rules to that effect within the individual disciplines.*

- *The duration of moral rights is determined by the period during which the surviving relatives and beneficiaries may feel aggrieved by the use.*

Forkortelser

1959-vml.	Lov nr. 211 af 11. juni 1959 om varemærker
1961-ohl.	Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker
1967-pl.	Lov nr. 479 af 20. december 1967 om patenter
1974-mfl.	Lov nr. 297 af 14. juni 1974 om markedsføring
1978-pl.	Lov nr. 264 af 8. juni 1978 om patenter
1991-vml.	Lov nr. 831 af 18. december 1991 om ændring af lov om markedsføring
1992-ohl.	Lov nr. 1010 af 19. december 1992 om ændring af ophavsretsloven (edb-programmer)
1992-vml.	Lov nr. 209 af 30. marts 1992 om ændring af markedsføringsloven
1995-ohl.	Lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret
2002-ohl.	Lov nr. 1051 af 17. december 2002 om ændring af ophavsretsloven (gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.)
2003-ohl.	Lov nr. 997 af 9. december 2003 om ændring af ophavsretsloven (revision af blankbåndsordningen, kopiering til privat brug m.v.)
2005-mfl.	Lov nr. 1389 af 21. december 2005 om markedsføring

aftl.	Aftaleloven
eal.	Erstatningsansvarsloven
EIPR	European Intellectual Property Review
emrk.	Den Europæiske Menneskeretskonvention
FED	Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling
FT	Folketingstidende
grl.	Grundloven
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
idl.	Lov om internetdomæner
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
JFT	Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
krl.	Konkurrenceloven
mfl.	Markedsføringsloven
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	Neue Juristiche Wochenschrift
NOU	Norges Offentlige Utredninger
ohl.	Ophavsretsloven

pdl.	Persondataloven (personoplysningsloven)
pl.	Patentloven
SOU	Statens Offentliga Utredningar
strfl.	Straffeloven
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
U	Ugeskrift for Retsvæsen
vml.	Varemærkeloven

Litteraturfortegnelse

A

Ahlberg, Hartwig, "Die Erschöpfung und das freie Recht der Vermietung und das Verleih con Vervielfältigungsstücken", GRUR, 1985, s. 362-366.

Alsøe, Christian, "Særligt om overdragelse og arv", i *Schønning m.fl. (red.)*, "Personlighedsret" Forlaget Thomson, 2007, s. 219-233.

Andenæs, Johs., "Avhandling og foredrag", Universitetsforlaget, Universitet i Oslo, 1962.

Andenæs, Johs., "Juridisk utretning om filmen ´To mistenkelige personer´", Complex, nr. 5, 1995.

Andersen, Mads Bryde, "Edb & Ansvar", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988.

Andersen, Mads Bryde & Mogens Koktvedgaard, "Bioteknologi og patentret", Københavns Universitet, Det Juridiske Fakultet, 1990.

Andersen, Mads Bryde, "Grundlæggende aftaleret", 3. udgave, Gjellerup, 2008.

Andersen, Mads Bryde, "Ret & metode", Gads Forlag, 2002.

Andersen, Mads Bryde, "IT-retten", Gjellerup, 2005.

Andersen, Mads Bryde & Joseph Lookofsky, "Lærebog i obligationsret: ydelsen: beføjelser", 2. udgave, Forlaget Thomson GadJura, 2005.

Andersen Mads Bryde, Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.), "Festskrift til Mogens Koktvedgaard", Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2003.

Andersen, Mads Bryde, "Informationssamfundet år 2000. Oplæg til afvejningsregler for en moderne informationspolitik", Bilag 10 til Rapport om Info-samfundet år 2000 (Dybkjær-rapporten), Forskningsministeriet, 1994, s. 121-162.

Andersen, Mads Bryde, "Ophavsretten og den nye teknologi", NIR, 1995, s. 616-629.

Andersen, Mads Bryde, "Obligationsrettens ´almindelige del´" i *Lynge Andersen m.fl. (red.)*, "Festskrift til Bernhard Gomard", Forlaget Thomson, 2001, s. 9-24.

Andersen, Mads Bryde, "Fragmenter af en informationsretlig grundregulering" i *Bryde Andersen m.fl. (red.)*, "Festskrift til Mogens Koktvedgaard", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, s. 5-25.

Andersen, Mads Bryde & Henrik Udsen, "Krav om kryptering af e-mails med fortroligt indhold?", U.2005B.378-382.

Andersen, Niels M., Arly Carlquist & Anders Rubinstein, "Retshåndhævelse af immaterialrettigheder", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.

Antony, Taubman, "Is There a Right of Collective Personality", EIPR, 2006, s. 485-492.

Arnold, Richard, "Confidence in Exclusives: Douglas v Hello! in the House of Lords", EIPR, 2007, s. 339-343.

Aronsen, Karen Elise Haug, "Personopplysningsloven § 7 – En analyse av forholdet mellom personvern og ytringsfrihet slik det er uttrykt i Personopplysningsloven § 7", Complex, nr. 11, 2002.

B

Ballock, Gert & Christian F. Friehe, GRUR, 1986, s. 759-763.

Bateson, Gregory, "Ånd og natur", 2. udgave, Rosinante, 1991.

von Becker, Bernhard, "Parodiefreiheit und Güterabwägung - Das ´Gies-Adler´-Urteil´ des BGH", GRUR, 2004, s. 104-109.

Bender, Hanne, "Edb-rettigheder", Jurist- og Økonomforbundes Forlag, 1998.

Benkard, Georg, Claus Dietrich Asendorf, Klaus Bacher, Frank Peter, Goebel, Klaus Grabinski, Klaus-Jürgen Melullis, Rüdiger Rogge, Alfons Schäfers, Uwe Scharen, Christof Schmidt & Eike Ullmann, "Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz", 10. udgave, Verlag C.H. Beck, 2006.

Bently, Lionel & Brad Sherman, Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2001.

Bently, Lionel & Brad Sherman, Intellectual Property Law, 2. udgave, Oxford University Press, 2008

Bernitz, Ulf, Gunnar Karnell, Lars Pehrson & Claes Sandgren, Immaterialrätt, 10. udgave, Jure, 2007.

Beuthien, Volker & Anton Schmölz, "Persönlichketsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte: Erlösherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld", Beck, 1999.

Bing, Jon, "Rettslige kommunikasjonsprosesser: bidrag til en generell teori", Universitetsforlaget, 1982.

Bing, Jon, "Ansvar for ytringer på nett", Universitetsforlaget, 2008.

Bing, Jon, Kristine M. Madsen & Kjell Myrland,"Strafferettslig vern av immaterielle goder", Complex, nr. 12, Universitetsforlaget, Oslo, 1987.

Blok, Peter, "Patentrettens konsumptionsprincip", Juristforbundets Forlag, 1974.

Blomqvist, Jørgen, Overdragelse af ophavsrettigheder. Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1987.

Bloustein, Edward, ”Privacy as An Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser”, New York University Law Review, 39, 1964, s. 962-1007.

Blume, Peter, ”Fra tale til data: studier i det juridiske informationssystem”, Akademisk Forlag, 1989.

Blume, Peter (red.), ”Introduktion til jura”, Akademisk Forlag, 1995.

Blume, Peter, ”Personoplysningsloven: lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger”, Greens§Jura, 2000.

Blume, Peter, ”Databeskyttelsesret”, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Blume, Peter, ”Beskyttelse af oplysninger om bipersoner”, U.2002B.112-117.

Blume, Peter, ”Individet, ophavsretten og krisen” i *Bryde Andersen m.fl. (red.)*, ”Festskrift til Mogens Koktvedgaard”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, s. 77-96.

Blume, Peter, ”Databeskyttelse og ytringsfrihed”, U.2003B.215-220.

Blume, Peter, ”Databeskyttelsesrettens harmonisering”, U.2004B.45-50.

Blume, Peter, Datasikkerhed som menneskerettighed, U.2008B.327-328.

Borcher, Erling & Frank Bøggild, ”Markedsføringsloven”, 2. udgave, Forlaget Thomson, 2006.

Borum, O.A., & Knud Illum (red.), Festskrift til professor dr.juris Henry Ussing 5. maj 1951, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1951.

Borum, O.A., ”Personretten”, 3. udgave, København, 1953.

Born, Christian, ”Zur Zulässigkeit einer humorvollen Markenparodie - Anmerkung zum Urteil des BGH ´Lila-Postkarte´”, GRUR, 2006, s. 192-194.

Brdarski, Stojan, "In the aftermath of Opel v. Autec – Is the requirement of trade mark use relevant or not?", NIR, 2007, s. 255-269.

Buhmann, Tom, "Anvendelse af billeder til reklameformål og tilsvarende kommercielle formål", i *Schønning m.fl. (red.)*, "Personlighedsret" Forlaget Thomson, 2007, s. 57-87.

Bygrave, Lee, "Data Protection Law – Approaching Its Rationale, Logic and Limits", Kluwer, 2002.

C

Christensen, Bent, "Forvaltningsret: hjemmelsgrundlag", 1980, Skrifter fra Det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet.

Christensen, Bent, "Forvaltningsret: opgaver, hjemmel, organisation", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991.

Clarembeaux, Nicolas & Thierry Van Innis, "EU: Trade Marks – Exhaustion Without Consent", EIPR, 2005, N65-66.

Corbett, Susan, "A Human Rights Perspective on the Database Debate", EIPR, 2006, s. 83-91.

Cornish, William & David Llewelyn, Intellectual Property – Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 5. udgave, Sweet & Maxwell, 2003.

D

Davison, Mark & Bernt Hugenholtz, "Football Fixtures, Horseraces and Spin Offs: the ECJ Domesticates the Database Right", EIPR, 2005, s. 113-118.

Deichmann, Hanne Kirk, "Markedsføring af paralleimporterede musikcd´er", NIR, 1998, s. 414-429.

Dommering, Egbert & P. Bernt Hugenholtz (red.), "Protecting Works of Fact", Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.

Dreyfuss, Rochelle Cooper, Diana Leenheer Zimmerman & Harry First (red.), Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Society, Oxford University Press, 2001.

Dybdahl, Lise, "Immaterialrettigheder/patenter ved ægtefælle- og dødsboskifte", NIR, 1999, s. 633-644.

Dübeck, Inger, "Dansk arkivret", Universitetsforlaget i Aarhus, 1980.

Dübeck, Inger, "Personers rettigheder: om individets fysiske og psykiske integritet, selvbestemmelsesret og identitet", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.

E

Eberstein, Göran, " Nyare Strömninger på det immateriella rättsskyddets område, Isaac Marcus´ Boktryckeri, 1926.

Engelbrekt, Antonina Bakardjieva, Ulf Bernitz, Bengt Domeij, Annette Kur & Per Jonas Nordell (red.), Festskrift til Marianne Levin, Norstedts Juridik, 2008.

Evald, Jens & Sten Schaumburg-Müller, "Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

F

Frost, Kim, "Informationsydelsen", Forlaget Thomson, 2002.

Frost, Kim, "Erhvervsmæssig brug af internetdomæner" i Julebog 2005, Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005, s. 145-174.

Frøbert, Knud Aage, "Dansk Informationsret", bind 1-5, Institut for Presseforskning, Danmarks Journalisthøjskole, 1975-1979.

G

von Gamm, Otto-Friedrich, Kommentar zum Warenzeichengesetz, 1965.

von Gamm, Otto-Friedrich, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 1968.

Geiger, Christopher, "Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?", IIC, 2004, s. 268-280.

Geiger, Christopher, "The Right to the Image of One's Own Property on the Run: Has the Brake Finally Been Pulled on the Privatisation of the Public Domain?", IIC, 2005, s. 706-712.

Geiger, Christopher, "´Constitutionalising´ Intellectual Property Law? The influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union", IIC, 2006, s. 371-406.

Geiger, Christopher, "Trademarks and Freedom of Expression – The Proportionality of Criticism", IIC, 2007, s. 317-327.

Geiger, Christopher, Annette Kur & Martin Senftleben, "A New Framework for Intellectual Property Rights - Conference of the Max Planck Institute for Intellectual Property at Elmau Castle, 22-23 November, 2002", IIC, 2003, s. 632-646.

Gielen, Charles, "Netherlands: Trade Marks – Use of Marks on Cessation of Distribution Rights", EIPR, 2004, N209-210.

Gilson, Ronald & Reinier Kraakman, "The Mechanisms of Market Efficiency", Virginia Law Review, 1984, s. 549-644.

Graber, Cristoph Beat & Mira Burri-Nenova (red.), "Intellectual Property And Traditional Cultural Expressions In A Digital Environment", Edward Elgar Publishing, 2008.

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen & Gorm Toftegaard Nielsen, "Kommenteret straffelov, almindelig del", 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen & Gorm Toftegaard Nielsen, "Kommenteret straffelov, speciel del", 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

H

Hagstrøm, Maj, "Særligt om skuespillere i filmsekvenser og stillbilleder fra film", i *Schønning m.fl. (red.)*, "Personlighedsret" Forlaget Thomson, 2007, s. 87-105.

Hagstrøm, Viggo (i samarbejde med Magnus Aarbakke), "Obligasjonsrett", Universitetsforlaget, Universitetet i Oslo, 2003.

Hansen, Jesper Lau, "Informationsmisbrug", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.

Hansen, Klaus (red.), IT-lex, 2. udgave, Ingeniøren – bøger, 2001.

Hartlev, Mette, "Fortrolighed i sundhedsretten: et patientretligt perspektiv", Forlaget Thomson, 2005.

Heide-Jørgensen, Caroline, "Reklameret – konkurrenceret og kommerciel ytringsfrihed", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Heine, Kasper, Martin von Haller Grønbæk & Jan Trzaskowski, "Internet-jura", 2. udgave, GadJura, 2002.

Hins, Wouter & Dirk Voorhoof, "Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights", European Constitutional Law Review, 2007, s. 114-126.

Hubmann, Heinrich, "Das Persönlichkeitsrecht", 2. udgave, Böhlau, 1967.

Hugenholtz, P. Bernt, "Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid", EIPR, 2000, s. 499-505.

Hugenholtz, P. Bernt, "Copyright and Freedom of Expression in Europe" i *Dreyfuss m.fl. (red.)*, Expanding the Boundaries of Intellectual Property, 2001, s. 344-363.

Hull, John, "Disclosure in the Public Interest: No Right of Reply", EIPR, 2004, s. 515-517.

Hull, John & Sarah Abbott, "Property Rights in Secrets – Douglas v Hello! in the Court of Appeal", EIPR, 2005, s. 379-384.

Hurwitz, Stephan, "Den danske kriminalret, speciel del", Gad, 1955.

I

Irgens-Jensen, Harald, "Forretningshemmeligheter", NIR, 2006, s. 568-582.

J

Jacobsen, Hartvig, "Ophavsretten – forfatter- og Kunstnerretten", Gyldendal, 1941.

Jakobsen, Søren Sandfeld, "Når læseren bliver redactor", Juristen, nr. 6, 2006.

Jay, Rosemary & Angus Hamilton, "Data Protection Law and Practice", 3. Udgave, Sweet & Maxwell, 2003.

Jehoram, Herman Cohen, "Kabelweiterleitung und Urheberrecht. Eine vergleichende Darstellung" (anmeldelse), IIC, 1994, s. 136-139.

Johansen Michael Wiik, Knut-Brede Kaspersen & Åse Marie Bergseng Skullerud, "Personopplysningsloven. Kommentarutgave", Universitetsforlaget, 2001.

Joos, Ulrich, "Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht", C.H. Beck´sche verlagsbuchhandlung, 1991.

K

Kallifatides, Johanna & Marianne Levin (red.), Immaterialrättsliga överlappningar, Jure, 2001.

Karnell, Gunnar, "Den obetydliga importrätten – dess innebörd och skydd", NIR, 1971, s. 284-299.

Karnell, Gunnar, "Upphovsrättslig offentlighet och framföranderätt", NIR, 1973, s. 267-286..

Karnell, Gunnar, "Copyright protection under human rights control – in particular of works not disseminated to the public", NIR, 2004, s. 516-535.

Kerly, D.M. (ved David Kitchin, David Llewelyn, James Mellor, Richard Meade, Thomas Moody-Stuart & Davis Keeling), Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 14. udgave, Sweet & Maxwell, 2005.

Kildsgaard, Anders, "Særligt om udmåling af godtgørelse og erstatning", i *Schønning m.fl. (red.)*, "Personlighedsret" Forlaget Thomson, 2007, s. 207-218.

Knoph, Ragnar, "Åndsretten", Nationaltrykkeriet, 1936.

Knoph, Ragnar, "Bedriftshemmeligheters retsbeskyttelse", bilag I til Forhandlinger på det 16. Nordiske Juristmøde, 1934, s. 1-48.

Koelman, Kamiel J, "Fixing the three step test", EIPR, 2006, s. 407-412.

Koktvedgaard, Mogens, "Immaterialretspositioner", Juristforbundets Forlag, 1965.

Koktvedgaard, Mogens (ved Jens Schovsbo), "Lærebog i immaterialret", 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

Koktvedgaard, Mogens & Lise Østerborg, "Patentloven", 2. udgave, Juristforbundets forlag, 1979.

Koktvedgaard, Mogens & Knud Wallberg (ved Knud Wallberg), "Varemærkeret: Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer: EF-varemærket og Madrid-protokollen", 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

Koktvedgaard, Mogens, "Udviklingen i Norden i perioden 1997-2001", NIR, 2001, s. 511-515.

Koktvedgaard, Mogens, ”Konsumptionsprincippet indenfor immaterialretten”, JFT, 1970, s. 228-243.

Kolstad, Olav, ”Fra konkurransepolitikk til konkurranserett. Samfunnsøkonomisk effektivitet i den konkurranserettslige analyse”, Cappelen, 1998.

Korff, Douwe, ”Study on the protection of the rights and interests of legal persons with regard to the processing of personal data relating to such persons”, Rapport fra EU-kommissionen.

Korhonen, Petteri, ”Paternitetsrätt och nytt artistnamn. Kommentar till HD 2005:92”, NIR, 2007, s. 178-185.

Kragelund, Christina, Martin Dahl Pedersen & Thomas Munk Rasmussen, “Domænenavne – en juridisk håndbog”, Thomson GadJura, 2003.

Krikke, Judica, “Netherlands: Copyright – Infringement by Quotation – Confidentiality of Documents – Freedom of Speech – Human Rights”, EIPR, 2004, N50-51.

Kruse, Anders Vinding, ”Retslæren”, 2. bog: retslærens særlige del, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1963.

Kruse, Anders Vinding (under medvirken af Jens Møller), ”Erstatningsretten”, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989.

Kruse, Frederik Vinding, ”Ejendomsretten”, andet bind, 1. udgave, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1929.

Kruse, Frederik Vinding, ”Ejendomsretten”, første bind, 3. udgave, Gad, 1951.

Kur, Annette, ”Borderline Cases of Trademark Protection – A Study in German Trademark Law on the Eve of Amendment”, IIC, 1992, s. 485-503.

Kur, Annette, ”The ´Presentation Right´ – Time to Create a New Limitation in Copyright Law”, IIC, 2000, s. 308-318.

Kur, Annette, "A New Framework for Intellectual Property Rights – Horizontal Issues", IIC, 2004, s. 1-21.

Kur, Annette, "Confusion Over Use? – Die Benutzung ´als Marke´ im Lichte der EUGH-Rechtssprechung", GRUR int., 2008, s. 1-12.

Kwall, Roberta, "The Right of Publicity vs. the First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis, 70 Indiana Law Journal, 1994, s. 47-67.

L

Lampert, Peter, "Personlighedsretten – hvornår må man gerne?", i *Schønning m.fl. (red.)*, "Personlighedsret" Forlaget Thomson, 2007, s. 257-284.

Landes, William & Richard Posner, "Trademark Law: An Economic Perspective, 30 Journal of Law and Economics, 1987, s. 265-309.

Lang, Jon, "The Protection of Commercial Trade Secrets", EIPR, 2003, s. 462-471.

Larsen, Bent Unmack, "Hvad er tort? Supplerende bemærkninger om anvendelsen af ikrafttrædelseslovens § 15", U.1997B.345-348.

Lauridsen, Preben Stuer, "Pressefrihed og personlighedsret", Gyldendal, 1988.

Lauridsen, Preben Stuer, "Om ret og retsvidenskab", Gyldendal, 1992.

Lehmann, Michael, "Unfair Use of and Damage to the Reputation of Well-Known Marks, Names and Indications of Source in Germany. Some Aspects of Law and Economics", IIC, 1986, s. 746-767.

Lessig, Lawrence, "Code and other laws of cyberspace", Basic Books, 1999.

Levin, Marianne, "Rätt till egen bild", Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms Universitet, 1986.

Levin, Marianne, Lydia Lundstedt & Sanna Wolk (red.), "Own Image Protection – a pan-European overview", Jure Förlag, 2007.

Levin, Marianne, "Upphovsrättens gränsytor mot det industriella rättsskyddet och konkurrensrätten", NIR, 2003, s. 326-333.

Lidgard, Hans Henrik, "Parallelhandel – konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA", Norstedts Juridik, 2002.

Lidgard, Hans Henrik, "Samtyckets betydelse vid internationell varumärkeskonsumtion – EG-domstolens avgörande i ´Davidoff-fallet´", NIR, 2002, s. 3-15.

Litman, Jessica, "Information Privacy/Information Property", Stanford Law Review, 2000, s. 1283-1313.

Loewenheim, Ulrich, "Handbuch das Urheberrechts", Verlag C.H. Beck, 2003.

Lorenzen, Peer, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina-Holst Christensen & Jens Vedsted-Hansen, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention", 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.

Lund, Jørn (hovedredaktør), Den Store Danske Encyklopædi, Danmarks Nationalleksikon, 1995.

Lund, Torben, "Ophavsret", G.E.C. Gads Forlag, 1961.

Lund, Torben, "Komponisternes stilling overfor ´industrimusikken´ efter dansk ret", NIR, 1950, s. 81-92.

Lund, Torben, "Grænsen mellem ´offentlig´ og ´privat´ inden for ophavsretten", NIR, 1955, s. 68-86.

Lynge Andersen, Lennart, Jens Fejø, Peter Møgelvang-Hansen & Ruth Nielsen (red.), Festskrift til Bernhard Gomard, Forlaget Thomson, 2001.

M

Madsen, Palle Bo, "Markedsret, del 2. Lovbestemte enerettigheder, markedsføringsregler, erhvervshemmeligheder m.v.", 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002.

Madsen, Palle Bo, "Markedsret, del 2. Markedsføringsret og konkurrenceværn", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007.

Madsen, Palle Bo, "Markedsret, del 3. Immaterialret", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Madsen, Palle Bo, "Ole-Andreas Rognstad: Spredning av verkseksemplar" (anmeldelse), NIR, 2000. s. 162-175.

Madsen, Palle Bo, "Peak Holding – om markedsføring som konsumptionsudløsende faktor", U.2005B.69-74.

Mathiesen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen & Johan Schlüter, E-handelsloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

Mathiesen, Jakob Plesner & Mikkel Gudsøe, "God domænenavnsskik", NIR, 2006, s. 148-163.

Mayer-Schönberger, Viktor, "Information und Recht", Springer-Verlag, 2000.

Meedom, Thorkild, "Kan den stedsevarende droit moralbeskyttelse opreholdes?", NIR, 1985, s. 153-165.

Michalos, Christina, "Image Rights and Privacy: After Douglas v Hello", EIPR, 2005, s. 384-387.

Mock, William, "On the Centrality of Information Law: A Rational Choice Discussion of Information Law and Transparancy", The John Marshall Journal of Computer & Information Law, volume XVII, number 4, s. 1069-1100.

Montagnon, Rachel, "Trade Marks – Honda´s UK Trade Marks Rights Exhausted by Sales Made by Honda Australia", EIPR, 2008, N53-55.

Mortensen, Peter, "Landsbrugsforpagtning", GadJura, 1999.

Müller, Tobias, "Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts - Die neueste Rechtsprechung des BGH zum postmortalen Persönlichkeitsrecht", GRUR, 2003, s. 31-34.

Møller, Jens & Michael S. Wiisbye, "Erstatningsansvarsloven med kommentarer", 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002.

N

Ngombe, Laurier Yvon, "Technical Measures of Protection versus Copy for Private Use: Is the French Legal Saga Over", EIPR, 2007, s. 61-65.

Nielsen, Kristian Korfits & Henrik Waaben, "Lov om behandling af personoplysninger", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.

Nielsen, Kristian Korfits & Henrik Waaben, "Lov om behandling af personoplysninger", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 2008.

Nielsen, Ruth, "Retskilderne", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002.

Nielsen, Ruth & Christina D. Tvarnø, Retskilder og retsteorier, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. reviderede udgave, 2008.

Nordell, Per Jonas, "Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden", NIR, 1993, s. 374-382.

Nordemann, Wilhelm, "Anmerkungen zu BGH – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten", GRUR, 1981, s. 417-418.

O

Ohly, Ansgar, "Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law – Report Prepared on Behalf of the

German Association for the Protection of Intellectual Property", GRUR int., 2007, s. 704-712.

Ohly, Ansgar, Agnès Lucas-Schloetter & Huw Beverly Smith, "Artistic Freedom Versus Privacy – Delicate Balance. The Esra Case Analysed from a Comparative Law Perspective", IIC, 2008, s. 526-557.

Orrman, Eljas, "Den finska personuppgiftslagens tillämpning på personuppgifter om avlidna personer", JFT, 2008, s. 92-101.

P

Pinckaers, Julius C.S., "From privacy toward a new intellectual property right in persona", Kluwer Law International, 1996.

Pehrson, Lars, Kändisar i reklam. Marilyn gratis men Kalle kostar kulor, Affärsrätt, nr. 1, 1984, s. 12.

Poulsen, Sune Troels, "Loyalitetspligt & erhvervsforbud", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991.

Prosser, William, "Privacy", California Law Review, 48, 1960, s. 383-423.

R

Rehbinder, Manfred, Wilhelm Herschel & Heinrich Hubmann (red.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, HochschulVerlag in Günter Mainz Verlag, 1982.

Riezler, Erwin, "Deutches Urheber- und Patentrecht", J. Schweitzer Verlag, 1909.

Riis, Thomas, "Ophavsret og retsøkonomi", GadJura, 996.

Riis, Thomas, "Enerettigheder og vederlagsrettigheder", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

Riis, Thomas & Jens Schovsbo, "Users' Rights: Recontructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds", EIPR, 2007, s. 1-5.

Riis, Thomas & Jens Schovsbo, "Brugerrettigheder i varemærketretten" i *Engelbrekt m.fl.* (red.), Festskrift till Marianne Levin, 2008, s. 503-520.

Ringnes, Arne, "Erstatning (oppreisning) for ikke-økonomisk skade", NIR, 2005, s. 615-622.

Rognstad, Ole-Andreas, "Spredning av verkseksemplar", Cappelen Akademisk Forlag, 1999.

Rognstad, Ole-Andreas, "Om forholdet mellom retten til parallelimport og nasjonale regler om markedsføring", NIR, 2000, s. 320-336.

Rognstad, Ole-Andreas, "Konsumpsjon og digitale overføringer" i *Bryde Andersen m.fl. (red.)*, "Festskrift til Mogens Koktvedgaard", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, s. 447-472.

Rommetveit, Ragnar, "Språk, tanke og kommunikasjon", Oslo Universitetsforlag, 1972.

Rosén, Jan, "Förlagsrätt – rättsfragor vid förlagsavtal", Juristförlaget, 1989.

Rosén, Jan, "Moral Rights in Swedish Copyright Law – Focus on Waiver of Rights and Contract Practise Especially as Concerns Computer Programs", NIR, 1993, s. 355-373.

Rosén, Jan, "Freedom of expression in lineage with author's rights", NIR, 2007, s. 1-10.

Rosenmeier, Morten, "Værkslæren i ophavsretten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.

Rosenmeier, Morten, "Brugskunstbeskyttelsen med ´nærgående efterligninger´. Nogle terminologiske overvejelser, NIR, 2005, s. 503-515.

Ross, Alf, "Om ret og retfærdighed", Nyt Nordiske Forlag Arnold Busck, 1953.

Ross, Alf, "Tû-Tû" i *Borum, O.A., & Knud Illum* (red.), Festskrift til professor dr.juris Henry Ussing 5. maj 1951, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1951, s. 468-484.

Rutz, Christian, "Germany: Copyright – Caricature as Fair Use", EIPR, 2004, N89-91.

S

Sack, Rolf, "Kabelfunk und Urheberrecht", GRUR, 1988, s. 163-172.

Samuelson, Pamela, "Privacy as Intellectual Property?", Stanford Law Review, 2000, s. 1125-1167.

Samuelson, Pamela, "Principles for Resolving Conflicts Between Trade Secrets and the First Amendment", Hastings Law Journal, 2007, s. 777-847.

Scanlan, Gary, "Personality, Endorsement and Everything: The Modern Law of Passing Off and Myth of the Personality Right", EIPR, 2003, s. 563-569.

Schartum, Dag Wiese & Lee A. Bygrave, "Personvern i informasjonssamfunnet – en innføring i vern af personopplysninger", Fagbokforlaget, 2004.

Schaumburg-Müller, Sten, "PresseRet", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.

Schaumburg-Müller, Sten, "Personbilleder og ikke frit tilgængeligt sted", U.2006B.229-235.

Schovsbo, Jens, "Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996.

Schovsbo, Jens, "Immaterialretsaftale – fra kontrakt til status i kontraktsretten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.

Schovsbo, Jens & Morten Rosenmeier, "Immaterialret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Schovsbo, Jens, "´Samtykke´ og konsumption – samtykkekriteriet i Varemærkedirektivets artikel 7", NIR, 2000, s. 337-347.

Schovsbo, Jens, "Samtykke til parallelimport af varemærker – EF-domstolens afgørelse i *Davidoff*-sagen", U.2002B.5-9.

Schricker, Gerhard, Adolf Dietz, Ekkehard Gerstenberg, Horst-Peter Götting, Gerhard Haß, Paul Katzenberger, Christof Krüger, Ulrich Loewenheim, Ferdinand Melichar, Jörg Reinbothe, Sabine Rojahn, Joachim v. Ungern-Sternberg, Irini E. Vassilaki, Martin Vogel & Gisela Wild, "Urheberrecht – Kommentar", Verlag C.H. Beck, 2006.

Schumpeter, Jospeh A., "Capitalism, Socialism and Democracy", 5. udgave, Unwin University Books, 1974.

Schønning, Peter, "Ophavsretsloven med kommentarer", 4. udgave, Forlaget Thomson, 2008.

Schønning, Peter, Merethe Eckhardt & Malene Ehlers (red.), "Personlighedsret", Forlaget Thomson, 2007.

Schønning, Peter, "Begrebet offentlig fremførelse", NIR, 2001, s. 628-632.

Schønning, Peter, "Ophavsrettens grundbegreber", NIR, 2003, s. 527-531.

Seipel, Peter, "Juridik och IT: introduktion til rättsinformatiken", 8. udgave, Norstedts Juridik, 2004

Shannon, Claude & Warren Weaver, "The mathematical theory of communication", University of Illinois Press, 1949.

Sieber, Ulrich, "Informationsrecht und Recht der Informationstechnik – Die Konstituierung eines Rechtsgebietes in Gegenstand, Grundfragen und Zielen", NJW, 1989, s. 2569-2580.

Silvander, Jan, "Dator- och datarelaterede förmögenhetsbrott utom borgenärsbrotten", Juridiska Fakulteten, Lund, 1998.

Sjöberg, Cecilia Magnusson, Den digitala bilden som personuppgift i *Engelbrekt m.fl.* (red.), Festskrift til Marianne Levin, 2008, s. 381-399.

Skovbo, Eva Aaen, Erstatning for ophavsretlige krænkelser, Forlaget Thomson, 2005.

Skovbo, Eva Aaen, "Nye love – implementering", Juristen, nr. 6, 2006.
Smalldon, Mark, "Confidential Information: Privacy, EIPR", 2005, N207-208.

Sofsrud, Thorbjørn, "Bestyrelsens beslutning og ansvar", Greens§jura, Akademisk Forlag, 1999.

Spleth, P. "Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt januar-juni 1965", U.1965B.227-229.

Steen, Therese, "Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk - en fremstilling av åndsverkloven § 12 første ledd anvendt på litterære verk, samt en legislativ vurdering av digital eksemplarfremstilling til privatbruk", Complex 1/1997, Tano Aschehoug.

Stenvik, Are, "Patentrett", 2. udgave, Cappelen Akademisk Forlag, 2006.

Stenvik, Are, "Rettsbeskyttelse av personlig særpreg", TfR, 2003, s. 602-647.

Strömholm, Stig, "Teaterrätt – Teatrarnas rättsliga ansvar för innehållet i föreställningar", P.A. Norstedt & Söners förlag, 1971.

Strömholm, Stig, "Right of Privacy and Rights of the Personality", P.A. Norstedt & Söners förlag, 1967.

T

Tai, Eric Tjong Tjin, "Exhaustion and Online Delivery of Digital Works", EIPR, 2003, s. 207-211.

Tessensohn, John A., & Shusaku Yamamoto, "Supreme Court of Japan Brings Racehorses' Publicity Rights to Heel", EIPR, 2005, s. 187-190.

Tiili, Virpi, "Marknadsföring och rätt till egen bild", NIR, 1988, s. 25-35.

Tranberg, Charlotte Bagger, "Nødvendig behandling af personoplysninger: proportionalitetsprincippets krav om nødvendighed i forhold til den dataansvarliges behandling af personoplysninger efter persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser", Forlaget Thomson, 2007.

U

Udsen, Henrik, "Kommerciel anvendelse af personbilleder", U.1997B.261-267.

Udsen, Henrik, "Pressens ret til offentliggørelse af personbilleder efter menneskerettighedsdomstolens dom i von Hannover mod Tyskland", U.2006B.161-166.

Udsen, Henrik, "Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære", TfR, 2006, s. 104-152.

Udsen, Henrik & Jens Schovsbo, "Ophavsrettens missing link?", NIR, 2006, s. 47-65.

Ulmer, Eugen, "Die Entscheidung zur Kabelübertragung von Rundfunsendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze, GRUR int., 1981, s. 372-378.

W

Wallberg, Knud, "Varemærkeret: Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer: EF-varemærket og Madrid-protokollen", 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Wallberg, Knud & Lone Prehn, "Domænenavnskonflikter i Danmark – en oversigt", NIR, 2003, s. 101-116.

Warren, Samuel D. & Louis D. Brandis, "The Right to Privacy", Harward Law Review, vol. 4, no. 5, 1890.

Weincke, Willi, "Ophavsret: reglerne, baggrunden, fremtiden", Gad, 1976.

Westin, Alan, "Privacy and Freedom", Atheneum, 1967.

Windisch, Ernst, "Allgemeine Erschöpfungslehre and Waren- und Dientsleistungsverkehr in der Europäischen Gemeinschaft" i *Rehbinder m.fl.* (red.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, Hochschul-Verlag in Günter Mainz Verlag, 1982.

Z

Zahle, Henrik, "Praktisk retsfilosofi", Christian Ejlers´ Forlag, 2005.

Ziegler, Katja (red.), "Human Rights and Private Law – privacy and autonomy", Hart, 2007.

Ziegler, Katja, "The Princess and the Press, Privacy after *Caroline von Hannover v Germany*" i *Ziegler (red.)*, Human Rights and Private Law, Hart, 2007, s. 189-208.

Betænkninger, rapporter m.v.

Danmark
Betænkning om udkast til lov til ophavsretten til litterære værker og kunstneriske værker (Københavnerbetænkningen), 1951

Betænkning 199/1958. Betænkning vedrørende en ny dansk lov om varemærker

Betænkning 416/1966. Betænkning angående en ny konkurrencelov

Betænkning 601/1971. Betænkning om privatlivets fred

Betænkning 681/1973. Forbrugerkommissionens betænkning II (Markedsføring, Forbrugerombudsmand, Forbrugerklagenævn)

Betænkning 687/1973. Delbetænkning om private registre

Betænkning 1197/1990. Revision af ophavsretslovgivningen

Betænkning 1345/1997. Behandling af personoplysninger

Betænkning 1412/2002. Godtgørelse til efterladte ved dødsfald

Betænkning 1450/2004 om administration af domænenavne i Danmark

Betænkning 1480/2006. Betænkning om revision af ophavsretslovens kapitel 3

Datatilsynets vejledning nr. 37 af 2. april 2001

Datatilsynets årsberetning, 2001

Datatilsynets årsberetning, 2002

Rapport om Info-samfundet år 2000 (Dybkjær-rapporten), Forskningsministeriet, 1994.

Norge
NOU 1983:35. Endringer i åndsverkloven m.v.

NOU 1997:19. Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger, Statens Forvaltningstjeneste, Statens Trykning, 1997.

Sverige
SOU 1956:25. Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

SOU 1976:48. Reklam och integritet

SOU 1983:52. Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter

SOU 1983:65. Översyn av upphovsrättslagstiftningen

SOU 1997:39. Integritet. Offentlighet. Informationsteknik

Fællesnordisk
Betenkning angående nordisk patentlovgivning, 1964

Domsregister

UfR
U.1913.335SH *296*
U.1920.888H *296*
U.1932.702H *160*
U.1952.269H *175*, *176*, *180*
U.1959.269H *249*
U.1965.126H *84*, *331*, *452*
U.1969.944Ø *180*
U.1971.700Ø *176*
U.1972.700Ø *180*
U.1972.827Ø *180*
U.1974.463H *299*
U.1974.952Ø *452*
U.1978.610Ø *180*
U.1980.1037H *380*
U.1980.945Ø *329*, *452*, *455*
U.1982.179/2H *23*, *87*, *107*, *342*
U.1982.750H *419*, *424*
U.1982.761H *197*
U.1983.630Ø *117*, *330*, *452*, *455*
U.1984.580SH *450*
U.1985.770H *197*
U.1986.272SH *452*
U.1986.405Ø *119*, *122*, *388*, *452*, *454*
U.1988.989H *452*
U.1989.1146SH *369*, *370*, *372*
U.1989.726H *58*
U.1989.981 Ø *119*
U.1989.981Ø *119*, *122*, *452*
U.1990.65/2H *435*
U.1991.842 H *370*
U.1991.842H *372*
U.1994.349H *499*
U.1994.671/2H *450*
U.1995.624H *452*
U.1996.740 SH *455*
U.1996.740SH *331*
U.1997.462SH *288*
U.1997.4SH *197*
U.1997.644Ø *197*
U.1997.691H *27*, *396*, *407*, *408*
U.1998.160Ø *122*, *452*
U.1998.525Ø *90*, 364, *365*, *366*, *465*
U.1999.2011H *176*, *178*, *181*, *182*, *211*, *212*
U.1999.2057V *241*
U.1999.210H *179*, *250*
U.2000.2068SH *27*, *434*, *436*, *457*
U.2000.2143Ø *419*
U.2001.1572V *484*
U.2001.439SH *290*
U.2001.697 Ø *190*
U.2002.649Ø *177*, *179*, *211*, *212*
U.2003.212Ø *177*, *179*, *181*, *211*, *212*
U.2003.686SH *329*, *391*, *452*, *453*, *455*
U.2004.1561H *190*
U.2004.1614SH *297*
U.2004.2031H *250*
U.2004.21.34H *179*
U.2004.2134H *176*, *178*, *179*, *181*, *211*, *212*, *213*
U.2004.2945H *23*, *27*, *81*, *87*, *259*, *262*, *342*, *343*, *347*
U.2005.1639V *451*, *455*
U.2005.2703H *450*
U.2005.2945H *347*
U.2006.1209H *297*, *299*
U.2007.1219H *446*, *484*
U.2007.1581H *174*, *214*, *250*
U.2007.1967V *455*
U.2007.280SH *331*
U.2007.334Ø *304*, *305*, *326*, *402*
U.2008.1974H *455*
U.2008.521SH *413*
U.2008.727/2SH *455*

Domme fra EF-Domstolen

C-337/95, Parfums Christian *Dior* SA og Parfums Christian Dior BV mod Evora BV *265, 290, 361, 363, 365 f., 371 f.*
C-63/97, Bayerische Motorenwerke AG (*BMW*) og BMW Nederland BV mod Ronald Karel Deenik *265, 290, 361, 371, 408, 413, 414*
C-173/98, *Sebago* Inc. m.fl. mod GB-Unic SA *289*
C-414-416/99, (forende sager), Zino *Davidoff* SA mod A&G Imports Ltd. m.fl. *281 f., 285, 287, 288, 289, 315 f., 317, 353*
C-101/01, Bodil *Lindkvist* *202 ff., 208, 215 f., 232, 254. 402*
C-206/01, *Arsenal* Football Club mod Matthew Reed *194*
C-46/02, *Fixtures* Marketing Ltd mod Oy Veikkaus Ab *103*
C-203/02, *The British Horseracing Board* Ltd (BHB) m.fl. mod William Hill Organization Ltd *103 f.*
C-338/02, *Fixtures Marketing* Ltd mod Svenska Spel AB *103*
C-444/02, *Fixtures Marketing* Ltd mod Organismus prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP) *103*
C-16/03, *Peak Holding* AB mod Axolin-Elinor AB *28, 83, 285 f., 313, 321, 346, 351*
C-479/04, *Laserdisken* ApS mod Kulturministeriet *377*
C-306/05, *SGAE* mod Rafael Hotels SA *206*

Stikordsregister

Absolut regelsammenfald *82 f.*
Allgemeine Erschöpfungslehre *307 ff.*
Almindelige retsgrundsætninger *78 ff.*
Arrangementsbeskyttelse *24, 30, 64 f., 107, 347, 515*
Autoritative retskilder *77 f.*

Berigelseshensyn *104 ff.*
Beskyttelsens indhold *482 ff.*
Beskyttelsens varighed *495 ff.*
Beskyttelsesbredde *486 ff.*
Beskyttelsesobjekt *473 ff.*
Beskyttelsessubjekt *480 ff.*
Bipersoner *403 f.*
BMW-dommen *265, 290, 361, 371, 408, 413, 414*

Cpr-numre, se *personnumre*

Danseskole-dommen (U.2003.212Ø) *177*, *179, 181, 211 f.*
Davidoff-dommen *281 f., 285, 287, 288, 289, 308 f., 315 f., 317, 353*
De minimis-hensyn *165*
De minimis-regler *395 ff.*
- grundsætning *410*
- ophavsret *395 ff.*
- patentret *406*
- persondataret *401 ff.*
- varemærket *405 f.*

Dior-dommen *265, 290, 361, 363, 365 f., 371 f.*
Domænenavnspirateri *190*
Dybkjær-rapporten *149*
Dyr, informationer frembragt af *106*

Egenværdi (varemærker) *100 ff.*, *108*
Egne ydelser, information om *360 ff.*
- grundsætning *372*
- ophavsret *363 ff.*
- persondataret *368 f.*
- retten til eget billede *369 ff.*
- varemærket *361 ff.*

Eksemplarkonsumption
- afgrænsningskriterier *312 ff.*
- bagvedliggende hensyn *269 ff.*
- eksemplarkriteriet *282 ff.*, *317*
- erhvervshemmelighedsbeskyttelse *267*, *319 f.*
- grænseflader til informationskonsumption *333 ff.*
- informationsretlige grundsætninger *321 ff.*, *339 f.*
- markedsføringskriteriet *284 ff.*
- omsætningskriteriet *290 f.*
- onlinetjenester *282 f.*
- ophavsretlig eksemplarkonsumption *262 ff.*, *278 ff.*

- overdragelseskriteriet *279 ff.*, *312 ff.*
- patentretlig eksemplarkonsumption *265 f.*, *290 ff.*
- persondataretlig eksemplarkonsumption *268*, *318 f.*
- produktkriteriet *291*
- retten til eget billede *320 f.*
- samtykkekriteriet *281 f.*, *287 ff.*, *294*, *315 ff.*
- varekriteriet *286 f.*
- varemærkeretlig eksemplarkonsumption *264 f.*, *284 ff.*

Eksternalisering (reglerne om ytringsfrihed) *376 ff.*
Emotionel information *39*
Erstatning *444 ff.*

Fodboldresultater I-dommen (U.1982.179/2H) *23 f., 87, 107, 342*
Fodboldresultater II-dommen (U.2004.2945H) *23 f., 27, 81, 87, 259, 262, 342 f., 347*
Forholdets natur *80 f.*
Formkrav, rettighedsstiftelse *470 ff.*
Forvekslingshensyn *108 f.*
Fremmed ret *136 f.*

Godtgørelse *449 ff.*
Grundsætning, se *informationsretlige grundsætninger*
Gymnastikforenings-dommen (U.2004.2134H) *176*, *178 f., 181, 211 f.*, *250*

Hadesider *189, 191 f.*
Handelspolitiske hensyn *273*
Hensyn, se *informationsretlige hensyn*
Hensynsafvejning *123 ff.*
Hensynslære *91 f.*
Hjemmesider, offentliggørelse fra *304 f.*
Horisontal analyse *127 ff.*
Horisontal informationsret *18, 25*
Horisontale retskilder *78 ff.*
Håndhævelseshensyn *165 ff.*

Ideelle informationsrettigheder
- bagvedliggende hensyn *109 ff.*
- begreb *67*
- juridiske personer *410 ff.*

Ikke-autoritative retskilder *77 f.*
Immaterialret
- almindelig del *141, 151 f.*
- begreb *64 f.*
- fællestræk *139 ff.*

Incitamentshensyn *95 ff.*
Information
- begreb *33 ff.*
- emotionel *39*
- operationel *39*

Information om egne ydelser, se *egne ydelser, information om*
Informationsfrihed *53*, *93 f.*
Informationshandlinger *41 ff.*
Informationskonsumption *259*
- afgrænsningskriterier *323 ff.*
- bagvedliggende hensyn *274 ff.*
- begreb *259 f.*
- erhvervshemmeligheder *295 ff.*
- grænseflader til eksemplarkonsumption *333 ff.*
- informationsretlige grundsætninger *332 f., 339 f.*

- offentliggørelseskriteriet *295 ff.*, *302 ff.*, *324 ff.*
- ophavsretlig informationskonsumption *292 ff.*
- persondataretlig informationskonsumption *302 ff.*
- retten til eget billede *328 ff.*
- samtykkekriteriet *294*, *301*, *305 f.*, *327 f.*

-udgivelseskriteriet *293 ff.*

Informationspligt *52 f.*

Informationsret
- begreb *18, 50 ff.*
- ejendomsret *71 ff.*
- offentligretlig regulering *70 f.*
- privatretlig regulering *70 f.*

Informationsretlige grundsætninger
- begreb *83 ff.*
- beskyttelsens bredde *486 ff.*
- beskyttelsens indhold *482 ff.*
- beskyttelsens objekt *473 ff.*
- beskyttelsens subjekt *480 ff.*
- de minimis *407 ff.*
- indskrænkninger *491 ff.*
- information om egne ydelser *372*
- juridiske personers ideelle rettigheder *426*
- katalog *469 ff.*
- konsumption *321 ff.*, *332 f.*, *339 f.*
- privat brug *237 ff.*

-retserhvervelsen (formkrav) *470 ff.*
- retskilde *85 ff.*
- rettighedernes overgang *498 ff.*
- sanktioner *459*, *497 f.*
- varighed *495 ff.*
- ytringsfrihed *394 f.*

Informationsretlig hensynslære *91 ff.*

Informationsretlige hensyn
- berigelseshensyn *104 ff.*
- de minimis-hensyn *165*
- forvekslingshensyn *108 f.*
- handelspolitiske hensyn *273*
- håndhævelseshensyn *165 ff.*
- incitamentshensyn *95 ff.*
- kulturpolitiske hensyn *273*
- omsætningshensyn *272*
- personlighedshensyn *111 ff.*, *120 f.*
- privatlivshensyn *114 ff.*, *120 f.*
- tingsretlige hensyn *271 f.*

Informationsrettigheder
- bagvedliggende hensyn *94 ff.*
- ideelle *67 ff.*
- økonomiske *67 ff.*

Internalisering (reglerne om ytringsfrihed) *376 ff.*

Juridiske personers ideelle rettigheder *410 ff.*
- edb-programmer *415*
- grundsætninger *425 f.*
- ophavsret *415 f.*
- patentret *411 ff.*
- persondataret *416 ff.*
- privatlivsbeskyttelse, emrk. art. 8 *421 f.*
- privatlivsbeskyttelse, strfl. § 264d *418 f.*
- tort *420 f.*
- varemærket *411 ff.*
- æreskrænkelser, strfl. § 267 *419 f.*

Konsumption
- begreb *259 f.*

- eksemplarkonsumption, se *eksemplarkonsumption*
- informationskonsumption, se *informationskonsumption*
- regelmodel *352 ff.*

Kulturpolitiske hensyn *273*

Lindqvist-dommen *202 ff., 208, 215f.*, *232, 254,402*
Lytteprøver *363 ff.*

Marius P-dommen (U.2007.1581H) *174, 214*, *250 f.*
Motionscenter-dommen (U.2002.649Ø) *177*, *179, 211 f.*
Musik-til-arbejdet-dommen (U.1952.269H) *175 f.*, *179 f.*

Omsætningshensyn *272*
One Right System *146, 152*
Operationel information *39*

Peak Holding-dommen *28, 83, 285f., 313,321, 346, 351*
Personbilleder som følsomme personoplysninger *404 f.*
Personlighedsbeskyttelse *109 ff.*
Personlighedshensyn *117 ff., 120 f.*
Personlighedsret
- begreb *65 f.*
- fællestræk *146 ff.*

Personnumre *303*, *305, 306*
Privat brug
- afgrænsningskriterier *209 ff.*
- bagvedliggende hensyn *164 ff.*, *240 ff.*
- begreb *157*
- erhvervshemmeligheder *161 f., 167 ff., 196 ff.*, *218 ff.*, *231 f.*
- erhvervskriteriet *206 ff.*, *226 ff.*
- ideelle ophavsrettigheder *159 ff., 186*, *244 ff.*
- informationsretlige grundsætninger *237 ff.*
- juridiske personer *238*, *248*, *249 f.*
- offentlighedskriteriet *206 ff.*, *226 ff.*
- ophavsretlig eksemplarfremstilling *158, 164 f, 198 ff., 207, 211 ff.*, *230*
- ophavsretlig fremførelse *158, 165 f., 173 ff., 206 f., 211 ff.*, *229*
- ophavsretlig spredning *158, 165 f., 171 f., 206 f., 211 ff.*, *229*
- ophavsretlig visning *158, 165 f., 172, 206 f., 211 ff.*, *229*
- patentretlig privatbrugsregel *161, 166 f., 194 f.*, *218 ff.*, *231 f.*
- persondataretlig privatbrugsregel *162, 169, 200 ff.*, *215 ff.*, *232 f.*
- regelmodel *255 ff.*
- retten til eget billede *162 f.*, *244 ff.*
- varemærkeretlig privatbrugsregel *161, 167, 188 ff.*, *218 ff., 231 f.*

Privatlivsbeskyttelse *109 ff.*
Privatlivshensyn *114 ff.*, *120 f.*

Rettighedsovergang *498 ff.*
Rettighedsovergang ved død *426 ff.*
- erhvervshemmeligheder *429*
- grundsætninger *443*
- ophavsret *427 ff.*

- patentret *428 f.*
- persondataret *429 ff.*
- retten til eget billede *433 ff.*
- varemærkeret *428*

Reverse engineering *275, 298 ff., 319, 337*
Rimeligt vederlag *444 ff.*
Risikohensyn *105*

Tingsretlige hensyn *271 f.*

Ungdomsklub-dommen (U.1999.2011H) *176*, *178 f.*, *181, 211 f.*, *243*
Vertikale retskilder *78 ff.*
von Hannover-dommen *119, 389 f., 393*

Ytringsfrihed *94*, *373 ff.*
- erhvervshemmeligheder *382 ff.*
- grundsætninger *392*
- immaterialret *374 ff.*
- persondataret *384 ff.*
- retten til eget billede *388 ff.*

Økonomisk kompensation (for krænkelse af informationsrettigheder) *444 ff.*
- erhvervshemmeligheder *450 f.*
- grundsætninger *459*
- immaterialretsdisciplinerne *445 ff.*
- persondataret *451*
- personlighedskrænkelse efter eal. § 26 *454 ff.*
- retten til eget billede *452*

Økonomiske informationsrettigheder
- bagvedliggende hensyn *95 ff.*
- begreb *68*