



Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Deres ref:

Høringsuttalelse – ny åndsverklov

Norsk Redaktørforening (NR) organiserer rundt 720 ansvarlige redaktører og andre redaksjonelle ledere. NR har som formål å verne om redaktørinstituttet og den redaksjonelle uavhengighet, og å fremme og beskytte informasjons- og ytringsfriheten. Samtidig representerer NR redaktørene i spørsmål som gjelder kollektive opphavsrettigheter, jfr gjeldende åndsverklovs § 38a.

I tillegg til vår uttalelse viser vi også til et notat utarbeidet for Norsk Redaktørforening av advokat Vidars Strømme, advokatfirmaet Schjødt. Notat følger som vedlegg til denne uttalelsen.

1. Forholdet mellom opphavsrett og ytringsfrihet – EMK artikkel 10 GrI §100

Opphavsretten – og dermed lov om opphavsrett til åndsverk – beveger seg i et grenseland med mange utfordringer. På den ene siden skal opphavsmenneskets rettigheter sikres, slik at deres verk ikke urettmessig utnyttes av andre. Det skal sikre inntekter til dem som skaper åndsverk, slik at produksjon av nye åndsverk stimuleres. På den andre siden kan ikke opphavsretten innskrenke adgangen til å trekke veksler på andres åndsverk på en slik måte at det strider mot internasjonale konvensjoner som Den europeiske menneskerettskonvensjonens artikkel 10 om informasjons- og ytringsfrihet, eller Grunnlovens §100 om det samme.

Vi viser her til NOU 1999:27 – Ytringsfrihetskommisjonens innstilling – hvor det om dette temaet blant annet heter:

”Kommisjonen legger til grunn at begrensninger i ytringsfriheten av hensyn til andres opphavsrettigheter – på samme måte som andre begrensninger – må oppfylle kriteriet om å la seg forsvare holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøking, demokrati og individets frie meningsdannelse, jf. forslaget til GrI. § 100, 2. ledd. Begrensningene må heller ikke være av en slik art at frimodige ytringer om offentlige spørsmål ikke blir tillatt, jf. § 100, 3. ledd. Det skulle tilsi at opphavsrett brukt som et middel for å motvirke en informert offentlig debatt ikke kan stå seg mot ytringsfriheten. Dette har sterk støtte både i sannhetsprinsippet og demokratiprinsippet.

Motsatt vil opphavsretten stå sterkt når den angripes av interesser hvis sentrale motiv er å utnytte andres materiale til egen økonomisk vinning. I den konkrete sak kan det være en krevende oppgave å avklare om striden står om ytringsfrihet eller økonomiske interesser.

Det er ingen entydig tradisjon i norsk rett for å oppfatte ytringsfriheten som en legitim begrensning i opphavsretten. Generelt synes forholdet til ytringsfrihet å være utelatt i teoretiske framstillinger av norsk opphavsrett. Vi antar derfor at vårt forslag til ny GrI. § 100 – som i konkrete saker kan føre til at opphavsrettens rekkevidde vil måtte avgrenses av hensyn til lex superior-prinsippet – gir en viss endring i rettstilstanden.”

Den generelle tenkningen, eller mangel på sådan, som Ytringsfrihetskommisjonen her beskriver har preget mye av opphavsrettslovgivningen. Vi mener det er nødvendig å fokusere mer på balansen – ”fair use” – i avveiningen mellom opphavsmenn og andres rett til utnyttelse.

I forlengelsen av dette mener vi det er viktig at det ikke legges opp til regelverk i forbindelse med overføring av rettigheter som vil gjøre det unødige komplisert eller risikofylt for potensielle erververe å satse på prosjekter eller produksjoner som forutsetter overføring av rettigheter. Et sentralt aspekt ved dette – bevis- og tolkningsreglene i forbindelse med eventuell tvist om rettighetsovergang – er berørt i vedlagte notat fra advokat Vidar Strømme.

2. Til § 1-1 – Lovens formål (ny)

Den generelle mangelen på avveining mellom rettighetshavernes interesser og viktige samfunnshensyn som vi har beskrevet i punkt 1, lar seg til en viss grad rette opp ved en justering av lovutkastet forslag til ny formålsbestemmelse. Særlig punkt 3 i oppstillingen er noe underlig formulert og de samfunnsmessige interessene, som kommer helt til slutt i punktet, blir nærmest presset frem. Vi mener det ville være mer naturlig å slå fast med litt bredere penn at opphavsretten alltid må avveies mot samfunnsmessige hensyn.

Det kan skje ved en klar henvisning til de viktigste reelle mothensynene, og følgende formulering i punkt 3:

”avveie og balansere rettighetshavernes interesser mot hensynet til vesentlige samfunnsinteresser som informasjonsfrihet og ytringsfrihet.”

3. Til § 2-2, 3. ledd (nytt punkt) – ulovlig tilgjengeliggjort materiale

I likhet med enkelte andre høringsinstanser er også Norsk Redaktørforening svært skeptiske til at det skal innføres nye straffebestemmelser på et område med et så klart sivilrettslig preg som opphavsrettsområdet. Opphavsretten handler om å sikre økonomiske rettigheter for opphavsmennene. Da er straff en unaturlig vei å gå. Vi minner om at blant andre Straffelovkommisjonen (NOU 2002:4) generelt har advart mot å kriminalisere nye typer forhold eller handlinger. Dette vil åpenbart gjøre seg særlig gjeldende på områder preget av økonomiske mellomværender mellom til dels profesjonelle aktører. Samfunnshensynene som taler mot en ny straffebestemmelse er i dette tilfellet flere. Vilkårighet og manglende forutsigbarhet er åpenbare svakheter ved den foreslåtte bestemmelsen, dersom man ser lovtekst og spesialmerknader under ett. Det vil gi en rettstilstand hvor store deler av befolkningen, kanskje særlig mange unge, i praksis vil være lovbrutere – uten at de vet det og uten at noen reagerer. Slikt skaper ikke bærekraftig lovgivning med respekt og forståelse hos folk flest.

For vår del vil vi – naturlig nok – særlig fremheve hensynet til den frie informasjonsformidling. Vi mener det er åpenbart at det innenfor de rammer som trekkes opp i forslaget legges til rette for å strafferamme publisering som parallelt vil nyte beskyttelse av Grunnlovens § 100 og EMK artikkel 10. Vi mener forslaget er ett av flere eksempler i høringsnotatet på at forslag preget av gode intensjoner tilsynelatende ikke er vurdert opp mot sentrale overordnede prinsipper.

Dersom man velger å holde fast ved dette punktet i lovforslaget, mener vi det er nødvendig å gjøre spesifikke unntak for journalistisk virksomhet, på samme måte som det er gjort for eksempel i personopplysningslovens § 7.

4. Til 2-12 – Åndsverk som ikke har opphavsrettslig vern (nåværende § 9)

I likhet med flere andre høringsinstanser mener Norsk Redaktørforening det er unaturlig å avgrense virkeområdet for dette unntaket slik departementet tilsynelatende gjør når man ser lovteksten og forarbeidene i sammenheng. Lovteksten stiller opp ”gjelder offentlig myndighetsutøvelse” som kriterium. Av forarbeidene, punkt 3.12 fremgår det at ”For å falle inn

under bestemmelsen må det være tale om dokument avgitt av utvalg/råd som er oppnevnt av det offentlige, eller det må være utgitt av det offentlige. Det kreves altså enten offentlig oppnevning eller offentlig utgivelse.”

De hensyn som ikke nevnes i høringsnotatet, men som kunne vært naturlige å vurdere i tilknytning til dokumenter i tjenesteytende funksjon, kan ikke settes inn i en opphavsrettslig sammenheng, men må snarere vurderes ut fra av hva det offentlige skal gi innsyn i av dokumenter og hva som eventuelt kan eller må unntas av ulike hensyn, slik disse reglene fremkommer primært i offentleglova og forvaltningsloven. Vi viser til forslaget fra Pressens Offentlighetsutvalg til et alternativt andre ledd i § 2-12, et forslag som vi mener kan løse dette problemet:

”Det samme gjelder forslag, utredninger, uttalelser og annet materiale utarbeidet av eller på vegne av offentlig myndighet, offentlig oppnevnt råd eller utvalg, eller utgitt av det offentlige.”

5. Til § 4-22 – Sitatbestemmelsen (nåværende § 22)

Åndsverklovens §22 har i dag følgende ordlyd:

«Det er tillatt å sitere fra et offentliggjort verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger.»

Det er ikke foreslått endringer i lovteksten, som videreføres i utkastets §4-22.

NR stiller spørsmål ved om det er hensiktsmessig å la ordlyden i en så sentral bestemmelse forbli så vidt uklar som den er, og om den gjeldende (og foreslåtte) lovteksten, sammenholdt med forarbeidene, gir et reelt og korrekt uttrykk for hva som faktisk er rettstilstanden på området. Vi mener at det også her må tydeliggjøres at sitatrettens omfang må tolkes i lys av Grunnlovens § 100 og den internasjonale rettsutviklingen i lys av EMK artikkel 10.

Etter NRs syn bør kriteriet «allmenn interesse» tas inn i teksten i den nye § 4-22. Dette for å illustrere at det er nettopp hensynet til den allmenne interesse som er bakgrunnen og begrunnelsen for en omfattende adgang til å sitere fra andres åndsverk. En slik endring vil også anskueliggjøre den sentrale avveiningen mellom ulike interesser og at avgrensninger i sitatretten ikke kan innrettes slik at de hindrer offentlig debatt eller formidling av informasjon av allmenn interesse. Nøyaktig hvordan dette bør formuleres fremmer vi ikke forslag om nå, men det kan skje på flere måter.

Dernest stiller vi spørsmål ved den avgrensning som spesialmerkene legger opp til hva gjelder enkelte typer åndsverk. Departementet skriver:

«Selv om sitatretten gjelder for alle typer verk, er retten til å sitere derfor snevrere for verk som er særlig sårbare for gjengivelse uten samtykke. Som for eksempel kunstverk, fotografiske, verk og musikk som brukes til illustrative formål og lignende.»

Vi savner en forklaring på hvordan dette skal forstås i en rettslig standard – slik departementet selv beskriver § 4-22 – når man i neste setning viser til Grunnlovens § 100 og EMK artikkel 10. Det gir et noe forvirrende bilde.

Vi stiller også spørsmål ved om kriteriet ”offentliggjort” bør være formulert så absolutt som i dagens lovtekst. Dersom den allmenne interessen er sterk nok vil det etter vårt syn være berettiget å sitere også fra et ikke offentliggjort åndsverk. Et tenkt eksempel: Si at statsministeren skriver på et bokmanus hvor hun avslører forhold av stor interesse for det politiske liv. Vil det da være lovstridig, ut fra opphavsretten, å sitere fra manuskriptet dersom man fikk tilgang til det? Eller en redaksjon får tilgang til et ikke offentliggjort filmklipp som viser

eller dokumenterer lovstridig eller kritikkverdig virksomhet av for eksempel representanter for en offentlig myndighet. Skal man da – med henvisning til åndsverkloven – unnlate å publisere utdrag fra en slik film? Vi mener det fremstår som urimelig.

6. Til § 4-23 – Gjengivelse av kunstverk og gjengivelse av verk i kritiske og vitenskapelig fremstilling og biografier (nåværende § 23)

Høringsnotatet foreslår å videreføre den gjeldende lovteksten. Etter NRs syn er det uheldig, all den tid dagens lovtekst er vanskelig tilgjengelig og dels utdatert med hensyn til så vel teknologi som rettsutvikling.

Også her burde hensynet til informasjons- og ytringsfriheten vært brakt inn for å gi den korrekte rammen rundt de avgrensninger som foretas. Dertil bør begrepet «allmenn interesse» legges inn, i det minste som erstatning for det mer vanskelig tilgjengelige «kritisk eller vitenskapelig fremstilling av allmennopplysende karakter».

Dertil stiller vi spørsmål ved hvorvidt det er gjennomtenkt at «skrift av biografisk innhold» uten videre skal ha en mer forbeholdsløs adgang til gjengivelse av «offentliggjort personbilde» enn for eksempel journalistisk innhold av stor allmenn interesse, men som ikke er biografisk. Det fremstår som ulogisk.

7. Til § 4-25 – Gjengivelse av verk plassert i det offentlige rom (gjeldende §24, andre ledd)

NR støtter forslaget om å utvide denne paragrafen til å gjelde alle typer verk. Samtidig støtter vi også forslaget fra Pressens Offentlighetsutvalg om bytte ut begrepet «satt opp» med «plassert». Det er naturlig sett i lys av utvidelsen av virkeområdet.

8. Til § 4-26 og § 4-27 – Gjengivelse av verk ved reportasje om dagshending og tilfeldig og underordnet bruk av et verk (någjeldende §23a og §25)

Etter NRs syn bør §4-26 utformes helt annerledes enn det som foreslås i departementets høringsnotat. Forslaget, slik det er formulert, kan innebære en reell innskrenkning de journalistiske mediens adgang til å dokumentere og illustrere saker av allmenn interesse, sammenlignet med dagens rettstilstand.

For det første stilles det nå opp et "nødvendighetskrav" for å kunne gjengi åndsverk som inngår i en "dagshending" (§ 4-26, første ledd – nåværende § 25, første ledd, 1. setning). Det mener vi er å gå i feil retning, og i strid med allmenne prinsipper for den frie nyhetsformidling. Vi mener det er åpenbart at åndsverk som inngår i en hendelse av allmenn interesse må kunne gjengis på vanlige journalistiske vilkår, i tråd med de allmenne prinsipper for informasjons- og ytringsfrihet vi har vist til flere andre steder i vår høringsuttalelse. Det innebærer blant annet at det må være anledning til å publisere verk i forbindelse med anmeldelser, debatter, oversiktsartikler osv, selv om disse ikke gjelder en "dagshending" og selv om det ikke er "nødvendig". Det siste er for øvrig både et svært strengt og svært vanskelig kriterium å vurdere.

For det andre skjerpes kravene ved såkalt tvangslisens for offentliggjort verk eller fotografisk verk som *ikke* inngår som en del av "dagshending". I dagens §23a stilles det ikke andre krav enn at det skal gjelde «...ved omtale av dagshending». I forslaget til ny § 4-26, andre ledd stilles det krav om at verket "belyser dagshendingen". Også det vil være et vanskelig kriterium å vurdere, og i realiteten en innstramning av adgangen til bruk av slike verk, sammenlignet med dagens bestemmelse. Det går NR sterkt i mot. I stedet burde bestemmelsen om tvangslisens for (primært) fotografiske verk omformes, slik at alle verk som gjelder forhold av allmenn interesse, kan gjengis mot vederlag – så sant de ikke er skapt av profesjonelle aktører med sikte på gjengivelse i profesjonelle medier. Det innebærer også utvidelse av virkeområdet til å gjelde filmklipp. Generelt bør altså kriteriet "dagshending" erstattes av "allmenn interesse". Mange verk i denne kategorien vil være knyttet til forhold og begivenheter av stor allmenn interesse, selv om ikke kriteriet "dagshending" er oppfylt.

Vi mener også det bør vurderes å innføre et nytt avgrensningskriterium i forhold til det profesjonelle aktørene, og rett og slett bruke begrepet «profesjonelle» heller enn «...henblikk på gjengivelse i media».

Når det gjelder § 4-27 vil vi – i likhet med blant andre Pressens Offentlighetsutvalg og NRK – gå inn for at kriteriet «annet verk» tas ut.

9. Til §4-28 og §4-29 – Offentlige forhandlinger og dokumentinnsyn (gjeldende §§26-27)

De foreslåtte paragrafene er, med et par språklige unntak og bortsett fra en viss omredigering av gjeldende § 28, identiske med dagens bestemmelser. Vi mener departementet burde benyttet anledning til å rydde og forenkle noe mer i paragrafer som fremstår som kompliserte.

Vi mener det ikke vil stå seg mot de vanlige ytringsfrihetsprinsippene at et møte *både* må være åpent for publikum og samtidig behandle «allmenne spørsmål» for at det skal være anledning til fritt å tilgjengeliggjøre «forhandlingene». Vilårene er kumulative. Å foreta en vurdering av hva som er «allmenne spørsmål» og ikke er uansett vanskelig og vil trolig ikke ha noen praktisk betydning. Det at et møte er åpent indikerer i seg selv at det er «allmenne spørsmål» som står på dagsorden.

Vi mener det bør være tilstrekkelig at møtet er åpent, alternativt at møtet er lukket, men at det behandler spørsmål av «allmenn interesse». Dette kan løses ved en kombinasjon av et nytt første ledd, samt andre del av det forslag NRK har fremmet. I så fall blir lovteksten slik:

Forhandlinger i offentlige forsamlinger, styrer, råd og lignende, i møter av valgte offentlige myndigheter, i rettssaker og andre møter som er åpne eller som behandler spørsmål av allmenn interesse, kan, med de begrensninger som følger av § 4-30, enhver gjøre tilgjengelig for allmennheten uten samtykke av opphaveren. Tilsvarende gjelder for øvrige forhandlinger og møter der dette er berettiget utfra en avveining av de hensyn som begrunner ytrings- og informasjonsfrihet. En opphaver har likevel enerett til å utgi samlinger av sine egne innlegg."

Subsidiært støtter vi NRKs forslag til formulering i sin helhet.

Vi støtter for øvrig videreføringen av lovteksten i § 4-29, som vi mener ganske presist gir uttrykk for det som er og bør være rettstilstanden.

10. Til § 4-30 – Begrensninger i bruk av dokumenter som gjengis etter §§ 4-28 og 4-29

Videre mener vi at kriteriet i § 4-30, andre ledd bør mykes opp noe. «Nødvendig for omtale av forhandlingene...» er etter vårt syn et alt for strengt kriterium. I stedet bør andre ledd formuleres for eksempel slik:

Det kan likevel siteres fra slike dokumenter, i forbindelse med omtale av forhandlinger eller av sak dokumentet er av betydning for, selv om verket ikke har vært offentliggjort.

Selv om det finnes få utslag av dette i rettspraksis, mener vi det er helt urimelig at det både skal henvises til «god skikk», deretter til at det er «nødvendig» å sitere fra dokumentet, på toppen av at det i bakkant av dette slås fast at dokumentet må ha «betydning» for saken. Dette er unødvendig strengt og dessuten ikke spesielt pedagogisk eller språklig tydelig.

Subsidiært støtter vi NRKs forslag til formulering på dette punkt.

Vi mener ellers – som enkelte andre høringsinstanser – at overskriften på paragrafen bør endres, slik at det er «videre bruk» som er temaet og ikke «begrensninger»

11. Til §5-1 - Alminnelige bestemmelser om opphavsrettens overgang (§39 og §39a)

NR er skeptiske til de svært spesielle bevis- og tolkningsreglene som foreslås innført og som innebærer at erververen vil ha bevisbyrden for at overdragelse har funnet sted, og at enhver tvil skal komme opphaveren til gode.

Vi viser til vedlagte notat fra advokat Vidar Strømme.

12. Til §6-1 – Retten til eget bilde (gjeldende § 45c)

Nåværende lovs § 45c er i realiteten en personvernbestemmelse, den skal verne mot såkalte fotokrenkelser, og er i prinsippet feilplassert.

Bestemmelsen er dessuten – sett opp mot rettsutviklingen hva gjelder privatlivets fred og forholdet til ytringsfriheten – neppe dekkende for gjeldende rett. Blant annet er det ingen forutsetninger i åvl § 45c om at det foreligger noen form for krenkelse, slik det er etter rettstilstanden for privatlivs- og personvernkrænkelser for øvrig.

Prinsipalt mener NR at hele paragrafen kan kuttes, og at eventuelle konflikter knyttet til bruk av personbilder bør løses ut fra den alminnelige privatlivsvernbestemmelsen i straffelovens § 267.

Subsidiært mener vi at:

- Hele paragrafen bør flyttes til straffeloven og inngå som en del av eller i tillegg til privatlivsbestemmelsen i straffelovens § 267.
- Kriteriet «aktuell» utgår. Det er uansett tilstrekkelig med oppfyllelse av kriteriet «allmenn interesse» for at unntaket mot reserverasjonsretten skal slå inn.

Vi viser ellers til vedlagte notat fra advokat Vidar Strømme på dette punkt.

13. Til § 9-1 – Forbud mot inngrep (ny)

Med denne bestemmelsen vil departementet innføre en helt ny og særdeles vidtrekkende adgang til å drive reell forhåndssensur – etter vårt syn i strid med Grunnlovsforbudet mot nettopp slik sensur.

Departementet skriver i spesialmerknaden at

Bestemmelsen slår fast at den som har gjort inngrep i rettigheter etter loven ved dom kan forbys å gjenta handlingen. Med "inngrep" menes i denne sammenheng enhver krenkelse eller overtredelse av opphavsrett eller andre rettigheter eller plikter etter loven. Det er ikke noe vilkår at vedkommende har opptrådt forsettlig eller uaktsomt.

Derneft skriver departementet at forbudsdom også kan gjøre gjeldende

«...overfor den som har gjort vesentlige forberedelsestiltak med sikte på å utføre en handling som vil utgjøre inngrep. For det andre kan forbud nedlegges overfor den som på annen måte har opptrådt slik at det er særlig grunn til å frykte at vedkommende vil gjøre inngrep.

Det gir en helt usedvanlig vid ramme for å nedlegge forbud mot fremtidige potensielle krenkelser. Etter vårt syn er dette neppe i tråd med sensurforbudet i Grunnlovens § 100 og de kriteriene som ellers gjelder for midlertidige forføyninger på dette området. Bestemmelsen bør ikke innføres.

Subsidiært mener vi det er nødvendig å ta med et tillegg til den foreslåtte lovteksten, i tråd med det NRK har foreslått i sin høringsuttalelse:

"Bestemmelsen i denne paragrafen kan ikke gjøres gjeldende dersom det vil stride mot ytringsfriheten, herunder forbudet mot forhåndssensur. "

14. Til §9-2 – Straff (gjeldende § 54)

Vi mener tiden er overmoden med hensyn til å foreta en grundig vurdering av hvorvidt straff er et egnet middel til konfliktløsning på opphavsrettsområdet – et område med et så tydelig sivilrettslig preg. Vi minner om at ærekrenkelser nå er fjernet fra straffeloven og overført til skadeerstatningsloven. Det opphavsrettslige vernet har primært et økonomisk mål, og et så vidt klart sivilrettslig preg at det burde være både tilstrekkelig og mer naturlig å løse disse ved bruk av erstatning.

Vi minner igjen om Straffelovkommisjonens innstilling (NOU 2002:4) hvor det blant annet pekes på problemene knytte til straffebestemmelser i spesiallovgivningen.

I likhet med flere andre høringsinstanser foreslår vi derfor at denne bestemmelsen fjernes fra loven og at brudd på opphavsrettslovgivningen henvises til erstatning.

15. Til § 9-4 – Tiltak for å hindre inngrep (gjeldende § 56)

Dette er nok et eksempel på at departementet foreslår å innføre en bestemmelse som gir svært vide fullmakter til inngrep i sivile rettigheter, uten at det er gjennomført noen drøfting av de problematiske og prinsipielle sidene ved dette.

Vi mener en at også denne paragrafen er problematisk sett opp både det grunnlovsfestede sensurforbudet og ikke minst kildevernet. Sistnevnte er som kjent styrket de siste årene, gjennom flere Høyesterettskjennelser. Dette forbigår departementet i stillhet, hvilket mer enn indikerer at forslaget ikke er nøye gjennomtenkt.

Vi mener primært at bestemmelsen må sløyfes. Subsidiært støtter vi NRKs forslag om følgende tillegg:

"Pålegg om tiltak etter paragrafen her kan ikke gjøres gjeldende dersom det vil stride mot ytringsfriheten, herunder kildevernet og forbudet mot forhåndssensur. "

Oslo, 2016-09-01

Med vennlig hilsen
for Norsk Redaktørforening



Arne Jensen
generalsekretær

Norsk Redaktørforening
v/Generalsekretær Arne Jensen
Rådhusgaten 17
0158 OSLO

Oslo, 18. mai 2016
Dok.ref: 42336-500-4854038.1
Saksansvarlig advokat:
Vidar Strømme

FORSLAG TIL NY ÅNDSVERKLOV - § 5-1 OM NYE BEVIS- OG TOLKNINGSREGLER VED OVERDRAGELSE AV ÅNDSVERK, SAMT § 6-1 OM RETTE TIL EGET BILDE

Jeg er bedt om å se nærmere på to temaer i utkastet til ny Åndsverklov; de skjerpede tolknings- og beviskravene i § 5-1, og retten til eget bilde i § 6-1. Disse behandles i denne rekkefølge nedenfor.

1. TOLKNING OG BEVISBYRDE

1.1 innledning

Forslaget til ny åndsverklov inneholder en bestemmelse om at den som hevder å ha fått overdratt et åndsverk, har bevisbyrden for det. Regelen skal også oppfattes som en tolkningsregel i samme retning.

Den relevante delen av utkastets § 5-1 lyder slik:

"Erververen har bevisbyrden for at rett til å råde over åndsverk er overdratt. Ved tvil om tolkningen av et avtalevilkår om overdragelse av opphavsrett, skal vilkåret tolkes til fordel for opphaveren. Har opphaveren overdratt en begrenset rett til å råde over verket, har erververen ikke fått overført en mer omfattende rett."

Utkastet inneholder andre bestemmelser som det er naturlig å se i sammenheng med bestemmelsen, særlig § 5-3 om at det ikke er adgang til å gi avkall på rimelig vederlag (bestemmelsen om vederlag er "preseptorisk"), samt bestemmelsen i § 5-2 om at det ikke er adgang til å endre verk hvis det ikke er avtalt.

Jeg tar ikke nærmere stilling til om slike endringer er materielt ønskelige eller ei. Derimot er siktemålet å si noe om hvordan endringene rent juridisk fortøner seg i forhold til gjeldende rett – og ikke minst hvordan forslagene forholder seg til det man i alminnelighet forstår med bevisbyrderegler og tolkningsregler.

Mitt syn på dette er at forslagene går lenger enn regler om bevis og tolkning man har ellers i rettssystemet, og at konsekvensene trolig kan bli nokså store om domstolene ikke velger å fortolke

bestemmelsene innskrenkende. Jeg kan ikke se at forarbeidene har forklart hvorfor det er grunn til å oppstille slike prinsipper som synes å avvike fra det man ellers benytter i norsk rett.

1.2 Kort om dagens ordning – "spesialitetsprinsippet"

Også dagens rettstilstand stiller opphavsrettshaveren i en ganske gunstig situasjon, når det gjelder bevisvurderinger og tolkning av avtaler om overdragelse av rettigheter. Man viser gjerne til gjeldende lovs § 39 a) som forankring for et "spesialitetsprinsipp". Lovens tekst sier imidlertid ikke så mye. Det som bestemmes her er at:

"Har opphavsmannen overdratt rett til å bruke verket på en bestemt måte eller ved bestemte midler, har erververen ikke rett til å gjøre det på andre måter eller ved andre midler".

Bestemmelsen kan sies å inneholde en regel om at det som overdras må være *positivt angitt*, og det er for så vidt dette som ligger i et prinsipp om "spesialitet" – det overdratte må spesifiseres og derfor i en viss grad presiseres. Av dette følger muligens indirekte et tokningsprinsipp i opphavsrettshaverens favør; har man ikke kunnet spesifisere, har man heller ikke overdratt.

Det er imidlertid klart at lovgiver ikke mente å etablere noe prinsipp om tolkning eller bevisbyrde ut over dette, og alminnelige prinsipper som alltid har betydning ved fastlegging av avtaler; slik som at avtaler bør fortolkes i favør av den minst profesjonelle. Også ved faktiske bevissspørsmål er det i alminnelighet den mest profesjonelle som har risikoen. Om avtalen er forsvunnet, vil dette typisk gå ut over den som burde hatt gode arkivsystemer.

Da § 39 a) ble vedtatt, ble det i forarbeidene helt klart uttalt at man *ikke* ville stille opp regler om tolkning og bevisbyrde ut over det. I Ot.prp.nr.15 (1994-95) s 156 ble det uttalt at:

"Etter departementets oppfatning, er det her i landet ikke påvist forhold som tilsier at man bør gi særskilte tolkningsregler for overdragelser av opphavsrett utover dem som følger av gjeldende § 25 (videreført i de foreslåtte §§ 39 og 39 a). Vår retts vanlige bevisbyrderegler sammenholdt med utkastets § 39 og § 39 a antas å gi tilstrekkelige holdepunkter for med bakgrunn i opphavsrettens grunnleggende prinsipper og med praktisk kjennskap til forholdene, å finne frem til rimelige løsninger i det enkelte tilfelle. Departementet peker da også på at det foreløpige danske forslag heller ikke ble opprettholdt i det danske lovforslag."

Jeg kan ikke se at det i begrunnelsen for det nye forslaget er forklart hvilke nye "forhold" som tilsier at man nå skal gå til den motsatte ytterlighet.

1.3 Om det nye forslaget – begrunnelse og innhold

I departementets merknader til forslaget § 5-1 heter det på side 347 at bestemmelsens annet ledd (sitert ovenfor):

"...lovfester spesialitetsprinsippet som kommer til uttrykk i gjeldende § 39a. Prinsippet foreslås lovfestet både som et prinsipp om bevisbyrde og som et tolkningsprinsipp."

Når forarbeider bruker uttrykket "lovfeste", menes vanligvis en kodifisering av det som allerede er gjeldende rett. I dette tilfellet er det etter min mening intet grunnlag for å hevde at det allerede finnes slike prinsipper som departementet nå ønsker å nedfelle i lovs form. Det står heller ikke noe i forslagets generelle del om temaet fra side 236, om hvordan departementet har kommet til en slik

eventuell konklusjon. Etter min oppfatning er det liten tvil om at de foreslåtte prinsippene er rettslige nyvinninger, og dette burde da ha vært uttrykt klarere.

Forslaget inneholder heller ingen begrunnelse for *behovet* for slike regler, ut over det generelle ønsket om å beskytte interesser. Det er ikke sagt noe om hvorvidt det har skjedd en utvikling siden lovgiver forrige gang vurderte spørsmålet og kom til motsatt konklusjon, jf. pkt. 2 ovenfor, og det er heller ingen analyse av om de foreslåtte prinsippene er i tråd med bevisbyrderegler eller tolkningsprinsipper som ellers er oppstilt i vår rettssystem.

Det er heller ikke uttalt noe om hvilke virkninger forslaget vil få. Hva vil kostnadene være for de mediene som må gjennomgå kontrakter med sine leverandører på ny? Skal reglene også få virkning for allerede inngåtte avtaler, ved fremtidige endringer i teknologiplattformer?

Det savnes i det hele tatt en nærmere begrunnelse for forslaget.

På side 347 finnes noen bemerkninger om anvendelse av de foreslåtte prinsippene, som imidlertid ikke sier særlig mye mer enn loven selv. Før jeg i neste avsnitt sier litt om hvordan man vanligvis anvender slike prinsipper, nevner jeg kort hva som faktisk ligger i lovens ordlyd. Poenget med dette er å synliggjøre at de foreslåtte prinsippene går usedvanlig langt.

Et presumsjonsprinsipp kan sies å ha både en bevismessig side og en fortolkningsmessig side. Ved spørsmål om opphavsrett er overdradd eller ei, er det imidlertid uansett *avtalen* om dette som er *tema*. Det er i alminnelighet en flytende overgang mellom fortolkningsprinsipper og bevisregler, og når temaet er en *avtale* mellom to parter er det liten plass for bevisbyrderegler i tillegg til tolkningsregler. Man kan si at det er et faktisk spørsmål om partene hadde den felles intensjon å overdra en viss utnyttelse. For dette faktiske spørsmålet kan man tenke seg å bruke bevisbyrderegler. Men man kan også analysere en avtales ordlyd, og stille spørsmål ved om den gir *uttrykk* for slike intensjoner, som i så fall også binder.

Dersom man *kombinerer* en streng bevisbyrderegel med en streng tolkningsregel, vil det samlede resultatet – tatt på ordet – bli enda strengere. Enhver tvil om en avtales mening vil da falle ut i erververens disfavør, og dette vil vanskelig kunne gjenopprettes med argumenter om faktisk kontekst og bakgrunn mv slik man ellers kan gjøre i alminnelig avtalerett. Først skal det enkelte faktiske tolkningsmoment fastlegges i opphaverens favør, og dernest skal den samlede vurderingen også skje i hans favør.

Etter den foreslåtte teksten skal "tvil" medføre at avtalen tolkes til fordel for opphaveren. Det er ikke uttalt at tvilen må være kvalifisert på noe vis, for eksempel "*sterk*" tvil, "*absolutt tvil*" eller liknende. Etter ordlyden skal *enhver* tvil, stor eller liten, bringe bestemmelsen til anvendelse. Utkastet bestemmer også hva det endelige resultatet av tolkningen skal bli – nemlig "*til fordel for opphaveren*". Tvil ved tolkning eller bevisvurdering er i praksis ofte knyttet til enkeltelementer i et resonnement, som ikke alene er nok til å avgjøre resultatet. Det kan for eksempel være forskjellige passuser i en avtale som trekker i forskjellig retning, og hvor tvilen bare knytter seg til en av flere premisser for det endelige resultat. Etter utkastets ordlyd skal imidlertid resultatet determineres ved enhver tvil. Dessuten vil kravet til rimelig vederlag oppstå som en direkte konsekvens av at det ikke er anledning til å fraskrive seg et slikt krav.

Regelen, som bevisbyrde, vil nok bli oppfattet slik at den har samme anvendelsesområde – altså ved "tvil". Det gir liten mening å ha en tolkningsregel for "*tvil*", og en bevisregel for "*sterk tvil*", når temaet for vurderingene i realiteten er den samme.

En regel som gir den ene parten medhold i tvister i alle tilfeller hvor det er "tvil", må nærmest være uten sidestykke i norsk rett.

1.4 Kort om bevisbyrde og tolkningsprinsipper generelt

Ovenfor er det gitt uttrykk for at den foreslåtte bestemmelsen er i dårlig overensstemmelse med slike prinsipper, slik de ellers anvendes i rettssystemet.

For det første vil man i utgangspunktet være hjulpet av de alminnelige prinsippene som brukes når avtaler skal fastlegges. Departementet legger vekt på at opphaveren vil være en svakere part. Dels vil erververen ofte være mer profesjonell, være i besittelse av standardkontrakter og juridisk bistand mv, mens opphaveren ikke har slik oversikt og også av og til kan befinne seg i en form for tvangssituasjon hvor vilkår dikteres.

Dette er imidlertid ikke en uvanlig situasjon, og som nevnt i forarbeidene til forrige lovendring finnes alminnelige prinsipper for tolkning og bevisbedømmelse som er ment å avhjelpe dette. Den foreslåtte bestemmelsen skal altså virke *i tillegg til* slike alminnelige prinsipper.

Det er helt grunnleggende prinsipper i norsk rett at domstolene skal legge til grunn *det mest sannsynlige* etter en *fri bevisvurdering*. Dette er særlig basert på den grunnleggende premis at dette gir mest riktige dommer.¹

Dette er såpass gjennomført i norsk rett at hverken Tore Schei m fl i sin kommentar til tvisteloven, eller Strandberg i sin avhandling om beviskrav, har funnet eksempler på regler som de foreslåtte.²

Som nevnt finnes det en del alminnelige bevisbyrderegler i norsk sivil rett. Et eksempel er at spesielt inngripende eller infamerende resultater ikke bør konstateres hvis det er bevistvil. Slike prinsipper har etter vanlig oppfatning et nokså snevert anvendelsesområde; det er bare ved "*absolutt tvil*" at slike prinsipper bør være avgjørende. Det er alltid det mest sannsynlige som skal tilstrebes.³ Den foreslåtte regelen går etter sin ordlyd lengre enn dette.

I strafferetten oppstilles som kjent strengere krav til klar sannsynlighetsovervekt m.v., men selv i disse tilfellene skal ikke den "*teoretiske tvil*" ha betydning.⁴

Jeg nevner endelig at kravet til "fair trial" etter EMK artikkel 6, og særlig prinsippet om "*equality of arms*", setter grenser for hvilke beviskrav i den ene parts disfavør som kan oppstilles.

1.5 Avslutning, tolkning og bevis

Oppsummert er den foreslåtte bestemmelsen særegen i norsk rett. Bestemmelsen er i tillegg svært vidtgående, og kombinerer en tolkningsregel med en bevisbyrderegel om det samme. Bestemmelsen vil, tatt på ordet, medføre at erververen nærmest alltid vil tape saker ved den minste uklarhet, selv om en fri bevisvurdering ville ledet til et annet resultat.

¹ Magne Strandberg, Beviskrav i sivile saker, side 88.

² Se Strandberg side 324 med videre henvisninger

³ Se Strandberg side 299 med videre henvisninger

⁴ Om generelle synspunkter vises til Schei m.f.. Kommentartutgave til Tvisteloven, 2013 s 777 flg.

Lovgiver har tidligere vurdert akkurat det samme spørsmål, og har kommet til at det ikke var grunner til å innføre slike regler. Departementet har ikke i sitt nye forslag oppgitt noen grunner til at dette skulle være annerledes i dag.

2. RETTEN TIL EGET BILDE – FORSLAGETS § 6-1

2.1 Departementets forslag

Departementets forslag til ny § 6-1 er en ren videreføring av dagens § 45 c) uten endringer.

Dette er også uttrykkelig uttalt i forslaget, og det fremkommer ikke om det har vært vurdert å foreta endringer eller korrigeringer.

Forslaget til bestemmelse er slik;

"Fotografi som avbilder en person kan ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede, unntatt når:

- a) avbildningen har aktuell og allmenn interesse,*
- b) avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet,*
- c) bildet gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller forhold eller hendelser som har allmenn interesse,*
- d) eksemplarer av avbildningen på vanlig måte vises som reklame for fotografens virksomhet og den avbildede ikke nedlegger forbud, eller*
- e) bildet brukes som omhandlet i § 4-23 tredje ledd eller § 4-29 andre ledd.*

Vernet gjelder i den avbildedes levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår."

Enkeltreglene har noe forskjellig karakter. B) fremstår nærmest som en avgrensning av bestemmelsens virkeområde. A) er i realiteten en bestemmelse om privatlivets fred, hvilket også c) er - bare anvendt på flere personer. Forholdet mellom a) og c) synes også å innebære at flere personer kan avbildes dersom avbildningen er av allmenn interesse, mens det for å avbilde enkeltpersoner kreves både aktuell og allmenn interesse. D) har en side til markedsføringsrett.

I det følgende er det særlig endringene i vernet av privatlivets fred som kommenteres.

2.2 Endringene i vernet av privatlivets fred

Nye regler om injurier og krenkelse av privatlivets fred trådte i kraft høsten 2015. Bestemmelsen om injurier er nå å finne i skadeserstatningsloven § 3-6 a). Privatlivets fred er regulert i § 3-6 og straffeloven § 267.

Disse regelsettene er nært knyttet til artikkel 8 og artikkel 10 i den Europeiske Menneskerettskonvensjon. Etter menneskerettsloven av 1999 har konvensjonen direkte anvendelse i norsk rett, og norske domstoler skal dessuten anvende samme metode som EMD. Samtidig er det slik at EMK er hva EMD kaller "*a living instrument*"; det skjer en dynamisk utvikling. Norske domstoler skal ikke forsøke å foregripe en slik dynamisk utvikling, men skal lojalt følge opp den utvikling som skjer.

Når det gjelder vernet av privatlivets fred har utviklingen vært betydelig. Dette gjelder både norsk intern rett, og utviklingen ved EMD.

Hovedinnholdet i den foreslåtte regelen har på den annen side stått uforandret fra ikrafttreddelsen av fotografilovens § 15 i 1960, og det er bemerkelsesverdig at dette ikke engang er kommentert i forslaget.

Endringene er så omfattende at det ikke er gjørlig å beskrive dem her. Et hovedtrekk er at det i dag må foretas det som kalles en "rettstridsvurdering", som i praksis er en avveining mellom vernet av ytringsfriheten i artikkel 10 og vernet av privatliv i artikkel 8. Måten denne avveiningen skjer på, har variert over tid. I dag har man en modell utkrystallisert særlig gjennom EMDs dommer i sakene om prinsesse Caroline, og forlaget Springer. Den norske høyesterettsavgjørelsen i "bryllupfotosaken" om Lillo Stenberg og Sæther er også sentral.

For en nærmere gjennomgang av disse prinsippene vises særlig til Ellen Lexerød Hovlids bok "*Vern av privatlivets fred*", fra 2015. En kortere gjennomgang er foretatt av undertegnede i en artikkel om temaet i festskrift til Tore Schei, "Rettsavklaring og rettsutvikling".

Det kan imidlertid ikke være tvilsomt at vilkårene i forslaget ikke avspeiler rettstilstanden på en korrekt måte. Når rettskildene sammenholdes er det en *ukorrekt* angivelse å si at man ikke kan publisere et bilde dersom det ikke har "*aktuell og allmenn interesse*". Kravet til aktualitet kan neppe oppstilles overhodet, i hvert fall ikke som generell regel. Og hva som er tilstrekkelig allmenn interesse kan ikke angis løsrevet. De øvrige vilkårene fremstår som finmaskede enkeltregler og unntak, mens den modell som foreskrives av EMD er en bred avveining.

Det avspeiles av at Høyesterett heller ikke har funnet anvendelse for gjeldende § 45 c), i saker om privatlivets fred. Fra nyere tid vises til Rt. 2015 side 1467, hvor Høyesterett benytter EMK som rettesnor, ikke 45 c). I Rt. 2009 side 265 var § 45 c) anført, slik at Høyesterett måtte si noe om bestemmelsen. Det fremgår av avsnitt 38 følgende at de avgjørende bestemmelser var artiklene i EMK, og at § 45 c) reelt ikke hadde betydning.

Forslaget til § 6-1 vil altså ikke være en dekkende angivelse av gjeldende rett. Det må selvsagt sies å være uheldig. Selv om bestemmelsen vil bli tolket innskrenkende (eller utvidende) er det også fra et informasjonsperspektiv uheldig at borgerne villedes.

2.3 Mulige endringer

Det kan spørres om det er behov for bestemmelsen i det hele tatt. I hvert fall gjelder det de delene av bestemmelsen som verner privatlivets fred. Reglene om privatlivets fred har nylig vært revidert, og lovgiver har gjennom dette hatt anledning til å gjøre de endringer som var nødvendige.

Dersom det likevel er ønskelig å ha denne typen bestemmelser i en ny lov, er det en særlig utfordring å utforme lovteksten slik at den ikke etter kort tid kommer i konflikt med den dynamiske utviklingen som skjer ved EMD.

Den metoden som ble benyttet ved utforming av ny § 3-6 a), kan muligens her være en mal. Der sto man overfor den tilsvarende utfordring å utforme en norsk lov, som samtidig knyttet an til de menneskerettighetene som reelt var bestemmende. Av forarbeidene fremgår det at det var hensynet til en fleksibilitet som medførte en slik generell reservasjon i injurireglene:

"En ærekrenkende ytring medfører ikke ansvar etter første ledd dersom den anses berettiget etter en avveining av de hensyn som begrunner ytringsfrihet."

Basert på en tilsvarende tankegang kunne en mulighet være å slå sammen forslaget a) og c) med slike endringer:

"Fotografi som avbilder en person kan ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede, unntatt når:

- a) avbildningen har allmenn interesse, eller en avbildning ellers anses berettiget etter en avveining av de hensyn som begrunner ytringsfrihet,*
- b) avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet,*
- c) eksemplar av avbildningen på vanlig måte vises som reklame for fotografens virksomhet og den avbildede ikke nedlegger forbud, eller*
- d) bildet brukes som omhandlet i § 4-23 tredje ledd eller § 4-29 andre ledd.*

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS

Vidar Strømme
Advokat