

# Bagatelmessige krenkelser av opphavsrett

*Vilkårene for unntak fra opphaverens rettigheter fordi krenkelsen er bagatelmessig.*

—

**Nikolai Schirmer**

*Masteroppgave i Rettsvitenskap*

*mai 2017*



# Innholdsfortegnelse

1	Innledning .....	4
2	Rettskilder og metode .....	5
2.1	Vanlig juridisk metode .....	5
2.2	Rettskildene .....	7
2.2.1	Åndsverkloven som utgangspunkt .....	7
2.2.2	Det nordiske lovsamarbeidet.....	7
2.2.3	Legalitetsprinsippet i opphavsretten .....	9
2.2.4	EU-retten .....	11
2.2.5	Folkerettslige forpliktelser .....	11
2.2.6	Kulturdepartementets forslag til ny åndsverklov .....	12
3	Opphavsrettens begrunnelse - behovet for unntak .....	14
3.1	Innledning.....	14
3.2	Eneretten.....	14
3.3	Enerettens opphav .....	15
3.4	Belønningshensynet.....	16
3.5	Det samfunnsøkonomiske hensynet .....	17
3.6	Hensynet til ytringsfrihet.....	18
3.7	Begrunnelsen for unntakene fra opphaverens rettigheter .....	19
3.7.1	Generelt.....	19
3.7.2	De minimis non curat lex .....	19
4	De minimis-prinsippet og åndsverkloven kapittel 2 .....	21
4.1	Innledning.....	21
5	Åndsverkloven § 23a andre ledd.....	22
5.1	Generelt .....	22
5.2	Åndsverkene som omfattes av åvl. § 23a andre ledd .....	22
5.3	Betydningen av mediet åndsverket medtas i .....	28
5.4	Åndsverket må være utgitt eller overdratt .....	30
5.5	Verkets rolle i sammenhengen .....	33
5.6	Forbudet mot bildekrydder .....	36
5.7	Gjentatt bruk av verk .....	37
5.8	Den strafferettslige vurderingen .....	38
5.9	Konklusjon .....	40
6	Åndsverkloven § 24 andre ledd.....	41

6.1	Generelt .....	41
6.2	Avbildningen og verket .....	42
6.3	Hovedmotivet .....	44
6.4	Ervervsmessig .....	46
6.5	Indirekte- og direkte ervervsmessig bruk .....	47
6.6	Indirekte ervervsmessig bruk av avbildning i arbeidsmiljø .....	49
6.7	Momenter for å bedømme om indirekte ervervsmessig bruk i arbeidsmiljø er bagatellmessig .....	51
6.7.1	Verkets plassering .....	51
6.7.2	Kumulative krenkelser .....	52
6.7.3	Konklusjon – indirekte ervervsmessig bruk i arbeidsmiljø .....	55
6.8	Indirekte ervervsmessig bruk av avbildning i reklame.....	56
6.9	Direkte ervervsmessig bruk .....	59
6.10	Momenter i bagatellmessighetsvurdering ved direkte ervervsmessig bruk .....	60
6.11	Konklusjon – ervervsmessig bruk .....	62
6.12	Den strafferettslige vurderingen .....	63
6.13	Konklusjon – åvl. § 24 andre ledd.....	63
7	Åndsverkloven § 25 første ledd .....	64
7.1	Generelt .....	64
7.1.1	Inngangsvilkår.....	64
7.1.2	Åndsverket og formen for kringkasting .....	64
7.1.3	Dagshending.....	65
7.2	Åndsverkloven § 25 første ledd første punktum .....	67
7.2.1	Generelt.....	67
7.2.2	Bagatellmessighetsvilkåret.....	67
7.2.3	Momentene i bagatellmessighetsvurderingen .....	68
7.2.4	Konklusjon .....	70
7.3	Åndsverkloven § 25 første ledd andre punktum.....	70
7.3.1	Generelt.....	70
7.3.2	Bagatellmessighetsvurderingen .....	71
7.3.3	Konklusjon .....	71
8	Åndsverkloven § 3 tredje ledd .....	72
8.1	Unntak fra de ideelle rettighetene i åvl. § 3.....	72
8.2	Unntak fra navngivelsesrettens uavhengelighet .....	72
8.3	Unntak fra respektrettens uavhengelighet .....	75

9	Avsluttende bemerkninger .....	78
	Referanseliste .....	80

## Figurliste

Figur 1 – ”Barack Obama: A mosaic of people” av Charis Tsevis.....	40
Figur 2 – Krenkelse ved indirekte ervervsmessig bruk.....	49



# 1 Innledning

En gutt vandrer ned en travel gate og plystrer en poplåt som kom på radioen uka før. Menneskene rundt ham hører melodien mens de går til sine gjøremål. Kanskje nynner de med, uvitende om at dette utgjør en krenkelse av komponistens enerett til fremføring av sitt verk såfremt åndsverkloven (heretter åvl.) § 2 tredje ledd bokstav c tolkes i henhold til sin ordlyd. Bryter gutten loven, eller bør slike bagatellmessige krenkelser sees bort fra?

De *minimis non curat lex* er latin for at retten ikke bryr seg om bagateller. De *minimis*-prinsippet er ikke mye omtalt i norsk rett, men brukes på flere rettsområder i skandinavisk, EU-rettslig og amerikansk rett.<sup>1</sup>

Oppgaven vil undersøke hvilke unntaksregler i opphavsretten som gjør at noe som i utgangspunktet utgjør en krenkelse av opphaverens rettigheter blir sett bort fra fordi det er bagatellmessig. Det er imidlertid ingen enkel oppgave å trekke en grense mellom hva som kan anses som bagatellmessig eller ikke. Enda vanskeligere er det å avgjøre i hvilke tilfeller det kan tillegges rettsvirkninger at en krenkelse er bagatellmessig.

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er derfor: hva er vilkårene for at det skal gjøres unntak fra opphaverens rettigheter fordi den aktuelle bruken må anses som bagatellmessig? Oppgaven vil i sin hoveddel ta utgangspunkt i gjeldende rett, og redegjøre for denne med vanlig juridisk metode.

Opphaverens enerett er hjemlet i åvl. § 2. De ideelle rettighetene er hjemlet i åvl. § 3. Oppgaven avgrenses til disse rettighetene. Den avgrenses videre mot unntak fra opphaverens enerett hvor åndsverkloven ikke er primært rettslig grunnlag. Som alle lovfestede rettsregler bygger disse lovfestede rettighetene på en rekke hensyn som den søker å ivareta. For å sette dem til side på ulovfestet grunnlag må det finnes motveiende hensyn som også gjøre seg gjeldende i opphavsretten og i konkrete tilfeller veier tyngre enn hensynene bak rettighetene i åvl. §§ 2 og 3. Den andre siden av dette er at det kan finnes situasjoner, lik vår plystrende gutt, hvor hensynene bak eneretten ikke gjør seg sterkt gjeldende. For å vurdere eventuelle unntaksregler må man derfor først kjenne godt til de hensynene som ligger til grunn for

---

<sup>1</sup> For eksempel EU rettens vurdering av hva som er en bagatellmessig støtte til et foretak, eller vurdering om hva som er bagatellmessig bruk av et musikkverk i et annet fra USA: *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 230 F. Supp. 2d 830 (M.D. Tenn. 2002).

eneretten. Dette skal jeg komme tilbake til i punkt 3 nedenfor, etter en gjennomgang av rettskilder og spesiell metode som gjelder denne problemstillingen.

## 2 Rettskilder og metode

### 2.1 Vanlig juridisk metode

Oppgaven vil bli løst med vanlig juridisk metode, altså metoden Høyesterett bruker for å slå fast gjeldende rett.<sup>2</sup> Det forutsettes at leseren har kjennskap til denne metoden generelt.

Temaet for oppgaven er det ulovfestede de minimis-prinsippet som ikke tidligere er omtalt i norsk rettspraksis, og kun nevnt flyktig i juridisk teori.<sup>3</sup> Problemstillingen løses i stor grad ved å avveie de grunnleggende hensynene i opphavsretten mot hverandre for å komme fram til gjeldende rett. Sånn sett er metodebruken, om ikke spesiell, hvert fall moderne.

Oppgavens metode er et godt stykke unna den tradisjonelle positivistiske rettsrealistiske tankegangen om at man skal slå fast gjeldende rett – de lege lata – basert på lovtekst, forarbeider, traktater, og allerede foreliggende praksis.<sup>4</sup> Dette metodiske perspektivet holder at rettskildefaktorer som ikke er positiverte, altså ikke nedfelt i juridisk autoritativ tekst, bare kan brukes i den grad Høyesterett allerede har gjort det, ikke slik de kan tenkes å gjøre det.<sup>5</sup> Greit nok er retten dynamisk, men ifølge den positivistiske rettsrealismen er det ikke opp til rettsvitenskapsmannen å være drivkraften i denne dynamikken.

Utgangspunktet for problemstillingen i denne oppgaven er jo nettopp at retten burde være på et annet vis enn det som umiddelbart fremkommer av de positiverte rettskildefaktorene som dekker temaet. Istedenfor å støtte seg på motstridende praksis og forarbeider bygger argumentasjonen i oppgaven i stor grad på de bakenforliggende hensyn disse rettskildefaktorene søker å ivareta. De minimis-prinsippet stiller som premiss at resultatet ikke kan være godt dersom det medfører at det ikke gjøres unntak for en bagatellmessig

---

<sup>2</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 21.

<sup>3</sup> Rognstad nevner at prinsippet bør kunne påberopes uten å utdype det materielle innholdet. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 149.

<sup>4</sup> Jan Fridthjof Bernt, ”Den dynamiske dimensjonen i rettsvitenskapen” i Nybrott og Odling - Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002 s. 259-272 (på s. 261).

<sup>5</sup> Det Eckhoff kaller reelle hensyn.

krenkelse. Å bruke resultatets godhet i juridisk argumentasjon er ikke i seg selv radikalt.<sup>6</sup> Å definere det gode resultat uten støtte fra rettspraksis bærer imidlertid klart preg av det som i den positivistiske rettsrealistiske tradisjon blir betegnet som en de lege ferenda vurdering – hvordan retten bør være.

Kan man egentlig så enkelt skille mellom de lege lata- og de lege ferenda vurderinger? Jan Fridthjof Bernt har formulert problemstillingen slik:

*”Er det dynamiske element i retten bare tema for rettsvitenskapen når det har manifestert seg og fått gjennomslag i praksis? Eller kan en fremstilling av «gjeldende rett» prøve å forskuttere -ja til og med utvirke -en slik utvikling ved å integrere drøftelser av resultatets godhet i de rettsdogmatiske resonnementene, uten dermed å bli anklaget for å være «uvitenskapelig» eller «subjektiv»?<sup>7</sup>”*

Grunnen til at man i det hele tatt ser til Høyesteretts tidligere resonnementer er jo nettopp på grunn av deres prejudikatverdi – dersom Høyesterett har lagt avgjørende vekt på et bestemt hensyn, for eksempel hensynet til likebehandling i konkurs, i en sak må man kunne anta at de gjør det også i den neste. Men viktigst; har Høyesterett lagt til avgjørende vekt på slike ikke-positiverte rettskildefaktorer generelt i en sak, må man anta at de fortsette med det i fremtidige saker. Det vil si også der Høyesterett ikke tidligere har benyttet seg av det bestemte hensynet man trekker inn i argumentasjonen.

Dersom man i rettsvitenskapen ikke legger vekt på resultatets godhet i den rettsdogmatiske drøftelsen, også der det ikke tidligere finnes praksis for det, vil man derfor i realiteten benytte et snevrere omfang rettskilder enn det Høyesterett gjør.

Når det er sagt, er *premisstilfanget* til oppgavens argumentasjonen til syvende og sist de tradisjonelle skrevne rettskilder særlig forarbeider og litteratur. De hensynene som her veies opp mot hverandre er ikke hentet ut av noe flytende og upresist som for eksempel tidsånden, men finnes klart uttrykt i opphavsrettens forarbeider, lovtekst og det internasjonale avtaleverk som regulerer rettsområdet. Oppgavens målsetning er å slå fast innholdet i gjeldende rett ved å vise argumentasjon som potensielt vil kunne vinne frem dersom den presenteres for en domstol.

---

<sup>6</sup> Eckhoff (2001) s. 378.

<sup>7</sup> Bernt (2002) s. 263.



Utover dette er det en rekke særlige metodiske forhold som gjør seg gjeldende i opphavsretten. De av dem som er relevante for oppgavens problemstilling blir behandlet i dette kapitlet.

## **2.2 Rettskildene**

### **2.2.1 Åndsverkloven som utgangspunkt**

Utgangspunktet for å løse oppgavens problemstilling vil være åvl. §§ 23a andre ledd, 24 andre ledd og 25 første ledd og § 3 tredje ledd, tolket etter vanlig juridisk metode. Tolkningen av disse bestemmelsene i åndsverkloven påvirkes av en rekke forholdsvis særegne rettskildefaktorer som det kan være grunn til å redegjøre nærmere for, før jeg begir meg inn på de materielle drøftelsene. Først det nordiske lovsamarbeidet.

### **2.2.2 Det nordiske lovsamarbeidet**

Opphavsrett reguleres av åndsverkloven fra 1961, og denne er derfor den mest sentrale rettskilden for problemstillingen. Loven ble til gjennom et utstrakt lovsamarbeid mellom Norge, Sverige, Finland og Danmark med et uttalt ønske om rettsenhet. Island fikk meddelt utviklingen, men deltok ikke selv aktivt i arbeidet. Fra forarbeidene leser man at ”De nordiske land danner et kulturområde der folk stort sett har samme syn på samfunnets og individets rettigheter slik at selve grunnlaget for en felles lovgivning er til stede.”<sup>8</sup>

Det innebærer at man kan søke argumentasjon for tolkning av den norske loven i forarbeidene til de øvrige nordiske landenes lovverk.<sup>9</sup> Disse er imidlertid ikke i like stor grad uttrykk for lovgivers vilje som de norske forarbeidene er, og ved motstrid må selvsagt de norske gå foran. Et eksempel fra Høyesteretts metode i slike tilfeller er Rt. 1985 s. 883, som gjaldt import av grammofonplater som var fremstilt med tvangslisens. En tvangslisens er der lovgiver har bestemt at det kan gjøres eksemplarfremstilling uten rettighetshavers samtykke, men mot betaling av lisensavgift til rettighetshaver. Spørsmålet var om dette var i strid med forbudet i åvl. § 54 annet ledd (nå 54 første ledd bokstav c) mot å innføre eksemplarer av åndsverk fremstilt under slike forhold at en tilsvarende fremstilling i Norge ville vært i strid med loven. Etter å ha stadfestet at de norske og de svenske lovbestemmelsene stemte overens, la

---

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 6.

<sup>9</sup> Rognstad (2009) s. 43.

Høyesterett betydelig vekt på at de svenske forarbeidene ga klart uttrykk for at regelen også skulle ramme slike tilfeller.<sup>10</sup>

Dette kan forstås slik at det er en forutsetning at ordlyden i den norske lovbestemmelsen stemmer overens med ordlyden i en bestemmelse i et annet nordisk land, for at man skal kunne legge vekt på forarbeider til det aktuelle nordiske landet. I lys av at bestemmelsene har blitt til gjennom lovsamarbeidet, blir imidlertid det for mye å forlange. Så lenge tolkningsalternativet de aktuelle forarbeidene utpeker ligger innenfor rammen av ordlyden til den norske lovbestemmelsen, må de utenlandske forarbeidene kunne tillegges vekt. Dette skal jeg komme tilbake til senere i den materielle drøftelsen.

Også nordisk rettspraksis vil på grunn av lovsamarbeidet kunne vektlegges. Et eksempel på dette er Rt. 2005 s. 41 (Napsterdommen). Saken gjaldt spørsmålet om lenking via internett til ulovlig opplastet materiale skulle anses som straffbar tilgjengeliggjøring av et åndsverk. Da Høyesterett skulle ta stilling til spørsmålet ble hensynet til Nordisk rettsenhet fremhevet, særlig da i relasjon til Tommy Olsson-dommen hvor Högsta domstolen i Sverige fant at slik lenking var offentlig framføring av åndsverk. Førstvoterende tok imidlertid avstand fra Högsta domstolens avgjørelse og pekte på at Olsson-dommen ikke tok høyde for at lenking og opplysning om webadresser (som ikke ble ansett for å være tilgjengeliggjøring av svenskene) i praksis er samme sak, i tillegg til å påpeke at dommen var kritisert i teorien.<sup>11</sup> Høyesterett tok altså utgangspunkt i at nordisk praksis skulle følges, men måtte gjøre unntak i dette konkrete tilfellet fordi den svenske dommen bygde på vaklende premisser.

Det man kan lese ut fra Høyesteretts vekting av svensk praksis i disse to tilfellene er at de i realiteten behandler dommene som om de var avsagt av Høyesterett selv.<sup>12</sup> Det kreves særskilt grunnlag, som avvikende faktum eller kritikkverdige vurderinger, for å ikke kunne legge vekt på dem. Som med de nordiske forarbeidene er det også en forutsetning at lovgiver ikke bevisst har gått for en annen løsning enn de øvrige nordiske landene.

Av dette kan vi utlede at man kan legge betydelig vekt på både forarbeider og rettspraksis fra de øvrige landene i det nordiske lovsamarbeidet, samt juridisk litteratur som kommer med

---

<sup>10</sup> Rt. 1985 s. 883 på side 890.

<sup>11</sup> Rt. 2005 s. 41 avsnitt 53.

<sup>12</sup> Rognstad (2009) s. 42.

holdbar argumentasjon om bruk av kildene. De hensyn som framgår av disse rettskildefaktorene får dermed relevans for drøftelsen av de minimis-prinsippet.

Videre vil jeg redegjøre for hvordan legalitetsprinsippet har relevans for oppgavens problemstilling.

### **2.2.3 Legalitetsprinsippet i opphavsretten**

Forsettlig og uaktsomt brudd på reglene i åvl. kapittel 1 og 2 er straffbart med bøter eller fengsel inntil 3 måneder jf. åvl. § 54 bokstav a. Er overtredelsen forsettlig og det foreligger særlig skjerpene forhold økes strafferammen til bøter eller fengsel inntil 3 år jf. § 54 tredje ledd første punktum. Etter Grunnloven (heretter grl.) § 96 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK) art. 7 kan ingen straffes uten hjemmel i lov. For denne oppgavens problemstilling er dette av interesse i den grad det legger bånd på hvilke rettskilder som kan fungere som motvekt til de minimis-prinsippet.

De minimis-prinsippet er i straffesaker etter åndsverkloven en straffrihetsregel. Selv om den krenkende handlingen i utgangspunktet er straffebelagt, kan det tenkes at den tiltalte går fri dersom krenkelsen er bagatellmessig.

Høyesterett har aldri behandlet en slik sak, men stod i Rt. 2014 s. 238 overfor et tilfelle der vilkårene for en straffrihetsregel skulle tolkes. Aktor ønsket å innfortolke et krav om at avlivning av rovdyr som angrep husdyr ”må anses som påkrevd” for at tiltalte kunne gå fri etter straffrihetsbestemmelsen i naturmangfoldloven § 17 andre ledd andre punktum. Dette kunne ikke leses eksplisitt ut av ordlyden, men det fantes støtte for en slik tolkning i forarbeidene.

Selv om grl. § 96 tidligere hadde blitt tolket dithen at det ikke var noe i veien for å dra inn forarbeider i tolkningen av straffelovgivning til ugunst for tiltalte viste Høyesterett til at EMK art. 7 oppstilte det krav at ”beskrivelsen [må] være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen”. De objektive vilkårene for straff, gjerningsbeskrivelsen, kunne ikke tolkes utvidende til ugunst for tiltalte. Manglende støtte i ordlyden kunne ikke avhjelpes ved at lovgiver utvilsomt hadde ønsket å ramme forholdet.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Rt. 2014 s. 238 avsnitt 18.



At man i en straffesak er strengt ordlydsbundet, selv om forarbeidene *utvilsomt* taler for en annen løsning, gjør at forarbeider rettskildemessig mister sin vekt der de peker i retning av et resultat som er til ugunst for tiltalte.

Legalitetsprinsippet gjør seg altså gjeldende ved at det ikke er anledning til å innfortolke vilkår for straffrihet utover de som eksplisitt er nevnt i loven. Som vi får se nedenfor vil man for eksempel for åvl. § 23 a måtte forholde seg strengt til ordlydens vilkår om at gjengivelsen utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen, mens det ikke er anledning til å legge vekt på vilkår som kun leses ut fra forarbeidene.

Dette gjelder som sagt kun i straffesaker hvor en slik fortolkning vil være til ugunst for tiltalte. Legalitetsprinsippet slik det beskrives i Rt. 2014 s. 238 legger derfor ingen hindringer i veien for å frikjenne tiltalte på grunnlag av ulovfestede regler eller utvidet tolking av de lovfestede straffrihetsreglene i åndsverkloven. Her kan de *minimis*-prinsippet sammenlignes med rettsstridsreservasjonen i strafferetten. Selv om en handling i utgangspunktet dekker ordlyden i straffebudet kan den være av en slik art at den ikke finnes rettstridig, både der en slik reservasjon kommer frem av ordlyden og der den ikke gjør det.<sup>14</sup>

Grl. § 96 og EMK art. 7 gjelder kun strafferettslige spørsmål. Legalitetsprinsippet kommer ikke til anvendelse for spørsmål av privatrettslig art. Erstatningskrav som følge av krenket opphavsrett er for eksempel et privatrettslig krav, jf. åvl. § 56. Hvorvidt det foreligger en krenkelse av opphaverens enerett, er derfor både et strafferettslig og et sivilrettslig spørsmål.

De *minimis*-prinsippet er et grunnlag for bortfall av inngriperens ansvar. I hvert konkrete tilfelle må hensynene som taler for gjennomslag av prinsippet på bekostning av opphaverens enerett veies opp mot hensynene bak eneretten. Effekten av legalitetsprinsippet slik det beskrives i Rt. 2014 s. 238 er at de hensyn som kan brukes som motvekt til de *minimis*-prinsippet begrenses til de vilkår som skriver seg fra lovens ordlyd i straffesaker. I privatrettslige saker kan det likevel legges vekt på momenter som skriver seg fra andre rettskildefaktorer fordi legalitetsprinsippet ikke gjør seg gjeldende på samme måte her.

---

<sup>14</sup> Johs. Andenæs, Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2004, s. 155.

De minimis-prinsippet kan derfor tenkes å få større gjennomslag i straffesaken enn i den sivile saken om erstatning eller forbud mot fortsatt bruk.<sup>15</sup> For et praktisk eksempel se drøftelsen av åvl. § 23a andre ledd under punkt 5.8.

#### **2.2.4 EU-retten**

Det finnes en rekke rettskilder fra EU som har innflytelse på opphavsretten gjennom EØS-avtalen.<sup>16</sup> Viktigste for problemstillingen i denne oppgaven er Opphavsrettsdirektivet.<sup>17</sup> Direktivet ble gjennomført ved en rekke endringer i åndsverkloven i 2005.<sup>18</sup> Hverken EU- eller EFTA-domstolen har uttalt seg i tvister som angår oppgavens tema.

Opphavsrettsdirektivet legger i artikkel 5 vesentlige begrensninger på hvilke unntak som kan gjøres fra opphaverens enerett til eksemplarfremstilling og offentliggjøring. Fra fortalens avsnitt 33 kan man lese at direktivets liste over unntak er uttømmende for digital bruk, mens det for analog bruk er adgang til å beholde allerede eksisterende unntak i nasjonal lovgivning. Forutsetningen for å beholde de allerede eksisterende unntakene for analog bruk er at bruken er bagatellmessig og at den ikke hindrer den frie bevegelsen av varer og tjenester innenfor EØS-området jf. artikkel 5 nr. 3 bokstav o.

Eventuelle unntak fra opphavers enerett må derfor befinne seg innenfor den rammen opphavsrettsdirektivet stiller opp, og direktivet vil derfor ha stor betydning for gjennomslagskraften av de minimis-prinsippet.

#### **2.2.5 Folkerettslige forpliktelser**

Norge har ratifisert Bernkonvensjonen, som revidert i 1971, om beskyttelse av litterære og kunstneriske verk. Konvensjonen stiller opp strenge krav for hvilke unntak som kan gjøres fra opphaveres enerett, hovedsakelig i artikkel 10 og 10bis. Som det fremgår av artikkel 5 nummer 1, regulerer imidlertid ikke konvensjonen en stats regulering av dens egne opphaveres rettigheter, kun statens forpliktelser overfor opphavere fra de øvrige

---

<sup>15</sup> De sentrale sivilrettslige sanksjonene på krenkelse av eneretten er forbud om mot bruk og krav på erstatning. Se Rognstad (2009) s. 400

<sup>16</sup> Rognstad (2009) s. 53.

<sup>17</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. Heretter opphavsrettsdirektivet.

<sup>18</sup> Lov om endringer i Åndsverkloven m.m. 17.06.2005 nr. 97.

unionslandene.<sup>19</sup> Det er derfor ikke noe i veien for å gjøre unntak fra norske opphaveres enerett utover det konvensjonsteksten tillater. Derfor kan det tenkes at unntak fra eneretten vil utarte seg annerledes for verk med en opphaver fra en annen unionsstat. Siden oppgaven er avgrenset mot disse vil dette ikke drøftes nærmere.

Bernkonvensjonen er også en relevant rettskilde der den har formet bestemmelsene i åndsverkloven.<sup>20</sup> Der det i forarbeidene blir pekt på en konvensjonsbestemmelse som inspirasjon til en lovbestemmelse, kan man dra nytte av konvensjonen for å avklare eventuell tvil i tolkningen av lovbestemmelsen.

## **2.2.6 Kulturdepartementets forslag til ny åndsverklov**

I forslaget til ny åndsverklov, sendt på høring av Kulturdepartementet 17.03.2016, drøftes alle de lovfestede variantene av de minimis-prinsippet. Det foreslås en rekke endringer når det gjelder hvilke tilfeller som åpner for en de minimis vurderingen. For eksempel foreslår departementet å utvide virkeområdet til åvl. § 24 andre ledd til å ikke bare omhandle avbildninger av kunstverk og fotografiske verk, men alle former for åndsverk. Grensen for hva som skal anses for å være bagatellmessig, blir imidlertid ikke berørt i særlig stor grad.

Forslaget omtaler på flere steder innholdet og godheten av det eksisterende regelverket og får da karakter av et såkalt etterarbeid. Et slikt etterarbeid har ikke samme vekt som forarbeidene, fordi man ikke vet hvordan lovgiver vil stille seg til forslaget. Etterarbeider kan likevel få betydelig vekt i et spørsmål om tolkning av en gammel lov. Dette gjelder særlig i et tilfelle som dette der den gamle loven er utdatert (derav forslaget til ny lov) og det er klart at den ikke lengre presist gir uttrykk for rettstilstanden. Eckhoff viser som eksempel på etterarbeiders relevans i rettsspørsmål til Rt. 1979 s. 1079, som gjaldt spørsmålet om en mentalt syk persons ankerett etter straffeprosessloven av 1887.<sup>21</sup>

Ordlyden i loven fra 1887, tidligere praksis og enstemmig juridisk teori svarte klart benektende på spørsmålet om mentalt sykes ankerett. I øvrige lovverk av nyere dato om tvang og frihetsberøvelse overfor mentalt syke hadde denne imidlertid parts- og dermed ankerettigheter. I forarbeidene til ny straffeprosesslov ble det vist til at den gamle regelen var

---

<sup>19</sup> Rognstad (2009) s. 46.

<sup>20</sup> Se for eksempel åvl. § 25 omtalt i Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 50.

<sup>21</sup> Eckhoff (2001) s. 98.



”temmelig enestående” sett i sammenheng med resten av lovverket. Førstvoterende argumenterte derfor for at den gamle regelen ikke kunne få gjennomslag med hensyn til resultatets godhet i dette tilfellet.<sup>22</sup> Sammen med reelle hensyn ble altså etterarbeider tillagt større vekt enn lovtekst og rettspraksis. Selv om dette var en ekstrem situasjon vil vi senere se at lignende tilfeller kan tenkes på opphavsrettens område.

Metodisk er dommen interessant for denne oppgavens problemstilling på grunn av strukturen i argumentasjonen. Førstvoterende slo innledningsvis fast at å komme til det resultat at mentalt syke ikke har ankerett der vergen ikke samtykker ville stride mot samfunnets syn på mentalt syke og rettighetene deres. Å frata den mentalt syke ankeretten ville frata denne en elementær rettsikkerhetsgaranti som tilkommer alle andre personer. Førstvoterende krevde derfor en ”tvingende grunn” for å komme til det resultatet.<sup>23</sup>

Istedenfor å ta utgangspunkt i hva som er gjeldende rett, tok førstvoterende utgangspunkt i hva konsekvensen av et utfall vil være, og stilte deretter opp et krav *til* gjeldende rett for å komme til det resultatet. Det er til dels samme metode som blir brukt i denne oppgaven. Oppgaven stiller som premiss at opphaverens enerett bare kan få virkning for bagatellmessige krenkelser der det er klart at de hensyn som begrunner eneretten veier tyngre enn hensynet bak de minimis-prinsippet, uavhengig av hva lovens ordlyd og tidligere praksis måtte mene om saken.

Når det gjelder forslaget til ny åndsverklov, er drøftelsene av de lovfestede utslagene av de minimis-prinsippet korte. Ofte foreslås det endringer uten å begrunne disse utover at de skal harmoniseres med EU-retten og øvrig nordisk lovgivning. Om man går tilbake til eksempelet ovenfor med utvidelsen av åvl. § 24 andre ledd til ikke å bare gjelde kunstverk og fotografiske verk er det ikke klart hvorfor dette gjøres, utover at det åpnes for det i opphavsrettsdirektivets unntaksbestemmelse artikkel 5 nummer 3 bokstav h. Unntaksbestemmelsen i opphavsrettsdirektivet er imidlertid en ”kan”-regel i motsetning til direktivets øvrige ”skal”-regler, og er derfor ikke et tvingende argument. Det gis ingen begrunnelse for hvorfor dette er nødvendig, slik den førstvoterende gir i 1979-dommen.

---

<sup>22</sup> Rt. 1979 s. 1079 på side 1082.

<sup>23</sup> Rt. 1979 s. 1079 på side 1081.

Nåværende åndsverklov er av eldre dato. Loven er fra 1961, men det har blitt gjort omfattende endringer i den for å imøtekomme den teknologiske- og rettsutviklingen som har funnet sted siden da. Det er da nødvendigvis ikke slik at den ikke lengre er representativ for samfunnets rettsoppfatninger. Dette kommer til uttrykk gjennom høringsinstansenes kritikk mot forslaget, for eksempel i utformingen av ny § 24 andre ledd hvor BONO mener en slik unntaksregel er dårlig.<sup>24</sup> Dette i motsetning til i 1979-dommen hvor alle høringsinstansene støttet det syn etterarbeidene ga uttrykk for.

Det er derfor kun i helt spesielle tilfeller at forslaget til ny åndsverklov kan ha funksjon som rettskildefaktor ved fastlegging av gjeldende rett. Der forslagets løsning sammenfaller med øvrige rettskildefaktorer, kan forslaget fungere som et støtteargument for å tilside sette nåværende lovtekst til fordel for forslaget.

### **3 Opphavsrettens begrunnelse - behovet for unntak**

#### **3.1 Innledning**

Som nevnt innledningsvis er det nødvendig først å identifisere de hensyn som ligger til grunn for opphaverens lovfestede rettigheter, før man kan undersøke om det finnes hensyn som kan begrunne en ulovfestet unntaksregel. Slike hensyn må nødvendigvis veie tyngre enn de hensyn som begrunner rettighetene i det konkrete tilfellet dersom det skal være grunnlag for å innskrenke rettighetene på ulovfestet grunnlag. Jeg starter med en rask gjennomgang av den opphavsrettslige eneretten.

#### **3.2 Eneretten**

Opphavsrett som rettsområde regulerer rettigheter knyttet til åndsverk - litterære og kunstneriske verk som faller inn under åvl. § 1. Begrepet opphavsrett kan imidlertid også brukes i snever forstand om de eksklusive rettighetene en opphaver har til sitt åndsverk. Utgangspunktet er at opphaveren, skaperen av verket, har enerett til eksemplarfremstilling og

---

<sup>24</sup> Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 179. BONO er en forkortelse for organisasjonen Billedkunst opphavsrett i Norge.

offentliggjøring av åndsverket sitt, jf. åvl. § 2.<sup>25</sup> Det er opphavsretten i slik forstand som er eneretten.

For å kunne besvare oppgavens problemstilling må vi altså først se nærmere på opphavet og begrunnelsen for denne eneretten. Da vil man kunne se hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i spørsmål om hvor omfattende opphaverens enerett er, og når det må gjøres unntak fra den.

### 3.3 Enerettens opphav

Opphavsrett slekter på patentretten og markedsføringsretten i det at den søker å stimulere til produksjon av et gode som ikke lett beskyttes av den tradisjonelle eiendomsretten; tingsretten. Man kan ikke verne om en kreativ idé slik man kan verne om en sparegris.

At kunstneriske og litterære verk er berettiget vern har ikke alltid vært en selvfølge i Norge. Den tidligste reguleringen med forordningen av 7. januar 1741, beskyttet knapt forfatteres interesser<sup>26</sup> – langt mindre kunstneres, musikeres og andre opphavsmenns. For omkring 100 år siden var det imidlertid enighet om at opphaverens rett til å ”nyde de økonomiske frukter av sitt arbeide, er like så dypt etisk og sosialt berettiget, som selve eiendomsretten til materielle ting[...] Berettigelsen av åndsarbeiderens krav er for nutidens rettsbevissthet så innlysende”.<sup>27</sup>

Opphaverens enerett til sitt verk ble altså først fundert i hensynet til å belønne vedkommende for sitt arbeid. Rognstad kaller dette belønningssynspunktet.<sup>28</sup> For oppgavens problemstilling gir det mer mening å bruke begrepet *belønningshensynet*.

---

<sup>25</sup> Jeg velger å bruke den kjønnsnøytrale termen ”opphaveren” foreslått i Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. på side 16 da det ikke gir mening å bruke et begrep som ekskluderer kvinner som jo produserer åndsverk på lik linje med menn.

<sup>26</sup> Rognstad (2009) s. 22.

<sup>27</sup> Kirke- og undervisningsdepartementets innstilling til lov om vern for åndsverker 1925 (Innstilling 1925) side 14, avsnitt 4.

<sup>28</sup> Rognstad (2009) s. 31.



### 3.4 Belønningshensynet

Eneretten baseres til dels på dette belønningshensynet. Dette er derfor ett av hensynene som må tilsidesettes dersom det skal gjøres ulovfestede unntak fra eneretten.

Belønningshensynet er fundert i at opphaveren er nærmest til å dra økonomisk nytte av det vedkommende har skapt i sitt atelier, på samme vis som en bonde er nærmest til å dra nytte av det vedkommende dyrker på åkeren sin. I åndsverkloven er det gitt eksplisitt hjemmel for å tilkjenne opphavsmannen nettofortjenesten ved krenkelse av eneretten i åvl. § 55 annet ledd.

Fruktene av den opprinnelige skapende innsatsen kan imidlertid falle langt fra stammen. Den mest aktuelle situasjonen er der åndsverket medtas i et annet verk. Medtakelsen kan være tilfeldig slik for eksempel åvl. §§ 23a andre ledd og § 25 første ledd første punktum regulerer. I tillegg har man tilfellene som åvl. §§ 24 andre ledd og 25 første ledd andre punktum regulerer, hvor medtakelsen er gjort med hensikt. I begge tilfeller bidrar det medtatte åndsverket til verdien av det nye åndsverket. Spørsmålet er hvor stort dette bidraget må være før det berettiger en belønning til opphaveren av det medtatte (originale) åndsverket. For denne oppgavens problemstilling, oppstår spenningen i belønningshensynet i dette rommet mellom den opprinnelige fremstillingen av åndsverket og de senere gjengivelsene.

Der belønningshensynet brukes i argumentasjonen uten forankring i lovverket - som et reelt hensyn - er det ut fra et synspunkt som Eckhoff kaller fordelingsrettferdighet.<sup>29</sup> Åndsverket genererer et gode i form av økonomiske verdier, og dette må fordeles mellom alle dem som bruker verket i ervervssammenheng. Om opphaveren ikke blir tildelt den delen av dette godet som springer ut fra hans eller hennes åndsverk vil det være vanskelig å si at resultatet er godt.

Opphaverens enerett til gjengivelse og bruk av åndsverket er i utgangspunktet absolutt i åvl. § 2. Etter de minimis-prinsippet er det klart at dette ikke er holdbart fordi man kan tenke seg situasjoner hvor belønningshensynet ikke berettiger en slik rettstilstand. I dansk teori pekes det på at det ville vært underlig om man måtte betalt lisensavgift til TONO for å plystre en melodi mens man går ned gaten selv om man da både gjengir og offentliggjør et verk som er beskyttet av opphavsrett.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Eckhoff (2001) s. 384.

<sup>30</sup> Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 s. 289. TONO forvalter og beskytter rettigheter av opphavsrettslig art på vegne av rettighetshavere i musikkverk.

Belønningshensynet innbefatter også de ikke-økonomiske, ideelle rettighetene man finner i åvl. § 3. Opphaver har krav på å bli navngitt ved bruk og offentliggjøring jf. første ledd og er vernet mot krenkende gjengivelse av verket som sådan jf. andre ledd. Opphaveren har rett til å nyte den gode anseelse som følger av å bli angitt som verkets skaper, og motsatt der verket vil skade opphaverens anseelse. Å navngis ved offentliggjøring av verk har også markedsføringsverdi for opphaveren.<sup>31</sup> Retten er uavhendelig, men i forarbeidene understrekes det likevel at ”Et ubetinget påbud om at opphavsmannen under alle omstendigheter skal nevnes, lar seg ikke med rimelighet gjennomføre”.<sup>32</sup> Heller ikke for de ideelle rettighetene berettiger belønningshensynet et absolutt vern. I åvl. § 3 er dette uttrykt i tredje ledd hvor det gjøres unntak for bruk av verket som ”(...) er avgrenset etter art og omfang”. Bestemmelsen vil bli redegjort for i kapittel 8.

### **3.5 Det samfunnsøkonomiske hensynet**

Rettferdighetsbetraktningene ovenfor suppleres i dag av at man ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted har ønsket å skape insentiver for skapende virksomhet. I forarbeidene til åndsverkloven har hensynet blitt formulert slik: “[åndsverkslovens] vern er altså ikke bare begrunnet i hensynet til den enkelte opphavsmann, men også i at skapende virksomhet er i samfunnets interesse.”<sup>33</sup>

Uansett om det er snakk om en film, bok, statue, låt eller en annen type verk er det ressurskrevende for skaperen å produsere et åndsverk. Om ressursene stammer fra vedkommende selv, eller for eksempel produsenter ved en filmproduksjon foreligger det som hovedregel et ønske om at investeringen må tjenes inn igjen. I teorien forklares det at ”(...) enerettens kompensasjonsmuligheter gir større økonomiske incentiver enn det som ellers ville vært tilfellet” ved å tilrettelegge for nettopp det.<sup>34</sup> Det samme hensynet ser man også uttrykt i fortalen til opphavsrettsdirektivet avsnitt 4. Her uttales det at reguleringen søker å tilrettelegge for vekst og økt konkurransevne i nærings- og kultursektorer ved å oppmuntre til investering i kreativitet og nyskaping gjennom rettsikkerhet og et sterkt immaterielt vern. Hvorvidt det faktisk foreligger en slik årsakssammenheng mellom opphavsrettslig vern og produksjon av

---

<sup>31</sup> Rognstad (2009) s. 32.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 21.

<sup>33</sup> Prop. 65 L (2012-2013) s. 7.

<sup>34</sup> Rognstad (2009) s. 32.

åndsverk er omstridt.<sup>35</sup> Men da årsakssammenhengen er forutsatt i utformingen og begrunnelsen bak regelverket må man som rettsanvender legge den til grunn. Denne siden av det samfunnsøkonomiske hensynet kan kalles insentivhensynet.

Den andre siden av det samfunnsøkonomiske hensynet er at opphavere ikke utøver sin skapende virksomhet i et vakuum. Et nytt åndsverk innehar nødvendigvis elementer fra tidligere åndsverk. Opphaverens utgangspunkt vil alltid være kulturarven som kom før henne.<sup>36</sup> Derfor må regelverket, for å stimulere til høyest mulig produksjon, balansere behovet for å beskytte eksisterende åndsverk mot behovet for å bruke elementer av disse i produksjonen av nye åndsverk.<sup>37</sup> Lovverket har til en viss grad tatt høyde for dette ved å gjøre eneretten tidsbegrenset. Åvl. § 40 bestemmer at eneretten varer 70 år etter opphaverens dødsår. Åndsverk skapes likevel i kontekst av sin samtid. Hadde Andy Warhol i 1962 vært begrenset til å lage pop art av væskebeholdere fra 1892 fremfor datidens design på Coca-Cola bokser er det klart at effekten ikke hadde vært den samme. I juridisk litteratur har det blitt hevdet at dagens rettsutvikling går på tvers av denne siden av det samfunnsøkonomiske hensynet, fordi opphavsretten ”opphavsretten verner for bredt, for mye og for lenge”.<sup>38</sup>

### **3.6 Hensynet til ytringsfrihet**

Videre har man hensynet til ytringsfriheten. EMK art. 10 nr. 1 og grl. § 100 sikrer retten til å motta og bringe videre informasjon og ideer. I vårt samfunn skjer en stor del av kommunikasjonen av informasjon og idéer ikke-verbalt, men gjennom medier som bøker, e-poster, blogger, filmer og lignende. Disse mediene kan være åndsverk som er omfattet av eneretten i seg selv, eller inneholde andre åndsverk med hensikt eller rent tilfeldig. Hvor omfattende eneretten til disse åndsverkene forstås, vil derfor ha en direkte innvirkning på ytringsfriheten. En sterk enerett vil ivareta ytringsfriheten ved å stimulere til produksjon av åndsverk som bærere av informasjon og idéer, men samtidig legge bånd på spredningen og sirkulasjonen av informasjon og ideer som er bærere av andres åndsverk. På motsatt vis vil også ytringsfriheten stimulere til produksjon av åndsverk ved at man ikke legger sterke bånd på meningsinnholdet i åndsverkene som produseres. Det produseres nok mer politisk litteratur

---

<sup>35</sup> Rognstad (2009) s. 34.

<sup>36</sup> Schovsbo mfl. (2015) s. 29.

<sup>37</sup> Rognstad (2009) s. 33.

<sup>38</sup> Magnus Stray Vyrje, ”Ophavsrett på ville veier” i Lov & Data nr. 2015/123:25, side 1 av 1.

i Sverige, med sterkt vernet ytringsfrihet, enn i Nord-Korea hvor vernet av ytringsfrihet er dårligere.

På den måten får hensynet til ytringsfrihet relevans i seg selv, hvor rekkevidden av eneretten må avveies mot rekkevidden av ytringsfriheten. Hensynet til ytringsfrihet inngår også som et ledd i det samfunnsøkonomiske hensynet til å stimulere til produksjon av åndsverk.

### **3.7 Begrunnelsen for unntakene fra opphaverens rettigheter**

#### **3.7.1 Generelt**

De hensyn som begrunner opphaverens rettigheter er altså tveeggede sverd som både kan tale for og mot den, avhengig av hvilken situasjon man står ovenfor. Men hvilke hensyn er det som ligger til grunn for de minimis-prinsippet, som veier for unntak fra rettighetene?

#### **3.7.2 De minimis non curat lex**

Det finnes en rekke lovfestede unntak fra eneretten i åndsverkloven. I åvl. kapittel 2 gis det adgang til å sitere fra verk ved kritisk omtale jf. § 22, fremføring og bruk i undervisning jf. § 21 og § 13, bruk i katalog jf. § 24, eksemplarframstilling til privat bruk jf. § 12 m.m. Disse unntakene fra opphaverens enerett er hovedsakelig begrunnet i offentlighetens interesse i å ha tilgang på åndsverk, og offentlighetens behov for ytrings- og informasjonsfrihet.<sup>39</sup>

De minimis non curat lex-prinsippet bygger også på slike hensyn, men mest sentralt fremstår hensynet til en funksjonell rettstilstand. På samme måte som lovgiver har sett det hensiktsmessig å ha en grense mellom straffri forberedelse og forsøk er det fornuftig å ha en nedre grense for når domstolen skal gripe inn overfor krenkelse av opphaverens rettigheter. Uten en regel om at retten ikke skulle bry seg om bagateller vil nettopp bagatellmessig, rent tilfeldig og underordnet krenkelse av opphaverens enerett kunne påberopes i retten. I dansk juridisk teori har nødvendigheten av de-minimis prinsippet for en fungerende opphavsrett blitt formulert slik: ”Uden de minimis-prinsippet bliver ophavsretten simpelthen til en grundlæggende uudholdelig retsdisciplin.”<sup>40</sup>

Som nevnt ovenfor kan det tenkes situasjoner hvor hensynene bak opphaverens rettigheter gjør seg svakere gjeldende. Om hensynet til en praktisk og funksjonell rettsorden i samme

---

<sup>39</sup> Prop. 65 L (2012-2013) s. 7.

<sup>40</sup> Schovsbo mfl. (2015) s. 291.

situasjon gjør seg gjeldende med en viss styrke, kan det tenkes at det da er rom for å gi de minimis-prinsippet avgjørende vekt.

De minimis-prinsippet som selvstendig rettslig grunnlag i opphavsretten har etter det jeg finner likevel aldri vært påberopt eller omtalt i norsk rett. At et prinsipp aldri har blitt direkte påberopt i norsk rett kan, slik jeg ser det, ha tre årsaker: 1) Enten har det ikke blitt påberopt fordi det ikke eksisterer. 2) Det har aldri blitt påberopt fordi alle rettsanvendere tar det for en slik selvfølge at det aldri har blitt ansett som nødvendig å ta det opp til diskusjon. 3) Den siste muligheten, og kanskje den mest interessante, er at prinsippet eksisterer rett foran rettsanvenderens øyne uten at de er klar over det.

Målsetning med juridisk metode er imidlertid å finne ut av hva som *er* gjeldende rett, altså hvilke argumenter som vil vinne frem overfor en domstol i dag. Om hverken teoretikerne, lovgiver, eller domstolene har drøftet spørsmålet, hva er da målestokken for at det man finner er riktig? Hans Petter Graver beskriver hvordan fremveksten av prinsipiell argumentasjon på bekostning av positive rettskilder har ført til at "[g]yldighetskriteriet flyttes med dette fra hva som faktisk godtas i domstolene, til hva som er rasjonelt godtakbart i et videre juristfellesskap."<sup>41</sup>

Hovedtrekkene oppgaven presenterer er at de lovfestede unntakene fra åvl. § 2 ikke tilstrekkelig ivaretar de hensyn lovverket søker å fremme, og at det derfor må gjøres ytterligere unntak hjemlet i de minimis-prinsippet. Denne oppgaven bygger altså i stor grad på prinsipiell argumentasjon i mangel av positive rettskilder. Gyldighetskriteriet blir derfor slik som Graver skisserer. Forutsetningen for oppgavens problemstilling er at det eksisterer et ulovfestet prinsipp ved navn de minimis non curat lex i norsk opphavsrett. For å gi et tilfredsstillende svar på problemstillingen, må oppgaven identifisere de tilfeller hvor det etter juridisk metode vil være rasjonelt godtakbart i det videre juristfellesskap at hensynene som taler for de minimis-prinsippet veier tyngre enn hensynene bak opphaverens enerett.

---

<sup>41</sup> Hans Petter Graver, "Nyere utvikling i norsk rettsvitenskap" i Lov og Rett 1998 s. 579-603 (på s. 591).

## 4 De minimis-prinsippet og åndsverkloven kapittel 2

### 4.1 Innledning

Noen lovbestemmelser gir positivt uttrykk for de minimis-prinsippet. Åvl. kapittel 2 inneholder en serie unntak fra opphaverens enerett til offentliggjøring og eksemplarfremstilling. Disse kalles låneregler fordi de åpner for at man kan bruke opphaverens verk uten å spørre om tillatelse.<sup>42</sup> Alle reglene avgrenser bruken av verket på en eller annen måte, enten det gjelder publikum som i § 15 eller tidsrom som i § 11a. Vilkårene for unntak etter de fleste lånereglene er derimot ikke at bruken er bagatellmessig. Denne oppgaven vil derfor konsentrere seg om åvl. §§ 23a andre ledd, 24 andre ledd og 25, ettersom disse bestemmelsene har som sentrale vilkår at bruken må være av bagatellmessig art.

Først må bestemmelsene analyseres for å vurdere rammene av de lovfestede unntakene fra eneretten. Ved å identifisere de hensyn lovgiver her har gitt tyngre vekt enn opphaverens enerett, og hvordan de utspiller seg i konkrete tilfeller, er det mulig å si noe om hvordan disse bør vektas der de minimis-prinsippet skal anvendes på ulovfestet grunnlag. Så må man igjen vende perspektivet mot de samme lovbestemmelsene, for å vurdere hvordan de eksplisitte rammene ordlyden antyder harmoniserer med lovgivers intensjon med (hensynene bak) bestemmelsene. På den måten vil man ved anvendelse av juridisk metode, kunne identifisere vilkårene for at noe som i utgangspunktet er en krenkelse av opphaverens enerett må sees bort fra fordi den aktuelle krenkelsen er bagatellmessig.

---

<sup>42</sup> Rognstad (2009) s. 214

## 5 Åndsverkloven § 23a andre ledd

### 5.1 Generelt

Åndsverkloven § 23a andre ledd gjelder bruk av beskyttede åndsverk i aviser, tidsskrifter, bøker, filmer og i kringkasting. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

” Er et kunstverk eller et fotografisk verk utgitt, eller har opphavsmannen overdratt eksemplarer av verk som nevnt, kan verket medtas i aviser, tidsskrifter, bøker, ved film og i kringkasting, såfremt verket utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen.”

Siste del av bestemmelsen er en lovfestet variant av de minimis-prinsippet, mens første del avgrenser virkeområdet prinsippet får med bestemmelsen som grunnlag. Tanken bak bestemmelsen er at der verket utgjør en bagatellmessig del av sammenhengen må opphaverens enerett trå til side for de praktiske hensyn som gjør seg gjeldende for journalister og reportere mfl.<sup>43</sup> Åvl. § 23a andre ledd har et til dels overlappende virkeområde med åvl. § 25, som gjelder medtakelse av åndsverk i film eller kringkasting når åndsverket inngår i en dagshending. Men åvl. § 23a andre ledd omfatter også de tilfellene der medtakelsen av verket ikke inngår i en dagshending. En filmskaper må for eksempel kunne gjøre opptak til en dokumentarfilm fra en persons hjem uten å innhente tillatelse fra opphaverne til å gjengi kunsten personen har på veggene sine.

For oppgavens problemstilling er det interessant å se på både hvilken rekkevidde de minimis-prinsippet får i ulike medier, for ulike åndsverk og hvordan lovgiver her har avgrenset det bagatellmessige fra det ikke-bagatellmessige.

Før vi går nærmere inn på bagatellmessighetsvurderingen i bestemmelsens siste del vil jeg ta en titt på bestemmelsens virkeområde i lys av de minimis-prinsippet.

### 5.2 Åndsverkene som omfattes av åvl. § 23a andre ledd

Ordlyden avgrenser virkeområdet for bestemmelsens unntaksregel til kunstverk og fotografiske verk. Med kunstverk menes billedkunst, bygningskunst og brukskunst. De fleste fotografiske verk skal anses som kunstverk, men ved å særskilt nevne fotografiske verk, tar bestemmelsen også inn de fotografiene som ikke er kunstverk men litterære verk. I

---

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 131.

forarbeidene vises det til at enkelte fotografier kan være litterære verk på samme måte som enkelte tegnede grafiske fremstillinger.<sup>44</sup> Alle bilder som er blitt til ved at lysbølger påvirker en lysfølsom overflate faller imidlertid inn under bestemmelsen etter åvl. § 43a tredje ledd,<sup>45</sup> så presiseringen av at fotografiske verk også er omfattet av bestemmelsen er overflødig. Dette medfører ingen umiddelbare tolkningsvansker.

De åndsverk som faller utenfor bestemmelsens ordlyd er sceneverk, filmverk, musikkverk, vitenskapelige- og litterære verk. Disse verkene kan da etter en strengt ordlydstro tolkning ikke i medtas i aviser, tidsskrifter, bøker, film og kringkasting uten rettighetshavers tillatelse, selv om verket utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen. Det spørsmålet som melder seg, er om de hensyn som begrunner unntak for kunstverk og fotografiske verk også kan begrunne unntak for de øvrige åndsverkene.

Opphavsrettsdirektivet art. 5 nr. 3 bokstav i tillater unntak fra opphavers enerett til offentliggjøring og eksemplarframstilling der et åndsverk tilfeldig medtas i annet materiale. Som det vil bli redegjort nærmere for i punkt 5.2.5 nedenfor er det slik tilfeldig medtakelse åvl. § 23a andre ledd også gjør unntak for. Opphavsrettsdirektivets art. 5 nr. 3 bokstav i legger i motsetningen til ordlyden i åndsverkslovens bestemmelse ingen begrensninger på *hvilke* verk som kan unntas. Det er derfor i tråd med direktivet å tolke åvl. § 23a andre ledd analogisk til å gjelde flere åndsverk enn kunstneriske- og fotografiske verk. Samtidig er ikke dette et obligatorisk unntak – ”medlemstatene *kan* fastsette unntak eller avgrensninger (...)” - så det vil heller ikke være i strid med direktivet å tolke åvl. § 23a andre ledd strengt etter ordlyden.

Åndsverkloven § 23 a andre ledds forarbeider gir ikke noe klart svar på hvorfor disse formene for åndsverk ikke kan medtas selv om bruken er bagatellmessig. Det kan tenkes at opphaverne til visse åndsverk har sterkere behov for vern av sine rettigheter enn andre. Dette er nok sant på generell basis. En fotograf som lever av å selge enkeltteksemplarer av sine bilder har nok større behov for vern av sine rettigheter enn en billedhogger som baserer sin inntjening på oppdragsvirksomhet. Men mellom åndsverkene som faller utenfor og innenfor åvl. § 23a andre ledd, er det vanskelig å identifisere et slikt skille i hvor sterkt belønningshensynet gjør seg gjeldende. Selv om inntjeningsmulighetene naturligvis ikke er like for opphaverne til alle

---

<sup>44</sup> Rognstad (2009) s. 88.

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 8.



typer åndsverk, er det nok større variasjoner blant opphavere til åndsverk som omfattes av bestemmelsen og de som ikke gjør det. En etablert koreograf har vel så stor inntjeningsmulighet som en motefotograf, og motsatt for opphavere av begge typer åndsverk i oppstartsfasen av sin karriere. Skillet mellom hvilke åndsverk som kan medtas ved bagatellmessig bruk kan derfor ikke med rette begrunnes i belønningshensynet.

Videre taler det samfunnsøkonomiske hensynet mot et skille mellom hvilke åndsverk som kan medtas. Det er enklere å vende kameraet bort fra et fotografi som medtas i bakgrunnen av et utsnitt, enn å unngå å få med fremføringen av en låt i bakgrunnen av et lydopptak. At det i det ene tilfellet er enkelt å unngå medtakelse, og i det andre ikke, kan imidlertid ikke få avgjørende vekt. Saken er jo at fotografier er omfattet av ordlyden, mens musikkverk, som det samfunnsøkonomiske hensynet gjør seg gjeldene for i enda større grad da det kan være praktisk umulig å unngå medtakelse av dem, ikke er det. Åvl. § 23a andre ledd skal tilrettelegge for effektiv produksjon av nye verk. Å begrense bestemmelsens virkeområde vil motvirke dette, om enn i noe variert grad, for alle typer åndsverk.

I høringsnotatet til ny åndsverklov er dette tatt høyde for, hvor det er foreslått en ny paragraf sammenslått av § 23a andre ledd og § 25 første ledd (som i dag omhandler bagatellmessig gjengivelse ved dagshending, se nedenfor), som ikke stiller krav til hvilken type åndsverk som medtas. Departementet mener en generell regel vil være mer hensiktsmessig fordi ”bruk av denne art ikke griper inn i opphaverens berettigede interesser.”<sup>46</sup> Departementet har her foretatt en konkret avveining av de hensyn som taler for og mot unntak fra eneretten, og kommet til at denne har samme resultat på tvers av alle åndsverk. Bestemmelsen er ikke vedtatt av lovgiver, men resonnementet har likevel relevans for vurdering av gjeldende rett da hensynene som gjør seg gjeldende er de samme.

Et annet moment er det hullet som nå eksisterer i lovens ordlyd for scenekunst, musikkverk, vitenskapelige og litterære verk. Disse kan medtas i radio og TV etter åvl. § 25 første ledd, men kun da i dekningen av dagshendinger. Om det for eksempel gjøres opptak til en dokumentarfilm på en pub hvor det spilles musikk som høres i bakgrunnen av en samtale må det, om de minimis-prinsippet ikke får avgjørende tyngde i tolkningen av åvl. § 23a andre ledd, innhentes tillatelse fra opphaveren av musikkverket for å medta lydsporet i filmen. Et

---

<sup>46</sup> Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 190.

slikt krav om samtykke gjelder selv om musikkverket bare tilfeldigvis utgjør en del av bakgrunnsstøyen på lydsporet.

Et særlig praktisk eksempel er i dag amatørfilmopptak gjort på treningssentre eller andre offentlige lokaler eller plasser hvor det spilles bakgrunnsmusikk, som deretter blir offentliggjort gjennom sosiale medier. Med fremveksten av mobiltelefoner som både kan ta opp video i høy kvalitet og laste videoer direkte opp til de sosiale nett-tjenestene, har denne aktiviteten eksplodert i omfang. Mange sosiale medier, som for eksempel tjenesten facebook.com, bruker et lyd-gjenkjenningsprogram koblet opp mot databaser av musikkverk, og nekter publisering av videoinnhold hvor lyd-gjenkjenningsprogrammet registrerer et beskyttet musikkverk i lydsporet.

Det kan tenkes tilfeller der dette er berettiget fordi det foreligger en reell krenkelse av eneretten. Et eksempel er dersom hele musikkverket gjengis i god kvalitet, og amatørfilmopptakets lengde passer overens med musikkverkets lengde uten særlig dødtid på starten eller slutten. Slike opptak vil falle utenfor åvl. § 23a andre ledd fordi musikkverket da trer frem som mer betydningsfullt i sammenhengen. Amatørfilmopptaket kan like gjerne benyttes til å lytte til musikkverket som til å se på filmen, selv om musikkverket er en del av bakgrunnen. Men all den tid det tar en litt over gjennomsnittlig kyndig nettbruker mindre tid å distribuere det samme musikkverket i original kvalitet, enn å ta opp og laste opp et slikt amatørfilmopptak, er nok dette scenariet ikke særlig praktisk.

I de langt fleste tilfeller vil det være klart at musikkverket er en del av bakgrunnsstøyen og underordnet i sammenhengen. For eksempel der en person dokumenterer sin venninnes styrkeøvelse på treningssenteret, eller der en tilskuer dokumenterer en politisk demonstrasjon på et torg hvor det samtidig spilles musikk. Medtakelsen av dette musikkverket i amatørfilmklippet er etter en ordlydstro tolkning av åvl. § 23a andre ledd ikke lovlig.

Å fjerne et slikt lydspor fra et filmopptak krever spesiell programvare og kjennskap til hvordan man bruker denne. Det kan ikke forventes at en amatørfilmfotograf som kun er utrustet med telefonen sin besitter nødvendig programvare eller kunnskapen om hvordan den brukes. Man må derfor kunne anta at en regel som nekter publisering av opptak der et musikkverk eller annet lydbasert åndsverk har kommet med i bakgrunnen, vil begrense omfanget av produksjonen og offentliggjøringen av amatørfilmopptakene.

Et amatørfilmopptak har i utgangspunktet ikke vern etter åvl. § 2 da det faller utenfor åvl. § 1.<sup>47</sup> Å stimulere til produksjon av amatørfilmopptak er derfor utenfor hva det samfunnsøkonomiske hensynet omfatter. Det underliggende hensynet i åvl. § 23a andre ledd er imidlertid ikke bare å stimulere til produksjon av åndsverk i seg selv, men å ivareta ytringsfriheten som disse åndsverkene er bærere av.<sup>48</sup> Der opptaket dekker en dagsaktuell hendelse, som en politisk demonstrasjon, vil det kunne gjøres unntak for medtakelsen av musikkverket med hjemmel i åvl. § 25. Det er klart at ytringsfriheten slik den er definert i EMK art. 10, gjør seg sterkest gjeldende i slike tilfeller.<sup>49</sup> Man skal heller ikke undervurdere betydningen av enkeltpersonens frie livsutfoldelse. Å få ytre seg om privatlivets bragder og hendelser kan for den enkelte fremstå som vel så viktig som å få ytre seg om samfunnsspørsmål. I en større sammenheng er ytringen kanskje bagatellmessig. Det vil imidlertid også den krenkelsen ytringen påfører opphaveren jf. åvl. § 2 være.

Her kan man trekke linjer tilbake til det innledende eksempelet om gutten som plystrer mens han går ned gaten. Det er klart at gutten enkelt kan la være å plystre, slik brukere av sosiale medier enkelt kan nektes å laste opp innhold hvor åndsverk tilfeldig kommer med. Poenget er at opphaverens berettigede interesser ikke nødvendigvis strekker seg så langt. Å stadfeste en regel som i praksis begrenser offentliggjøringen av slike opptak på grunn av bagatellmessig medtakelse av lydbaserte åndsverk, vil derfor gå på tvers av lovgivers hensikt med åvl. § 23a andre ledd.

Oppsummert ser man altså at de hensynene som begrunner opphavsretten ikke gjør seg gjeldende i større grad for de verk som ikke eksplisitt er medtatt i åvl. § 23a andre, ledd enn for fotografiske verk og kunstverk. De praktiske behov som berettiger unntak fra opphaverens enerett for kunstverk og fotografiske verk, gjør seg i realiteten sterkere gjeldende for de øvrige åndsverkene, særlig de lydbaserte. Det vil hovedsakelig bety musikkverk, men også sceneverk (for eksempel stand-up komedie), vitenskapelige- og litterære verk. Opphaverens enerett kan derfor tenkes å måtte vike for de minimis-prinsippet i de brukstilfellene åvl. § 23a andre ledd regulerer, også når det gjelder former for åndsverk som ikke uttrykkelig nevnes i bestemmelsen. Spørsmålet blir om en slik fortolkning metodisk bør forankres i en analogisk

---

<sup>47</sup> Rognstad (2009) s. 107.

<sup>48</sup> Rognstad (2009) s. 70.

<sup>49</sup> Menneskerettsloven, Vedlegg 1. Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller, art. 10.

eller utvidende fortolkning av bestemmelsens ordlyd, eller om det heller må gjøres med de minimis-prinsippet som selvstendig ulovfestet rettslig grunnlag.

For å gjøre en utvidende fortolkning må man ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at den kun gjelder de åndsverk den eksplisitt sier er omfattet av regelen, altså kunstverk og fotografiske verk. Hadde lovgiver ment å la bestemmelsen også gjelde de andre formene for åndsverk, hadde det vært en enkel sak å bruke nettopp ordet ”åndsverk” istedenfor en slik spesifisering av disse to. Slik blir det jo også gjort i høringsutkastet til ny åndsverkløve. Forarbeid og praksis støtter heller ikke opp om en analogisk eller utvidende tolkning. Man står dermed ikke i en situasjon hvor spesifiseringen av kunstverk og fotografiske verk er en glipp fra lovgiver, slik man så i for eksempel Elvebåtdommen hvor både forarbeider og tidligere praksis talte for en utvidende tolkning av begrepet skip til også å gjelde de fleste andre vanngående fartøy.<sup>50</sup> Å la denne unntaksregelen i åvl. § 23 andre ledd gjelde alle åndsverk er da hovedsakelig fundert på de minimis-prinsippet som ulovfestet grunnlag, og leses ikke egentlig ut av bestemmelsens ordlyd. Det er fordi prinsippet gjelder på tvers av alle åndsverk at det må gjøres unntak fra eneretten for de verk som ikke er kunstverk eller fotografiske verk.

Man kan da hjemle argumentasjonen for at unntaket skal gjelde alle åndsverk i de minimis-prinsippet som selvstendig ulovfestet grunnlag, eller i en analogisk tolkning av åvl. § 23a andre ledd hvor det minimis-prinsippet på ulovfestet grunnlag veier inn som den tyngste faktoren i tolkningen. I utgangspunktet fremstår de to metodiske fremgangsmåtene som like gode.

En analogisk tolkning er nettopp en forståelse av at de samme hensyn som begrunner unntaket for kunstverk og fotografiske verk i åvl. § 23 andre ledd, også begrunner unntak for de øvrige åndsverkene. Her har man gode grunner for å forankre argumentasjonen i en analogisk tolkning. Den påfølgende vurderingen av om bruken er bagatellmessig tar utgangspunkt i vilkårene i bestemmelsens ordlyd, som sier at verket må utgjøre en del av bakgrunnen eller på annen måte spille en underordnet rolle i sammenhengen. Det blir unødvendig komplisert å si at det i visse tilfeller er mulighet for å gjøre unntak fra eneretten med en ulovfestet regel som primær rettskilde, når den vurderingen som så gjøres for å slå fast om unntaket kan gjøres etterpå er bundet til ordlyden i åvl. § 23 andre ledd. Om man etter

---

<sup>50</sup> Rt. 1995 s. 1734. Elvebåten i saken ble imidlertid ikke funnet å være et skip.

bestemmelsen ikke kan gjøre unntak for annet enn fotografiske verk og kunstverk, kan man heller ikke bruke bestemmelsens bagatellmessighetsvurdering som annet enn inspirasjon for unntakene man gjøre med de minimis-prinsippet som selvstendig ulovfestet grunnlag. Man etablerer da et nytt parallelt regelsett for situasjoner som er fundamentalt like.

Rettsteknisk er det derfor mest hensiktsmessig å la den eksisterende regelen i åvl. § 23 andre ledd gjelde også for de åndsverk som ikke er fotografiske verk eller kunstverk ved å gjøre en analogisk tolkning av bestemmelsen.

Når vi nå har slått fast hvilke åndsverk som er omfattet av bestemmelsen, kan vi se nærmere på betydningen av det aktuelle mediet disse åndsverkene medtas i.

### **5.3 Betydningen av mediet åndsverket medtas i**

Åndsverkloven § 23a andre ledd lister opp at unntaket fra opphaverens enerett gjelder medtakelse av åndsverk i aviser, tidsskrifter, film og kringkasting. Det er ikke umiddelbart klart hvorfor hensynene som begrunner unntak for bruk i aviser, tidsskrifter, film, bøker og kringkasting ikke gjør seg gjeldende også for andre medier, som for eksempel blogger og sosiale medier. Kan det tenkes at de minimis-prinsippet kan føre til analogisk tolkning slik at man også kan gjøre unntak for medtakelse i andre medier enn de opplistede, der bruken er bagatellmessig?

Listen av medier åndsverk i åvl. 23a andre ledd ble i 2005 utvidet til også å omfatte bøker.<sup>51</sup> At lovgiver da så behovet for å utvide mediene hvor denne type bruk skulle være tillatt, kan indikere at listen er uttømmende. En annen forklaring kan være at lovendringen var ment å omfatte alle typer medier, men at lovgiver simpelthen ikke var bevisst den teknologiske utviklingen som hadde skjedd like i forkant av vedtaket. Blogger har eksistert siden sent på 90-tallet, men var fortsatt en nyhet for amerikansk presse i 2004.<sup>52</sup> Også sosiale medier har eksistert i forskjellige former siden tidlig på 2000 tallet, men facebook.com, nettsiden som gjorde sosiale medier til allemannseie, ble ikke åpnet for offentligheten før i 2006.<sup>53</sup> At lovgiver ikke var bevisst disse mediene i 2005 er derfor ikke utenkelig.

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s 149

<sup>52</sup> Daniel Kreiss, "Blogging" i Journal of Communication 59 (2009) E17-E21, på side E17.

<sup>53</sup> Carolyn Abram, "Welcome to Fabook everyone" på facebookbloggen 26. september 2006.

<https://www.facebook.com/notes/facebook/welcome-to-facebook-everyone/2210227130/> Hentet 19. mai 2017.

Lovendringen i 2005 skjedde ved innføringen av opphavsrettsdirektivet, og bestemmelsen måtte harmonisere med art. 5 nr. 3 bokstav i. Artikkel 5 nr. 3 bokstav i tillater unntak der et verk medtas i annet materiale, uten å gi noen nærmere presisering av hvilket medium materialet offentliggjøres i. Unntaket i den norske bestemmelsen er dermed snevrere definert enn opphavsrettsdirektivets bestemmelse. Det er derfor i tråd med direktivet å tolke åvl. § 23a andre ledd slik at den omfatter også medier utover de opplistede.

Hensynet til teknologinøytral lovgivning, slik lovgiver har valgt å utforme åvl. § 2, taler for å tolke listen som ikke-uttømmende.<sup>54</sup> Det er vanskelig å se hvorfor en politisk blogg her skal stå i en annen rettsstilling enn en avis. Begge dekker aktuelle hendelser med nyhetsverdi, og kan selv i utforming se nesten helt like ut.

Samtidig er det ingenting i forarbeidene eller praksis som eksplisitt taler for at listen skal tolkes ikke-uttømmende. Om man ser ordlyden i sammenheng med åvl. § 1 andre ledd hvor det framgår av ”så som” at listen ikke er uttømmende, kan man derfor ikke trygt tolke § 23a andre ledd på samme måte. Selv om forskjellige lover kan avvike sterkt i stil må man kunne gå ut fra at lovens forfatter vil uttrykke seg likt innad i en lov.

De minimis-prinsippet taler likevel for at når en viss type bruk er bagatellmessig i et medium bør den være det i et annet også. Unntaksregelen i åvl. § 23a andre ledd er fundert i hensynet til å effektivt kunne produsere innhold uten å måtte forholde seg til uvesentlige gjengivelser av åndsverk. Det er ikke slik at dette hensynet står seg sterkere i et type medium fremfor et annet. For eksempel kan det argumenteres for at de opplistede mediene har større verdi for samfunnet enn de som er utelatt. Utover sin underholdningsverdi er aviser, tidsskrifter, bøker, film og kringkasting sentrale brikker i det maktspelet som foregår mellom offentligheten, domstoler, regjeringen og Stortinget. Sosiale medier og blogger spiller i dag en vel så stor rolle her. I tillegg skjer produksjonen av innhold i disse mediene gjerne i et høyere tempo, med færre ressurser og med mindre tilsyn enn de opplistede mediene, hvor det er tradisjon for redaksjonelt ettersyn. Hensynet til å gjøre unntak for bagatellmessig medtakelse av et åndsverk gjør seg dermed sterkere gjeldende for de ikke-opplistede mediene, da de ikke har samme mulighet til å kontrollere at et åndsverk ikke medtas ved et uhell.

---

<sup>54</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 19

Belønningshensynet gjør seg heller ikke sterkere gjeldende for bruk av åndsverk i for eksempel en blogg eller på sosiale medier enn i en avis. Opphaveren lider det samme bagatellmessige tap i begge tilfeller.

I kulturdepartementets forslag til ny åvl. § 23a er bruken ikke begrenset av mediene listet i den nåværende paragrafen, men kun av vilkåret om at åndsverket medtas i et annet åndsverk, og utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en tilfeldig eller underordnet rolle i sammenhengen. Dette er fordi gjengivelser av denne art ikke griper inn i opphaverens berettigede interesser.<sup>55</sup> Departementet har her som ved avgrensning basert på type åndsverk foretatt en konkret avveining av de hensyn som taler for og mot unntak fra eneretten og kommet til at denne har samme resultat på tvers av alle medier. Bestemmelsen er som sagt ikke vedtatt av lovgiver, men argumentasjonen har likevel relevans for dagens situasjon.

Det ser dermed ut som de opplistede mediene i åvl. § 23a andre ledd er en anakronisme retts- og samfunnsutviklingen har løpt fra. Med hastigheten på den teknologiske utviklingen kan det ikke legges avgjørende vekt på at dette ikke ble rettet på ved lovendringen i 2005. Fordi retten ikke bryr seg om bagateller, kan det derfor ikke være avgjørende i hvilket medium disse bagatellene utspiller seg i. Unntaket fra opphaverens enerett i åvl. § 23a andre ledd må derfor gjelde analogisk også for de medier som ikke fremgår eksplisitt av bestemmelsen.

#### **5.4 Åndsverket må være utgitt eller overdratt**

Vilkåret i åvl. § 23a andre ledd, som krever at kunstverket eller det fotografiske verket må være utgitt, sikter til legaldefinisjonen i åvl. § 8 andre ledd. Et åndsverk er utgitt når et rimelig antall av det er i omløp med opphaverens samtykke, eller på en annen måte spredt blant allmennheten, i motsetning til offentliggjøring som kan skje ved for eksempel en utstilling av kun ett eksemplar. Fra forarbeidene fremgår det at den avgjørende forskjellen mellom utgivelse og offentliggjøring, er at utgivelse innebærer at verket kan tilegnes, mens offentliggjøring kun krever at verket kan beskues. Opphavsrettsdirektivet art. 5 nr. 3 bokstav i stiller ikke opp et tilsvarende vilkår. I tillegg har man den overdragelse som skjer uten offentliggjøring. Slike åndsverk er heller ikke i utgangspunktet omfattet av unntaket i åvl. § 23a andre ledd.

---

<sup>55</sup> Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 190.

Spørsmålet blir da hvordan situasjonen blir for et ikke-utgitt og ikke-overdratt åndsverk. Er det slik at de hensynene som berettiger unntak fra eneretten for de utgitte åndsverkene ikke gjør seg gjeldende for de ikke-utgitte og ikke-overdratte åndsverkene?

La oss først se på ikke-utgitte åndsverk som fortsatt er på opphaverens hånd, for eksempel et maleri. Å skille mellom utgitte og ikke-utgitte åndsverk kan ha et aspekt ved belønningshensynet i seg. Det er likevel ikke det hensynet som fremstår som sentralt i denne situasjonen. Å verne om opphaverens enerett handler ikke her om at denne skal få en rimelig kompensasjon for sitt arbeid, men heller hensynet til at denne selv skal få velge når og hvordan åndsverket sitt skal utgis.<sup>56</sup>

Det samfunnsøkonomiske hensynet til å stimulere til produksjon av nye åndsverk får heller ikke like stor vekt i denne situasjonen. Et åndsverk som ikke er utgitt, vil som hovedregel være i opphaverens eller en annens private besittelse, og sjansen for at det tilfeldigvis kommer med i et annet åndsverk hvor medtakelsen er verneverdig, er derfor liten. La oss ta malerieksemplet videre ved at det gjøres et intervju med kunstneren i hans atelier til en dokumentarfilm. I atelieret står det en del ikke-utgitte malerier som kan komme med i bakgrunnen i filmen. Produsenten har da opphaveren for hånden, og det er en enkel sak å avtale om det er greit å medta de ikke-utgitte åndsverkene hennes i filmen, og på den måten ikke krenke eneretten. Motsetter opphaveren seg at maleriene blir med i filmen, å filmfotografen unngå å medta dem i utsnittene sine, eller eventuelt fjerne dem i postproduksjonen.<sup>57</sup> At åndsverket medtas, selv i bakgrunnen, fremstår ikke lengre som en bagatell da dets utforming og kanskje eksistens i seg selv er det som skal vernes, ikke den verdi opphaveren taper ved at verket medtas. De samme hensynene gjør seg gjeldene også for de øvrige typer åndsverk.

Er det ikke-utgitte verket offentliggjort, men ikke overdratt til noen, er det mer problematisk. La oss si et maleri eller et annet kunstverk er offentliggjort i en midlertidig utstilling, men ikke lagt ut for salg. Verket er fortsatt opphaverens eiendom, og er ikke brakt i omløp, jf. åvl. § 8 andre ledd. En gallerist skal intervjues til et videoportrett og filmfotografen velger på grunn av lysforholdene i rommet tilfeldigvis et utsnitt hvor maleriet kommer med i

---

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 62

<sup>57</sup> Postproduksjonen er etterarbeid hvor filmbilder kan redigeres digitalt, for eksempel ved å fjerne elementer fra dem.



bakgrunnen. Opphaveren har da ikke lenger en like beskyttelsesverdig interesse i det at vedkommende selv skal få velge når og hvordan maleriet skal vises for allmennheten. Maleriet er jo allerede offentliggjort.

I dette konkrete tilfellet taler belønningshensynet for at slik bruk bør være tillatt ettersom opphaveren vil tjene på markedsføringen det innebærer at offentligheten gjøres kjent med at opphaverens verk eksisterer og er en del av utstillingen. Markedsføringsverdien medtakelse kan innebære for opphaveren, er ikke nevnt i relasjon til åvl. § 23a andre ledd. I forarbeidene trekkes dette imidlertid frem som en berettigelse av unntaket fra eneretten i den beslektede bestemmelsen åvl. § 25.<sup>58</sup> Markedsføringsverdien vil nok være større ved unntak etter åvl. § 25 da et vilkår etter bestemmelsen er at åndsverket inngår som ledd i en dagshending, og åndsverket da vil være mer dagsaktuelt. Men argumentasjonen er likevel gjeldende også for åvl. § 23a andre ledd. Å få vist frem sitt åndsverk vil være reklame for opphaverens arbeid.

For andre typer åndsverk vil slik medtakelse som regel ikke innebære en fullverdig opplevelse av det medtatte åndsverket, la det være en statue eller et fotografi, men kun fortelle om dets eksistens og dermed fungere som markedsføring. Dette gjelder ikke kategorisk, da det selvsagt er en balanse som kan falle ut slik at det medtatte åndsverket tilfører mer verdi til åndsverket det blir medtatt i enn motsatt.<sup>59</sup> Men forutsatt at bestemmelsens øvrige vilkår er innfridd vil dette være tilfellet. Det er en forutsetning for å gjøre unntak fra opphaverens enerett at medtakelsen er bagatellmessig, og det vil den åpenbart ikke være om verket som medtas er viktigere enn verket det medtas i.

Det samfunnsøkonomiske hensynet til å stimulere til produksjon av åndsverk taler også i et slikt tilfelle mot en streng forståelse av ordlyden. For å skille mellom et offentliggjort men ikke-utgitt, ikke-overdratt verk og et utgitt eller overdratt verk, må man kontakte opphaver eller lisenshaver. Visuell inspeksjon av et åndsverk vil ikke gi fra seg den informasjonen. En dokumentarfilmproduksjon, som i eksempelet ovenfor, vil derfor måtte bruke store ressurser på å klarere at det ikke tilfeldigvis kommer med noen offentliggjorte, men ikke-utgitte eller ikke-overdratte verk i filmen deres, selv om den aktuelle bruken er bagatellmessig. Å rette opp i slike upraktiske forhold er kjerneområdet til de minimis-prinsippet.

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 50.

<sup>59</sup> Se drøftelsen om verdien et verk tilfører et annet under punkt 4.4

Hensynet til at retten ikke skal bry seg om bagateller, gjør seg altså gjeldende i like stor grad for offentliggjorte verk som verk som kun er utgitt eller overdratt. De minimis-prinsippet taler dermed for at vilkåret om utgivelse her ikke bør tolkes for strengt. Dette støttes ved at i forslaget til ny åvl. § 23a andre ledd er vilkåret endret fra ”utgitt eller overdratt” til ”offentliggjort”.<sup>60</sup> Det ser derfor ut som man må la de minimis-prinsippet få gjennomslag for tolkningen av vilkåret slik at dette kun stiller krav om verket er offentliggjort, heller enn utgitt eller overdratt slik ordlyden lyder.

## 5.5 Verkets rolle i sammenhengen

Det endelige vilkåret i åvl. § 23a andre ledd er at åndsverket ”utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen”.

Fra forarbeidene kan man lese at vilkåret for å se bort fra opphaverens enerett er at åndsverket kommer med i bakgrunnen hovedmotivet befinner seg i. Det er likevel ikke tillatt å ”krydre bildet” med åndsverk, slik for eksempel et interiørmagasin kan tenkes å gjøre når de lager reportasjer med bilder av rom, hvor åndsverkene inngår som en del av helheten i interiørdesignerens utsmykning. I et slikt tilfelle har interiørdesigneren bevisst brukt åndsverk til å tilføre noe til bildet selv om de tilførte åndsverkene ikke utgjør hovedmotivet. Gjentatte visninger av et åndsverk kan også lede til at verket får en for fremtredende plass i sammenhengen.<sup>61</sup> Dette harmoniserer også med vilkåret i opphavsrettsdirektivet art. 5 nr. 3 bokstav i om at medtakelsen må være tilfeldig.

Hvorvidt åndsverket utgjør en del av bakgrunnen av et bilde, må avgjøres ut fra en komposisjonsteknisk vurdering. Så lenge verket befinner seg bak motivet som er i fokus i bildet, kan man se bort fra krenkelsen av opphaverens enerett jf. åvl. § 23a andre ledd. At åndsverket på motsatt vis befinner seg i forgrunnen, mens fokus er på et motiv lengre inn i bildet kan det gjøres unntak for med hjemmel i ordlyden ”[verket] (...) på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen”.

Det foreligger ingen praksis fra norske domstoler når det gjelder hvordan vurderingen gjøres. I saken U 2013 s. 3002 fra landsretten i Danmark (tilsvarende en norsk lagmannsrett) ble det imidlertid foretatt en vurdering gjort etter den tilsvarende danske bestemmelsen. Etter

---

<sup>60</sup> Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 190.

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 131.

Høyesteretts vektning av dansk Højesterets praksis i saker om opphavsrett vil det være nærliggende å tro at saken har noenlunde lik vekt som en norsk lagmannsrettsdom. Altså kan man ikke legge avgjørelsen til grunn like ukritisk som overrettspraksis.

Saksforholdet var at en nyhetsproduksjon til TV hadde besøkt hjemmet til de etterlatte etter et skipsforlis. I hjemmet hadde de etterlatte satt sammen en minneoppstilling om de omkomne som inneholdt et fotografi tatt av saksøker. Filmfotografen hadde under besøket gjort opptak av minneoppstillingen. Disse ble brukt i stillbildet på skjermen mens nyhetsoppleseren introduserte innslaget og i noen sekunder under selve innslaget. Forliset hadde skjedd noen uker i forveien, så bruken av fotografiet var ikke en dagshending etter dansk retts motsvar til åvl. § 25.<sup>62</sup>

Retten slo fast at fotografiet var bildets hovedmotiv da det fylte størsteparten av bildeflaten og det eneste andre forgrunns-elementet var et lite lys i høyre hjørne. Dette fremstår som uproblematisk etter bestemmelsens ordlyd. Mer interessant er det at retten tok avstand fra underinstansens vurdering av at bildet var underordnet i sammenhengen fordi innslaget og dets budskap kunne vært formidlet uten bruk av fotografiet. Det ble ikke gitt noen videre begrunnelse for denne avgjørelsen.<sup>63</sup> Det man ser, er at vurderingen av hvorvidt åndsverket spiller en underordnet rolle i sammenhengen, her ikke knyttet seg til nytteverdien av det i åndsverket det medtas i.

Dette gir også mening etter norsk rett. Riktig nok gjør belønningshensynet seg sterkere gjeldende i de tilfeller hvor medtakelsen av åndsverket bidrar i betingende grad til realiseringen av det nye åndsverket. Opphaverens interesse etter åvl. § 2 er imidlertid knyttet til å kunne verne om sin enerett til all offentliggjøring. At offentliggjøringen er av betydning for et annet verk blir da uvesentlig. Krenkelsen vil derfor ikke være mer bagatellmessig der medtakelsen ikke er en forutsetning for realiseringen av det åndsverket hvor krenkelsen skjer.

Ut fra det samfunnsøkonomiske hensynet til å stimulere til skapelsen av nye åndsverk er medtakelsen heller ikke berettiget i den grad den er unødvendig. Er medtakelsen, ut fra omstendigheter andre enn bildets komposisjon, såpass underordnet i sammenhengen at den

---

<sup>62</sup> U 2013 s. 3002 på side 3006.

<sup>63</sup> U 2013 s. 3002 på side 3006.

ikke spiller en avgjørende rolle, kan skaperen av det nye verket bare la være å foreta den. Dette behøver ikke stå i veien for produksjonen av nye åndsverk.

Hverken det samfunnsøkonomiske hensynet eller belønningshensynet kan dermed begrunne forskjellsbehandling av de tilfellene hvor det medtatte åndsverket har en nytteverdi i åndsverket det medtas i. At åndsverket ikke er en betingende faktor for åndsverket det medtas i er derfor ikke avgjørende i vurderingen av vilkåret i åvl. § 23a andre ledd om medtakelsen er underordnet i sammenhengen. Vurderingen må gå på om åndsverket spiller en underordnet rolle i sammenhengen komposisjonsmessig, selv om det ikke er en del av bakgrunnen, for eksempel om det er en del av forgrunnen, men ikke i fokus.

Om det er snakk om åndsverk som medtas i form av lyd, vil man også måtte gjøre en vurdering av hva som er bakgrunnen eller underordnet på lydsporet. I noen tilfeller er dette klart. For eksempel i lydsporet av et intervju med en person, hvor åndsverket som medtas utgjør en del av bakgrunnsstøyen. Med en teknisk analyse av lydsporet kan man undersøke om stemmen har et høyere desibelnivå enn det medtatte åndsverket, og på den måten si at åndsverket befinner seg i bakgrunnen. Et annet scenario er at man har et lydspor som utelukkende består av bakgrunnsstøy, hvor alle elementene i lydbildet har noenlunde samme volum, som for eksempel ved et etableringsbilde av en gate til en sekvens fra Oslo til en dokumentarfilm. Her er det vanskelig å si at åndsverket befinner seg i bakgrunnen, da det ikke står i relasjon til noe hovedmotiv. Likevel vil det være underordnet i sammenhengen i den grad poenget med det som skal formidles, ikke er åndsverket. I slike tilfeller vil det aktuelle åndsverket være med rent tilfeldig fordi det ble offentliggjort samtidig med at lydklippet ble innspilt.

Dette er også grunnen til at det ikke kan gjøres unntak fra eneretten for et lydspor som er satt sammen i et studio, hvor for eksempel et musikkverk er lagt i bakgrunnen av lydsporet til et intervju for å sette en stemning. Dette skyldes nettopp at musikkverkets medtakelse ikke er bagatellmessig og underordnet, men utgjør en essensiell del av det som formidles. Hensynet bak bestemmelsen er ikke at man fritt skal kunne velge og vrake i åndsverkene man vil medta i sitt nye åndsverk så lenge bruken er underordnet, men at man ikke skal hindres i sin skaperakt av de åndsverk som medtas fordi de befinner seg i ”skuddlinjen” for opptakene man gjør. Dette bringer oss til forbudet forarbeidene stiller opp mot å bruke verk som ”bildekrydder”.

## 5.6 Forbudet mot bildekrydder

Fra lovens forarbeider kan man som sagt lese at åvl. § 23a andre ledd ikke åpner for bruk av åndsverk til å krydre bildet.<sup>64</sup> I forarbeidene til den tilsvarende danske bestemmelsen (§ 23a stk. 3) fremheves det som eksempel åndsverk som kommer med som en *tilfeldig* bakgrunn for bildet.<sup>65</sup> Sett i sammenheng stilles det opp som et undervilkår at åndsverket ikke med vilje er plassert slik at det vil medtas i bildet, selv om det utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen.

For eksempel vil alle elementer i et bilde og lydsporet i en spillefilm som bruker lydteknikere og scenografer, være plassert der med vilje. Uavhengig av hvor underordnet rollen deres er i sammenhengen er det tatt et bevisst valg om hva som skal være med i hvert bilde. Alle elementene skaper i fellesskap den stemningen regissøren ønsker å formidle til publikum. Man er da i en situasjon hvor man ikke kan gjøre unntak fra opphaverens enerett til gjengivelse, jf. § 23a andre ledd, ved innspilling av en scene hvor et kunstverk figurerer i bakgrunnen. Er det derimot tale om en besøkende nyhetsproduksjon som gjør intervjuer på settet, og i den forbindelse får det samme kunstverket med i sine bilder, må disse kunne påberope seg regelen. Nyhetsproduksjonen har ingen kontroll med hvor filmproduksjonen plasserer åndsverk, og har derfor ikke bevisst ”krydret” bildene sine med dem.

I dansk litteratur hevdes det imidlertid at en TV som viser et program i bakgrunnen av en spillefilm, eller at en bok som viser bilder av noen som sitter på designstoler eller drikker av opphavsrettslig beskyttede kopper, ikke under noen omstendighet er en opphavsrettskrenkelse.<sup>66</sup> Litteraturen har rettskildemessig lavere vekt enn forarbeider, men kildene kan harmoniseres ved at slik bruk ikke er en krenkelse av opphavsrett forutsatt at bruken faktisk er tilfeldig jf. ovenfor.

Et annet motargument mot dette hensiktstvilkåret er at ingen åndsverk er tilfeldig plassert noe sted med mindre naturkrefter har bragt dem dit. Å skulle skille mellom en interiørreportasje fra noens private hjem og en reportasje hvor en interiørdesigner har innredet et hus fremstår ikke som åpenbart. Både privatpersonen og interiørdesigneren har ønsket å formidle et

---

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 131.

<sup>65</sup> 1994/1 LSF 119 – <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=111682>. Ingen sidetall. Hentet 06.10.2016.

<sup>66</sup> Schovsbo mfl. (2015) s. 289.

uttrykk, kanskje til og med gjennom de samme verkene. Det sentrale hensynet som skiller disse er belønningshensynet. Interiør- og scenografen søker å tjene penger på bruk av opphaverens verk. Det er rimelig at i den grad opphaveren bidrar til en fortjeneste gjennom bruk av verket sitt, har denne krav på en del av fortjenesten. Ved ikke å gjøre unntak fra eneretten, ivaretar man opphaverens forhandlingsposisjon. I tillegg har interiørdesigneren plassert verket med den hensikt at det kommer med i bildet, det har ikke privatpersonen.

For å kunne ta stilling til om man kan se bort fra krenkelsen gjengivelsen av verket i utgangspunktet innebærer, må det altså her vurderes hvorvidt verket var plassert i bildet med hensikt, eller om det tilfeldigvis kom med.

## 5.7 Gjentatt bruk av verk

Forarbeidene viser til sist til at det kan medføre krenkelse også der et verk gjennom gjentatte visninger får en mer fremtredende rolle for eksempel som ledd i en fjernsynssending.<sup>67</sup> Her er det ikke mulig å operere med et bestemt antall visninger som medfører krenkelse. Det må foretas en helhetsvurdering av det konkrete tilfellet. Et åndsverk som figurerer mindre prominent i bakgrunnen må for eksempel kunne vises oftere enn et mer sentralt plassert verk før det innebærer krenkelse. Man må vurdere hvert tilfelle av gjentatte visninger konkret og vurdere om gjengivelsen av åndsverket, på grunn av repetisjonen, fremstår som noe mer enn et tilfeldig bakgrunnelement.

Som et praktisk eksempel vil det fremstå som mindre bagatellmessig om samtlige intervjuer til en helaftens dokumentarfilm eller et lengre nyhetsinnslag filmes med et slikt utsnitt at et bestemt åndsverk kommer med i bakgrunnen. La oss si medtakelse av et maleri på en vegg; selv om medtakelsen ikke i utgangspunkt ble gjort for å krydre bildet, fører den gjentatte bruken til at åndsverket blir eksponert over lengre tid.

Videre vil gjentatte visninger også ha innvirkning på vurderingen av om bruken faktisk er tilfeldig. En filmfotograf gjør som hovedregel et bevisst valg av hva vedkommende tar med i komposisjonen sin. Dersom for eksempel et maleri i en nyhetsreportasje gjentatte ganger tas med i utsnittet, kan dette tyde på at det har blitt gjort et bevisst valg. Om produksjonen på den måten mener åndsverket bidrar til verdien av reportasjen har opphaveren krav til å gjøre sin enerett gjeldende.

---

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 131.

## 5.8 Den strafferettslige vurderingen

Åndsverkloven § 23a andre ledd er et unntak fra hovedregelen i åvl. § 2 ledd at opphaveren har enerett til offentliggjøring av sitt verk. Hvis vilkårene som er beskrevet ovenfor er oppfylt vil det i sivilrettslig forstand kunne gjøres unntak for bruk som i utgangspunktet ville vært en krenkelse av eneretten og erstatningsbetingende etter åvl. § 56.

Krenking av opphaverens rettigheter etter åvl. § 2 kan imidlertid også medføre straff etter åvl. § 54 første ledd bokstav a. Som vi så i punkt 2.2.3 innsnevrer legalitetsprinsippet tolkningsrommet ikke bare for straffebestemmelser, men også bestemmelser for straffrihet ved at det ikke kan innfortolkes vilkår som fremkommer av forarbeider men som ikke kan leses ut av bestemmelsens ordlyd. Straff er en av de mest inngripende handlingene statsmakten kan utøve på individet. Dette gjelder spesielt § 54 første ledd som rammer de uaktsomme handlinger som i utgangspunktet har lav straffverdighet, så lav at departementet foreslår å sløyfe disse fra den nye åndsverkloven.<sup>68</sup> Lovtolkning med straff som resultat må derfor ha solid forankring i bestemmelsenes ordlyd for å ikke å gå utover de skranker legalitetsprinsippet setter.<sup>69</sup>

Det er som nevnt i punkt 2.2.3 derimot ikke noe slikt krav om forankring i lovens ordlyd for å senke terskelen for straffrihet, så det er ingen konflikt mellom de minimis-prinsippets innvirkning på tolkningen av bestemmelsen og legalitetsprinsippet.

Spørsmålet blir derfor om vilkårene om fravær av hensikt bak medtakelsen av åndsverket og gjentakelser av en viss grad kan leses klart ut fra ordlyden, eller om dette innfortolkes fra forarbeidene.

Ordlyden er ”såfremt verket utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen”.

At åndsverket utgjør en del av bakgrunnen stiller ut fra naturlig språklig forståelse ingen krav til hvordan det kom til å utgjøre denne delen av bakgrunnen. Ordvalget leder til en rent komposisjonsteknisk vurdering, hvor det avgjørende er verkets posisjon i bildet i forhold til hovedmotivet. Hvordan og hvorfor åndsverket er en del av bakgrunnen fremstår som likegyldig. Det samme gjelder frekvensen av bilder hvor åndsverket er en del av bakgrunnen.

---

<sup>68</sup> Punkt 10.6.3 i Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 310.

<sup>69</sup> NOU 2002:4 Ny straffelov s. 87.

En serie intervjuer foran det samme verket av Pushwagner, selv hvor bildet er hengt på veggen av regissøren, endrer ikke det faktum at intervjuobjektet er hovedmotiv og åndsverket en del av bakgrunnen. Hensiktsvilkåret og gjentakelsesvilkåret kan således ikke leses ut fra bestemmelsens ordlyd.

At åndsverket på en annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen tilsier imidlertid at det må gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av hva som er overordnet og hva som er underordnet i avisen, tidsskriftet, boken, filmen eller kringkastingsinnholdet man vurderer.

I enhver sammenheng vil noe være overordnet og noe underordnet. Den juridiske øvelsen vil bestå i å identifisere alle elementene som inngår i sammenhengen, rangere disse fra mest til minst underordnet og se hvor det omstridte verket befinner seg i rangeringen. At noe er overordnet betyr ikke at det må være fullstendig dominerende. I en sammenheng med flere nesten like viktige elementer er det etter ordlyden således nok at det finnes ett element som er overordnet det medtatte verket. Underordnet betyr heller ikke ut fra naturlig språklig forståelse at noe er vilkårlig. At åndsverket er hensiktsmessig medtatt i bildet vil derfor kunne spille inn som et moment i denne vurderingen, men kan ikke etter ordlyden være avgjørende i seg selv.

I dansk praksis har man lagt vekt på hvor stor bildeflate åndsverket opptar, hvor i komposisjonen verket befinner seg og hvilken sammenheng bildet inngår i for å avgjøre om et verk er hovedmotivet, altså overordnet (riktignok etter åvl. § 24 andre ledd).<sup>70</sup> Åndsverket kan likevel oppta nesten hele bildeflaten og fremstå som subjektet, men fortsatt spille en underordnet rolle i sammenhengen. Bildet kan for eksempel inngå i en mosaikk-kollasj som gjengir et motiv hvor åndsverket er gjengitt på grunn av fordelingen av fargetoner i fotografiet. En slik mosaikk-kollasj består av flere selvstendige bilder som til sammen utgjør et eget motiv, se eksempel nedenfor i figur 1. Selv om åndsverket klart er hovedmotivet i det ene bildet og fyller nesten hele bildeflaten er åndsverket da irrelevant i mosaikk-kollasjen. Verket i seg selv er således totalt underordnet i sammenhengen, selv om det er sentralt i det ene bildet.

---

<sup>70</sup> Danmark U2001/1691H på side 1698.





Figur 1 - "Barack Obama: A mosaic of people" av Charis Tsevis.<sup>71</sup> Et eksempel på en mosaikk-kollasj, som i dette tilfellet gjengir et portrett av USAs tidligere president Barack Obama bygget opp av flere små fotografier.

Motsetningsvis, om det for eksempel i et tidsskrift gjøres en reportasje om en fotograf som tar bilder av kunstverk i en bestemt stil, hvor kunstverkene utgjør en liten del av bakgrunnen vil bruken ikke være underordnet i sammenhengen. At man ut fra stilmessige hensyn velger en komposisjon hvor subjektet ikke trer i forgrunnen kan ikke gis avgjørende vekt. Grunnen til at bildet er tatt med i reportasjen er at verket befinner seg i bakgrunnen. Det er verket som er interessant i sammenhengen.

Et eksempel som er mer i grenseland er det ovennevnte med Pushwagner i bakgrunnen av en serie intervjuer. I hvert enkelt bilde vil intervjuobjektet fremstå som overordnet, men i sammenheng kan gjentakelsen av verket medføre at det trer fram som overordnet. Snakker intervjuobjektene kun om verket, er det klart at det ikke er underordnet i sammenhengen (men bruken kan vurderes opp mot sitatretten i § 22). Det samme blir tilfellet der det bidrar til det estetiske uttrykket gjennom hensiktsmessige gjentakelser at det trer fram som overordnet.

## 5.9 Konklusjon

Åndsverkloven § 23a andre ledd gjør unntak for opphaverens enerett i tilfeller hvor bruken av et åndsverk skjer i bakgrunnen eller er underordnet i sammenhengen på annet vis. De minimis-prinsippet leder til at man må utvide rammen for når man kan se bort fra en

---

<sup>71</sup> Gjengitt med Creative Commons lisens: Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 Generic (CC BY-NC-SA 2.0) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/> .

krenkelse av opphaverens enerett på grunnlag av bestemmelsen. For å avgjøre om bruken er bagatellmessig må det gjøres en konkret vurdering av den aktuelle bruken. Det avgjørende i vurderingene blir om bruken tilsvarer noe mer enn et bakgrunns-element eller en underordnet rolle i sammenhengen. Etter forarbeidene vil gjentatte medtakelser av verket være et moment som taler for at bruken er en krenkelse, mens det er et absolutt vilkår at verket ikke er medtatt med hensikt.

Om retten står overfor et spørsmål om straff etter åvl. § 23a andre ledd jf. § 54 første ledd, gjør legalitetsprinsippet jf. grl. § 96 og EMK art. 7, at man ikke kan innfortolke tilleggsvilkår utover ordlyden i straffrihetsbestemmelsen som § 23a andre ledd er. Det er derfor ikke et absolutt vilkår at verket ikke er medtatt med hensikt. Det må likevel i straffesaker foretas en vurdering av hvorvidt verket befinner seg i bakgrunnen og en skjønnsmessig vurdering av om det er underordnet i sammenhengen.

## **6 Åndsverkloven § 24 andre ledd**

### **6.1 Generelt**

Åndsverkloven § 24 andre ledd gjelder avbildning av visse kunstverk og fotografiske verk. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Kunstverk og fotografisk verk kan også avbildes når det varig er satt opp på eller ved offentlig plass eller ferdselsvei. Dette gjelder likevel ikke når verket klart er hovedmotivet og gjengivelsen utnyttes ervervsmessig.”

Bestemmelsens andre punktum inneholder enda en lovfestet variant av de minimalis-prinsippet.<sup>72</sup> Her er ett av de to kumulative vilkårene for at det kan gjøre unntak fra opphaverens enerett at det avbildede verket ikke ”klart” utgjør ”hovedmotivet”. Begrunnelsen for bestemmelsen er at disse offentlige verkene har endret byens og landskapets fysiske framtoning på samme måte som et tre, en bergknaus eller et hus. Ingen opphaver kan ha enerett på å gjengi den ytre natur eller kulturlandskap som verket har blitt en del av.<sup>73</sup> Det andre kumulative vilkåret er at gjengivelsen ikke ”utnyttes ervervsmessig”. At lovgiver har knyttet disse to vilkårene sammen i dette tilfellet tyder på at ervervsmessig utnyttelse kan veie

---

<sup>72</sup> Schovsbo mfl. (2015) s. 289. Om den tilsvarende danske bestemmelsen.

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 63.

mot ulovfestet bruk av de minimis-prinsippet. Jeg vil derfor se nærmere på hvordan belønningshensynet og de minimis-prinsippet må vektas også for dette vilkåret. Men først vil jeg se nærmere på hva slags avbildninger og åndsverk åvl. § 24 andre ledd omfatter.

## 6.2 Avbildningen og verket

Forarbeidene til åvl. § 24 andre ledd lister opp så å si samtlige metoder for avbildning. Avbildningsbegrepet må derfor tolkes teknologinøytralt også her. Dette er i samsvar med forståelsen av øvrige begrep i loven.<sup>74</sup> Spørsmålet blir igjen om bestemmelsen strengt gjelder kunstverk og fotografiske verk eller om den også kan anvendes analogisk for andre typer åndsverk på grunnlag av de minimis-prinsippet.

I forarbeidene drøftes det ikke hvorfor man har valgt denne avgrensingen i bestemmelsen. Historisk har nok de mest aktuelle verkene for bestemmelsens virkeområde vært skulpturer og lignende kunstinntallasjoner, da det som regel er slike åndsverk som varig blir satt opp utendørs. Det snakkes om åndsverk som føyer seg like naturlig inn i bybildet som broer, skip og bygninger (disse kan fritt avbildes etter åvl. § 24 tredje ledd<sup>75</sup>), og da fremstår det for meg som naturlig å bruke ordlyden ”kunstverk”. Fotografisk verk kom med ved innlemmelsen av fotografiloven i åndsverkloven på 1990-tallet, også da uten å drøfte hvorfor de øvrige åndsverkene ble utelatt.<sup>76</sup>

I forslaget til ny åndsverklov har man sløyet denne avgrensningen til kunstverk og fotografiske verk og heller valgt ordlyden ”verk”, sammenfallende med ordlyden ”works” i opphavsrettsdirektivet art. 5 nr. 3 bokstav h.<sup>77</sup> Etter direktivet er det ikke avgjørende hva slags åndsverk det er snakk om. Så lenge åndsverket er laget for å være varig plassert på en offentlig plass, er det rom for å gjøre unntak fra opphaverens enerett.

I praksis er dette særlig viktig for kart oppstilt på offentlig plass (typisk i en park eller bysentrum) eller ferdselsvei og litterære verk i form av plansjer o.l. ved historiske steder. Slike åndsverk er spesielt utsatt for å bli avbildet da de på samme måte som statuer inngår som en naturlig del av landskapets fysiognomi og er plassert på steder det hyppig lages avbildninger. Det samme gjelder reklameplakater som ikke er fotografiske verk eller

---

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 63.

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 131.

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 54 (1994-1995) s. 38.

<sup>77</sup> Punkt 5.17.6.4 Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 180.

kunstverk. Etter ordlyden i åvl. § 24 andre ledd kan det ikke gjøres unntak for bruk av slike verk i avbildninger, selv der verket ikke er hovedmotivet og utnyttelsen ikke er ervervsmessig.

Det vil være svært upraktisk ikke å kunne gjøre unntak for avbildninger hvor et åndsverk i form av en grafisk reklameplakat (kontra en fotografisk reklameplakat) kommer med, for eksempel fra en travel handlegate hvor det henger dusinvis slike plakater, og det lages utallige avbildninger i løpet av en dag. Spørsmålet er om det finnes en begrunnelse for at det ikke er åpnet for et slikt unntak i bestemmelsens ordlyd i de legislative hensynene bak den?

Åndsverk som er varig oppsatt ved offentlig plass eller vei lages som hovedregel på oppdrag, så insentivhensynet gjør seg like sterkt gjeldende for alle åndsverk. Både kartet, reklameplakaten og statuen er som hovedregel betalt for når den er satt opp. Det er ikke slik at opphaveren til noen av disse åndsverkene som regel forventer en fremtidig fortjeneste på arbeidet sitt. Dette betyr at belønningshensynet gjør seg like sterkt gjeldende for de åndsverkene som ordlyden åpner for å gjøre unntak for, som for de øvrige åndsverkene det ikke gjøres unntak for. At opphaveren har blitt betalt for sin opprinnelige skapende innsats betyr likevel ikke at andre skal få nyte en økonomisk fordel av åndsverket. Åvl. § 24 andre ledd gjør derfor ikke unntak for ervervsmessig bruk av verket. Også dette gjelder for alle typene av åndsverk. Det man da ser er at både belønningshensynet og insentivhensynet i like stor grad berettiger unntak fra de øvrige åndsverkene som for fotografiske verk og kunstverk.

I behovet for å kunne avbilde landskapet rundt seg inngår den andre siden av det samfunnsøkonomiske hensynet, som søker å tilrettelegge for produksjon av nye åndsverk. Ved å gjøre unntak for den bruken som skjer når det i et nytt åndsverk medtas et allerede eksisterende åndsverk, som er en del av landskapet, sørger man for at det kan skapes nye åndsverk til dels basert på åndsverkene i sin samtid. Etter denne siden av det samfunnsøkonomiske hensynet, kommer man i en uholdbar situasjon om ikke unntaket i åvl. § 24 andre ledd forstås slik at det gjelder alle åndsverk. Ta for eksempel maleren eller dokumentarfotografen som vil lage en avbildning av den ovennevnte handlegaten. Om de måtte sensurere bort alle grafiske plansjer, kart og reklameplakater som kom med i avbildningens komposisjon, hadde det ikke lengre vært en sann avbildning av motivet deres. Å tillate sanne gjengivelser av verden må dog i noen tilfeller tre tilbake for andre hensyn, for eksempel der TV-produksjoner må slukke ansiktene til personer de filmer, på grunn av at hensynet til personvernet veier sterkere enn hensynet til ytringsfriheten i disse tilfellene. Det

er imidlertid ingen slike hensyn som gjør seg gjeldende i sterkere grad for de åndsverkene ordlyden i åvl. § 24 andre ledd gjør unntak for, og dem den ikke gjør unntak for.

Rent praktisk er det en stor jobb å sensurere avbildninger for visse typer åndsverk. Dette gjelder særlig for dokumentarfotografen som ikke kan bestemme hva som gjengis av kameraet og ikke. Alternativet, å søke tillatelse hos alle opphaverne til åndsverkene som medtas i avbildningen, fremstår heller ikke som særlig praktisk. Gjennom disse praktiske eksemplene ser man nødvendigheten av å gi de minimis-prinsippet vekt i tolkningen av bestemmelsen. Som drøftelsen ovenfor viser griper ikke unntaket i åvl. § 24 andre ledd inn på de hensynene regelverket skal verne, og de minimis-prinsippet bør derfor få avgjørende vekt. Dersom det ikke gjøres unntak for de bagatellmessige krenkelsene av alle typer åndsverk som er varig satt opp på eller ved offentlig plass eller ferdselsvei, blir rettstilstanden uholdbar.

Rettskildemessig ser det altså ut som om man står uten en fornuftig begrunnelse for hvorfor ordlyden kun gjør unntak for kunstverk og fotografiske verk. Hensynene i forarbeidene som ligger til grunn for ordlyden, lovens etterarbeider og opphavsrettsdirektivet art. 5 nummer 3 bokstav h taler alle for at de minimis-prinsippet må få avgjørende vekt i tolkningen slik at åvl. § 24 andre ledd gjelder analogisk også for de åndsverk som ikke er fotografiske verk eller kunstverk.

Det ser derfor ut som man må tolke åvl. § 24 andre ledd analogisk slik at unntaket gjelder for alle typer åndsverk. Da kan man endelig gå videre til selve bagatellmessighetsvurderingen i bestemmelsen. Det stilles opp to vilkår for unntak: åndsverket kan ikke klart være hovedmotivet i avbildningen og bruken kan ikke være ervervsmessig.

### **6.3 Hovedmotivet**

Det første av de to kumulative vilkårene for unntak etter bagatellmessighetsvurderingen i åvl. § 24 andre ledd er at åndsverket ikke klart er hovedmotivet i avbildningen. Bestemmelsens ordlyd legger med formuleringen ”klart er hovedmotivet” opp til at det skal være relativt åpenbart at det beskyttede verket er hovedmotivet for bildet.

Forarbeidene legger også opp til en streng forståelse av vilkåret. Det vises til at bestemmelsens begrunnelse er at åndsverket har blitt en del av landskapet, men at det ikke

berettiger isolert gjengivelse av åndsverket.<sup>78</sup> At noe isoleres vil si at det adskilles fra alt rundt seg. Dette kan skje ved at åndsverket er i fokus for avbildningen, det vil si at åndsverket er skarpt gjengitt mens det omkringliggende landskapet er uskarpt. Om hele motivet er i fokus kan åndsverket isoleres ved å komponere avbildningen slik at det trer frem fra de omkringliggende elementene i avbildningen. Dette kan gjøres ved å plassere åndsverket i det gyldne snitt, plassere åndsverket slik at det fysisk tar opp et større volum av bildeflaten, ved at linjene i bildet leder til åndsverket eller ved at åndsverket fargemessig er isolert fra avbildningens øvrige elementer. Åndsverket kan også avbildes faktisk isolert ved at landskapet omkring gjengis utydelig, eller ikke i det hele tatt, ved bruk av fotobehandlingsprogrammer som Adobe Photoshop og lignende. I slike tilfeller vil det være klart at åndsverket er hovedmotivet for avbildningen.

I mange avbildninger er imidlertid forholdene ikke så avklarte. Linjene og symmetrien i avbildningen kan for eksempel lede oppmerksomheten til åndsverket, mens fokus ligger på et annet element som opptar mer av bildeflaten. Eller motsatt, åndsverket kan være i fokus og oppta store deler av bildeflaten, mens linjene og symmetrien leder oppmerksomheten mot et annet element. Hvordan avgjør man i praksis slike tvilsspørsmål?

Spørsmålet har foreløpig ikke vært oppe for norske domstoler, men dansk Høyesterett kom i 2001 fram til at vurderingen av den tilsvarende danske bestemmelsen beror på det samlede helhetsinntrykk selve bildet gir, hvor bildet er brukt og anledningen til at kunstverket er tatt med i bildet.<sup>79</sup> Som nevnt i punkt 2.2.2, har Høyesterett lagt vesentlig vekt på nordisk rettspraksis på opphavsrettens område på grunn av det nordiske lovsamarbeidet. Den danske bestemmelsen gjør kun unntak for ”kunstværk”, men har ellers likt innhold som åvl. § 24 andre ledd. I mangel av motstridende norsk praksis må den danske dommen derfor tillegges betydelig vekt når det gjelder dette spørsmålet.

Dommen gjaldt en brosjyre som viste to bilder av samme vikingskipskulptur, hvorpå skulptøren krevde vederlag for gjengivelsen. På grunnlag av at vikingskipet opptok en mindre plass av bildeflaten, at det befant seg i bakgrunnen, og at meningen med oppslaget var å vise frem en banks ansatte og dens produkter, fant dansk Høyesterett at det ikke utgjorde

---

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 133

<sup>79</sup> Danmark U2001/1691H på side 1698.

hovedmotivet. At kunstverket i stor grad bidro til symmetrien i de to bildene, og at det var sentralt plassert, gjorde det heller ikke til hovedmotiv i lovens forstand.

Vurderingen er altså delt mellom en komposisjonsteknisk vurdering av hva som er bildets hovedmotiv, og hva intensjonen bak bildet var. I den ovennevnte dommen var verket avbildet som en del av et større gatebilde som utgjorde bakgrunnen, mens personene i forgrunnen var i fokus. Om man tenker seg en komposisjon hvor personene i forgrunnen fortsatt er i fokus, men bakgrunnen totalt er dominert av verket, vil vurderingen kunne gå motsatt vei. Også for denne bestemmelsen vil sammenhengen kunne ha avgjørende betydning, slik man så for åvl. § 23a andre ledd. Hadde brosjyren omhandlet omvisninger til skulpturer i byen, istedenfor bankansatte og deres produkter, ville dette etter den danske domstolens argumenter veid i retning av at vikingskipet var hovedmotivet.

Hva som er avbildningens hovedmotiv avgjøres ut fra en delt komposisjonsteknisk vurdering, og en vurdering av hva intensjonen med avbildningen har vært. Der åndsverket finnes å være hovedmotivet i avbildningen kan det ikke gjøres unntak fra eneretten etter åvl. § 24 andre ledd. Det neste vilkåret som må være oppfylt for å gjøre unntak etter bestemmelsen er at bruken av avbildningen ikke er ervervsmessig.

#### **6.4 Ervervsmessig**

Det andre kumulative vilkåret er at gjengivelsen ikke utnyttes ervervsmessig. Fra forarbeidene kan man se noen praktiske eksempler på slik utnyttelse:

”I forbindelse med en ervervsmessig utnyttelse av slike verk, f.eks. ved produksjon av postkort, kan det synes urimelig at det kan skje uten krav om opphavsmannens samtykke. Det er også eksempler på at slik avbildning er skjedd på øl-briketter og på annen måte i reklame for egen bedrift.”<sup>80</sup>

Det vises her både til direkte ervervsmessig bruk ved salg av avbildningen, og indirekte ervervsmessig bruk ved å bruke avbildningen til å skape verdier som ikke er direkte knyttet til salg av avbildningen. Etter belønningshensynet har opphaveren for det første en interesse i å ta del i den verdi som oppstår gjennom den ervervsmessige aktiviteten. Men vel så viktig, særlig der avbildningen brukes til reklame, er hensynet til at opphaveren selv må kunne

---

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 132.

bestemme hvilken type bedrifter (eller andre rettssubjekter som driver ervervsmessig aktivitet) vedkommendes åndsverk skal assosieres med.

Kravet om at utnyttelsen ikke kan være ervervsmessig, stilles etter ordlyden kun til *bruken* av avbildningen.<sup>81</sup> Begrepet er ikke omtalt i forarbeidene til åvl. § 24 andre ledd, men når det gjelder åvl. § 12, sier forarbeidene at ervervsmessig bruk innebærer at avbildningen brukes til å tilegne seg noe ved salg eller bytte.<sup>82</sup> Det samme må kunne legges til grunn for åvl. § 24 andre ledd. Det er altså ikke et krav om at avbildningen brukes for å tjene penger. Erverv av naturalia og tjenester må etter forarbeidene også omfattes av begrepet.

Opphavsrettsdirektivet art. 5 nr. 3 bokstav h stiller ikke opp noe vilkår om at bruk av åndsverk plassert på offentlige steder ikke kan være ervervsmessig. Det er altså rom for å gjøre unntak både fra den ervervsmessige og den ikke-ervervsmessige bruken etter direktivet.

Opphaveren har som sagt interesse i å ta del i den verdi som oppstår ved ervervsmessig bruk av åndsverket sitt. Men visse verdier vil likevel være så små, eller av en slik art, at de vil fremstå som bagatellmessige. De minimis-prinsippet må derfor kunne vektlegges i tolkningen av begrepet, men denne vekten vil bli proporsjonalt mindre i forhold til den verdi som oppstår ved den ervervsmessige bruken.

Insentivhensynet tilsier at man bør tillate en viss bruk av åndsverk i avbildninger, der avbildningen også er et åndsverk. Det er derfor nødvendig å identifisere momenter som kan brukes for å trekke linjen mellom den ervervsmessige bruk av åndsverk som hovedmotiv, som det *kan* gjøres unntak for etter de-minimis prinsippet, og de tilfeller der det ikke kan gjøres unntak fra lovens ordlyd. I det følgende vil jeg se nærmere på hvordan ervervsmessig bruk defineres i opphavsretten, og hvilke momenter man kan benytte for å skille den bagatellmessige ervervsmessige bruken fra den ikke-bagatellmessige.

## **6.5 Indirekte- og direkte ervervsmessig bruk**

For åndsverk generelt kan ervervsmessig bruk skje direkte, ved at man overdrar avbildningen og mottar en motytelse, eller indirekte ved at man offentliggjør åndsverket i en sammenheng

---

<sup>81</sup> I forslaget til ny åndsverklov har kulturdepartementet endre ”utnyttes” til ”brukes” uten at det innebærer en realitetsendring. Punkt 5.17.6.4 i Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 180.

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 32.



som er ervervsmessig. Dette ble slått fast av Høyesterett i bedriftsmusikkdommen for musikkverk, hvor det ble fremholdt at det å spille av et radioprogram i et fabrikklokale fremmet den ervervsmessige aktiviteten.<sup>83</sup> Avbildninger kan ha samme funksjon gjennom å bidra til et trivelig arbeidsmiljø, som igjen kan tenkes å bidra til økt produktivitet. Det kan derfor antas at det som gjelder for musikkverk også må gjelde for denne gruppen åndsverk. Man står da overfor et enormt bruksområde som vil være å anse som ervervsmessig, fra å bytte avbildningen mot hagearbeid mellom naboer til å henge den på veggen i en fabrikk.

For offentliggjøring av verk slo Høyesterett i bedriftsmusikkdommen fast at det ikke innebar en krenkelse av opphaverens rettigheter etter åvl. § 2 å benytte musikkverk innenfor den private sfære, og at forsamlingen på en arbeidsplass kan være privat i opphavsrettslig forstand så lenge den er liten nok til at tilknytningen mellom arbeiderne er like intim som en familie- eller vennekrets.<sup>84</sup> Fra dommen fremgår det at et mindre kontorfellesskap derfor kan være privat, så lenge de intime båndene som kjennetegner en privat forsamling eksisterer mellom dem som jobber der. Et fabrikklokale i en industribedrift hvor 180 personer har tilgang på åndsverket, vil derimot ikke være en privat forsamling, fordi slike intime bånd umulig kan eksistere mellom så mange personer.

Om man ikke krenker opphaverens rettigheter ved å bruke avbildningen i en privat sammenheng, er det heller ikke nødvendig å se bort fra denne krenkelsen ved å benytte unntaksregelen i åvl. § 24 andre ledd. Disse tilfellene faller derfor utenfor oppgavens problemstilling. Den resterende indirekte ervervsmessige bruk av avbildninger hvor et åndsverk er hovedmotiv, vil i utgangspunktet innebære en krenkelse av opphaverens enerett.

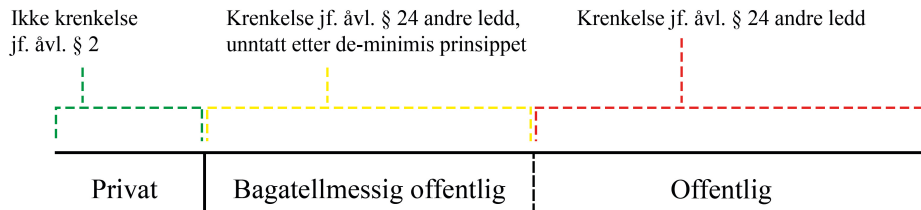
Spørsmålet er da om det eksisterer et rom for bruk som er offentlig, men som det likevel må gjøres unntak fra etter de minimis-prinsippet. Et slikt eventuelt rom har jeg illustrert med det gule stiplede området i figur 2 nedenfor. Figuren illustrerer hvordan man ved privat indirekte ervervsmessig bruk ikke krenker åvl. § 2, mens all bruk som overskrider grensen for det private i utgangspunktet er en krenkelse jf. åvl. § 24 andre ledd. Mellom det offentlige og det private kan det tenkes at det må gjøres unntak for den bagatellmessige offentlige bruken jf. de minimis-prinsippet.

---

<sup>83</sup> Rt. 1953 s. 633 på s. 638.

<sup>84</sup> Rt. 1953 s. 633 på s. 637.

## Krenkelse ved indirekte ervevsmessig bruk



Figur 2 - Terskelen for krenkelse av åvl. § 2 ved indirekte ervevsmessig bruk av åndsverk som hovedmotiv i en avbildning jf. åvl. § 24 andre ledd.

Underproblemstillingen blir dermed om all indirekte ervevsmessig bruk av et åndsverk utgjør en krenkelse etter åvl. § 2, eller om det kan gjøres unntak for bagatellmessig indirekte ervevsmessig bruk etter de minimis-prinsippet. Hvis dette kan besvares bekreftende, blir det videre nødvendig å identifisere momenter som kan tillegges vekt i vurderingen av hvorvidt det har skjedd en krenkelse.

### 6.6 Indirekte ervevsmessig bruk av avbildning i arbeidsmiljø

For å finne den øvre grensen for hva som ikke er bagatellmessig kan man for indirekte ervevsmessig bruk, ved arbeidsmiljøforbedrende tiltak, se til vurderingen i bedriftsmusikkdommen. I dommen var forholdene som sagt slik at åndsverkene ble offentliggjort for samtlige av arbeiderne i fabrikklokale med ca. 180 arbeidere. Om en avbildning blir brukt på tilsvarende måte vil det klart ikke være bagatellmessig. Det vil si at avbildningen blir utstilt i en bedrifts lokaler slik at en tilsvarende mengde mennesker eksponeres for den. For eksempel vil et stort eksemplar av et avbildet åndsverk høyt på veggen i et større åpent kontorlandskap klart utgjøre en krenkelse av opphaverens enerett. Dette kan potensielt bidra til arbeidsmiljøet og skape gevinst for bedriften på samme måte som avspillingen av åndsverk i bedriftsmusikkdommen. Både insentivhensynet og belønningshensynet gjør seg her gjeldende i full kraft. I den grad opphaverens åndsverk bidrar til bedriftens verdiskapning bør opphaveren få ta del i den. Det er praktisk enkelt for en

bedrift å gjøre innkjøp av slike avbildninger slik at opphaverens enerett ivaretas, så de minimis-prinsippet kan ikke virke inn på disse tilfellene.

Den nedre grensen er privat bruk av åndsverket. I bedriftsmusikken ble en privat forsamling angitt som en ”snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd”.<sup>85</sup> Førstvoterende la særlig vekt på antall personer fordi relasjonene som gir forsamlingen en privat karakter, vanskelig vil kunne oppstå i større grupper.

Over denne nedre grensen for hva som åpenbart ikke er en krenkelse må man vurdere hver sak konkret, for å se om det kan gjøres unntak også for den ervervsmessig indirekte bruken av avbildningen etter de minimis-prinsippet. I vurderingen må det tas tilbørlig hensyn til at bruken av det avbildede åndsverket i utgangspunktet kun er indirekte ervervsmessig. Sammenhengen mellom bruken og den fortjenesten opphaveren går glipp av er ikke særlig konkretisert, og vil vanskelig kunne måles. Krenkelsen som foreligger er derfor av mindre graverende art, sammenlignet med eksemplene som ble fremholdt som begrunnelse for åvl. § 24 andre ledd i forarbeidene, hvor det gjaldt salg av postkort og bruk av avbildningen i reklame.<sup>86</sup> Det vil være vanskelig å sette en bestemt grense for når man skal se bort fra krenkelsen, men at det kan gjøres unntak for den bagatellmessig offentlige bruken av avbildningen (se figur 2) fremstår som holdbart. De hensyn som begrunner eneretten gjør seg ikke gjeldende for all bruk over terskelen av den private.

Rettsanvenderen må derfor i hvert tilfelle gjøre en avveining av de momentene som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken. For bedømmelsen av om indirekte ervervsmessig bruk i arbeidsmiljøet er bagatellmessig har jeg identifisert verkets plassering og kumulasjon av krenkelser som de to sentrale momentene. Disse vil bli behandlet i det følgende.

---

<sup>85</sup> Rt. 1993 s. 633 på side 637.

<sup>86</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 132.

## 6.7 Momenter for å bedømme om indirekte ervervsmessig bruk i arbeidsmiljø er bagatellmessig

### 6.7.1 Verkets plassering

Åndsverkets plassering er det mest sentrale momentet i vurderingen av om den indirekte ervervsmessige bruken av et avbildet åndsverk er bagatellmessig etter åvl. § 24 andre ledd. Jeg kaller dette plasseringsmomentet. I motsetning til åndsverk i form av lyd, som ble behandlet i bedriftsmusikkdommen, vil en avbildning kun bli eksponert for dem som har visuell kontakt med den. At bedriftslokalet hvor avbildningen henger har 180 arbeidere betyr ikke nødvendigvis at alle 180 ser den. Her vil spennet gå fra at det henger på et kontor hvor bare en person har tilgang, til den enkeltes avlukke i et åpent kontorlandskap, til et åpent møterom, til en travel gang og til sist, eksempelet hvor avbildningen henger i et kontorlandskap med 180 arbeidere.

Enkeltmannskontoret innebærer ikke en krenkelse etter åvl. § 2. Dette er den enkelte arbeiders private område, hvor vedkommende selv bestemmer hvem som skal få komme inn. Der avbildningen er plassert i et avlukke, er det nok i nedre grenseland mellom det private og det bagatellmessig offentlige. Selv om avbildningen hovedsakelig tilgodeser den enkelte arbeider, vil den også bidra til arbeidsmiljøet til enhver forbipasserende. Et åpent møterom som er tilgjengelig for alle ansatte (i en bedrift av en viss størrelse) er i øvre grenseland mellom det bagatellmessig offentlige og det offentlige, men det kan tenkes at det må gjøres et de minimis-unntak her ut fra den faktiske bruken av rommet. Brukes møterommet hovedsakelig av en gruppe med privat tilknytning til hverandre, kan det muligens se bort fra bruken, selv om en og annen person utenfor gruppen også benytter møterommet. Er åndsverket plassert i en travel gang, for eksempel i entréen hvor samtlige ansatte passerer, må de øvrige momenter tale sterkt for unntak for at de minimis-prinsippet skal veie tyngre enn belønningshensynet.

I bedriftsmusikkdommen ble det lagt vekt på at en bedrift som var en privat forsamling var et ”lukket lag”, lik en familiekrete.<sup>87</sup> Møtevirksomhet, hvor det kommer inn eksterne aktører i lokalet hvor avbildningen henger, vil da i utgangspunktet innebære at bruken ikke lengre er privat selv om bedriften i seg selv er det. Her må man likevel ha for øye at det som vurderes er om bruken er ervervsmessig. Selv om bruken ikke lengre er privat etter en tolkning av

---

<sup>87</sup> Rt. 1953 s. 633 på side 637

åvl. § 2 kan det tenkes situasjoner hvor møtevirksomheten er av så begrenset omfang, eller av en slik art, at bruken av det avbildede åndsverket må klassifiseres som bagatellmessig. Det klart ikke-bagatellmessige ervervsmessige vil være møter med klienter og kunder hvor bruken av det avbildede åndsverket vil være en del av den potensielle fortjenesten som kan oppnås med møtet. I motsatt ende har man møter med for eksempel ideelle organisasjoner eller der bedriften driver veldedighet på egenhånd.

Gjennomgående er vurderingen av plasseringsmomentet slik at desto flere personer som blir eksponert for avbildningen, desto større vekt får belønningshensynet på bekostning av de minimis-prinsippet. Det må derfor gjøres en konkret vurdering av plasseringsmomentet i hver enkelte sak. Dersom det viser seg at bruken i utgangspunktet er indirekte ervervsmessig, men at den i det konkrete tilfellet må klassifiseres som bagatellmessig, kan det gjøres unntak fra eneretten etter åvl. § 24 andre ledd.

### **6.7.2 Kumulative krenkelser**

Det neste momentet er verdien av de kumulative krenkelser opphaveren utsettes for. Hensynet bak ikke å gjøre unntak for den ervervsmessige bruken i åvl. § 24 andre ledd er at denne bruken skaper en fortjeneste som opphaveren har rett til å ta del i. Mange små krenkelser kan til sammen innebære tap av en ikke-bagatellmessig fortjeneste. Som eksempel uttalte BONO under høringen til ny åndsverklov, at de var bekymret for den praksis som hadde vokst frem blant ikke-ervervsmessige tidsskrifter, hvor tidsskriftet byttet ut andre typer verk med avbildninger av slike åndsverk som det gjøres unntak for i åvl. § 24 andre ledd, for å spare penger.<sup>88</sup> Her er det riktignok snakk om den ikke-ervervsmessige bruken, men BONOs bekymringer gjør seg likevel gjeldende også for når man bør gjøre unntak for den indirekte ervervsmessige bruken. Problemstillingen blir: der det foreligger en utbredt praksis hvor eneretten krenkes, men hver individuelle krenkelse isolert må anses å være bagatellmessig vurdert etter plasseringsmomentet, hvilken vekt har den kumulative effekten av krenkelsene? Med hensyn til om det må gjøres unntak for den individuelle krenkelsen, etter vurderingen i åvl. § 24 andre ledd om at bruken ikke kan være ervervsmessig.

*For det første* har man de tilfellene hvor de kumulative krenkelsene gjøres av et enkelt rettssubjekt med avbildninger av et enkelt åndsverk. Det kan som sagt tenkes at de minimis-prinsippet kan gjøre unntak fra den krenkelsen det innebærer at en bedrift (eller andre som

---

<sup>88</sup> Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 179.

driver ervervsvirksomhet), har plassert en avbildning hvor et beskyttet verk er hovedmotivet i et nesten privat avlukke eller lignende. Men saken vil være en annen om den samme avbildningen er plassert i samtlige slike avlukker i et større kontorlandskap. Summen av alle de individuelt bagatellmessige krenkelsene vil da til sammen ikke nødvendigvis være bagatellmessig.

Belønningshensynet gjør seg i slike tilfeller gjeldende i stor grad, fordi det beskjedne vederlaget som kunne kreves for det enkelte brukstilfellet, vil vokse ved hver nye krenkelse. Parallelt vil også åndsverkets bidrag til erververens verdiskapning øke, og bruken vil dermed ha større elementer av ervervsmessighet i seg.

Vurderingen av når man har nådd terskelen hvor krenkelsen ikke lengre er bagatellmessig, må gjøres konkret i hvert tilfelle. Her kan man trekke inn momenter fra vurderingen av verkets plassering ovenfor. Er tre eksemplarer av avbildningen for eksempel plassert på en arbeidsplass, slik at tre grupper som hver for seg er på grensen mot det private har jevnlig tilgang til det avbildete åndsverket, vil summen av de tre likevel innebære at bruken ikke er bagatellmessig.

*For det andre* har man de tilfellene der en opphavers enerett til et eller flere åndsverk blir krenket av flere forskjellige bedrifter eller lignende rettssubjekter. I en situasjon hvor hver enkelt krenkelse er bagatellmessig, men summen av dem ikke er det melder spørsmålet seg om hvor bredt premisstilfanget til vurderingen kan være. Kan man legge vekt på de øvrige bedriftenes krenkelser i vurderingen av den enes?

På den ene siden kan det argumenteres for at de hensyn som veier tyngre enn eneretten ved de bagatellmessige krenkelsene, ikke gjør det i denne situasjonen, når man ser summen av krenkelsene. For opphaveren som blir utsatt for alle krenkelsene, kan det være snakk om et betydelig tap. Men erstatningsrettslig, og vurderingen følger de vanlige reglene jf. åvl. § 55 første ledd første punktum, er svaret nei.<sup>89</sup> Hver enkelt krenkelse må vurderes som en selvstendig skade, og dermed også som grunnlag for selvstendige krav som må vurderes hver for seg. Man kan ikke trekke andre rettssubjekters adskilte skadevoldende handlinger inn i vurderingen av den enkeltes, når det ikke gjelder samme skade. Rettskravet bygger ikke på det samme faktiske forhold. Dette er i motsetning til for eksempel krenkelsessituasjonene som

---

<sup>89</sup> Jeg avgrenser oppgaven mot en nærmere redegjørelse om erstatningsrett og sivilprosess.

skadeserstatningsloven § 5-3 regulerer, hvor flere skadevoldere i fellesskap har forårsaket én skade.

Det samme vil være situasjonen om den krenkede opphaveren går til søksmål for å nedlegge forbud mot bruken. Også her vil man stå overfor separate rettskrav som må rettes mot hvert enkelt rettssubjekt.

De minimis-prinsippet taler også mot en løsning hvor de bagatellmessige krenkelsene på flere rettssubjekters hender kan summeres. Hvert enkelt rettssubjekt har ikke oversikt over hvilke bagatellmessige krenkelser andre rettssubjekter allerede har påført opphaveren, så en regel som tilsier at slike kan kumuleres, vil skape en situasjon hvor det ville blitt umulig å forutsette sin rettsstilling. Et av de sentrale hensynene bak de minimis-prinsippet er nettopp en praktisk funksjonell og forutsigbar rettstilstand. Der flere rettssubjekters bagatellmessige krenkelser berører én enkelt opphaver, kan altså ikke disse summeres i vurderingen av om det kan gjøres unntak for dem.

*For det tredje* har man de tilfellene der ett enkelt rettssubjekt krenker *flere* opphaveres enerett gjennom indirekte ervervsmessig bruk av avbildninger, hvor et åndsverk er hovedmotiv, men hver enkelt krenkelse er bagatellmessig når den vurderes isolert. Dette er sannsynligvis ikke en situasjon som oppstår ofte i praksis. Det kan likevel for eksempel tenkes at en interiørdesigner har en fascinasjon for små bilder av statuer, og liker å plassere dem slik at flere intime kretser personer i en bedrift blir eksponert for dem. Om opphaveren til en av disse statuene går til søksmål mot rettssubjektet, vil resultatet måtte bli at den aktuelle krenkelsen er bagatellmessig og må sees bort fra. Dersom opphaverne derimot i fellesskap går til søksmål mot rettssubjektet blir situasjonen en annen.<sup>90</sup> Som i det første eksempelet hvor ett rettssubjekt stod for flere bagatellmessige krenkelser overfor én enkelt opphaver, vil summen her ikke være bagatellmessig. Spørsmålet er om det er metodisk forsvarlig å legge vekt på de øvrige krenkelsene i vurderingen av den ene i disse tilfellene.

En innfallsvinkel vil være å se på hensynene i seg selv, om de berettiger en slik rettsanvendelse. Belønningshensynet, for eksempel, er fundert i den enkelte opphavers interesse i å nyte fruktene av sitt  *eget*  arbeid. Om andre opphavere får nyte fruktene av sitt

---

<sup>90</sup> Oppgaven avgrenses som ovennevnt mot en nærmere redegjørelse av de sivilprosessuelle sidene av dette spørsmålet.

arbeid er ikke nødvendigvis relevant i vurderingen av hvilken retning hensynet trekker i vurderingen av den enkelte krenkelsen. Det er heller ingen av kildene hvor hensynet omtales, som kan tolkes slik at hensynet skal forstås antitetisk på den måten. Belønningshensynet taler altså ikke for at *andre* enn opphaverne ikke bør få nyte godt av deres arbeid. At det rettssubjektet som bagatellmessig krenker flere opphavere, kanskje til sist har vunnet en ikke ubetydelig økonomisk fordel, kan derfor ikke gis avgjørende vekt.

Her må man også ta hensyn til at det er snakk om indirekte ervervsmessig bruk av en avbildning av et åndsverk som er satt opp på en offentlig plass. Årsakssammenhengen mellom den skapende handlingen og gevinsten som oppnås på rettssubjektets hånd vil være tilstede, men svært svak.

Det samfunnsøkonomiske hensynet har et bredere nedslagsfelt. Incentivet til å skape nye åndsverk skapes blant annet ved at opphaveren får kjennskap til at andre opphavere belønnes for sitt arbeid. At et rettssubjekt står for en rekke krenkelser som hver for seg er bagatellmessige, men som til sammen er signifikante, vil ha motsatt effekt. Å se det store bildet når man vurderer hensynets vekt i avgjørelsen, gir derfor mening. På motsatt side, i den grad de krenkende avbildningene er åndsverk, taler det samfunnsøkonomiske hensynet for å stimulere for produksjon av dem.

Det ser derfor ut som det bare kan legges vekt på summen av de kumulative bagatellmessige krenkelsene opphaveren blir utsatt for kun fra samme rettssubjekt. I partskonstellasjoner med flere krenkede, eller krenkende parter, vil det ikke være mulig å dra inn de øvrige handlingene i vurderingen av den ene.

### **6.7.3 Konklusjon – indirekte ervervsmessig bruk i arbeidsmiljø**

Åndsverkloven § 24 andre ledd gjør unntak for opphaverens enerett for bruk av åndsverk i en avbildning. Unntaket gjelder likevel ikke der bruken er ervervsmessig. I

Bedriftsmusikkdommen fremgår det at ervervsmessig bruk kan skje indirekte i arbeidsmiljø. Grensen for det ervervsmessige og det ikke-ervervsmessige i disse tilfellene bedømmes ut fra en vurdering av verkets plassering. Dersom kretsen som eksponeres for åndsverket har slike bånd mellom seg at den må kalles privat innebærer det ikke en krenkelse av åvl. § 2, og det behøves derfor ikke gjøres unntak for bruken. Åndsverkloven § 24 andre ledd kan videre tolkes analogisk til å gjelde også de tilfeller av indirekte ervervsmessig bruk der verkets plassering innebærer at bruken ikke krenker opphaverens berettigede interesser, selv om det i



utgangspunktet er en krenkelse av åvl. § 2. Dette vil være de bagatellmessige krenkelsene. Der det foreligger flere bagatellmessige krenkelser overfor én opphaver, på et rettssubjekts hånd, kan det likevel tenkes at summen av disse innebærer en krenkelse av opphaverens interesse. Dette vil kunne avskjære en analogisk tolkning av åvl. § 24 andre ledd.

Indirekte ervervsmessig bruk kan også skje ved bruk av et avbildet åndsverk i reklame, dette vil bli behandlet i det følgende.

## **6.8 Indirekte ervervsmessig bruk av avbildning i reklame**

Som det ble nevnt i forarbeidene har det forekommet at bedrifter bruker beskyttede verk som hovedmotiv i en avbildning til reklame for egen bedrift, blant annet på ølbriketter.<sup>91</sup> Dette er indirekte ervervsmessig bruk av et avbildet åndsverk. Det kan i utgangspunktet ikke gjøres unntak for slik bruk etter åvl. § 24 andre ledd fordi den er ervervsmessig. Problemstillingen blir om det likevel kan gjøres unntak for bruken der denne er bagatellmessig, ved en analogisk tolkning av bestemmelsen.

Her er det viktig å skille mellom den reklame som gjøres av en bedrift eller annen aktør som driver for profitt, og den reklame som gjøres av en ikke-ervervsmessig aktør, som for eksempel holdningskampanjer utført av organisasjoner som Amnesty International og lignende. Det er kun den reklamen som lages av den profittsøkende aktøren, som vil kunne innebære indirekte ervervsmessig bruk av et avbildet åndsverk.

Ved bruk av avbildninger i reklame står man ikke overfor den samme problemstillingen som ved utsmykning av lokaler. Utsmykningen som skjer i bedriftslokaler som er offentlige kun i den grad arbeidstakerne og besøkende som fellesskap utgjør en offentlighet. Reklame er som hovedregel offentliggjøring på grunn av måten den retter seg utover mot potensielle kunder, klienter eller brukere. Det er klart at en reklameplakat på et busstopp, hvor et beskyttet verk er hovedmotivet, er ervervsmessig bruk av en avbildning. Dette kan det ikke kan gjøres unntak for etter åvl. § 24 andre ledd, og heller ikke i lys av de minimis-prinsippet.

Samtidig er det ikke slik at all reklame er rettet mot samfunnet som helhet, og dermed umiddelbart er offentliggjøring etter åvl. § 2. En fotograf reklamerer for eksempel for sitt fotokurs til tidligere kursdeltakere via e-post og bruker et av bildene sine hvor et beskyttet

---

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 132.

verk er hovedmotiv til annonsen. Ølbrikettene BONO viste bekymring for, brukes kanskje bare i en enkelt skipskantone med et lavt antall besøkende. Med målrettet markedsføring i sosiale medier kan bedrifter også drive reklame innen lukkede nettverk, for eksempel kjøp og salggrupper på Facebook. Kan det tenkes at denne bruken, fordi den når ut til så få personer, er bagatellmessig slik man så for den indirekte ervervsmessige bruken i arbeidsmiljø?

For utsmykning av bedriftslokaler vil det som sagt innebære at eksemplarframstillingen bærer mindre preg av ervervsmessighet, dess mindre offentlig den er. Det bærer mer preg av personlig livsutfoldelse, kontra bevisst bedring av arbeidsmiljøet for å stimulere til produktivitet, der en ansatt henger en avbildning med et beskyttet verk som hovedmotiv på kontorveggen sin. Ervervsmessig reklame gjøres derimot utelukkende for å fremme avsenderens kommersielle interesser, uansett hvor få personer den retter seg mot.

Belønningshensynet gjør seg derfor mye sterkere gjeldende for bruk av avbildede verk i reklame, enn for utsmykning av bedriftslokaler. Dette skyldes at det for denne bruken er en mye klarere årsakssammenheng mellom bruken av det beskyttede verket og inntjeningen. For eksempel er det for fotografen som holder fotokurs, helt avgjørende at hun eller han får informert potensielle kursdeltagere om kurset for at det skal oppstå noen gevinst. Det samme gjelder salg av alle varer og tjenester som ikke gjøres oppsøkende (ved dørsalg og lignende) til forbrukere eller bedrifter.

Motsatt kan det sies at informasjonen om at kurset skal holdes eller varen som selges, ikke skriver seg fra det beskyttede verket som er avbildet, men den informative teksten eller lyden som er knyttet til den. Denne informasjonen er det betingende momentet for at inntjening kan oppstå. Reklames potensiale for inntjening skriver seg imidlertid i minst like stor grad fra sin suggererende kraft som sitt informative innhold. Coca-Cola vil ikke assosieres med julenissen fordi man får kjøpt produktene de selger på Nordpolen. Bedriften bruker figuren på grunn av den følelsesmessige effekten de håper den har på forbrukere. Her har man også et særtrekk ved åndsverk som gjør dem særlig egnet til reklame. Et godt åndsverk vekker følelser hos den som eksponeres for det.

Dette må ikke forveksles med den goodwill og markedsfordel en bedrift får gjennom sitt varemerke, som bedriften har beskyttelse for gjennom varemerkeloven. Jeg sikter her til den selvstendige verdien åndsverk har i reklamesammenheng gjennom den påvirkning de har på publikum, enten gjennom sin estetikk eller sin symbolikk. Et eksempel vil være der et klesmerke bruker en avbildning av gatekunst i sin reklame. Dette gjøres (rent hypotetisk i

dette tilfellet selvsagt) for å vekke assosiasjoner til for eksempel ungdomskultur eller opprør hos forbrukeren. I et marked med ellers like produkter kan slike assosiasjoner ha stor betydning. Bruken av det avbildete åndsverket vil derfor kunne bidra i større grad til fortjeneste, enn den faktiske informasjonen om at bedriften selger klær.

At reklamen retter seg mot et mindre antall personer, endrer ikke denne effekten av direkte ervervsmessig bruk i reklame. Et foretak retter reklamen mot det antall personer som det anser nødvendig for å drive med profitt, eller som de har råd til å nå. At dette er en mindre krets gjør ikke reklamen mer bagatellmessig. Bruken er essensiell for foretakets inntjening og dermed for at det skal oppstå gevinst. Om et beskyttet verk brukes for dette formålet er det derfor klart at opphaveren etter belønningshensynet har rett til å ta del i den gevinsten som oppstår. Belønningshensynet taler derfor for at bruk av en avbildning hvor et beskyttet verk er hovedmotivet til reklame, selv hvor denne retter seg mot en svært begrenset krets av personer, ikke er bagatellmessig og at åvl. § 24 andre ledd må tolkes strengt etter ordlyden for denne bruken.

Det samfunnsøkonomiske hensynet trekker også i samme retning. Dersom bedrifter fritt kunne bruke avbildninger med åndsverk som hovedmotiv i sin markedsføring, ville det gå ut over de opphavere som i dag har som arbeid å utarbeide nettopp denne typen reklamer. På den andre siden vil det ikke gå nevneverdig ut over inntjeningsmulighetene til opphaveren bak det avbildede åndsverket. Vedkommendes posisjon ville jo være uforandret selv om belønningshensynet tilsier at vedkommende bør få ta del i gevinsten. Det vil for eksempel være uvanlig om en billedhugger lagde en skulptur ved en offentlig plass eller vei, med det formål å tjene penger på å selge rettigheter til å bruke den i reklame i etterkant. Det samfunnsøkonomiske hensynet gjør seg likevel sterkest gjeldene i forbindelse med å tilrettelegge for skapelsen av nye åndsverk. I den grad opphaverens økonomiske insentiver skal vernes er det med dette formålet. Også det samfunnsøkonomiske hensynet taler derfor for at ordlyden i åvl. § 24 andre ledd bør tolkes strengt for indirekte ervervsmessig bruk av avbildninger av beskyttede verk i reklame.

Når det gjelder de minimis-prinsippet formål, å sørge for en funksjonell og rettferdig rettstilstand ved å se bort fra bagateller, blir dette ivaretatt selv om ikke noe av denne bruken anses å være bagatellmessig. Det vil her faktisk være mer hensiktsmessig å si at all bruk av et åndsverk som hovedmotiv i en avbildning ikke er tillatt. Ved å åpne for en skjønnsmessig vurdering av om den aktuelle bruken er bagatellmessig eller ikke, vil linjene mellom den

tillate og den ulovlige bruken bli uklare. Ervervsmessig reklame utformes som oftest av profesjonelle parter som bør være klar over de begrensinger opphavsretten legger på arbeidet deres.

Å tillate bruk av avbildninger hvor et åndsverk er hovedmotivet i ervervsmessig reklame vil derfor være i strid med både det samfunnsøkonomiske hensynet og belønningshensynet, og de minimis-prinsippet gjør seg ikke gjeldende i særlig grad for disse tilfellene. Det kan derfor ikke gjøres unntak for indirekte ervervsmessig bruk av et avbildet åndsverk i reklame, selv der bruken er bagatellmessig.

## **6.9 Direkte ervervsmessig bruk**

Videre har man de tilfellene der den ervervsmessige bruken av et avbildet åndsverk skjer direkte, ved bytte mot en motytelse. Problemstillingen blir her som ved den indirekte ervervsmessige bruken om noe av denne bruken kan klassifiseres som bagatellmessig etter de minimis-prinsippet.

For den indirekte ervervsmessige bruken av et avbildet åndsverk så vi at man i noen tilfeller kunne skille mellom bagatellmessig og ikke-bagatellmessig hovedsakelig bruk på bakgrunn av i hvilken grad den er offentlig eller privat, mens for andre tilfeller ikke. Er det mulig å tolke åvl. § 24 andre ledd slik også for den direkte ervervsmessige bruken?

Åvl. § 12 gir en viss ledesnor i tolkningen:

”Når det ikke skjer i ervervsøyemed, kan enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk.”

Etter bestemmelsens ordlyd vil ikke en ervervsmessig sammenheng utelukke privat bruk. Samtidig har en yrkesmusiker lov til å skrive av et notehefte for å bruke avskriften til å øve for seg selv, altså i ervervsøyemed.<sup>92</sup> Innenfor familie- og vennekretsen er det etter bestemmelsen også tillatt å fremstille eksemplarer til hverandre, forutsatt at giveren ikke nyter en ervervsmessig fordel.<sup>93</sup> Åndsverkloven § 12 utelukker altså ikke at bruk av et åndsverk innenfor den private sfære er ervervsmessig. Dette stemmer også godt overens med resultatet fra analysen av den indirekte ervervsmessige bruken ovenfor, og kan derfor antas å gjelde her

---

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 32.

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 110.

også. En privatperson kan dermed i utgangspunktet ikke etter åvl. § 24 andre ledd bytte et avbildet åndsverk mot en ervervsmessig fordel. Dette er nok ikke en særlig praktisk viktig situasjon som oppstår ofte. Det kan likevel tenkes at en person bytter en slik avbildning mot at en person innenfor hans familie- eller vennekrets gir ham en motytelse i form av en tjeneste eller et materielt gode. En slik transaksjon vil være en krenkelse av opphaverens enerett jf. åvl. § 2, etter en strengt ordlydstro tolkning av åvl. § 24 andre ledd.

Hverken belønningshensynet eller det samfunnsøkonomiske hensynet taler imidlertid for at absolutt all form for omsetning av avbildninger bør rammes. Opphaveren vil ha svært liten mulighet til, eller ønske om å ta del i den gevinsten sistnevnte transaksjon innebærer, samtidig som det ikke ligger noen synbar samfunnsøkonomisk gevinst i å regulere den type erverv. En slik regulering vil tvert imot være en enorm kostnad for samfunnet. Denne typen vennetjenester og transaksjoner er etter sin art bagatellmessige, og har minimal verdi for utenforstående. Å gjøre lovverket fleksibelt for slike tilfeller er kjernen i de minimis-prinsippet.

Det blir dermed rom for at de minimis-prinsippet spiller inn på tolkningen av ordlyden, da én gruppe erverv vil være så bagatellmessige at opphaveren ikke vil ha noen beskyttelsesverdig interesse i å ta del i dem. Spørsmålet blir hvordan man skal skille denne bagatellmessige ervervsmessige bruken fra den ikke-bagatellmessige.

## **6.10 Momenter i bagatellmessighetsvurdering ved direkte ervervsmessig bruk**

Basert på ovenstående, ser vi at det kan tenkes et rom for å gjøre unntak også for den direkte ervervsmessige bruken av et avbildet åndsverk. Spørsmålet er hvilke momenter som kan vektlegges i vurderingen av hvorvidt man står overfor slik bagatellmessig bruk.

For det første må det være snakk om bruk som ligner vennetjenester og transaksjoner. Karakteristisk for disse er at det ikke forventes noen bestemt motytelse. Det er en uforpliktende investering i relasjonen, men som ofte vil resultere i en motytelse. Hva som subjektivt forventes ved en transaksjon vil dog være retsteknisk uheldig å benytte som moment, det vet jo bare den krenkende part selv. I de fleste situasjoner kan giverens intensjoner vanskelig bedømmes utenfra. Det kan derfor være nyttig å se til hvordan førstvoterende i *Bedriftsmusikkdommen* knyttet potensialet for en privat setting opp mot

muligheten for intime bånd mellom de tilstedeværende.<sup>94</sup> Skjer transaksjonen innenfor den private sfæren vil det være mulig at den direkte ervervsmessig bruken er bagatellmessig.

At det eksisterer intime bånd mellom partene i transaksjonen er likevel ikke ensbetydende med at bruken av det avbildede åndsverket er bagatellmessig. Handelsforbindelser kan etablere slik bånd, og det kan oppstå handelsforbindelser i familie- og vennerelasjoner. For å kunne skille ut det bagatellmessige blir det derfor nødvendig å se på verdien av det som erverves med det avbildede åndsverket. Er verdien betydelig, gir det transaksjonen mer preg av å være handel heller enn uforpliktende bytte av gaver. Det må også her være anledning til å vurdere den kumulative verdien av flere transaksjoner, der den krenkende part har laget flere eksemplarer av samme avbildning. Hva som er en bagatellmessig krenkelse er vanskeligere å slå fast konkret. Man må i en teoretisk fremstilling ikke gå for langt i å angi en bestemt grense, det er opp til domstolene. Fra strafferetten kan man likevel se at det er skilt ut mindre forbrytelser hvor det er snakk om en ”ubetydelig verdi” – naskerier – som en egen kategori i straffeloven § 323. I praksis ble grensen i 2009 her trukket ved 2000 kroner.<sup>95</sup> I forarbeidene til straffeloven ble det uttalt at ”Slike lovbrudd kan hver for seg være så bagatellmessige at sivilrettslig søksmål ikke fremstår som noen løsning.”<sup>96</sup> De minimis-prinsippet har også denne hensikten; å skille ut de tilfeller som er så bagatellmessige at et søksmål ikke bør føre fram.

Strafferetten og opphavsretten er likevel to vidt forskjellige rettsområder, så overføringsverdien er ikke nødvendigvis så stor mellom de to. Den bagatellmessige handlingen i straffeloven § 323 er straffebelagt. For disse handlingene veier de strafferettslige hensynene til allmennprevensjon og individualprevensjon tyngre enn de formål de minimis-prinsippet ivaretar (prinsippet gjelder som sagt på tvers av rettsområder). Brudd på åndsverkloven er også straffebelagt som vi så i punkt 2.2.3. Forskjellen ligger imidlertid i nærheten mellom den krenkende handlingen og tapet den krenkede part lider. Mens butikkinnehavere lider direkte, og også ofte omfattende tap, som følge av naskerier, er tapet opphaveren lider ved direkte ervervsmessig bruk av et avbildet åndsverk, i mye større grad

---

<sup>94</sup> Rt. 1953 s. 633 på side 637.

<sup>95</sup> Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, Oslo 2010, s. 289

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 92

avledet og fjernt. Skaden er abstrakt, da det ikke foreligger noen fysisk skade på åndsverket, kun på eneretten opphaveren har til å utnytte det.<sup>97</sup>

At verdien er bagatellmessig etter forarbeidene til straffeloven, vil derfor kunne være en pekepinn på at bruken ikke er ervervsmessig, og i vurderingen kan man muligens ta utgangspunkt i grensen på 2000kr. Men dette kan ikke forstås som noen absolutt grense, og hvert tilfelle må vurderes konkret. Der transaksjonen bærer sterkere preg av ervervsmessighet kan grensen for det bagatellmessige nok være lavere, og motsatt der transaksjonen bærer mer preg av vennetjeneste.

### **6.11 Konklusjon – ervervsmessig bruk**

Åndsverkloven § 24 andre ledd gjør unntak for opphaverens enerett for bruk av åndsverk satt opp på eller ved offentlig plass eller ferdselsvei i avbildninger. Unntaket gjelder likevel ikke der bruken er ervervsmessig. Slik bruk kan forekomme både der det avbildede åndsverket utnyttes indirekte og direkte i ervervsvirksomhet. Dette kan blant annet skje gjennom bruk i arbeidsmiljø, reklame og til erverv av motytelse.

Selv om den ervervsmessige bruken er en krenkelse av opphaverens enerett, må det i noen tilfeller ses bort fra denne der bruken er bagatellmessig. I disse tilfellene kan det tenkes at åvl. § 24 andre ledd må tolkes analogisk til også å gjøre unntak for de bagatellmessige krenkelsene. Å avgjøre hvilken ervervsmessige bruk som er bagatellmessig, beror på en konkret vurdering av saken, hvor de hensyn som begrunner opphaverens enerett må veies opp mot de hensyn som begrunner unntak. For indirekte ervervsmessig bruk av et avbildet åndsverk i arbeidsmiljø og for direkte ervervsmessig bruk ved erverv, kan det tenkes slike saker. For indirekte ervervsmessig bruk i profittsøkende reklame ser det derimot ikke ut til å være rom for et slikt unntak.

Når jeg nå har vurdert omfanget av unntaket fra eneretten etter åvl. § 24 andre ledd må man, som med de andre unntaksbestemmelsene, vurdere denne opp mot legalitetsprinsippet.

---

<sup>97</sup> Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik, "Hva er immaterialretten verd?", i Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, 2002, side 511-548 på side 513.

## **6.12 Den strafferettslige vurderingen**

Likt vurderingen etter åvl. § 23a andre ledd i punkt 5.8 er det etter legalitetsprinsippet nødvendig å vurdere om denne tolkningen av åvl. § 24 andre ledd innebærer en utvidet tolkning av bestemmelsens ordlyd som skjerper straffansvaret.

Det å la åvl. § 24 andre ledd gjelde alle for åndsverk, ikke bare kunstneriske og fotografiske, er en utvidelse av unntaket fra straffansvar, og behøver ikke forankring i lov. Det samme blir situasjonen når man tolker bestemmelsen slik at en gruppe bagatellmessig ervervsmessig bruk også omfattes av unntaket. Å ta hensyn til momentene dansk høyesterett utpenslet i U2001/1691H for å avgjøre hva som er hovedmotivet i avbildningen er ikke en utvidelse, men en presisering av ordlydens meningsinnhold. Dette innebærer heller ikke en utvidelse av straffansvaret i strid med legalitetsprinsippet.

Vurderingen blir derfor den samme om man står overfor strafferettslig tiltale eller et sivilt søksmål etter bestemmelsen.

## **6.13 Konklusjon – åvl. § 24 andre ledd**

Åndsverkloven § 24 andre ledd gjør unntak fra opphaverens enerett etter åvl. § 2 på bestemte vilkår. Bestemmelsen kan tolkes analogisk til å gjelde alle åndsverk, ikke bare kunstverk og fotografiske verk. Der åndsverket er hovedmotivet i en avbildning og bruken er ervervsmessig, kan det likevel ikke gjøres unntak fra eneretten etter bestemmelsen. Hvorvidt åndsverket er hovedmotivet, beror på en komposisjonsteknisk vurdering av avbildningen og hva intensjonen bak den er. Om bruken er ervervsmessig beror i grensetilfellene på en konkret vurdering av den aktuelle bruken, hvor de hensyn som begrunner opphaverens enerett må veies opp mot de hensyn som berettiger bruk. I særlige tilfeller vil åvl. § 24 andre ledd kunne tolkes analogisk til å gjøre unntak for en viss ervervsmessig bruk av et avbildet åndsverk.



## 7 Åndsverkloven § 25 første ledd

### 7.1 Generelt

Åndsverkloven § 25 første ledd gir hjemmel til å ta med for eksempel korte avsnitt av et musikkverk som spilles ved en åpningsseremoni for et idrettsstevne, når seremonien dokumenteres for kringkasting eller film. Bestemmelsen lyder:

”Når fremføring eller visning av et verk inngår som ledd i dagshending og denne kringkastes eller gjengis ved film, kan korte avsnitt av verket, eller hele verket hvis det er av lite omfang, tas med ved gjengivelsen. Når fremføringen eller visningen av verket bare utgjør en del av bakgrunnen eller på tilsvarende måte spiller en underordnet rolle i forhold til hovedemnet for reportasjen, kan hele verket gjengis.”

Både første og andre punktum inneholder vilkår om at bruken må være av bagatellmessig art. Enten kan bare korte avsnitt av verket, eller hele verket hvis det er av lite omfang, tas med. Eller så må åndsverket utgjøre en del av bakgrunnen eller spille en underordnet rolle i forhold til hovedemnet for reportasjen, dersom hele verket skal gjengis.

Bestemmelsen er fundert i hensynet til effektivt å kunne dekke dagsaktuelle hendelser, som kan inneholde innslag av åndsverk. Dersom produsenten måtte avklare hvem som er rettighetshavere til disse åndsverkene, og innhente samtykke fra disse, i forkant av offentliggjøringen av reportasjen, vil den kunne miste sin nyhetsverdi.<sup>98</sup>

#### 7.1.1 Inngangsvilkår

Før man kan vurdere om bruken av åndsverket er bagatellmessig etter åvl. § 25 første ledd, må det vurderes om den konkrete bruken oppfyller de øvrige vilkårene bestemmelsen stiller opp. Disse drøftes i den grad det er relevant i det følgende.

#### 7.1.2 Åndsverket og formen for kringkasting

Ordlyden legger ingen begrensinger på hvilken type åndsverk som kan gjengis. Det kan derfor gjøres unntak for bruk av samtlige former for åndsverk etter bestemmelsen.

Fra forarbeidene kan man lese at uttrykket "gjengis ved film" skal forstås teknologinøytralt, så det legges ingen avgrensning i hva slags medium filmen er lagret på. I tillegg er formålet med

---

<sup>98</sup> Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 186.

gjengivelsen ved film irrelevant.<sup>99</sup> Det skal altså ikke skilles mellom for eksempel ervervsmessige eller ikke-ervervsmessige bruk.

Ordlyden i bestemmelsen er tvetydig ved at åndsverket kan kringkastes *eller* gjengis ved film. Dette kan forstås på to måter. Enten kan ordlyden leses slik at åndsverket kan tas med i film som så kringkastes eller gjengis lokalt, eller slik at åndsverket kan tas med i all kringkasting (det vil si radio, TV, nett-TV, live-streaming, podkaster og lignende), men også i film som ikke kringkastes.

Åndsverkloven § 25 er basert på Bernkonvensjonen artikkel 10 bis nr. 2.<sup>100</sup>

Konvensjonsbestemmelsen lister opp ”photography, cinematography, broadcasting or communication to the public by wire” som de tillatte formene for dekning av dagshendinger. Da konvensjonen sist ble revidert i 1979, stemmer dette dårlig overens med dagens teknologiske utvikling. Lovens etterarbeider viser derfor til at det i juridisk teori har blitt argumentert for at bestemmelsen bør tolkes bredt, slik at for eksempel kringkasting over internett omfattes.<sup>101</sup>

En slik bred fortolkning bør også legges til grunn for åvl. § 25 andre ledd. Hensynet til effektivt å kunne dekke dagshendinger hvor åndsverk inngår, gjør seg like sterkt gjeldende i all kringkasting. Medtakelse av et åndsverk er ikke mer bagatelmessig i det ene mediet enn det andre. I den tilsvarende danske bestemmelsen har man også valgt formuleringen ”film, radio eller fjernsyn”. Da det ikke foreligger vektige argumenter for å komme til motsatt tolkningsresultat, må det være riktig løsning at alle former for kringkasting er omfattet av åvl. § 25 første ledd.

### 7.1.3 Dagshending

Videre er det et vilkår at åndsverket inngår som en del av dagshendelse. Innholdet i begrepet har blitt avklart av Høyesterett i dommen Rt-1995-1948 (Diana Ross):

”For alle praktiske formål bør begrepet anses synonymt med ”nyhet” - og da i utgangspunktet i samsvar med hva pressen og andre media selv legger i dette, med bakgrunn i oppfatningen av hva publikum ønsker av aktualitetsstoff.” (s. 1950).

---

<sup>99</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 134

<sup>100</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 50.

<sup>101</sup> Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. s. 187.

Dommen gjaldt "dagshending" i § 8 i den opphevede fotografiloven fra 1960, men begrepet må antas å ha samme innhold også i åvl. § 25 første ledd.<sup>102</sup>

Siden 1995 har det skjedd en stor utvikling både i hvordan nyhetsstoff formidles og omfanget av formidlingen. Den rettslige standarden for hva en dagshending er, slik den utpenses i Diana Ross-dommen, er fleksibel og kan tilpasses dette medielandskapet. Jeg vil ikke gå nærmere inn på den problemstillingen. For oppgavens del er det imidlertid interessant hvordan dagshendinger nå blir kringkastet, for å kunne fastslå i hvilken grad det kan gjøres unntak for bagatellmessig bruk i dem. Derfor gjør jeg først en kort oppsummering av dagens situasjon før bagatellmessighetsvurderingen etter åvl. § 25 første ledd gjennomgås.

For det første har monopolet til den tradisjonelle redaksjonelle pressen fått press fra sosiale medier. Gjennom nettbaserte plattformer kan enkeltpersoner nå kringkaste aktuelle saker til like mange, eller flere, lyttere, lesere og seere som den tradisjonelle pressen. For eksempel var kontoen med flest følgere på den nettbaserte tjenesten Instagram i 2016 knyttet til sangerinnen Selena Gomez, en privatperson.<sup>103</sup> Mens Gomez når ut til 118 millioner mennesker med sin konto, når NRK ut til 54 tusen, og amerikanske CNN når ut til 3,1 millioner (per 24.04.2017). Åndsverkloven § 25 første ledds ordlyd legger ingen begrensinger på *hvem* som kringkaster eller gjengir dagshendingen ved film. Derfor vil det også ved den nye private formidlingen av dagshendelser kunne gjøres unntak fra opphaverens enerett etter bestemmelsen.

For det andre har den teknologiske utviklingen endret ikke bare *hvem* som formidler dagshendinger, men også *hvordan*. Dekning i nåtid er ikke lengre forbeholdt radio og TV, men kan gjøres av enhver person ved bruk av smarttelefoner, noe 89% av nordmenn har.<sup>104</sup> Gjennom sosiale medier kan enhver gjøre direkteendinger med lyd og bilde, eller oppdateringer av "statisk" tekst-, lyd- og bildeinnhold i nåtid. Parallelt har slik nåtidsdekning også blitt mer tilgjengelig for de tradisjonelle mediene; NRK gjorde i 2011 stor suksess med et 134 timers langt direkteendt program fra Hurtigrutens ferd opp norskekysten. Det er klart at hvert fall deler av slike nåtidssendinger er dagshendinger. Hurtigrutens ankomst i

---

<sup>102</sup> Rognstad (2009) s. 253.

<sup>103</sup> <http://nordic.businessinsider.com/instagram-top-10-people-in-2016-2016-12?r=US&IR=T> Hentet 24.04.2017.

<sup>104</sup> Statistisk Sentralbyrå, *Mediebarometeret*, Oslo 2016.

<https://www.ssb.no/statistikkbanken/selectout/ShowTable.asp?FileformatId=2&Queryfile=2017519110101013853809MedieElektron&PLanguage=0&MainTable=MedieElektron&potsize=1> Hentet 19. mai 2017.

forskjellige havner og passasjer ble for eksempel dekket som tradisjonelle nyhetsreportasjer. Avgrensingen mellom hva som er, eller ikke er en nyhet, og om en slik avgrensning må gjøres, er ikke nødvendig å gå nærmere inn på her. Det viktige for bagatellmessighetsvurderingen er å fastslå at det finnes en slik potensielle bredde i hvordan dagshendinger formidles.

Åndsverkloven § 25 første ledd stiller to alternative vilkår for unntak fra eneretten: enten at kun et kort avsnitt av verket eller et verk som er av lite omfang, kan gjengis i første punktum, eller at verket utgjør en del av bakgrunnen, eller på tilsvarende måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen i andre punktum. Disse bagatellmessighetsvilkårene vil redegjøres for i det følgende.

## **7.2 Åndsverkloven § 25 første ledd første punktum**

### **7.2.1 Generelt**

Etter åvl. § 25 første ledd første punktum kan korte avsnitt av åndsverket tas med i dekningen av dagshendingen. Hele åndsverket kan tas med dersom det er av lite omfang. Selv om "omfang" kan hentyde til en vurdering av volum eller annen størrelse, er det mest nærliggende å tolke dette til åndsverk som løper over en tidsperiode. Som for eksempel et musikkverk, opplesning av dikt eller et sceneverk. Gjengivelse av åndsverk som kan oppleves momentant i en dagshending, slik kunstverk og fotografiske verk kan, faller inn under åvl. § 23a første ledd.

Første punktum omhandler total gjengivelse av åndsverket. Unntaket er ikke begrenset til de tilfeller hvor åndsverket i gjengivelsen trer i bakgrunnen for andre verk. Det kan altså godt fylle hele bildeflaten eller være det eneste på lydsporet i det som kringkastes.

### **7.2.2 Bagatellmessighetsvilkåret**

Vilkåret for unntak fra eneretten etter første punktum, er at kun et kort avsnitt av et åndsverk, eller et åndsverk som i seg selv er kort, tas med. Hverken forarbeider, litteratur eller praksis gir noen nærmere anvisning til hvor kort avsnittet av åndsverket, eller hele åndsverket, må være før det kan gjøres unntak etter bestemmelsen. Spørsmålet blir da hvilke momenter man kan legge vekt på for å avgjøre om lengden av bruken er over eller under terskelen for det bagatellmessige.

### 7.2.3 Momentene i bagatellmessighetsvurderingen

Høyesterett har aldri vurdert bagatellmessighetsvilkåret i åvl. § 25 første ledd første punktum. I teorien er vilkåret heller ikke drøftet nærmere. Etter den tilsvarende Danske bestemmelsen til åvl. § 25 første ledd, kan medtakelsen av åndsverket kun skje i et slikt omfang som er naturlig som ledd i gjengivelsen av dagshendelsen. Bernkonvensjonen artikkel 10 bis nummer to stiller også opp en lignende vurdering, hvor bruken må være begrenset til: ”the extent justified by the informative purpose”, eller på norsk: ”i slikt omfang som informasjonshensikten berettiger” (min oversettelse). Også åvl. § 25 første ledd første punktum bør tolkes slik. Bestemmelsen berettiger naturligvis bare slik bruk av åndsverk som er nødvendig for at formidlingen av dagshendingen skal kunne produseres.

Det må derfor i hver enkelt brukssituasjon gjøres en konkret vurdering av bruken. Dersom bruken av åndsverket går over lengre tid enn det som er nødvendig for å formidle dagshendingen til publikum på en god måte, vil de hensyn som begrunner unntaket miste sin tyngde. Ved bruk over en viss tidsgrense, vil bruken tenkes å kunne tre over fra å være en del av formidlingen av dagshendingen til å bære mer preg av selvstendig offentliggjøring av åndsverket.

Det vide spennet i hvilken type kringkasting eller film formidlingen av dagshendelser kommer i, må her medtas i vurderingen. Hva som er en kort del av et åndsverk eller et kortvarig åndsverk, er avhengig av konteksten åndsverket gjengis i. Å gjengi to minutter med diktopplesning, musikk eller en tale i en halvtimes nåtidssending fra en dagshending, vil være mer bagatellmessig enn å gjøre det samme i en tre minutter lang nyhetsreportasje. Gjengivelsen av åndsverket må være naturlig ut fra konteksten av formidlingen. I den ekstreme enden av skalaen har man de formidlingene av dagshendinger som strekker seg over flere timer. Her må det være rom for lengre bruk av åndsverk, alternativt gjengivelse av lengre verk. På den andre siden har man formidlingene i kort form, slik man ser på dagsrevyen for eksempel, hvor gjengivelsen av åndsverk må være tilsvarende avkortet for ikke å bli unaturlig.

Det er ikke praktisk nødvendig fra et nyhetsformidlingsståsted å bruke brorparten av en nyhetsreportasje til å gjengi et åndsverk, og verdien i reportasjen vil da for seeren primært ligge i åndsverket kontra selve reportasjen. Kortere nyhetsreportasjer og formidlinger i annen form vil som hovedregel også være redigert før de publiseres. Det vil derfor være mulig for den som publiserer reportasjen å tilpasse bruken av åndsverk.

Her må man imidlertid også ta hensyn til bredden i *hvem* som kringkaster dagshendinger. Mens profesjonelle aktører, om det er mediehus eller enkeltpersoner, har all mulighet til å redigere innholdet forut for kringkasting, er ikke situasjonen den samme for en ikke-profesjonell kringkaster. Sistnevnte vil typisk være en privatperson som publiserer gjennom sosiale medier. Praktiske hensyn taler derfor for å legge terskelen for det bagatellmessige etter åvl. § 25 første ledd første punktum, lavere for slike ikke-profesjonelle parter. Dette kan også begrunnes med at belønningshensynet gjør seg svakere gjeldende for dem enn for de profesjonelle, da den ikke-profesjonelles bruk av åndsverket ikke vil generere noen fortjeneste.

Enda et unntak fra utgangspunktet, om at vurderingen går på at gjengivelsen må stå i forhold til lengden på programmet som kringkastes, vil være den type dekning som skjer i ekstremt kort form. ”Stories” – historier på norsk – er en funksjonalitet som per nå finnes i plattformer som Snapchat, Facebook og Instagram. Dette er stillbilder som vises i 20 sekunder, eller inntil 20 sekunder lange filmsnutter, som publiseres umiddelbart og ligger tilgjengelig for følgere av kontoen i 24 timer. Denne formen for formidling brukes nå av både nyhetsredaksjoner og privatpersoner til å dekke dagshendinger som festivaler, idrettsarrangementer og politiske demonstrasjoner i nåtid. Disse ”stories” er så korte at det uansett vil være snakk om korte avsnitt, eller verk av lite omfang, selv om åndsverket opptar hele ”sendetiden”. Men dersom en serie slike ”stories” settes sammen etter hverandre, slik at et helt verk formidles, vil bruken likevel kunne være over terskelen for det bagatellmessige.

I forarbeidene har det også blitt pekt på den markedsføringsverdi det kan ha for opphaveren at dennes verk gjengis i kringkasting eller film. Inngrepet åvl. § 25 gjør i eneretten, blir betegnet som ”uvesentlig” på grunn av den publisiteten gjengivelsen bidrar med.<sup>105</sup> Opphaveren blir riktig nok ikke belønnet for gjengivelsen av åndsverket i kringkastingen eller filmen, men kan potensielt bli belønnet gjennom anerkjennelse for arbeidet og hva det kan bety for fremtidig inntjening. Denne formen for kompensasjon for bruken vil imidlertid kun oppstå der opphaverens ideelle rettigheter etter åvl. § 3 første ledd ivaretas. Dette ble også problematisert i forarbeidene: dersom det ikke under gjengivelsen av åndsverket kommer tydelig frem hvem opphaveren er, innebærer gjengivelsen ingen markedsføringsverdi for denne.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 50.

<sup>106</sup> Samme sted.

Den markedsføringsverdien gjengivelsen innebærer, ble i forarbeidene ikke drøftet konkret opp mot bagatellmessighetsvilkårene i bestemmelsen. Markedsføringsverdien ble anført som en begrunnelse for unntaket på generell basis. I bagatellmessighetsvurdering etter åvl. § 25 første ledd første punktum vil derfor markedsføringsverdien i gjengivelsen først og fremst spille inn som et støttemoment i vurderingen av om gjengivelsen av åndsverket er bagatellmessig eller ikke. Da markedsføringsverdien er en del av de legislative hensynene som begrunner åvl. §25, vil fravær av, eller lav markedsføringsverdi i det konkrete tilfellet tale mot å gjøre unntak fra opphaverens enerett. Der det kommer frem hvem opphaveren er vil det derimot gi vekt i favør av unntak.

Markedsføringsverdien avhenger heller ikke alltid av at opphaveren navngis slik kravet er etter åvl. § 3. Selv om en regissør ikke navngis ved gjengivelsen av et scenestykke kan publisiteten rundt stykket i seg selv ha positive effekter for regissøren, som nye oppsetninger og høyere besøkstall (dersom regissøren har en avtale om royalties eller lignende). Hver type åndsverk vil ha slike særegenheter markeds- og industrimessig. Vurderingen av markedsføringsverdiens innvirkning på bagatellmessighetsvurderingen etter åvl. § 25 første ledd første punktum, kan derfor ikke gjøres etter generelle kriterier, men må tilpasses hver enkelt type åndsverk.

#### **7.2.4 Konklusjon**

Vilkåret for å gjøre unntak for opphaverens enerett etter åvl. § 25 første ledd første punktum er altså at kun en kort del av et åndsverk eller et kortvarig åndsverk gjengis i kringkastingen eller filmen. Hvor liten del av et verk eller hvor lite et verk må være for at det kan gjøres unntak, vurderes ut fra konteksten av gjengivelsen. Det må også tas hensyn til visse særegne former for kringkasting, kringkastere og den markedsføringsverdien gjengivelsen kan ha for opphaveren. Videre vil bagatellmessighetsvurderingen etter åvl. § 25 første ledd andre punktum redegjøres for.

### **7.3 Åndsverkloven § 25 første ledd andre punktum**

#### **7.3.1 Generelt**

Åndsverkloven § 25 første ledd andre punktum stiller som vilkår for unntak fra opphaverens enerett, dersom hele åndsverket gjengis, at åndsverket bare utgjør en del av bakgrunnen, eller på tilsvarende måte spiller en underordnet rolle i forhold til hovedemnet i reportasjen.

### 7.3.2 Bagatellmessighetsvurderingen

Selv om ordlyden ikke er helt identisk, tilsvarer bagatellmessighetsvurderingen i åvl. § 25 første ledd andre punktum den som gjøres etter åvl. § 23a andre ledd. I førstnevnte er formuleringen ”(...) på annen måte (...)” benyttet, mens sistnevnte har formuleringen ”(...) på tilsvarende måte(...)”. Meningsinnholdet er imidlertid det samme. Bestemmelsene har så likt innhold at departementet foreslår å slå sammen de to reglene i en ny § 4-27 i forarbeidene til ny åndsverklov, skrevet på grunnlag av høringsutkastet til ny åndsverklov. Departementet viser til at forutsetningen for å åpne for slik bruk, er at den er i tråd med de minimis-prinsippet, altså at den ikke berører opphaverens interesser i nevneverdig grad.<sup>107</sup> Se redegjørelsen for vurderingen i kapittel 5.

At vurderingen blir den samme som etter åvl. § 23a andre ledd, innebærer spesielt at det heller ikke etter åvl. § 25 første ledd andre punktum er tillatt å bruke åndsverk som ”bildekrydder”. Det vil si bevisst bruk av åndsverket i bakgrunnen eller lignende for å tilføre formidlingen av dagshendingen noe ekstra. Selv om det ikke kan leses direkte ut av ordlyden må bruken også her være tilfeldig.<sup>108</sup>

### 7.3.3 Konklusjon

Bagatellmessighetsvurderingen etter åvl. § 25 første ledd andre punktum tilsvarer vurderingen etter åvl. § 23a andre ledd, med det tilleggsvilkår at åndsverket må inngå som ledd i en dagshending. Fordi ordlyden har samme meningsinnhold og vilkårene er de samme som etter åvl. § 23 andre ledd, blir den strafferettslige vurderingen lik (se punkt 5.8).

---

<sup>107</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 135.

<sup>108</sup> Rognstad (2009) s. 255.



## 8 Åndsverkloven § 3 tredje ledd

### 8.1 Unntak fra de ideelle rettighetene i åvl. § 3

Reglene jeg har drøftet så langt har gjort unntak fra opphaverens enerett til offentliggjøring og eksemplarframstilling etter åvl. § 2. Opphaveren har i tillegg til denne eneretten også de ideelle rettighetene til sitt verk hjemlet i åvl. § 3. Dette er de ikke-økonomiske rettighetene.<sup>109</sup> Etter bestemmelsens første og andre ledd har opphaveren rett til å bli navngitt ved eksemplarframstilling og offentliggjøring, samt rett til respektfull bruk av verket. Tredje ledd i bestemmelsen angir et bagatellmessighetsvilkår for unntak fra disse ideelle rettighetene. Rettighetene er i utgangspunktet uavhengelige etter bestemmelsens tredje ledd, med mindre bruken ”er avgrenset etter art og omfang”. Dette bagatellmessighetsvilkåret vil bli drøftet i det følgende for navngivelsesretten og respektretten.

### 8.2 Unntak fra navngivelsesrettens uavhengelighet

Etter åvl. § 3 første ledd har opphaveren ”krav på å bli navngitt slik som god skikk tilsier, så vel på eksemplarer av åndsverket som når det gjøres tilgjengelig for almenheten.” Dette er navngivelsesretten. Regelen er laget med samme formål som de mer økonomiske rettighetene i åvl. § 2, at opphaveren skal få nytte godt av sitt arbeid. Her er det imidlertid skaperens heder og ære, snarere enn den økonomiske gevinsten som det vernes om.<sup>110</sup>

Før man vurderer unntak fra regelen, må man først definere nærmere hva rettigheten innebærer. Det sentrale momentet i ordlyden er ”som god skikk tilsier”. Hva navngivelsesretten innebærer, vil derfor variere i stor grad mellom de forskjellige typene av åndsverk og mellom livsområder. For noen typer åndsverk og livsområder er det god skikk å ikke navngi opphaveren i det hele tatt. Dette vil være der det er uhensiktsmessig eller fysisk umulig å navngi opphaveren, for eksempel ved avspilling av musikk på restauranter, på kaféer og under gudstjenester. Det antas også at det går et skille mellom de mer kreative åndsverkene og de som er av mer teknisk art, som for eksempel dataprogrammer, hvor kravet til navngiving ikke nødvendigvis er like strengt.<sup>111</sup> Navngivelsesretten gjelder også for

---

<sup>109</sup> Rognstad (2009) s. 197.

<sup>110</sup> Rognstad (2009) s. 200.

<sup>111</sup> Rognstad (2009) s. 201.

gjengivelser av bruddstykker av et åndsverk, for eksempel der det siteres fra åndsverket.<sup>112</sup> At det foreligger en sedvane på et felt, er likevel ikke ensbetydende med at dette er god skikk. Kun den rimelige og hederlige opptreden er i samsvar med god skikk. Kravet om god skikk antas derfor å medføre at opphaverens navn skal angis med mindre det er urimelig, vanskelig eller umulig å oppfylle kravet.<sup>113</sup> I forarbeidene til ny åndsverklov er dette forstått slik at opphaveren skal navngis der dette er praktisk mulig.<sup>114</sup> Fordi den nye loven ikke er vedtatt enda, vil forarbeidene ha tilnærmet lik vekt som høringsnotatet til ny åndsverklov omtalt i punkt 2.2.7. Navngivelsesretten er altså mye mer fleksibel enn den negativt avgrensede eneretten, hvor all offentliggjøring og eksemplarframstilling det ikke er gjort unntak for, er en krenkelse av eneretten jf. åvl. § 2, uansett hvor upraktisk det er å innhente opphaverens samtykke til bruken.

De hensyn som gjør seg gjeldende for navngivelsesretten er likevel til en viss grad de samme som for eneretten, selv om det økonomiske aspektet av hensynene er nedtonet. Den heder og ære navngiving medfører, fortøner seg som en belønning i tråd med belønningshensynet. Samtidig er navngivelsesretten knyttet opp mot den mer økonomiske eneretten i det navngiving innebærer av markedsføring for opphaveren. At bruken er begrenset etter art og omfang må ikke stride mot disse hensynene. Vurderingstemaet er likevel et annet etter unntaksregelen i åvl. § 3 tredje ledd, enn etter lånereglene i åndsverkloven kapittel 2. Spørsmålet er ikke i hvilken grad opphaverens rettigheter kan krenkes mot vedkommendes vilje, men når vedkommende *frivillig* kan fraskrive seg sin rett til navngivelse. Fra forarbeidene fremgår det at i en fraskrivelse må være angitt bestemte grenser for brukens art og omfang, og at det må dreie seg om en innskrenket bruk. Selv der bruksbeføyelsene er positivt angitt i fraskrivelsen kan en fraskrivelse nektes godtatt etter åvl. § 3 tredje ledd.<sup>115</sup> I juridisk litteratur fremheves det personlige ved de ideelle rettighetene, og at det kan være vanskelig for opphaveren å overskue konsekvensene av en fraskrivelse. Et sentralt moment i vurderingen om bruken er begrenset i art og omfang, er derfor opphaverens muligheter til å

---

<sup>112</sup> Magnus Ødegår, merknad til åvl. § 3 på lovdata.no, publisert 18. april kl 08.00.

<sup>113</sup> Rognstad (2009) s. 200.

<sup>114</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 47.

<sup>115</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 22.

overskue konsekvensene av fraskrivelsen skriver Rognstad.<sup>116</sup> Spørsmålet har foreløpig ikke blitt behandlet i norske domstoler.

I mangel på en mer nøyaktig angivelse av vurderingsmomentene, blir det opp til domstolene å utforme nærmere kriterier for å skille den bagatellmessige bruken fra den ikke-bagatellmessige. Ut fra ordlyden i åvl. § 3 tredje ledd, forarbeidene og vurderingsmomentet Rognstad skisserer, bør dette avgjøres ut fra en konkret vurdering av opphaverens forutsetninger og åndsverkets art. Særlig forarbeidene tyder på at kravet til begrensningen i art og omfang av bruken bør forstås strengt. Opphaverens subjektive evne til å se konsekvensene av fraskrivelsen kan ha vekt i vurderingen, herunder opphaverens erfaring og alder. Om bruken er *avgrenset i tid* vil kunne tenkes å være av betydning. Konsekvensene av en fraskrivelse av navngivelsesretten vil være enklere å overskue for en kortere tidsperiode, enn for en lengre tidsperiode. Videre vil det fremstå som bruk av begrenset omfang om åndsverket brukes innenfor et *mindre geografisk område*. Distribusjon av for eksempel et trykk i ett enkelt galleri vil være noe annet enn distribusjon i et helt land eller hele verden, via internett. Opphaveren vil ha bedre mulighet til å overskue konsekvensene av en fraskrivelse av navngivelsesretten innenfor de geografiske områder, sosiale sirkler og markeder vedkommende kjenner til. Til sist kan det også antas at *omfanget av bruken* i form av antall eksemplarer som blir fremstilt, eller hvor mange offentliggjøringar som blir gjort, kan ha betydning.

Retten til navngivelse må videre ses i sammenheng med retten til kildeangivelse jf. åvl. § 11 annet ledd annet punktum.<sup>117</sup> Regelen til kildeangivelse gjelder retten til navngivelse for lånereglene i åndsverkloven kapittel 2, blant annet etter bestemmelsene behandlet i kapittel 5 til 7 i denne oppgaven. Ved bruk av åndsverk slik unntakene i lånereglene tillater, må opphaveren til verket altså i utgangspunktet navngis slik god skikk tilsier. Et eksempel på når det vil være praktisk umulig å navngi opphaveren, vil være ved den tilfeldige bruken åvl. §§ 23a andre ledd og 25 første ledd andre punktum gjør unntak fra eneretten for. Det sentrale hensynet bak disse bestemmelsene er at det er upraktisk å spore opphaveren til åndsverket for å innhente samtykke til bruken. Det vil derfor være tilsvarende upraktisk å spore opp vedkommendes identitet for å kreditere han eller henne.

---

<sup>116</sup> Rognstad (2009) s. 213.

<sup>117</sup> Rognstad (2009) s. 203.

En interessant side ved regelen om navngivelsesretten er at opphaveren kan velge å utgi åndsverket sitt under pseudonym, og dermed fraskrive seg retten til reell navngivelse, selv der bruken ikke er av begrenset art og omfang jf. åvl. § 3 tredje ledd.<sup>118</sup> Det kan argumenteres for at dette undergraver navngivelsesrettens formål, nettopp å sikre opphaveren den heder og ære for verket som rettmessig tilhører vedkommende. Samtidig vil opphaveren kunne nyte den heder og ære åndsverket høster gjennom pseudonymet, om enn fra distanse.

I tillegg til retten til navngivelse, følger det også av åvl. § 3 andre ledd at opphaveren har rett til respektfull behandling av sitt verk. Bagatellmessige unntak fra denne vil bli redegjort for i det følgende.

### **8.3 Unntak fra respektrettens uavhengelighet**

Etter åvl. § 3 andre ledd er åndsverket beskyttet mot endringer og offentliggjøring som vil krenke kunstneren eller åndsverket som sådan. Dette er respektretten. Vurderingen av om respektretten er krenket, er knyttet til den enkelte opphavers og det enkelte verks egenart eller anseelse, men må avgjøres ut fra en objektiv bedømming av om det foreligger en krenkelse.<sup>119</sup> Respektretten er som navngivelsesretten uavhengelig, med mindre bruken er begrenset etter art og omfang jf. åvl. § 3 tredje ledd. Både forarbeidene og litteraturen omtaler navngivelsesretten og respektretten i fellesskap. Opphaverens muligheter til å overskue konsekvensene av fraskrivelsen er derfor et sentralt moment.<sup>120</sup> Det samme gjelder forarbeidenes anvisninger om at det ved en fraskrivelse må være angitt bestemte grenser for brukens art og omfang, og at det må dreie seg om en innskrenket bruk.<sup>121</sup> Problemstillingen er hvilken bruk som oppfyller vilkåret om begrenning i art og omfang, slik at opphaveren kan frafalle respektretten etter åvl. § 3 tredje ledd.

Før jeg drøfter seg unntaket, vil jeg se nærmere på hva slags krenkelser det dreier seg om. Typiske krenkelser av respektretten vil være endringer som gjør at verket taper en del av sin egenart. I dommen NJA 2008 s. 309 fra Sverige fikk opphaverne til to spillefilmer stadfestet krenkelse av respektretten fordi TV-stasjonen TV4 AB avbrøt filmene med reklamepauser under sending. Dette brøt med kontinuiteten og dramaturgien i filmen, og fremmede bilder ble

---

<sup>118</sup> Samme sted.

<sup>119</sup> Rognstad (2009) s. 204.

<sup>120</sup> Rognstad (2009) s. 213.

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 22.

dratt inn i åndsverket med den hensikt å lede seerens oppmerksomhet bort fra åndsverket. Et eksempel hvor det klart forelå krenkelse av respektretten, både på grunn av endring av åndsverket og på grunn av sammenhengen det ble offentliggjort i, finnes i NJA 1974 s. 94 (Gunilla Rudling). Rudlings postere med stiliserte avkledde kvinner som motiv, ble brukt til å reklamere foran en kino som viste pornografiske filmer. Dette var en krenkelse i kraft av den sammenhengen posterne ble offentliggjort i. Samtidig hadde kinoen beskåret posterne så kraftig at dette også medførte en krenkelse av respektretten for åndsverket. Ordlyden i den svenske § 3 er tilsvarende den norske. De svenske dommene har derfor, som nevnt i punkt 2.2.2, stor vekt i spørsmål knyttet til den norske bestemmelsen.

Videre vil det der bruken krenker opphaveren selv, kunne foreligge krenkelse av respektretten. Ordlyden i åvl. § 3 verner om opphaverens ”litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart”. I en dom fra Eidsivating lagmannsrett fikk kunsthistorikeren Holger Koefoed stadfestet krenkelse av respektretten jf. åvl. § 3 andre ledd, for sin bok ”Lars Hertervig – lysets maler”. Et reklamebyrå hadde brukt et sitat fra teksten på en slik måte at det ga et ”grovt misvisende bilde” av Kofoeds meninger, både i boken generelt og i avsnittet sitatet var hentet fra.<sup>122</sup> Dette er i grove trekk omfanget av respektretten som åvl. § 3 tredje ledd gjør unntak fra. Unntaksbestemmelsen er i utgangspunktet den samme for respektretten som for navngivelsesretten. Det må derfor være angitt bestemte grenser for brukens art og omfang, og bruken må være innskrenket på samme vis.<sup>123</sup>

Heller ikke for unntaket fra respektretten finnes det norsk rettspraksis, men i dommen UfR 1997 s. 975 ble spørsmålet behandlet i danske Østre Landsrett. Spørsmålet i saken var om DR TVs visnin, av en beskåret versjon av regissør Sydney Pollacks film, Three Days of the Condor, var en krenkelse av respektretten. Og hvis så, om Pollack gyldig hadde frafalt denne retten ved avtale. Filmen var opprinnelig skutt i cinemascope-formatet, hvor forholdet mellom bildets bredde og høyde er 2,35:1. For å tilpasse filmen til offentliggjøring via TV, var den behandlet med en teknisk prosess kalt ”panscanning”, hvor filmen ble beskåret til formatet 1,33:1.<sup>124</sup> Dette innebar at mer enn halvparten av bildet ble skåret bort. Pollack forklarte under saksgangen at bildekomposisjon var hans primære verktøy når han lagde film, som sammen med rytmen og gangen i kameraføringen avspeilet den historien han ville fortelle

---

<sup>122</sup> NIR 1995 s. 687 avsnitt 64.

<sup>123</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 22.

<sup>124</sup> UfR 1997 s. 975 på side 976.

publikum. Filmen hadde blitt beskåret av en tekniker, og Pollack anså dette som ”en hån mod ham som instruktør”.<sup>125</sup> Pollacks produksjonsselskap hadde imidlertid inngått en avtale med produsenten av filmen, som ga denne rett til å utarbeide en TV-versjon av den. Landsretten fant derfor at selv om respektretten var krenket av den konkrete bruken, hadde Pollack frafalt denne etter avtalen.<sup>126</sup>

Den danske lov om ophavsret § 3 tredje stykke har samme ordlyd som åvl. § 3 tredje ledd, så avgjørelsen må i utgangspunktet gis vekt i spørsmålet, slik det ble redegjort for i oppgavens punkt 2.2.2. Dommen er imidlertid avsagt i en underinstans og er kritikkverdig. Etter en ren ordlydstolkning av åvl. § 3 tredje ledd er ikke en endring av åndsverket, hvor over halvparten av det forsvinner, ”begrenset etter art og omfang”. Det redegjøres i dommen for hvordan hele bildeflaten var brukt til å formidle historien, og hvordan publikum derfor umulig kunne oppleve formidlingen av åndsverkets egenart etter en slik beskjæring. Detaljer som var avgjørende for personkarakteristikken var borte, bilde og dialog passet ikke lengre sammen, og komposisjonen og rytmen i filmens klipp var ødelagt.<sup>127</sup> Disse endringene fremstår som svært krenkende for verkets egenart jf. åvl. § 3 andre ledd, og var på ingen måte bagatellmessige. Pollack leste aldri kontrakten som ble inngått mellom produksjonsselskapet hans og produsenten. Kontrakten ble inngått av en fullmektig. Etter kontrakten var produsenten berettiget til å ubegrenset beskjære filmen.<sup>128</sup> Pollack, som åndsverkets opphaver, hadde dermed ingen mulighet til å overskue konsekvensene av fraskrivelsen. Avtalen om fraskrivelsen av respektretten var heller ikke avgrenset på noe vis, slik forarbeidene krever. Filmen kunne distribueres over hele verden, og produsenten kunne gjøre så store endringer i åndsverket som vedkommende ønsket.

Grensen for hvilke krenkelser av respektretten opphaveren kan fraskrive seg etter åvl. § 3 tredje ledd, må derfor antas å være betydelig strengere enn det Landsretten la til grunn i UfR 1997 s. 975. Hvor grensen ligger, må avgjøres ut fra de ovennevnte momentene fra forarbeidene og den juridiske litteraturen, og må vurderes konkret i hvert tilfelle.

---

<sup>125</sup> UfR 1997 s. 975 på side 977.

<sup>126</sup> UfR 1997 s. 975 på side 980.

<sup>127</sup> UfR 1997 s. 975 på side 979.

<sup>128</sup> UfR 1997 s. 975 på side 977.

## 9 Avsluttende bemerkninger

I oppgaven har jeg behandlet vilkårene for unntak fra opphaverens rettigheter med hjemmel i åndsverkloven. Gjennom drøftelsene har vi sett hvordan noen av bestemmelsene i loven kan tolkes analogisk til å favne videre enn ordlyden, i lys av de minimis-prinsippet. Motsatt har jeg identifisert en rekke tilfeller hvor hensynene som begrunner opphaverens enerett og ideelle rettigheter veier tyngre enn de minimis-prinsippet.

Lovens unntaksregler vil selv ikke ved analogisk tolkning av bestemmelsene favne alle tilfeller av bagatellmessige krenkelser. Et eksempel på dette vil være sampling i musikkproduksjon. Sampling er en form for musikkproduksjon hvor et eller flere bruddstykker av et musikkverk brukes til å skape et nytt åndsverk. Fra amerikansk rettspraksis kan man se hvordan det i saken *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films* ble gjort en bagatellmessighetsdrøftelse knyttet opp mot slik sampling, med de minimis-prinsippet som primært rettslig grunnlag.<sup>129</sup> Amerikansk rett er selvsagt fjernt fra både norsk kultur og norsk juridisk metode, men samfunnsproblemet som saken illustrerer, kan likevel ha overføringsverdi. For en videre undersøkelse av bagatellmessige krenkelser av opphaveres rettigheter, hadde det derfor vært interessant å ta en nærmere titt på de minimis-prinsippet som primært rettslig grunnlag. Denne oppgaven avgrenses dog, som nevnt innledningsvis, mot denne problemstillingen.

En annen problemstilling nært knyttet opp til oppgavens, er forholdet mellom sivilprosess og de minimis-prinsippet. Prinsippet har i utgangspunktet vekt på alle rettsområder. Det kan derfor tenkes at det er en bedre retts teknisk løsning å avskjære bagatellmessige krenkelser i sivilprosessen med en generell regel, heller enn i opphavsretten. Det korte svaret på problemstillingen er at spørsmålet om hvorvidt det foreligger en krenkelse er materielt, så saksøker har krav på å få det avgjort etter tvisteloven § 1-3. Det er likevel ikke nødvendigvis slik at dette gjelder kategorisk, men denne oppgaven vil ikke gå nærmere inn på den problemstillingen de lege lata. *De lege ferenda* kan det argumenteres for at en generell regel om at bagatellmessige krav, uavhengig av rettsområde, bør avskjæres prosessuelt. En god generell prosessuell regel som avskjærer bagatellmessige krav, vil være rettsøkonomisk hensiktsmessig da man vil forhindre søksmål om trivielle saker. En slik regel vil også kunne gi bedre forutberegnelighet for den enkelte borger, sammenlignet med det fragmenterte

---

<sup>129</sup> *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 230 F. Supp. 2d 830 (M.D. Tenn. 2002)

regelsettet som eksisterer i dag. Samtidig vil det være vanskelig å lage en slik regel som innehar de høyst nødvendige nyansene man finner i dagens regelsett.



## **Referanseliste**

### **Lover**

Kongeriket Norges grunnlov 17. mai 1814

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12. Mai 1961 nr. 2

Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28

Lov om forvaltning av naturens mangfold 19. juni 2009 nr. 100

### **Forarbeider**

#### **Norge**

Kirke- og undervisningsdepartementets innstilling til lov om vern for åndsverker 1925

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)

Ot.prp. nr. 15 (1994-1995)

Ot.prp. nr. 54 (1994-1995)

NOU 2002:4 Ny straffelov

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

Prop. 65 L (2012-2013)

#### **Danmark**

1994/1 LSF 119

### **Etterarbeider**

Kulturdepartementets høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk m.v. Med høringsfrist 8. August 2016.

Prop. 104 L (2016-2017)

## **Rettspraksis**

### **Norge**

Rt. 1953 s. 633.

Rt. 1979 s. 1079.

Rt. 1985 s. 883.

Rt. 1993 s. 633.

NIR 1995 s. 687.

Rt. 1995 s. 1734.

Rt. 2005 s. 41

Rt. 2014 s. 238

### **Sverige**

NJA 1974 s. 94.

NJA 2008 s. 309.

### **Danmark**

UfR 1997 s. 975.

U 2001/1691H.

U 2013 s. 3002.

### **USA**

USA: Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 230 F. Supp. 2d 830 (M.D. Tenn. 2002).

## Litteratur

Andenæs, Johs., Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. Utgave (Oslo 2004).

Bernt, Jan Fridthjof: "Den dynamiske dimensjonen i rettsvitenskapen" i Nybrott og Odling - Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002 s. 259-272.

Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Graver, Hans Petter, "Nyere utvikling i norsk rettsvitenskap" i Lov og Rett 1998 s. 579-603.

Kreiss, Daniel, "Blogging" i Journal of Communication 59 (2009) E17-E21.

Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett* (Oslo 2010)

Rognstad, Ole-Andreas og Are Stenvik, "Hva er immaterialretten verd?", i Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, 2002, side 511-548.

Rognstad, Ole-Andreas: *Opphavsret* (Oslo 2009).

Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier, Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. Utgave (København 2015).

Vyrje, Magnus Stray, "Opphavsrett på ville veier" i Lov & Data nr. 2015/123:25.

Ødegår, Magnus, merknad til åvl. § 3 på lovdata.no, publisert 18. april kl 08.00.

## EØS-rettslige kilder

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. Heretter opphavsrettsdirektivet.

## Konvensjoner

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

## **Lenker**

<https://www.facebook.com/notes/facebook/welcome-to-facebook-everyone/2210227130/>

Hentet 19. mai 2017.

<http://nordic.businessinsider.com/instagram-top-10-people-in-2016-2016-12?r=US&IR=T>

Hentet 24.04.2017.

<https://www.ssb.no/statistikkbanken/selectout/ShowTable.asp?FileformatId=2&Queryfile=2017519110101013853809MedieElektron&PLanguage=0&MainTable=MedieElektron&potsize=1>

Hentet 19. mai 2017.