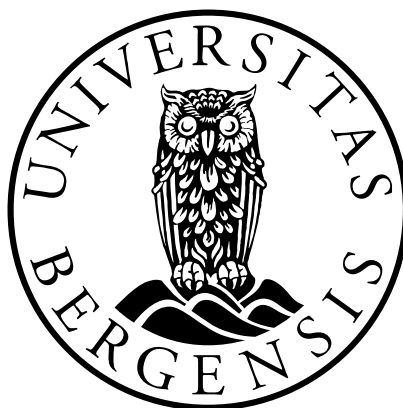


Grensene for nyhetsmedias bruk av andres åndsverk

*En avveining av opphavsretten mot ytrings- og
informasjonsfriheten*

Kandidatnummer: 48

Antall ord: 14 997



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 07.06.2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Oppgavens tema	2
1.2	Temaets aktualitet	2
1.3	Problemstilling	3
1.4	Rettskilder og metode.....	4
1.4.1	Utgangspunkt.....	4
1.4.2	EU/EØS	5
1.4.3	EMK og EU-pakten	6
1.4.4	Utenlandske rettskilder	7
1.5	Avgrensninger	8
1.6	Fremstillingen videre.....	8
1.7	Sitat- og gjengivelsesreglene i åndsverksloven og Infosoc-direktivet.....	9
2	Overordnet om opphavsretten og ytrings- og informasjonsfriheten, og forholdet mellom disse	10
3	Den generelle diskusjonen mellom opphavsretten og ytrings- og informasjonsfriheten	12
3.1	Spiegel Online og Funke Medien	12
3.2	Særlige problemstillinger i forholdet mellom opphavsretten og ytrings- og informasjonsfriheten	13
3.3	Adgangen til å gjøre ytterligere unntak fra opphavsretten i kraft av ytringsfriheten.....	14
4	Nyhetsmedias sitatrett	19
4.1	Innledning	19
4.2	Grensene for sitatets omfang, i lys av «god skikk» og «i den utstrekning formålet betinger»	20
4.2.1	Sammenhengen mellom formål og sitat i vurderingen av god skikk	20
4.2.2	Krav til forholdet mellom sitatet og konteksten det inngår i	21
4.3	Når er et verk «offentliggjort»?.....	25
4.3.1	Kan «allmennheten» være en avgrenset gruppe personer?	27
4.3.2	EU-domstolens tilnærming til allmennhetsbegrepet.....	28
4.3.3	Øvrige tolkningsmomenter i vurderingen av hva som utgjør en allmennhet.....	30
4.4	Særlig om sitat fra bilde	33
5	Nyhetsmedias gjengivelsesrett	36
5.1	Innledning	36
5.2	Rammene for at verk kan «gjengis» når de «inngår i» en «dagshending» etter åvl. § 36 (1).....	37
5.3	Kan media skape sin egen dagshending ved omtale av verk?	39
5.4	Norsk gjengivelsesrett tolket i lys av EU-retten	41
5.5	I hvilke tilfeller blir det behov for å gjøre ytterligere unntak fra åndsverksloven for å ivareta ytringsfrihetshensyn?.....	44
6	Avslutning	46
7	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Denne masteroppgaven handler om forholdet mellom ytrings- og informasjonsfriheten på den ene siden, og opphavsretten på den andre – nærmere bestemt når og hvordan nyhetsmedia kan benytte seg av opphaveres åndsverk ved formidling av nyheter. For å trekke opp grensene for mediens bruk av andres verk, må opphavsretten, som i utgangspunktet gir opphaveren enerett til å utnytte verket, avveies mot ytrings- og informasjonsfriheten, som skal sørge for en offentlig og opplyst samfunnsdebatt.

Det finnes en rekke rettigheter som de fleste anser som essensielle for å sikre et fungerende demokratisk samfunn. Imidlertid er kun et fåtall av disse rettighetene *absolutte* – og det må ofte gjøres inngrep i én rettighet, for å gi rom til en annen.¹ Ytringsfriheten er en sentral menneskerettighet, men den kan nettopp begrenses av hensyn til andre rettigheter, slik som opphavsretten.² Tilsvarende må opphavsretten i en del tilfeller avgrenses av hensyn til ytringsfriheten. Dermed oppstår det behov for en avveining; et forsøk på å finne en rimelig balanse mellom opphavsretten og ytringsfriheten.

Balanseringen mellom rettighetene danner bakteppet for oppgavens tema: grensene for nyhetsmedias bruk av andres åndsverk. Med «nyhetsmedia», «media» og «pressen» siktes det til «de typiske nyhetsmedier som aviser, kringkastere, elektroniske massemedier og andre publikasjoner som i hovedsak driver formidling av nyheter og aktualitetsstoff», slik forarbeidene definerer begrepet i relasjon til åndsverksloven (åvl.) § 36.³

1.2 Temaets aktualitet

Media fungerer som et kontrollorgan som skal informere allmennheten, og verner nettopp om ytrings- og informasjonsfriheten. Det er ofte gjennom undersøkende journalistikk at alvorlige forhold oppdages, og media omtales derfor gjerne som den «fjerde statsmakt». Samfunnets

¹ Absolutte rettigheter er bl.a. forbudet mot dobbel straffeforfølgning, tvangsarbeid og vilkårlig frihetsberøvelse. Se NIM (u.å.).

² Prop. 65 L (2012-2013) s. 64.

³ Prop. 104 L (2016-2017) s. 147.

stadige utvikling gjør at måten mediene jobber for å spre informasjon på, endrer seg. Nyhetsformidlingen skjer nå i stor utstrekning digitalt, og man trenger ikke lenger vente på papiravisen for å oppdatere seg på nyhetsbildet. Ved hjelp av noen tastetrykk kan man bli kjent med hendelser fra hele verden – kun sekunder etter hendelsen skjedde.

Digitaliseringen fører også til at mye materiale ligger tilgjengelig på nett, og enkelt kan deles videre. Dermed legger den teknologiske utviklingen ikke bare til rette for et opplyst samfunn, men skaper også nye utfordringer. Utfordringene knyttes blant annet til spredning av «fake news» som vi har sett mer av de siste årene,⁴ og når det gjelder rettighetene til opphaverne av verkene som benyttes i nyhetsformidlingen. At «fake news» i dag deles hurtig og når ut til mange, tilsier at opphavsretten ikke bør hindre nyhetsmedias mulighet til å handle raskt for å dokumentere sannheter. EU-domstolens avgjørelse i Spiegel Online (sak C-516/17), som får betydelig fokus i oppgaven, handler nettopp om pressens avsløring av angivelige «fake news» fra en politiker.

Journalister har ofte behov for å bruke ulike verk i sitt arbeid, for eksempel en fotografs bilder av gateopptøyer. Slik bruk tillates til en viss grad. Det gjelder imidlertid ingen *generell* rett for nyhetsmedia som gir full adgang til å bruke andres verk, og det knytter seg usikkerhet til i hvilket omfang bruken kan skje. Særlig blir grensene for sitatretten etter åvl. § 29 («sitatretten») og adgangen til gjengivelse av verk ved omtale av dagshending etter åvl. § 36 (1) og (2) («gjengivelsesretten»), aktuelle ved spørsmålet om medias bruk av andres verk.

1.3 Problemstilling

Oppgaven søker å klargjøre grensene for nyhetsmedias lovlige bruk av andres åndsverk. I avveiningen av ytrings- og informasjonsfriheten opp mot opphavsretten skal ulike problemstillinger knyttet til vilkårene i norsk sitatrett og gjengivelsesrett, som må tolkes i lys av EU-retten, analyseres. Særlig blir det sentralt å avdekke om det finnes situasjoner der åndsverkslovens sitat- og gjengivelsesrett ikke ivaretar ytringsfrihetshensynet i tilstrekkelig grad, slik at ytringsfriheten nødvendiggjør ytterligere unntak fra opphavsretten. Sagt på en annen måte: om det i visse situasjoner blir behov for at menneskerettighetene gir grunnlag for

⁴ «Fake news» er nyhetslignende saker som bevisst sprer usannheter.

bruk av verk i større utstrekning enn åndsverkslovens lovfastsatte unntak tilsynelatende hjemler.

1.4 Rettskilder og metode

1.4.1 Utgangspunkt

Oppgaven tar utgangspunkt i de «lånereglene» som er særlig relevante for nyhetsmedias bruk av åndsverk: åvl. §§ 29 og 36 (1) og (2). Lånereglene åpner for at andre kan benytte åndsverkene uten opphavers samtykke, og finnes i åndsverkslovens kapittel 3. Et «åndsverk» er et hvilket som helst verk skapt med et minimum av skapende innsats fra opphaveren, jf. åvl. § 2 (2).⁵ Kravet medfører blant annet at mindre notiser og nyhetsmeldinger ikke nødvendigvis har opphavsrettslig vern, og dermed i utgangspunktet kan brukes fritt av andre.⁶ Skaperen av åndsverket har opphavsrett til verket, og kalles «opphaver», jf. åvl. § 2 (1). Verkene som omtales i oppgaven forutsettes å ha opphavsrettslig beskyttelse, da dette er en betingelse for at konflikten mellom opphavsretten og ytringsfriheten aktualiseres.

Selv om opphavsretten i utgangspunktet er territoriell, har de siste tiårenes digitalisering lagt godt til rette for at åndsverk enkelt kan bevege seg over landegrensene.⁷ Som påpekt i blant annet forarbeidene til ny Grunnlov, blir norsk opphavsrett «sterkt preget av internasjonale konvensjoner og [...] et økende antall EU-direktiv på området.»⁸ Den rettslige internasjonaliseringen innskrenker norske rettsanvenderes frihet til å avgrense opphavsretten, da dette må gjøres i tråd med internasjonale forpliktelser.⁹ Dessuten knyttes det metodiske utfordringer til at stadig flere rettsspørsmål har internasjonale sider, og til den internasjonale rettens raske utvikling. I tillegg til økningen av relevante rettskilder, er de internasjonale rettskildene ofte vanskeligere tilgjengelige enn nasjonale, noe som gjør rettsanvendelsen krevende.¹⁰

⁵ Betegnelsene «åndsverk» og «verk» brukes synonymt i oppgaven.

⁶ Wessel-Aas (2015).

⁷ Rognstad (2019) s. 44.

⁸ NOU 1999: 27 s. 136.

⁹ Torvund (2019) s. 156.

¹⁰ Arnesen og Stenvik (2015) s. 14.

1.4.2 EU/EØS

EU-rettens omfattende aktivitet på opphavsrettsområdet får betydning for norsk rett gjennom Norges tilslutning til EØS-avtalen.¹¹ EØS-reglene har dermed hatt stor innvirkning på norsk opphavsrett.¹² Reglene består hovedsakelig av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, og av EU-direktiver på opphavsrettsområdet som med EØS-tilpasninger er gjennomført i norsk rett.¹³ Flere av direktivets regler er basert på internasjonale konvensjoner, som Bernkonvensjonen, WIPO-avtalen og «TRIPS-avtalen».¹⁴

Infosoc-direktivet (også kalt «opphavsrettsdirektivet») er et sentralt EU-direktiv, og har blant annet bestemmelser om bruk av verk gjennom sitat og ved omtale av dagshending.¹⁵ Direktivet må tolkes i tråd med EU-domstolens tolkningslære; utgangspunktet tas i ordlyden, men også kontekst og formål er viktige tolkningsbidrag.¹⁶

Infosoc-direktivet art. 5 (5) hjemler «tretrinns testen».¹⁷ Avgrensingsreglene i nasjonal lovgivning må etter testen gjelde i *spesielle tilfeller*, ikke komme i konflikt med *normal utnyttelse* av verket, og ikke på urimelig måte tilsidesette opphaverens *legitime interesser*.¹⁸ I dag utgjør tretrinns testen en internasjonalt anerkjent ramme for nasjonalstatens frihet til å avgrense opphavsretten¹⁹, og EU-domstolen bruker den aktivt.²⁰ Selv om tretrinns testen ikke er inntatt i åndsverksloven, gjør presumpsjonsprinsippet at testen også har betydning for åndsverkslovens avgrensingsregler.²¹

EU-domstolen har avsagt flere avgjørelser om forståelsen av EU-rettens sitat- og gjengivelsesrett. På grunn av presumpsjonsprinsippet,²² prinsippet om EØS-konform fortolkning,²³ og homogenitetsmålsetningen,²⁴ er avgjørelsene viktige for tolkningen av

¹¹ Rognstad (2019) s. 47.

¹² Rognstad (2019) s. 48.

¹³ Rognstad (2019) s. 48.

¹⁴ Norge er forpliktet til Bernkonvensjonen, WCT og WTO.

¹⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (Infosoc-direktivet).

¹⁶ NOU 2012:2 s. 122 og sak C-283/8 (CILFIT) avsnitt 18-21.

¹⁷ Tilsvarende i Bernkonvensjonen art. 9 (2), WCT art. 10 og TRIPS-avtalen art. 13.

¹⁸ Rognstad (2019) s. 280.

¹⁹ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), s. 30.

²⁰ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 37, 46 og 79.

²¹ Rognstad (2019) s. 280.

²² Rt-2000-1811 (Finanger I).

²³ Rognstad (2019) s. 280, Rt-2000-1811 (Finanger I) s. 1817 og Sak E-1/07 avsnitt 40-41.

²⁴ EØS-avtalen art. 1 jf. art. 6 og ODA-avtalens art. 3.

norske regler.²⁵ Da målsetningen om like tolkningsresultater kun kan oppnås dersom EU-domstolen anses som ledende prejudikatdomstol innenfor EU, finnes ingen eksempler på at norske domstoler avviser EU-domstolens praksis som autoritativt uttrykk for forståelsen av EØS-avtalen.²⁶ I denne oppgaven vil EU-domstolens syn på sitat- og gjengivelsesretten behandles grundig.

1.4.3 EMK og EU-pakten

Ytringsfriheten vernes ikke bare i vår egen Grunnlov § 100, men også i internasjonale forpliktelser – blant annet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 10, gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2. I tillegg hjemler EMK P1-1 den generelle eiendomsbeskyttelsen, noe som omfatter opphavsretten.²⁷

Videre har EU vedtatt en pakt om grunnleggende rettigheter (EU-pakten/Charteret), som inneholder ulike rettigheter, friheter og prinsipper, og er mye inspirert av EMK.²⁸ Mens retten til ytringsfrihet inngår i EU-paktens art. 11, beskytter art. 17 (2) uttrykkelig immaterialrettigheter. Dermed er opphavsretten og ytringsfriheten en del av den primære EU-retten.²⁹

EU-pakten er imidlertid ikke innlemmet i EØS-avtalen, eller formelt anerkjent av EØS-avtalens parter. Likevel bruker EU-domstolen EU-pakten som tolkningsfaktor, blant annet ved tolkningen av Infosoc-direktivet.³⁰ Spiegel Online og Funke Medien illustrerer dette.³¹ Norges forpliktelse til Infosoc-direktivet gjør dermed at EU-pakten får betydning for norsk rett også. At en rekke av EU-paktens bestemmelser samsvarer med rettigheter som følger av EMK, samt harmoniseringsmålsetningen, gjør dessuten at EU-domstolen bruker EMK som en presumptiv parallell med pakten.³² Dette tilsier at det sjelden oppstår motstrid mellom EMK og EU-/EØS-retten.

²⁵ Rognstad (2019) s. 50.

²⁶ Arnesen og Stenvik (2015) s. 27 og Fredriksen (2011) s. 80.

²⁷ Sak 19247/03 (Balan mot Moldova) og HR-2019-1725-A (Lovdata) avsnitt 62.

²⁸ Fredriksen (2013) s. 371.

²⁹ Nielsen (2017) s. 132.

³⁰ Fredriksen (2013) s. 378.

³¹ Spiegel Online (sak C-516/17) avsnitt 40 og Funke Medien (sak C-469/17) avsnitt 34.

³² Spiegel Online (sak C-516/17) avsnitt 57.

I tillegg har ytringsfriheten vern etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 19, gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. Imidlertid har EMK art. 10 hatt størst innflytelse på åndsverksloven.³³ Også andre opphavsrettslige konvensjoner påvirker norsk rett, men disse har mindre betydning for oppgavens spørsmål.³⁴

1.4.4 Utenlandske rettskilder

Den tidligere åndsverksloven av 1961 ble utarbeidet gjennom tett nordisk lovsamarbeid. Da Sverige, Danmark og Finland sluttet seg til EU, og Norge gjennom EØS-avtalen inngikk EU-samarbeid, ble opphavsretten mer harmonisert mellom europeiske land. Den *nordiske* rettsenheten fikk dermed mindre betydning, og dagens åndsverkslov ble til uten nordisk lovsamarbeid.³⁵

I dag handler samarbeidet mellom de nordiske landene mye om hvordan EU-direktiver skal gjennomføres nasjonalt, og fokuset rettes mot en «felleseuropeisk» rettsenhet.³⁶ Særlig siden lovbestemmelsene om sitatretten er likelydende formulert i norsk, dansk og svensk opphavsrettslov,³⁷ og gjengivelsesretten i landene har en rekke likhetstrekk,³⁸ blir nordiske rettskilder relevante ved vurderingen av nasjonale opphavsrettsspørsmål.

Målsetningen om rettsenhet tilsier at utenlandske rettsavgjørelser generelt kan være relevante.³⁹ EU-rettens mest sentrale saker om forholdet mellom ytringsfriheten og opphavsretten, Spiegel Online og Funke Medien, kommer fra Tyskland. Tysklands velutviklede opphavsrett gjør det interessant å se hvordan tysk høyesterett avgjorde sakene etter EU-domstolens avgjørelser.

³³ Prop. 31 L (2019-2020) s. 20.

³⁴ Særlig Bernkonvensjonen, WCT og TRIPS-avtalen.

³⁵ Rognstad (2019) s. 46.

³⁶ Rognstad (2019) s. 46.

³⁷ Prop. 104 L (2016-2017) s. 130.

³⁸ Svensk upphovsrättslag 25 § og dansk ophavsretslov § 25.

³⁹ Rognstad (2019) s. 47.

1.5 Avgrensninger

Media kan i prinsippet bruke åndsverk til en rekke ulike formål – både i kommersiell reklamebruk, og ved formidling av nyheter. Adgangen til å benytte seg av andres verk er likevel langt ifra like vid på alle områder. Den blir snevrere jo lenger unna man kommer hovedhensynene bak lånereglene og hensynet til ytringsfriheten. Formålet ved inngrepet i opphavers enerett blir derfor relevant ved avgrensningen av oppgaven.

Det avgrenses mot tilfeller der det *ikke* siteres eller gjengis fra verk med formidling av nyheter som formål. Med *nyheter* siktes det til informasjon av interesse for allmennheten som deles gjennom massemedier, som aviser, TV, og internett. Bruk av verk i for eksempel skjønnlitterære bøker eller på reklameplakater, faller dermed utenfor. Oppgaven knytter seg følgelig kun til nyhetsmedias bruk av andres åndsverk ved formidling av nyheter.

1.6 Fremstillingen videre

Da sitatretten og gjengivelsesretten er sentrale for problemstillingen, presenteres i punkt 1.7 reglens grunnlag i åndsverksloven og Infosoc-direktivet. For å plassere oppgavens problemstilling i kontekst, inneholder kapittel 2 en overordnet beskrivelse av opphavsretten og ytrings- og informasjonsfriheten, og sammenhengen mellom rettighetene. I kapittel 3 presenteres Spiegel Online og Funke Medien, før adgangen til å gjøre ytterligere unntak fra opphavsretten i kraft av ytringsfriheten vurderes. For å kartlegge om det finnes tilfeller hvor ytringsfriheten krever at nyhetsmedia bruker verk på måter som ikke hjemles av sitat- og gjengivelsesretten, må bestemmelsenes innhold klarlegges. I kapittel 4 og 5 redegjøres det derfor for sitat- og gjengivelsesretten. Videre vurderes om gjengivelsesretten hjemler bruk av verk der sitatretten ikke forankrer bruken. Avslutningsvis sammenfattes funnene, og det tas stilling til om ytringsfriheten nødvendiggjør unntak fra opphavsretten utover sitat- og gjengivelsesretten.

1.7 Sitat- og gjengivelsesreglene i åndsverksloven og Infosoc-direktivet

Av åvl. § 29 fremgår det at:

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

Bestemmelsen begrenser eneretten som i utgangspunktet ligger hos verkets opphaver, ved å gi rett til å sitere fra et åndsverk uten rettighetshaverens samtykke. Motsvaret i EU-retten finnes i Infosoc-direktivet i art. 5 (3) d), som gir medlemsstatene adgang til å gjøre unntak fra opphaverens rett til reproduksjon eller overføring til allmennheten

«hvis der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgjengelig for almenheten på lovlig vis, kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til»

Åvl. § 36 hjemler gjengivelse av verk ved medias omtale av dagshending. Særlig er bestemmelsens to første ledd relevante for nyhetsmedias bruk av andres åndsverk. Disse behandles i oppgaven, og lyder slik:

«Et verk som inngår i en dagshending kan ved medias omtale av dagshendingen gjengis i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger.

Også et offentliggjort kunstverk, offentliggjort fotografisk verk eller offentliggjort filmverk som har tilknytning til dagshendingen uten å inngå i den, kan på samme vilkår som i første ledd gjengis mot vederlag. Dette gjelder ikke verk som er skapt i ervervsvirksomhet med henblikk på gjengivelse i media.»

Retten til gjengivelse har også grunnlag i Infosoc-direktivet. Det bestemmes i art. 5 (3) c) annet alternativ at medlemsstatene kan innføre unntak fra eller innskrenkninger i opphaverens rett til reproduksjon eller overføring til allmennheten

«hvis der er tale om anvendelse af værker eller andre frembringelser i forbindelse med redegørelse for dagsbegivenheder, og det sker i et omfang, som det informative formål berettiger til, og såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt».

2 Overordnet om opphavsretten og ytrings- og informasjonsfriheten, og forholdet mellom disse

Opphavsretten innebærer at skaperen av et verk får enerett til å råde over verket gjennom fremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, jf. åvl. § 3 (1). Dette gir opphaveren mulighet til å tjene penger på sitt verk ved å kreve vederlag for at andre utnytter verket på måter som dekkes av enerettene, eller ved å helt eller delvis overdra enerettene.

Opphavsrettens formål kan dermed være å gi økonomisk incentiv til produksjon og spredning av åndsverk.

Dessuten gir opphavsretten rett til navngivelse ved andres bruk av verket, samt til å motsette seg visse endringer av verket – såkalte «ideelle rettigheter», jf. åvl. § 5. I åndsverksloven kapittel 2 vernes også «nærstående rettigheter». Dette er prestasjoner som ikke *er* åndsverk, men som har *tilknytning* til åndsverkene, for eksempel fotografiske bilder i § 23.⁴⁰ Det avgrenses mot nærmere behandling av de nærstående rettigheter, men flere av de samme hensynene gjør seg gjeldende når ytringsfriheten skal avveies mot de nærstående rettigheter, som mot opphavsretten.

Med *ytrings- og informasjonsfriheten* siktes det til adgangen til å fremsette ytringer av ethvert innhold, til enhver tid, og uavhengig av form og medium.⁴¹ Informasjonsfriheten er en del av ytringsfriheten, og innebærer retten til å uhindret holde seg underrettet fra tilgjengelige kilder.⁴² Både «ytringsfriheten» og «ytrings- og informasjonsfriheten» brukes i oppgaven, uten at begrepene skal innebære noen realitetsforskjell.

Grunnloven § 100 (1) hjemler ytringsfriheten som en grunnleggende rettighet, men (2) viser at rettigheten ikke er absolutt. Videre gir (3) et spesielt sterkt vern om politiske ytringer, da slike anses å være i ytringsfrihetens kjerne. Dette har sammenheng med mediens særlige funksjon som «public watchdog».⁴³

Mens opphavsretten begrenser adgangen til å benytte opphavernes verk, skal ytrings- og informasjonsfriheten sørge for en åpen og opplyst debatt, og dermed et informert samfunn.

⁴⁰ Rognstad (2019) s. 17.

⁴¹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 63.

⁴² Prop. 65 L (2012-2013) s. 63.

⁴³ Sak 15890/89 (Jersild mot Danmark) avsnitt 31.

Ytringsfriheten er normalt uproblematisk i relasjon til opphavsretten, da opphavsretten ikke beskytter informasjonen *i seg selv*. Det er kun den *konkrete utformingen* til opphaveren som er vernet.⁴⁴ Dermed kan en ytrings idémessige innhold bringes videre ved referat, da referatretten ikke griper inn i opphaverens enerett. En journalist får for eksempel ikke opphavsrett til å skrive om en bestemt nyhet, men derimot til den spesifikke artikkelen vedkommende har skrevet. I visse tilfeller kan media likevel ha behov for bruk av hele eller deler av et verk i sin opprinnelige utforming, og det er *denne* typen bruk som må balanseres mot opphavsretten. Dermed står ikke opphavsretten og ytringsfriheten *generelt* i normkonflikt, men kan ved den *konkrete* rettsanvendelsen komme i konflikt med hverandre.

Samtidig som opphavsretten og ytringsfriheten kan stå i et motsetningsforhold, er de også nært knyttet sammen. Svensk høyesterett tydeliggjør forholdet ved å uttale at «[s]åväl informationsfriheten som upphovsrätten syftar till att skapa förutsättningar för ett fritt samhällsskick och för intellektuell utveckling. Grundlagarna ger skydd för medborgarna att yttra sina tankar och åsikter och inhämta och meddela uppgifter. Upphovsrättslagen ger skydd för den individuella utformning som upphovsmannen ger sitt ämne. Informationsfriheten och upphovsrätten förutsätter på så sätt varandra.»⁴⁵ Ettersom opphavsretten skaper incentiv til økt produksjon av åndsverk, styrker den også hensynene som ligger bak ytringsfriheten.⁴⁶

⁴⁴ NOU 1999:27 s. 136.

⁴⁵ Jernrørsskandalen (NJA 2020 s. 293) avsnitt 7.

⁴⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 20.

3 Den generelle diskusjonen mellom opphavsretten og ytrings- og informasjonsfriheten

3.1 Spiegel Online og Funke Medien

EU-domstolen avsa på én og samme dag i juli 2019 to avgjørelser om forholdet mellom opphavsretten og ytringsfriheten: Spiegel Online (sak C-516/17) og Funke Medien (sak C-469/17).⁴⁷ I fagmiljøene var det stor spenning knyttet til avgjørelsene, da rettsspørsmålene åpnet for at et uklart forhold mellom opphavsretten og ytringsfriheten endelig kunne avklares. Om EU-domstolen faktisk klargjorde forholdet, kan diskuteres. Uansett er uttalelsene i avgjørelsene sentrale for forståelsen av norsk sitat- og gjengivelsesrett.

Spiegel Online gjaldt den tyske politikeren Volker Beck, som i en artikkel hadde argumentert for dekriminalisering av pedofili. Artikkelen ble senere publisert i en artikkelsamling. Beck mente at redaktøren hadde endret både tittel og innhold uten samtykke, og han ville ikke assosieres med artikkelen. For å tydeliggjøre standpunktet, offentliggjorde Beck etter flere år selv artikkelen med en påskrift på hver side om at han tok avstand fra innholdet. Rett før Tysklands forbunddagsvalg publiserte avisen *Spiegel Online* en sak hvor de påstod at forskjellene mellom opprinnelig og publisert artikkel var ubetydelige, og at politikerens budskap ikke var endret i artikkelsamlingen. Både den opprinnelige og publiserte versjonen var vedlagt til nedlastning. Beck mente publiseringen grep inn i hans enerett til tilgjengeliggjøring av artikkelen, og gikk til søksmål. Spiegel Online hevdet på sin side, med henvisning til sitatretten og gjengivelsesretten, at publiseringen var lovlig.

Også Funke Medien aktualiserer forholdet mellom opphavsretten og ytringsfriheten. Saken gjaldt flere tyske militærrapporter med informasjon om forsvarets styrker i utlandet. Avisforlaget *Funke Medien* søkte om innsyn i militærrapportene, men fikk avslag av hensyn til statens sikkerhet. Likevel fikk Funke Medien tilgang til flere av rapportene fra en ukjent kilde, og offentliggjorde dem under betegnelsen «Afghanistan Papiere». Forbundsrepublikken Tyskland anførte at publiseringen krenket deres opphavsrett til rapportene. Bundesgerichtshof stilte, som i Spiegel Online, flere spørsmål til EU-domstolen. Hva tysk Høyesterett kom til etter EU-domstolens prejudisielle avgjørelser i sakene, behandles i punkt 5.3.

⁴⁷ Samme dag avsa EU-domstolen sak C-476/17 (Pelham). Denne faller utenfor oppgavens tema.

3.2 Særlige problemstillinger i forholdet mellom opphavsretten og ytrings- og informasjonsfriheten

Mens Spiegel Online omhandler en sentral politikers troverdighet, handler Funke Medien om det tyske forsvars bruk av styrker i utlandet. Begge avgjørelsene gjelder dermed viktige samfunnsspørsmål, som nettopp ligger i ytringsfrihetens kjerne. I Spiegel Online uttaler EU-domstolen at EMK har «fremhævet behovet for at tage hensyn til den omstændighed, at typen af den omhandlede »samtale« eller information er af særlig betydning, bl.a. i forbindelse med den politiske debat eller debat om et emne af almen interesse».⁴⁸ Saksforholdenes karakter tilsier dermed at media i utgangspunktet hadde en vid sitat- og gjengivelsesrett.

EU-domstolen fastslår at Infosoc-direktivets liste over unntak fra opphavsretten er «udtømmende».⁴⁹ Medlemsstatene må dermed holde seg innenfor direktivtekstens *rammer*.⁵⁰ Med andre ord bestemmer EU-domstolen at nasjonalstatene ikke kan tillate bruk som går lengre enn det som følger av Infosoc-direktivets sitat- og gjengivelsesrett i art. 5 (3) d) og c). Bakgrunnen for at listen er uttømmende er, ifølge EU-domstolen, særlig at det vil skade effektiviteten av harmoniseringen som Infosoc-direktivet skal ivareta dersom medlemsstatene kan innføre egne unntak.⁵¹ Dessuten pekes det på at en rimelig balanse mellom opphavsretten og ytringsfriheten allerede er forsøkt regulert gjennom unntakslisten i Infosoc-direktivets art. 5, noe som kan tilsi at det ikke er behov for ytterligere unntak.⁵²

Samtidig peker EU-domstolen på at medlemsstatene ikke bare skal tolke unntakene i samsvar med direktivet – de skal *også* sikre at fortolkningen ikke kommer i konflikt med de grunnleggende rettighetene, eller andre EU-rettslige prinsipper.⁵³ Medlemsstatene forpliktet dermed til å trekke inn ytringsfriheten ved tolkningen av lånereglene. Dette virker fornuftig; det gjør at nasjonalstatene enklere unngår konflikt mellom opphavsrettslovgivningen og menneskerettslige forpliktelser, hvor sistnevnte forventes å samsvare med EU-pakten. Likevel kan EU-domstolens uttalelse komplisere fortolkningen av Infosoc-direktivet, ved at uttalelsen avdemper det tilsynelatende klare standpunktet om at unntakslisten er uttømmende. Et

⁴⁸ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 58.

⁴⁹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 41 og sak C-469/17 (Funke Medien) avsnitt 56.

⁵⁰ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 31.

⁵¹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 47 og C-469/17 (Funke Medien) avsnitt 62.

⁵² Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 42.

⁵³ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 52 og C-469/17 (Funke Medien) avsnitt 68.

spørsmål som da oppstår, er om ytringsfriheten kan utgjøre grunnlag for ytterligere unntak fra opphavsretten.

3.3 Adgangen til å gjøre ytterligere unntak fra opphavsretten i kraft av ytringsfriheten

Spørsmålet om ytringsfrihetens funksjon som selvstendig grunnlag for opphavsrettsunntak, aktualiseres i Lovdata-saken (HR-2019-1725-A). Her vurderte Høyesterett om et nettsted kunne publisere høyesterettsavgjørelser hentet fra en DVD utgitt av Lovdata. I domspremissene legges det til grunn at reglene i Grl. § 100 og EMK art. 10 ved motstrid går foran åndsverkslovens regler.⁵⁴ Som Stenvik påpeker, kan det spørres om det var nødvendig å vurdere «motstrid» mellom åndsverksloven og EMK art. 10.⁵⁵ Balanseringen av rettighetene kunne kanskje skjedd *innenfor* Infosoc-direktivets grenser, i tråd med EU-domstolens krav.⁵⁶ Uansett konkluderes det med at publiseringen stred mot Lovdatas enerett til databasene, og at EMK art. 10 ikke var krenket. Dommen kan tas til inntekt for at Høyesterett åpner for at ytringsfriheten som grunnleggende rettighet, ved behov, kan supplere åndsverksloven.

I sakene *Ashby Donald* og *Neij & Kolmosoppi* fastslår også EMD at ytringsfriheten kan «trumfe» opphavsretten.⁵⁷ Mens *Ashby Donald* gjaldt motefotografer som uten tillatelse hadde publisert bilder fra motevisninger, gjaldt *Neij & Kolmosoppi* innehaverne av Pirate Bay som var blitt straffedømt for medvirkning til opphavsrettskrenkelser grunnet drift av tjenesten.⁵⁸ Selv om EMD kom til at påberopelse av opphavsretten i de konkrete sakene ikke stred mot ytringsfriheten, fastsetter dommene likevel at EMK art. 10 *kan* begrense nasjonale opphavsrettsregler.⁵⁹

Vilkåret i åvl. § 29 om at et verk må være «offentliggjort» for å kunne siteres utgjør et praktisk tilfelle der spørsmålet om adgangen til bruk utenfor Infosoc-direktivets unntaksliste oppstår. Åndsverkslovens legaldefinisjon i § 10 bestemmer at åndsverk er offentliggjort når de «lovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten». Offentliggjort-vilkåret behandles

⁵⁴ HR-2019-1725-A (Lovdata) avsnitt 56.

⁵⁵ Stenvik (2019).

⁵⁶ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 31.

⁵⁷ Sak 36769/08 (*Ashby Donald* og andre mot Frankrike) og sak 40397/12 (*Neij* og *Kolmisoppi* mot Sverige).

⁵⁸ Rognstad (2019) s. 77.

⁵⁹ Rognstad (2019) s. 77.

grundigere i punkt 4.3, men fungerer her som et holdepunkt for den mer generelle diskusjonen av om ytringsfriheten kan danne grunnlag for opphavsrettsunntak.

Opphavsrettslovgivningen regulerer ikke konflikten som oppstår dersom bruk av et ikke-offentliggjort verk anses nødvendig for å sikre et opplyst samfunn. Spørsmålet er derfor om det finnes rettskildemessig grunnlag for å se bort ifra offentliggjort-vilkåret. Tas vilkåret på ordet, vil man for eksempel ikke kunne sitere fra private brev.⁶⁰ Etter departementets vurderinger vil det likevel være aktuelt å sitere fra ikke-offentliggjorte verk der opphavsretten i realiteten misbrukes til å forhindre en informert offentlig debatt om samfunnsspørsmål av allmenn interesse, hvor de hensyn som ligger bak sitatregelen gjør seg særlig tungt gjeldende».⁶¹ Rognstad synes også å åpne for denne løsningen, der han peker på at man kan måtte «søke støtte i de alminnelige regler om ytringsfrihet i EMK artikkel 10 og GrL. § 100 dersom sitatet skal være tillatt».⁶²

Også Ytringsfrihetskommisjonen er inne på problemstillingen, og viser blant annet til et eksempel hvor en kritiker anklager Scientologikirken for å benytte seg av indoktrinerende og hjernevaskende ritualer. Kirken benekter anklagen, og kritikeren har derfor behov for å dokumentere sine påstander ved å sitere ikke-offentliggjorte skrifter.⁶³ Sitatbruken vil i utgangspunktet krenke opphavsretten, men kan ifølge Ytringsfrihetskommisjonen berettiges om man «tolker inn en begrensning i eneretten av hensyn til ytringsfriheten.»⁶⁴

Uttalelsene i norsk forarbeid, rettspraksis og juridisk teori åpner dermed for at vernet av ytrings- og informasjonsfriheten i visse tilfeller kan hjemle unntak fra offentliggjort-vilkåret, jf. åvl. § 29. Praksisen fra EU-domstolen i Spiegel Online og Funke Medien kan imidlertid trekke i en annen retning.

EU-domstolens uttalelser om at Infosoc-direktivets unntaksliste er uttømmende og at offentlighetsvilkåret er absolutt, kan tilsa at ytringsfriheten ikke hjemler ytterligere unntak fra opphavsretten.⁶⁵ Medlemsstatene skal, etter EU-domstolens praksis, veie ytrings- og

⁶⁰ Vyrje (1987) s. 247.

⁶¹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 134.

⁶² Rognstad (2019) s. 315.

⁶³ Eggen (1999) s. 280.

⁶⁴ NOU 1999:27 s. 136.

⁶⁵ Sak C-516/17 (Spiegel Online) 41 og 88, og sak C-469/17 (Funke Medien) avsnitt 56.

informasjonsfriheten opp mot opphavsretten innenfor «de grænser, som EU-retten fastsætter». ⁶⁶ Det vises også til at Infosoc-direktivet ikke «giver mulighed for, at medlemsstaterne udvider anvendelsesområdet for disse untagelser eller innskærnkninger». ⁶⁷ Samlet gjør dette at ytringsfriheten, etter EU-domstolens synspunkt, ikke rettferdiggjør ytterligere innskærnkninger i opphavers enerett. Gjør medlemsstatene unntak fra opphavsrettslovgivningen for å ivareta ytringsfriheten, går de dermed imot EU-domstolens oppfatning. Dette betyr nødvendigvis ikke at nasjonalstaten *enten* må følge EU/EØS-retten, *eller* sine folkerettslige forpliktelser. Når EU-domstolen uttaler at ytringsfriheten skal hensyntas ved direktivtolkningen, får medlemstatene en viss skjønnsfrihet ved fastleggingen av unntakenes innhold. Dermed kan kanskje ytringsfriheten ivaretas i tilstrekkelig grad ved selve *tolkningen* av de eksisterende lånereglene.

Der innholdet i norsk rett fastsettes «isolert» etter nasjonale rettskildefaktorer før rettsregelen konfronteres med EU-retten, kan det oppstå unødvendige spenninger mellom rettssystemene. ⁶⁸ Dette tilsier at norsk rett så langt som mulig tolkes i lys av EU-retten, for å unngå motstrid.

Rosenmeier uttaler at «man ikke [skal] lægge for meget i» EU-domstolens uttalelser om at medlemsstatene har en «betydelig skønsmargen» ⁶⁹ i vurderingen av sitatrettens og gjengivelsesrettens innhold, men at «[h]ovedreglen er stadig, at det er EU, ikke medlemslandene, der sætter den fortolkningsmæssige dagsorden.» ⁷⁰ Dermed synes Rosenmeier å mene at nasjonale domstolers skjønnsmargin ikke er så stor som EU-domstolen tilsynelatende uttrykker, slik at statene må holde seg tett opptil Infosoc-direktivets unntak. Dette samsvarer med den tidligere nordiske tendensen, hvor ytringsfriheten som selvstendig opphavsrettsunntak har fått lite gjennomslag. ⁷¹ Også i artikkelen *Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn* uttales det at utgangspunktet om at «ord og begreber i EU-direktiver ikke nødvendigvis var fuldtud bindende for medlemsstaterne, og at de havde en vis frihed, når ordene skulle omsættes til national ret», ikke lenger gjelder. ⁷²

⁶⁶ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 31.

⁶⁷ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 48.

⁶⁸ Arnesen og Stenvik (2015) s. 150.

⁶⁹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 28.

⁷⁰ Rosenmeier (2020) s. 5.

⁷¹ Rognstad (2019) s. 77. Se RG-2001-1151 (Bratlie), LB-2003-3138 (Mein Kampf) og T 1096-98 (Scientologi).

⁷² Rosenmeier; Blomqvist; Riis; Schovsbo; Schwemer; Udsen (2018) s. 298.

Betraktningene ble imidlertid skrevet før Funke Medien og Spiegel Online, hvor EU-domstolen viser at medlemsstatene har en «betydelig skjønsmargin» i vurderingen av sitat- og gjengivelsesretten.⁷³ EU-domstolens bemerkninger trekker i retning av at sitat- og gjengivelsesadgangen er nokså vid, så lenge tolkningen ligger innenfor direktivets rammer. Rosenmeier påpeker at man ikke nødvendigvis skal «lægge for meget» i dette. Likevel tilsier en samvittighetsfull tolkning av EU-domstolens uttalelser om «betydelig skjønsmargin», at kravene til full direktivharmonisering ikke er så strenge som artikkelforfatterne synes å mene når de skriver at EU-domstolen har «strammet skruen» for medlemsstatenes skjønsmargin.⁷⁴

Ytringsfriheten fikk gjennomslag overfor opphavsretten i en østerisk høyesterettsdom fra 2001.⁷⁵ Innehaveren av et nettsted hadde scannet og lagt ut flere avisartikler for å motbevise angivelige avsløringer om hans økonomiske virksomhet. Selv om bruken ikke ble ansett dekket av den østeriske sitatregelen, konkluderte retten med at hensynet til fri meningsytring fikk forrang fremfor avisens interesser. Ytringsfriheten begrunnet dermed unntak fra opphavsretten. Fremgangsmåten ville kanskje vært annerledes dersom saken kom opp etter avgjørelsene i Spiegel Online og Funke Medien. At EU-domstolen synes å gi statene betydelig skjønsmargin ved tolkningen av unntakene,⁷⁶ kan tilsa at utleggelsen av avisartiklene kunne blitt hjemlet innenfor opphavsrettslovgivningen.

Dessuten finnes det også en rekke *underrettsdommer* fra land utenfor Norden hvor ytringsfriheten har overgått opphavsretten.⁷⁷ For eksempel kom en nederlandsk appelldomstol til at gjengivelse av hemmelige dokumenter fra Scientologikirken måtte tillates etter EMK art. 10.⁷⁸ Grunnet skjønsfriheten EU-domstolen synes å tillegge statene, kan det spørres om sitatrettens offentlighetsvilkår kunne blitt tolket vidt nok til å omfatte de hemmelige dokumentene. I så fall kunne den konkrete saken blitt løst innenfor sitatrettens rammer, uten behov for *ytterligere* unntak i kraft av EMK art. 10.⁷⁹

I en engelsk dom fra Court of Appeal hadde avisen The Sunday Telegraph offentliggjort en politikers nedtegnelser om et hemmelig møte med senere statsminister Tony Blair. Domstolen

⁷³ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 28-29, og sak C-469/17 (Funke Medien) avsnitt 41.

⁷⁴ Rosenmeier; Blomqvist; Riis; Schovsbo; Schwemer; Udsen (2018) s. 298.

⁷⁵ GRUR Int. 2001 s. 341 (Medienprofessor).

⁷⁶ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 28.

⁷⁷ Rognstad (2019) s. 79, jf. Karnell (2004) s. 520-523.

⁷⁸ AMI 2003 s. 222 (Scientologi).

⁷⁹ Lignende er T 1096-98 (Scientologi), hvor Scientologikirkens opphavsrett var krenket.

åpnet for at offentlighetens interesse i ordrett gjengitte ytringer *kunne* veie tyngre enn opphavsrettsinteressene, men kom likevel til at avisen gikk for langt.⁸⁰ Retten viste til at «[t]he statement by the Sunday Telegraph that they had obtained a copy of the minute coupled with one or two short extracts from it would have sufficed.»⁸¹ Sitatets omfang var ikke nødvendig av ytringsfrihetshensyn, da siteringen i hovedsak skulle «add flavour to the article».⁸² Også denne dommen åpner for at det med grunnlag i ytringsfriheten kan sees bort ifra offentliggjort-vilkåret.⁸³ Dersom siteringen hadde vært nødvendig for å ivareta ytringsfriheten, kunne kanskje avisens bruk blitt hjemlet i en vid fortolkning av gjengivelsesretten. Til tross for avgjørelsens begrensede rettskildemessig vekt, kan domstolens argumentasjon være interessant i vurderingen av tilsvarende spørsmål nasjonalt.⁸⁴

Skjønnsfriheten til enhver stat har uansett en ytre ramme, da den begrenses av det alminnelige EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet, direktivbestemmelsens formål, tretrinns-testen, og EU-paktens grunnleggende rettigheter.⁸⁵ Betraktes disse som skrankene EU-domstolen setter, synes nasjonalstatene å ha betydelig skjønnsfrihet ved vurderingen av vilkårenes innhold. Skjønnsmarginen kan tilsi at det sjelden må gjøres unntak fra opphavsretten, og at det dermed er lite praktisk å tolke bort offentliggjort-vilkåret. For å avdekke om det likevel finnes tilfeller hvor sitat- og gjengivelsesretten ikke ivaretar ytringsfrihetshensynet i tilstrekkelig grad, må bestemmelsens anvendelsesområde trekkes opp i lys av EU-retten.

⁸⁰ Rognstad (2019) s. 79.

⁸¹ Ashdown v. Sunday Telegraph, EWCA Civ. 2001 s. 1142 avsnitt 81.

⁸² Ashdown v. Sunday Telegraph, EWCA Civ. 2001 s. 1142 avsnitt 82.

⁸³ Rognstad (2019) s. 79.

⁸⁴ Høgberg og Sunde (red.) (2019) s. 103 påpeker at utenlandsk rett kan utgjøre inspirasjon ved fastleggelsen av usikker norsk rett eller argumenter for løsningen av uavklarte rettsspørsmål, f.eks. Rt. 2015 s. 385.

⁸⁵ Rognstad (2020) s. 87. Se også sak C-145/10 (Painer) avsnitt 104-110.

4 Nyhetsmedias sitatrett

4.1 Innledning

I det følgende skal åndsverkslovens sitatrett analyseres, med særlig vekt på hvilken betydning avgjørelsene Spiegel Online og Funke Medien har for tolkningen av bestemmelsen. Fokuset rettes mot delene av regelen som har særlig interesse for nyhetsmedias bruk av åndsverk. Til tross en noe forskjellig utforming av sitatretten i åvl. § 29 og i Infosoc-direktivet art. 5 (3) d), indikerer ikke ordlyden at bestemmelsene har ulikt innhold eller rekkevidde.

Retten til å sitere anses i dag som selvsagt. Som nevnt blir sitatretten kun aktuell der det er spørsmål om å gjengi åndsverk på måter som i utgangspunktet omfattes av opphavers enerett i åvl. § 3. Ved å ivareta den alminnelige ytrings- og diskusjonsfriheten, bidrar sitatretten blant annet til å motarbeide en situasjon der man kun kan sitere det man er enig i, men ikke det man vil kritisere.⁸⁶ At kritikk er en viktig funksjon ved ytringsfriheten fremgår blant annet av Infosoc-direktivets ordlyd, som fastsetter at retten gjelder sitater «med henblik på formål som kritikk eller anmeldelser», jf. art. 5 (3) d). Videre påpekes det i åndsverkslovens forarbeider at «opphavsretten ikke skal innebære noen skranke for pressens muligheter til å orientere allmennheten og hensynet til den offentlige debatt. [...] Pressens viktigste oppgaver – å opplyse allmennheten om aktuelle spørsmål og skape grunnlag for en offentlig debatt – tilsier at de har en relativt omfattende sitatrett.»⁸⁷

Sitatrettens rolle i samfunnet trekkes også frem i høyesterettsavgjørelsen Rt-2010-366 (Brent av frost), som behandles i punkt 4.2.2. Høyesterett uttaler at «sitatretten [er] en selvsagt innskrenkning i opphavsmannens absolutte rett, og den har stor betydning i mange sammenhenger, blant annet for pressen som organ for informasjon og offentlig meningsutveksling».⁸⁸ Dermed har nyhetsmedia, grunnet sitt samfunnsopplysende formål, i utgangspunktet en særlig vid sitatadgang. Som EU-domstolen peker på, har nasjonale domstoler innenfor direktivets rammer en skjønnsmargin i vurderingen av hva som lovlig kan siteres.⁸⁹ *Hvor* vid direktivets sitatadgang er, finnes det imidlertid ingen enkle svar på – men det skal forsøksvis trekkes opp visse retningslinjer i det følgende.

⁸⁶ Torvund (2019) s. 167.

⁸⁷ Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s. 113.

⁸⁸ Rt-2010-366 (Brent av frost) avsnitt 37 og Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 37.

⁸⁹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 31.

4.2 Grensene for sitatets omfang, i lys av «god skikk» og «i den utstrekning formålet betinger»

4.2.1 Sammenhengen mellom formål og sitat i vurderingen av god skikk

Flere av de samme momentene inngår i vurderingen av om at det etter åvl. § 29 kan «sitere[s]» «i samsvar med god skikk» og i «den utstrekning formålet betinger». En samlet fremstilling er derfor hensiktsmessig. I forarbeidene pekes det på at sitatregelen uttrykker en rettslig standard, og videre at «[s]like rettslige standarder må nødvendigvis være generelt formulert, og vil kunne medføre avgrensingsproblemer. [...] Rettsutviklingen bør kunne løpe uforstyrret i en lengre årrekke, slik at det gjennom praksis på en smidig måte vil kunne tas hensyn til den tekniske og samfunnsmessige utvikling».⁹⁰ Flexibiliteten ved fastleggingen av sitatrettens innhold synes også å samsvare med Infosoc-direktivet, som bestemmer at medlemsstatenes «gældende undtagelser og innskærnkninger til rettighederne må nyvurderes på baggrund af den nye elektroniske udvikling.»⁹¹

EU-domstolen uttaler at fastleggingen av uttrykket «citerer» bør skje etter «dets sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug», hvor konteksten den anvendes i og formålet med lovgivningen den utgjør en del av skal hensyntas.⁹² En naturlig forståelse av å «sitere» i åvl. § 29 tilsier at verket, i original form, anvendes videre i en ny sammenheng. Selv om ordlyden kan indikere at sitatretten kun gjelder *deler* av verket, kan også et *helt* verk gjengis i kraft av sitatretten – særlig om verket er av mindre omfang.⁹³ Forarbeidene begrunner muligheten med at «kravet om at sitatretten kun skal utøves ‘i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger’, føre[r] til naturlige og rimelige grenser for sitatretten».⁹⁴ Spiegel Online og Funke Medien er dessuten eksempler på at EU-domstolen åpner for at hele verk kan siteres innenfor sitatrettens grenser.

EU-domstolen konkluderer i Spiegel Online med at sitatbegrepet også omfatter hyperlenker⁹⁵ som henviser til det som siteres.⁹⁶ Domstolen peker på hyperlenkers betydning for et opplyst

⁹⁰ Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s. 127.

⁹¹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 3 og Infosoc-direktivets fortale punkt 31.

⁹² Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 77.

⁹³ Rognstad (2019) s. 318.

⁹⁴ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s. 37-38.

⁹⁵ Elektroniske henvisninger til et annet dokument/annen internettside.

⁹⁶ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 84.

internett, ved at «hyperlinks [medvirker] til, at internettet – der er særligt vigtigt for ytrings- og informationsfriheden [...] er velfungerende og til udveksling af meninger og information på dette netværk».⁹⁷ Et sitat trenger altså ikke inntas i en større tekst. Ved bruk av hyperlenker krever EU-domstolen likevel tilknytning mellom det siterte og den siterendes fremstilling, noe som behandles nedenfor.

Grunnet fleksibiliteten som ligger i uttrykkene «i samsvar med god skikk» og «i den utstrekning formålet betinger», betegnes vilkårene gjerne som lojalitetskrav. Birger Stuevold Lassen uttaler at «[d]et som skikkelige, innsiktsfulle og ansvarsfulle folk anser som redelig og all right bruk av andres åndsverk, må anses som en bruk i samsvar med god skikk.»⁹⁸ I lojalitetskravet ligger det imidlertid ikke at media avskjæres fra å kritisere det de siterer. Snarere tvert imot, da medias oppgave nettopp er å rette et kritisk søkelys på ulike samfunnsforhold.

At det kan siteres «i den utstrekning formålet betinger», tilsier at det er siktemålet med sitatet som rettferdiggjør og bestemmer sitatets omfang. Ordlyden gir anvisning på at det *konkrete* sitatets formål er avgjørende.⁹⁹ Desto mer sitatets konkrete formål samsvarer med formålene som *generelt* begrunner sitatretten, «å ivareta den alminnelige samfunnsdebatt og meningsutveksling»,¹⁰⁰ jo videre er sitatadgangen. I JAS-saken (NJA 1996 s. 712) uttaler svensk høyesterett at «[f]örutsättningen att citat får göras endast i den omfattning, som motiveras av ändamålet, hänger samman med kravet på god sed; om citatet görs längre än ändamålet kräver, uppfyller det inte heller kravet på god sed.»¹⁰¹ Vurderingen av hva formålet betinger og om siteringen skjer i samsvar med god skikk, henger dermed tett sammen.

4.2.2 Krav til forholdet mellom sitatet og konteksten det inngår i

EU-domstolen krever at det godtgjøres «direkte og nær forbindelse» mellom det siterte verk og siterendes egne «overvejelser» for å muliggjøre «intellektuel sammenligning med den andens værk».¹⁰² Selv om den som siterer ikke må skape noe med verkshøyde, tilsier begrepet

⁹⁷ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 81.

⁹⁸ Lassen (1998) s. 18.

⁹⁹ Aakre (2002) s. 59.

¹⁰⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 325.

¹⁰¹ NJA 1996 s. 712 (JAS-saken).

¹⁰² Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 79.

«overvejelser» et krav om en *viss* selvstendighet og refleksjon i den siterendes arbeid. Kreves det ikke selvstendighet i den nye sammenhengen sitatet brukes i, vil ikke nye vinklinger eller informasjon spres til samfunnet, og hensynet bak sitatunntaket gjør seg da ikke gjeldende. Dette henger sammen med EU-domstolens uttalelse i Spiegel Online om at det siterte skal være «underordnet» brukerens ytringer, da tretrinnssteden i art. 5 (5) bestemmer at sitatet ikke skal være av et slikt omfang at det strider mot normal utnyttelse av verket.¹⁰³

En naturlig forståelse av at verket er «underordnet» tilsier at noe annet tar fokuset i fremstillingen. Med andre ord gir uttalelsen anvisning på at den øvrige teksten må utgjøre fremstillingens hovedbidrag, og at det siterte fungerer mer som støtte eller illustrasjon. Kravet om «underordnet» stenger likevel ikke for at sitatet kan være *lengre* enn resten av bidraget, slik for eksempel tilfellet var i Spiegel Online, hvor nyhetsformidleren lenket til hele artikkelen. Uansett tilsier EU-domstolens uttalelser om ytringsfriheten som en viktig tolkningsfaktor at det ikke stilles *for* strenge krav til at det siterte verket er i bakgrunnen, da det også må være mulig å tydelig få frem sitatets innhold.¹⁰⁴ Det siterte bør dermed få såpass plass at formålet med sitatretten ikke undergraves.

Videre tilsier EU-domstolens uttalelse om at den som vil sitere må godtgjøre «direkte og nær forbindelse» mellom det siterte verk og egne overveielser, at jo tettere denne sammenhengen er, jo mer kan siteres. Forfatteren Hartvig Jacobsen påpeker at «jo mere Citatet smager af, at det bruges i Stedet for eget Arbejde, des snarere kan ulovligt Eftertryk antages, jo mere Citatet fylder sin naturlige Opgave at belyse den citeredes eller den citerendes Opfattelse, des klarere er man indenfor det retmæssige».¹⁰⁵ Tilnærmingen tilsier at media raskt er utenfor sitatrettens grenser dersom sitatet fremstår som en *erstatning* for eget arbeid.¹⁰⁶

I Spiegel Online gjaldt de siterte artiklene alene det avisen ville belyse. Dermed utgjorde sitatbruken ingen erstatning for medias arbeid, men var i kjernen av budskapet – nemlig at det i realiteten ikke var noen forskjell av betydning mellom opprinnelig og redigert artikkel, slik Beck hevdet at det var. Forbindelsen var derfor «direkte og nær», noe som tilsier at det kunne siteres nokså mye.¹⁰⁷

¹⁰³ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 79.

¹⁰⁴ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 58.

¹⁰⁵ Jacobsen (1941) s. 176.

¹⁰⁶ Kielland (2018) s. 85.

¹⁰⁷ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 79.

I JAS-saken publiserte avisen Dagens Nyheter et intervju med de skadde etter en ulykke, og Aftonbladet postet samme dag en artikkel med sitat fra Dagens Nyheters' intervju. Spørsmålet var om Aftonbladet krenket Dagens Nyheters opphavsrett.¹⁰⁸ Domstolen uttaler blant annet at «[c]itaten fyller [...] inte heller någon funktion som hjälpmedel för den egna framställningen utan får [...] att ge texten en livfull och personlig prägel», og at «[n]ågot allmänt informationintresse kan inte anses ha påkallat att uttalandena citeras i stället för att refereras.» Da sitatet i stor grad ble brukt for å gi en «livfull» berikelse av fremstillingen, tilsa ikke hensynet til ytringsfriheten noen omfattende sitatadgang. Aftonbladet hadde dermed krenket Dagens Nyheters opphavsrett. Retningslinjen om at nyhetsmedias mer løsrevne sitater må være nødvendige for å ivareta ytringsfriheten, synes godt forenlig med uttalelsene i Spiegel Online, der EU-domstolen understreker at sitatet ikke skal strekke seg lenger enn formålet berettiger.¹⁰⁹

Tilfellet i JAS-saken, hvor siteringen hovedsakelig ga teksten en «livfull og personlig prägel», skiller seg fra Spiegel Online. Da spredningen av informasjonen i Spiegel Online gjaldt noe så samfunns viktig som en politikers troverdighet, måtte spillerommet for bruk av verk være stort. Fordi troverdigheten hadde sammenheng med nettopp *hva* som stod i artikkelen, hadde de konkrete ordene betydning. Ved et slikt tilfelle bør ikke opphavsretten hindre at hele verk siteres dersom det best belyser saken. Tolkes bestemmelsen slik at den åpner for inngrep i opphaverens enerett når allmennheten kan opplyses like godt på mindre inngripende måter, vil hensynene bak opphavsretten kunne undergraves.

Høyesterettsdommen Brent av frost (Rt-2010-366) gjaldt ikke nyhetsmedias virksomhet, men illustrerer et tilfelle hvor sitatets formål falt utenfor sitatrettens kjerneområde. NRK viste i et parodiprogram omtrent ti sekunder fra samleiescenen i spillefilmen «Brent av frost». Spørsmålet var om NRK burde klippet ut to sekunder der man så den kvinnelige skuespilleren naken. Høyesterett uttalte at siteringen skjedde «i en videre utstrekning enn det som fulgte av formålet».¹¹⁰ Dette betød ikke et generelt forbud mot å sitere nakenscenen, men at siteringen i *denne* sammenheng var unødvendig.¹¹¹ Når siteringen ikke ivaretar den alminnelige samfunnsdebatten, slik nyhetsmedias oppgave er, skal det lite til før det er sitert *for* mye.

¹⁰⁸ Aakre (2002) s. 85.

¹⁰⁹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 83.

¹¹⁰ Rt-2010-366 (Brent av frost) avsnitt 43.

¹¹¹ Torvund (2019) s. 172.

I den relativt ferske saken fra Oslo tingrett mellom VG og Advokatfirmaet Rogstad, hadde VG i februar 2020 publisert en artikkel på nett og papir som kritiserte advokatfirmaet.¹¹² Førstesiden inneholdt portrettbilder av 11 advokater hentet fra firmaets nettsider, samt et bilde av daglig leder hentet fra hans åpne Facebook-profil. Bildene ble også brukt av VG i senere artikler. Advokatfirmaet Rogstad saksøkte både VG og journalisten for opphavsrettsbrudd. Dommen er anket, og planlegges behandlet i Borgarting lagmannsrett august 2021.¹¹³ Det gjelder dermed en ikke-rettskraftig tingrettsavgjørelse, og dens rettskildemessige betydning går ikke lenger enn argumentasjonens eventuelle overbevisningskraft.

I dommen uttaler retten at «[i] saker med sterkt kritisk søkelys på et advokatfirma og profilerte enkeltadvokater i firmaet, er det klart relevant å bruke bilder av advokatene». Det kan hevdes at hensynet til å fremme journalistenes budskap, og dermed sikre en opplyst allmennhet, kunne blitt like godt ivare tatt *uten* bildebruken. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at tingrettens vurdering ikke er forenlig med EU-domstolens krav om en «direkte og nær forbindelse» mellom det siterte verk og egne overveielser for å muliggjøre en «intellektuel sammenligning med den andens værk».¹¹⁴ Mens Spiegel Onlines sitering var nødvendig for budskapet, var funksjonen av VGs bildebruk i større grad å gjøre artiklene mer underholdende. Her har VG/Rogstad-saken likhetstrekk med JAS-saken, der man var utenfor sitatrettens grenser fordi sitatet hovedsakelig skulle gi teksten et «livfull och personlig prägel».¹¹⁵ Det kan argumenteres for at bildebruken ikke var nødvendig for opplysningsformålet, slik at sitatet gikk lenger enn «formålet betinger» etter åvl. § 29.

Uttalelsene i forarbeidene om at «retten til å sitere gir rett til å gjengi et verk uten å be om samtykke og uten å betale vederlag», indikerer at opphaverens økonomiske interesser må balanseres mot samfunnets interesse i sitatadgang.¹¹⁶ Sitatbruk kan dermed være «i samsvar med god skikk» selv om opphaver motsetter seg bruken.¹¹⁷ Også der motsettelsen skjer av ideelle grunner, for eksempel fordi opphaveren ikke lenger står inne for verket, kan sitering være rettmessig. Særlig gjelder dette i nyhetsformidling, der allmennhetens interesser gjør seg særlig sterkt gjeldende. Spiegel Online, hvor det ikke var avgjørende at opphaveren sterkt motsatte seg siteringen, er illustrerende.¹¹⁸ EU-domstolen uttaler at «citaf af et beskyttet værk

¹¹² Saksnummer 20-064392TVI-OTIR/04 (VG/Rogstad-saken).

¹¹³ Saksnummer ankebehandling: 20-164203ASD-BORG/02.

¹¹⁴ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 79.

¹¹⁵ NJA 1996 s. 712 (JAS-saken).

¹¹⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 131.

¹¹⁷ Bl.a. Brent av frost (Rt-2010-366) avsnitt 44.

¹¹⁸ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 10.

[...] ikke må være af et sådant omfang, at det strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser eller indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser». ¹¹⁹ Det kan bety at formålet bak sitatregelen blir retningsgivende også her; jo mer man er i kjernen av ytringsfriheten, jo mer i bakgrunnen kommer opphaverens interesser.

Oppsummeringsvis virker grensene som ligger i at nyhetsmedia kan «sitere» «i samsvar med god skikk» og «i den utstrekning formålet betinger» å være fleksible nok til at de åpner for slik bruk ytringsfriheten krever at nyhetsmedia må kunne gjøre av opphavernes verk.

Vilkårene synes å gi nasjonalstatene en betydelig skjønnsmargin. ¹²⁰ Denne skjønnsmarginen støttes, som EU-domstolen påpeker, av Infosoc-direktivets forarbeider. ¹²¹ Det er dermed vanskelig å se for seg situasjoner hvor de nevnte vilkårene, alene eller samlet, stenger for sitering der ytringsfriheten tilsier at sitering bør skje – nettopp fordi vilkårene er tilstrekkelig fleksible til at nasjonalstatene har betydelig armslag ved tolkningen av dem. Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om det samme gjelder vilkåret i åvl. § 29 om at det siterte verket må være «offentliggjort», eller om *dette* vilkåret kan bli problematisk opp mot ytringsfriheten.

4.3 Når er et verk «offentliggjort»?

Idet et verk offentliggjøres, passeres en viktig grense. Det er nemlig en forutsetning for både sitatretten i § 29 og andre rettigheter i åndsverkslovens kapittel 3, at verket er «offentliggjort». Der opphaveren ikke publiserer et verk, har vedkommende i utgangspunktet full kontroll over verket. ¹²² Når verket offentliggjøres, mister opphaveren deler av kontrollen. Tilsvarende krever Infosoc-direktivet art. 5 (3) d) at det kun kan siteres fra verk som er gjort «tilgjengelig for almenheten på lovlig vis». EU-domstolen fremhever i Spiegel Online at kravet er absolutt. ¹²³

Vilkåret i åvl. § 10 om at tilgjengeliggjøringen av verket må være «lovlig», er oppfylt dersom et verk er tilgjengeliggjort for allmennheten med opphaverens samtykke. Imidlertid innebærer ikke vilkåret noe samtykke*krav*, da kriteriet «også dekke[r] situasjoner der

¹¹⁹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 79.

¹²⁰ Rognstad (2020) s. 86.

¹²¹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 28-29 og sak C-469/17 (Funke Medien) avsnitt 41.

¹²² Torvund (2019) s. 134.

¹²³ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 88.

tilgjengeliggjøringen av verket skjer med hjemmel i lovens konsumpsjonsbestemmelser.»¹²⁴ Samme forståelse legges til grunn av EU-domstolen i blant annet Spiegel Online, der det pekes på at et verk/del av et verk anses lovlig gjort tilgjengelig for allmennheten der det er skjedd med «rettighetshaverens tilladelse eller i medfør af en tvangslisens eller en lovbestemt tilladelse.»¹²⁵ Dersom et verk for eksempel er gjort tilgjengelig i forbindelse med en dagshending etter § 36 (1), vil tilgjengeliggjøringen være «lovlig». Er de øvrige vilkårene i sitatregelen også oppfylt, kan nyhetsmedia dermed sitere fra verket – uavhengig av opphaverens samtykke.

I Spiegel Online fikk EU-domstolen spørsmål om det var skjedd en lovlig tilgjengeliggjøring til allmennheten ved at en modifisert versjon av artikkelen var tilgjengeliggjort, eller om artikkelen måtte være i sin konkrete utforming. Ifølge EU-domstolen måtte den nasjonale domstolen undersøke om redaktøren hadde rett til å foreta de redaksjonelle endringene, altså om opphaveren hadde samtykket. Etter EU-domstolens syn var dermed medias offentliggjøring kun lovlig hvis denne *også* hadde forbeholdene opphaveren tok ved egen offentliggjøring.¹²⁶ Professor Synodinou ved Det juridiske fakultet i Kypros skriver at «[...] the justifying foundation of the quotation exception is the intellectual comparison and juxtaposition of ideas and opinions as a means of freedom of expression. This foundation would collapse in the case of false or misleading information, such as when the modified manuscript no longer reflects the thoughts and opinions of the author.»¹²⁷ Dette virker fornuftig; endres sitatet slik at det ikke uttrykker den siterendes opprinnelige verk, faller situasjonens rasjonelle begrunnelse bort.

Likevel må antageligvis visse endringer kunne aksepteres, for eksempel at verket oversettes eller moderniseres. Verkets *karakter* kan imidlertid ikke forandres eller forringes.¹²⁸

Tilnærmingen synes å samsvare med EU-domstolens syn, da domstolen understreker at situasjonstaket rettferdiggjøres ved at det åpner for intellektuelle sammenligninger av idéer og meninger. Dette fungerer nettopp *ikke* etter sin hensikt dersom det bygges på misvisende informasjon, slik for eksempel et modifisert manuskript gjør.¹²⁹

¹²⁴ Prop. 104 L (2016-2017) s. 319.

¹²⁵ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 89.

¹²⁶ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 93.

¹²⁷ Synodinou (2019).

¹²⁸ Rognstad (2019) s. 325.

¹²⁹ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 78.

I VG/Rogstad-saken, hvor bildene var hentet fra firmaets nettsider og en åpen Facebook-profil, var offentliggjort-vilkåret oppfylt, jf. åvl. § 29, jf. § 10 (1).¹³⁰ Da bildene lå fritt tilgjengelig på internett, var det lite tvil om at de var «offentliggjort». Dette aktualiserer spørsmålet om noe som kun er tilgjengelig for en avgrenset gruppe, også kan være «offentliggjort».

4.3.1 Kan «allmennheten» være en avgrenset gruppe personer?

Åndsverksloven § 10 bestemmer at et åndsverk, for å være offentliggjort, må være «gjort tilgjengelig for allmennheten». Begrepet «gjort tilgjengelig» er vidt og fleksibelt, og omfatter enhver formidling, uavhengig av teknisk løsning.¹³¹ Hva som ligger i «allmennheten» er imidlertid mer tvilsomt.

Et spørsmål som ofte oppstår i nyhetsmedias virksomhet, er om de kan sitere fra materiale postet på lukkede grupper på ulike delingssider, typisk Facebook og YouTube. Stabssjef i Aftenposten bekrefter problemstillingens aktualitet når han påpeker at nyhetsmedia ofte møtes med påstander om at materiale delt i private grupper eller profiler i sosiale medier ikke er offentliggjort, og derfor ikke kan siteres.¹³² Da oppstår spørsmålet om publisering til en avgrenset gruppe også kan være tilgjengeliggjøring for «allmennheten» etter § 10, og dermed «offentliggjort», slik at materialet kan siteres fra etter åvl. § 29.

En naturlig forståelse av «allmennheten» tilsier at verket må være tilgjengeliggjort for hele samfunnet. Som følge av EU-harmoniseringen er tradisjonelle nordiske kriterier for sondringen mellom offentlig og privat nå fortrent av EU-rettslige momenter.¹³³ EU-domstolens praksis er i hovedsak knyttet til Infosoc-direktivets art. 3 (1), som gir opphaveren enerett til «overføring til almenheten». Bestemmelsen tilsvarer åvl. § 3, som i utgangspunktet tildeler opphaveren monopol på å gjøre verket «tilgjengelig for allmennheten». Ordlyden i § 3 sammenfaller med den i åvl. § 10 som regulerer når et verk er «offentliggjort» etter § 29. Det pekes i forarbeidene til åndsverksloven på at det norske allmennhetsbegrepet «utvikles bl.a.

¹³⁰ Saksnummer 20-064392TVI-OTIR/04 (VG/Rogstad-saken) s. 10.

¹³¹ Bl.a. HR-2018-02268-A og Knoph (1936) s. 92-93.

¹³² Personlig kommunikasjon i e-post med Aftenpostens stabssjef Morten Andersen, 09.03.2021.

¹³³ Rosenmeier (2017) s. 442.

gjennom EU-domstolens tolkning av direktivet».¹³⁴ EU-domstolen ser ikke ut til å ha uttalt seg om «almenheden»-begrepet i Infosoc-direktivets art. 3 og art. 5 skal ilegges den samme forståelsen. Rognstad hevder, med henvisning til svenske forarbeider, at «allmennheten» i åvl. § 10 i utgangspunktet bør tolkes slik som åvl. § 3.¹³⁵ Også hensynet til sammenheng og konsekvens i regelverket tilsier at likelydende begreper i lovteksten tolkes likt.¹³⁶ Etter dette forstås begrepene slik at EU-domstolens praksis vedrørende Infosoc-direktivets art. 3 (1) får betydning også for tolkningen av offentliggjort-vilkåret i § 29, jf. § 10.

4.3.2 EU-domstolens tilnærming til allmennhetsbegrepet

I flere avgjørelser peker EU-domstolen på at «almenheden» i Infosoc-direktivets art. 3 betyr et «ubestemt antal potentielle modtagere»¹³⁷, og at verket skal «gøres tilgjengelig [...] i forhold til alle, dvs. ikke begrenset til særlige medlemmer af en privat gruppe».¹³⁸ Det er altså tilstrekkelig at «almenheden» har *mulighet* til å oppleve verket, «uanset om de faktisk benytter denne mulighet eller ej».¹³⁹ Etter denne praksisen er ikke *antallet* som har tilgang til verket samtidig, men den kumulative virkningen, avgjørende.¹⁴⁰ Videre viser EU-domstolen til at verket må tilgjengeliggjøres for et «betydelig antal personer».¹⁴¹ Verket kan dermed være tilgjengeliggjort for «allmennheten» selv om ikke *alle* har tilgang til det. Likevel tilsier begrepet «betydelig» et krav om en viss minimumsgrense av personer.

EU-domstolen har kommet til at tilrådighetsstillelse av radio- og TV-sendinger på hotellrom og rehabiliteringssentre innebærer tilgjengeliggjøring til allmennheten.¹⁴² I SCF-saken (Sak C-135/10) derimot, hvor spørsmålet var om eieren av et tannlegekontor fikk vederlagsplikt etter utleiedirektivets art. 8 (2), fastslo EU-domstolen at radioavspilling på tannlegekontoret *ikke* var rettet mot allmennheten.¹⁴³ Domstolen peker her på at det gjelder en minimumsgrense for hva som utgjør et betydelig antall personer, og at små eller ubetydelige grupper

¹³⁴ Prop. 104 L (2016-2017) s. 316.

¹³⁵ SOU 1956: 25 s. 162, jf. Rognstad (2019) s. 290. I samme retning trekker NJA 2020 s. 293.

¹³⁶ Blandhol, Tøssebro og Skotheim (2015) s. 339.

¹³⁷ Sak C-466/12 (Svensson) avsnitt 21.

¹³⁸ Sak C-135/10 (SCF) avsnitt 85.

¹³⁹ Sak C-466/12 (Svensson) avsnitt 19 og 21.

¹⁴⁰ Sak C-117/15 (Reha Training) avsnitt. 42-44.

¹⁴¹ Bl.a. sak C-306/05 (Rafael Hotels) avsnitt 38.

¹⁴² Sak C-306/05 (Rafael Hotels) avsnitt 38-39, sak C-351/12 (OSA) avsnitt 28-30, sak C-117/15 (Reha Training) avsnitt 44.

¹⁴³ Sak C-135/10 (SCF) avsnitt 100.

utelukkes.¹⁴⁴ Selv kumulativt målt var antallet som kunne lytte til samme musikkverk på tannlegekontoret begrenset. Domstolen uttaler at gruppen tannlegepasienter var «lille eller endog ubetydelig, ettersom den personkreds, som sideløbende opholder sig i tandlægens praksis, almindeligvis er stærkt begrænset.»¹⁴⁵ Videre påpeker EU-domstolen at persongruppen er «overvejende stabil» og at de «udgør bestemte potentielle modtagere».¹⁴⁶ Med andre ord synes domstolen å mene at personene på venterommet verken utgjorde et «ubestemt» eller et «betydelig» antall, og dermed var ikke musikken offentliggjort.¹⁴⁷

EU-domstolen vektlegger også at musikkavspillingen ikke skjedde med profittformål.¹⁴⁸ At verket er delt med økonomisk formål er ingen forutsetning for at allmennhetsvilkåret er oppfylt, men gjør at det skal mindre til for at verket anses tilgjengeliggjort til allmennheten.¹⁴⁹

Siste skudd på stammen fra EU-domstolen om allmennhetsuttrykket er BY-saken (C-637/19), som gjaldt spørsmål fra svensk lagmannsrett om et opphavsrettslig beskyttet fotografi brukt som bevismiddel i en retts sak, var offentliggjort. EU-domstolen besvarte spørsmålet benektende. Bruken var «rettet mod en klart defineret og lukket kreds af mennesker [...] og ikke et ubestemt antal potentielle modtagere».¹⁵⁰ Da tilgjengeliggjøringen ikke skjedde til en ubestemt personkrets, men til «individuelle og bestemte fagfolk», var det ikke «overføring til almenheden».¹⁵¹ Avgjørelsen synes å være i tråd med retningslinjene trukket opp i tidligere EU-praksis, men gir tilsynelatende ingen *nye* momenter for vurderingen av om allmennhetsvilkåret er oppfylt. Det kan her, som i de øvrige avgjørelsene, problematiseres at domstolen ikke klarere oppstiller de avgjørende faktorene for når en gruppe er ubestemt eller antallet er *for* ubetydelig.

Det som imidlertid *kan* utledes fra EU-domstolens avgjørelser, er at materialet vil være tilgjengeliggjort til «allmennheten» selv om kun få personer faktisk ser verket, så lenge det er *tilgjengelig* for et ubegrenset og betydelig antall. Dette gjelder uavhengig av personlige bånd

¹⁴⁴ Sak C-135/10 (SCF) avsnitt 86.

¹⁴⁵ Sak C-135/10 (SCF) avsnitt 96.

¹⁴⁶ Sak C-135/10 (SCF) avsnitt 95.

¹⁴⁷ Sak C-135/10 (SCF) avsnitt 100.

¹⁴⁸ Sak C-135/10 (SCF) avsnitt 99.

¹⁴⁹ Bl.a. sak C-135/10 (SCF), der manglende profittformål *medvirket* til at det ikke var tilgjengeliggjort til allmennheten.

¹⁵⁰ Sak C-637/19 (BY) avsnitt 28.

¹⁵¹ Sak C-637/19 (BY) avsnitt 29.

mellom brukeren og opphaveren, slik nordisk rett tradisjonelt har fokusert på.¹⁵² Innhold på en lukket Facebookgruppe med kun få medlemmer kan dermed være tilgjengeliggjort for «allmennheten», dersom et større antall personer faktisk har *mulighet* til å bli medlem og se innholdet. Dette kan være tilfellet for en i utgangspunktet lukket gruppe for et politisk parti, hvor alle som vil kan bli medlem. Allmennhetsvilkåret kan være oppfylt selv om det gjelder medlemsbetingelser, som medlemskontingent eller en viss politisk interesse. Strengt medlemskrav som gjør at kun få personer får adgang, vil nok likevel heve terskelen for at allmennhetsvilkåret anses oppfylt. Uansett kan det faktum at nyhetsmedia ikke kun kan sitere fra åpne fora, men også fra en lukket profil eller gruppe dersom antallet er «betydeligt» og «ubestemt», gjøre sitatretten mer i tråd med ytringsfriheten.

Samlet gir EU-domstolens avgjørelser få holdepunkter for å angi et konkret antall for hvor mange mottakere som utgjør en allmennhet. Avgjørelsene kan snarere tas til inntekt for at en antallsangivelse nettopp *ikke* er mulig, men at allmennhetsvilkåret må avgjøres konkret basert på en rekke faktorer. Her blir det særlig av betydning hvor ubestemt kretsen er; jo mer ubestemt, jo færre mennesker må ha tilgang til verket.¹⁵³

4.3.3 Øvrige tolkningsmomenter i vurderingen av hva som utgjør en allmennhet

Der løsningen av et spørsmål etter gjennomgang av EU-domstolens praksis er uklart, skal det forsøkes løst slik man har grunn til å *anta* at EU-domstolen ville løst det.¹⁵⁴ I drøftelsen av hva som ligger i åndsverkslovens begrep «offentliggjort», kan man også se til norske og nordiske kilder. Man må uansett søke å finne en tolkning som ligger innenfor rammene EU-domstolen allerede har trukket opp, eller som det må antas at de vil trekke opp.

I en sak fra svenske Högsta domstolen, NJA 2020 s. 293 («jernrørsskandalen»), var det spørsmål om et mobilopptak postet på Sverigedemokraternes YouTube-kanal var offentliggjort. Etter konstatering av ytrings- og informasjonsfriheten som et viktig hensyn, svarer domstolen benektende på spørsmålet. Brukeren av verket, nyhetskanalen SVT, kunne

¹⁵² Rosenmeier (2017) s. 442.

¹⁵³ Bl.a. sak C-117/15 (Reha Training) avsnitt 35.

¹⁵⁴ Arnesen og Stenvik (2015) s. 28.

ikke bevise at offentliggjort-vilkåret var oppfylt.¹⁵⁵ Imidlertid er begrunnelsen såpass knapp at den tvilsomt gir ytterligere momenter for spørsmålet om når noe anses offentliggjort.

I relasjon til vilkåret «offentlig sted» i straffeloven § 10, uttales det i straffelovens forarbeider at «[p]raksis omkring kriteriet handlinger forøvet ‘i nærvær av et større antall personer’ vil fremdeles være aktuell. Kravet er fortsatt at det må gjelde 20-30 personer».¹⁵⁶ Det er ingen automatikk i at en slik grense kan overføres til opphavsretten, da en rekke ulike hensyn gjelder på strafferettens og opphavsrettens område. Likevel kan det vurderes om grensene i straffelovens forarbeider også bør tillegges en viss vekt i opphavsrettslig sammenheng.

For strafferettens offentlighetsbegrep synes det ikke å være krav om at tilgjengeliggjøringen har skjedd til en «ubestemt» krets av personer,¹⁵⁷ slik EU-domstolen krever i opphavsretten. Dette kan bety at en ytring fremsatt i en lukket gruppe med 30 personer uten rom for flere medlemskap, kan være offentlig etter strafferetten, men ikke etter opphavsretten, jf. EU-domstolens vilkår om «ubestemt». Forskjellen kan dempe overføringsverdien strafferettens antallsgrenser har til opphavsretten. Likevel kan hensynet til sammenheng i rettssystemet tilsi at hva som er offentlig etter strafferetten, i det minste ikke er uinteressant for hva som anses offentliggjort etter opphavsretten. Det kan fremstå paradoksalt om man kan motsette seg sitering av en ytring som man samtidig kan straffes for å ha fremsatt. Det taler for at det, innenfor EU-domstolens rammer, ikke bør stilles strenge krav til når noe kan anses som «betydelig» og «ubestemt». Spørsmålet om hva som i opphavsretten utgjør en allmennhet pleier å komme opp tilknyttet spørsmålet om en tilgjengeliggjøring dekkes av opphaverens enerett etter åndsverkloven § 3/Infosoc-direktivet art. 3. Derfor vil en vid forståelse av «offentliggjort» gi opphaveren utstrakt enerett, noe som også samsvarer godt med formålet om «høyt beskyttelsesnivå» i Infosoc-direktivets forale punkt 9.

Danmark, Sverige og Finland har lovregler om at fremførelser i ervervsvirksomhet overfor «en større kreds»/«større sluten krets» alltid er offentlige.¹⁵⁸ Av danske forarbeider antas en større krets å være minst 40 personer, mens svenske forarbeider legger til grunn at det normalt

¹⁵⁵ NJA 2020 s. 293 (Jernrørsskandalen) avsnitt 28.

¹⁵⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 409.

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 409.

¹⁵⁸ Dansk lov (Ophavsretsloven) § 2 stk. 4 (2), svensk og finsk lov (Upphovsrättslagen) § 2 (4), og Rosenmeier (2017) s. 446.

gjelder over 50, men ikke under 20, personer.¹⁵⁹ I tillegg har TONO, som forvalter rettighetshavernes rettigheter for musikkverk i Norge, oppstilt antallsangivelser for når det kreves vederlag for musikkavspilling på arbeidsplassen. Vederlagsplikten inntreder om virksomheten har over 50 ansatte, og minst 30 av disse har tilgang til musikken.¹⁶⁰ Absolutte antallsangivelser er problematiske i relasjon til EU-retten, fordi det etter EU-domstolens henvisning til «betydeligt» og «ubestemt» ikke kan trekkes en avgjort grense for når noe er offentlig.¹⁶¹ Vurderingen beror snarere på flere momenter, og må skje konkret. Selv om slike absolutte antallsangivelser vanskelig kan forenes med EU-retten, kan de likevel tenkes å gi en *omtrentlig indikasjon* for når noe anses offentliggjort.

Pressens Faglige Utvalg (PFU) må også forholde seg til et «offentliggjort»-begrep. De behandler presseetiske klager mot pressen, og flere saker omhandler nettopp rettmessigheten av å gjengi uttalelser fra lukkede grupper i sosiale medier. Selv om PFU håndterer saker etter «Vær Varsom»-plakatens etiske retningslinjer,¹⁶² gjør de samme hensynene i avveiningen av opphavsretten og ytringsfriheten seg gjeldende der, som etter åndsverksloven.

Et eksempel er en klage mot avisen iTromsø fra 2010.¹⁶³ Avisen hadde sitert et innlegg fra redaktør Eliassens lukkede Facebook-profil. Før Eliassen selv fjernet innlegget, rakk avisen å sitere blant annet at «[d]et er reservert et sted innerst i helvete for isrealittisk lederskap». Eliassen klagde til PFU, med henvisning til at Facebook-profilen var lukket, slik at han godkjente hvem som så innholdet. Det var «riktignok over 2500 venner der, men [han] har kjennskap til alle [...]». Spørsmålet for PFU var dermed om innlegg på lukkede Facebook-profiler som distribueres til mange tusen mennesker, kunne være offentliggjort. Utvalget uttalte at selv om flere har en digital hverdag, er det «naturlig å håndtere private ytringer fremmet i en liten lukket gruppe med noen få medlemmer annerledes enn ytringer av allmenn interesse som framkommer i en lukket gruppe med 2500 ‘venner’». Dette samsvarer med EU-domstolens retningslinjer om hva som opphavsrettslig utgjør en allmennhet.

PFU pekte også på betydningen av «ytringens innhold og ytrereens samfunnsrolle». Dette tilsier at PFU vektlegger antall mottakere i kombinasjon med ytringens grad av

¹⁵⁹ Rosenmeier (2017) s. 446.

¹⁶⁰ TONO (u.å).

¹⁶¹ Rosenmeier (2017) s. 469.

¹⁶² PFU (u.å).

¹⁶³ PFU-sak 117/10 (Eirik Junge Eliassen mot iTromsø).

samfunnsinteresse i spørsmålet om ytringen er offentliggjort til «allmennheten».

Tilnærmingen på dette punktet virker vanskeligere forenlig med EU-domstolens kriterier. Likevel understreker EU-domstolen i Spiegel Online og Funke Medien at sitatbestemmelsen tolkes i lys av ytringsfriheten, og at den nasjonale domstolen må treffe sin avgjørelse «på grunnlag af samtlige omstændigheder i den omhandlede sag».¹⁶⁴ Dermed kan kanskje ytringens innhold og ytrereens samfunnsrolle vektlegges også etter EU-retten, dersom det å ikke anse den aktuelle ytringen som offentliggjort, slik at den ikke kan siteres, vil stride mot ytringsfrihetsvernet.

Etter dette gir EU-domstolens praksis få presise retningslinjer i spørsmålet om hva som er offentliggjort. Likevel kan gjennomgangen ovenfor tale for at det etter EU-retten må kunne siteres fra innlegg i ulike grupper på sosiale medier dersom alle kan bli medlem, og antall nåværende medlemmer i det minste utgjør *rundt* 30 personer. Spørsmålet om allmennhetsvilkåret er oppfylt kan kanskje sees på som en glideskala: jo mer «ubestemt» den aktuelle kretsen er, jo færre personer kreves for at verket anses offentliggjort.

4.4 Særlig om sitat fra bilde

Sitatbestemmelsen oppstiller i utgangspunktet ingen begrensning for *hva slags* verk som kan siteres, og også bilder nyter vern mot andres frie bruk. Likevel skiller bildesitat seg på flere måter fra sitat fra annet materiale, noe som skaper en viss uenighet rundt adgangen til å sitere fra bilder i kraft av den generelle sitatretten i § 29. Åndsverksloven har egne regler som retter seg spesifikt mot *fotografiske verk* (og *filmverk*) i §§ 36 (2)-38. For spørsmålet om nyhetsmedias bildesitat kan ha grunnlag i den generelle sitatretten, blir særlig §§ 36 (2) og 37 (2) relevante. Dersom den konkrete bildebruken ikke kan forankres i §§ 36 (2) og 37 (2), kan kanskje § 29, som stiller andre vilkår, utgjøre hjemmel for bruken. Dette kan eksempelvis være i et tilfelle hvor pressen ønsker å illustrere en artikkel med et bilde, uten at artikkelen oppfyller kravene som stilles for gjengivelse i åvl. §§ 36 (2) og 37. Her kan hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten tilsi at det bør være adgang til å sitere i kraft av den generelle sitatretten i § 29.

¹⁶⁴ Bl.a. Spiegel Online (sak C-516/17) avsnitt 59.

Åndsverksloven anser fotografier med verkshøyde som «fotografiske verk» etter § 2 (2) f), og alle andre fotografier som «fotografisk bilde» etter åvl. § 23. Fotografen har med andre ord uansett et visst vern for sitt fotografi frem til vernetidens utløp, og begrepet *bilder* brukes i det følgende om fotografier vernet etter både åvl. §§ 2 og 23.

Forarbeidene adresserer også spørsmålet om sitatregelen i § 29 hjemler bildesitat. Det uttales at «den gjeldende oppfatning om at det generelt er snever adgang til å gjengi bl.a. visuelle verk etter den alminnelige sitatbestemmelsen videreføres».¹⁶⁵ Videre påpekes at «en generell adgang til vederlagsfritt å gjengi bl.a andres fotografier ved omtale av saker av allmenn interesse, ikke er uttrykk for en rimelig balanse mellom vernet av opphavernes interesser og ytringsfriheten», og at det derfor er gitt «særlige regler bl.a for gjengivelse ved omtale av dagshending», og «en del andre særlige regler om gjengivelse av kunstverk og fotografiske verk». Etter dette konkluderer departementet med at bruk av visuelle verk «ikke [...] generelt [kan] baseres på den alminnelige sitatregel der de særlige regler ikke gir grunnlag for bruk».¹⁶⁶

Imidlertid tar ikke forarbeidene fullstendig avstand fra muligheten til at åvl. § 29 kan hjemle bildesitat. Det pekes på at «[s]elv om det gis særlige regler for gjengivelse av visuelle verk, er det ikke gitt at disse vil omfatte alle situasjoner hvor hensynet til ytringsfriheten og et legitimt behov for å gjengi et verk gjør seg gjeldende.» Derfor kan departementet «ikke slutte seg til [...] at det aldri skal være adgang til å sitere fra visuelle verk etter den alminnelige sitatbestemmelse».¹⁶⁷ Om den generelle sitatretten hjemler bildesitat må «avgjøres konkret.»¹⁶⁸ Dette tilsier at bilder, etter en konkret avveining av hensynet til rettighetshaverne og ytringsfriheten, kan siteres i kraft av den generelle sitatregelen. Dessuten synes EU-domstolen i avgjørelsen C-145/10 (Painer) å konstatere obiter dictum at sitatregelen i Infosoc-direktivet art. 5 (3) d) også gjelder bilder.¹⁶⁹

I VG/Rogstad-saken hevder retten at bildebruk også omfattes av sitatretten i § 29.

Førstvoterende uttaler at «[d]et er sikker rett at sitatretten ikke bare omfatter tekst, men også musikk, film, bilder og andre uttrykksformer».¹⁷⁰ Konkret hvilken «sikker rett» det siktes til,

¹⁶⁵ Prop. 104 L (2016-2017) s. 133.

¹⁶⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 133.

¹⁶⁷ Prop. 104 L (2016-2017) s. 134.

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.15 (1994-95) s. 127.

¹⁶⁹ Sak C-145/10 (Painer) avsnitt 122.

¹⁷⁰ Saksnummer 20-064392TVI-OTIR/04 (VG/Rogstad-saken) s. 8.

virker imidlertid uklart. Videre kan ikke retten «finne noen holdepunkter i rettskildene for saksøkernes anførsel om at § 36 i relasjon til fotografier er en spesialregel som innebærer at det i praksis er lite rom for å sitere fotografiske bilder.»¹⁷¹

Tingretten viser til Rt-2010-366 (Brent av frost) som begrunnelse for at den generelle sitatretten omfatter bilder. Saken gjaldt imidlertid filmsitat, noe som skiller seg fra bildesitat. Ved sitat fra bilder siteres ofte *hele* verket, da det vanskeligere kan gjøres kun et utsnitt – slik man enklere kan ved sitat fra for eksempel tekst eller film. Stillbilder fra film utgjør en del av et større hele, i motsetning til hva situasjonen ofte er for bildesitat. Dermed virker stillbilder fra film mer i tråd med en naturlig forståelse av å «sitere».¹⁷²

Selv om det kan være tillatt å sitere mindre utsnitt fra bilder, vil det fort stride mot åvl. § 5, som ivaretar opphavers rett til navngivelse og vern mot krenkende bruk. Dermed kan det ved bildesitat være vanskelig å unngå at bildets karakter endres eller forringes. Dette tilsier at det nettopp *er* en grunn til at bildesitat særlig reguleres i åvl. §§ 36 (2)-38. Dessuten kan bildesitat hjemlet i åvl. § 29 undergrave vederlagsretten opphaveren har etter blant annet § 36 (2). Dermed kan det faktum at det finnes bestemmelser som særlig regulerer bruk av fotografiske verk, tilsi at blant annet § 36 nettopp er en spesialregel for bildesitat – i motsetning til førstvoterendes oppfatning i VG/Rogstad-saken.¹⁷³

Den samlede gjennomgangen tilsier at medienes sitat fra bilder kan hjemles i den generelle sitatretten, slik at åvl. §§ 36-38 ikke uttømmende regulerer bildebruk. Likevel kommer eksistensen av bestemmelsene, samt hensynet til opphavers ideelle rettigheter, inn som momenter ved vurderingen av bildesitatets rettmessighet. Dette taler for at media i det minste bør utvise forsiktighet ved bruk av bildesitat etter den generelle sitatregelen i § 29. Dermed kan det virke noe unyansert å legge til grunn som «sikker rett» at sitatretten, uten noen ytterligere forbehold, omfatter bilder.¹⁷⁴

¹⁷¹ Saksnummer 20-064392TVI-OTIR/04 (VG/Rogstad-saken) s. 9.

¹⁷² Kielland (2018) s. 96.

¹⁷³ Saksnummer 20-064392TVI-OTIR/04 (VG/Rogstad-saken) s. 9.

¹⁷⁴ Saksnummer 20-064392TVI-OTIR/04 (VG/Rogstad-saken) s. 8.

5 Nyhetsmedias gjengivelsesrett

5.1 Innledning

Åndsverksloven § 36 er en videreføring og utvidelse av regler fra den tidligere åndsverksloven. Første ledd bestemmer nå at et verk som «inngår i en dagshending» kan ved «medias» omtale «gjengis» i samsvar med «god skikk og i den utstrekning formålet betinger».¹⁷⁵ Bestemmelsen supplerer dermed sitatretten i § 29 ved omtale av dagshending, og skiller seg fra sitatretten ved at § 36 (1) ikke krever at verket er offentliggjort, og ved at gjengivelsesretten gjelder verk som «inngår i en dagshending». Media kan med andre ord gjengi ikke-offentliggjorte dokumenter på visse vilkår, noe som er vanlig i undersøkende journalistikk.¹⁷⁶

Som et direkte utslag av dagens teknologiske utvikling er bestemmelsen gjort teknologinøytral. Media kan dermed gjengi verk ved omtale av dagshending på enhver tilgjengelig kanal for nyhetsformidling, uten begrensningene som fantes tidligere.¹⁷⁷ Illustrerende er etableringen av en rekke nettaviser, og deling av nyheter på sosiale medier som Facebook og Instagram.

Regelens første ledd begrunnes i at det «av hensyn til nyhetsformidling anses rimelig at media ved omtale av dagshendinger skal ha en viss adgang til å gjengi verk uten å betale vederlag».¹⁷⁸ Adgangen gjelder der pressen har «behov for å kunne gjengi verk på kort varsel, noe som gjør innhenting av forhåndssamtykke upraktisk».¹⁷⁹ Bestemmelsens andre ledd er også begrunnet i informasjonsbehovet, her at «media bør kunne ha en noe videre adgang til å gjengi verk ved omtale av dagshendinger», men da mot vederlag til opphaver.¹⁸⁰ I tillegg til vederlagskravet, er vesentlige forskjeller mellom første og andre ledd at sistnevnte omfatter gjengivelse av «offentliggjort» verk som har «tilknytning» til dagshendingen, uten å «inngå[] i» den. Fordi § 36 (2) i likhet med § 29 også stiller krav til «offentliggjort» verk, fremstår § 36 (1) som det rettsgrunnlaget med størst verdi for nyhetsmedias bruk av verk ved siden av

¹⁷⁵ Prop. 104 L (2016-2017) s. 327.

¹⁷⁶ Torvund (2019) s. 173.

¹⁷⁷ Prop. 104 L (2016-2017) s. 327.

¹⁷⁸ Prop. 104 L (2016-2017) s. 147.

¹⁷⁹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 148.

¹⁸⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 147.

sitatretten i § 29.¹⁸¹ I relasjon til problemstillingen om i hvilke tilfeller ytringsfriheten kan skape behov for ytterligere unntak fra opphavsretten, blir særlig hva som ligger i at et verk som «inngår i en dagshending» kan gjengis etter § 36 (1), relevant.¹⁸²

5.2 Rammene for at verk kan «gjengis» når de «inngår i» en «dagshending» etter åvl. § 36 (1)

En naturlig forståelse av «gjengis» synes ikke å yte motstand mot bruk av *hele* verk, slik iboende skranker i begrepet «sitere» kan gjøre. Dette tilsier at *måten* verket kan brukes på er videre etter § 36 (1) enn etter åvl. § 29. Dersom for eksempel et bilde «inngår i en dagshending», er det etter gjengivelsesretten mindre problematisk at nyhetsmedia bruker hele verket, forutsatt at bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt, enn det som kan sies å være tilfellet for sitatretten.¹⁸³ Så lenge bruken av verket er i samsvar med gjengivelsesrettens øvrige vilkår, synes det dermed ikke å være noen begrensninger for *hvordan* bruken skjer.

Uttrykket «dagshending» korresponderer med «current events»/«dagsbegivenhet» i Infosoc-direktivet art. 5 (3) c. Ordlyden tilsier at det må gjelde en hendelse med en viss nyhetsinteresse på det aktuelle tidspunktet. Dette samsvarer med EU-domstolens uttalelser om at en «dagsbegivenhet» er «en begivenhet, som offentligheten på det tidspunkt, hvor der redegøres for den, har en interesse i at få opplysning om.»¹⁸⁴

I Høyesterettsdommen Rt-1995-1948 (Diana Ross) vurderes hva som ligger i kravet om «dagshending». Retten kom til at bilder av et kjendispar og barna deres gjengitt i *Se og Hør* ikke hadde tilstrekkelig nyhetsverdi til å utgjøre en «dagshending». Interesse for en sak er med andre ord i seg selv ikke nok, og ren underholdningsjournalistikk oppfyller tvilsomt dagshendingsvilkåret. Samtidig peker Høyesterett på at begrepet i utgangspunktet ikke burde tolkes snevert; det kreves ikke at hendelsen har «spesielt stor nyhetsverdi» eller er av «interesse for en stor del av befolkningen.» Likevel må det være et «visst minstemål av generell nyhetsverdi».¹⁸⁵

¹⁸¹ Forholdet mellom § 36 (2) og sitatretten ble kort omtalt i punkt 4.4.

¹⁸² For vilkåret «medias omtale» vises det til forarbeidenes media-definisjon, gjengitt i punkt 1.1. Vilrårene «god skikk og i den utstrekning formålet betinger» sammenfaller i stor grad med vurderingen under § 29, se punkt 4.2.

¹⁸³ Se diskusjonen om bildesitat i punkt 4.4.

¹⁸⁴ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 67.

¹⁸⁵ Rt-1995-1948 (Diana Ross) s. 1953.

Vilkåret om at verket «inngår i» dagshendingen, fremstår mer uklart. Ordlyden tilsier at media kun kan bruke verket dersom nyheten omhandler nettopp *det* verket. Etter forarbeidene kan man ikke gjengi «verk som bare har tilknytning til en dagshending uten å inngå i den.»¹⁸⁶ Skoleeksempelet på at et verk «inngår i en dagshending» etter § 36 (1), er der media bruker bilde av et maleri stjålet fra et museum i nyhetsreportasjen om hendelsen.¹⁸⁷ Her gjelder saken verket direkte, og media kan dermed gjengi verket vederlagsfritt. Et dagsaktuelt tilfelle er avdekkingen av at «Werner Jensen», en tilsynelatende anerkjent kunstner med lang CV, i realiteten er oppkonstruert.¹⁸⁸ De forfalskede bildene vil antageligvis «inngå[] i» dagshendingen, slik at media fritt kan bruke bilder av i hvert fall noen av de aktuelle maleriene for å opplyse allmennheten om bedrageriet.

Etter departementets syn er kravet til at verket må «inngå[] i» dagshendingen en måte å «hensynta[] både ytringsfriheten og opphavernes interesser ved bruk av verk ved omtale av dagshendinger».¹⁸⁹ Imidlertid er det ofte utfordrende å trekke en nedre grense mot der verket kun *dokumenterer* eller *belyser* en dagshending. Dette er annerledes ved tolkningen av Infosoc-direktivets gjengivelsesrett.

Infosoc-direktivet art. 5 (3) c) krever nemlig kun at gjengivelsen skjer «i forbindelse med redegørelse for dagsbegivenheder»/«in connection with the reporting of current events». Med andre ord må ikke verket etter direktivets bestemmelse «inngå[] i» dagshendingen. Det aksepteres en løsere sammenheng mellom dagshendingen og verket som gjengis. I Spiegel Online uttales om vilkåret at det siktes til å «give opplysninger om en dagsbegivenhet», og at «udtrykket »redegørelse« i dets sædvanlige betydning imidlertid ikke [kræver], at brukeren foretager en detaljert analyse af begivenheden».¹⁹⁰ Dette kan tilsi at det må noe mer til enn ren informasjon om eksistensen av hendelsen, men at det ikke kreves en detaljert analyse, eller at verket er *en del av* nyheten. Likevel er det ikke opplagt hvordan grensen skal trekkes.

Når det etter § 36 (1) ikke er tilstrekkelig for gjengivelse at verket har *tilknytning* til dagshendingen, og det i (2) kreves at verket er et «offentliggjort» «kunstverk», «fotografisk verk» eller «filmverk», setter ordlyden i åndsverksloven snevrere rammer for å gjengi verk i

¹⁸⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 147.

¹⁸⁷ Torvund (2019) s. 173.

¹⁸⁸ Andersen og Holm-Nilsen (2021).

¹⁸⁹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 147.

¹⁹⁰ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 66.

dagshending enn Infosoc-direktivet gjør.¹⁹¹ Hadde spørsmålet om nyhetsmedias bruk i Spiegel Online og Funke Medien kommet opp i Norge, måtte domstolen etter § 36 (1) ikke bare spurt om verkene har forbindelse til, men også om de «inngår i», en dagshending.

I den videre fastleggingen av gjengivelsesrettens rekkevidde i norsk rett, kan to sentrale spørsmål stilles. For det første om media *selv* kan skape sin egen dagshending ved publiseringen av et verk, og for det andre om det må foretas en utvidende tolkning av § 36 (1) i samsvar med Infosoc-direktivets gjengivelsesrett.

5.3 Kan media skape sin egen dagshending ved omtale av verk?

Det kan tenkes tilfeller hvor en gravejournalist finner og publiserer et hemmeligstempelt dokument av allmenn samfunnsinteresse. Da oppstår spørsmålet om verket ved nyhetsmedias førstegangspublisering «inngår i en dagshending», jf. åvl. § 36 (1).

Ordlyden av «inngår i» tilsier at det forutsettes at den aktuelle dagshendingen allerede er «oppe i dagen». Der det publiseres et verk tilknyttet en sak som ikke tidligere har vært omtalt, vil ikke verket «inngå[] i», men snarere *være*, selve dagshendingen. I forarbeidene uttales at det «ikke er adgang til å gjengi verk som bare har tilknytning til en dagshending uten å inngå i den», og at det ikke er tilstrekkelig at verket «dokumenterer» en dagshending.¹⁹² Dermed virker forarbeidene å forutsette at «inngår i» skal tolkes ordrett, slik at et verk som har *tilknytning* til eller *selv er* dagshendingen, ikke omfattes av § 36 (1). Åndsverkslovens bestemmelse tolket i lys av forarbeidene tilsier dermed at verk ikke kan «inngå[] i en dagshending» ved medias førstegangspublisering.

Likevel uttaler EU-domstolen i Spiegel Online at en dagsbegivenhet er en begivenhet som «offentligheden på det tidspunkt, hvor der redegøres for den, har en interesse i å få opplysning om.»¹⁹³ Det stilles dermed ikke krav til at nyheten er «fersk» – allmennhetens interesse i at informasjonen deles er tilstrekkelig. Med andre ord synes det etter EU-retten å være mulig for media å *selv* skape en dagshending ved omtale av verket. Nettopp dette virker å være tilfellet i

¹⁹¹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 147.

¹⁹² Prop. 104 L (2016-2017) s. 147.

¹⁹³ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 67.

Spiegel Online og Funke Medien, der det åpnes for at førstegangspubliseringsen av eldre artikler og militærrapporter utgjør «current events» etter Infosoc-direktivets art. 5 (3) c). Tilnærmingen stemmer med hva tysk Høyesterett, Bundesgerichtshof, kom til etter EU-domstolen avsa sine prejudisielle avgjørelser.

Bundesgerichtshof konkluderte nemlig med at tilgjengeliggjøringen av militærrapportene i Funke Medien og av artiklene i Spiegel Online var lovlig etter den tyske opphavsrettslov (UrhG) § 50. Bestemmelsen bruker uttrykket «die im Wesentlichen Tagesinteressen Rechnung tragen»/«i det vesentlige gjøre rede for dagshending», og er en gjennomføring av gjengivelsesretten i Infosoc-direktivet art. 5 (3) c).¹⁹⁴ Ordlyden av den tyske bestemmelsen synes å ligge mer på linje med Infosoc-direktivets løsere krav til tilknytning mellom verket og dagsbegivenheten, enn det som er tilfellet for den norske gjengivelsesretten.

I Spiegel Online-saken la Bundesgerichtshof vekt på artiklenes tidsmessige relevans; nyhetene om det originale manuskriptets meningsinnhold og dens tilknytning til Beck, som da var kandidat for det kommende politiske valget, oppfylte dagshendingsvilkåret.¹⁹⁵ Tilsvarende var tilfellet i Funke Medien-saken, der Bundesgerichtshof kom til at tyske myndigheters enerett til å kontrollere utgivelse ikke veide tyngre enn hensynet til en opplyst samfunnsdebatt. Piora og Jütte uttaler om dette i artikkelen *Leaking of secret military reports qualifies as reporting of current events* at «[a]lthough the reports had been published for a period spanning more than a decade, the BGH had no problem finding that their publication related to the reporting of a current event.».¹⁹⁶ Tysk høyesterett ser dermed ut til å gi media rett til å bruke åndsverk uavhengig av når verket stammer fra, så lenge det har aktuell interesse på *tidspunktet* for bruken – forutsatt at det ikke går urimelig utover rettighetshaverens økonomiske eller moralske rettigheter, noe det ikke gjorde i disse tilfellene.¹⁹⁷

EU-retten synes etter dette å åpne for at media kan skape sin egen dagshending ved førstegangsomtale av verket, i motsetning til hva åndsverkslovens gjengivelsesregel ser ut til å hjemle. På den bakgrunn kan det oppstå tilfeller hvor nyhetsmedias gjengivelse av verk etter

¹⁹⁴ Bundesgerichtshofs avgjørelser av 30 april 2020 (I ZR 139/15 og I ZR 228/15).

¹⁹⁵ Piora og Jütte (2020b) s. 584.

¹⁹⁶ Piora og Jütte (2020a) s. 681.

¹⁹⁷ Piora og Jütte (2020b) s. 584.

en alminnelig forståelse av den norske ordlyden tilsynelatende *ikke* kan hjemles i åvl. § 36 (1) eller (2), fordi verket verken «inngår i» en dagshending eller er et «offentliggjort» «kunstverk», «fotografisk verk» eller «filmverk» – men hvor en tolkning i tråd med Infosoc-direktivets gjengivelsesbestemmelse ville tillatt bruken. Spørsmålet blir om norsk åndsverkslovs bestemmelse må tolkes utvidende i lys av direktivet, slik at norsk rett også får videre nedslagsfelt.

5.4 Norsk gjengivelsesrett tolket i lys av EU-retten

Unntakene fra de opphavsrettslige enerettene fastsatt i Infosoc-direktivet art. 5 er tradisjonelt ansett som valgfrie for medlemsstatene,¹⁹⁸ og formulert såpass bredt at de gjerne kalles upresise «prototyper».¹⁹⁹ Medlemsstatene kan i prinsippet innsnevre direktivets unntaksregler, selv om det knyttes en viss usikkerhet til i hvilket omfang dette tillates. Ut ifra et slikt synspunkt virker ikke åndsverkslovens krav om «inngår i» å være i strid med EU-retten.²⁰⁰ Etter Spiegel Online og Funke Medien kan det imidlertid stilles spørsmål ved om EU-domstolen åpner for at Infosoc-direktivets unntak i art. 5 *likevel* kan være obligatoriske, slik at medlemsstatene pålegges å gjøre enkelte begrensninger i opphavers enerett. Når ytringsfriheten etter EU-domstolens uttalelser ikke hjemler unntak fra opphavsretten utenfor Infosoc-direktivets unntaksliste, kan det synes som at EU-domstolen mener EU-retten *krever* at gjengivelsesretten inntas i nasjonal rett uten snevrere rekkevidde enn direktivets regel. Dette til tross for at EU-domstolen også peker på medlemsstatenes betydelige skjønnsmargin. Det avgrenses mot den generelle diskusjonen om dette. Det som må vurderes er om åndsverkslovens formulering "inngår i" sperrer for at pressen kan skape sin egen dagshending. Tolkningen har betydning for om det etter norsk rett blir behov for å gjøre ytterligere unntak fra lånereglene.

Ordlyden av «inngår i» yter motstand mot den forståelse at alt som har tilknytning til dagshendingen, omfattes. En tolkning i tråd med direktivet gjør derfor vold på ordlyden av norsk gjengivelsesrett. Dessuten vil poenget med vederlagsretten i § 36 (2), der det kun stilles krav til «tilknytning» mellom verket og dagshendingen, kunne undergraves dersom heller ikke første ledd krevde annet enn tilknytning. I tillegg tilsier hensynet til privates mulighet til

¹⁹⁸ Nielsen (2017) s. 45.

¹⁹⁹ Nielsen (2017) s. 59.

²⁰⁰ Nielsen (2017) s. 97.

å forutsette egen rettsstilling at det, der ordlyden indikerer en annen tolkning, utvises varsomhet i vektleggingen av internasjonale regler.²⁰¹ Disse momentene taler imot at åvl. § 36 (1) tolkes utvidende for å samsvare med EU-retten.

Likevel kan hensynet til rettsenhet tilsi at dersom en stat først har innført et unntak, bør staten – i tråd med presumpsjonsprinsippet – søke å utforme unntaket i samsvar med direktivet. Hensynet taler for at åndsverkslovens krav om «inngår i» bør tolkes likt som Infosoc-direktivets unntak. At det i Spiegel Online pekes på at medlemsstatene skal sikre unntakenes «effektive virkning», støtter synspunktet.²⁰² Særlig er det grunn til en slik tolkning der det er nødvendig for å tillate handlinger som ytringsfriheten krever at er lovlige. EU-domstolens fremheving av de grunnleggende rettigheter som en viktig tolkningsfaktor, og dermed EMK og EU-pakten, underbygger argumentet.²⁰³ Harmoniseringsmålsetningen og ytringsfrihetshensynet taler etter dette klart for en tolkning i tråd med direktivets romsligere gjengivelsesregel.

Å overføre Infosoc-direktivets gjengivelsesbestemmelse ordrett til norsk rett, kan komme i konflikt med ønsket om å opprettholde vederlagsretten for visse typer gjengivelser med tilknytning til dagshending, slik åvl. § 36 (2) hjemler. Dessuten vil det tilsynelatende åpne for en svært vid adgang for nyhetsmedias bruk av andres verk hvis de skal kunne skape egne dagshendinger ved omtale av verk. Meningen er tross alt ikke at pressen skal få fullmakt til fri bruk av andres verk under henvisning til at verket «inngår i en dagshending», jf. åvl. § 36 (1). Her vil imidlertid tretrinns-testen, jf. punkt 1.4.2, kunne utgjøre en skranke mot urimelige inngrep i opphavsretten. Det kan avdempe problematikken tilknyttet en vid fortolkning av dagshendingsbegrepet.

Innvendingene skissert overfor kan også avhjelpes dersom man åpner for at § 36 (1) tolkes i lys av formålene bak ytrings- og informasjonsfriheten, nemlig hensynet til å ivareta en opplyst allmennhet. Disse hensynene vil ikke nødvendigvis gjøre seg gjeldende i *alle* tilfeller hvor det er aktuelt å gjengi et verk i relasjon til en dagshending. Dermed vil spørsmålet om utvidende tolkning av § 36 (1) henge sammen med hvor tungtveiende ytrings- og informasjonsfrihetshensynene i den konkrete saken er. En slik løsning utvider retten til

²⁰¹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 82 og Rt-2000-1811 (Finanger I) s. 1832.

²⁰² Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 36.

²⁰³ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 52 og C-469/17 (Funke Medien) avsnitt 68.

vederlagsfri utnyttelse etter første ledd til å omfatte gjengivelse av verk også i tilfeller hvor verket ikke «inngår i» en dagshending, men hvor yrings- og informasjonsfriheten tilsier gjengivelse. Dermed kan en utvidende fortolkning av «inngår i» plassere norsk gjengivelsesrett mer på linje med Infosoc-direktivets videre bestemmelse, ved å åpne for fri gjengivelse der yrings- og informasjonsfriheten nødvendiggjør det.

Spørsmålet om § 36 (1) skal tolkes etter ordlyden av «inngår i» eller i samsvar med EU-retten, er tvilsomt. Alt i alt bør likevel hensynet til å tolke regelverket i tråd med EU-retten få forrang, ved at norsk gjengivelsesrett tillegges den utvidende tolkningen skissert ovenfor. Dette vil gjøre at åndsverkslovens gjengivelsesrett kan hjemle bruk av verk i de samme tilfellene som Infosoc-direktivets videre gjengivelsesrett kan, noe hensynet til rettsenhet støtter. Dessuten vil yringsfriheten enklere kunne ivaretas innenfor rammene av åndsverkslovens gjengivelsesrett, samtidig som opphavers vederlagsrett ikke undergraves.

Det kan diskuteres hvor pedagogisk en slik utvidende tolkning er, da særlig hensynet til borgernes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling tilsier at bestemmelsens innhold bør samsvare med ordlydens naturlige forståelse. Dessuten kan det diskuteres i hvilken grad rettsutvikling på grunnlag av internasjonal rett skal være domstolenes oppgave.²⁰⁴ Dermed hadde det vært hensiktsmessig om forandringen skjedde på lovgivernivå, slik at åndsverkslovens ordlyd ga klarere uttrykk for forståelsen av bestemmelsen. Detaljene rundt er et lovgiverspørsmål, men en mulighet kan være å endre åvl. § 36 (1) slik at den får en ordlyd som ligger nærmere Infosoc-direktivets formulering – men hvor den norske vederlagsretten i § 36 (2) opprettholdes.

²⁰⁴ Arnesen og Stenvik (2015) s. 134.

5.5 I hvilke tilfeller blir det behov for å gjøre ytterligere unntak fra åndsverksloven for å ivareta ytringsfrihetshensyn?

De tilfellene hvor forholdet mellom opphavsretten og ytringsfriheten kan fremstå mest problematisk, er der media av hensyn til ytringsfriheten har behov for å sitere fra ikke-offentliggjorte verk. Ved en nærmere analyse av åndsverkslovens låneregler i lys av EU-retten, kan det argumenteres for at reglene dekker såpass mange tilfeller at konflikt mellom rettighetene sjelden oppstår. EU-domstolen oppstiller kun vage retningslinjer for når verk skal anses «offentliggjort». Vagheten gir nasjonale domstoler et visst spillerom til å avgjøre når et verk regnes som offentliggjort, og dermed kan siteres fra etter § 29 eller gjengis mot vederlag etter § 36 (2). Der et verk ikke er offentliggjort, kan gjengivelsesretten i § 36 (1) ofte bøte på behovet for å dele nyhetsstoffet med allmennheten. I tillegg vil den generelle referatretten i en rekke saker imøtekomme allmennhetens informasjonsbehov. Etter dette virker ytrings- og informasjonsfriheten godt ivaretatt gjennom åndsverkslovens låneregler.

Dersom «inngår i» i § 36 (1) tolkes i tråd med sin ordlyd heller enn i samsvar med EU-rettens løsere tilknytningskrav, kan det likevel oppstå tilfeller hvor det blir behov for å supplere åndsverksloven med ytringsfriheten som ytterligere unntak. Et tenkt tilfelle er der en journalist finner en rapport som bekrefter en politikers kunnskap om økonomisk kriminalitet, og politikeren nekter for rapportens eksistens. Ytringsfriheten taler her klart for at informasjonen deles, men verket vil ikke være «offentliggjort» etter § 29 eller § 36 (2).

Dessuten vil den generelle referatretten trolig ikke ivareta ytringsfriheten i tilstrekkelig grad, da medias påstand om at de sitter på en e-post med et visst innhold ofte er mindre troverdig og virkningsfull enn om selve rapporten faktisk fremlegges. Om rapporten kan gjengis vil dermed avhenge av om «inngår i en dagshending» etter § 36 (1) tolkes etter sin ordlyd, eller utvidende i tråd med EU-retten. Som tatt til orde for i punkt 5.4, bør den norske ordlyden tolkes utvidende i en situasjon som dette, hvor hensynet til å informere allmennheten gjør seg sterkt gjeldende. Da kan rapportene deles med allmennheten *innenfor* rammene av opphavsretten, noe som er i tråd med EU-retten og hensynet til ytringsfriheten.

Den såkalte Trafigura-saken eksemplifiserer også et tilfelle hvor det ville være problematisk opp mot ytrings- og informasjonsfriheten å forby sitat fra ikke-offentliggjorte verk. Saken gjaldt oljeforhandleren Trafigura, som var ansvarlig for giftige utslipp ved Elfenbenskysten.

En journalist fant dokumenter som beviste at Trafigura visste at utslippet var både giftig og ulovlig. Trafigura forsøkte å hindre publisering, men NRK Brennpunkt offentliggjorde likevel en hemmelig rapport og e-poster som dokumenterte Trafiguraskap til forholdene.²⁰⁵ Her kunne ikke hensynene bak opphavsretten begrunne at Trafigura motsatte seg offentliggjøring; Trafigura gjorde det for å hindre at kompromitterende opplysninger kom frem, ikke for å verne skapende innsats.²⁰⁶

Spørsmålet om opphavsrett til dokumentene kom aldri på spissen i saken. Hadde det gjort det, ville sitat- og gjengivelsesretten tolket etter sin naturlige ordlyd ikke hjemlet bruken. Det innebærer at man hadde hindret medias spredning av viktig informasjon til allmennheten. En utvidende tolkning av gjengivelsesretten ville derimot muliggjort bruken, og ivaretatt hensynet til rettsenhet og retten til ytringsfrihet etter EMK art. 10. Behovet for utvidende tolkning blir særlig aktuelt i en sak som dette, der opphavsretten, rettere sagt at verket ikke er «offentliggjort» eller ikke «inngår i en dagshending» etter §§ 29 og 36 (1) og (2), i realiteten påberopes som et «skjold» for å hindre informasjonsspredning. Da vil ikke viktige hensyn bak opphavsretten – å sikre opphaveren utbytte og vern for sin åndsproduksjon – begrunne at dokumentene nektes fremlagt. Når «inngår i» tolkes utvidende, blir det tvilsomt behov for ytterligere unntak fra opphavsretten for å ivareta ytringsfriheten.

²⁰⁵ Knudssøn og Bakke (2009).

²⁰⁶ Torvund (2009).

6 Avslutning

Der det oppstår behov for å gjengi ikke-offentliggjorte verk, vil det i noen situasjoner kreves at norske låneregler tilpasses for å være i tråd med våre folkerettslige forpliktelser etter blant annet EMK art. 10. Å åpne for at det i særlige tilfeller kan gjøres unntak fra sitatrettens offentliggjort-vilkår, kan sikre at ytrings- og informasjonsfriheten ivaretas der våre folkerettslige forpliktelser nødvendiggjør det. Likevel virker EU-domstolen klar på at vilkåret om at verket må være offentliggjort, er absolutt.²⁰⁷ Ønsket om å, så langt det lar seg gjøre, unngå motstrid mellom nasjonal rett og EU-retten, tilsier dermed at forholdet forsøkes løst *innenfor* rammene av Infosoc-direktivet. Siktemålet er at åndsverksloven ivaretar hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten etter våre folkerettslige forpliktelser, samtidig som den også er i tråd med EU-retten. Ordlyden av «inngår i» i § 36 (1) bør derfor tolkes utvidende i lys av Infosoc-direktivet og ytrings- og informasjonsfriheten, slik at norsk gjengivelsesrett samsvarer mer med EU-rettens gjengivelsesrett. Likevel tilsier særlig hensynet til borgernes forutberegnelighet at tolkningen bør gjenspeiles i lovbestemmelsen. En lovendring vil derfor være hensiktsmessig. Da vil åndsverkslovens sitat- og gjengivelsesrett gi vide nok rammer for medias bruk av ikke-offentliggjorte verk, men kun i tilfeller der bruken er *nødvendig* av hensyn til ytrings- og informasjonsfriheten. I en slik situasjon oppstår det tvilsomt tilfeller som nødvendiggjør ytterligere unntak fra opphavsretten, og hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten ivaretas dermed innenfor rammene av opphavsrettslovgivningen.

²⁰⁷ Sak C-516/17 (Spiegel Online) avsnitt 88.

7 Litteraturliste

Juridisk litteratur

Bøker

Aakre, Haakon, *Retten til å sitere fra åndsverk*, Fagbokforlaget 2002.

Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Universitetsforlaget 2015.

Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019.

Jacobsen, J. Hartvig, *Ophavsretten*, Gyldendalske Boghandel – Nordisk Forlag 1941.

Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, Nationaltrykkeriet 1936.

Lassen, Birger Stuevold, *De opphavsrettslige lånereglens avgrensning av eneretten ved utnyttelse/sammenstilling av deler av verk og prestasjoner i «multimedia»-sammenheng – særlig med henblikk på sitatrettens, utstrekning*, Norwaco 1998.

Nielsen, Dan Stausholm, *InfoSoc-direktivet og de danske ophavsrettlige undtagelser*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017.

Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, Universitetsforlaget 2019.

Torvund, Olav, *Opphavsrett for nybegynnere*, Universitetsforlaget 2019.

Vyrje, Magnus Stray, *Opphavsrettens ABC*, TANO 1987.

Juridiske artikler og øvrige teoretiske fremstillinger

Blandhol, Sverre; Tøssebro, Henriette N. og Skotheim, Øystein (2015), «Innføring i juridisk metode», *Jussens Venner* 06/2015, vol. 50, s. 310-345.

Eggen, Kyrre (1999), «Norges internasjonale forpliktelser på ytringsfrihetens område», *Særskilt vedlegg (del II) til NOU 1999:27*, s. 167-351.

Fredriksen, Halvard Haukeland (2011), «EU/EØS-rett i norske domstoler», *Europautredningen*.

Fredriksen, Halvard Haukeland (2013), «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner* 06/2013, vol. 48, s. 371-399.

Karnell, Gunnar (2004), «Copyright protection under human rights control – in particular works not disseminated to the public», *NIR*, 6/2004, s. 516-535.

Kielland, Torger (2018), *Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisning ved universitet og høyskoler*, Universitetet i Bergen, tilgjengelig via <https://hdl.handle.net/1956/18738>, lest 01.05.2021.

Priora, Giulia og Jütte, Bernd Justin (2020a), «Leaking of secret military reports qualifies as reporting of current events», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 15, No. 9, s. 681-682.

Priora, Giulia og Jütte, Bernd Justin (2020b), «No copyright infringement for publication by the press of politician's controversial essay», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 15, No. 8, s. 583–584.

Rognstad, Ole-Andreas (2020), «Det nordiske 'handlingsrommet' på opphavsrettsområdet i lys av EU-/EØS-retten – særlig om enerettighetene», *NIR*, 1/2020, s. 78-95.

Rosenmeier, Morten (2020), «EU og de ophavsrettlige unntagelser», *NIR*, 1/2020, s. 110-116.

Rosenmeier, Morten (2017), «EU-rettens betydning for den opphavsrettslige sonndring mellom offentlig og privat», *NIR*, 5/2016, s. 441-478.

Rosenmeier, Morten; Blomqvist, Jørgen; Riis, Thomas; Schovsbo, Jens Hemmingsen; Schwemer, Sebastian Felix og Udsen, Henrik (2018), «Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grensene for "dansk ophavsret"?» *NIR*, 3/2018, s. 291-357.

Stenvik, Are (2019), «Kommentar til Høyesteretts kjennelse i Lovdata-saken (HR-2019-1725-A) (2019)», *Juridika*.

Internettkilder

Andersen, Ida Yasin og Holm-Nilsen, Sverre. «Politiet sikta gallerieigar for bedrageri: -Kan vera store mørketal i personar som er lurt», NRK, 12. april 2021, https://www.nrk.no/kultur/politiet-sikta-gallerieigar-for-bedrageri_-_kan-vera-store-morketal-i-personar-som-er-lurt-1.15450796, lest 15.04.2021.

Knudssøn, Kjersti og Bakke, Synnøve. «The Guardian ble kneblet, mens Brennpunkt publiserte», NRK, 15. oktober 2009, <https://www.nrk.no/dokumentar/brennpunkt-publiserte-1.6819334>, lest 01.04.2021.

NIM (Norges institusjon for menneskerettigheter), *Menneskerettighetene*, u.å., <https://www.nhri.no/menneskerettighetene/>, lest 10.04.2021.

Synodinou, Tatiana. *Reflections on the CJEU's judgment in Spiegel online: is there a golden intersection between freedom of expression and EU copyright law? Part II* (2019), <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/30/reflections-on-the-cjeus-judgment-in-spiegel-online-is-there-a-golden-intersection-between-freedom-of-expression-and-eu-copyright-law-part-ii/?print=print>, lest 23.02.2021.

PFU (Pressens faglige utvalg), u.å., *Vær Varsom-plakaten*, <https://presse.no/pfu/etiske-regler/vaer-varsom-plakaten/>, lest 13.02.2021.

TONO, *Musikk på arbeidsplassen*, u.å., <https://www.tono.no/artikkel/arbeidsplass/>, lest 18.04.2021.

Torvund, Olav, *Opphavsrett og ytringsfrihet – del 2* (2009), <https://blogg.torvund.net/2009/11/18/opphavsrett-og-ytringsfrihet-del-2/>, lest 19.04.2021.

Wessel-Aas, Jon. *Pressens rett til å bruke andres stoff i egen publisering* (2015), <https://www.uhuru.biz/?p=1623>, lest 16.02.2021.

Norske lover og forarbeid

Lover

Grunnloven Kongerikets Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

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

Menneskerettsloven Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Forarbeid

Ot.prp.nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.

NOU 1988:22 (Endringer i åndsverksloven m.v.)

Ot.prp.nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

NOU 1999: 27 «Ytringsfrihet bør finde Sted» Forslag til ny Grunnlov § 100.

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp.nr.46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

NOU 2012:2 Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU.

Prop. 65 L (2012-2013) Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)

Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverksloven).

Prop. 31 L (2019-2020) Lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte journalistiske medier (medieansvarsloven).

Utenlandske lover og forarbeid

Svensk opphavsrettslov: Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

Dansk opphavsrettslov: Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret.

Finsk opphavsrettslov: Upphovsrättslagen 404/1961.

Tysk opphavsrettslov: Urheberrechtsgesetz (UrhG).

Svensk forarbeid: SOU 1956: 25 s. 162.

Konvensjoner og direktiver

Bernkonvensjonen (BK) Konvensjon om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886.

EMK Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950.

EMK P1-1 Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (EMKs tilleggsprotokoll nr. 1).

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992.

ODA-avtalen Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1-7.

TRIPS-avtalen Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights av 15. april 1994. Avtale mellom medlemmene av Verdens handelsorganisasjon (WTO) om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter.

WTO Verdens handelsorganisasjon/World Trade Organization stiftet 1. januar 1995.

WIPO-avtalen/WCT WIPO Copyright Treaty. Vedtatt i Genève 20. desember 1996.

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

EU-pakten Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter av 12. desember 2007.

Norske rettsavgjørelser

Høyesterettspraksis

Rt-1995-1948 (Diana Ross).

Rt-2000-1811 (Finanger I).

Rt-2010-366 (Brent av frost).

HR-2018-02268-A (RiksTV).

HR-2019-1725-A (Lovdata).

Underrettspraksis og annen praksis

RG-2001-1151 (Bratlie).

LB-2003-3138 (Mein Kampf).

Saksnummer 20-064392TVI-OTIR/04 (VG/Rogstad-saken).

PFU-sak 117/10 (Eirik Junge Eliassen mot iTromsø).

Internasjonale rettsavgjørelser

EU-domstolen

Dom av 6. oktober 1982, *CILFIT*, C-283/8, EU:C:1982:335.

Dom av 7. desember 2006 [C3], *Rafael Hotels*, C-306/05, EU:C:2006:764.

Dom av 1. desember 2011 [C3], *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798.

Dom av 15. mars 2012 [C3], *SCF*, C-135/10, EU:C:2012:140.

Dom av 13. februar 2014 [C4], *Svensson*, C-466/12, EU:C:2014:76.

Dom av 27. februar 2014 [C4], *OSA*, C-351/12, EU:C:2014:110.

Dom av 31. mai 2016 [GC], *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379.

Dom av 29. juli 2019 [GC], *Funke Medien*, C-469/17, EU:C:2019:623.

Dom av 29. juli 2019 [GC], *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625.

Dom av 29. juli 2019 [GC], *Pelham*, C-476/17, EU:C:2019:624.

Dom av 28. oktober 2020 [C5], *BY*, C-637/19, EU:C:2020:863.

EFTA-domstolen

Sak E-1/07, *Criminal Proceedings mot A*.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Balan mot Moldova [J], ECHR:2008:0129JUD001924703.

Jersild mot Danmark [GC], ECHR:1994:0923JUD001589089.

Ashby Donald og andre mot Frankrike [J], ECHR:2013:0110JUD003676908.

Neij og Kolmosoppi mot Sverige [J], ECHR:2013:0219DEC004039712.

Utenlandske rettsavgjørelser

NJA 1996 s. 712 (JAS) [Sverige].

Sak T 1096-98 (Scientologi) Svea Hövrätt (dom av 9. mars 2001) [Sverige].

EWCA Civ. 2001 s. 1142 (Ashdown v. Sunday Telegraph) [Storbritannia].

GRUR Int. 2001 s. 341 (Medienprofessor) [Østerrike].

AMI 2003 s. 222 (Scientology) Gerechtshof Den Haag 4. september 2003 [Nederland].

NJA 2020 s. 293 (Jernrørsskandalen) [Sverige].

Bundesgerichtshof av 30. april 2020 sak I ZR 139/15 [Tyskland].

Bundesgerichtshof av 30. april 2020 sak I ZR 228/15 [Tyskland].