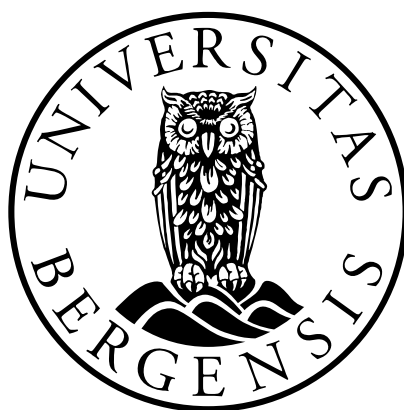


Largo al factotum et opphavsrett*

En analyse av utøvende kunstners rådighet over egen prestasjon ved avtaler om opptak av forestillinger, i lys av regler om avtaletolkning med åndsverkloven som bakgrunnsrett.

Kandidatnummer: 109

Antall ord: 14 999



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

22.06.2020

* «Largo al factotum» er navnet på en kjent arie fra operaen 'Barbereren i Sevilla' komponert av G. Rossini, på libretto av C. Sterbini. Oversatt betyr tittelen «gjør plass til» eller «videre til» factotum som her brukes som et ordspill på fakta.

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1 Emne, aktualitet og problemstilling.....	3
1.2 Historie	5
1.3 Hensyn	8
1.4 Innledende om avtaletolkningen.....	11
1.5 Avgrensning og fremstillingen videre	12
2. Hoveddel	14
2.1 Hovedregelen for vern av utøvende kunstnere	14
2.1.1 Analyse av innholdet i nærstående rettigheter	14
2.1.2 Nærstående rettigheters utslag på typetilfellene.....	18
2.2 Le droit moral – Moral rights – Ideelle rettigheter	22
2.2.1 Analyse av innholdet i de ideelle rettighetene	22
2.2.2 Konkret om hensyn og regelbakgrunn for ideelle rettigheter	25
2.2.3 Evaluering av ideelle rettigheter	26
2.3 Kontraktsrettslig vern	29
2.3.1 Nærmere om avtaletolkning	29
2.3.2 Analyse av kontraktens innhold i lys av omstendighetene.....	32
2.3.3 Helhetsvurdering av kontraktens vern for typetilfellene.....	34
3. Avsluttende rettspolitiske betraktninger	37
Litteratur.....	41

1. Innledning

1.1 Emne, aktualitet og problemstilling

Oppgaven omhandler vernet av ansatte utøvende kunstnere etter norsk lov i et utvalg ulike typetilfeller, herunder i hvilken grad en utøver, for eksempel en artist eller statist, kan hindre tilgjengeliggjøring av egen prestasjon når det er gjort opptak av, eller planlegges en live streaming av en forestilling. Spørsmålet blir da om en utøvende kunstner kan trekke seg fra en avtalt live streaming av en forestilling fordi personen ikke ønsker å eksponere seg under omstendigheter som kan være skadelige for vedkommendes navn og rykte. Det vil undersøkes i hvilken grad hensynene bak nærstående og ideelle rettigheter tilsier at det må innfortolkes denne typen forbehold i inngåtte avtaler, og skilt mellom ulike typetilfeller hvor disse hensynene kan gjøre seg gjeldende i ulik grad.

Nærstående rettigheter innebærer en så nær forbindelse mellom den utøvende kunstneren og prestasjonen, at det kan være grunnlag for en annen tolkning av avtaler om overdragelse av rettigheter, sammenliknet med avtaler om overdragelser av opphavsretter. Det sentrale i vurderingen vil være utøverens spesielt sårbare stilling i motsetning til opphaveren og grensetrekning mellom typetilfellene for å se på hvilke særlige situasjoner en utøvende kunstner potensielt har vern etter åndsverksloven, og om dette vernet er tilstrekkelig.

Det reises flere spørsmål om hvilken grad av vern en utøver kan dra nytte av når det kommer til å råde over tilgjengeliggjøring av egen prestasjon. Utøvende kunstners særegne og spesielle forhold mellom egen person og prestasjon gjør at man som artist kan befinne seg i en veldig sårbar situasjon hvis man står uten mulighet til å administrere og ha kontroll over opptak av forestillingen. Riktig nok vil det her være forskjeller mellom artister med ulik rolle i forestillingen, eksempelvis mellom en solist og en statist, noe som vil utredes nærmere.

Oppgaven er basert på tilfeller hentet fra opera og termen «utøvende kunstnere» slik den er brukt i loven vil derfor i det videre refereres til som enten musikere, artister, solister, statister, skuespillere eller liknende av hensyn til tekstflyt. Det finnes ingen legaldefinisjon av begrepet «utøvende kunstnere» i åndsverksloven, men etter forarbeidene er det klart at legaldefinisjonen av «utøvende kunstner» i § 1 av fondsloven også skal gjelde for uttrykket slik det er brukt i åndsverksloven. Da legaldefinisjonen omfatter «[alle] som gjennom sin kunst fremfører åndsverk» er det klart at alle disse kategoriene skal omfattes.¹

¹ Prop L 104 (2016-2017) punkt 4.3.1.2 om utøverbegrepet jf. Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s. 93

For å muliggjøre streaming har det blitt fast praksis på operahus både i Norge og i resten av Europa å inkorporere en klausul i ansettelseskontrakten for artister som omfatter operahusets rett til opptak av forestillinger og streaming av disse, både direkte, også kalt primærbruk, og i etterkant av selve forestillingen gjennom tilgjengeliggjøring av video-opptak, også kalt sekundærbruk². Den standardiserte ordlyden lyder som følger:

*“The artist agrees to a live or recorded transmission of the performance broadcast by the Norwegian Broadcasting Corporation (NRK) on the national or EBU network, and/or non-monetized net streaming worldwide by any provider for a duration of up to 6 months. The artist will receive no separate fee for elements covered in this clause”*³

Bruken av slike klausuler i ansettelseskontrakten for utøvende kunstnere reiser spørsmålet om hvilket vern en utøvende kunstner får direkte av kontrakten, noe som må vurderes gjennom avtaletolkning.

I det videre vil oppgaven, ved hjelp av enkelte analytiske grep, ta for seg konkrete ulike typetilfeller og analysere den utøvende kunstnerens vern, hovedsakelig i lys av nærstående rettigheter og ideelle rettigheter, da utøverens prestasjon, som nevnt, er nært knyttet opp mot artistens person, yrkesutøvelse og inntjeningsevne. Noen av typetilfellene som det kan dreie seg om går ut på hvor sentral kunstnerens rolle er i produksjonen, hvilket tidspunkt samtykket ønskes tilbaketrasket og hvilken begrunnelse artisten har for å ville trekke tilbake samtykket sitt. Hensynene som gjør seg gjeldende som bakgrunn for gjeldende rett både for nærstående rettigheter og ideelle rettigheter vil også gjøre seg gjeldende ved avtaletolkning, men vil nødvendigvis kunne gi ulikt utslag i ulike tilfeller.

Spørsmålet om utøvende kunstners rettigheter kan oppstå på ulike stadier, både før en planlagt streaming, eller i etterkant av en filmet forestilling som skal gjøres tilgjengelig i form av opptak. Det vil komme på spissen i tilfeller hvor et operahus har planlagt og avertert for en direktesendt forestilling samtidig som denne går for publikum i salen. Strømmingen skjer uten kostnad for publikum gjennom enten egen nettside eller nettsider som eksempelvis OperaVision, en gratis strømmetjeneste av operaforestillinger drevet av OperaEuropa. Forestillingene sendes direkte og blir liggende tilgjengelig i 24 timer før tilgangen stenges. Deretter kan forestillingen i enkelte tilfeller re-publiseres etter mellom to og fire uker og ligge

² Rognstad (2019) kapittel 16.2 side 411 til 412

³ Teksten er et utdrag fra en standardkontrakt for artister hos Bergen Nasjonale Opera. Klausulen er utviklet av OperaEuropa som driver strømmetjenesten OperaVision, og brukes tilsvarende over hele Europa.

tilgjengelig 'on demand' i en måned. Selv om det ikke finnes noe kommersielt aspekt for operahuset ved å drive streaming vil de fremdeles ha utgifter ved å klargjøre for en stream, både i form av betalt arbeidstid i forberedelsesfasen og utstyr. Før en eventuell sekundærbruk av videomaterialet vil det også gjennomgå redigering, noe som ved en eventuell avlysning vil skape ulemper for operahuset i form av ekstra utgifter og merarbeid uten forespeilet resultat.

Det må også tas hensyn til publikummet som har en forventning om å få se en forestilling uten å måtte fysisk befinne seg i salen. Gode grunner taler for at de skal ha denne muligheten dersom de av ulike grunner ikke kunne se forestillingen i konserthuset, enten på grunn av sykdom, plassmangel eller at tidspunktet for forestillingen ikke passet. Likevel kan en utøvende kunstner ha gode grunner for å ville avlyse en planlagt stream eller hindre tilgjengeliggjøring av opptak for sekundærbruk, noe som i dag, i enkelte tilfeller, aksepteres i praksis med de konsekvenser det medfører seg.⁴ Med sterke interesser på hver side blir det relevant å foreta en balansering av interesser på dette feltet.

Dette reiser problemstillingen i hvilken grad norsk opphavsrettslovgivning, herunder nærstående rettigheter, ideelle rettigheter og avtaletolkning av ansettelseskontrakten med de øvrige reglene som bakgrunnsrett, verner om en utøvende kunstners rettighet til å råde over primær- og sekundærbruk av videoopptak av en forestilling når samtykke om rettighetene til slik bruk er overdratt gjennom kontrakt, i et utvalg typetilfeller som forklares nærmere i punkt 1.5.

1.2 Historie

Fordi oppgaven viser sentrale forskjeller mellom det ordinære opphavsrettsvernet og de nærstående og ideelle rettigheter er det relevant å få innblikk i opphavsrettens historie og fremvekst. Utviklingen av rettsområdet vil stå sentralt fordi fremveksten sier noe om hvilke hensyn artistrettighetene bygger på.

Eneretter tilknyttet distribusjon, og tilgjengeliggjøring, av åndsverk har trolig eksistert siden Romerriket, selv om et større behov for håndhevbare regler på området ikke kom før innføringen av boktrykkerkunsten i Europa på 1400-tallet. Noen formell lov som vernet om kunstneres rettigheter, kom imidlertid ikke før i 1710 i England med 'Statute of Anne'. Denne regnes for å være den første forfatterloven, selv om den hovedsakelig bare vernet om

⁴ Jf. samtale med prosjektlederen for OperaVision: Luke O'Shaughnessy

boktrykkerne og deres økonomiske interesser. I Frankrike fortsatte endringen av opphavsretten mot slutten av 1700-tallet til å også omfatte enerett til fremføring av egne verk for komponister og dramatikere. Resten av Europa, inkludert Norge, kom etter med grunnleggende opphavsrettslovgivning i løpet av 1800-tallet.⁵ Noe vern for nærstående rettigheter fantes imidlertid ikke, trolig fordi behovet ikke eksisterte i særlig grad før den nyere teknologiens inntog, og utøvende kunstnere stod derfor i utgangspunktet uten noen form for opphavsrettslig vern for sin skapende prestasjon.

I Norge skjedde utviklingen av opphavsretten gradvis utover 1800-tallet. Da Bern-konvensjonen kom på plass i 1886, med mål om å gi opphavsmenn likt vern på tvers av landegrensene, ble flere nye særregler om opphavsrett inkorporert i norsk rett. Konvensjonen hadde blant annet særskilte regler om såkalte «moral rights», eller ideelle rettigheter, en type rettigheter som ikke kan overdras og som gir en opphaver vern mot krenkende bruk av deres åndsverk og skal sikre at den rette opphaver blir navngitt og assosiert med sine egne prestasjoner. Vernet strakk seg imidlertid kun til opphavere av et åndsverk, noe en utøvende kunstners prestasjoner ikke ble ansett som. Dette belyser at opphavsretten i utgangspunktet stod sentralt og at de utøvende kunstners prestasjoner ikke var ansett som verneverdig arbeid med behov for økonomiske incentiver eller beskyttelse.

På denne tiden var reglene om vern av åndsverk spredt mellom flere lover uten å gi et oppdatert vern for alle former for verneverdige prestasjoner. Først i 1930 kom en åndsverkslov som samlet alle regler på ett sted og ga et moderne vern for opphaveren samtidig som den trakk frem hensynet til allmennheten. Hensynet bak loven var hovedsakelig en avveining av å verne om en forfatters rett til å råde over eget skaperverk og sikre de økonomiske interessene til opphaveren. Samtidig skulle den skulle ivareta samfunnsøkonomiske og brukernes (allmennhetens) interesser og oppfordre til nyskapning og utvikling både innenfor litteratur, drama, musikk og vitenskap samt gi folket tilgang til kulturarven.⁶ Å skape rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser og mer generelle samfunnsmessige hensyn som kulturarv, utdanning og allmennopplysning er fremdeles hovedhensynene bak norsk opphavsrett.⁷

Oppdateringer ble imidlertid nødvendig i tiden etter andre verdenskrig for å kunne omfatte den teknologiske utviklingen som hadde skjedd på midten av 1900-tallet. Dette resulterte i

⁵ Se Rognstad (2019) kapittel 2.1

⁶ Kulturdepartementet (2019)

⁷ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) punkt 2.1

Åndsverksloven av 1961.⁸ På bakgrunn av ny teknologi ble muligheten for spredning av opptak særlig aktualisert. Dette førte ikke til behov for sentrale endringer i loven, men introduserte likevel et vern for utøvende kunstnere gjennom nærstående rettigheter, noe som historisk sett ikke har hatt vern verken i Norge eller internasjonalt.⁹ Både hos lovgiver og internasjonalt trekkes det en grense mellom opphaver og utøver fordi utøveren ikke regnes for å ha skapt et verk. Dette innebærer imidlertid ikke at prestasjonen ikke likevel vil være beskyttelsesverdig som en anerkjennelse av noe kreativt og kunstnerisk.

Inkorporeringen av regler for nærstående rettigheter for utøvende kunstnere var foranlediget av vedtagelsen av Romakonvensjonen samme år om rettigheter for utøvende kunstners levende fremføringer.¹⁰ Utøvende kunstnere hadde imidlertid enda ikke et fullverdig vern for ideelle rettigheter. Henvisningen til ideelle rettigheter i sin helhet ble ikke tatt med før ved lovendringen i 1988.¹¹

Hensynene bak de nærstående og ideelle rettighetene er sterkt knyttet opp mot den filosofiske basen som det norske rettssystemet til dels er basert på. Innenfor kontinental lov, eller civil law som det også er kjent som, er utgangspunktet at gjeldende rett stammer fra lovgiver. Domstolene har her liten mulighet for tolkning og for å skape sedvanerett.¹² På det opphavsrettslige området benytter rettssystemet seg av tanken om authors rights. Dette har bakgrunn i den filosofiske grunntanken om naturlige rettigheter og at det er rett og riktig å gi en forfatter vern for sine egne oppfinnelser¹³. I forlengelse av dette vil det være en utøvende kunstners rett å bli assosiert med og ha muligheten til å råde over opptak av sin egen prestasjon, noe som er begrunnelsen for beskyttelse av utøvende kunstnere gjennom både nærstående og ideelle rettigheter.

Etter hvert som den teknologiske utviklingen fortsatte utover 1990- og 2000-tallet kom det flere tilleggsprotokoller til Bern-konvensjonen samt nye EU-direktiver på tilgrensende områder for å sikre økonomiske-, nærstående- og ideelle rettigheter for opphavsmenn i alle EU's medlemsland. I 1995 kom TRIPs-avtalen og året etter ble WIPO-avtalen WWPT fra 1967 oppdatert.¹⁴ Videre kom Database-direktivet, InfoSoc-direktivet fra 2001 og Beijing-traktaten om audiovisuelle forestillinger fra 2012, noe som alle førte til behovet for nye

⁸ Rognstad (2019) side 29-30

⁹ Tøien (2016)

¹⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 71 under punkt 4.1 jf. Ot.prp.nr.26 (1959–1960) og Innst.O.nr. XI (1960-1961)

¹¹ Rognstad (2019) side 414

¹² Goldstein & Hugenholtz (2012) side 14-22

¹³ Ibid. side 14 og 15

¹⁴ Hugenholtz (2019)

innarbeidelser i det norske lovverket. Digitaliseringen førte imidlertid aldri med seg noen endring av rettstilstanden, hverken generelt eller for utøvende kunstnere spesielt, i overgangen til den nye gjennomarbeidede åndsverksloven av 2018 og det er dermed relevant å analysere om artister likevel på noen måte kan nyte vern i typetilfellene.

Scenekunst som teater, opera og ballett utgjør en stor, og ikke minst viktig, del av verdens kulturarv og kunstformene slik vi kjenner dem i dag har vært med oss siden 1500-tallet.¹⁵ Dessverre er dette en bransje der publikumstallene stuper og produksjonskostnadene øker, samtidig som offentlig støtte til kultursektoren stadig kuttes. Dette er et felt med stort behov for nyskaping og innovasjon for å kunne videreføre verdifull kunnskap og tradisjon innenfor de ulike kultursjangrene. En måte å gjøre dette på er direkteoverføre videoopptak av forestillinger, såkalt 'live streaming', et tilbud høyt etterspurt blant norsk publikum. I et forsøk på å holde tritt med den stadig fornyende digitale utviklingen blir streaming av produksjoner stadig vanligere. Men i et samfunn der mer teknologi fører til et større publikum, lettere tilgjengeliggjøring av åndsverk og raskere spredning av utøvende kunstners prestasjoner blir det stadig viktigere for artister å kunne inneha og ikke minst håndheve sine nærstående og ideelle rettigheter og beskytte sine prestasjoner mot potensielt skadelig tilgjengeliggjøring.

1.3 Hensyn

Mangel på juridisk teori og praksis, samt et generelt snevert rettskildebilde på vern av utøverprestasjoner som rettsområde, herunder ideelle rettigheter og nærstående rettigheter, gjør at oppgaven i stor grad baserer seg på regelbakgrunn og en analyse av de formål og legislative hensyn som begrunner gjeldende rett for å avklare innholdet i regelen og undersøke hvor langt den strekker seg gjennom tolkning.

Som kjent er hovedhensynene bak opphavsrettslig vern av åndsverk delt mellom å fungere som et økonomisk incentiv for skapende virksomhet for den enkelte kunstner, et samfunnsøkonomisk perspektiv som oppfordrer til nyskapende utvikling samt skape tilgjengelighet til åndsverkene for samfunnsborgerne. Incentivteoriene kommer fra et utilitaristisk ståsted som forutsetter at den økonomiske avkastningen er stor nok til å drive kunstneren til å drive skapende aktivitet fremfor annen aktivitet for å stimulere

¹⁵ Arntzen (2018), Edvardsen (2018) og Kristensen & Arent (2018)

merproduksjon og dermed maksimere nytteverdien for samfunnet.¹⁶ For de nærstående rettighetene spesielt vil det viktigste hensynet imidlertid være å sikre rettighetshaveren, i dette tilfellet den utøvende kunstneren, inntekter.

Det som beskyttes bærer gjerne grunnpreg av særlig teknisk karakter eller kommersiell utnyttelse. De nærstående rettighetene kjennetegnes av at de ikke har direkte vern etter enerettene, men at de har svært nærstående tilknytning, også kjent som naborettigheter. Karakteristisk for de nærstående rettighetene er at de verner om de økonomiske rettighetene til opphaveren av det skapte medium som er bærer av åndsverket i seg selv, altså de signalbærende eller databærende medier og ikke innholdet i seg selv, som naturlig nok vil vernes av enerettene som et åndsverk med verkshøyde. Det bærende medium kan omfatte produsenter av lydopptak, kringkastere eller en utøvende artist.¹⁷

Lovgiver er bevisst generell på området om nærstående rettigheter for å holde loven teknologinøytral med høyde for videre utvikling. Likevel er særreglene konkret utformet og sier lite om tilgrensende tilfeller for å hindre urimelige resultater eksempelvis i form av at man ikke bare får vern for sin personlige prestasjon, men også får vern for *måten* man fremfører noe på. Dette kunne i tilfelle fort ført til svært vanskelige vurderinger og grensetrekninger samt en sterk begrensning i andre utøveres mulighet til å fremføre noe på en bestemt måte.¹⁸

Når det kommer til utøvende artister er det imidlertid ikke det økonomiske aspektet som ansees som hovedkarakteristikken bak beskyttelsen, men heller rettighetenes personlige karakter.¹⁹ Det kan også tenkes at det fra artistens side ikke utelukkende er det økonomiske aspektet som fungerer som incentiv til å drive skapende virksomhet, men heller en kombinasjon av flere ting, for eksempel et underliggende behov for å drive kreativ virksomhet og få utløp for skaperkraft hos den enkelte kunstner, hvor det økonomiske aspektet er sidestilt og heller fungerer som en bonus.

En utøvende kunstner som fremfører et åndsverk, vil gjøre dette på en helt særegen måte med påvirkning av personlig tolkning og særlige karakteruttrykk. Ingen to artister vil fremføre det samme åndsverket på en helt lik måte. Dette gir uttrykk for den skapende innsatsen som legges i hver fremføring av et åndsverk av en utøvende kunstner. Det personlige preget utgjør

¹⁶ Tøien (2016) side 25-26 og Rognstad (2019) kapittel 2.2, side 34-38

¹⁷ Rognstad (2019) side 383

¹⁸ Ibid. kapittel 16

¹⁹ Ibid. side 384

en utøvende kunstners yrkesutøvelse og er grunnlaget for deres inntjeningsevne. Den skapende innstasen som legges i hver fremføring er dermed høyst beskyttelsesverdig da det er så nært knyttet mot kunstnerens person.

Både dette personlige preget og det økonomiske grunnhensynet er også hovedhensynene bak de ideelle rettighetene som skal verne om en opphavers rykte og sikre at deres åndsverk ikke blir brukt i sammenhenger som gjør at opphaveren blir forbundet med noe som kan krenke deres prestasjon, påvirke deres rykte negativt og dermed hindre dem senere inntekt, samt sikre at opphaverens navn alltid kommer frem ved bruk av åndsverk, noe som også har et økonomisk bakgrunnshensyn. Likevel mener Knoph at hovedhensynene bak ideelle rettigheter ikke nødvendigvis er det økonomiske perspektivet, men heller hensyn til opphaverens person i forbindelse med deres ære og rykte. Dette kan også tolkes ut av Bernkonvensjonen.²⁰

Disse grunnhensynene gjør seg sterkt gjeldende innenfor oppgavens tema, særlig for de typetilfellene som skal undersøkes nærmere i analysen da det er snakk om en gruppe mennesker, utøvende kunstnere, som opplever et svakere vern for sin skapende innsats når deres prestasjon er så nært knyttet mot egen person, yrkesutøvelse og inntjeningsevne. Dette er argumenter som kan tale for at utøvende kunstnere bør kunne få sterkere vern enn det som umiddelbart følger av loven og gir grunnlag for å undersøke om hensynene bak lovgivningen kan gjøres gjeldende på typetilfellene.

Alle de øvrige nevnte former for bakgrunnsrett og bakenforliggende hensyn vil også ha betydning for og komme til anvendelse i tolkningen av klausulen i ansettelseskontrakten for artistene. Det blir imidlertid også et spørsmål om hvor stort rom det er for bruk av slike bakenforliggende hensyn i avtaletolkningen, men fordi lovreglene sier lite om en så konkret problemstilling som den oppgaven reiser blir det trolig særlig under avtaletolkningen at bakgrunnsretten og grunnhensynene bak åndsverksloven vil gjøre seg gjeldende som grunnlag for tolkningen. Dette begrunnes i at lovtolkningen må gjøres på bakgrunn av de forutsetninger partene har og dette vil igjen være påvirket av bakgrunnsretten på det aktuelle området, noe som vil utdypes under punkt 2.3. Hensynene som gjør seg relevante i avtaletolkningen vil derfor være direkte koblet opp mot bakgrunnsretten på rettsområdet. Likevel er det et mulig problem for avtaletolkningen at denne fullt og helt skal baseres på bakenforliggende hensyn og bakgrunnsrett hvis retten ikke i seg selv kan anvendes direkte på området. En

²⁰ Ibid. kapittel 10

helhetsvurdering for å oppnå et mest mulig rimelig resultat i interesseavveiiingen vil da også kunne spille inn på hvilken grad av vekt bakgrunnsretten kan illegges i avtaletolkningen.

1.4 Innledende om avtaletolkningen

Kontraktordlyden som er presentert ovenfor er i utgangspunktet taus hva angår artistens rett til å trekke tilbake samtykket eller heve avtalen, også under særlige omstendigheter. Dette kan etter en konkret ordlydstolkning tilsi at en slik rett ikke eksisterer. Det er opplagt at man sjelden kan trekke tilbake en gyldig overføring av rettigheter når det kommer til ordinære opphavsretter. For artister i sin særlige stilling vil dette imidlertid muligens stille seg annerledes.

At det så langt i praksis i enkelte tilfeller har vært akseptert at samtykket trekkes og at opptaket dermed ikke tilgjengeliggjøres for primær- og/eller sekundærbruk vil tale i retning for at artisten kan ha en forutsetning om at dette var en mulighet i særlige tilfeller selv om det ikke eksplisitt fremgår av ordlyden i kontrakten. Slik forutsetningsskapende praksis kan etter rettspraksis²¹ og juridisk teori²² ha påvirkning på tolkning av ordlyden i avtalen.

Bakgrunnsretten vi også kunne ha innvirkning på ordlydstolkningen av kontrakten dersom den subjektive felles forståelsen av avtalen ikke er tilstedeværende.²³ I sin bok «Avtaler» skriver Johan Giertsen at man må foreta en objektiv tolkning²⁴ der andre faktorer enn ordlyden kan spille inn, herunder også bakgrunnsretten. I Rt-1973-1176 ble ordlyden i avtalen tolkes innskrenkende fordi en bokstavelig tolkning av ordlyden ville ført til en «radikal fravikelse» fra vanlige regler.²⁵ Det er også trukket frem av Giertsen at tolkning i lys av bakgrunnsretten normalt vil gi en balansert løsning.²⁶

Hensynene bak åndsverksloven herunder de ideelle og nærstående rettighetene vil derfor være grunnlaget for den avtalerettslige analysen av hvilket vern av artisten har for tilgjengeliggjøring av opptak av egen prestasjon og også når det kommer til en avveiiing av interessene til kunstneren opp mot interessene til produsenten og brukerne. Analysen vil skje etter alminnelige avtalerettslige prinsipper som forklares nærmere under punkt 2.3. gjeldende

²¹ Se for eksempel Rt-2012-1267

²² Giertsen (2012) kapittel 18.2.4

²³ Ibid. side 117

²⁴ Se Rt-1988-1317 (side 1320) og Rt-1997-1807 (side 1813)

²⁵ På side 1178

²⁶ Giertsen (2012) side 131

på avtaletolkningen innebærer også at det er mindre opplagt at en overføring av rettigheter er 'endelig' for en utøver i motsetning til andre rettighetsoverdragelser innenfor opphavsretten. Det er denne påvirkningen fra bakgrunnsretten på avtaletolkningen som drøftes senere i oppgaven.

Det kontraktsrettslige aspektet av oppgaven er ikke en fullstendig analyse av alle avtalerettslige detaljer angående de ulike typetilfellene, men heller en generell analyse av hvordan ulike hensyn i de bakenforliggende reglene avviker fra det tradisjonelle opphavsrettslige, og hvordan disse hensynene kan virke inn på avtaletolkningen. En slik generell analyse som oppgaven tar sikte på å gjennomføre er nødvendig for muligheten til å tolke inngåtte avtaler på en balansert måte i ulike typetilfeller, særlig fordi det er skrevet lite om hvilke hensyn som gjør seg gjeldende på dette området.

Dersom man skulle gått nærmere inn i analysene ville det også vært et poeng, i tillegg til det som drøftes nedenfor under punkt 2.3, at en nektelse av gjennomføring av forestillingen eller en nektelse av bruk av opptak av den utover det som følger av avtaletolkningen i lys av bakgrunnsretten vil være et kontraktsbrudd og et spørsmål blir om produsenten kan rette sanksjoner mot utøveren i ettertid, slik som erstatning for de utgifter de har hatt.

Det ville også tilført en rekke typetilfeller dersom det skulle blitt tatt høyde for at artistene og/eller produsentene mottar særskilt vederlag for streamingen og per sekundærbruk fra publikum, men dette vil ikke behandles av hensyn til oppgavens utstrekning, selv om det kunne tilført argumenter til drøftelsene i punkt 2.3.2.

1.5 Avgrensning og fremstillingen videre

Hvilken grad av vern som gis en utøvende kunstner etter nærstående rettigheter, ideelle rettigheter eller avtaletolkning vil, som nevnt, bli vurdert for et sett ulike typetilfeller. Det vil sees på forskjeller mellom utøvere som holder en svært sentral rolle i forestillingen, som solister, og korister eller statister med en mindre sentral rolle i forestillingen herunder en situasjon der den utøvende kunstneren eksempelvis i ettertid av en forestilling ikke er fornøyd med egen prestasjon i den grad at prestasjonen kan ha negativ innvirkning på artistens rykte, ha negativ innvirkning på muligheten for fremtidig ansettelse av andre kunstneriske institusjoner. Et annet spørsmål er om vurderingen av prestasjon skal gjøres subjektivt eller objektivt og hvilke grunner utøveren vil kunne ha for å få vern, eksempelvis sykdom, glemte replikker, feil i regi, at man har sunget feil melodi eller tekst en eller gjentatte ganger eller at

uhell har skjedd på scenen som fall eller uhell med kostymer. Det vil også måtte sees på hvilken innvirkning dette har hatt på det helhetlige uttrykket til forestillingen og inntrykket publikum får av den enkelte utøvers prestasjon. Videre vil det være et vurderingspunkt om samtykket trekkes før prestasjonen er gjennomført, altså at en planlagt live-stream som primærbruk avlyses, når det likevel vil være mennesker i salen under forestillingen, eller om samtykket kun trekkes for sekundærbruk etter prestasjonen er gjennomført.

I det videre vil oppgaven ta for seg nærstående rettigheter, ideelle rettigheter og avtaletolkning hver for seg. Under hvert punkt vil det foretas en grundig deskriptiv analyse av innholdet i regelen for å kartlegge gjeldende rett på hvert område. Så vil gjeldende rett anvendes på de overnevnte typetilfellene for å analysere det reelle vernet av en utøvende artist i de konkrete tilfellene og se på hvilke momenter som kan utløse sterkere eller svakere vern.

I sin doktoravhandling fra 2015 argumenterer Irina Eidsvold Tøien med at utøvende kunstnere ikke har tilstrekkelig vern etter norsk rett. Hun trekker spesielt frem en utøvende kunstners særlige skapende stilling og mener at de ikke bare bør ha vern etter nærstående rettigheter, men også bør ha mulighet for fullt vern etter enerettene, som eksempelvis etterlikningsvern for sin prestasjon på bakgrunn av denne nære tilknytningen mellom utøverens person, prestasjon og yrkesutøvelse. Dette begrunnes fra et samfunnsperspektiv i å maksimere kulturtilfanget ved å anlegge et vidt kreativitetsperspektiv.²⁷ Hun stiller seg i et intervju med Stikkordet skeptisk til at kun prospektive inntekter er et incentiv for å drive skapende virksomhet som utøvende kunstner, men at den skapende innsatsen i seg selv også er et incentiv, og at denne derfor må beskyttes på lik linje med enhver opphaver.²⁸ Dette legger grunnlaget for en rettspolitisk drøftelse av om vernet som eksisterer på dette rettsområdet er tilstrekkelig.

Avslutningsvis vil jeg, med begrunnelse i Advokatforeningens og Kulturrådets uttalelser om behov for klargjøring av utøvenes rettsstilling til høringsnotatet før den nye åndsverksloven av 2018²⁹, peke på potensielle endringer som eventuelt kan gjøres med nåværende rettstilstand for å avklare skillene mellom utøvende kunstnere og opphavere med et ønske om å oppnå et mer balansert vern av hensyn til utøveren, kulturinstitusjonen og allmennheten, og positive og negative effekter av slike endringer.

²⁷ Tøien (2016) side 27 og Husvik (2017)

²⁸ Husvik (2017)

²⁹ Prop.L.104 (2016-2017) side 79

2. Hoveddel

2.1 Hovedregelen for vern av utøvende kunstnere

2.1.1 Analyse av innholdet i nærstående rettigheter

Utgangspunktet for vern av utøvende kunstnere kommer frem gjennom de nærstående rettighetene som behandles i åndsverksloven kapittel 2. Hjemmelsgrunnlaget for den utøvende kunstners enerett til å råde over egen fremføring eller opptak av den ligger i § 16 om utøvende kunstners rettigheter. Bestemmelsens første ledd låter

«En utøvende kunstner har enerett til å råde over sin fremføring av et verk eller tradisjonsuttrykk ved å

- a) gjøre varig eller midlertidig opptak av fremføringen*
- b) fremstille varig eller midlertidig eksemplar av et opptak av fremføringen*
- c) gjøre fremføringen eller opptak av den tilgjengelig for allmennheten. For offentlig fremføring og overføring til allmennheten av lydopptak gjelder likevel bestemmelsene i § 21, med mindre overføringen skjer på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.*

Bestemmelsens bokstav a og c retter seg mot eneretten til primærbruk av egen fremføring, herunder 'live streaming' av en forestilling.³⁰ En objektiv tolkning av det vidtfavnende begrepet «opptak» tilsier at bestemmelsen skal gjelde for alle former for opptak, ikke kun for lydopptak, men også for såkalte audiovisuelle opptak, altså opptak som har både lyd og bilde. Dette støttes av forarbeidene hvor departementet klart sier at der bestemmelsen kun skal gjelde for lydopptak er denne konkrete formuleringen benyttet, og at begrepet «opptak» skal være vidtfavnende og innebære alle typer opptak, både lyd og film.³¹

Deler av bakgrunnen for innlemmelsen av utøvende artister og produsenters rettigheter ved bruk av primæropptak ble gjort klart i en forarbeidsuttalelse i Ot.prp.nr. 15 (1994-1995).³² Det ble fremmet at det på dette tidspunktet allerede i over ti år har vært en målsetting å få på plass fungerende permanente avtaler om overføring av teaterforestillinger i kringkastingssendinger for å kunne formidle det eksisterende teatertilbudet til et større publikum. Hovedhensynet

³⁰ Rognstad (2019) s. 412

³¹ Prop.104.L (2016-2017) Punkt 4.2 og sml. Kringkastingsloven § 1-1 bokstav a og d jf. Innst.143. L (2012-2013) om innarbeiding av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2010/13/EU (AMT-direktivet)

³² Se punkt 2.4, side 16 i forarbeidene

synes i denne uttalelsen å være hensynet til tilgjengelighet for allmennheten da «Departementet ser det som et viktig kulturpolitisk ansvar å sørge for at publikum over hele landet kan ha glede av de sceneforestillinger som settes opp ved de norske teatrene».

Avveilingen av publikums rett på kultur opp mot opphavernes og utøvernes rettigheter kommer klart frem i neste avsnitt med et grunnleggende og tungeveiende ønske om at deres rettigheter skal ivaretas på et høyt nivå. Likevel også med en kritisk undertone til at noen enighet om avtaler mellom rettighetshavere og brukere på et felt med stor kulturpolitisk betydning enda ikke har blitt etablert:

«Det er departementets generelle linje at det er viktig å sikre opphavsmenn og utøvere rettigheter på et høyt nivå. Det er imidlertid et tankekors at rettighetshavere og brukere [...] ikke har klart å finne frem til enighet om avtaler på felt av meget stor kulturpolitisk betydning. Departementet vurderer ulike virkemidler for å få etablert et tilfredsstillende avtalegrunnlag.»³³

Disse forarbeidsuttalelsene peker på et sterkt bakenforliggende ønske om å regulere dette området på en måte som kommer alle parter til gode i en primærbrukssituasjon, både utøveren, produsenten og brukeren. Hvordan de ulike interessene skal balanseres vil oppgaven komme tilbake til i lys av avtaletolkningen under punkt 2.3.3.

Bokstav b og c retter seg mot sekundærbruk, herunder eneretten til spredning, overføring og fremføring av et opptak av egen fremføring jf. «tilgjengelig for allmennheten». Formuleringen av bestemmelsen skal ha samme innhold som tilsvarende formulering i § 3 første ledd bokstav b jf. § 3 andre ledd³⁴ uten at disse grensene vil belyses nærmere.³⁵

At uttrykkene brukt i denne bestemmelsen skal forstås likt som det som verner om enerettene til opphaverne peker mot at utøvende artister og opphavere delvis skal nyte et tilsvarende vern for sine prestasjoner. Det fremgår også av forarbeidene til lovendring av 17. juni 2005³⁶ at ordlyden i paragrafen endres slik at utøvende kunstnere «på samme måte som opphavsmenn i forhold til åndsverket»³⁷, får en enerett til å råde over sin fremføring og opptak av den.

³³ Ibid.

³⁴ Se Prop.104.L (2016-2017) punkt 3.4.1

³⁵ Ibid. punkt 4.3.1.1

³⁶ Ot.prp.nr.46 (2004 2005) punkt 5 til tidligere § 42 (videreført i nåværende § 16)

³⁷ Ibid. side 153

At utøvere skal nyte tilsvarende vern som opphavere er gjennomgående pekt på som et viktig hensyn i forarbeidene³⁸, men det er liten tvil om at dette vernet står sterkere på området av lydopptak enn det gjør på området for audiovisuelle opptak. Et eksempel på dette finnes i § 16 første ledd bokstav c andre punktum som sier at dersom sekundærbruk skjer på en slik måte at den enkelte kan velge tid og sted for tilgangen til opptaket gjelder bestemmelsen om vederlag i § 21. Likevel gjelder dette kun for lydopptak, og det er som nevnt et bevisst valg å unnlate film fra denne bestemmelsen jf. Prop.104.L (2016-2017) punkt 4.2.³⁹ Dette viser til at lovgiver har hatt et ønske om å begrense rettighetene til utøvende artister på området om audiovisuelle opptak og fungerer derfor som er særskilt hensyn som gjør seg gjeldende for artistenes forhold til egen utøvelse. Konsekvensen av dette, slik det vil belyses nærmere under punkt 2.3.3, kan være at det er lettere for produsenter å dra nytte av opptak som kan ha negativ økonomisk påvirkning for artisten. Et spørsmål som reises blir da om dette ikke er en rimelig løsning, eller om den nedlegger en unødvendig begrensning av en utøvers økonomiske rett til egen prestasjon, noe som vil drøftes nærmere de lege ferenda nedenfor i kapittel 3.

Til forskjell fra opphavsrettene er utøveren gitt et svakere vern med kortere vernetid,⁴⁰ noe som svekker deres økonomiske stilling. Av åndsverksloven er det verket som står i fokus og utøverens fremføring bidrar kun til formidlingen av dette, noe som medfører at utøveren får svakere vern enn opphavere i forbindelse med fremføring av et verk. Dette kan begrunnes i at dersom det skal være mulig å gjennomføre direktesendinger av forestillinger kan ikke utøveren ha for sterke rettigheter knyttet til egen prestasjon, noe som må ilegges vekt ved avtaletolkning. Likevel kan det tenkes at utøverne har en sterkere og nærmere tilknytning til sin prestasjon enn det opphavere har til sitt verk og at denne særlige tilknytningen i en avtaletolkningssituasjon kan være med på å åpne for muligheten til å vektlegge tilknytningen som et hensyn som taler for at artisten skal ha sterkere vern. Dette hensynet er ikke vernet direkte gjennom loven, men vil kunne gjøre seg gjeldende innenfor avtaletolkning som oppgaven vil komme tilbake til i punkt 2.3.2.

Grunnlaget for opphavsretten er det kreative og skapende som fremgår gjennom kravet til verkshøyde, også et hensyn som gjennom den nære tilknytningen vil ha stor betydning for de utøvende kunstnerne.

³⁸ Se eksempelvis Prop.104.L (2016-2017) punkt 4.1 første avsnitt

³⁹ Også nevnt eksplisitt i ot.prp.nr.46 (2004-2005) side 154

⁴⁰ 50 år etter fremføring mot 70 år etter opphavers død jf. § 16 andre ledd

På området oppgaven omhandler må det gjøres en interesseavveining av hensynene som ivaretar den utøvende artisten og hensynene som ivaretar produsentene på den andre siden.⁴¹ Av § 17 fremgår et vern for artister mot produsenter om å heve avtale om bruk av lydopptak på særlige vilkår⁴², herunder at produsenten ikke skal kunne legge skjul på en artist som ønsker å få sitt opptak eksponert i relasjon til allmennheten. En antitetisk tolkning ville kunne tilsi at en artist også må kunne nekte eksponering til allmennheten av samme bakenforliggende hensyn, men det lange tidsaspektet som fremgår av regelen og at den konkret utelukkende gjelder for lydopptak gjør at bestemmelsen i seg selv ikke er aktuell for oppgavens tema.

Likevel er bestemmelsen med på å understreke den spesielle nærheten mellom artisten og utøvelsen. Også her er det artistens prospektive inntekter og jobbmuligheter som står sentralt som grunnleggende hensyn, noe som, selv om det ikke kan anvendes direkte, vil kunne gjøre seg gjeldende i en helhetsvurdering på avtalerettens område, da den også illustrerer at en avtale om overdragelse av rettigheter i utgangspunktet er bindende på tross av loven, men at bestemmelsenes regler som bakenforliggende hensyn kan ha innvirkning på i hvilken retning avtalen må tolkes i de spesielle tilfellene der problemstillingen kommer på spissen.

I litteraturen er utøververnet kun behandlet på et generelt grunnlag og utover de betenkeligheter som reises med hensyn til etterlikningsvernet er ingen andre problemstillinger knyttet til teamet adressert eller reist.⁴³ At reglene er utformet konkret resulterer imidlertid i at man blir stående uten klare svar i konkrete saker og typetilfeller som ikke direkte omfattes av bestemmelsene, slik som de oppgaven tar for seg, fordi det sjelden vil være grunnlag for å tolke en konkret regel utvidende. At slike tilfeller imidlertid finnes understreker viktigheten av å undersøke grensene for de særlige tilfellene på dette området om ikke med direkte eller analogisk lovanvendelse, så med dette som bakgrunnsretten som grunnlag for avtaletolkning.

I tillegg er de konkrete problemstillingene lite behandlet i teori og praksis fordi det ofte vil være vanskelig å tenke seg problemstillinger hvor de konkrete tilfellene kommer på spissen. Dette illustreres i forarbeidene⁴⁴ ved at det er blitt uttalt at det ikke kunne tenkes at endringene av loven ville ha noen konkrete økonomiske eller administrative konsekvenser på vern av utøvernes prestasjon.

⁴¹ Tøien (2016) side 258 flg.

⁴² Prop.104. L (2016-2017) punkt 4.3.1.3 Utøvende kunstneres rett til å heve avtale om rettigheter til lydopptak

⁴³ Rognstad (2019) kapittel 16 og Tøien (2016) kapittel 9

⁴⁴ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) punkt 4

Det er nokså klart at en ren lovtolkning av de nærstående rettighetene anvendt direkte ikke gir noe grunnlag for vern av artister som ønsker å trekke tilbake en overdratt rettighet til primær- og sekundærutnyttelse av et opptak. En lovtolkning av naborettighetene der hensynene kun spiller inn som reelle hensyn med lav rettskildemessig vekt vil heller ikke kunne gi noe svar på spørsmålene oppgaven reiser. Videre er reglene, som nevnt, så konkret utformet med tanke på unntak og særlig vern at det heller ikke vil finnes noe grunnlag for å anvende reglene analogisk, som en del av en helhetsvurdering med fokus på rimelig resultat, eller drive utvidende tolkning, da resultatet av dette ville bli å skape ny rett på en måte lovgiver ikke har ment. Av hensyn til forutberegnelighet og lovgivers vilje ville det ikke vært rettmessig å legge slike tolkninger til grunn.

Hensynene bak reglene vil likevel kunne gjøre seg gjeldende og ha sterk innvirkning på resultatene i de ulike typetilfellene. Dette vil undersøkes nærmere fra et avtalerettslig perspektiv senere i oppgaven. Først vil det klargjøres hvilke hensyn bak nærstående rettigheter som vil gjøre seg sterkest gjeldende på de ulike typetilfellene.

2.1.2 Nærstående rettigheters utslag på typetilfellene

Det første relevante typetilfellet som skal drøftes handler om *hvem* som ønsker sitt samtykke tilbaketrasket. Det relevante her er eventuelle forskjeller mellom hovedrolleinnehavere med en svært sentral rolle i forestillingen, birolleinnehavere med en viktig, men likevel mindre sentral tilstedeværelse på scenen og korister eller statister som holder seg i bakgrunnen og gjerne er en del av en større gruppe mennesker som er viktig for helheten, men der man likevel ikke skiller like mye mellom individene.

Det åpenbare utgangspunktet er at et enkelt individ med en mindre viktig bakgrunnsrolle, uten egne replikker, og som er en del av en større gruppe vil ha svakere rett på vern enn en hovedrolleinnehaver som ikke uten stor ulempe kan byttes ut, eller fjernes, før planlagt primærbruk. Før sekundærbruk vil de også ikke ha nevneverdig rett til å trekke tilbake sitt samtykke med utslag i avlysning av bruken fordi de ikke er lette å identifisere som enkeltpersoner i en gruppe, særlig ikke hvis man er kledd i kostymer som inngår i en helhet, samt at fraværet av en enkelt person trolig ikke nevneverdig vil påvirke gjennomføringen av forestillingen.

I tillegg vil det kunne være en egen drøftelse under dette punktet om hvor grensene går for skapende innsats og profesjonalitet før man kan regnes som en utøvende kunstner ved et

kvalitetskrav til prestasjonen. Dette vil ikke drøftes nærmere i oppgaven, men er nøye utredet i juridisk teori.⁴⁵ For oppgavens del vil det legges til grunn at alle grupper omtalt i typetilfellene som utgangspunkt oppfyller kvalifikasjonene til å være utøvende kunstnere og at de nærstående rettighetene gjør seg gjeldende for denne gruppen.

En annen kategori av bakgrunnsroller er i tilfeller der en korist, som ellers bare er en del av en gruppe, har en eller flere kortere egne replikker enten snakket eller sunget. Dette vil tiltrekke individet ekstra oppmerksomhet og dermed gi personen en høyere grad av verneverdig prestasjon. Likevel kan en slik liten ekstrarolle ikke tenkes å ha noen særskilt økonomisk eller skapende betydning for personen og det er potensielt lett å endre, erstatte eller fjerne fokus fra individet uten at dette medfører noen ulempe for kulturinstitusjonen eller forestillingskvaliteten generelt. De vil derfor trolig ikke nyte noe særskilt vern for prestasjonen.

En vanskeligere grensetrekning for hvor relevant man må være for forestillingen for å nyte vern blir mellom personer som er solister med mindre roller, biroller, og de som er helt sentrale i forestillingen: hovedrollene. Det er klart at begge disse gruppene har sterke økonomiske hensyn som gjerne vil drive dem til å oppfylle klausulene i kontraktene dersom det er risiko for å miste inntekt som følge av å trekke samtykket. Det er også et viktig prinsipp at jo mer sentral man er i forestillingen, jo lenger bør man strekke seg for å oppfylle de forpliktelser som fremgår av deres kontrakter.

Biroller er gjerne noe man innehar tidlig i karrieren og at man gir et godt inntrykk av prestasjonsevne vil være minst like viktig for dem som for hovedrollene som grunnlag for fremtidig ansettelse. Selv om birollene gjerne har mindre scenetid og ikke nødvendigvis står så sentralt i forestillingen utfører de åpenbart en kunstnerisk prestasjon og står like stort i fokus i sin tid som solister som det hovedrollene gjør. Hensynene til deres personlige, skapende innsats må derfor legges til grunn like sterkt som for en hovedrolle med svært nær tilknytning mellom person og prestasjon. Å måtte erstatte dem før en primærbruk ville vært svært økonomisk tyngende for kulturinstitusjonen og trolig påvirke forestillingen negativt, på samme måte som det ville for en hovedrolle. Et eksempel på dette var da birollen 'Bonzo' fra Bergen Nasjonale Operas forestilling 'Madama Butterfly' i 2016 plutselig måtte erstattes på kort varsel for de tre siste forestillingene. Å erstatte artisten førte både til en unødig

⁴⁵ Se Rognstad (2019) kapittel 16.1.2 og Tøien (2015) kapittel 5

økonomisk tyngende situasjon for operahuset, men senket også forestillingskvaliteten da erstatningen ikke var kjent med rollen fra før av.

Å unngå negativ påvirkning på forestillingskvaliteten ville det uansett ikke være noen reell mulighet for å unngå. Dersom rollen ikke skulle blitt erstattet, men heller fjernet, eller dersom man igjennom sekundærbruk skulle unngå at artisten vises på opptaket ville kvaliteten på forestillingen vært forringet og fremstillingen av plottet vanskeliggjort samt at det ville fjernet viktige deler av musikken. I det hele vil det tenkes at de samme hensyn som gjør seg gjeldende for hovedrollene i stor grad vil gjøre seg gjeldende for de større birollene, og at det i begge tilfeller vil være avveien av hensynene til produsent og utøver som står sentralt.

Det neste typetilfellet som er relevant å drøfte er *grunnlaget* de ulike menneskene har for å ville trekke tilbake samtykket som er gitt. Eksempler på mulige og relevante grunnlag for å ønske å ikke gjøre sin prestasjon tilgjengelig for allmennheten kan være *sykdom* som påvirker prestasjonen, slik som hoste, heshet og tette bihuler, *hørbare feil* som at man har sunget feil tekst, melodi eller glemt replikker eller *synlige feil* som feil i regi, fall eller kostymetrøbbel.

Dette typetilfellet vil ha sterk tilknytning opp mot det tredje typetilfellet, det *helhetlige uttrykket*. Det vil her være relevant hvor merkbart grunnlaget er for publikummet i salen under forestillingen for å se på hvor merkbart det vil være for publikummet under primærbruken av opptaket samt i hvilken grad det kan redigeres bort for å hindre at det skal være merkbart for publikum ved sekundærbruk. Et viktig spørsmål er også hvilke tilfeller som skal vurderes objektivt eller subjektivt, noe som også må tas med i en avveining av det økonomiske hensynet til artisten og det økonomiske hensynet for produsenten.

Hørbare feil vil neppe være relevant som grunnlag for bakgrunnsroller i noen form da disse som enkeltpersoner ikke er sentrale nok i forestillingen til å påvirke forestillingskvaliteten eller helhetsuttrykket i forestillingen. For synlige feil vil det trolig stille seg annerledes da disse like fullt kan skje i full synlighet midt på scenen som på et mindre synlig sted bak en kulisser, men det er likevel ingen automatikk i at disse tilfellene derfor skal nyte samme vern som solistene nettopp på bakgrunn av at de som enkeltpersoner er vanskelige å identifisere samt at publikums hovedfokus neppe vil ligge på statister eller korister når solistene befinner seg på scenen. Dette tilsier at bakgrunnsrollene ikke skal kunne ha påvirkning på en planlagt stream eller sekundærbruk av opptak ved å trekke samtykket med grunnlag i hensynene bak nærstående rettigheter. Et eksempel på dette var under 'Den Flyvende Hollender' hos Bergen Nasjonale Opera i 2018 da en korist på vei av scenen ut i kulissene snublet i en rekvisitt som

ga fra seg et svært hørbart smell. Likevel var det ikke åpenbart for publikum hvem som hadde forårsaket lyden og dette fikk derfor ingen konsekvenser for vedkommende.

For solister i form av biroller og hovedroller vil hørbare og synlige feil stille seg som et mer akseptabelt grunnlag for et ønske om å trekke tilbake sitt samtykke. Dette kan begrunnes i økonomiske hensyn for hvor attraktiv artisten vil være for fremtidige ansettelse. Sykdom er et grunnlag som ikke nødvendigvis kan forutsees, men er også forståelig og en vanlig risikofaktor i kultursektoren. Dette vil ikke nødvendigvis påvirke artisten med hensyn til fremtidige ansettelse med mindre artisten klart ikke har gjort det de kan for å forhindre sykdommens påvirkning på prestasjonen, men det kan likevel påvirke produsentene økonomisk dersom en større rolle skulle måtte erstattes.

Et eksempel på dette var under 'Il Turco in Italia' i 2017 da en hovedrolle fikk akutte problemer med stemmebåndene før en forestilling. Det var heldig at en svært kjent sanger som kunne rollen befant seg i nærheten og kunne tre inn i rollen, men dette førte likevel med seg økonomiske belastninger for operahuset, selv om kvaliteten på forestillingen forble uforandret. Det vil her være et viktig poeng hvor langt en artist skal strekke seg for å oppfylle forpliktelsene etter kontrakten samt et spørsmål om vurderingen av tilstrekkelig sykdom til å trekke tilbake samtykket skal vurderes objektivt eller om artisten selv skal ha noe å si på hvilken grad av forkjølelse som vil påvirke prestasjonen. Det kan tenkes at selv om artisten selv føler at prestasjonen ikke er helt optimal er det ikke nødvendigvis likevel nevneverdig hørbart for publikum. I det siste er det likevel opp til artisten om de ønsker å gjennomføre forestillingen med en notis som sendes ut til publikum om at personen ikke er i toppform, slik at økonomisk tap for begge parter kan unngås.

Til slutt vil det være av stor betydning hvilket *tidspunkt* samtykket trekkes tilbake på. Det er åpenbart at ikke alle grunnlag er mulige å hevde på alle tidspunkt, som for eksempel at man i de fleste tilfeller ikke kan vite om man faller på scenen eller får kostymetrøbbel før etter primærbruk er gjennomført i motsetning til sykdom der man over tid kan forutse om man klarer å gjennomføre en tilfredsstillende prestasjon. I disse tilfellene blir spørsmålet hvor alvorlig grunnlaget er fra et objektivt eller subjektivt synspunkt for å kunne nekte opptaket brukt i sekundærbruk etter en eventuell redigering for å minske påvirkningen på helhetsuttrykket.

Dersom samtykket trekkes før primærbruk vil det være av relevans at det er publikum i salen under forestillingen uavhengig av om streaming gjennomføres eller ikke. Det kan derfor

tenkes at hvis samtykket trekkes på et tidlig stadium må terskelen for å tillate dette være høyere. Likevel vil grunnlaget være begrenset til menneskene i salen og det de eventuelt forteller andre igjennom omtale i media. Hvis forestillingen samtidig er tilgjengelig over internett blir publikummet straks potensielt mye større. Hvis samtykket trekkes på et senere tidspunkt må terskelen være lavere fordi potensielle senere arbeidsgivere vil kunne bruke opptaket over tid til å avgjøre om artisten skal ansettes eller ikke. Likevel er det ofte en mulighet til å redigere bort de delene man synes ikke holdt standard og bytte dem ut med tilfredsstillende prestasjoner ved sekundærbruk av opptaket.

Selv om ingen av de nærstående rettighetene direkte vil kunne gjøre seg gjeldende som grunnlag i noen av de overnevnte aktuelle typetilfellene sier likevel siste ledd eksplisitt at lovens § 5 gjelder tilsvarende og vi kan derfor snakke om en utøvende kunstners ideelle rettigheter.

2.2 Le droit moral – Moral rights – Ideelle rettigheter

2.2.1 Analyse av innholdet i de ideelle rettighetene

De ideelle rettighetene, eller ‘moral rights’ ble først introdusert gjennom Bernkonvensjonen art. 6 bis i og ii. Inkorporert i åndsverksloven § 5 lyder de to første leddene i bestemmelsen om de ideelle rettigheter nå:

«Ved fremstilling av eksemplar av åndsverk og når verket gjøres tilgjengelig for allmennheten, har opphaveren krav på å bli navngitt slik som god skikk tilsier såfremt navngivelse er praktisk mulig.

Et verk må ikke endres eller gjøres tilgjengelig for allmennheten på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphaverens eller verkets anseelse eller egenart.»

Det er åpenbart at bestemmelsen gjør seg gjeldende i saker om primær- og sekundærbruk av audiovisuelle opptak da formuleringen «fremstilling av eksemplar» favner svært vidt og er teknologinøytralt med det formål at alle tenkelige medier skal falle innunder bestemmelsen.

Formuleringen «gjøre tilgjengelig for allmennheten» skal, i motsetning til tilsvarende formulering i § 16, i denne bestemmelsen tolkes videre enn ordlyden i § 3.⁴⁶ Dette skal sikre at alle former for tilgjengeliggjøring omfattes av bestemmelsen og styrker vernet til både

⁴⁶ Rognstad (2019) punkt 10.3 side 266

opphavere og utøvende kunstnere. Etter bestemmelsens siste ledd skal den gjelde «tilsvarende» for enerettene som for naborettighetene, noe som er med på å gi utøvende artister det samme vernet som opphavere for åndsverket på dette området.⁴⁷ Dette taler for et bakenforliggende hensyn og et kulturpolitisk ønske om å gi utøvende artister vern mot bruk av deres prestasjoner uten samtykke og kreditering.

Kravet til å bli navngitt etter god skikk skal sikre at den rette opphaver av en prestasjon skal kunne dra nytte av denne både med tanke på anseelse og økonomi, herunder sikre seg selv fremtidige inntekter. I RG-1981-493 (Wicklund) ble det tilkjent erstatning til en billedhugger for å ha gått glipp av inntekt og publisitet i forbindelse med en reklamekampanje for en gullsmed hvor samtykke til å dele bilder av kunstverket ikke var innhentet og kunstneren ikke var vist til ved navn i kampanjen, selv om det var praktisk mulig å gjøre det. Det ble understreket av retten at erstatning kun skulle tilkjennes etter skade av økonomisk art. Dette peker på at ett av de sentrale hensynene bak bestemmelsens første ledd er å ivareta de økonomiske aspektene av en prestasjon.

I andre ledd er hovedhensynet drevet av den nære tilknytningen mellom personen og prestasjonen. Utøveren skal gjennom bestemmelsen beskyttes for bruk av prestasjonen som gir personen et svekket renommé eller gjør at den assosieres med noe den ikke står inne for. Begrepet «krenkende» er vidt og kan favne om et vidt spekter av tilfeller⁴⁸ uten at noen nærmere forklaring på hva som inngår i begrepet blir presentert. Ordlyden presiserer konkret at bestemmelsen retter seg mot krenkelser av «opphaverens eller verkets» anseelse eller egenart. Dette vil ikke i seg selv rette seg mot utøvere og deres prestasjoner, men den nære tilknytningen mellom person og prestasjon sett i sammenheng med at utøvere er ment å ha samme beskyttelse som opphavere etter denne bestemmelsen tilsier at den skal verne om utøveren og prestasjonen tilsvarende. Dette underbygges ved å se bestemmelsen i sammenheng med internasjonal rett. I Bern-konvensjonen er det sentrale i artikkelen om 'moral rights' knyttet opp mot utøverens ære, integritet, og gode navn og rykte.⁴⁹ For typetilfellene i relasjon til streaming vil det være anseelsen som er det sentrale. At rettighetene i § 5 ikke kan overdras⁵⁰ underbygger også den nære relasjonen mellom personen og prestasjonen det være seg utøver eller opphaver og tilsier at dette hensynet står svært sterkt.

⁴⁷ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) side 153

⁴⁸ Rognstad (2019) Kapittel 10.3

⁴⁹ Ibid. s. 259

⁵⁰ Se fjerde ledd siste punktum samt Rognstad (2019) side 259 og Bernkonvensjonen 6bis i og ii

Mens reglene om nærstående rettigheter ikke regulerer de typetilfellene oppgaven omfatter, omfatter reglene om ideelle rettigheter et tilfelle som ligger nærmere, og det er derfor større grunnlag for å tenke at ideelle rettigheter kan anvendes direkte på typetilfellene i motsetning til de nærstående rettighetene på grunn av utøverens særlige tilknytning til det fremførte verket og at den dermed befinner seg i en særlig sårbar stilling. Det er likevel ikke klart at den typen krenkelser det er tale om i bestemmelsen gjelder direkte på denne problemstillingen.

Hva som kan regnes for å være «krenkende» bruk er lite behandlet i forarbeidene til den nye åndsverksloven, men i forarbeidene fra åndsverksloven av 1961 fremgår hva som skal tas i betraktning og inngå i en slik vurdering. Hensynet bak vernet av ideelle rettigheter er å sikre at et verk blir endret eller tilgjengeliggjort, helt eller delvis på en måte som krenker den litterære eller kunstneriske anseelse, derunder også at verket fremføres for allmenheten i uferdig eller mishandlet stand eller i en upassende sammenheng. Ved bedømmelsen av om opphavsmannens egenart som kunstner er krenket, vil også ofte ligge en vurdering av den litterære, vitenskapelige eller kunstneriske egenart ved det enkelte verk.⁵¹ Selv om opptaket det gjelder ikke er endret kan likevel en tilgjengeliggjøring for allmenheten like fullt krenke opphaverens eller verkets anseelse eller egenart. Sammenhengen det deles i vil her være et sentralt punkt i vurderingen.⁵² For typetilfellene vil dette innebære at en utøvende artist kan oppleve krenkelse gjennom svekkelse i anseelse dersom et opptak personen ikke mener representerer sine evner gjøres tilgjengelig.

Det finnes ingen norsk høyesterettspraksis som tar for seg innholdet i eller nedlegger tersklene for hva som er en krenkelse, utover at det nevnes obiter dictum i HR-2010-527-A (Brent av Frost)⁵³ at selv om verket i seg selv ikke er krenket kan utøveren like fullt være krenket fordi man som utøvende kunstner ikke er avhengig av at det er et opphavsrettslig beskyttet verk som fremføres. Dette underbygger at hensynene knyttet til bestemmelsen kan gjøre seg gjeldende selv om en direkte krenkelse ikke foreligger.

I siste ledd av bestemmelsen sies det at dersom et verk gjøres tilgjengelig på en slik krenkende måte eller sammenheng kan opphaveren kreve at det ikke skjer under opphavers navn selv om det i utgangspunktet er gitt samtykke til bruken. Denne retten til å ikke bli

⁵¹ Ot.prp.nr. 26 (1959-1960) Til § 3

⁵² Rognstad (2019) side 268

⁵³ Avsnitt 30-32 som viser til Ot.prp.nr.26 (1959-60) side 91

assosiert med bruken er også til dels begrunnet i økonomiske hensyn i slike tilfeller der opphaveren ikke er tjent med å bli assosiert med verket av hensyn til sin integritet og rykte.

De samme grunnhensyn fremgår av eksempelvis Ot.prp.nr. 22 (1930) hvor det sies at opphaveren «[s]om personlighet har [...] interesse i at hans skapende kunstneriske innsats ikke blir forfusket eller hans kunstnernavn knyttes opp til forvanskninger av verker.»⁵⁴ Av dette kan det utledes at hensynet til at man får dårlig rykte og mister inntekt på grunn av dette står sterkt som begrunnelse for de ideelle rettigheter. Det samme kan utledes fra nyere forarbeider der det pekes på retten til å distansere seg fra den krenkende bruken.⁵⁵ Dette viser igjen til et bakenforliggende ønske om å kunne nekte seg assosiert med noe som påvirker personens rykte på en negativ måte, både med hensyn til personens anseelse og at dette i neste ledd kan gi negative utslag på for eksempel personens inntjeningsevne.

I sammenheng med fjerde ledd kan man også trekke en linje til avgjørelsen i Wicklund-saken som ble nevnt ovenfor. Ut ifra en antitetisk slutning av tankegangen fra rettspraksis må det kunne tenkes at man skulle kunne nekte fremvisning for å unngå publisitet for et verk man mener kan føre til tapte inntekter på et senere tidspunkt nettopp på grunn av påvirkningen det kan ha på personens rykte. Dette må ansees som et svært sentralt hensyn bak rettigheten.

2.2.2 Konkret om hensyn og regelbakgrunn for ideelle rettigheter

Som nevnt gjør en del særskilte hensyn seg gjeldende innenfor ideelle rettigheter. På grunn av at reglene skal verne om den nære tilknytningen mellom personen og prestasjonen kan det kanskje tenkes at de bakenforliggende hensynene gjør seg så sterkt gjeldende at regelen bli direkte anvendbar på tilfeller som ikke åpenbart faller innunder ordlyden, særlig med tanke på at den er formulert vidt, om så konkret.

Ifølge juridisk teori⁵⁶ skal terminologivalget «ideelle rettigheter»⁵⁷ peke mot at det hovedsakelig ikke er de økonomiske hensynene som ligger bak reglene, men heller de ikke-økonomiske sidene av opphavsretten, slik som personlighetsvernet.⁵⁸ Selv om de økonomiske

⁵⁴ Ot.prp.nr. 22 (1930) side 17

⁵⁵ Prop.104.L (2016.2017) under «Kommentar til § 5 [...]»

⁵⁶ Se Rognstad (2019) side 258 jf. Knoph (1936) side 150

⁵⁷ Utledet av det franske «le droit moral»-begrepet

⁵⁸ Se Rognstad (2019) side 260

aspektene av rettighetene i mange tilfeller kan knyttes tett opp mot personen vil det være et poeng at ens ære eller anseelse er det som hovedsakelig skal beskyttes etter bestemmelsen.

Særlig sentralt på området om utøvende artisters rettigheter er å ivareta utøverens anseelse, på grunn av det potensielle inntektsgrunnlaget som er svakt vernet og særlig sårbart dersom de ikke har større kontroll over delingen av opptak av prestasjoner som kan påvirke hvilket syn fremtidige arbeidsgivere får av dem og at de derfor må kunne motsette seg bruk som svekker deres anseelse.

Videre er det et poeng som uttales i teorien at reglene bak ideelle rettigheter ikke gir særlig vern i seg selv, men når de stilles sammen med og suppleres av andre rettsregler får man et sterkt vern.⁵⁹ Dette taler for muligheten til å åpne for at regelen ikke utelukkende omfatter tilfeller som helt åpenbart faller innunder ordlyden. Likevel må det utøves forsiktighet med å strekke denne analogien for langt.

Et videre spørsmål blir da om likheten mellom tilfellene regulert av § 5 og typetilfellene er så store at de legislative hensynene kan gi bidrag til avtaletolkningen, for å oppnå vern på grunnlag av de samme bakenforliggende hensyn selv om tilfellene ikke faller innunder kjernen i anvendelsesområdet til bestemmelsen. Hvilken grad av ulovfestet rett som kan gjøre seg gjeldende på området utover hensynenes innspill som tolkningselementer vil neppe være av relevans så lenge det foreligger en kontrakt som kan drøftes i lys av de relevante hensyn som begrunner bakgrunnsretten i regelsystemet.

2.2.3 Evaluerings av ideelle rettigheter

Fordi effekten av situasjonene i typetilfellene, som det er blitt påpekt i det foregående, gir såpass likt utslag for utøveren slik som det som ansees vernet etter ideelle rettigheter kunne det vært aktuelt å drøfte hvorvidt en analogisk bruk av reglene ville gitt artistene vern i enkelte av typetilfellene og dermed i seg selv grunnlag til å nekte streaming av en forestilling i enkelte tilfeller.

Dersom man skal se de ulike bakgrunns hensynene i sammenheng, herunder både hensynet til personens anseelse, den nære tilknytningen mellom personen, prestasjonen og inntjeningsgrunnlaget, altså det økonomiske hensynet, finnes det trolig en mulighet for å gi vern indirekte etter denne bestemmelsen i særlige konkrete tilfeller der det er ansett som

⁵⁹ Ibid. side 259

rimelig i en avveining av økonomisk belastning for produsenten, hensynet til tilgjengelighet for bruker, og artisten herunder eksempelvis solister med en sentral rolle i en forestilling, dersom samtykket trekkes etter primærbruk på et objektivt vurdert grunnlag som vil kunne medvirke til å påvirke deres mulighet for fremtidig karriere negativt, slik som svært grove eller gjentakende synlige eller hørbare feil som gir stor innvirkning på det helhetlige uttrykket av forestillingen.

Likevel er dette er svært tynt grunnlag for å gi vern, og det vil trolig ha lite hold i en tvist da en så utvidende tolkning sannsynligvis ikke vil være i tråd med hensynet til demokratiske legitimitet og lovgivers vilje på lik linje som etter nærstående rettigheter. Fordi reglene er utformet konkret og tenkt å fungere på en spesiell måte ville det å bruke dem analogisk, tolke dem utvidende eller legge til grunn ulovfestet rett tilføre noe til rettssystemet som ikke er ment å omfattes fra lovgivers side.

Likevel vil den nære sammenhengen i rettssystemet på området tilsi at alle overnevnte hensyn som begrunner gjeldende rett vil kunne gjøre seg gjeldende på avtalerettens område der hvor gjeldende rett som bakgrunnsrett for hensyn kan tolkes videre og dermed ha konkrete utslag i typetilfellene. Det blir da også her mer aktuelt å se på hvilke hensyn som gjør seg særlig gjeldende i de ulike typetilfellene og legge de bakenforliggende hensynene til grunn i en avtaletolknings situasjon.

På samme grunnlag som for nærstående rettigheter vil det være åpenbart at statister og bakgrunnsroller ikke vil ha noe særlig vern etter denne bestemmelsen da de særskilte hensynene som er sentrale på rettsområdet ikke gjør seg gjeldende i tilfeller der utslaget for personen er lite fordi utøveren i de aller fleste tilfeller ikke har noe grunnleggende økonomisk motiv for sin prestasjon. Det må også være klart at man ikke har behov for regler som verner om personens rykte og anseelse når en eventuell feil ikke med enkelhet kan spores tilbake til en enkeltperson. Dette underbygges av at korister og statister gjerne omtales som gruppe og sjelden som enkeltindivider i prøveperioder og kreditering i konsertprogrammet.

For solister, enten det er snakk om hovedroller eller bi-roller, vil det stille seg annerledes på samme måte som det er drøftet etter nærstående rettigheter. Begge gruppene vil kunne behandles under ett på bakgrunn av likhetene i konsekvens, både personlige og økonomiske, som gjør seg gjeldende dersom en prestasjon, som ikke representerer deres faktiske evner, er lett tilgjengelig for allmennheten Heller ikke etter ideelle rettigheter vil mindre scenetid føre

til et svakere vern for den tiden man har på scenen på grunn av den store påvirkningen en tilgjengeliggjøring vil ha på den videre karrieren for begge rolletypene.

Hvilket grunnlag som kan regnes for tilstrekkelig til å få vern vil også i stor grad være begrunnet i de samme hensynene som ligger bak nærstående rettigheter. Likevel vil det på dette området være større fokus på utøverens person og påvirkning på personens anseelse innenfor feltet. Dette vil innebære at hensynene vil gjøre seg gjeldende ved en lavere terskel enn ved nærstående rettigheter dersom en hørbar feil er av en slik dimensjon at det vil sette artisten i et dårlig lys hos fremtidige arbeidsgivere.

Det er åpenbart at en artist skal kunne sin rolle godt og dersom dette ikke reflekteres i deres prestasjon vil det ha personlige og økonomiske konsekvenser med tanke på renommé og dermed grunnlag for fremtidig ansettelse. Et eksempel på dette var under operetten 'Candide' som ble satt opp i Bergen høsten 2018. Under denne forestillingen innehar hver artist flere enn én rolle og da en solist skulle sminke seg selv fra en rolle til den neste ble dette gjort en scene for tidlig. Resultatet var at han nektet å gå på scenen og resten av artistene måtte håndtere en hel del utfordringer og improvisere seg rundt at det manglet en utøver på scenen. Helhetsuttrykket i forestillingen ble svært påvirket av at en karakter manglet, selv om det etter forholdene ble løst på en god måte. Den samme sangeren hadde imidlertid også flere hørbare feil igjennom den samme forestillingen. En slik gjennomgående lavere prestasjon vil lett kunne trekke artistens rykte i negativ retning hos potensielle arbeidsgivere med tanke på hans evne til å prestere og gjennomføre sin rolle. I hvilken grad en slik situasjon etter hensynene for ideelle rettigheter vil kunne gi artisten grunnlag for å nekte streaming vil likevel måtte vurderes objektivt i lys av helhetsuttrykket for forestillingen og i hvor stor grad det vil påvirke personen personlig.

For sykdom er dette i de fleste tilfeller utenfor artistens kontroll og det vil derfor neppe ha noen karrieremessig påvirkning at et slikt opptak er tilgjengelig dersom artisten skulle velge å strekke seg til å gjennomføre kontraktens forpliktelser med en notis som informerer om situasjonen gitt til publikum, slik som nevnt ovenfor. Dersom en slik advarsel ikke gis kan det derimot føre til kritiske omtaler som påvirker personens renommé.

Et eksempel på sykdom som påvirket artisten negativt med tanke på omtale var da Stuart Skelton skulle synges den svært krevende rollen som 'Otello' i Bergen i 2017 med en forkjølelse. At hans prestasjon ikke var optimal var svært hørbart og det påvirket både hans omtale i rollen negativt og prestasjonen og omtalen til øvrige solister. Som eksempel fikk ikke

Latonia Moore som debuterte i rollen som 'Desdemona' gjort en optimal prestasjon som følge av Skeltons. Imidlertid kan ikke hendelsen ha ansett å påvirke Skeltons karriere, og Bergen Nasjonale Opera slapp større utgifter i å måtte erstatte solisten på kort varsel. Dette peker igjen på at flere faktorer vil spille inn i den enkelte sak og at en helhetsvurdering av hensynene med interesseavveining for de ulike partene vil være interessant for avgjørelsen.

Hensynene bak de ideelle rettigheter vil dermed gjøre seg sterke gjeldende jo større påvirkning et grunnlag har hatt på det helhetlige uttrykket. For å hindre påvirkning på helhetlig uttrykk vil man enkelte ganger se at personen som for eksempel plages av sykdom gjennomfører rollen uten å synge, men at en annen person trer inn og synger istedenfor. Dette var også tilfellet inder 'Il Turco in Italia' der en annen utøver i en mindre rolle kunne hovedrollens musikk og derfor sang hans del i tillegg til sin egen. Påvirkningen for publikums del ble minimert og de økonomiske konsekvensene forminsket, i tillegg til at man hindret negativ påvirkning for personens rykte.

Hensynene bak ideelle rettigheter vil imidlertid tvilsomt tilføre noe særlig vern påvirket av tidspunktet samtykket ønskes tilbaketrasket på, så dette må ansees som dekket i drøftelsen av de nærstående rettighetene ovenfor.

2.3 Kontraktsrettslig vern

2.3.1 Nærmere om avtaletolkning

Fordi det er snakk om et ansettelsesforhold mellom en produsent og en artist med en arbeidskontrakt som inneholder klausulen nevnt under punkt 1.1 og at lovteksten i § 16 og § 5, som drøftet ovenfor, ikke direkte regulerer typetilfellene i oppgaven, reises spørsmålet om hvordan avtalen skal tolkes og om dette har noen innvirkning for vernet i de ulike typetilfellene. Det vil derfor måtte vurderes hvilket vern som gis etter kontrakten etter alminnelige kontraktrettslige tolkningsprinsipper.⁶⁰

Det mest grunnleggende formålet med avtaletolkning er å analysere hvilke rettigheter og forpliktelser partene har etter avtalen. Utgangspunktet for en slik vurdering er hva partene har ment⁶¹ og den felles eller subjektive forståelsen partene imellom.⁶² Dersom en slik felles

⁶⁰ Jf. Også Rognstad (2019) side 449 punkt 22.3

⁶¹ Rt-1993-564 (side 569)

⁶² Jf. Kjøpsloven § 89 (1)

forståelse ikke kan oppnås må en objektivt orientert tolkning legges til grunn.⁶³ Den objektive tolkningen baserer seg på hvordan en alminnelig fornuftig person forstår kontraktens innhold og uttrykk med formål om å finne den objektivt rimelige og fornuftige meningen bak kontrakten⁶⁴.

Ut av en konkret tolkning av ordlyden i kontrakten⁶⁵ kan det leses at artisten uten ekstra vederlag godtar en live streaming av forestillingen over enten tv eller internett og sekundærbruk av den over internett på en måte som er gratis for publikum for en periode opp til seks måneder.

Den konkrete tolkningen angir ikke åpenbart noen umiddelbar rett for artisten til å nekte bruk i særlige tilfeller. Et videre moment er om noen av omstendighetene rundt avtaleinngåelsen kan utfylle denne konkrete tolkningen.⁶⁶ Dette kan imidlertid sjelden føre frem med mindre muligheten for den aktuelle hendelsen var til stede på avtaletidspunktet. Dette er lite aktuelt når kontrakt med utøvere vanligvis underskrives mellom 18 og 12 måneder før premiereuken, og aldri senere enn fem før uker i forkant av premiere, når prøveperioden starter opp.

Det er imidlertid slik at artisten er den svake part, og at den som oftest vil befinne seg i en situasjon hvor vilkårene i kontrakten ikke kan forhandles om. At klausulen som er inkorporert i kontrakten er en standard del av alle kontraktene underbygger denne påstanden og gjør at eventuelle forhandlinger ikke kan bidra til ordlydstolkningen. Av Rt-1984-44⁶⁷ og Rt-1989-79 fremgår det at «alle relevante forhold» rundt avtaleinngåelsen og til en viss grad den etterfølgende adferden⁶⁸ kan være relevant for tolkningen i slike tilfeller, herunder partens stilling, de økonomiske forhold, tidsperspektiv og omfang samt subjektive forutsetninger på avtaletidspunktet.⁶⁹

Hvorvidt artistens posisjon og type medvirkning til forestillingen i seg selv innebærer en omstendighet som må tas i betraktning med hensynene bak åndsverkloven som ramme blir et annet spørsmål som vil drøftes nedenfor. Videre vil det dersom det heller ikke etter slike omstendigheter kan legges til grunn noen felles forståelse av innholdet i kontrakten mellom

⁶³ Jf. UNIDROITs Principles art 4.1

⁶⁴ Se NU 1984:5 s 392, Knoph (1934) 8. utgave side 407-410 og Rt-1979-676

⁶⁵ Se punkt 1.1

⁶⁶ Jf. Giertsen (2012) kapittel 18.2.1

⁶⁷ Side 49

⁶⁸ Rt-1989-79 (side 83-84)

⁶⁹ Jf. Rt-1960-848 (side 851)

partene eventuelt bli relevant med en objektiv tolkning basert på forståelsen til en gjennomsnittlig, rimelig person.⁷⁰

Fordi man ikke kan forutsette at bakgrunnsretten regulerer alle spørsmål der avtalen er taus, noe som åpenbart gjør seg gjeldende på dette feltet jf. tidligere drøftelser, blir det, slik det ble nevnt i kapittel 1.4, relevant å tolke kontrakten i tråd med formålet til lovgivningen på området fordi kontrakten er inngått i sammenheng med et regelsett. Selv om det ikke foreligger noen egentlig bakgrunnsrett her vil det måtte antas at hensyn like i forlengelsen av de hensynene som ligger bak åndsverkloven kan gi veiledning for avtaletolkningen, altså hensynene bak nærstående og ideelle rettigheter. De grunnhensynene som gjør seg gjeldende og er vernet av loven er, slik det fremgår av tidligere drøftelser, blant annet de økonomiske hensynene til både artist og produsent, de personlige hensynene grunnet i den nære tilknytningen mellom artist og prestasjon, den skapende og kreative innsatsen den enkelte utøver legger i sin prestasjon, allmennhetens positive rettighet til kultur,⁷¹ samt produsentens rett på et godt gjennomført resultat.

Hvordan kontrakten skal forstås vil også bero på forholdene og forutsetningene mellom partene da avtalen ble inngått.⁷² Hvilke forhold som forelå på tidspunktet avtalen ønskes hevet vil ikke ha betydning for denne drøftelsen. Et moment som derimot vil ha påvirkning er for eksempel hvis operahuset har lang praksis for å gjøre ting på en særlig måte, noe som kan gi artistene en forutsetning selv om det ikke fremgår eksplisitt av kontraktens ordlyd.⁷³

Dersom man likevel ikke skulle ha andre holdepunkter for å fastslå en tolkning av kontrakten eller hvis de ulike kriteriene for avtaletolkningen fører til dette blir det en avtalerettslig problemstilling om man kan foreta en avtaletolkning i henhold til formåls- og rimelighetsbetraktninger og veie interessene på begge sider for å oppnå et rimelig resultat for alle parter. Det er liten tvil om at tilsvarende regel må ansees å gjelde for nærstående rettigheter på lik linje som ved rettighetsoverdragelser av opphavsrettene.⁷⁴

En interesseavveining som gir et rimelig resultat for alle parter være det sentrale da lovgivningen skal verne om alle aspekter og parter. Dette underbygges av juridisk teori om rettighetsoverdragelser av opphavsrett i arbeids- og oppdragsforhold som tar utgangspunkt i

⁷⁰ Giertsen (2012) side 120

⁷¹ Knoph (1936) jf. Rognstad (2019) side 283

⁷² Giertsen (2012) side 117

⁷³ Ibid. kapittel 18.2

⁷⁴ Rognstad (2019) side 465

den såkalte Knophs maksime.⁷⁵ Regelen sier at «prinsipalen vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig, hvis arbeidsavtalen skal nå sitt formål, men heller ikke mer.»⁷⁶ Dette innebærer at hvilken grad det er nødvendig å utnytte verket i arbeidsgiverens normale virksomhet vil være relevant for hvilken grad av kontroll utøveren eventuelt kan vinne over opptaket etter rettighetsoverdragelsen har funnet sted.⁷⁷

Et videre spørsmålet blir da i hvilken grad det er behov for at operahuset overdrar den fulle retten til opptakene for å oppfylle sin rolle⁷⁸ og om hensynene bak vern av utøvende kunstnere, som nevnt ovenfor, kan medvirke til å gi artisten et sterkere vern etter kontrakten eller et balansert, rimelig resultat i avtaletolkningen.

Likevel vil begge parter i disse situasjonene ha gode grunner for sine standpunkter, herunder at produsenten kan mene at streaming må gjennomføres for å oppfylle formålet med arbeidsavtalen og artisten kan mene det ikke vil være kunstnerisk forsvarlig å streame med den oppståtte situasjonen. Dette må da være momenter som drøftes i en helhetlig rimelighetsvurdering.

2.3.2 Analyse av kontraktens innhold i lys av omstendighetene

Det er tvilsomt at partene vil legge til grunn som en felles forståelse av ordlyden at en rett til å trekke tilbake samtykke ikke eksisterer etter avtalen. Sannsynligheten for at artisten ikke har hatt noen påvirkning, eller mulighet for påvirkning, på ordlyden i kontrakten vil kunne peke mot at artisten har en forutsetning om at denne muligheten vil eksistere i særlige tilfeller begrunnet i troen av at kontrakten skal være rimelig også for dem. Avtalerettslige prinsipper vil kunne underbygge at en slik forutsetning kan finnes hos artisten da ordlyden i kontrakten åpenbart gir sterke vern av den ene parten og at dette i seg selv kan gi grunnlag for å sette den urimelige delen til side.⁷⁹ Det vil også i slike tilfeller tas hensyn til partens stilling, de økonomiske forhold, tidsperspektiv og subjektive forutsetninger på avtaletidspunktet.

⁷⁵ Ibid. kapittel 22.7

⁷⁶ Se Knoph (1936) side 84 jf. NOU 1985: 6 side 7

⁷⁷ Rognstad (2019) side 465

⁷⁸ Sml. Mediehus og universiteter i Rognstad (2019) side 468 jf. Immateriellrettsutvalget 2004 side 103-125 og 147 flg.

⁷⁹ Jf. avtaleloven § 36

Først vil det være et spørsmål om tidsbegrensningen kontrakten reiser for bruk av opptaket vil være en omstendighet som ivaretar utøverens interesser tilstrekkelig til å jevne ut skjevhet hos partene og bidra til klarhet i den felles forståelsen av kontrakten.

Tidsomfanget for bruken er ikke konkret fastsatt etter kontrakten, men gir operahuset mulighet til å bruke opptaket i opptil seks måneder. At det er et tak på seks måneders sekundærbruk av opptaket gir artisten en viss rett ved at rettighetsoverdragelsen er tidsbegrenset. Likevel er seks måneder relativt lang tid, særlig sett i sammenheng med at hvilken påvirkning tilgjengeliggjøringen kan ha på personens fremtidige karriere. At et opptak kan ligge tilgjengelig i hele denne tidsperioden kan tenkes å være en omstendighet som kanskje kan utløse en ekstra rett til å trekke tilbake samtykket dersom artisten har et grunnlag som kan gjøre at karrieren påvirkes av tilgjengeliggjøring for mange og over lang tid.

Likevel er tilgjengelighet i én måned vanligere praksis. Dette kan artisten derfor ha som særlig forutsetning på avtaletidspunktet selv om kontrakten ikke sier det konkret. For en artist vil denne tidsbegrensningen kunne ha både positive og negative konsekvenser. I tilfeller der de er særlig fornøyde med egen prestasjon vil en omfattende tilgjengelighet for brukerne til denne prestasjonen gi positivt utslag på både anseelse og fremtidig karriere, men på den andre siden vil en lang tilgjengeliggjøringsperiode kunne ha negative konsekvenser dersom opptaket gir et feilaktig inntrykk av artistens nivå som utøver. Forutsetningen om en en-måneders tilgjengeliggjøringsperiode vil da kunne fungere som en rimelig middelvei uansett hvilket inntrykk prestasjonen kan komme til å gi publikum.

Et videre spørsmål er hvordan mangelen på vederlag påvirker tolkningen av avtalen. Det er et spørsmål om det blir lettere å nekte opptak eller fremføring for utøveren enn dersom vederlag var avtalt, eller om dette er uten betydning.

At bruken er uten ekstra vederlag til artisten kan begrunnes i at opptakene er gratis tilgjengelig for publikum, noe som innebærer at produsenten ikke har midler som følge av bruken å distribuere til de medvirkende. På tross av at artisten ikke får noe særskilt vederlag i tiden opptakene brukes vil de kunne få publisitet og omtale, noe som også økonomisk vil kunne komme dem til gode senere. I tillegg vil produsenten få positiv publisitet og omtale dersom det tilgjengelige opptaket er av høy musikalsk og scenisk kvalitet. Det er mulig begge parter har det som en forutsetning at det er en rimelig løsning å ikke gi ekstra vederlag, særlig for å unngå et økonomisk erstatningsansvar dersom opptak av ulike grunner ikke skulle

tilgjengeliggjøres, men produsenten vil uansett ha en grad av utgift i å filme og forberede opptakene for tilgjengeliggjøring.

At man tidligere i enkelttilfeller har utøvd en praksis med å åpne for en artists mulighet til å hindre tilgjengeliggjøring vil også kunne virke inn som en omstendighet der utøveren har hatt en forutsetning på avtaletidspunktet om at en slik mulighet var til stede selv om det ikke fremgår direkte av kontrakten. I hvilke tilfeller de eventuelt skulle kunne benytte seg av en slik mulighet er imidlertid ikke åpenbart og det er derfor hensiktsmessig å avgjøre dette etter en helhetsvurdering dersom en slik forutsetning skulle vise seg relevant for avtaletolkningen.

I det hele kan det heller ikke i lys av omstendighetene finnes noen subjektiv felles forståelse mellom partene og retten til å trekke tilbake samtykket og nekte streaming vil derfor måtte avgjøres gjennom hva en normalt opplyst gjennomsnittlig person kan forstå ut av ordlyden og forholdene ellers, med fokus på hva som vil være et rimelig resultat for alle parter, herunder både artisten, operahuset og publikummet.

2.3.3 Helhetsvurdering av kontraktens vern for typetilfellene

I en helhetsvurdering vil det tas høyde for hensynene som ligger bak de ulike interessene i lys av åndsverksloven og vurderes opp mot hvilke typetilfeller som eventuelt kan nyte vern dersom rimelighet- og interesseavveiningen tilsier det.

I bestemmelsen av nærstående rettigheter står det, som nevnt, under bokstav c at en utøvende kunstner vil kunne gjøre et lydopptak tilgjengelig for allmennheten uten ekstra vederlag dersom den enkelte selv kan velge tid og sted for fremføringen. Etter kontrakten er det underforstått at publikum ved sekundærbruk i seks månedersperioden selv kan velge tid og sted for bruken igjennom den strømmetjenesten som er brukt, for eksempel operahusets egen nettside eller det digitale konserthuset til OperaEuropa, OperaVision. Dette understreker at hensynene som underbygger reglene i åndsverkloven vil kunne gjøre seg gjeldende som bakgrunns hensyn i avtaletolkningen i disse sakene.

Bakgrunnsroller, småroller, korister og statister har slik tidligere drøftelser påpeker liten grad av verneverdig prestasjon og dermed tilsvarende liten adgang til å skulle kunne hindre en forestilling både etter hensynene bak nærstående og ideelle rettigheter. Å gi en person som har så liten påvirkning på helhetsuttrykket i forestillingen og der et grunnlag vil ha liten påvirkning på personens økonomiske forhold eller anseelse, en slik rett ville vært åpenbart

urimelig for alle andre parter, særlig når andre mindre inngripende løsninger kan finne sted dersom en slik nødvendighet skulle oppstå for en person. Den mer sentrale drøftelsen vil være om hovedroller og biroller kan nyte vern av kontrakten etter en slik interesseavveining.

Som fastslått under punkt 2.1.2 og 2.2.3 kan det ikke anees å finnes noen forskjell i eventuelt vern som gis til mindre hovedroller og sentrale hovedroller da personlig og økonomiske konsekvenser slår likt ut for begge typene samt at et eventuelt vern av begge gruppene slår ut på samme måte for både publikum og produsent med tanke på manglende tilgjengeliggjøring og økonomiske tap. Spørsmålet videre er om de personlige og økonomiske konsekvensene som gjør seg gjeldende i denne avveiningen som grunnleggende hensyn bak åndsverkloven i en helhetlig interesseavveining mot produsent og allmennheten kan gi artisten vern etter kontrakten.

Som nevnt i de tidligere drøftelsene er det få typetilfeller hvor bakgrunnshensynene til åndsverkloven gjør seg gjeldende i særlig grad. Hensynet til inntekter og vern av utøvere i størst mulig grad på lik linje som opphavere og hensynet til anseelse, og i andre rekke muligheten for fremtidige ansettelser, som ligger bak de ideelle rettigheter, vil i hovedsak kun gjøre seg gjeldende for de større rollene dersom en eller flere betydelige hørbare eller synlige feil man ikke har kunnet forutse har skjedd har hatt større påvirkning på helhetsuttrykket til forestillingen etter en objektiv vurdering. Det sentrale vil altså være hvor grove feil som kan gjøres i løpet av en forestilling for å påvirke noens rykte og økonomiske inntjeningsevne på en negativ måte.

For produsenten sin del er det imidlertid også andre faktorer enn utelukkende musikalsk kvalitet som spiller inn i vurderingen av om en person skal ansettes på nytt. Operahusene vil nødvendigvis ønske å ivareta sitt rykte ved å kun streame ting av god kvalitet, noe som i sin tur vil gi dem positiv omtale, og de er derfor avhengig av utøvernes fokus og gode prestasjon samt gode samhandlinger med de andre utøverne. Det har hendt at personer som er svært gode som utøvere ikke er ønsket inn i et ansettelsesforhold igjen på bakgrunn av at man ikke fullt ut kan stole på deres evne til å prestere gjennomgående eller at de ikke er lette å jobbe med. Den kunstneriske kvaliteten kan altså ofte senkes noe dersom andre forhold veier opp for dette. Hvor høy kvalitet det er over sangerens musikalske prestasjon vil kunne veies opp av at personen er hyggelig, imøtekommende, godt forberedt og at operahuset dermed har en garanti for at det alltid blir et nøyaktig og godt resultat med utøveren, selv om andre personer muligens kunne under visse forutsetninger gitt en høyere sanglig prestasjon.

Dette tilsier at det ikke er perfektjon som er minstemålet for en akseptabel prestasjon, noe som har innvirkning på avtaletolkningen i den forstand at utøveren heller ikke nødvendigvis kan trekke seg ved en risiko for at fremførelsen blir lavere enn optimal. Det vil altså ha noe å si for vurderingen av terskelen for grunnlaget hva som vil være en normal og akseptabel variasjon i prestasjon fra utøverens side. Denne terskelen vil trolig stille seg ulikt i enkeltsaker etter hva man kan synes å forvente av den enkelte utøver.

Terskelen vil også endre seg etter hvilket tidspunkt utøveren fremmer en innvending mot kontrakten. Dersom vedkommende før en primærbruk fremmer et krav om å avlyse både primærbruk og sekundærbruk må vil forholdene som begrunner dette, grunnlaget, være sterkere, fordi man enda ikke vet hvorvidt et særlig grunnlag kommer til å oppstå, samt at det er publikum i salen under primærbruken uansett, altså er terskelen høyere. Dette er også av hensyn til både produsent og publikum. Under noen omstendigheter kan sykdom tenkes å utgjøre en slik grunn, men så lenge publikum mottar en notis som opplyser om det særegne forholdet og produsenten selv anser det som kunstnerisk forsvarlig å ikke avlyse streamingen, vil det neppe ha noen personlig eller økonomisk konsekvens for utøveren. I en interesseavveining vil ikke artisten da under noen omstendigheter kunne ha tilstrekkelig grunnlag til å møte terskelen for å avlyse primærbruk.

For sekundærbruk vil terskelen for tilstrekkelig grunnlag være noe lavere fordi man har en eller flere konkrete feil å vise til. Likevel må grunnlaget være stort nok til å påføre utøveren faktiske konsekvenser i form av lavere anseelse eller at det er høy sannsynlighet for å miste fremtidig inntektsgivende arbeid. For mindre enkeltfeil vil det med overveiende sannsynlighet være mulig å trekke fokus bort fra dette ved redigering før opptaket publiseres for sekundærbruk, noe som tilsier at slikt ikke vil møte den nedlagte terskelen.

Det vil altså kun være større feil eller flere tydelige feil som kan utgjøre slike ekstraordinære situasjoner som kan synes å møte terskelen. Dette vil også ivareta hensynet til produsenten som gjerne ikke vil eksponere seg med å streame en forestilling av lav kvalitet eller lide økonomiske tap på bakgrunn av avlysning med mindre slike særlige situasjoner tilsier det, samtidig som det i størst mulig grad ivaretar hensynet til publikum ved å forsøke å ettergå deres positive rett på tilgang til kunst så langt det er kunstnerisk forsvarlig.

Det vil også underbygge den høye terskelen at det å gi artisten en for stor rett til å hindre sekundærbruk av opptak kan gi publikum og fremtidige arbeidsgivere et uriktig bilde av utøverens evner og prestasjoner ved å kun publisere opptak av vellykkede forestillinger.

Dersom slike prestasjoner er i fåtall vil det imidlertid ligge færre opptak tilgjengelig for potensielle arbeidsgivere å se på, noe som også kan peke i negativ retning for artisten. Så dette argumentet svekkes, særlig med tanke på at man uansett må igjennom en audition for å få en større solistrolle.

Et hensyn som trekker i motsatt retning, er at delingen av en god prestasjon også vil kunne påvirke deres karrierer i en positiv retning og det kan påstås at dersom man ønsker å dra nytte av et medium må man også akseptere en risiko som at en dårlig prestasjon kan påvirke dem negativt. At det gjøres tilgjengelig for mange og at utøveren er klar over dette på forhånd vil i mange tilfeller kunne gi artistene et incentiv til å gi en skjerpet og særlig god prestasjon. Risikoen for en mindre dårlig prestasjon vil gjøre seg gjeldende uavhengig av om forestillingen er tilgjengelig kun fra salen eller også over internett og i og med at en viss variasjon i kvalitet over prestasjonene må aksepteres fra arbeidsgivers side kan utøveren ikke ha rett til å insistere på perfektjon i alle opptak som tilgjengeliggjøres av dem.

I det hele vil det etter kontrakten måtte gis vern til utøvere dersom publisering av opptaket vil kunne ha særdeles grove konsekvenser for deres anseelse og fremtidige inntjeningssevne, men at terskelen er svært høy på bakgrunn av at det er viktig for operahuset for å kunne oppfylle sin rolle å ha rett til bruk av opptaket innenfor tidsrammen gitt av kontrakten så langt det er kunstnerisk forsvarlig.

3. Avsluttende rettspolitiske betraktninger

Som tidligere nevnt er det et rettspolitisk spørsmål hvorvidt begrensningen av en utøvende kunstners rettigheter til egen prestasjon gjennom opptak nedlegger en urimelig økonomisk eller personlig begrensning for dem, samt om de burde ha et sterkere vern etter loven. Dette vil i det følgende drøftes de lege ferenda.

Det er klart at som et resultat av avtaletolkning, slik oppgaven har vist, vil artister kunne ha vern i særlige tilfeller på bakgrunn av de bakenforliggende hensynene av nærstående og ideelle rettigheter som gjør seg gjeldende i avtaletolkningen, men et problem blir dersom utøvende kunstnere ikke har en kontrakt som åpner for den grad av vern som oppgaven har undersøkt. Det er videre klart at det er et kulturpolitisk ønske å gi vern selv til disse gruppene,

samt et ønske fra blant annet advokatforeningen og kulturrådet å utgreie hvilke rettigheter som eksisterer for utøvende kunstnere.⁸⁰

Noe av bakgrunnen for at utøvende kunstnere ikke beskyttes under enerettene vil trolig være at det kan gi urimelige begrensninger for andre utøvende kunstnere, som for eksempel hvis en person skulle fått etterlikningsvern ikke bare for den personlige fremføringen, men den personlige måten å fremføre et verk på.⁸¹ Det ville kunne føre til svært begrensede muligheter for den neste utøveren med et ønske om å fremføre det samme åndsverket, samt at hvem som hadde rett på hvilken bearbeidelse ville være vanskelig å holde kontroll på. På den andre siden vil en kunstners personlige bearbeidelse av verket kunne gjøre det vanskelig å trekke et klart skille mellom utøver og opphaver i mange tilfeller, særlig i situasjoner der utøveren også fungerer som opphaver, noe som krever, og trolig har, et sterkere vern med støtte i lovgivningen.

I Tøiens doktoravhandling stilles det spørsmål ved dagens løsning om å ikke verne skapende utøvende kunstnere etter enerettene da de etter hennes mening driver en skapende innsats som gir grunnlag for å oppfylle kravene til verkshøyde som kunstnerisk karakter og originalitet i sin formidlende prestasjon.⁸² At hun på enkelte punkter har et poeng i at hvilket vern utøvende kunstnere kan nyte ikke er klart nok fra lovgivers side og at en endring burde gjøres for å klarlegge dette er ikke til å stikke under en stol, men dette er også en sak som må sees fra begge sider, særlig med fokus på hensynet til brukernes rett på tilgang til kunst og kultur. Det kan synes at Tøiens argumentasjon er noe unyansert, ensidig og farget av hvilket resultat hun ønsker å oppnå. Et relevant spørsmål som må utgreies videre er da hvordan rettstilstanden burde være med hensyn til hva som gir et rimelig resultat for alle parter og hva som er legislativt mulig å gjøre for å oppnå dette.

På grunn av de urimelige og vanskelige situasjonene som kan oppstå vil det med overveiende sannsynlighet være å tøye strikken for langt dersom man skulle behandlet utøvende kunstnere likt som opphavere og gitt dem det nøyaktige samme vernet. Det bør være åpenbart at den skapende innstasen er verneverdig, og at utøvende kunstnere ikke bør oppleve noen begrensninger i personlig eller økonomiske rettigheter, men deres prestasjoner er likevel ikke

⁸⁰ Ot.prp.nr 15 (1994-1995) punkt 2.4, side 16 og Prop.104. L (2016-2017) side 79

⁸¹ Rognstad (2019) side 405

⁸² Husvik (2017)

det samme som å skape et åndsverk, kanskje nettopp på grunn av den nære tilknytningen mellom person og prestasjon, som oppgaven har vært inne på.

Dette betyr imidlertid ikke at utøvende kunstnere skal nyte et svakere vern for sin prestasjon enn opphaveren har gjennom opphavsrettene, men heller at de bør vernes på en annen måte, slik som meningen er bak nærstående rettigheter, og at man etter det kulturpolitiske ønsket får et vern og en løsning som er rimelig for alle parter i en interesseavveining. Også i denne vurderingen vil det være stort fokus på de bakenforliggende hensynene som begrunner reglene.

På den ene siden må man legge mye vekt på allmennhetens positive rett på tilgang til kunst og kultur.⁸³ Operastreaming som virksomhet ivaretar dette ved å være et gratis tilbud for publikum som ikke sitter i salen. Som institusjon har de også, som nevnt, høye produksjonskostnader og svært lite romslig økonomi. Det kan argumenteres for at de står i en særlig sterk stilling ovenfor den sårbare artisten som står med risiko for inntektstap, men det hører med til historien at et inntektstap også vil finne sted for produsenten, slik konsekvensene for kulturinstitusjonene i ulike typetilfeller er drøftet ovenfor. At artisten har en positiv rett på opptak av egen prestasjon kan derfor ikke ukritisk gå på bekostning av disse interessene som lett vil gjøre seg sterkt gjeldende da en persons misnøye vil kunne ha store konsekvenser for begge disse gruppene. Det er likevel viktig å finne en måte å beskytte dem som befinner seg i en særlig sårbar situasjon med risiko for urettmessig svekket anseelse eller inntektstap.

For det første bør det gjøres klarere fra lovgivers side at en kunstner som formidler et åndsverk kan ha særlige rettigheter knyttet til opptaket også i situasjoner hvor en rettighetsoverdragelse finner sted. Sterke rettigheter for artistene kan utledes av de nåværende reglene, men dette burde trolig behandles nøyere av lovgiver for å gi en klar og sikker kilde på rettstilstanden og som sier noe om hvilke faktorer som må nedlegges i drøftelsen dersom dette skulle komme i en tvist, uten at dette fører med seg en detaljstyring av feltet. Det må være åpent for å tolke og foreta en helhetsvurdering med fokus på rimelighet i de konkrete tilfellene.

Det er en legislativt mulig løsning å enten åpne for en mer utvidende tolkning av de nåværende lovbestemmelsene, gi ut et etterarbeid som åpner for en særlig tolkning av disse bestemmelsene, og som sier noe om hvilke momenter som må tas i betraktning slik at

⁸³ Knoph (1936) jf. Rognstad (2019) side 283

kulturinstitusjonene har retningslinjer å vise til dersom forhold under en produksjon skal by på en tvist. Fordi ting skjer fort under pressende tidsrammer slik som under en produksjon vil det ikke nødvendigvis være mulig å vente på en domsavgjørelse i slike saker. I stedetfor blir tvister løst internt hvor kulturinstitusjonen med grunnlag i kontrakten ofte har det siste ordet, uten å ha grundig kunnskap om egne eller artistens rettigheter. I mange tilfeller kan det oppleves urimelig for artisten dersom den befinner seg i en særlig stilling, eller urimelig for publikum dersom en direktesending av en forestilling plutselig avlyses. Dette er en uheldig situasjon som kan være en grunn til at noen relevant rettspraksis på området ikke finnes.

En annen ringvirkning er at rettstilstanden ikke er blitt avklart gjennom domstolene, at det ikke kommer på spissen i hvilke tilfeller det finnes behov for vern fra lovgiver samt at kulturinstitusjonene ikke har retningslinjer de kan ta utgangspunkt i, i møte med sine ansatte artister. Dette skaper igjen en risiko for at like tilfeller ikke nødvendigvis behandles likt da høyt profilerte artister med et sterkt management-team gjerne lettere får medhold om å hindre tilgjengeliggjøring på svakere grunnlag enn mindre kjente, men like fullt verneverdige artister som kan ha et sterkere grunnlag.

Den ideelle løsningen på problemet vil etter dette trolig være å gi utøvende kunstnere en lovbestemt rett på å heve avtale om audiovisuelle opptak dersom særlige grunner tilsa det. Det måtte vært en objektiv avveining av konsekvensen for artisten med særlig fokus på anseelse, økonomi og fremtidig ansettelse, mot økonomisk konsekvens for kulturinstitusjonen og hensyn til potensielt publikum. Terskelen måtte vært høy, og vurderingskriteriene godt utredet i forarbeider slik at en kulturinstitusjon i samråd med den utøvende artisten kan fatte en avgjørelse på kort tid om hva som vil være mest rimelig i det enkelte tilfellet.

Litteratur

- Arntzen, K. O. (2018, 1. Juni). *Teater*. Hentet fra Store Norske Leksikon: <https://snl.no/teater>
- Edwardsen, S. (2018, 20. Februar). *Opera*. Hentet fra Store Norske Leksikon: <https://snl.no/opera>
- Giertsen, J. (2012). *Avtaler* (2. utg.). Bergen: Universitetsforlaget.
- Goldstein, P., & Hugenholtz, B. (2012). *International Copyright; principles law and practice*. New York: Oxford university press.
- Hugenholtz, B. (2019). International Copyright Law. *Utdelt dokument med innholdet i forelesningene ved Universitetet i Bergen våren 2019*.
- Husvik, M. T. (2017). Den skapende, utøvende skuespilleren. *Stikkordet*(1), 26-28.
- Knoph, R. (1934). *Knophs oversikt over Norges rett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Knoph, R. (1936). *Åndsretten*. Oslo: Nasjonaltrykkeriet.
- Kristensen, T., & Arent, H.-C. (2018, 18. Oktober). *Ballett*. Hentet fra Store Norske Leksikon: <https://snl.no/ballett>
- Kulturdepartementet. (2019, 12. juli). *Om opphavsretten*. Hentet fra Regjeringen.no: <https://www.regjeringen.no/no/tema/kultur-idrett-og-frivillighet/opphavsrett/innsiktsartikler/Opphavsrett1/id2000944/>
- Ringnes, A. (1996, April). Opphavsrettslige problemstillinger ved internet. *Tidsskrift for forretningsjus*.
- Rognstad, O.-A. (2019). *Opphavsrett* (2. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Senter for Europarett. (2013, Mars). "Live Streaming" og opphavsrettsdirektivet. *EuroRett nr. 6*.
- Tøien, I. E. (2016). *Skapende, utøvende kunstnere*. Oslo: Universitetsforlaget.

Norske lover

Avtaleloven (1918) *Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer* 31. mai 1918 nr. 4

Fondsloven (1956) *Lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v.* 14. desember 1956 nr. 4

Kjøpsloven (1988) *Lov om kjøp* 13. mai 1988 nr. 27

Kringkastingsloven (1992) *Lov om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester* 4. desember 1992 nr. 127

Lovendring i åndsverkloven (2005) *Lov om endringer i åndsverkloven m.m.* 17. juni 2005 nr. 97

Åndsverkloven (2018) *Lov om opphavsrett til åndsverk m.v.* 15. juni 2018 nr. 40

Internasjonale rettskilder

Bernkonvensjonen til beskyttelse av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886

Romakonvensjonen for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak, av 26. oktober 1961

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2010/13/EU (AMT-direktivet)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 22 (1930) *Om lån om vern for åndsverker.*

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

Innst. O. nr. XI (1960-1961) *Innstilling fra kirke- og undervisningskomitéen om lov om opphavsrett til åndsverk.*

NU 1984: 5 *Nordiska Køplagar.*

NOU 1985: 6 *Arbeidstakers opphavsrett.*

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

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

Innst. 143. L (2012-2013) *Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om endringer i kringkastingsloven, åndsverkloven og film- og videogramlova (gjennomføring av direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester mv.*

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

Rettspraksis

Rt-1960-848		side 30
Rt-1973-1176	(Baptist)	side 11
Rt. 1979 s. 676	(Bergensmeieriet)	side 30
RG-1981-493	(Wicklund)	side 23 og 25
Rt-1984-44		side 30
Rt-1988-1317	(Heimtun)	side 11
Rt-1989-79		side 30
Rt-1993-564	(Kierulf)	side 29
Rt-1997-1807	(Gjeldsforsikring)	side 11
HR-2010-527-A	(Brent av frost)	side 24
Rt-2012-1267	(Silvercoin)	side 11