

**Er Grunnloven § 100 (4) til hinder for bruk av  
midlertidige forføyninger mot forestående, antatte  
opphavsrettskrenkelser?**

Kandidatnummer: 625

Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 17859 ord

05.09.2008

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1</b>	<b>Presentasjon av avhandlingens tema .....</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Definisjoner og avgrensninger.....</b>	<b>3</b>
1.2.1	Opphavsrettskrenkelser .....	3
1.2.2	Hva er en midlertidig forføyning? Forholdet til grl. § 100.....	3
1.2.3	Materiell og formell ytringsfrihet.....	4
1.2.4	Begrepet ”ytring” .....	6
1.2.4.1	Hva regnes som en ”ytring”? .....	6
1.2.4.2	Ytringens formidlingsform .....	7
1.2.4.3	”Engangsytringer” og ”vedvarende” ytringer.....	8
1.2.4.4	Publiserte og ikke-publiserte ytringer .....	8
1.2.5	Lovlige og ulovlige ytringer – forholdet til nødssituasjoner .....	11
<b>1.3</b>	<b>Rettskildebildet .....</b>	<b>16</b>
<b>2</b>	<b>MATERIELL YTRINGSFRIHET .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>17</b>
<b>2.2</b>	<b>Avveiningen mellom ytringsfriheten og interessene som taler for inngrep i ytringsfriheten.....</b>	<b>18</b>
<b>3</b>	<b>FORMELL YTRINGSFRIHET.....</b>	<b>19</b>
<b>3.1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>19</b>
<b>3.2</b>	<b>Utgangspunkt og hovedregel – forbud mot midlertidige forføyninger mot ytringer ...</b>	<b>21</b>

<b>3.3</b>	<b>Unntak – adgang til midlertidige forføyninger? .....</b>	<b>21</b>
3.3.1	Innledning .....	21
3.3.2	Hva er vurderingstemaet for unntaket? .....	22
3.3.2.1	Hva foranlediger problemstillingen?.....	22
3.3.2.2	Om de forskjellige vurderingstemaene.....	23
3.3.2.3	Konklusjon .....	25
3.3.2.4	Fremgangsmåten ved en konkret vurdering .....	30
3.3.3	Hvilke interesser er åndsverkloven satt til å beskytte? .....	31
3.3.3.1	Innledning.....	31
3.3.3.2	Opphavsrettighetshavers økonomiske interesser .....	32
3.3.3.3	Opphavsmannens ideelle interesser .....	32
3.3.3.4	Åndsverklovens ideelle rettigheters tilgrensende rettigheter .....	35
3.3.4	Begrepet ”irreversible skader” .....	36
3.3.4.1	Skillet mellom begrepet i språklig forstand og i grunnlovsmessig forstand .....	36
3.3.4.2	Begrepet i språklig forstand – arten av skader .....	37
3.3.4.2.1	Generelt .....	37
3.3.4.2.2	Anvendt på opphavsretten.....	40
3.3.4.3	Begrepet i grunnlovsmessig forstand – skadens alvorlighetsgrad .....	40
3.3.4.3.1	Generelt .....	40
3.3.4.3.2	Anvendt på opphavsretten.....	42
3.3.5	Mulige reaksjoner mot opphavsrettskrenkelser som ledd i en ytring .....	43
3.3.6	Erstatning som sanksjon på opphavsrettens område .....	44
3.3.6.1	Skillet mellom økonomisk tap og oppreisning .....	45
3.3.6.2	Hensynene bak erstatning som sanksjonsform .....	45
3.3.6.3	Erstatningsrettens hensyn sett opp mot grunnlovens utgangspunkt om etterfølgende ansvar .....	46
3.3.7	Nærmere om krenkelser av opphavsrettighetshavers økonomiske rettigheter.....	49
3.3.7.1	I hvilken grad er krenkelser av de økonomiske rettighetene irreversible i språklig forstand? .....	49
3.3.7.1.1	Den klare hovedregelen .....	49
3.3.7.1.2	Den praktiske muligheten for å få erstatning .....	50
3.3.7.2	Momenter som de lege lata taler mot at midlertidig forføyning tillates.....	51
3.3.7.2.1	Forholdet til oppreisningsinstituttet.....	51
3.3.7.2.2	Hvorvidt ytreren er søkegod eller ikke, er ikke relevant .....	51
3.3.7.3	Momenter som de lege ferenda kan tale for at midlertidig forføyning bør tillates.....	52
3.3.7.3.1	Ytringens spredningspotensiale.....	52
3.3.7.3.2	Erstatningsnivåets lave prevensjonseffekt .....	53
3.3.7.3.3	Konkurransesituasjon mellom ytreren og fornærmede – kommersielle interesser hos begge parter.....	53
3.3.7.4	Konklusjon .....	53
3.3.8	Nærmere om krenkelser av opphavsmannens ideelle rettigheter .....	55
3.3.8.1	I hvilken grad er krenkelser av de ideelle rettighetene irreversible i språklig forstand? .....	55
3.3.8.1.1	Utgangspunkt.....	55
3.3.8.1.2	De enkelte rettighetene .....	55
3.3.8.2	I hvilken grad er de irreversible skadene i språklig forstand, irreversible i grunnlovens forstand? .....	57
3.3.8.2.1	Utgangspunkt.....	57
3.3.8.2.2	Forholdet til oppreisningsinstituttet – betydningen av adgangen til oppreisning .....	58
3.3.8.2.3	Krenkelser av den ideelle eneretten vurdert opp mot krenkelser av privatlivets fred .....	60
3.3.8.3	Momenter som kan lempe på / heve kravet til alvorlighet.....	62

3.3.9	Hovedkonklusjon .....	63
3.3.10	Rettsstilstanden dersom vurderingstemaet er en interesseavveining.....	63
3.3.11	De lege ferenda .....	63
<b>4</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>65</b>
<b>5</b>	<b>ØVRIGE KILDEHENVISNINGER .....</b>	<b>67</b>
	<b>VEDLEGG 1.....</b>	<b>68</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av avhandlingens tema

Avhandlingens tema er foranlediget av grunnlovsendringen som fant sted 30. september 2004. Ved endringen ble § 100 totalrevidert. Endringen innebar at bestemmelsen ble endret både redaksjonelt og materielt.

**Forhåndskontroll** innebærer at offentlige myndigheter stanser ytringer før disse er fremsatt/publisert/offentliggjort. Det gripes altså inn før den forlater avgiver, eventuelt før den har kommet frem til tiltenkt mottaker. Det motsatte av forhåndskontroll vil være at kontrollen foretas i etterkant av ytringens publisering, eventuelt med et etterfølgende ansvar.

Selv om **gamle Grunnloven § 100** ikke hadde noen uttrykkelig bestemmelse om forhåndskontroll mot ytringer, lik den vi i dag har i § 100 (4), var det sikker rett at et slikt forbud kunne innfortolkes i gml. Grl. § 100, 1.pktm. Det er likevel klart at rekkevidden av forbudet var langt snevrere før. For det første var forbudet mot inngrep i ytringsfriheten tidligere i utgangspunktet *begrenset til ytringer i formidlingsformen trykt skrift*. For det annet rammet bestemmelsen antageligvis *kun systematisert forhåndssensur*. Det var med andre ord ikke noe i veien for enkeltinngrep fra myndighetenes side (herunder midlertidige forføyninger) i forkant av ytringen, så lenge dette ikke var satt i system.

Ytringsfrihetskommisjonen uttaler at det ikke har vært tradisjon i Norge for å behandle midlertidige forføyninger som forhåndskontroll, og konkluderer med at ordningen ikke var i strid med den gamle grunnlovsbestemmelsen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> NOU 1999:27 s.173

Sammenlignet med tidligere rettstilstand, går **nye Grl. § 100 (4)** vesentlig lengre i å forby forhåndskontroll. Forbudet omfatter nå alle typer forhåndsinngrep. Bestemmelsen nevner kun to unntak. Dagens forbud er, i motsetning til tidligere, for det første *uavhengig av hvordan ytringen fremsettes*. Hvilken formidlingsform eller i hvilket medium ytringen fremsettes i, er således irrelevant. For det annet *omfattes også enkeltinngrep*, og således bruken av midlertidige forføyninger mot forestående, upubliserte ytringer. Endringen skulle etter dette tilsynelatende innebære at domstolene var avskåret fra å beslutte midlertidige forføyninger for å stanse ytringer.

Lovkonsipistene fant likevel et slikt kategorisk forbud for strengt, og åpnet i forarbeidene for en innfortolkning av ytterligere ett unntak fra forbudet mot forhåndsinngrep. Forarbeidene viser til ytringens skadepotensiale, og trekker opp et skille mellom de reversible og de irreversible skader. Ved fare for *reversible* skader som følge av ytringen, gjelder forbudet fullt ut. I slike tilfeller vil etterfølgende ansvar utgjøre et tilstrekkelig vern. Ved fare for *irreversible* skader derimot, holdes det åpent for forhåndsinngrep.

Kjernen i avhandlingen blir å vurdere hva lovgiver har lagt i begrepet irreversible skader. Det uttales at pengeskader alltid er reversible, og opphavsrettskrenkelser nevnes eksplisitt som eksempel på krenkelser som i rimelig grad kan repareres økonomisk. Er det etter dette overhodet mulig for en opphavsrettighetshaver å stanse en forestående krenkelse gjennom midlertidig forføyning, når krenkelsen skjer som ledd i en ytring?

Temaet for avhandlingen hadde sannsynligvis aldri blitt til hadde det ikke vært for uttalelsene i avsnittet over. Det er likevel ingen grunn til å tro at eksemplifiseringen har skjedd tilfeldig, eller ved en feiltagelse. Fotnote 468 på utredningens s.178 indikerer at uttalelsen er gjennomtenkt. Dessuten hadde spørsmålet aktualisert seg også uten denne passusjen i forarbeidene.

Det finnes eksempler i rettspraksis hvor man, hvis man hadde tatt i bruk forbudet i § 100 (4), kanskje hadde kommet til et annet resultat. Dette gjelder selvsagt for tiden *før* grunnlovsendringen, slik den ovennevnte fotnoten gir henvisning på. Men også *etter* grunnlovsendringen kan man finne eksempler på dette. Grunnet avhandlingens omfang utelates disse.

## 1.2 Definisjoner og avgrensninger

### 1.2.1 Opphavsrettskrenkelser

Opphavsretten er en del av det som tradisjonelt kalles immaterialretten. Det som kjennetegner immaterielle rettigheter, er at de ikke knytter seg til fysiske gjenstander, men til form, beskrivelser og andre åndsprodukter med en viss originalitet. Avhandlingens drøftelser kan ha overføringsverdi til andre immaterialrettsområder, all den tid rettighetskrenkelsene skjer som ledd i ytringer.

Opphavsretten til åndsverk reguleres av åndsverkloven. Opphavsrettighetene kan inndeles i økonomiske og ideelle rettigheter. *De økonomiske rettighetene* tar utgangspunkt i åvl. § 2, som definerer opphavsretten som en enerett til å råde over åndsverket gjennom eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring. *De ideelle rettighetene* er oppstilt i § 3; retten til navngivelse og respektretten. I tillegg kommer den ideelle eneretten etter § 2. Skillet mellom de økonomiske og de ideelle rettighetene kommer jeg tilbake til under punkt 3.3.3.

Avhandlingens tema forutsetter at ytringen vil innebære en opphavsrettskrenkelse, og det avgrenses således mot denne vurderingen.

I de tilfeller opphavsrettskrenkelsen skjer som ledd i en større, udelelig ytring, må det bero på en konkret vurdering hvorvidt opphavsrettskrenkelsen kan medføre at hele ytringen kan stanses. I det følgende forutsettes det at opphavsrettskrenkelsen utgjør hele, eller den vesentlige delen av ytringen.

### 1.2.2 Hva er en midlertidig forføyning? Forholdet til grl. § 100

En midlertidig forføyning er et ekstraordinært tiltak til sikring av krav som ikke gjelder penger, jf. tvisteloven § 32-1. Formålet er å sikre et krav midlertidig i påvente av at tvisten

kan avgjøres ved dom, eller å få til en midlertidig ordning mellom partene for å hindre vesentlig skade eller ulempe i påvente av avgjørelse ved dom.<sup>2</sup>

For at det skal besluttes en midlertidig forføyning, må det foreligge flere vilkår. Det forutsettes i avhandlingen at vilkårene for å beslutte midlertidig forføyning er oppfylt.

Selv om vilkårene for midlertidig forføyning foreligger, må det likevel foretas en interesseavveining etter § 34-1 (3). I denne vurderingen vil ytringsfriheten, i lys av lex-superiorprinsippet, kunne ha avgjørende betydning. Dette slår også Ytringsfrihetskommisjonen fast.<sup>3</sup>

### 1.2.3 Materiell og formell ytringsfrihet

Grunnloven § 100 (4) oppstiller bare et forbud mot kontroll og stans av ytringer før de er fremsatt. Ingen skal kunne gripe inn og stanse en ytring før den har forlatt avgiver, og heller ikke før den er kommet frem til mottaker.<sup>4</sup> Bestemmelsen er derimot ikke til hinder for etterfølgende ansvar. ”Fjerde ledd regulerer følgelig bare den *formelle* ytringsfriheten. Den *materielle* ytringsfriheten i form av frihet fra etterfølgende sanksjoner er vernet av annet og tredje ledd (...)”<sup>5</sup>

Den materielle ytringsfriheten tar således for seg spørsmålet om *hvor grensene for ytringsfriheten går*. Den formelle ytringsfriheten retter seg derimot kun mot spørsmålet om *når en ytring skal vurderes opp mot ytringsfrihetens grenser*; om dette skal skje før eller etter publisering av ytringen. Ytringsfrihetskommisjonen uttaler således ”[s]pørsmålet om *når* en ytring skal vurderes opp mot ytringsfrihetens grenser – før eller etter avgivelse/offentliggjøring – må holdes adskilt fra spørsmålet om *hvor* grensene går. (...)”

---

<sup>2</sup> Tvistelovkommentaren s.1554.

<sup>3</sup> NOU 1999:27 s.174.

<sup>4</sup> Høgberg s.467

<sup>5</sup> St.meld.nr.42 (1999-2000) s.25



Det avgjørende for hva man lovlig kan ytre er isolert sett ikke tidspunktet for kontroll, men de materielle ytringsfrihetsreglene.”<sup>6</sup>

Den **gamle Grunnloven § 100** skilte også mellom materiell og formell ytringsfrihet, uten at skillet fremgikk uttrykkelig av bestemmelsen. Den formelle ytringsfriheten ble tidligere innfortolket i § 100, 1.pktm..

Det uttales imidlertid at et slikt synspunkt blir for enkelt, og at spørsmålet om forhåndskontroll ikke kan ”reduseres til et teknisk spørsmål om hvorvidt kontrollen skal settes inn før det ytres, mens det ytres eller etterpå”<sup>7</sup>. Kommisjonen peker på flere årsaker til dette.<sup>8</sup>

Den materielle ytringsfriheten kan deles opp i fem rettsforhold (aspekter). En gjennomgang av disse belyser hvilke sider av ytringsfriheten som den formelle ytringsfriheten beskytter. I forhold til forhåndskontroll er det kun relevant å se hen til meddelelses- og informasjonsfriheten.

*Meddelelsesfriheten* er den tradisjonelle siden av ytringsfriheten. Det er her tale om friheten til å ytre seg på hvilken som helst måte om et hvilket som helst tema<sup>9</sup>, i et hvilket som helst medium. *Informasjonsfriheten* regnes som ”friheten til å motta opplysninger og tanker som avsenderen er villig, eller iallfall ikke uvillig til å meddele. Kort sagt friheten til å motta og søke etter tilgjengelig informasjon i samfunnet.”<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> NOU 1999:27 s.165

<sup>7</sup> NOU 1999:27 s.165

<sup>8</sup> Se punkt 3.1.1

<sup>9</sup> Eggen s.29

<sup>10</sup> Eggen s.29

## 1.2.4 Begrepet ”ytring”

### 1.2.4.1 Hva regnes som en ”ytring”?

Ytringsfrihetskommisjonen definerer en ytring som ”formidling av informasjon eller ideer (meninger). En ytring trenger ikke være verbal. Bilder, herunder levende bilder, er en alminnelig form for ytring (...) Hva vi kan kalle ikke-verbale fysiske handlinger er også ytringer”<sup>11</sup>. Departementet nevner at det ikke er avgjørende ”om ytringens innhold er av normativ, dogmatisk eller deskriptiv karakter, eller hvilket tema ytringen gjelder.”<sup>12</sup> Eggen stiller, i forhold til EMK art. 10, spørsmål ved om man må stille krav til ytringens objektive kvalitet og/eller ytringens motiv. Han konkluderer med at ”alle ytringer som gir uttrykk for et meningsinnhold, omfattes av EMK art. 10, uavhengig av ytringens objektive kvalitet”<sup>13</sup>, samt at bestemmelsen ”beskytter enhver som meddeler eller mottar informasjon eller ideer uavhengig av dennes beveggrunner.”<sup>14</sup> Om den nye grl. § 100 skriver han at den ”[k]ort sagt omfatter (...) alle handlinger som kommuniserer et meningsinnhold.”<sup>15</sup>

Det må presiseres at hvor skriftlige, verbale eller billedlige ytringer *formidles* gjennom (andre) handlinger, reises det ikke spørsmål om grensen mellom ytringer som omfattes av § 100, og handlinger. Eksempelvis vil ikke det faktum at selve utleggelsen av en tekst på internett regnes som en handling, ta bort tekstens karakter av en ytring.

Ytringsfrihetskommisjonen gikk i sin utredning inn for at kommersielle ytringer må omfattes av ytringsbegrepet<sup>16</sup>, noe som ble fulgt opp av Stortinget ved voteringen. Dette innebar en endring i forhold til gml. Grl. § 100. Det faktum at de kommersielle ytringer nå omfattes, utvider rekkevidden av opphavsrettskrenkelser som kan tenkes å være vernet mot forhåndskontroll.

---

<sup>11</sup> NOU 1999:27 s.26

<sup>12</sup> St.meld.nr.42 (1999-2000) s.17

<sup>13</sup> Eggen s.166

<sup>14</sup> Eggen s.168

<sup>15</sup> Eggen s.274

<sup>16</sup> NOU 1999:27 s.155

Begrepet ”ytring” er etter dette meget vidt, noe som gjør at en vesentlig del av de opphavsrettskrenkelser som skjer, vil skje som ledd i ytringer. *De typiske tilfellene* er skriftlige, muntlige og audiovisuelle fremstillinger av informasjon eller meninger, eksempelvis bøker, scenefremføringer, filmer, musikk o.l.

Det er likevel mange opphavsrettskrenkelser som *ikke kan regnes for å skje som ledd i ytringer*, eksempelvis utgivelse av et dataprogram. Dataprogrammet vil normalt regnes som et åndsverk, men kan vanskelig kalles en ytring i seg selv. Videre kan etter all sannsynlighet heller ikke salg av vanlige bruksting (biler, båter o.l), som som regel inneholder elementer som utgjør åndsverk, sies å være ytringer.

Visse handlinger vil ligge i et *grenseland*. Som eksempel kan her nevnes opphavsrettsbeskyttede elementer i emballasjedesign. Selv om det kan sies å ligge et kjøpsoppfordrende budskap i disse elementene, er det likevel tvilsomt om man står overfor en kommersiell ytring i grunnlovens forstand.

Avslutningsvis er det grunn til å nevne at det faktisk at en ytring er omfattet av ytringsfriheten, ikke sier noe om rekkevidden av det *materielle* vernet den nyter etter bestemmelsen. Men som jeg senere kommer tilbake til, vil det faktisk at noe regnes for en ytring gjøre at det *formelle* ytringsfrihetsvernet gjelder for fullt.

#### 1.2.4.2 Ytringens formidlingsform

En ytring kan formidles på diverse måter. Et hovedskille går mellom ytringer gjennom handling og verbale ytringer (og billedlige). Når man snakker om ytringer som skjer verbalt (eller billedlig), kan man videre se hen til hvilket medium ytringen skjer i; om disse skjer muntlig eller skriftlig, analogt eller digitalt (elektronisk eller i papirform).

Den gamle grunnlovsbestemmelsen nedsatte kun forbud mot forhåndskontroll av *trykt* skrift; verbale, skriftlige (analoge) ytringer, altså ytringer i papirform. Grunnloven § 100

(4) er medienøytralt, og verner mot forhåndskontroll både av handlinger og av verbale ytringer, enten muntlige eller skriftlige, analoge eller digitale; altså enhver ytring, uavhengig av medium.<sup>17</sup>

Denne endringen er viktig i forhold til avhandlingens tema, da spekteret av opphavsrettskrenkelser som nyter beskyttelse etter Grl. § 100 (4) er utvidet vesentlig.

#### 1.2.4.3 "Engangsytringer" og "vedvarende" ytringer

Dette skillet er først og fremst pedagogisk begrunnet, og har ingen egentlig reell betydning. Jeg mener likevel skillet er viktig for å forstå flere av de aspektene ved ytringsfriheten som senere vil bli belyst.

Med "*engangsytringer*" menes ytringer som ikke "fortsetter å eksistere" etter at ytringen er skjedd. Ytreren formidler det meningsinnholdet han vil én gang, og kun de som er tilstede får med seg ytringen. Begrepet sikter dermed først og fremst til de muntlige, verbale ytringene, eksempelvis på et torg i byen.

De "*vedvarende ytringene*" derimot "fortsetter å eksistere" etter at ytringshandlingen er skjedd. Når ytringen er ytret, vil ytringen videre leve sitt eget liv. Således vil ytringen alene kontinuerlig ytre meningsinnholdet så lenge den eksisterer. Begrepet sikter først og fremst til de skriftlige ytringene og de ytringene som foreviges gjennom lagringsmedier, enten dette skjer analogt eller digitalt, og som munner ut i et resultat, eksempelvis en film, en bok eller et musikkverk.

#### 1.2.4.4 Publiserte og ikke-publiserte ytringer

I forhold til avhandlingens tema er det av interesse å belyse skillet mellom de publiserte og de ikke-publiserte ytringer. Tilsynelatende kan "forhåndskontroll" sies å være begrenset til

---

<sup>17</sup> NOU 1999:27 s.246

de tilfeller der ytringen ennå ikke er gjort tilgjengelig for allmennheten; man griper inn og stopper ytringen før den når sine tiltenkte mottakere. Etter at ytringen har funnet sted, kan det logisk sett aldri skje en ”forhåndskontroll”.

Dette er likevel muligens en for snever innfallsvinkel. Isolert sett vil ytrereformelle ytringsfrihet, etter at publisering har funnet sted, ikke rammes. Man kan likevel ikke se bort fra at en inngripen i form av forbud mot videre ytring, eventuelt kombinert med inndragning/fjerning av de eksemplarer der ytringen fremgår, kan sies å gripe inn i både ytrereformelle meddelelsesfrihet og mottakernes informasjonsfrihet. *Ytrereformelle meddelelsesfrihet* kan sies å være berørt ved at ytringen ikke har blitt gjort tilgjengelig for allmennheten i den grad han hadde ønsket (og hadde hatt adgang til om han ikke ble forhindret). *Mottakernes informasjonsfrihet* kan også sies å være gått for nær da disse tiltenkte mottakerne ikke har fått tilgang på informasjon som avsenderen er villig til å avgi.

Et slikt kategorisk skille kan føre til vanskelige avgrensningsspørsmål, og jo snevrere man definerer publiseringsbegrepet, desto mindre rekkevidde får forbudet mot forhåndskontroll. Hvor skal grensen gå? Er det tilstrekkelig at ytringen er ytret én gang? Eller kreves det at ytringen har nådd sitt tiltenkte publikum, som ytreren har tilgang til gjennom de kommunikasjonsfasilitetene vedkommende råder over? Grensegangen kan belyses med et eksempel: Hva hvis en ytring har funnet sted på en internettside som alle tiltenkte mottakere har tilgang til, men som ingen mennesker har besøkt? Vil dette være en publisering som senere, dersom ytringen publiseres på en internettside som mange av de tiltenkte mottakerne besøker, vil gi adgang til midlertidig forføyning fordi man ikke kan betegne dette som forhåndskontroll?

Forholdet mellom meddelelsesfriheten og informasjonsfriheten, var oppe i en sak for byfogden i Oslo i juli 2007.<sup>18</sup> Saksøker begjærte midlertidig forføyning overfor NRK for å få fjernet to TV-programmer med Forbrukerinspektørene og en artikkel om saksøkernes produkter som lå ute på NRKs nettsider.

---

<sup>18</sup> Sak nr: 07-091126TVA-OBYF/1

NRK argumenterte med at spørsmålet om forhåndskontroll må ses fra to sider; at ytringsfriheten ikke bare skal verne ytrerens rett til å meddele seg, men delvis også ytrerens rett til å meddele seg til de han ønsker å meddele seg til. Mottagerne på sin side har en beskyttet rett til å motta ytringer. I den grad ytringen i rimelig utstrekning ikke har nådd frem til alle tiltenkte mottakere, foreligger en forhåndskontroll som berører informasjonsfriheten.

Om argumentasjonen strekker til *de lege lata*, er ikke sikkert. Det går ikke klart nok frem av forarbeidene hva lovgiver har tenkt på, og det er heller ingen kilder eller praksis i ettertid som avklarer spørsmålet. Den ovennevnte saken ble løst på realiteten; det forelå ingen ærekrenkelse. Det prinsipielle spørsmålet om ytringsfrihet ble derfor ikke satt på spissen.

Men *de lege ferenda* har argumentasjonen mye for seg: Hensynene og formålene bak ytringsfriheten beskytter en kommunikasjonsprosess, ikke bare ytrerens rett til å meddele seg.

Ett sted i utredningen er det imidlertid et moment som kan sies å støtte en løsning hvor forbudet mot forhåndskontroll også gjelder der ytringen er publisert. I fotnote 468 omtaler Ytringsfrihetkommisjonen Oslo namsretts sak 97-2136D mellom Kon-Tikimuseet og Eros Digital Publishing som et eksempel på at opphavsrettskrenkelser ”i rimelig grad” kan repareres økonomisk i etterkant av ytringen.<sup>19</sup> Her fremholder kommisjonen at dersom kriteriet om at kun irreversible ytringer kan stanses ved midlertidige forføyninger hadde vært anvendt, hadde begjæringen ikke blitt tatt til følge. I saken rettet begjæringen seg mot *fortsatt offentliggjøring* på internett av noen seksuelle bilder tatt om bord Kon-Tiki flåten. Således vil måten kommisjonen bruker eksempelet på, i seg selv være et eksempel på at forbudet mot forhåndskontroll også gjelder mot publiserte ytringer.

---

<sup>19</sup> NOU 1999:27 s.178

Med en slik argumentasjon kan man få en situasjon hvor det i prinsippet er umulig å stanse en ytring fordi den alltid kan tenkes å nå frem til nye mottakere. Spørsmålet er da hvor mange ganger og hvor lenge ytreren skal få ytre seg før man kan gripe inn.

Kan man si at ytreren har en slags ”sfære av potensielle mottakere” han teoretisk sett kan nå, og at man kan gripe inn straks denne sfæren er nådd?

I teorien kan man tenke seg at informasjonsfriheten fører til at det faktisk aldri er anledning til å beslutte en midlertidig forføyning mot en ytring. I så fall må man ilegge ytreren et erstatningsansvar for hver gang den aktuelle rettigheten krenkes gjennom ytringen.

Sannsynligvis er det en slags glideskala: Der en stans vil ligne den rene forhåndskontroll, vil forbudet i § 100 (4) åpenbart være relevant. Men det må gå en grense et sted. Der ytreren åpenbart har fått mettett sitt mottagerbehov, vil det i henhold til § 100 (4) i utgangspunktet ikke være noen betenkeligheter med å stanse ytringen. Som jeg senere kommer inn på, vil det i disse ”internettider” ofte være avgjørende å få stanset en ytring på forhånd. Hvis man først ikke får stanset noe før det går ut på nettet, har man i realiteten ikke mulighet for å fjerne det senere.

Det forutsettes i det videre at ytringen ikke er publisert. Den som mener at han kommer til å bli krenket, må derfor ha fått vite om den forestående krenkelsen på annen måte enn nettopp gjennom den aktuelle ytringen.

### 1.2.5 Lovlige og ulovlige ytringer – forholdet til nødssituasjoner

Etter min mening forutsetter avhandlingens tema at spørsmålet om ytringens lovlighet er vurdert. Er ytringen *lovlig* etter vurderingen etter annet og tredje ledd, skulle man tro at det ikke kunne gjøres forhåndsinngrep etter fjerde ledd. Først ved konstatert *ulovlig* ytring, vil man kunne gå inn og vurdere om man skal gripe inn på forhånd eller i etterkant. En motsatt løsning ville vært spesiell: At man kan gripe inn mot en ytring før den ytres, men ikke sanksjonere mot den i etterkant dersom den likevel publiseres. Selv om dette ikke er

eksplisitt uttalt i § 100, synes det å være systemforutsatt. Dette underbygges av forarbeidenes gjennomgående enighet om forhåndskontroll som et særlig uheldig inngrep i ytringsfriheten.<sup>20</sup>

Det eneste grunnlaget som etter dette vil kunne begrunne inngrep overfor lovlige ytringer, er nødrettsbetraktninger. Forhåndsinngrep mot en lovlig ytring vil, uansett grunn, innebære et alvorlig inngrep i ytringsfriheten. Siden ytringsfriheten er grunnlovsfestet, vil begrensninger i denne enten måtte skje via lovskravet i § 100 (2) 2.pktm, eller gjennom andre begrensninger i Grunnloven (herunder konstitusjonell sedvanerett). Etter drøftelsen i avsnittet over, vil nødrett etter min mening aldri kunne oppfylle lovskravet. Den eneste begrensningen som derfor kan tenkes er konstitusjonell nødrett. Selv om begrepet ”konstitusjonell nødrett” ikke er uttrykkelig uttalt i domspremissene, er det antagelig dette lagmannsretten hadde i tankene i Brennpunktsaken.<sup>21</sup>

Etter Høyesteretts behandling (Rt.2007.404) er ikke dette utgangspunktet like åpenbart. Høyesterett delte seg, fire mot én, med Skoghøy som dissenterende dommer.

A fikk hos byfogden i Oslo en midlertidig forføyning mot NRK, om forbud mot sending av et TV-program (”Brennpunkt”). Flertallet og mindretallet var enig i resultatet, men delte seg i begrunnelsen. Striden stod hovedsakelig om lovskravet.

**Flertallet** anvendte ”det ulovfestede generelle prinsippet om nødrett” som begrensning i den materielle ytringsfriheten.<sup>22</sup> Avsnitt 71 i dommen er vanskelig tilgjengelig, og det er litt uklart hvilken fremgangsmåte som egentlig benyttes. En måte å forstå flertallets resonnement på, er som følger: Hvis det foreligger en nødssituasjon (”uafvendelig fare”), og vilkårene for nødrett med dette delvis er oppfylt, er dette tilstrekkelig til at Grunnlovens lovskrav (§ 100 (2) 2.pktm) er oppfylt. Man kan således gå videre til neste vurdering; avveiningen etter § 100 (2) 1.pktm. Dette kan leses ut av avsnitt 71’s to setninger sett i

---

<sup>20</sup> Se punkt 3.1.2

<sup>21</sup> LB-2006-65279, avsnitt 12 og 13.

<sup>22</sup> Rt.2007.404 (71)



sammenheng. I avveiningen veies den *lovlige* ytringen og det rettsgodet som står overfor den aktuelle faren (As liv), opp mot hverandre. Flertallet kommer til at det konkrete tilfellet av overhengende livsfare i utgangspunktet berettiger et inngrep i ytringsfriheten. Det er likevel viktig å ha klart for seg at flertallet med dette ikke sier at ytringen er *ulovlig*.

På denne måten kan nødrett i en konkret situasjon etter flertallets mening oppfylle lovskravet. En nødssituasjon (dog av en viss alvorlighet) var altså tilstrekkelig til å gripe inn med midlertidig forføyning.

Man kan lure på om den konkrete avveiningen flertallet foretar, i realiteten er den samme forholdsmessighetsvurderingen som nødrettsprinsippet i straffeloven § 47 gir anvisning på, ("særdeles betydelig"), men med grunnlovens fremgangsmåte og begreper.

Videre vurderte flertallet spørsmålet om forhåndsinngrep etter § 100 (4). De foretok her ytterligere en avveining etter uttalelsene i utredningen om unntak ved "irreversible skader". Selv om faren for As liv i utgangspunktet berettiget et inngrep i ytringsfriheten, og ytringen etter dette i prinsippet kunne måtte vike, kunne det ikke foretas forhåndsinngrep.<sup>23</sup>

**Skoghøy** var kritisk til flertallets begrunnelse og valgte en annen fremgangsmåte. Han var enig i at nødrett kunne gi grunnlag for inngrep i ytringsfriheten, men fant ikke at den konkrete situasjonen ga den "nødvendige lovhjemmel for å forby TV-sendingen på nødrettslig grunnlag"<sup>24</sup>, og kom med en kritisk kommentar til flertallet.<sup>25</sup>

På bakgrunn av det jeg gjorde rede for innledningsvis, mener jeg at Skoghøys argumentasjon er mest hensiktsmessig: En nødssituasjon kan selvfølgelig være et relevant grunnlag for forhåndsinngrep. Man må likevel definere hva slags situasjon man står overfor, om det er en *nødretts*situasjon eller en *nødvergesituasjon*. Nødrett er vanligvis definert som "rett mot rett", mens nødverge betegnes ved at "rett står mot urett".

---

<sup>23</sup> Rt.2007.404 (84)

<sup>24</sup> Rt.2007.404 (96)

<sup>25</sup> Rt.2007.404 (103)

Når en ytring på **ulovlig** vis gjør inngrep i et rettsgode (eksempelvis at ytringsfriheten i et konkret tilfelle ikke går foran opphavsretten), står man per definisjon overfor en ”nødvergesituasjon”. *I de vanlige nødvergesituasjonene* er det tillatt å stanse et forestående rettsstridig angrep, med nødvendige midler. Det er eksempelvis lov å stanse noen som prøver å slå til deg. *I ytringsfrihetssituasjonene* er utgangspunktet motsatt. Her oppstilles et forbud mot å gripe inn på forhånd mot ytringen med myndighetenes hjelp. Med andre ord gis ytreren, gjennom § 100 (4) som *lex superior*, hjemmel til å angripe godet gjennom ytringen. Man skal altså ”tillate” de rettsstridige ytringene, og heller ilegge ansvar i etterkant. Det er kun ved ”irreversible skader” at ytringen kan stanses på forhånd.

Det er kun i de tilfellene man står overfor en **lovlig** ytring som gjør inngrep i et rettsgode, at man kan snakke om nødrett. Høyesterett var i Rt.2007.404 enstemmig i hvorvidt nødrett kunne gi grunnlag for å gripe inn i ytringsfriheten, men ut i fra begrunnelsene kan det se ut som om var det uenighet om hvordan og på hvilken trinnhøyde (Grunnloven eller formell lov), nødrettsbetraktningene skulle komme inn. *Flertallet* innfortolket som nevnt nødrett som et hjemmelsgrunnlag som tilfredsstilte lovskravet i annet ledd. *Skoghøy* var skeptisk til dette.<sup>26</sup> Når *Skoghøy* likevel vurderer nødrett, må det være ut fra tanken om konstitusjonell nødrett som hjemmel for å gripe inn i grunnlovsrettigheter. Som alle andre grunnlovsrettigheter, bør også ytringsfriheten kunne være gjenstand for konstitusjonell nødrett. Dette vil nødvendigvis innebære en strengere vurdering enn unntaket for ”irreversible skader”, i tråd med *Skoghøys* uttalelse i avsnitt 103.

Hvis man følger *Skoghøy*, vil ikke nødrett etter min mening innebære en trussel mot ytringsfriheten. Konstitusjonell nødrett er forbeholdt ekstreme situasjoner, og vil meget sjelden komme til anvendelse. En uthuling av den formelle ytringsfriheten er således ikke nærliggende.

---

<sup>26</sup> Rt.2007.404 (94) og (95)

Hvis man derimot skal følge *flertallet*, blir situasjonen en vesentlig annen. Hvis nødrett kan tjene som hjemmel for inngrep overfor i utgangspunktet lovlige ytringer, omgår man i realiteten hele grunnlovsvernet. Nødrett er per definisjon relativt. Med nødrett som hjemmel, vil enhver ytring kunne vurderes stanset på forhånd. Jo mindre viktig ytringen er, jo mindre skal det til før man kan si at det foreligger en nødrettssituasjon. I realiteten vil man undergrave hele ytringsfriheten, og ethvert spørsmål om en ytring opp mot et annet gode vil bli redusert til en stor interesseavveining.

Flertallets løsning må likevel kanskje måtte leses med en begrensning. I avsnitt 79 uttales det at "[f]orhåndsinngrep i ytringsfriheten ved midlertidige forføyninger (...) må normalt ha grunnlag i vern av liv og helse for den enkelte person." Hvis denne uttalelsen er ment i kombinasjon med "nødrettssituasjon", har Høyesterett snevret begrepet veldig inn. Det er likevel usikkert om uttalelsen skal leses i kombinasjon med avsnitt 71, i kombinasjon med setningen foran om skillet mellom generelle trusler og trusler mot den enkelte person, eller i kombinasjon med begge. Uansett, i tråd med det jeg har redegjort for ovenfor, mener jeg at flertallets løsning er uheldig.

Som nevnt innledningsvis, er det et paradoks hvis nødrett (gjennom lovskravet) kan gi grunnlag for å stanse en ytring, men ikke tjene som hjemmel for etterfølgende ansvar hvis man ikke rekker å stanse ytringen før den blir publisert. Hadde NRK sendt dokumentaren før tingretten hadde rukket å fatte avgjørelse i saken, kunne ikke retten ilagt NRK noe som helst form for ansvar med hjemmel i ulovfestede prinsipper om nødrett.

Og videre: En nødrettshandling (her: den midlertidige forføyningen) gjør en i utgangspunktet ulovlig handling *straffri*. Likevel blir den handlende (her: A med myndighetenes hjelp) i utgangspunktet *erstatningsansvarlig* overfor den nødrettshandlingen går ut over (her: NRK). Hvis Høyesterett hadde konkludert med at ytringen kunne stanses, med grunnlag i nødrett, vil NRK logisk sett kunne ha krevd erstatning for sitt tap. Man kan også spørre seg om man kan trekke det så langt som å si at et slikt inngrep medfører en irreversibel skade på ytringsfriheten som verdi. Man møter da

problemstillingen om etterfølgende ansvar gir et tilstrekkelig vern. Dette vil ikke bli problematisert i det videre.

### 1.3 Rettskildebildet

I forhold til rettskildefaktorene *lov, rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn* gjør det seg ikke gjeldende noen særlig spørsmål.

I forhold til *internasjonale konvensjoner* som Norge er forpliktet til å overholde, er det derimot flere spørsmål som kan reises. Grunnloven § 100 berøres etter lex superiorprinsippet likevel ikke av innholdet i internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet til å overholde. Isolert sett er det i forhold til avhandlingens tema derfor ikke relevant å se hen til internasjonale konvensjoner. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det mot både EMK og internasjonale konvensjoner som regulerer opphavsretten.

Avhandlingens tema er foranlediget av visse uttalelser i *forarbeidene*, og store deler av fremstillingen for øvrig bygger også på disse. Det er nærliggende å vurdere forarbeidene også fra et ikke-materielt perspektiv, og å se hen til noen rettskildemessige aspekter. For det første kan man se nærmere på *vekten av forarbeidene* og om det faktisk at man står overfor en grunnlovsendring stiller forarbeidene i et annet lys enn forarbeider til formelle lover. For det annet kan det stilles spørsmålstegn ved den *metoden lovgiver har valgt*, med et slags ”skjult” unntak fra en bestemmelse som etter sin ordlyd ikke åpner for flere unntak. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det mot disse to problemstillingene. I Rt.2007.404 hadde dessuten Høyesterett en klar foranledning til å ta dem opp til vurdering. Problemstillingene ble ikke behandlet eller nevnt overhodet. Man kan derfor kanskje ta som utgangspunkt at ingen av problemstillingene påvirker rettstilstanden slik den fremstilles i det videre.

For det tredje foranlediger de omfattende forarbeidene en vurdering av *hvilke av dokumentene som veier tyngst ved innbyrdes motstrid*. Alle dokumentene som ligger til

grunn for grunnlovsendringen har relevans. Ytringsfrihetskommisjonens utredning hadde likevel det forslaget til grunnlovsbestemmelse som ligger tettest opp til den teksten som ble vedtatt av Stortinget, og det er derfor tilsynelatende nærliggende å tro at denne stiller i en særklasse i forhold til departementenes uttalelser.

Det er likevel ikke helt sikkert at utredningen veier tyngst ved eventuell innbyrdes motstrid mellom dokumentene. Det at teksten til slutt endte opp lik vil ikke nødvendigvis bety at grunnlovsteksternes meningsinnhold er det samme. Men det faktum at grunnlovstekstene er likelydende taler for at kommisjonens utredning må tillegges noe mer vekt i forhold til andre deler av forarbeidene. Dette underbygges av at Stortingets flertall, under debatten, i stor grad ikke bare sluttet seg til teksten, men også til mange av kommisjonens synspunkter.

## **2 Materielle ytringsfrihet**

### **2.1 Innledning**

Den materielle ytringsfriheten er i utgangspunktet ikke relevant i forhold til avhandlingens tema. Likevel vil jeg kort gjøre rede for noen hovedpunkter som vil kunne være nyttig i forhold til vurderingene under punkt 3.

For at det overhodet skal bli aktuelt å vurdere hvorvidt et inngrep i form av midlertidig forføyning kan regnes som ulovlig forhåndskontroll, må man vurdere om ytringen materielt sett omfattes av ytringsfriheten. Dette er en vurdering som må foretas etter § 100 (2) (og (3)). Annet ledd oppstiller to vilkår for at det skal kunne gjøres inngrep i den materielle ytringsfriheten. Bestemmelsen taler om at "[d]et retslige Ansvar bør være foreskrevet i Lov" (lovskravet), samt at inngrepet "lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse."

Det er allment kjent at opphavsretten anses som en legitim begrensning i ytringsfriheten.<sup>27</sup> Slike begrensninger må likevel oppfylle lovskravet for at de skal kunne stå seg overfor ytringsfriheten. Opphavsretten er vernet gjennom åndsverkloven, i tillegg til at de aktuelle bestemmelsene i åndsverkloven (§§ 2, 3 og kapittel 7) er tilstrekkelig presist formulert. Således er lovskravet i forhold til avhandlingens tema i prinsippet oppfylt.

Hvis man kommer til at den upubliserte ytringen *vil være vernet av ytringsfriheten*, vil det ikke bli aktuelt med forhåndskontroll i form av en midlertidig forføyning (se likevel punkt 1.2.5 om forhåndskontroll av lovlige ytringer).

Hvis man derimot skulle komme til at ytringen *ikke vil være vernet av ytringsfriheten*, vil det likevel som utgangspunkt ikke være adgang til å beslutte midlertidig forføyning. En slik stadfestelse av ytringens ulovlighet vil, i henhold til fjerde ledd, måtte skje *i etterkant* av at ytringen er publisert.

Det forutsettes i oppgaven at den krenkende part ikke er beskyttet av ytringsfriheten når han ytrer seg på en slik måte at opphavsrettigheter krenkes.

## 2.2 Avveiningen mellom ytringsfriheten og interessene som taler for inngrep i ytringsfriheten

Når inngrepet oppfylder lovskravet, må man videre foreta en konkret interesseavveining. Denne avveiningen gjøres etter en to-trinnsmodell.

For det første må *inngrepet (herunder den midlertidige forføyningen) vurderes opp mot ytringsfrihetens begrunnelser (sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse)*. For det annet kommer selve *avveiningen mellom "hensynene bak – og nødvendigheten av – inngrepet, og den skade eller forstyrrelse som inngrepet kan påføre de*

---

<sup>27</sup> Se bl.a St.meld.nr.42 (1999-2000) s.36

*tre prosessene ytringsfriheten er satt til å verne.*<sup>28</sup> Det er her snakk om en proporsjonalitetsvurdering.

Det kan kort nevnes at ”begrensninger i ytringsfriheten av hensyn til andres opphavsrettigheter – på samme måte som andre begrensninger – må oppfylle kriteriet om å la seg forsvare holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelse[r]”. Men ”[m]otsatt vil opphavsretten stå sterkt når den angripes av interesser hvis sentrale motiv er å utnytte andres materiale til egen økonomisk vinning. I den konkrete sak kan det være en krevende oppgave å avklare om striden står om ytringsfrihet eller økonomiske interesser.”<sup>29</sup>

### 3 Formell ytringsfrihet

#### 3.1 Innledning

Forbudet mot forhåndskontroll er tradisjonelt begrunnet i flere **hensyn**. Begrunnelsene bak forbudet gir et grunnlag for å forstå hvorfor det er så strengt som det er. De hensynene som nevnes i forarbeidene<sup>30</sup> og i juridisk teori<sup>31</sup> er først og fremst den historiske erfaringen man har med forhåndskontroll, at et slikt system strider mot det liberale grunnprinsipp om frihet under ansvar, at forhåndskontroll er mindre demokratisk enn et konsekvent system med etterfølgende ansvar, samt tidsaspektet som gjør seg gjeldende i dagens offentlige samtale.

Kommisjonen konkluderer med ”at forhåndskontroll må oppfattes som en særlig uheldig form for sanksjon mot ytringer.”<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> NOU 1999:27 s.242.

<sup>29</sup> NOU 1999:27 s.136

<sup>30</sup> NOU 1999:27 s.165

<sup>31</sup> Eggen s.590-591

<sup>32</sup> NOU 1999:27 s.166

Eggen føyer til at hvis man generelt åpner for midlertidige forføyninger, får man et problem i forhold til hva en midlertidig forføyningssak vil fokusere på. ”Fokus hos partene og dommeren vil ofte ligge på de skadevirkninger publiseringen av en ytring vil få. Slike konkrete skadevirkninger vil lett overskygge hensynet til de mer abstrakte interessene ytringsfriheten skal ivareta.”<sup>33</sup>

Til dette kommer at *vurderingen av en ytrings lovlighet, nær sagt alltid vil bero på den konteksten og de omstendighetene ytringen er fremsatt i*. Konteksten er logisk sett umulig å vurdere før ytringen faktisk har materialisert seg, og det er først når ytringen er publisert at man kan se den i sin fulle kontekst. Dette gjør igjen at forhåndskontroll er særlig betenkelig. Som eksempel kan man tenke seg en opphavsmann som prøver å stanse en artikkel som inneholder hele eller deler av hans upubliserte åndsverk. Opphavsmannen vil argumentere med at dette vil krenke hans ideelle rettigheter etter åndsverkloven, mens journalisten viser til at den konteksten åndsverket er tenkt publisert i gjør at ytringen er beskyttet av ytringsfriheten.

Dette hensynet kan forklare hvorfor man også i utgangspunktet aksepterer de helt åpenbare krenkelsene, også der hvor ytringens kontekst i stor grad er klar på forhånd og det er helt åpenbart at dette ikke er en lovlig utnyttelse av åndsverket. Videre vil dette tjene som et tungtveiende argument for å oppstille en firkantet, absolutt regel om irreversibel skade. Å åpne for en interesseavveiningsregel vil føre til vanskelige avgrensninger, noe kommisjonen sannsynligvis har søkt å unngå.

De forskjellige **formene for forhåndskontroll** kan deles inn på flere forskjellige måter.<sup>34</sup> Når man behandler midlertidige forføyninger, er det snakk om en type forhåndskontroll som retter seg mot *innholdet* i den enkelte ytring. Det er videre ikke snakk om en ordinær sensur, men en mer *ad-hocpreget, tilfeldig* kontroll, som initieres av den eller de som ytringen antas å ville ramme dersom den offentliggjøres.

---

<sup>33</sup> Eggen s.591

<sup>34</sup> NOU 1999:27 s.165



### 3.2 Utgangspunkt og hovedregel – forbud mot midlertidige forføyninger mot ytringer

GrL. § 100 (4) taler om at ”Forhaandscensur og andre forebyggende Forholdsregler kunne ikke benyttes”.

Midlertidige forføyninger regnes som ”Forhaandscensur” i § 100 (4) forstand. Kontrollen utløses av en som antar at han vil bli krenket av ytringen dersom den offentliggjøres. ”At dette må betraktes som forhåndskontroll følger logisk av at det gripes inn *før* ytringen når frem til tiltenkt mottaker.”<sup>35</sup> Dette er også slått fast i Rt.2007.404, avsnitt 47. Det må etter dette tas som utgangspunkt at midlertidige forføyninger mot ytringer er forbudt.

Grunnloven oppstiller imidlertid to uttrykkelige unntak fra forbudet, der alle typer av forhåndskontroll er tillatt. Disse unntakene er ikke aktuelle for avhandlingens tema, og vil ikke bli nærmere redegjort for i det videre.

### 3.3 Unntak – adgang til midlertidige forføyninger?

#### 3.3.1 Innledning

Hovedregelen innebærer tilsynelatende et absolutt forbud mot inngrep i form av midlertidige forføyninger mot ytringer før de er publisert.

Ytringsfrihetskommisjonen kommer imidlertid med visse uttalelser som viser at bestemmelsen ikke er ment slik, og at forslaget deres kun er ment som en innstramming i forhold til tidligere rettstilstand. Kommisjonen fremholder at ”det fortsatt må være mulig med midlertidige forføyninger mot ytringer, men ser et behov for å stramme inn vilkårene.”<sup>36</sup> De aktuelle uttalelsene fra Ytringsfrihetskommisjonen, samt uttalelsene om

---

<sup>35</sup> NOU 1999:27 s.166

<sup>36</sup> NOU 1999.27 s.177

spørsmålet i meldingene fra departementet, innstillingen til Stortinget og debatten i Stortinget er gjengitt i sin helhet i ”Vedlegg 1”.

På bakgrunn av ”Vedlegg 1” kan man konkludere med at det fremgår indirekte av forarbeidene at man må innfortolke enda et unntak.

I Rt.2007.404 ble det foretatt en noenlunde tilsvarende gjennomgang av forarbeidene. Høyesterett konkluderte i avsnitt 54 med at ”Grunnloven § 100 fjerde ledd ikke er til hinder for at midlertidige forføyninger (...) i særlige tilfelle kan brukes for å stanse ytringer.”

Problemet blir etter dette *for det første* å finne frem til hva unntaket nærmere består i. Det må klarlegges hvorvidt det er ”irreversible skader” som er vurderingstemaet, eller om det skal foretas en interesseavveining, se punkt 3.3.2. *For det annet* må det, uansett hvilket vurderingstema som legges til grunn, nærmere vurderes hva som ligger i begrepet ”irreversible skader”, se punkt 3.3.4.

En presis definering av vurderingstemaet er særlig viktig i forhold til ytringer som innebærer en krenkelse av opphavsretten. Slike ytringer vil, dog med visse unntak, ofte ikke kunne sies å være ”viktige ytringer” sett opp i mot ytringsfrihetens begrunnelser, i tillegg til at disse også ofte går inn under kategorien ”kommersielle ytringer” og dermed nyter et svakt vern. Med andre ord vil det være større adgang til å stanse slike ytringer dersom det skal skje en interesseavveining, enn dersom det kun skal skje en vurdering av om skaden er reversibel eller irreversibel.

### 3.3.2 Hva er vurderingstemaet for unntaket?

#### 3.3.2.1 Hva foranlediger problemstillingen?

Problemstillingen er foranlediget av departementets uttalelse i St.meld.nr.42 (1999-2000) s.27, hvor det heter at § 100 (4) til en viss grad åpner for inngrep ut fra en ”interesseavveining.” Denne uttalelsen ble fulgt opp av departementet i St.meld.nr.42

(2003-2004) s.120. Det kan synes som om departementet *tolker* kommisjonen dit hen at det skal foretas en interesseavveining, når de formulerer seg på den måten de gjør (jf. ”På bakgrunn av kommisjonens utredning må det etter dette legges til grunn at ...”). Begrepet ”interesseavveining” eller lignende begreper er imidlertid overhodet ikke nevnt i utredningen. Det tales der kun om hvorvidt ytringen kan føre til ”irreversible skader”. Spørsmålet blir derfor hva kommisjonen og departementet på hver sin side har ment, og til syvende og sist hvilken av løsningene Stortinget vedtok den 30. september 2004.

I Rt.2007.404 uttaler Høyesterett i avsnitt 54 at midlertidige forføyninger ”i særlige tilfelle kan brukes til å stanse ytringer.” På bakgrunn av gjennomgangen av forarbeidene i avsnittene 47-53, og de drøftelsene de senere foretar i avsnittene 78-79, er det ikke grunn til å tro at Høyesterett her har ment å innføre enda et vurderingstema.

Det er likevel bred enighet om et grunnleggende utgangspunkt: Det finnes tilfeller der etterfølgende ansvar ikke gir tilstrekkelig vern. Dette fremgår av utredningen på s.176 hvor kommisjonen anerkjenner at ”det kan finnes omstendigheter som gjør at normalordningen med etterfølgende ansvar ikke vil gi tilstrekkelig vern for kolliderende interesser”, sammenholdt med liknende uttalelser flere steder i forarbeidene, både fra Ytringsfrihetskommisjonen, Justisdepartementet, kontroll- og konstitusjonskomiteen, og flertallet i Stortinget ved voteringen, og med uttalelser fra Høyesterett i Rt.2007.404.

### 3.3.2.2 Om de forskjellige vurderingstemaene

En **interesseavveining** gir som begrepet tilsier anvisning på en avveining mellom forskjellige interesser. Når man skal fastlegge hva departementet har lagt i begrepet, må man vurdere to mulige tolkninger. *På den ene siden* kan man tale om en avveining mellom ytringsfriheten på den ene siden, og de interesser som taler for inngrep i ytringsfriheten på den annen side, altså den samme generelle avveiningen som ved vurderingen av ytringsfrihetens materielle grenser. *På den annen side* kan man kun se hen til den skadelidendes interesser, slik tilfellet er ved den ensidige vurderingen av ”irreversible

skader”. Ved en slik vurdering vil man etter min mening likevel aldri kunne foreta en avveining av interesser i ordenes rette forstand.

Departementet kommer med en uttalelse i St.meld.nr.42 (1999-2000) som skaper en viss uklarhet. På s.25 gjengir de hva kommisjonen angivelig uttaler generelt om fjerde ledd: ”[F]orslaget åpner for inngrep også i visse andre tilfeller, forutsatt at inngrepet ikke er begrunnet i et ønske om å føre kontroll med hvilke ytringer som fremsettes.” Dette kan på den ene siden tale for at departementet har forutsatt at det er en ensidig vurdering av skadevirkningene som skal foretas under begrepet ”interesseavveining”. På den annen side er det uklart hvilke typer av inngrep denne uttalelsen retter seg mot. På s.27 i samme stortingsmelding taler departementet om forhåndskontroll som er begrunnet i andre hensyn enn å legge bånd på ytringsfriheten, kontroll som ”utelukkende skal ivareta sikkerhetshensyn, og som ikke retter seg mot innholdet i ytringene”. Hvis uttalelsen på s.25 retter seg mot kontroll begrunnet i sikkerhetsmessige hensyn, taler dette for at interesseavveiningen er ment for andre tilfeller enn den typiske forhåndskontroll, og at departementet legger seg på samme linje som kommisjonen i forhold til vurderingstemaet.

Når departementet taler om en ”interesseavveining” har det etter min mening likevel presumsjonen for seg at det er snakk om den førstnevnte tolkningen av begrepet, nemlig en *generell avveining mellom ytringsfriheten og de hensyn som taler for inngrep i ytringsfriheten*. En slik forståelse legger også Høgberg til grunn.<sup>37</sup>

Ved en vurdering av ”**irreversible skader**” vil man kun konsentrere seg om de skadevirkningene ytringen bringer med seg. Dette blir således en mer ensidig vurdering, der man utelukkende vurderer om skaden er reversibel eller irreversibel. Hvis den er reversibel, vil midlertidig forføyning ikke kunne gis. I motsatt fall, hvis skaden er irreversibel, vil midlertidig forføyning kunne gis. Det er altså snakk om et unntak/vilkår som teoretisk sett vil kunne avgrenses til en konstant størrelse, der visse typer skader alltid

---

<sup>37</sup> Høgberg s.469

er reversible, mens andre aldri vil være det. Den konkrete ytringen sett opp mot ytringsfrihetens begrunnelser vil ikke være av direkte relevans i denne vurderingen.

Ytringsfrihetens begrunnelser og ønsket om å begrense forhåndskontroll til et absolutt minimum, vil derimot indirekte vernes ved at listen for hva som anses for å være ”irreversible skader” kan legges høyt. På denne måten vernes ytringsfriheten generelt, i stedet for gjennom konkrete avveininger mellom ytringer og deres skadelige konsekvenser. Et slikt generelt vern er i tråd med Eggens synspunkt om at det ved de konkrete vurderingene er lett å overse ytringsfriheten som overordnet interesse, grunnet dens abstrakte natur.<sup>38</sup>

### 3.3.2.3 Konklusjon

Hvilket vurderingstema som skal legges til grunn beror på en konkret avveining av de foreliggende rettskildefaktorer. Man må se hen til hvordan *forarbeidene*, *rettspraksis*, *juridisk teori* og *reelle hensyn* stiller seg til spørsmålet.

Det er to uttalelser i **forarbeidene** som kan tas til inntekt for at det skal foretas en *interesseavveining*, foruten stortingsmeldingene som begge støttet dette alternativet. I tillegg støttet kontroll- og konstitusjonskomiteen seg til de kommentarene departementet kom med i stortingsmeldingen fra 2004, og kan således sies å støtte forslaget til interesseavveining.<sup>39</sup>

Den første uttalelsen finner vi i utredningen<sup>40</sup>. Slik kommisjonen her formulerer seg kan det synes som om det skal foretas en interesseavveining. ”Ytringens innhold og form” knytter seg til ytringen på den ene siden, mens ”særlige omstendigheter hos ”mottakergruppe” knytter seg til den skadelidendes interesser på den andre siden.

---

<sup>38</sup> Punkt 3.1

<sup>39</sup> Innst.S.nr.270 (2003-2004) s. 48

<sup>40</sup> NOU 1999:27 s.176, 2.spalte,4.avsnitt

Den andre uttalelsen kom under stortingsforhandlingene: "[D]et må kreves klart sterkere grunner for å gripe inn mot en ytring gjennom forhåndskontroll enn det som må kreves for å gjøre ansvar gjeldende i etterkant."<sup>41</sup> Den relativiteten Stortinget her gir uttrykk for kan muligens tas til inntekt for at Stortinget har ment at det skal foretas en interesseavveining i forhold til den konkrete ytringen.

Forarbeidene gir også holdepunkter for at det er "*irreversible skader*" som er vurderingstemaet. For det første uttales det flere steder at ytringsfriheten skal styrkes gjennom grunnlovsendringen. Dette fremgår også av det grunnlovsforslaget som ble vedtatt, som oppstiller et kategorisk forbud. Ved en interesseavveining vil det i realiteten kanskje ikke skje en styrking, all den tid en slik avveining åpner for at forbudet kan uthules over tid.

Imidlertid kan ytringsfrihetens vern også bli gradvis svekket med "*irreversible skader*" som vurderingstema, ved at listen for hva som regnes som "*irreversibel skade*", gjennom rettspraksis, legges lavt. Dette vil trolig likevel ikke skje, da forarbeidene, om få, gir visse klare holdepunkter for hvilke skader som regnes for irreversible, så som krenkelse av rikets sikkerhet og privatlivets fred.

For det annet vil man gjennom en interesseavveining i realiteten snike inn en materiell vurdering under den formelle vurderingen. Dette kan føre til at "de typisk mindre viktige" ytringene vil nyte et dårligere vern mot forhåndskontroll enn "de typisk viktige" ytringene.

For det tredje; løsningen med en interesseavveining ligner på forslaget til § 100 (3) om forhåndssensur som departementet i 2004 tilrådet. Denne bestemmelsen inneholdt en uttrykkelig interesseavveining.<sup>42</sup> Dette forslaget til grunnlovstekst ble ikke vedtatt. Det går dessuten frem av forarbeidene at midlertidige forføyninger skal vurderes etter fjerde ledd.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Stortingsforhandlinger s.3585

<sup>42</sup> St.meld.nr.26 (2003-2004) s.181

<sup>43</sup> St.meld.nr.42 (1999-2000) s.27

Det kan endelig nevnes at begrepet ”interesseavveining” ikke er nevnt med et eneste ord i utredningen. Som jeg tidligere har nevnt, er det utredningens grunnlovsforslag som Stortinget i hovedsak sannsynligvis ga sin tilslutning til ved voteringen. Dessuten er det allerede foretatt en konkret interesseavveining ved den materielle vurderingen etter annet ledd. Hvis man foretar enda en interesseavveining i forhold til fjerde ledd, vil vurderingen i realiteten smelte sammen, og skillet mellom den formelle og den materielle ytringsfriheten viskes ut.

**Høyesterett** sender i Rt.2007.404 ut litt sprikende signaler, og det er til dels vanskelig å få tak på hvilken fremgangsmåte som benyttes. I avsnitt 52 siterer Høyesterett flertallet i Stortinget. Saksordføreren taler ikke om noen interesseavveining, men viser derimot til kommisjonens forslag: ”Flertallet har merket seg at Ytringsfrihetskommisjonen mener at midlertidige forføyninger må kunne brukes også med den strenge bestemmelsen om forhåndssensur som kommisjonen går inn for.” I avsnitt 53 konkluderer Høyesteretts flertall med at det er komiteens forslag som blir vedtatt. Etter dette skulle man tro at det er kommisjonens fremgangsmåte Høyesterett indirekte gir sin tilslutning til.

I avsnitt 76-80 kommer derimot Høyesterett med uttalelser som forutsetter en annen løsning enn den som tilsynelatende er valgt i avsnitt 52-53. Uttalelsene i 76-80 tyder på at det skal foretas en interesseavveining. I avsnitt 77 taler Høyesterett om at inngrepet ”griper direkte inn i kjernen av ytringsfriheten, og at dette ”er en forhåndssensur som etter fjerde ledd i utgangspunktet ikke er tillatt, og hvor hensynet til ytringsfrihet står særlig sterkt.” I avsnitt 78 følges dette opp med setningen: ”Mot dette står vern av liv og helse.” Det er her nærliggende å forstå Høyesterett dit hen at det åpnes for en relativ vurdering, der jo nærmere man kommer kjernen av ytringsfriheten, jo mer skal det til for at ytringen kan stanses på forhånd. Dette slås også fast i avsnitt 80 hvor det tales om en konkret avveining mellom forhåndsinngrepet og de ”universelle prosesser ytringsfriheten skal verne.” Hvorvidt publisering kan føre til ”irreversible skader” blir behandlet i avsnitt 78-79. Slik Høyesterett legger opp argumentasjonen vil skadepotensialet kun være et moment i den

konkrete avveiningen, og ikke et absolutt unntak/vilkår slik Ytringsfrihetskommisjonen legger opp til.

Slik tolker også forfatterne av **Tvistelovkommentaren** Høyesterett.<sup>44</sup>

**Høgberg** uttaler at ”lovgivers intensjon med Grl. § 100 fjerde ledd er at midlertidig forføyning nå bare kan besluttes etter en konkret avveining mellom de hensyn som taler for forføyning, og de hensyn som taler for ytringsfrihet.”<sup>45</sup> Med denne uttalelsen synes hun å legge seg på linje med Høyesteretts, departementets og tvistelovkommentarens regel.

Endelig må man spørre seg om det finnes **reelle hensyn** som taler i den ene eller andre retning.

*På den ene siden vil man for det første, med ”irreversible skader” som vurderingstema, få en retts teknisk enkel regel. Begrepets innhold vil gjennom rettspraksis kunne klarlegges over tid, til en mer eller mindre gitt, objektiv størrelse. Ved en interesseavveining vil det derimot alltid foreligge en relativitet i den forstand at ingen ytringer i teorien er like sett opp i mot ytringsfrihetens begrunnelser. Det faktum at det alltid må foretas en konkret avveining mellom to størrelser gjør det vanskeligere å skape en forutberegnlig rettstilstand for den som vurderer å begjære midlertidige forføyning mot en upublisert ytring.*

For det annet kan det sies at man ved en vurdering av de skadelige konsekvensene *i teorien ikke fører kontroll med hvilke ytringer som fremsettes*. Selv om det i praksis vil skje et inngrep overfor den aktuelle ytringen, er dette ikke begrunnet i ytringens innhold. Således vil de argumenter som taler mot forhåndskontroll ikke gjøre seg like sterkt gjeldende. Dette uttaler også kommisjonen på s.246, når de fremholder at ”den midlertidige forføyningen i slike tilfeller ikke brukes for å stanse en ytring man misliker, men for å hindre en ellers uopprettelig skade.”

---

<sup>44</sup> Tvistelovkommentaren s.1558

<sup>45</sup> Høgberg s.469



*På den annen side vil man med en interesseavveining få en mer fleksibel regel, som i mange tilfeller kan gi et mer rimelig resultat (med en reservasjon for hva man regner for rimelig).*

Man står altså med hensynet til konkret rimelighet mot hensynet til forutberegnlighet gjennom en retts teknisk enklere regel, som i lengden kan avlaste domstolen fra å måtte ta stilling til unødige begjæringer om midlertidig forføyning. De foreliggende reelle hensynene taler i begge retninger, og gir ikke noen entydig veiledning.

Etter dette skulle **konklusjonen**, på bakgrunn av uttalelsene i rettspraksis og juridisk teori, være at det skal foretas *en interesseavveining*.

Jeg mener likevel at dette ikke kan bli resultatet, og at det må pekes på visse nyanser.

Når det gjelder departementets uttalelser i St.meld.nr.42 (1999-2000), har **Eggen**<sup>46</sup> en klar oppfatning av disse. Hans oppfatning taler for at man ikke kan legge vekt på de nevnte uttalelsene.

At **Høyesterett** argumenterer slik de gjør kan blant annet forklares med at situasjonen var litt spesiell: Det var snakk om en i utgangspunktet lovlig ytring som ble vurdert stanset ut i fra nødrettsbetraktninger. I en nødrettssituasjon vil det nødvendigvis måtte foretas en interesseavveining. Dette er et forhold som forfatterne til **tvistelovkommentaren** muligens ikke har tatt i betraktning. De skriver at analysen av hvordan og i hvilken utstrekning inngrepet vil forstyrre ytringsfrihetens tre prosesser, er ”fremhevet i Grunnloven § 100 fjerde ledd (avsnitt 73).”<sup>47</sup> Dette må etter min mening bero på en misforståelse, da dette ikke er fremhevet i fjerde ledd. En slik løsning var som tidligere nevnt foreslått, men ble ikke vedtatt. Videre henviser forfatterne, når de henviser til avsnitt 73 i dommen, til en

---

<sup>46</sup> Eggen s.278 (fotnote 55)

<sup>47</sup> Tvistelovkommentaren s.1558

gjennomgang av forarbeidene til § 100 (2). Avsnitt 73 i dommen inngår som et ledd i Høyesteretts drøftelse av det materielle spørsmålet. Det er som tidligere nevnt klart at midlertidige forføyninger skal vurderes etter § 100 (4), og at denne ikke inneholder noen uttrykkelig interesseavveining.

Da foreliggende juridisk teori, med unntak av Eggen, etter min mening bygger på en misforståelse, og Rt.2007.404 på bakgrunn av at ytringen var lovlig ikke kan sies å ta endelig stilling til spørsmålet, kan man etter dette **konkludere** med at det ikke skal foretas en interesseavveining, men *en ensidig vurdering av hvorvidt skaden er "irreversibel"*. Det faktum at Høyesterett uttaler at kommisjonens forslag ble vedtatt, taler også for at dette må bli løsningen. I motsatt fall vil man dessuten viske ut skillet mellom den formelle og materielle ytringsfriheten, et skille som tydelig er forutsatt i Grunnloven. Fjerde ledd vil således reduseres fra å være selvstendig regel, til å bli et moment i en større avveining.

#### 3.3.2.4 Fremgangsmåten ved en konkret vurdering

På bakgrunn av den grundige gjennomgangen ovenfor av hva vurderingstemaet er, må vurderingen, for å ha noen realitet, komme *etter* den materielle vurderingen i tid, som en absolutt skranke (Fremgangsmåte 1). Sagt på en annen måte; "irreversibel skade" må ses på som *et absolutt unntak*.

Hvis man vurderer fjerde ledd først, for deretter å vurdere annet ledd, vil fjerde ledd ikke oppstille noen absolutt skranke mot forhåndskontroll. Den løsningen man da får er at det i realiteten ikke er noe skille mellom den formelle og materielle ytringsfriheten, og at forhåndskontroll skal vurderes etter den samme interesseavveiningen som etter annet ledd. Dette er akkurat det jeg i det foregående kapitlet har argumentert for at ikke er lovgivers intensjon.

Et slikt synspunkt kan også sies å ha støtte i Eggens fremstilling av ytringsfriheten. Eggen taler om forhåndssensur overfor voksne, som en side av ytringsfriheten som nyter et "absolutt vern", jf. overskriften i punkt 5.3 på s.274.

Alternativt kan man ”hoppe over gjerdet der det er lavest”, og vurdere forhåndskontroll på et tidligere stadium; *etter* at lovskravet, jf. § 100 (2) 2.pktm er vurdert, men *før* avveiningen etter § 100 (2) 1.pktm.. Hvis man skulle komme til at skaden er irreversibel i grunnlovens forstand, vil inngrep alltid måtte skje. Man har således ingen foranledning til å foreta avveiningen etter annet ledd. (Fremgangsmåte 2).

I Sangtekstsaken fra Trondheim tingrett<sup>48</sup> benyttes en metode som ligner ”Fremgangsmåte 1”. Retten vurderte først hvorvidt lovskravet var oppfylt, og kom til at det objektive gjerningsinnholdet i strl. § 247 var oppfylt. Deretter ble ytringen vurdert opp mot ytringsfrihetens begrunnelser, og funnet ulovlig. Utgangspunktet skulle etter dette likevel være at midlertidig forføyning ikke kunne besluttes med mindre ytringen ville medføre en irreversibel skade. Tingretten kom til at ærekrenkelsen ikke var irreversibel, og at en midlertidig forføyning således innebar et ulovlig inngrep i ytringsfriheten.

### 3.3.3 Hvilke interesser er åndsverkloven satt til å beskytte?

#### 3.3.3.1 Innledning

Ragnar Knoph skrev i 1936 at ”ophavsretten hviler på både økonomiske og ideelle hensyn, og derfor får en egenartet, tvesidig karakter.”<sup>49</sup>

I det følgende vil det kort gjøres rede for de rettigheter av økonomisk og ideell art som åndsverkloven oppstiller. Dette vil kunne danne bakgrunnen for en mulig grensedragning: Visse rettighetskrenkelser vil muligens falle innenfor begrepet ”irreversible skader i grunnlovens forstand”. Andre kan kun kanskje regnes for å være ”irreversible skader i språklig forstand”, eventuelt også *reversible* i språklig forstand.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> TTRON-2007-065456

<sup>49</sup> Knoph s.147

<sup>50</sup> Se punkt 3.3.4.1

### 3.3.3.2 Opphavsrettighetshavers økonomiske interesser

Åndsverkloven gir rettighetshaveren til åndsverket en enerett til å råde over åndsverket sitt. Eneretten fungerer som et vern for rettighetshaverens økonomiske interesser, og inkluderer to hovedtyper rettigheter; *enerett til å fremstille eksemplarer av verket*, og *enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten på alle tenkelige måter*. Med Knoph kan man si det slik at opphavsmannen skal sikres ”adgang til å høste økonomisk vederlag for det arbeide det har kostet ham.”<sup>51</sup>

I praksis er det kun *eneretten til tilgjengeliggjøring* som avhandlingens tema retter seg mot. Selv om det kanskje kan tenkes eksemplarframstillinger som også skjer som ledd i en ytring, vil dette sannsynligvis høre med til sjeldenhetene.

### 3.3.3.3 Opphavsmannens ideelle interesser

I motsetning til de økonomiske rettighetene, som tilfaller rettighetshaveren enten han er opphavsmann eller kun innehaver av rettighetene, er de ideelle rettighetene kun bestemt for opphavsmannen. Begrunnelsen for at det er slik fremgår logisk av rettighetenes innhold.

De ideelle interesser en opphavsmann kan sies å ha, kan avgrenses negativt, i den forstand at de omfatter alle ikke-økonomiske interesser knyttet til verket.<sup>52</sup> Knoph fremhever særlig to hensyn som den ideelle rett er satt til å verne; de kunstneriske hensyn og de personlige hensyn.

Én ting er hvilke *interesser* opphavsmannen kan sies å ha, en annen er hvilke interesser åndsverkloven *uttrykkelig verner gjennom lovens bestemmelser*.

I norsk rett betegnes rettighetene som ideelle rettigheter, mens de på fransk, tysk og engelsk omtales som henholdsvis ”le droit moral”, ”Persönlichkeitsrecht” og ”moral rights”.

---

<sup>51</sup> Knoph s.85  
<sup>52</sup> Knoph s.149

Åndsverklovens ideelle rettigheter finnes i §§ 3,11,39,39a,39k,47 og 48. I all hovedsak dreier bestemmelsene seg om to rettigheter; *navngivelsesretten* og *respektretten*. Disse rettighetene fremgår av § 3 (1) og (2). De øvrige bestemmelsene er i realiteten presiseringer omkring disse rettighetene, og vil ikke bli omtalt. I tillegg kan man tolke eneretten i § 2 slik at den, i tillegg til en økonomisk, også har en ideell side (*den ideelle eneretten*).

**Retten til navngivelse** fremgår av åvl. § 3 (1), og innebærer en rett for opphavsmannen til å bli navngitt ”slik som god skikk tilsier”.

I § 3 (2) finner man det som ofte omtales som **respektretten**. Etter bestemmelsens ordlyd aktualiseres respektretten i de tilfeller der andre *er gitt en rett* til å endre eller tilgjengeliggjøre verket, samt for de tilfeller der lånereglene i åndsverkloven kapittel 2 slår inn, jf. § 11. Hvis derimot opphavsmannen *ikke har gitt vedkommende rett* til å endre eller tilgjengeliggjøre verket, vil respektretten falle sammen med den ideelle eneretten. Krenkende bruk eller endringer av et ikke-offentliggjort åndsverk som opphavsmannen ikke har gitt ytreren samtykke til å offentliggjøre, vil innebære en krenkelse av *både* respektretten *og* den ideelle eneretten.

Retten innebærer i hovedsak at endringer i verket ikke må krenke opphavsmannens eller verkets anseelse eller egenart. Men det er ikke bare endringer som kan være krenkende for opphavsmannen eller verket; også sted, tid og måten verket presenteres på (konteksten), kan anses å være krenkende etter bestemmelsen, selv om verket ikke endres.<sup>53</sup>

Respektretten er relativ i den forstand at dens styrke avhenger av hva slags type verk det er snakk om.<sup>54</sup>

Respektretten sonderer i tillegg mellom hva som krenker *opphavsmannens* anseelse eller egenart, og hva som krenker *verkets* anseelse eller egenart. ”Selv om det riktignok er slik at

---

<sup>53</sup> Stray Vyrje s.218

<sup>54</sup> Schmidt s.164

en krenkelse av verket normalt også vil være en krenkelse av opphavsmannen, er det nemlig i mange tilfelle langt mer naturlig å si at det er verket som krenkes, og det kan også tenkes at et verdifullt verk kan være krenket og profanert uten at det er naturlig å si at det har skjedd en krenkelse av opphavsmannens egenart eller anseelse.”<sup>55</sup> Det må videre nevnes at det ikke er opphavsmannens egen oppfatning som er avgjørende for hva som er en krenkende bruk eller endring av verket. Det avgjørende er om handlingen etter en objektiv vurdering går ut over det opphavsmannen må finne seg i i henhold til loven.

Ved vurderingen i forhold til opphavsmannen må det imidlertid gjøres enda en sontring. Man må skille mellom opphavsmannens anseelse eller egenart *som opphavsmann* (til verket), og opphavsmannens anseelse eller egenart *som menneske*.

Spørsmålet ble behandlet av Kyrre Eggen i en utredning for Norsk Redaktørforening<sup>56</sup> i forbindelse med spørsmålet om redaktørers adgang til å benytte journalistisk produsert materiale under en journaliststreik. I punkt 3.1 uttaler han: ”At navngivelse kan innebære en risiko for skade på streikende journalisters personlige omdømme, beskyttes ikke av de ideelle rettighetene til opphavsmenn, men er eventuelt et spørsmål om ærekrenkelsesreglenes anvendelsesområde.”

Det er ikke vanlig i juridiske fremstillinger å ta med flere rettigheter inn under kategorien ”ideelle rettigheter”. Knoph innlemmer imidlertid **eneretten**, som han mener er en viktig del av den ideelle rett<sup>57</sup>, og som jeg også mener at har meget gode grunner for seg.

Det må imidlertid skilles mellom der åndsverket er offentliggjort og der det ikke er offentliggjort. Det er kun når åndsverket ikke er offentliggjort at man kan tale om at opphavsmannen har en ideell enerett. Eksempelvis kan det tenkes at opphavsmannen har som politikk at verket ikke skal spres, eller at det ikke er tenkt offentliggjort.

---

<sup>55</sup> Stray Vyrje s.219

<sup>56</sup> Eggen NR

<sup>57</sup> Knoph s.151

I forlengelsen av dette, om man har bestemt seg for å publisere verket, har man også en rett til å avgjøre *hvordan* man vil gjøre dette. Opphavsmannen kan f. eks ha tenkt seg et spesielt medium åndsverket skal publiseres i, eller et spesielt tidspunkt dette skal skje på.

#### 3.3.3.4 Åndsverklovens ideelle rettigheters tilgrensende rettigheter

I forhold til avhandlingens tema vil det i utgangspunktet kun være relevant å se hen til hvilke krenkelser av opphavsmannens ideelle rettigheter som eventuelt vil kunne regnes for å være ”irreversible skader”.

For å få et større overblikk, kan det likevel være av interesse å se hen til tilgrensende rettigheter, som tangerer opphavsrettens ideelle rettighetsvern. Det finnes jo ideelle interesser en opphavsmann som menneske er interessert i at skal beskyttes, men som ikke vernes uttrykkelig av åndsverkloven. Det er selvfølgelig ingenting i veien for at man kan få stanset en ytring gjennom andre rettsgrunnlag.

Eggen fremhever uttrykkelig at skader på **privatlivet** er et eksempel på en skade av ikke-økonomisk art som ikke kan kompenseres ”ved pekuniære sanksjoner”.<sup>58</sup> Dette kommer også eksplisitt frem i utredningen.<sup>59</sup> Det forutsettes i avhandlingen at det siktes til de handlinger som omfattes av forbudet i strl. § 390 og EMK. art.8.

Videre støter man også an mot reglene om **ærekrenkelser** i strl. §§ 246 flg. Der en forestående ytring vil medføre en ærekrenkelse i straffelovens forstand, vil det oppstå spørsmål om hvorvidt det er adgang til å beslutte midlertidige forføyninger, jf. unntaket fra forbudet mot forhåndskontroll ved ”irreversible skader”. Eggen nevner uttrykkelig ærekrenkelser som en skade av ”ikke-økonomisk art som kan kompenseres økonomisk”.<sup>60</sup> Han fremholder at ”dommen som statuerer etterfølgende ansvar vil bidra til å gjenopprette

---

<sup>58</sup> Eggen s.592

<sup>59</sup> NOU 1999:27 s.177-178

<sup>60</sup> Eggen s. 592

æren til den omtalte, samtidig som ileggelse av erstatningsansvar vil fungere som økonomisk kompensasjon for den skade den omtalte har lidt.”<sup>61</sup> For så vidt angår de usanne ærekrenkelsene<sup>62</sup>, er jeg enig i Eggens konklusjon.

Retten til privatlivets fred eller reglene om ærekrenkelser utdypes ikke nærmere generelt, annet enn at de berøres der rettighetene har en grenseflate mot de ideelle opphavsrettighetene.

### 3.3.4 Begrepet ”irreversible skader”

#### 3.3.4.1 Skillet mellom begrepet i språklig forstand og i grunnlovsmessig forstand

Man må skille mellom begrepet i *språklig* (vid) og i *grunnlovsmessig* (snever) forstand. Selv om noe etter en naturlig språklig fortolkning av begrepet innebærer en irreversibel skade, kan man ikke automatisk konkludere med at lovgiver har ment at den samme skaden burde regnes som irreversibel i grunnlovens forstand.

Når jeg taler om ”**i språklig forstand**”, menes en naturlig fortolkning av ordet, *sammenholdt* med visse uttalelser i forarbeidene. Det er således ikke en *utelukkende, ren* språklig forståelse. Når man vurderer hvilke skader som i språklig forstand går inn under begrepet, sier man egentlig noe om *arten* av skader som omfattes. Jeg kommer nærmere tilbake til begrepet under punkt 3.3.4.2.

Når jeg taler om ”**i grunnlovsmessig forstand**”, menes en snevrere gruppe av tilfeller, innenfor de irreversible skadene ”i språklig forstand”. Skillet henger sammen med visse uttalelser fra kommisjonen som indirekte synes å innebære et det må gjøres et slikt skille. Kommisjonen uttaler at irreversibel skade er en skade som ikke ”*tilfredsstillende* kan kompenseres”<sup>63</sup> ved etterfølgende ansvar. Dette kan tyde på at kommisjonen har sett at visse typer krenkelser *teoretisk sett* (jf. begrepet ”i språklig forstand”) ikke kan

---

<sup>61</sup> Eggen s. 592 (Note 722)

<sup>62</sup> Se punkt 3.3.4.2.1

<sup>63</sup> NOU s. 246



gjenopprettes gjennom etterfølgende ansvar (erstatning, dom eller lignende), men at en sum penger i mange sammenhenger *i praksis* vil være en grei ”erstatning” for den fornærmede (jf. begrepet ”i grunnlovsmessig forstand”). Problemstillingen er altså hvilke krenkelser som ikke ”tilfredsstillende” kan repareres ved erstatning for ikke-økonomiske skader (oppreisning). Disse uttalelsene synes å vise til at det kreves *en viss grad av alvorlighet* før en irreversibel skade i språklig forstand kan regnes for irreversibel i grunnlovens forstand. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.3.4.3.

Med ”skade” menes uønskede konsekvenser som følge av ytringen (sett fra siden til den som ytringen berører).

### 3.3.4.2 Begrepet i språklig forstand – arten av skader

#### 3.3.4.2.1 Generelt

Kommisjonen definerer ”irreversibel skade” som ”skade som ikke tilfredsstillende kan kompenseres ved etterfølgende økonomisk ansvar (en pengeskade er alltid reversibel) eller annet etterfølgende ansvar.” Utover dette sies ingenting om hva som konkret ligger i begrepet, med unntak av at det gis et par eksempler (hensynet til rikets sikkerhet og privatlivets fred).

Prinsipielt kan man angripe begrepet fra to sider. Man kan definere hva som regnes for ”reversibel skade”, og slutte motsetningsvis at alle andre skader er irreversible (en *negativ* fremgangsmåte). Eller man kan gå direkte på ”irreversibel skade” og prøve å definere *positivt* hva som må regnes for irreversible skadelige konsekvenser.

Den enkleste fremgangsmåten er kanskje en mellomløsning; å finne de klare ytterpunktene, for deretter å angripe det problematiske grenselandet.

Kommisjonen uttaler at ”pengeskader” alltid er reversible, og oppstiller således **det ene ytterpunktet**. Hva menes så med begrepet ”pengeskade”? Begrepet finnes ikke i noen

ordbøker, og er heller ikke et vanlig begrep i norsk juridisk litteratur. En sannsynlig tolkning av begrepet er at den skadelidende må ha hatt et økonomisk tap, altså en skade som i teorien kan rettes opp igjen ved at det ytes en sum penger til den skadelidende. Man kan tale om at den forhenværende tilstanden blir gjenopprettet ved at den skadelidende får den summen penger han mistet eller gikk glipp av.

**Det andre ytterpunktet** vil naturlig være enkeltmenneskers liv og helse. ”Liv” er én ting; døden må regnes for det absolutte ytterpunkt. *Helse* derimot kan man diskutere hvor langt rekker. I forhold til opphavsrettskrenkelser vil det være den psykiske helsen som blir skadelidende.

Etter dette kan man ta stilling til de skader som ligger **i grenseland**. Det er her de vanskelige spørsmålene oppstår. Selv om noe ikke kan regnes for å være en pengeskade, kan man ikke slutte motsetningsvis at skaden alltid er irreversibel. Det kan tenkes skader som ikke er pengeskader, men som likevel må regnes for reversible. Og motsatt; selv om noe ikke går ut over enkeltmenneskers liv og helse, kan man ikke slutte motsetningsvis at skaden alltid er reversibel. Man må angripe begrepet positivt.

Begrepet ”irreversibel” er antonymet til begrepet reversibel. Med ”reversibel” menes noe som kan snus/vendes. Motsatt vil ”irreversibel” bety noe som ikke kan snus/vendes. I vårt tilfelle er spørsmålet hvorvidt den tilstanden som ytringen skaper kan vendes, eller om den tilstanden som skapes aldri kan forandres (den tilstanden som forsvinner aldri kan bringes tilbake igjen). ”Uopprettelig”, ”ugjenopprettelig” og ”irreparabel” er andre begreper som også er benyttet, og som i denne sammenhengen må bety det samme. Man kan altså muligens oppstille som vurderingstema at krenkelsen som utgangspunkt må føre til *varige* (evige) tilstander.

Hva kan skape slike varige tilstander? Når forarbeidene skal definere ”irreversibel skade” nevnes kun visse krenkelser av *privatlivets fred* og *rikets sikkerhet* som eksempler. Hvis man skal finne en fellesnevner mellom disse to eksemplene, må det være at det er

opplysningene i seg selv som er beskyttelsesverdige. Opplysningene er av en slik art at de bør holdes lukket. Med en gang de er sluppet ut kan de aldri tas tilbake.

Forarbeidene nevner ikke *ærekrenkelser*. Reglene må likevel kort nevnes for å illustrere skillet mellom de reversible og de irreversible skader. Man må skille mellom usanne og sanne ærekrenkelser. Ved usanne ærekrenkelser har man mulighet til å ta til motmæle; det kan i etterkant fastslås at noe ikke er sant, og æren gjenopprettes, enten dette skjer ved dom, i media eller på annen måte. Det er ikke i seg selv det faktum at opplysningen har kommet ut som er skadelig; det er innholdet i opplysningen. En sann ærekrenkelse derimot, der opplysninger som fra før av ikke er kjent offentliggjøres, vil i språklig forstand kunne føre til irreversible skader.

Reelt er ikke skillet mellom de sanne og de usanne ærekrenkelsene særlig praktisk. De sanne rettsstridige/utilbørlige ærekrenkelsene vil for alle praktiske formål konsumeres av bestemmelsen om privatlivets fred.<sup>64</sup> Skillet blir her foretatt som et hjelpemiddel for tanken.

I den tidligere nevnte Sangtekstsaken kom retten til at det forelå en ærekrenkelse etter strl. § 247. Retten fant heller ingen grunn til å betvile at ”tilgjengeliggjøring av sangen for allmennheten vil innebære vesentlig skade og ulempe for A i form av psykisk overlast, som privatperson og som polititjenestemann.”<sup>65</sup> Retten kom imidlertid til at fraværet av en midlertidig forføyning ikke kunne anses å medføre en irreversibel skade. Selv om tilfellet ikke er helt rent, da det ble tatt i betraktning et par andre omstendigheter, støtter dommen opp under grensedragningen mot de usanne ærekrenkelsene. De usanne ærekrenkelsene kan gjennom etterfølgende dom eller lignende gi vedkommende den ønskelige gjenoppsettelse. Dette illustreres også i dommen. Retten uttaler at det kan ”synes som om den påtalemessige avgjørelsen [i en eventuell etterfølgende straffesak mot A] (...) vil være mer avgjørende for den belastning A er påført som følge av saken, enn en kjennelse fra retten som (...) forbyr tilgjengeliggjøring av [ærekrenkelsen]”. Selv om uttalelsen i seg selv ikke angår skaden som

---

<sup>64</sup> NOU 2002:4, punkt 9.9.2

<sup>65</sup> TTRON-2007-65456

*ærekrenkelsen* fører til, kan man kanskje forstå den slik: At ærekrenkelsen isolert sett ikke innebærer en irreversibel skade. Den psykiske overlasten som A påføres er knyttet til den påtalemessige avgjørelsen, ikke ærekrenkelsen, og er uansett av midlertidig, ikke varig, karakter.

Etter dette kan man konkludere med at begrepet i språklig forstand setter den nedre grensen ved *offentliggjøring av opplysninger som tidligere ikke var kjent for allmennheten*. Straks opplysningen er kommet ut, kan den aldri tas tilbake. Det er opplysninger i seg selv som har det vernede kravet på hemmelighold, ikke om de fører til moralsk fordømmelse eller lignende (konsekvensene).

#### 3.3.4.2.2 Anvendt på opphavsretten

Når man anvender den språklige fortolkningen på opphavsretten, må man skille mellom offentliggjorte og ikke-offentliggjorte åndsverk. Ved *offentliggjorte* åndsverk vil synspunktet om opplysningenes vern ikke gjøre seg gjeldende, og krenkelser vil dermed ikke regnes for irreversible i språklig forstand. Dette gjelder i utgangspunktet både i forhold til opphavsrettens økonomiske og ideelle rettigheter. *Publisering av et ikke-offentliggjort* åndsverk derimot, hvor opphavsmannen ikke har bestemt seg for om han vil publisere eller ikke, kan muligens regnes for å innebære en irreversibel skade i språklig forstand, se under punkt 3.3.8.1.

#### 3.3.4.3 Begrepet i grunnlovsmessig forstand – skadens alvorlighetsgrad

##### 3.3.4.3.1 Generelt

Spørsmålet i det videre er om begrepet skal forbeholdes kun visse irreversible skader i språklig forstand; *om det kreves en viss grad av alvorlighet* før en skade vil være

irreversibel i grunnlovens forstand. Det sentrale er å fastslå hva lovgiver har ment med ”tilfredsstillende” kompensasjon i etterkant.<sup>66</sup>

Det man *i realiteten* gjør når man tar stilling til dette spørsmålet er at man indirekte foretar en avveining i forhold til ytringsfrihetens begrunnelser. Hvor høyt listen legges kan til en viss grad gjenspeile en interesseavveining, men da med hensynet til ytringsfriheten på den ene siden som en *konstant* størrelse, og hensynet til skadelidende på den annen side (som da blir vurderingstemaet). På denne måten vil ikke ytringens viktighet bli relevant i vurderingen, og de typisk ”viktige ytringer” etter den materielle vurderingen vil ikke ha et sterkere vern mot forhåndskontroll enn de typisk ”uviktige” ytringer.

For å ta stilling til hvor listen skal legges, må man se hen til de foreliggende rettskildedefaktorene. Grunnlovens tekst gir som nevnt ingen veiledning. Man må da se hen til *forarbeider, rettspraksis og juridisk teori*.

**Kommisjonen** uttaler at det bare er ”ytringer som vil føre til irreversible skadelige konsekvenser - som f. eks. visse ytringer knyttet til statens sikkerhet eller privatlivets fred – som bør kunne stanses.”

I Rt.2007.404 uttaler **Høyesterett** i avsnitt 79 at forhåndsinngrep normalt må ”ha grunnlag i vern av liv og helse for den enkelte person”. Dette kunne i utgangspunktet gi en indikasjon på hvor listen ligger. **Forfatterne av tvistelovkommentaren** henviser til Rt.2007.404, og uttaler på bakgrunn av denne at inngrep i første rekke antas å være aktuelt i ”nødrettssituasjoner”. Jeg har tidligere påpekt at forfatterne til tvistelovkommentaren sannsynligvis har oversett det faktum at det i dommen dreide seg om en i utgangspunktet lovlig ytring. Med dette som bakgrunn er det usikkert om uttalelsen fra Høyesterett (og således også tvistelovkommentaren) gjelder ”irreversible skader” som vurderingstema, eller om den må forstås som den ene interessen i nødrettsvurderingen Høyesterett foretar. Hvis

---

<sup>66</sup> NOU 1999:27, se vedlegg 1.

det siste er tilfellet, vil ikke uttalelsen være relevant i forhold til avgrensningen av ”irreversible skader” i grunnlovens forstand.

**Eggen** legger seg på nivå med utredningen når han uttaler at privatlivet til den omtalte er et eksempel på skade av irreversibel art, mens ærekrenkelsene er reversible.<sup>67</sup> Dette er kun en enkeltuttalelse i teorien, hvor forfatteren ikke utdyper sitt standpunkt nevneverdig, og man kan derfor stille spørsmålstegn ved hvor overveid uttalelsen er. I mangel av andre rettskilder, vil uttalelsen likevel kunne tjene som retningslinje.

Hvis man dermed sammenholder utredningen og Eggens uttalelser, vil listen ligge *ved krenkelser av privatlivets fred*.

Kommisjonen nevner imidlertid at det kun er ”visse”<sup>68</sup> ytringer knyttet til privatlivets fred som går inn under unntaket. Dette kan tyde på at kriteriet snevres ytterligere inn. En mulig forståelse av uttalelsen er at ikke alle privatlivskrenkelser er omfattet. Privatlivskrenkelsen må i tillegg oppfylle et uvisst krav til alvorlighet. Hvor *denne* listen i så fall skal legges gir utredningen ingen føringer om. I det videre ser jeg bort fra denne uttalelsen, selv om det er klart at den vil kunne bli relevant i en konkret vurdering.

#### 3.3.4.3.2 Anvendt på opphavsretten

Hvis listen legges ved privatlivskrenkelsene, må de irreversible opphavsrettskrenkelsene, for å regnes for irreversible i grunnlovens forstand, anses *like alvorlige* som privatlivskrenkelsene, se punkt 3.3.8.2.

---

<sup>67</sup> Eggen s.592 og min avhandling punkt 3.3.3.4

<sup>68</sup> NOU 1999:27 s.177-178

### 3.3.5 Mulige reaksjoner mot opphavsrettskrenkelser som ledd i en ytring

Ytringsfrihetskommisjonen definerer irreversibel skade som skade som ikke kan kompenseres ved ”etterfølgende økonomisk ansvar (...) eller annet etterfølgende ansvar.”<sup>69</sup>

Den klart mest praktiske sanksjonen er ”**etterfølgende økonomisk ansvar**”, altså *erstatning*, jf. åndsverkloven kapittel 7. På opphavsrettens område ”aktualiseres – av forskjellige grunner – i høy grad krav som ikke gjøres avhengig av at økonomisk tap er lidt.”<sup>70</sup> Således er erstatning på opphavsrettens område komplisert. Under fellesbetegnelsen ”erstatning” må man skille prinsipielt mellom erstatning for rent økonomisk tap og øvrige kompensasjonsformer.

Erstatning for økonomisk tap, jf. åvl. § 55 (1) 1.pktm, og ikke-økonomisk tap (oppreisning), jf. § 55 (1) 2.pktm behandles under punkt 3.3.6. Her skal jeg bare kort nevne de andre kompensasjonsformene.

Det er likevel ikke til å komme bort fra at det er glidende overganger mellom disse formene, både mellom tapsdekning og de øvrige kompensasjonsformene, og også innad mellom de øvrige kompensasjonsformene.

Det ville være åpenbart urimelig om hvem som helst kunne krenke opphavsrettigheter uten å måtte betale for det, selv om ikke rettighetshaveren lider et økonomisk tap. De kompensasjonsformene det er snakk om er *vederlagskrav*, krav på inngriperens vinning (*berikelse*), samt kompensasjon for ikke-økonomisk tap (*oppreisning*). Av hensyn til avhandlingens omfang vil ikke vederlagskrav og berikelseskrav utdypes. Det vises til Rognstad/Stenviks gjennomgang i artikkelen ”Hva er immaterialretten verd?”.

Når det gjelder ”**annet etterfølgende ansvar**”, har åndsverksloven i § 54 en bestemmelse om *straff* ved opphavsrettskrenkelser. Om straffesanksjonen på immaterialrettens område skriver Rognstad/Stenvik at ”disse lever en tilbaketrasket tilværelse, og det er neppe

---

<sup>69</sup> NOU 1999:27 s.246

<sup>70</sup> Rognstad/Stenvik s.514

realistisk å regne med at de har en synderlig preventiv effekt.”<sup>71</sup> At straffereaksjonen ikke er særlig praktisk kan ha sammenheng med at hovedpoenget for den krenkede som oftest vil være å få fjerne den urett som har skjedd. Dette vil den krenkende kunne oppnå selv om det ikke idømmes straff, og således vil straff komme i andre rekke. Straff kan ikke sies å ha noen nevneverdig gjenopprettende funksjon. I det følgende vil jeg ikke gå noe nærmere inn på straffereaksjonen. Det er imidlertid viktig å understreke at hjemmelen for straff finnes. At den ikke benyttes i nevneverdig grad, er en annen sak.

Åndsverkloven § 56 oppstiller også en hjemmel for *inndragning*. Inndragningsreglene er så vidt berørt under punkt 1.2.4.4 om skillet mellom publiserte og upubliserte ytringer, og vil også berøres under punkt 3.3.7.3.1 i forhold til den ulovlige ytringens spredningspotensiale.

I tillegg vil en *dom* som statuerer etterfølgende ansvar i seg selv kunne være et slags etterfølgende ansvar som bidrar til gjenopprettelse. Kunngjøring av denne vil i prinsippet kunne gjenopprette tilstanden slik den var før ytringen.

I tillegg kommer eventuelle offentlige *beklagelser og lignende* i media.

### 3.3.6 Erstatning som sanksjon på opphavsrettens område

I dette kapitlet vil jeg først ta for meg skillet mellom erstatning for økonomisk tap og oppreisning (punkt 3.3.6.1). Deretter vil jeg se på hensynene bak erstatning som sanksjonsform generelt sett (punkt 3.3.6.2). Med dette som grunnlag kan man se om erstatning som sanksjon, slik reglene er på opphavsrettens område, i tilstrekkelig grad ivaretar disse hensynene (punkt 3.3.6.3). Hvis man skulle komme til at dette ikke er tilfellet, vil man kanskje kunne argumentere i retning av at man burde gripe inn på forhånd overfor en forestående krenkelse hvis den praktiske muligheten for det er tilstede (punkt 3.3.7.1.2)

---

<sup>71</sup> Rognstad/Stenvik s.512



### 3.3.6.1 Skillet mellom økonomisk tap og oppreisning

Ved **erstatning for økonomisk tap** fokuseres det på hvilke økonomiske tap rettighetshaveren har hatt som en direkte følge av krenkelsen. De tap det er snakk om vil være enten omsetningstap, eller det man i dansk rett kaller tap som følge av ”markedsforstyrrelser” (tap av goodwill og anseelse/renommé).

Problemene som gjør seg særskilt gjeldende innenfor opphavsretten (og immaterialretten generelt), er knyttet til *utmålingen*. Disse tapene er vanskelig både å dokumentere og å beregne.

**Oppreisningsinstituttet** i norsk opphavsrett har to formål. ”For det første skal det sanksjonere krenkelser av ideelle og personlige rettigheter som ikke medfører økonomiske tap for den krenkende.”<sup>72</sup> ”Hvis krenkelse av den ideelle rett ikke er sanksjonert med erstatning, vil den ha liten verdi.”<sup>73</sup> ”For det andre skal oppreisningen tjene som et supplement til erstatningsansvaret i tilfelle hvor bevisproblemer gjør at rettighetshaveren ikke får dekket sitt fulle økonomiske tap gjennom erstatningsreglene.”<sup>74</sup>

I forhold til oppreisningsinstituttet knytter problemet seg til fastsettelsen av oppreisningsbeløpet, samt til at *erstatningsnivået* etter manges mening ikke er høyt nok til å virke gjenopprettende og preventivt.

### 3.3.6.2 Hensynene bak erstatning som sanksjonsform

Det fremgår av forarbeidene til skadeserstatningsloven at de ”hovedhensyn som anføres som begrunnelse for erstatningsretten er dels å gjenoppbygge skaden, dels å forebygge at

---

<sup>72</sup> Ringnes s.617

<sup>73</sup> Ringnes s.616

<sup>74</sup> Ringnes s.617

skade blir voldt. Man sier derfor at hovedformålene med skadeserstatning er gjenoppbygging og forebygging.”<sup>75</sup>

Når det gjelder hensynet til **gjenoppbygging** (reparasjon) er tanken at ”den voldt skade blir gjenoppbygget (i det omfang det er mulig i kroner og øre). Erstatningen skal i prinsippet stille skadelidte i den økonomiske posisjonen han var før skaden ble voldt.”<sup>76</sup> Men det er ikke alle skader som kan regnes for økonomiske skader. Til dette skriver Lødrup at ”[n]år vi lar erstatningsplikten omfatte ikke-økonomiske følger av en skade, (...), går vi lengre enn den gjenoppbyggende funksjon egentlig skulle tilsi. Dette er imidlertid ingen innvending, idet reglene om erstatning for de ikke-økonomiske sider av en skade hviler på tanken om at penger i visse tilfelle kan kompensere for lidelser som skadelidte er påført. Vi måler med andre ord i penger verdier som i seg selv ikke er målbare.”<sup>77</sup>

Det andre hensynet erstatningsretten skal tilgodese er **forebygging**. ”Tankegangen er at en regel om erstatningsplikt motiverer potensielle skadevoldere til å unngå å volde skade – *allmennforebyggingen*. Men også en *individualforebyggende* virkning er aktuell: Den som har betalt erstatning én gang, anstrenger seg for å unngå å måtte gjøre det en gang til.”<sup>78</sup>

### 3.3.6.3 Erstatningsrettens hensyn sett opp mot grunnlovens utgangspunkt om etterfølgende ansvar

Spørsmålet er her hvorvidt valget av etterfølgende ansvar eller forhåndskontroll påvirker hensynene bak erstatningsretten. Eggen uttaler at ”kun i de situasjoner hvor ett eller flere av disse hensyn ikke nås med etterfølgende ansvar, bør forhåndssensur kunne anses som en akseptabel reaksjonsform.”<sup>79</sup> Kommisjonen uttaler det samme, bare motsatt, når den fremholder at ”forhåndskontroll ikke kan legitimeres i situasjoner der etterfølgende ansvar vil ha samme eller tilsvarende virkning.”<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Lødrup s.85

<sup>76</sup> Lødrup s.85.

<sup>77</sup> Lødrup s.86

<sup>78</sup> Lødrup s.90

<sup>79</sup> Eggen s.592

<sup>80</sup> NOU 1999:27 s.176

Når det gjelder den **preventive** funksjonen, må man i utgangspunktet skille mellom prevensjon i forhold til henholdsvis krenkelser av de ideelle rettighetene og de økonomiske rettighetene.

I forhold til de *ideelle* rettighetene, vil spørsmålet om prevensjon i prinsippet være et spørsmål om moralske holdninger. Således stiller hensynet til prevensjon ved krenkelser av de ideelle rettighetene seg nøytralt i forhold til spørsmålet om etterfølgende ansvar eller forhåndskontroll. Motforestillingene hos den krenkende part relaterer seg ikke til tidspunktet for en eventuell sanksjon, eller dens størrelse, men til eventuelle moralske sperrer mennesker har mot å påføre andre individer lidelser. Disse vil være der både før og etter en krenkelse. Prevensjonseffekten vil i teorien påvirkes av graden av krenkelsens alvorlighet.

Ved de mer alvorlige krenkelsene ”virker erstatningsreglene neppe særlig preventivt. Det personlige ubehag det er å påføre et annet menneske en skade, og de moralske holdninger mot det, er i seg selv sterke preventive momenter.”<sup>81</sup> Men jo mindre alvorlig krenkelsen er, desto mer vil det økonomiske ansvaret gjennom oppreisning komme inn som preventiv faktor for potensielle skadevoldere. I disse tilfellene, der de ideelle rettighetene ikke er viktige nok til å danne en slik moralsk sperre hos den krenkende part, vil prevensjonseffekten være avhengig av sanksjonens styrke (i form av straff eller erstatning for ikke-økonomisk skade), og falle sammen med prevensjonseffekten ved krenkelser av de økonomiske rettighetene. I praksis vil de aller fleste tilfeller av opphavsrettskrenkelser falle inn under denne kategorien.

Når det gjelder de *økonomiske* rettighetene (og etter drøftelsen i avsnittet ovenfor følgelig også flesteparten av brudd på de ideelle rettighetene) kan man følge Eggen<sup>82</sup>, og skille mellom den individualpreventive og den allmennpreventive effekten. Ved den

---

<sup>81</sup> Lødrup s.90

<sup>82</sup> Eggen s.592

individualpreventive effekten vil etterfølgende ansvar etter hans mening være like godt egnet som forhåndskontroll, ”da det avgjørende for den individualpreventive effekt er sanksjonens styrke, og ikke om sanksjonen inntreffer før eller etter ytringens publisering.” I forhold til den allmennpreventive effekten derimot vil etterfølgende ansvar etter hans mening være bedre egnet. Han begrunner dette med at forhåndskontroll ofte skjer i det skjulte, og at etterfølgende ansvar får mer omtale og publisitet. Uttalelsen gjelder forhåndskontroll generelt, ikke kun midlertidige forføyninger. Når det gjelder systematisert forhåndskontroll, vil begrunnelsen kunne forsvares. I lys av bl.a ”Märthasaken”, hvor Märtha Louise fikk stanset boken ”Märthas engler”, kan man derimot spørre seg om begrunnelsen holder mål når det er snakk om kontroll av enkeltytringer gjennom midlertidig forføyninger.

Det er først i forhold til erstatningsrettens **gjenopprettende** funksjon at Eggen mener forhåndskontroll kan være bedre egnet enn etterfølgende ansvar. Han gjør et skille tilsvarende det kommisjonen gjør, mellom de reversible og de irreversible skader.<sup>83</sup>

I forhold til *de økonomiske rettighetene* vil den store hovedregelen etter dette være etterfølgende ansvar. Jeg vil likevel ta et lite steg bakover, og spørre hvorvidt reparasjonen fungerer. Ved krenkelser av økonomiske rettigheter er det ingen andre følger enn en eventuell økonomisk sanksjon som holder en forsettlig overtreder borte fra lovovertrædelsen (eventuelt også straff). Når da erstatningssanksjonen i prinsippet er den eneste sanksjonen som har preventiv effekt, er forutsetningen for en slik effekt at erstatningsrettens gjenopprettende funksjon er til stede. Hvis gjenopprettelsesfunksjonen fungerer, vil denne i prinsippet ha prevensjonseffekt. Og omvendt; hvis gjenopprettelsesfunksjonen ikke fungerer, fungerer ikke prevensjonseffekten.

Etter drøftelsen i avsnittene om prevensjon ovenfor, vil dette også gjelde i forhold til flesteparten av *de ideelle rettighetene*.

---

<sup>83</sup> Eggen s.592

Hensynene retter seg dessuten mot hvert sitt subjekt: *Reparasjonshensynet* retter seg mot den skadelidende, mens *prevensjonshensynet* retter seg mot den aktuelle skadevolder og andre potensielle skadevoldere. Avhandlingens tema forutsetter at det foreligger en konstatert krenkelse av opphavsretten, og således har ytreren tatt stilling til eventuelle moralske dilemma. Dessuten vil krenkelsene være forsettlig forvoldt; det øyeblikket en potensiell uaktsom skadevolder, som blir gjort oppmerksom på at opphavsretten vil bli krenket gjennom ytringen, ikke lar være å ytre seg, foreligger en forsettlig overtredelse av åndsverklovens bestemmelser. Med andre ord vil man etter dette kunne rette fokuset mot den skadelidende, og hensynet til gjenopprettelse.

### 3.3.7 Nærmere om krenkelser av opphavsrettighetshavers økonomiske rettigheter

#### 3.3.7.1 I hvilken grad er krenkelser av de økonomiske rettighetene irreversible i språklig forstand?

##### 3.3.7.1.1 Den klare hovedregelen

Den opphavsrettslige eneretten er som ordet indikerer, først og fremst en enerettighet. Den gir innehaveren en ”rett til å forby andre å utnytte rettens gjenstand. Erstatningssanksjonen er av sekundær karakter, og kan ikke fullt ut stille rettighetshaveren i den posisjonen han etter lovgivningen har krav på.”<sup>84</sup> Men selv om det er snakk om en enerett, er det tale om en økonomisk interesse som i prinsippet vernes gjennom erstatningsreglene.

Erstatningssanksjonen er, i mangel av den fysiske muligheten til å kunne fjerne en tidligere tilstand (hvor rettighetshaverens enerett ikke er berørt), i lovgivers øyne akseptert som substitutt.

**Utgangspunktet** må således være klart: Krenkelser av opphavsretten som fører til økonomisk tap vil, slik rettsordenen er lagt opp, i teorien kunne gjenopprettes gjennom etterfølgende erstatning. Etter dette vil slike krenkelser, gjennom sin natur som

---

<sup>84</sup> Rognstad/Stenvik s.512

”pengeskader”, i utgangspunktet alltid måtte regnes for reversible skader i språklig forstand, og således også i grunnlovens forstand.

Man må likevel stille seg spørsmålet om det kan tenkes **unntak**, slik at midlertidig forføyninger likevel kan besluttes selv om det dreier seg om pengeskader.

### 3.3.7.1.2 Den praktiske muligheten for å få erstatning

Den praktiske muligheten for å få erstatning for immaterialrettskrenkelser er et omdebattert tema. Som Rognstad/Stenvik fremholder, er et ”stadig tilbakevendende tema innenfor immaterialretten (...) rettighetshavernes adgang til – og praktiske mulighet for – å få erstatning ved krenkelse av rettighetene. I så henseende er det oftest erstatningsberegningen som blir viet mest oppmerksomhet.”<sup>85</sup>

Rognstad/Stenvik peker på at en grunn til det lave erstatningsnivået kan være at de alminnelige erstatningsrettslige prinsippene ikke passer på immaterialrettens område, samt bevisproblemene knyttet til tapsberegningen. Begge disse årsakene kan brukes som argumenter for at det i praksis ikke skjer en tilfredsstillende gjenopprettelse.

Spørsmålet blir etter dette om et lavt erstatningsnivå (vesentlig differanse mellom faktisk tap og endelig erstatningsbeløp) kan medføre at man i visse tilfelle kan regne også pengeskader for å være ”irreversible i språklig forstand”.

Artikkelforfatterne viser til at det finnes mange synspunkter om at det immaterialrettslige sanksjonssystem, herunder det opphavsrettslige, er ”*utilfredsstillende* (min uthevning) og behøver en fornying”, men at slike synspunkter ikke har ”fått særlig gehør på lovgiverhold.”<sup>86</sup> Det faktum at lovgiver ikke har endret på disse reglene, til tross for at de uttalige ganger har hatt en foranledning til å gjøre det, taler etter min mening derimot for at gjeldende sanksjonssystem anses *tilfredsstillende*, herunder også erstatningsnivået. Dette

---

<sup>85</sup> Rognstad/Stenvik s.511

<sup>86</sup> Rognstad/Stenvik s.512

støttes opp av den aktuelle uttalelsen om opphavsrett i utredningen<sup>87</sup>, som i lys av det jeg har tidligere har nevnt må anses som tilsiktet. Hadde lovgiver ment at systemet ikke var tilfredsstillende, ville etter all sannsynlighet en annen formulering blitt valgt i utredningen. Dette er ikke tilfellet.

Denne drøftelsen har like stor gyldighet for så vidt gjelder straffesanksjonen.<sup>88</sup> Det kan godt tenkes at anmeldelser av opphavsrettskrenkelser blir nedprioritert hos påtalemyndigheten. Dette blir imidlertid en ikke-rettslig debatt om ressurser /prioritering. I prinsippet er det ikke noe tvil om at opphavsrettskrenkelser er straffbart.

### 3.3.7.2 Momenter som de lege lata taler mot at midlertidig forføyning tillates

#### 3.3.7.2.1 Forholdet til oppreisningsinstituttet

I forhold til de økonomiske rettighetene er det opphavsrettslige oppreisningsinstituttets formål å supplere erstatningsreglene ved bevisproblemer. Oppreisningens ”pønale anstrøk” er ikke særlig fremtredende ved disse krenkelsene, men gjør seg i større grad gjeldende i forhold til de ideelle rettighetene, se punkt 3.3.8.2.2.

At denne adgangen også finnes ved krenkelser av de økonomiske rettighetene, kan derfor tjene som argument for at det er tilstrekkelig adgang til gjenopprettelse. At denne muligheten ikke benyttes av domstolene i den grad den etter manges mening burde, noe som henger sammen med oppreisningens fakultative karakter (jf. § 55 (1) 2.pktm ”kan retten dessuten tilkjenne”), svekker ikke argumentets styrke. Muligheten for full erstatning er der.

#### 3.3.7.2.2 Hvorvidt ytreren er søkegod eller ikke, er ikke relevant

---

<sup>87</sup> NOU 1999:27 s.177-178

<sup>88</sup> Se punkt 3.3.5

Ytringsfrihetskommisjonen uttaler i utredningen at det ”ikke kan gjøres forskjell alt etter om den ansvarlige for skaden er søkegod eller ikke”.<sup>89</sup> Med andre ord ønsker kommisjonen at den samme terskelen skal gjelde selv om man vet at ytreren ikke har penger til å betale erstatning, og det etterfølgende ansvaret derfor blir teoretisk.

Hvis man anvender sitatet analogisk på problemstillingen under punkt 3.3.7.1.2 vil det at det eventuelt er vanskelig å dokumentere hva et eventuelt økonomisk tap vil innebære i penger, ikke være relevant. Det forutsettes med andre ord at man kan dokumentere tapet, og at vanskelighetene ved fastsettelsen ikke vil spille inn på om tapet er irreversibelt eller ikke. Det er tilstrekkelig at man i prinsippet kan få erstatning for dokumentert tap.

### 3.3.7.3 Momenter som de lege ferenda kan tale for at midlertidig forføyning bør tillates

Under punkt 3.3.7.1.2 tok jeg for meg en omstendighet som har nær tilknytning til *skaden*. Denne vil etter min mening være direkte relevant i forhold til spørsmålet om unntak fra forbudet mot forhåndskontroll.

Det er likevel noen ytterligere momenter som ikke har direkte tilknytning til skaden. Disse vil, slik lovgiver har oppstilt unntaket, alene ikke kunne begrunne noe forbud mot forhåndskontroll. Likevel vil de kunne være relevante i en de lege ferendadrøftelse. Av hensyn til avhandlingens omfang nøyer jeg meg med å peke på problemstillingene.

#### 3.3.7.3.1 Ytringens spredningspotensiale

Formidlingsformen, og om det dreier seg om en engangsytring eller en vedvarende ytring, vil kunne ha stor betydning for skadefølgen. Hva slags ytring det dreier seg om, i betydningen *hvordan* krenkelsen skjer, kan i visse tilfeller tale for at midlertidige forføyninger bør tillates. Selv om hver enkeltskade kan regnes for pengeskade, kan det

---

<sup>89</sup> NOU 1999:27 s.178



argumenteres for at skaden burde regnes for irreversibel i de tilfeller der den skadevoldende ytringen aldri kan inndras eller tilintetgjøres.

Det tenkes da særlig på de tilfeller der ytringen har et *digitalt* spredningspotensiale. Først og fremst siktes det til der ytringen er publisert på internett. En vesentlig del av det å få statuert en antatt krenkelse av opphavsretten ulovlig, er at eksemplarer som ulovlig er fremstilt eller gjort tilgjengelig for allmennheten, inndras eller tilintetgjøres, jf. prinsippet i åvl. § 56. Publisering på internett kan gjøre den praktiske gjennomføringen av et slikt reverseringsarbeid praktisk talt umulig.

#### 3.3.7.3.2 Erstatningsnivåets lave prevensjonseffekt

Jeg har tidligere redegjort for den praktiske muligheten for erstatning som et moment som kan tilsi at tilfredsstillende gjenopprettelse ikke skjer. Virkningen av at gjenopprettelsesfunksjonen kan sies å være beheftet med mangler, er at erstatningsfunksjonens preventive effekt synker tilsvarende. En slik rettstilstand vil kunne sies å oppfordre til kalkulerte overtredelser.

#### 3.3.7.3.3 Konkurransesituasjon mellom ytreren og fornærmede – kommersielle interesser hos begge parter

Som jeg har vært inne på, omfatter forbudet mot forhåndskontroll også kommersielle ytringer. Etter min mening gjør det seg særlige hensyn gjeldende når det er kommersielle interesser som berøres *både* hos ytreren og fornærmede, og disse står i et konkurranseforhold. Disse hensynene gjør at det kan argumenteres for at forbudets rekkevidde burde innskrenkes.

#### 3.3.7.4 Konklusjon

Det er høyst usikkert hvor stor vekt det vil legges på *den praktiske muligheten for å få erstatning*, samt *erstatningsnivåets lave prevensjonseffekt* dersom spørsmålet kommer opp

for Høyesterett. Det jeg har kommet over av litteratur som tar opp problemet, er skrevet før grunnlovsendringen, og med tanke på misbruk av opphavsrettigheter. Således er ikke disse fremstillingene skrevet med den formelle ytringsfriheten som mulig skranke. Forfatterne har heller ikke uttrykkelig argumentert for at dette er momenter som gjør skadene irreversible, selv om sitatene til dels passer inn i diskusjonen. I et rettskildeperspektiv er det verdt å vurdere hvilken relevans den nevnte kritikken har i forhold til spørsmålet. Kritikken er ikke ny; den har pågått helt siden Knoph skrev Åndsretten. Det er grunn til å tro at manglende lovgiveraktivitet på området svekker kritikkenes vekt som rettskilde.

I tilfeller der *ytringens spredningspotensiale* er stort, er det realistisk å tro at en norsk domstol kanskje vil trekke en grense for hvor realistisk det egentlig er å reversere pengeskader, selv om tapet i prinsippet kan dokumenteres og innkreves.

For så vidt gjelder *konkurransesituasjonen*, er det vanskelig å forutsi hvorvidt Høyesterett finner dette relevant. Dette henger også sammen med hvilket vurderingstema<sup>90</sup> de vil legge til grunn.

I en drøftelse av et slikt tema som avhandlingen gjelder, er det lett å glemme **ytringsfriheten som overordnet interesse**. Et eksempel, dog utenfor opphavsretten, er: Hvorfor har ikke politiet lov til å stanse en krenkelse av noen når det skjer som ledd i en ytring, når de har lov til å stanse noen som er i ferd med å slå til en annen? Svaret finner man i ytringsfriheten som *lex superior*. Man beskytter ikke egentlig *den ene rettsstridige handlingen*, man beskytter ytringsfriheten i et større perspektiv, som en overordnet interesse. Det er ikke den enkeltstående forutsetningsvis rettsstridige bruken av ytringsfriheten som er beskyttelsesverdig i seg selv, men *ytringsfriheten som en universell prosess*.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Se punkt 3.3.2

<sup>91</sup> NOU 1999:27 s.243

### 3.3.8 Nærmere om krenkelser av opphavsmannens ideelle rettigheter

#### 3.3.8.1 I hvilken grad er krenkelser av de ideelle rettighetene irreversible i språklig forstand?

##### 3.3.8.1.1 Utgangspunkt

Når en ideell rettighet er krenket, har det i prinsippet skjedd en skade som aldri kan anses ugjort. I perioden krenkelsen skjer, vil det oppstå en tilstand (skade) som i prinsippet, etter en meget snever fortolkning, kan anses å være irreversibel. Men på samme måte som ved krenkelser av de økonomiske rettighetene, der den økonomiske eneretten ”reverseres” gjennom en pengesum svarende til det konkrete tapet, kan mange av de tilstandene som krenkelsene av de ideelle rettighetene skaper kunne vendes. Dette vil kunne skje gjennom etterfølgende dom eller på andre måter som underretter allmennheten om de reelle forhold. Således er disse tilstandene ikke irreversible i språklig forstand.

I tillegg vil oppreisningsinstituttet indirekte bidra til gjenopprettelse. Men det er altså først og fremst andre tiltak enn selve tilkjenningen av oppreisning som bidrar til gjenoprettelsen av tilstanden. Pengesummen vil kun tjene som et ”plaster på såret” for ”tort og psykisk smerte”.

##### 3.3.8.1.2 De enkelte rettighetene

Krenkelser av **retten til navngivelse** kan ikke sies å være irreversibel i språklig forstand. Det kan synes ergerlig der og da, at noen stjeler ens gunst og at man går glipp av heder og berømmelse, men tilstanden kan gjenoprettes: En etterfølgende dom eller folkeopplysning kan gjøre folk oppmerksom på hvem som er den korrekte opphavsmannen. Det kan også nevnes at eventuelle penger inngriperen måtte tjene, vil tilfalle den fornærmede i henhold til erstatningsreglene. Et brudd på denne retten kan sammenlignes med den usanne ærekrenkelsen som nevnt under punkt 3.3.3.4, og med dette ikke regnes som irreversibel i språklig forstand.

Ved krenkelser av **respektretten** må man skille mellom endringer i åndsverket, og kontekstmisbruk.

*Endringer* i åndsverket kan etter min mening til en viss grad sammenlignes med de usanne ærekrenkelsene. Man kan i etterkant tilgjengeliggjøre for allmennheten hvordan åndsverket egentlig var, og på den måten gjenopprette opphavsmannens eller verkets anseelse.

*Kontekstmisbruk* kan etter min mening til en viss grad sidestilles med de sanne rettsstridige/utilbørlige ærekrenkelsene, når det gjelder *verkets* anseelse eller egenart. Åndsverket er brukt i en sammenheng som kanskje har skapt et inntrykk hos mottakerne av ytringen som for alltid vil være der. Som eksempel kan her tenkes bruk av kjente sanger i fjernsvarsreklamer, som muligens kan henge igjen for alltid som reklamesang for et produkt, eller bruk av et åndsverk i en pornografisk sammenheng.

Kontekstmisbruk som berører *opphavsmannens anseelse som opphavsmann*, vil befinne seg nærmere de usanne ærekrenkelsene. Eksempler kan her være bruk av et åndsverk i reklame for et politisk parti når opphavsmannen arbeider som politisk kommentator, eller bruk i reklame for miljøfiendtlige produkter når opphavsmannen gjennom sine tekster er kjent for sitt miljøengasjement.

I denne anledning kan det være verdt å nevne at det er anerkjent at man har rett til å parodierte. Det ligger i sakens natur at dette ofte for opphavsmannen vil oppleves som en krenkende bruk av verket. Likevel vil dette være beskyttet etter parodiregelen.<sup>92</sup>

At bedrifters omdømme er nevnt eksplisitt<sup>93</sup> kan tale i begge retninger: På den ene siden kan man trekke paralleller mellom bedrifters omdømme og en opphavsmanns omdømme, slik at en opphavsmanns omdømme og anseelse alltid kan repareres økonomisk. På den annen side er det klart at en bedrifts omdømme (goodwill) er en utpreget økonomisk

---

<sup>92</sup> Schönning s.177

<sup>93</sup> NOU 1999:27 s.178

interesse. Parallellen avhenger således av i hvilken grad opphavsmannens omdømme kan anses som en økonomisk interesse.

Med **den ideelle eneretten** siktes det til retten til å avgjøre *om* man overhodet vil utgi et åndsverk. Det kan blant annet dreie seg om hemmelige åndsverk, åndsverk man ikke vil stå inne for, eller åndsverk som ikke er ment for allmennheten. Som nevnt under punkt 3.3.4.2 er det opplysningen i seg selv som har vern; at informasjonen som åndsverket formidler, etter opphavsmannens ønske ikke skal komme ut i det hele tatt.

Man kan her tenke seg at en filmskaper som i dag nyter stor anseelse i filmbransjen, blir offer for spredning av en pornografisk film han laget på et tidlig stadium av karrieren, men som han aldri publiserte.

Eksemplet kan også tjene som et godt argument for hvor viktig konteksten er for ytringens lovlighet, jf. punkt 3.1. Det er stor forskjell på offentliggjøring av filmen *uten kontekst*, utelukkende med den hensikt å skade, og offentliggjøring av filmen kombinert med *påstander om dobbeltmoral* fordi filmskaperen i ettertid har laget flere dokumentarer om pornoindustriens forkastelighet.

En slik type krenkelse vil kunne skape slike varige konsekvenser for den fornærmede at det kan være aktuelt å klassifisere skadene som irreversible i språklig forstand.

3.3.8.2 I hvilken grad er de irreversible skadene i språklig forstand, irreversible i grunnlovens forstand?

#### 3.3.8.2.1 Utgangspunkt

Det er etter dette visse krenkelser av respektretten og eneretten som omfattes av begrepet i språklig forstand.

Når det gjelder **respektretten**, beskytter den som nevnt opphavsmannens omdømme som opphavsmann. Når jeg ovenfor har kommet til at ærekrenkelser som gjelder individers

*person* ikke kan regnes for irreversible i språklig forstand, vil krenkelser mot *opphavsmannens omdømme som opphavsmann* heller aldri kunne regnes inn under unntaket. Under punkt 3.3.8.1.2 uttalte jeg derimot at enkelte krenkelser av *verkets* anseelse kunne sammenlignes med de sanne rettsstridige/utilbørlige ærekrenkelsene. Selv om krenkelsene kan regnes for irreversible i språklig forstand, vil de sannsynligvis aldri kunne regnes for sådanne i grunnlovens forstand. Grunnlovsforarbeidene legger listen ved *privatlivets fred*. Et åndsverk kan neppe sies å ha et beskyttelsesverdig privatliv.

Man står da tilbake med **den ideelle eneretten** som den eneste ideelle opphavsrettigheten som kan tenkes å være irreversibel i grunnlovens forstand.

Spørsmålet i det videre blir hvorvidt krenkelser av denne kan anses like alvorlig som krenkelser av *privatlivets fred*, jf. punkt 3.3.4.3.

For det første må man se på *forholdet til oppreisningsinstituttet, og betydningen av dens eksistens*. Åndsverkloven gir hjemmel til oppreisning også overfor krenkelser av den ideelle eneretten; men har dette noe innvirkning på hvorvidt en slik krenkelse kan regnes for irreversibel i grunnlovens forstand?

For det annet, forutsatt at oppreisningsinstituttets eksistens ikke gjør krenkelsen reversibel i grunnlovens forstand, må det foretas *en sammenligning mellom krenkelser av den ideelle eneretten og krenkelser av privatlivets fred*.

### 3.3.8.2.2 Forholdet til oppreisningsinstituttet – betydningen av adgangen til oppreisning

Ytringsfrihetskommisjonen nevner eksplisitt ”opphavsrett” som en type krenkelse som ”i rimelig grad” kan repareres ”ved etterfølgende økonomisk ansvar (...) eller annet etterfølgende ansvar”. Jeg har allerede behandlet denne uttalelsen i forhold til de økonomiske rettighetene. Det var der snakk om erstatning for økonomisk tap. Her

behandles den ideelle eneretten, som er en ideell rettighet, og således er det erstatning for ikke-økonomisk tap (oppreisning) som må vurderes.

Uttalelsen foranlediger en vurdering av hvorvidt lovgiver har hatt opphavsrettens ”tvesidige karakter” i tankene<sup>94</sup> når dette ble skrevet. Gjelder uttalelsen *både* for pengeskadene (samt de ideelle rettighetene som er reversible i språklig forstand) og krenkelser av den ideelle eneretten som er irreversibel i språklig forstand? Eller gjelder uttalelsen bare for den førstnevnte gruppen?

Man må etter dette spørre seg om oppreisningshjemmelens anvendelse ved krenkelser av den ideelle eneretten **på den ene side** gjør at slike krenkelser *aldri* kan anses irreversible i grunnlovens forstand. Eller kan dens eksistens **på den annen side** tjene som et argument for at lovgiver ikke ønsker en slik atferd, og at alle irreversible skader i språklig forstand derfor også må regnes for irreversible i grunnlovens forstand?

En mulighet er at lovgiver *på den ene side* har foretatt en avveining, og ikke funnet den ideelle eneretten tilstrekkelig tungtveiende sett opp mot den formelle ytringsfriheten. Selv om krenkelser av eneretten etter sin natur ikke kan gjenopprettes gjennom etterfølgende ansvar, gjelder oppreisningshjemmelen i åvl. § 55 (1) 2.pktm også for disse tilfellene. Det faktum at hjemmelen også omfatter disse krenkelsene, kan tas til inntekt for at en slik avveining ble foretatt, og at oppreisningsadgangen ble ansett for å gi den krenkede en ”tilfredsstillende” kompensasjon. I så fall vil slike krenkelser ikke anses for irreversible i grunnlovens forstand.

Men kan man *på den annen side* sidestille det faktum at oppreisningshjemmelen også omfatter disse tilfellene, med at lovgiver mener at slike krenkelser bør få lov til å passere selv om man har muligheten til å stanse disse på forhånd ved midlertidig forføyning?

---

<sup>94</sup> Se punkt 3.3.3.1

Lødrup fremhever at oppreisningsinstituttet har ”et klart pønalt anstrøk; den skal samtidig virke som en straff og gi skadelidte – som det ligger i ordet – en oppreisning for det han har vært utsatt for. Dette viser at den også har en ideell funksjon ved at den uttrykker samfunnets misbilligelse av handlingen (...)”<sup>95</sup>.

Det faktum at oppreisningsadgangen er der, og at oppreisning generelt har et klart pønalt anstrøk, kan tolkes som et signal på at lovgiver anser dette som uønsket atferd. Man kan argumentere for at oppreisningens hovedfunksjon er prevensjon, og at lovgiver med dette har et uuttalt ønske om at slike krenkelser ikke skal skje. Med dette som en noenlunde sikker forutsetning, kunne man hevde at det forelå en irreversibel skade i grunnlovens forstand dersom det forelå en irreversibel skade i språklig forstand, og vilkårene for oppreisning var oppfylt i det aktuelle tilfellet. Dette ville også gitt en retts teknisk enkel regel.

Det vil etter min mening føre for langt å tillegge oppreisningshjemmelens eksistens noen særlig betydning i den ene eller andre retning. Det faktum at lovgiver har bestemt at visse typer skader kan gi grunnlag for oppreisning, kan ikke nødvendigvis brukes som moment for hvorvidt en skade skal regnes for reversibel eller irreversibel i grunnlovens forstand. Hjemmelen er høyst sannsynlig først og fremst til for å kunne gi en som *er* krenket en rimelig påskjønnelse for det som har skjedd (samt for å virke preventivt). Dette taler samlet sett mot at man kan bruke oppreisningsadgangen etter åndsverkloven som avgrensning av begrepet irreversible skader i grunnlovens forstand.

### 3.3.8.2.3 Krenkelser av den ideelle eneretten vurdert opp mot krenkelser av privatlivets fred

Det forutsettes at når grunnlovsforarbeidene nevner privatlivet, henvises det til de krenkelsene som omfattes av straffeloven § 390 og EMK art. 8. Hvis dette forbudet er

---

<sup>95</sup> Lødrup s.507



overtrådt, er man i utgangspunktet utenfor opphavsrettskrenkelsene, og dermed også i utgangspunktet utenfor avhandlingens tema.

Privatlivskrenkelser er av natur mer alvorlig enn krenkelser av *de ideelle opphavsrettighetene*. Dette henger sammen med at privatlivet, for det store flertallet av mennesker, regnes for å være viktigere enn ens rolle som opphavsmann. Imidlertid kan visse krenkelser av *den ideelle eneretten* lett kunne tenkes å være så alvorlige at man beveger seg innenfor sfæren av privatlivets fred (og også de sanne ærekrenkelsene). Så lenge man befinner seg innenfor dette området av overlapping, er man innenfor avhandlingens tema.

Alvorlighetsgraden kan være lik, **dersom det foreligger konkurrans**. Det er grunn til å tro at *visse* slike offentliggjøringer også vil rammes av strl. § 390. I en slik situasjon vil man kunne havne i en situasjon der det foreligger idealkonkurrans mellom åvl. § 54 og strl. § 390. I den grad dette er tilfellet, og det ikke spiller noen rolle for erstatningsnivået om man benytter strl. § 390 og art. 8, jf. skl. § 3-5, eller åvl. § 55 (1) 2.pktm, jf. § 54 som hjemmel, er det grunn til å tro at slike krenkelser vil kunne regnes for irreversible i grunnlovens forstand.

Kan man likevel finne holdepunkter for at visse opphavsrettskrenkelser er like alvorlige som de privatlivskrenkelsene som omfattes av strl. § 390, jf. EMK art. 8 selv om det ikke foreligger konkurrans? **En sammenligning av nivået på oppreisningssummene** kan gi en indikasjon. Jo likere nivået er, jo større grunn kan det være til å tro at lovgiver og domstolene likestiller graden av alvorlighet. Sammenfallende erstatningsnivåer kan etter min mening dermed sies å øke sannsynligheten for at visse opphavsrettskrenkelser omfattes av ”irreversibel skade i grunnlovens forstand”.

Dette synspunktet gjør seg gjeldende forutsatt at formålet med de konkrete beslutningene om oppreisning, herunder fastsettelsen av oppreisningssummen, er begrunnet i et ønske om gjenopprettelse, og ikke i å straffe ytreren.

En sammenligning av praksis er vanskelig å foreta, da det foreligger minimalt av Høyesterettspraksis om oppreisning etter åndsverkloven som kan gi veiledning. Men om det med tiden skulle oppstå mer rettspraksis, vil en slik sammenligning kunne tjene som retningslinje.

### 3.3.8.3 Momenter som kan lempe på / heve kravet til alvorlighet

Spørsmålet er her om det er omstendigheter omkring ytringen som kan tilsi at listen for hva som regnes som ”irreversibel skade” i grunnlovens forstand må legges lavere enn hva som er utgangspunktet omtalt ovenfor.

Det er klart at *sannsynligheten for at skadevirkningen virkelig inntreffer* vil være et relevant moment. Jo mindre sannsynlighet, jo høyere grad av alvorlighet bør kreves. Dette vil imidlertid bero på en konkret vurdering.

Jeg har tidligere omtalt momentet om en *ytrings digitale spredningspotensiale* i forhold til de økonomiske rettighetene. Her vil spørsmålet være om spredningspotensialet kan være et moment som gjør at det kreves en lavere grad av alvorlighet før en irreversibel skade kan regnes for å være irreversibel i grunnlovens forstand. Det er god grunn til å tro at dette vil kunne være et moment hvis man befinner seg i grenselandet mellom irreversibel i språklig og i grunnlovens forstand. Man kan tenke seg som eksempel at noen får tak i en forfatters ferdige, men upubliserte bokmanus, som han ikke har tenkt til å utgi. Det er stor forskjell på det å sette opp en engangssceneforestilling på bakgrunn av det stjalne manuset, og det å utgi det samme manuset som e-bok. Dette henger også sammen med det skillet jeg gjør mellom engangsytringer og vedvarende ytringer under punkt 1.2.4.3.

### 3.3.9 Hovedkonklusjon

Som jeg kom til under punkt 3.3.2.3 er vurderingstemaet for å beslutte en midlertidig forføyning mot en ytring som inneholder en opphavsrettskrenkelse, hvorvidt det vil føre til ”irreversibel skade” dersom den slippes ut.

På bakgrunn av det jeg har kommet frem til under punktene 3.3.7 og 3.3.8 er det den klare hovedregel at det ikke er adgang til midlertidige forføyninger mot forestående, antatte opphavsrettskrenkelser. Dette gjelder imidlertid sannsynligvis ikke helt ut, da man kan argumentere for at det må gjøres visse unntak i forhold til visse krenkelser av eneretten.<sup>96</sup>

### 3.3.10 Rettstilstanden dersom vurderingstemaet er en interesseavveining

Dersom det, i motsetning til jeg har konkludert med, er slik at vurderingstemaet for unntaket etter § 100 (4) er en interesseavveining, vil rettstilstanden være ganske annerledes. Av hensyn til avhandlingens omfang avgrenses det mot dette.

### 3.3.11 De lege ferenda

Det er lett å i enkelttilfeller nedprioritere ytringsfriheten fordi den blir så abstrakt i forhold til den konkrete skaden man står overfor. Det er lett å glemme ytringsfriheten som *overordnet interesse*. Jeg er enig i tanken om å betrakte ytringsfriheten som noe mer enn bare en trinnhøyere rettsregel som *i hver enkeltsituasjon* virker inn som en skranke.

Likevel mener jeg at man bør ha en slik tillit til rettsvesenet at man kan tillate å *åpne for et skjønn*. De lege ferenda er det flere omstendigheter som taler for at en interesseavveining som vurderingstema i visse situasjoner kanskje ville vært en bedre regel rettspolitisk sett, og at man ikke holder seg til den kategoriske grensen ”irreversibel skade i grunnlovens forstand”. De lege ferenda kan man kanskje strekke det så langt som til å si at det i visse

---

<sup>96</sup> Se punkt 3.3.8.2.3

tilfeller heller ikke burde være et krav om irreversibel skade i språklig forstand for å stanse en ytring.

Det er særlig grunn til å rette fokus mot forskjellen på de ytringer som ligger tett opp til ytringsfrihetens begrunnelser (heretter omtalt som ”ideelle ytringer” eller ”non-kommersielle”), og de typisk kommersielle ytringene.

Etter min mening bør de kommersielle ytringer nyte et langt svakere vern mot forhåndskontroll. Når begrunnelsene bak den materielle ytringsfriheten ikke gjør seg gjeldende, er det heller ingen grunn til å beskytte den formelle ytringsfriheten.

Man kommer likevel ikke bort fra problematikken med å definere hva som skal regnes for en kommersiell ytring. Dette lar jeg ligge i det videre.

Man kan se for seg fire typetilfeller. For det første har man det tilfellet at en *ideell ytring står mot en økonomisk interesse*. Her bør ytringsfriheten alltid gå foran.

For det annet kan man se for seg at en *ideell ytring står mot en ideell interesse*. Også her bør ytringsfriheten gå foran, med unntak for ”irreversible skader”. Det burde med andre ord ikke foretas en interesseavveining.

Når man derimot får den situasjonen at en *kommersiell ytring kolliderer med en økonomisk interesse*, bør det etter min mening bero på en konkret helhetsvurdering hvilken økonomisk interesse som veier tyngst. Sannsynligvis bør den kommersielle ytringen måtte gå foran, med bakgrunn i ytringsfriheten som en grunnleggende demokratisk frihet, men som jeg tidligere har vært inne på bør man ta i betraktning en eventuell konkurransesituasjon mellom ytreren og fornærmede.

Endelig har man den situasjonen at en *kommersiell ytring berører en ideell interesse*. Her taler mye for at den ideelle interessen som hovedregel bør gå foran, avhengig av den ideelle interessens viktighetsgrad.

Generelt mener jeg at faren for bruk av ytringsfriheten som vikarierende argument er meget stor. Etter min mening bør man passe seg for å påberope ytringsfriheten der en selv mener at hensynet bak retten til å ytre seg ikke gjør seg gjeldende. Misbruk vil kunne svekke ytringsfrihetens posisjon som grunnleggende rettighet. For ”mannen i gaten” virker det sannsynligvis veldig rart at f.eks et stort kommersielt konsern kan påberope seg ytringsfriheten for å ”stjele” et åndsverk fra en liten, ukjent artist.

På bakgrunn av de ovennevnte betraktningene (de lege ferenda), kan det stilles spørsmål ved om en slik forståelse jeg har gjort rede for i avhandlingen (de lege lata), vil stå seg dersom spørsmålet kommer opp for Høyesterett.

#### 4 Litteraturliste

Henvising i teksten	Full henvising
Eggen NR	Eggen, Kyrre (2003): <i>Redaktørers adgang til å benytte journalistisk produsert materiale under journaliststreik</i> . Utredning til Norsk Redaktørforening, publisert i NRs årbok 2003. URL: <a href="http://www.nored.no/mainDesign.asp?aid=14681&amp;gid=6770">http://www.nored.no/mainDesign.asp?aid=14681&amp;gid=6770</a> [Lesedato: 27.02.2008]
Eggen	Eggen, Kyrre (2002): <i>Ytringsfrihet</i> . Oslo, 2002.

- Høgberg Høgberg, Benedikte Moltumyr (2006): *"Nye" Grunnloven § 100. Lov og Rett – 2006 – Nr 08-09 s. 463-484.*
- Knoph Knoph, Ragnar; *Åndsretten*. Oslo, 1936.
- Lødrup Lødrup, Peter (1999): *Lærebok i erstatningsrett*. 4.utgave. Oslo, 1999.
- Ringnes Ringnes, Arne (2005): *Erstatning (oppreisning) for ikke-økonomisk skade*. NIR: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, årgang 74 2005 s. 615 – 622.
- Rognstad/Stenvik Rognstad, Ole-Andreas og Are Stenvik (2002): *Hva er immaterialretten verd? Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser*. Bonus pater familias: festskrift til Peter Lødrup 70 år, s. 511-548. Oslo, 2002.
- Schmidt Schmidt, Per Håkon (2001): *Om ideelle rettigheter*. NIR, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. Festskrift till Ulf Bernitz, s. 159-165.
- Schønning Schønning, Peter (1998): *Ophavsretsloven med kommentarer*. 2.udgave. København, 1998.
- Stray Vyrje Stray Vyrje, Magnus (1987): *Ophavsrettens ABC*. Stabekk, 1987.
- Tvistelovkommentaren Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M. Øie (2007): *Tvisteloven Kommentarutgave Bind II*.

## 5 Øvrige kildehenvisninger

### Lover

- Norske:
  - Grunnloven (Grl.). Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814.
  - Åndsverkloven (åvl.). Lov av 12. mai. Nr. 2. 1961 opphavsrett til åndsverk m.v.
  - Straffeloven (strl.). Lov av 22. mai. Nr. 10. 1902 Almindelig borgerlig Straffelov.
  - Skadeserstatningsloven (skl.). Lov av 13. juni. Nr. 26. 1969 Lov om skadeserstatning.
  
- Andre:
  - Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

### Forarbeider

- Grunnloven § 100:
  - NOU 1999:27 ”Ytringsfrihed bør finde Sted”. Forslag til ny Grunnlov § 100.
  - St.meld.nr.42 (1999-2000) Om endring av Grunnloven § 100.
  - St.meld.nr.26 (2003-2004) Om endring av Grunnloven § 100.
  - Innst.S.nr.270 (2003-2004) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om endring av Grunnloven § 100.
  - Stortingsforhandlinger. Debatter mv. i Stortinget. Nr. 34 30. september, sesjonen 2003-2004.
  
- Andre:
  - NOU 2002:4 ”Ny straffelov”.

### Rettsavgjørelser

- Oslo byfogdembetes kjennelse av 18. juli 2007 (Sak nr.: 07-091126TVA-OBYF/1)

- Trondheim tingretts kjennelse av 28. april 2007 (TTRON-2007-65456)
- Høyesteretts kjennelse av 14. mars 2007 (Rt-2007-404)
- Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25. september 2006 (LB-2006-65279)
- Oslo namsretts kjennelse av 19. september 1997 (Sak nr.: 97-2136D)

## Vedlegg 1

### NOU 1999:27

s.177-178:

”Det bør klargjøres at midlertidige forføyninger bare kan brukes når det er sannsynliggjort at offentliggjøring ikke tilfredsstillende kan repareres med økonomisk kompensasjon og/eller straff. Det er bare ytringer som vil føre til irreversible skadelige konsekvenser – som f. eks. visse ytringer knyttet til statens sikkerhet eller privatlivets fred – som bør kunne stanses. Mange krenkelsers, av f.eks. opphavsrett eller bedrifters omdømme, kan i rimelig grad repareres økonomisk. Det må legges til grunn at pengeskader alltid er reversible (...)”.

s.246:

”Forbudet rammer dessuten andre ordninger som kan ha tilsvarende effekt (« andre forebyggende Forholdsregler »). Det omfatter bl.a bruk av midlertidige forføyninger mot ytringer. Dette innebærer likevel ikke et forbud mot bruk av midlertidige forføyninger når formålet er å avverge en ellers irreversibel skade som vil oppstå om en ytring når fram til sitt publikum. Med irreversibel skade menes her skade som ikke tilfredsstillende kan kompenseres ved etterfølgende økonomisk ansvar (en pengeskade er alltid reversibel) eller annet etterfølgende ansvar. Man kan derfor se det slik at den midlertidige forføyningen i slike tilfeller ikke brukes for å stanse en ytring man misliker, men for å hindre en ellers uopprettelig skade.”



### **St.meld.nr.42 (1999-2000)**

s. 27:

”Ettersom midlertidige forføyninger er regulert av fjerde ledd, må det med andre ord gjelde visse unntak fra forbudet som ikke følger av ordlyden. (...)

På bakgrunn av kommisjonens utredning må det etter dette legges til grunn at forbudet mot forhåndskontroll etter fjerde ledd ikke er så absolutt som ordlyden kan tyde på.

Bestemmelsen åpner til en viss grad for inngrep ut i fra en interesseavveining. Vurderingen er streng, og inngrep er bare aktuelt hvis etterfølgende ansvar ikke gir et tilstrekkelig vern.”

### **St.meld.nr.26 (2003-2004)**

s. 120:

”Det kan nok være uklart om det generelle forbudet åpner for unntak i visse tilfeller. I St.meld.nr.42 (1999-2000) s. 27 er det antatt at fjerde ledd må tolkes slik at bestemmelsen til en viss grad åpner for forhåndskontroll ut fra en interesseavveining, Vurderingen er imidlertid streng, og inngrep er bare aktuelt hvis etterfølgende ansvar ikke gir et tilstrekkelig vern.”

### **Innst.S.nr.270 (2003-2004)**

s. 48:

”Flertallet slutter seg for øvrig til vurderingene i meldingen.”

**Stortingsforhandlinger nr. 34 30.september, sesjonen 2003-2004**

s. 3586:

”Slik flertallet ser det, er det klart at bruk av midlertidige forføyninger mv. vil kunne skade ytringsfrihetens begrunnelser, men at publisering kan føre til irreversible skader på andre interesser, f. eks i saker knyttet til rikets sikkerhet eller saker som kan være til stor skade for enkeltpersoner, og at hensynet til at slike skader bør unngås, derfor i en del tilfeller kan veie tyngre.”