

UiO • Det juridiske fakultet

Åndsverklovens vern for fotografiske verk og bilder

Særlig om verkshøydekravet for fotografier og fotografens råderett.

Kandidatnummer: 599

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 634



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Valg av tema og problemstillinger for oppgaven	1
1.2	Kilder og metode	2
1.3	Videre fremstilling.....	3
2	ÅNDSVERKLOVENS TOSPOREDE SYSTEM FOR VERN FOR FOTOGRAFIER	4
3	GRENSEN MELLOM FOTOGRAFISKE VERK OG FOTOGRAFISKE BILDER.....	5
3.1	Fotografiske bilder, åndsverkloven § 43a.....	5
3.2	Fotografiske verk som åndsverk, åndsverkloven § 1	8
3.2.1	Frembringelse.....	9
3.2.2	Litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk.....	11
3.2.3	Fotografiet må oppfylle kravet til verkshøyde	12
3.2.4	Vurderingen av om et fotografi oppfyller verkshøydekravet.....	15
3.2.4.1	Risikoen for dobbeltfrembringelser	15
3.2.4.2	Det tekniske aspektet ved et fotografi	16
3.2.4.3	Fotografens variasjonsmuligheter.....	18
3.2.4.3.1	Reportasjefotografier	19
3.2.4.3.2	Portrettfotografier.....	20
3.2.4.4	Kvantitets- og kvalitetsbetraktninger av fotografiet.....	22
3.3	En kort oppsummering	23
4	BETYDNINGEN AV Å SKILLE MELLOM FOTOGRAFISKE VERK OG FOTOGRAFISKE BILDER.....	24
4.1	Vernetiden for fotografiske bilder	25
4.2	Vernetiden for fotografiske verk	25
5	FOTOGRAFENS RETT TIL Å RÅDE OVER SITT FOTOGRAFI.....	26
5.1	Opphavsmannens eksemplarfremstillingsrett etter åndsverkloven § 2	26

5.1.1	Digital eksemplarframstilling.....	27
5.1.2	Varig og midlertidig eksemplar	30
5.1.3	Bearbeidelse, endret skikkelse og annen kunststart.....	31
5.1.4	Fotografiske verk som grunnlag for nye og selvstendige verk	33
5.2	Fotografens eksemplarframstillingsrett etter åndsverkloven § 43a	33
5.2.1	Fotografering, trykk, tegning eller på annen måte	34
5.3	Fotografens tilgjengeliggjøringsrett etter åndsverkloven §§ 2 og 43a	35
5.3.1	Spredningsretten.....	35
5.3.2	Visningsretten	36
5.3.3	Fremføringsretten.....	37
5.3.4	Begrensningen til «allmennheten»	38
6	FOTOGRAFENS IDEELLE RETTIGHETER	39
6.1	Navngivelsesretten.....	39
6.2	Respektretten	40
6.3	«Klassikervernet»	40
7	AVGRENSNING AV FOTOGRAFENS TIL Å RÅDE OVER SITT FOTOGRAFI	41
7.1	Gjengivelse av fotografier i kritisk eller vitenskapelig framstilling, åndsverkloven § 23	42
7.1.1	Offentliggjort fotografiske verk	43
7.1.2	Kritisk eller vitenskapelig framstilling.....	45
7.1.2.1	Fremstillinger som «ikke er av allmennopplysende karakter»	46
7.1.2.2	Fremstillinger av «allmennopplysende karakter».....	46
7.1.2.3	Gjengivelse i maskinlesbar form	47
7.1.3	I tilslutning til tekst	47
7.1.4	I samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger	48
7.1.5	Personbilde i skrift av biografisk innhold	49
7.2	Bruk av fotografier ved omtale av dagshending, åndsverkloven § 23a.....	49
7.2.1	Dagshending.....	50
7.2.2	Fotografens krav på vederlag	52
7.2.3	Verk som er skapt med henblikk på gjengivelse.....	53
7.2.4	Fotografier i bakgrunnen eller av underordnet betydning.....	53

7.2.4.1	Fotografiet er ”utgitt”	54
7.2.4.2	Fotografiet er ”overdratt”	54
7.3	Bestilte portretter, åndsverkloven § 39j	55
7.3.1	På «vanlig måte» vises som reklame(...) og bestilleren ikke nedlegger forbud	55
7.4	Retten til eget bilde, åndsverkloven § 45c	56
7.4.1	Avbildningen har «aktuell og allmenn interesse»	56
7.4.2	Avbildningen av personen er «mindre viktig» enn hovedinnholdet i bildet	58
7.4.3	Forhold eller hendelser som har «allmenn interesse»	58
7.4.4	På «vanlig måte» vises som reklame(...) og den avbildede ikke nedlegger forbud	58
7.4.5	Som omhandlet i § 23 tredje ledd eller § 27 annet ledd	59
8	VURDERING AV ÅNDSVERKLOVENS VERN FOR FOTOGRAFISKE VERK OG BILDER.....	59
9	KILDER	60
9.1	Litteraturliste	60
9.2	Lover og forarbeider	62
9.3	Rettspraksis	63
9.4	Fra EU og EMD	63

1 Innledning

1.1 Valg av tema og problemstillinger for oppgaven

Tidligere hadde fotografier vern etter Fotografiloven av 17. juni 1960 nr. 1 (fotografiloven), men ved lovrevisjon i 1995 ble denne loven i all hovedsak inkorporert i Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk mv., (åndsverkloven, åvl.).

Åndsverkloven gir i dag vern for både fotografiske verk og fotografiske bilder.

På denne bakgrunn har det oppstått nye problemstillinger rundt vernet for fotografier, både knyttet til vilkårene for vern, vernets omfang og innhold.

En hovedproblemstilling for oppgaven vil være å se på hvor grensen mellom fotografiske «verk» og fotografiske «bilder» går. Dette bestemmes av hvorvidt fotografiet oppfyller kravet til verkshøyde og på denne bakgrunn blir verkshøydevurderingen for fotografier sentral.

Når det gjelder fotografens rett til å råde over sitt fotografi etter henholdsvis åndsverkloven § 2 for fotografiske verk og åndsverkloven § 43a for fotografiske bilder er problemstillinger i tilknytning til eksemplarframstilling av fotografier i en digital kontekst blitt særlig aktuelle. Spørsmål som Hvor langt samtykke til bruk rekker når fotografier gjøres tilgjengelig på internett og På hvilken måte andre kan krenke fotografens enerett til eksemplarframstilling på sosiale medier, vil her bli drøftet.

For å gi en tilstrekkelig oversikt over vernet for fotografier er det nødvendig å redegjøre for noen av de bestemmelsene som avgrenser fotografens rett til å råde over sitt fotografi. For fotografier er særlig åndsverkloven §§ 23 og 23a av interesse. Problemstillinger som Når kan fotografier gjengis i kritisk og vitenskapelig framstilling uten at samtykke er nødvendig og Når kan fotografier gjengis ved omtale av dagshending uten fotografens samtykke, vil her bli drøftet og gjennomgått.

Åvl. § 39j og 45c medfører også begrensninger i fotografens rett til å råde over sitt fotografiske verk eller bilde. Problemstillingen er da å se på Hvordan bestemmelsene avgrenser fotogra-

fens råderett og i hvilke tilfeller fotografen kan gjengi eller vise fotografiet offentlig uten å innhente samtykke fra bestilleren og den avbildede.

Oppgaven vil på bakgrunn av det ovennevnte ta sikte på å gi en oversiktlig fremstilling av åndsverklovens regler om vern for fotografiske verk og bilder. Det er imidlertid ikke plass til å gå gjennom alle bestemmelsene som kan anvendes for fotografi, og det er heller ikke hensikten å gi en fremstilling av generell opphavsrett. På denne bakgrunn vil oppgaven konsentrere seg om problemstillinger som er særlig aktuelle for fotografier.

1.2 Kilder og metode

Åndsverkloven har blitt til gjennom et nordisk samarbeid og annen nordisk rett kan derfor være relevant ved tolkningen av den norske åndsverkslov.

Fotografilovens forarbeider samt litteratur og rettspraksis rundt denne loven er fortsatt relevant som tolkningsfaktor ved de nåværende bestemmelsene om fotografier i åndsverkloven.

Opphavsrettsdirektivet¹ og Vernetidsdirektivet² har også opphavsrettslige bestemmelser om fotografier. Direktivene er gjennomført i åndsverkloven som følge av Norges forpliktelser gjennom EØS-avtalen.³ Norge har også undertegnet Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk (BK).

Fremstillingen vil dreie seg om de norske reglene om vern for fotografiske verk og bilder etter åndsverkloven. Hensynet til en harmonisert rettslig ramme for opphavsrett, samt en overholdelse av et høyt beskyttelsessystem for åndsverk, tilsier imidlertid at den norske åndsverklov må tolkes i lys av EU-retten.⁴ Praksis fra Eu-domstolen kan derfor være relevant ved tolkningen av den norske åndsverklov. I forhold til norsk juridisk metode vil Eu-domstolens avgjørelser bare tas opp så langt det er nødvendig for fremstillingen.

¹ Direktiv 2001/29/EF.

² Direktiv 2006/116/EF (tidligere Direktiv 93/98/EØF).

³ Se EØS-loven §§ 1 og 2

⁴ Se fortalet til Bernkonvensjonen, Paristeksten 1971

1.3 Videre fremstilling

Av forenklingsgrunner vil «*fotografen*» i den videre fremstilling være den som har tatt fotografiet og som har rettighetene til det, enten det er vernet etter åvl §§ 1 eller 43a. Betegnelsen «*fotografier*» vil dermed brukes som fellesbetegnelse for fotografiske verk og bilder. I tilknytning til regler som kun er anvendelige for fotografier som åndsverk vil jeg imidlertid tale om «*opphavsmannen*» og «*fotografiske verk*», da dette vil vise en forskjell i vernet for fotografiske verk og bilder.

En kort oversikt over åndsverklovens tosporede system for vern for fotografier vil komme i punkt. 2.

Grensen mellom fotografiske verk og bilder, herunder vilkårene for vern etter åvl. §§ 43a og 1, vil bli drøftet og gjennomgått i punkt 3. Verkhøydevurderingen for fotografier er her sentral.

Skillet mellom fotografiske verk og bilder har ikke nødvendigvis så stor betydning. Vernets innhold er langt på vei identisk idet åndsverkloven § 43a tredje ledd gir flere av åndsverklovens bestemmelser tilsvarende anvendelse for fotografiske bilder «*i samme utstrekning som de gjelder for fotografiske verk*». Betydningen av å skille mellom fotografiske verk og bilder vil bli kommentert i punkt 4, hvor det vil gis en kort oversikt over ulike regler om vernetidens lengde for fotografiske verk og bilder.

En gjennomgang av retten til å råde over sitt fotografi slik det fremgår av åvl. §§ 2 og 43a vil komme i punkt 5. Det vil også bli sagt noe om fotografens ideelle rettigheter i et eget punkt 6.

Punkt 7 vil omhandle bestemmelser som avgrenser fotografens rett til å råde over sitt fotografi. Åvl. §§ 23 og 23a vil her bli drøftet og gjennomgått.

For å illustrere alle sider av fotografens vern tar jeg også opp enkelte spørsmål vedrørende åvl. § 39j om bestilte portretter og åvl. § 45a om retten til personlig bilde i punkt 7.

På bakgrunn av dette vil jeg gi en selvstendig vurdering av åndsverklovens vern for fotografiske verk og bilder i punkt 8.

Punkt 9 vil gi en oversikt over litteratur og andre kilder som er benyttet ved fremstillingen.

2 Åndsverklovens tosporede system for vern for fotografier

Det kan spørres om hvorfor man har valgt å gi vern for både fotografiske verk og bilder etter åndsverkloven?

Fotografiloven regulerte ikke rettighetsforholdet omkring det avbildede objekt, og konsekvensene av dette var at det kunne være aktuelt å se hen til åndsverklovens bestemmelser hvis det endelige resultatet av fotografiet for eksempel kunne sies å være et kunstverk som nevnt i åndsverkloven.⁵ Det var nemlig ikke mulig å få vern for fotografier som åndsverk jf. § 10 i daværende åndsverklov. Dette gjorde at fotografiloven ga et mindre omfattende vern enn åndsverkloven.⁶

I 1995 ble fotografiloven opphevet samtidig som åndsverkloven fikk et tosporet system for vern for fotografier. På denne bakgrunn har fotografier fått et sterkere vern enn det som fulgte av Fotografiloven.

Det fremgår av forarbeidene at en regulering av både fotografiske verk og fotografiske bilder i åndsverkloven også ville forbedre den lovmessige oversikt samt at «Norge i henhold til EØS-avtalen må gjennomføre EFs direktiv om vernetidens lengde før 1. juli 1995».⁷

Vernetidsdirektivets artikkel 6, sammenholdt med artikkel 1, forplikter Norge til å ha et opphavsrettslig vern for fotografier med verkshøyde, men gir valgfrihet med hensyn til vern for fotografier som ikke er åndsverk. Norge valgte likevel å innføre et vern for fotografier uten verkshøyde i åndsverklovens kapittel om «nærstående rettigheter», og på denne bakgrunn har åndsverkloven et tosporet system for vern for fotografiske verk og bilder. En slik løsning var

⁵ Galtung s. 3, Fotografiloven med kommentarer 1991

⁶ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.1

⁷ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.1

også samsvar med det som var foreslått i Danmark og allerede gjennomført i Island, Finland og Sverige jf. Ot.prp.nr. 54 (1994-1995) pkt. 2.3 om nordisk rettsenhet.

Fotografier med verkshøyde beskyttes i dag som «*åndsverk*», nærmere bestemt «*fotografiske verk*» jf. åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 6 jf. første ledd.

Åvl. § 1 siste ledd bestemmer videre at «*for fotografiske bilder som ikke er åndsverk gjelder § 43a*». Åndsverkloven § 43 gir dermed vern for alle fotografiske bilder som ikke kvalifiserer til å være fotografiske verk.

Et poeng for den videre fremstilling er også at fotografiske verk alltid er fotografiske bilder, men ikke omvendt. Det fremgår for eksempel av åvl. § 43a fjerde ledd at «*Er et fotografi gjenstand for opphavsrett, kan også denne gjøres gjeldende*». Dvs. at fotografiet kan få vern som fotografisk verk som helhet, men også bare deler av det kan oppnå vern som åndsverk.

Grensen mellom fotografiske verk og bilder, herunder vilkårene for vern etter henholdsvis åvl. §§ 43a og 1, vil bli gjennomgått i det følgende.

3 Grensen mellom fotografiske verk og fotografiske bilder

3.1 Fotografiske bilder, åndsverkloven § 43a

Avgjørende for vernet etter åvl. § 43a er om i det hele tatt foreligger et «*fotografisk bilde*» i åndsverklovens forstand, og det er dette som er problemstillingen i det følgende.⁸

Ordlyden «*fotografisk bilde*» erstatter den tidligere fotografilovens definisjon av «*fotografi*», som bl.a. presiserte at «*Eit bilete som vert laga på ein måte som likjest fotografiering, vert og rekna som fotografi*».⁹ Det fremgår av åndsverklovens forarbeider at utelatelsen av tilsvarende

⁸ For ordens skyld vil jeg presisere at definisjonen «*fotografisk bilde*» gjelder tilsvarende for fotografiske verk som nevnt i åvl. § 1, men at fotografiske verk har verkshøyde i tillegg. Verkshøydevurderingen for fotografier vil komme i oppgavens pkt. 3.2.3 og 3.2.4 flg.

⁹ Fotografilovens § 1

ordlyd i åvl. § 43a ikke tilsiktet noen realitetsendring i fotografibegrepet.¹⁰ Det vil derfor være hensiktsmessig å se hen til litteratur og rettspraksis rundt fotografilovens fotografibegrep når man tar stilling til hva som menes med «*fotografisk bilde*» som nevnt i åvl. § 43a.

Fotografi¹¹ betyr egentlig *lysskrift*, og en naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at fotografiske bilder forutsetter en frembringelse gjennom belysning av lysfølsom film.¹² Forarbeidene presiserer at det avgjørende da er «*å stadfeste at det dreier seg om et bilde som er blitt til ved lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale*».¹³

Dvs. at definisjonen av «*fotografisk bilde*» baserer seg på tekniske kriterier, og slik sett bør det være enkelt å stadfeste om man står ovenfor et «*fotografisk bilde*» som åvl. § 43a gir vern for.

Det er imidlertid sikker rett at fotografibegrepet rekker lenger enn en naturlig språklig forståelse av ordlyden da man anser for eksempel visse bilder som er frembrakt uten bruk av film som fotografier.¹⁴

Det kan på denne bakgrunn spørres om avfotografering fra film og video er omfattet av åvl. § 43a?

I henhold til fotografiloven var det ikke noe vilkår at bilde var resultat av en kjemisk prosess, noe som betydde at også videobilder, som for eksempel et stillbilde fra en videofilm, falt inn under lovens fotografibegrep.¹⁵

At enkeltbilder fra film og video er omfattet av fotografibegrepet bekreftes også av Høyesterett i Rt. 1995 s. 1948 "Diana Ross". Hovedspørsmålet i saken var om Se og Hør Forlaget AS

¹⁰ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) s. 8 og 36. Sml. Jordahl s. 117, Fotorett i mediene 1996

¹¹ «*Fremstilling av bilder på materiale som påvirkes av lys*» jf. Store norske leksikon på www.snl.no/fotografi

¹² Rognstad s. 291, Opphavsrett 2009 og Galtung s. 12 i Fotografiloven med kommentarer 1991, med videre henvisning til Blomqvist: *Ophavsretlig beskyttelse af fotografier?* NIR 1984, s. 165.

¹³ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) s. 8

¹⁴ Rognstad s. 291, Opphavsrett 2009

¹⁵ Galtung s. 12-13, Fotografiloven med kommentarer 1991

kunne gjengi bilder av ekteparet Diana Ross/Arne Næss og deres to barn i ukebladet «Se og Hør», etter avfotografering fra et videoopptak av et intervju med ekteparet.

Høyesterett fant at avfotografering fra et videoopptak var en teknikk ”som likjest fotografering” og førstvoterende uttalte i dommens andre avsnitt at «(...)Det må antas at de enkelte bilder i et videoopptak er å anse som fotografier i lovens forstand, på samme måte som enkeltbilder i en vanlig fotografisk film».

Dommen har blitt lagt til grunn ved tolkningen av «fotografisk bilde» som nevnt i åvl. § 43a, noe som tilsier at åvl. § 43a også gir vern for enkeltbilder fra film og video.¹⁶ En slik rettstilstand synes også å være i samsvar med Bernkonvensjonens regel i art. 2 (1).¹⁷

Et annet tema er manipulerede bilder. Når man manipulerer et fotografi har fotografiet blitt til ved mer enn bare lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale da det har vært utsatt for «menneskelig bearbeidelse der utvilsomt nøyaktighet og presisjon er en nødvendighet for det frembrakte resultat».¹⁸

Det kan på denne bakgrunn reises spørsmål ved om manipulerede bilder kan falle inn under åvl. § 43a?

Manipulerede bilder kan i konkrete tilfeller oppfylle verkshøydekravet og dermed vernes som fotografiske verk etter åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 6. Dersom det manipulerede bilde ikke oppfylder verkshøydekravet, og for øvrig er frembrakt i samsvar med de tekniske kriteriene som oppstilles for definisjonen av «fotografisk bilde», får det manipulerede bilde vern etter åvl § 43a. Om det manipulerede bilde er en etterligning som krenker en fotografs enerett til eksemplarframstilling er et annet spørsmål som jeg ikke vil gå nærmere inn på her.

¹⁶ Rognstad s. 291, Opphavsrett 2009 og Jordahl s. 117, Fotorett i mediene 1996

¹⁷ Jf. Stuevold Lassen s.326-327 i ”Noe om det fotografiske bilde” publisert i Festskrift til Mogens Koltvedgaard 2003 s 325-331.

¹⁸ Galtung s. 15, Fotografiloven med kommentarer 1991

Åvl.§ 43a forutsetter videre at en fysisk person ”lager” det fotografiske bilde. På denne bakgrunn gir ikke åvl.§ 43a vern for den rene reproduksjon av et eksisterende bilde.¹⁹ Den som kopierer opp eksisterende bilder frembringer bare eksemplarer av det, men lager ikke et nytt ”fotografisk bilde”.

Dette betyr imidlertid ikke at fotografiet har mistet sin karakter av å være et fotografi hvis det for eksempel blir skannet inn på en datamaskin.²⁰ Det vil fortsatt være et fotografi når man legger det inn for elektronisk behandling, men poenget er at selve skanningen ikke frembringer et nytt ”fotografisk bilde”, slik at den som skanner inn bilde ikke får rettigheter til det produserte bilde.

Det fremgår for øvrig av Ot.prp.nr.54 (1994-1995) s. 36-37 at også juridiske personer kan lage fotografiske bilder som får vern etter åvl.§ 43a. Det må bety at passbilder og overvåkingsbilder, som tas av automater, ikke kan nektes vern etter åvl.§ 43a.²¹

Etter dette kan man legge til grunn at et «fotografisk bilde», som nevnt i åvl.§ 43a, defineres ut fra tekniske kriterier; bilde må være frembrakt «ved lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale».²²

Ved spørsmålet om det fotografiske bilde også er et fotografisk verk kommer verkshøyde vurderingen i tillegg.

3.2 Fotografiske verk som åndsverk, åndsverkloven § 1

Åndsverkloven § 1 første og annet ledd lyder:

«Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket.»

¹⁹ Det er i dag en fast rettsoppfatning både i Danmark og i Norge jf. Stuevold Lassen 2003 s. 326 i ”Noe om det fotografiske bilde” publisert i Festskrift til Mogens Koktvedgaard 2003 s 325-331.

²⁰ Jordahl s. 117, Fotorett i mediene 1996

²¹ Sml. Rognstad s. 292, Opphavsrett 2009.

²² Ot.prp.nr.54 (1994-1995) s. 8

Med åndsverk forstås i denne lov litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte(...).»

I bestemmelsens annet ledd nr. 6 er det uttrykkelig forutsatt at «*fotografiske verk*» kan være åndsverk.

Hvilke fotografier som kan få vern som «*fotografiske verk*» fremgår av åndsverkloven § 1 supplert med forarbeider, juridisk litteratur og høyesterettspraksis, og det sentrale vurderings-tema er om fotografiet har verkshøyde.

Før jeg går inn på verkshøydekravet for fotografier vil jeg kort si noe om de øvrige vilkårene som må være oppfylle for å få vern som åndsverk etter åndsverkloven § 1.

3.2.1 Frembringelse

Åndsverkloven § 1 gir vern til den som ”*skaper*” et fotografisk verk jf. åvl. § 1 første ledd sammenholdt med annet ledd nr. 6. Ordlyden tilsier at det må foreligge *en frembringelse* i opphavsrettslig forstand.²³

Kravet til frembringelse innebærer at det må være «*frembragt en ytre realitet*», og det er ”*bare det preg som innsatsen har satt på resultatet(...)*,” som beskyttes etter åndsverkloven.²⁴

Fotografiske bilder er definert ut fra tekniske kriterier²⁵ og på denne bakgrunn er fotografier frembringelser i opphavsrettslig forstand. Fotografier kan rettens sagt sies å være frembringelser som viser ulike motiv på konkrete måter fra et konkret øyeblikk, og det er nettopp denne konkrete uttrykksmåten som kan få vern som fotografisk verk, forutsatt at de har verkshøyde.

²³ Knoph s. 62 flg., Åndsretten 1936.

²⁴ Rognstad s. 79, Opphavsrett 2009

²⁵ Som nevnt over i oppgavens pkt. 3.1

Fordi det kreves en slik frembringelse gis det ikke vern for en fotografs tanker og ideer om ulike motiv.²⁶

En forutsetning for vern etter åvl.§ 1 er at det fotografiske verket er skapt av en fysisk person²⁷ og slik sett er det som regel fotografen som får den råderetten som åvl.§ 2 gir. Juridiske personer som innehar opphavsrettigheter til fotografier, eks. VG og Aftenposten, har ervervet sine rettigheter til fotografiet i medhold av andre bestemmelser i loven, og har ikke fått sin opphavsrett direkte etter åvl. § 1.

Det kan spørres om opphavsmannen er den eneste som får opphavsrettslige rettigheter når han frembringer et fotografisk verk?

Det kan tenkes at to fotografer går sammen om å lage et fotografisk verk. Åvl § 6 bestemmer da at det som utgangspunkt kreves samtykke fra alle opphavsmenn til verkets første offentliggjørelse.

Og selv om det er den som «*skaper*» et fotografisk verk som får opphavsretten til det jf. åvl.§ 1, er det ikke alltid gitt at opphavsmannen kan utøve opphavsretten sin ubetinget. Vedrørende bestilte portretter, som kan være «*fotografiske verk*», bestemmer for eksempel åvl.§ 39j annet ledd at bestilleren har mulighet til å begrense fotografens rett ved å nedlegge forbud mot at fotografen bruker portrettet av den avbildede i reklame for sin fotografivirksomhet. På samme måte er vernet etter åvl.§ 45c i første omgang knyttet til den som er avbildede, og ikke fotografen. Åvl.§§ 39j og 45c illustrerer dermed at også andre enn den som «*skaper*» fotografiet som nevnt i åvl. § 1 kan ha vern og rettigheter etter åndsverkloven. Disse bestemmelsene kommer jeg tilbake til.

Det er for øvrig ikke et vilkår for opphavsrettslig vern at fotografen er myndig eller har rettslig disposisjonsevne for øvrig.²⁸

²⁶ Se bl.a. Rt. 1962 s. 964 «Wegners sybord», hvor det ble presisert at «*selve ideen(...)ikke isolert sett kan få rettsvern etter åndsverkloven.*»

²⁷ Rognstad s. 78, Opphavsrett 2009

²⁸ Rognstad s. 78, Opphavsrett 2009

3.2.2 Litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk

Det er forutsatt i åvl.§ 1 annet ledd nr. 6 at «*fotografiske verk*» kan være enten ”*litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk*” som nevnt i åvl.§ 1 første ledd, og slik sett skaper det sjelden problemer å stadfeste om dette vilkåret er oppfylt.

Det kan imidlertid spørres om fotografiske verk kan være *både* litterære, kunstneriske og vitenskapelige verk?

Et fotografisk verk vil ofte kunne sies å falle innenfor kategorien «*kunstneriske verk*». For det første viser verkshøydevurderingen for fotografier at fotografen har mulighet til å bruke kunstneriske virkemidler for å oppnå kravet til verkshøyde.²⁹ For den annet bekreftes dette synspunktet i forarbeidene.³⁰

Neste spørsmål er om fotografiske verk kan vernes som «*litterære verk*»?

Fotografiske verk kan få påført grafiske fremstillinger og slik sett kan fotografiske verk også være «*litterære verk*». Det fremgår også av forarbeidene at der begrepet «*fotografisk verk*» brukes som alternativ til «*kunstverk*»³¹ er hensikten å fange opp de fotografiske verk som er litterære verk.³²

Et siste spørsmål er om fotografiske verk kan være «*vitenskapelige verk*»?

Det har blitt antatt at åndsverk bare kan få vern som ”*vitenskapelige verk*” i den utstrekningen verket også kan sies å være litterært eller kunstnerisk.³³ Det er likevel klart at det kan tas vitenskapelige fotografier, så som forskningsbilder og mikroskopbilder. Det forutsettes imidlertid at de har verkshøyde for å bli vernet som «*vitenskapelige verk*», og jeg kan ikke komme på

²⁹ Oppgavens punkt 3.2.4 flg.

³⁰ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.2.4

³¹ Eksempelvis åvl.§§ 23 og 23a

³² Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.2.4

³³ Rognstad s. 80, Opphavsrett 2009

noen klare eksempler som tilsier at verkshøydekravet kan være oppfylt for slike bilder uten å bruke mer kunstneriske virkemidler. På denne bakgrunn vil nok også de fleste fotografiske verk vil bli vernet som enten kunstneriske eller litterære verk, til tross for at fotografiet er tatt på et vitenskapelig område.

Det har for øvrig ingen betydning for vernets innhold om fotografiet faller i kategorien «*litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk*» som nevnt i åndsverkloven § 1.

3.2.3 Fotografiet må oppfylle kravet til verkshøyde

Fotografiet må ha verkshøyde for å kunne karakteriseres som et «*fotografisk verk*» som nevnt i åvl. § 1 nr. 6. Det er på denne bakgrunn verkshøydekravet som setter grensen mellom fotografiske verk og bilder. Verkshøydekravets innhold er ikke nærmere definert i åndsverkloven, men har blitt utviklet i høyesterettspraksis på bakgrunn av lovens forarbeider³⁴ og juridisk litteratur.³⁵

Kjernen i verkshøydekravet, slik det er utviklet i høyesterettspraksis, kan oppsummeres med følgende uttalelse fra Rt. 2007 s. 1329 «Huldra i Kjosfossen»:

*«For at en frembringelse skal ha karakter av «åndsverk» i åndsverklovens forstand, må den være et resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt, jf. Rt-1940-327, Rt-1962-964 og Rt-1997-1999.»*³⁶

Uttalelsen³⁷ sier hva som kreves av opphavsmannen, men sier ikke noe om hvor terskelen for verkshøydekravet skal ligge for de ulike åndsverk, herunder fotografiske verk.

³⁴ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.2.3

³⁵ Knoph uttalte kravet til verkshøyde slik: «*Endelig må det som er frembragt være et åndsverk: det må i alle fall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side*»j.f. Knoph 1936 s. 64

³⁶ Sml. EU-domstolens uttalelse om at opphavsrettslig beskyttelse som åndsverk krever en «*creation of the authors own intellectual property*» j.f. sak C-5/08, Infopaq International

³⁷ Som ble bekreftet som gjeldende rett senest i Rt. 2013 s. 822 «Typehus»

Det er generelt antatt at kravet til verkshøyde ikke er særlig høyt, men at det kan gjelde et særlig verkshøydekrav for noen typer åndsverk.³⁸

Åndsverkbeskyttelse for fotografiske verk kom inn i åndsverkloven så sent som i 1995 og det kan derfor reises spørsmål ved om det gjelder et særlig verkshøydekrav for fotografier?

Begrunnelsen for verkshøydekravet tilsier at det kun er de fotografier som er preget av noe originalt gjennom en individuell skapende åndsinnsett, i tillegg til å vise det faktiske øyeblikket som enhver fotograf har muligheten til å gjenskape ved å klikke på kameraknappen, som skal få beskyttelse som fotografiske verk etter åndsverkloven § 1. Dette taler for at listen for verkshøydekravet for fotografier ikke bør være noe lavere enn det som generelt har vært lagt til grunn i rettspraksis.

Når beskyttelsesnivået er så høyt som det er, at opphavsmannen får den enerett som nevnes i åndsverkloven § 2, og som varer i «*opphavsmannens levetid og 70 år etter utløpet av hans dødsår*» jf. åndsverkloven § 40, tilsier også reelle hensyn at ikke ethvert fotografi skal bli vernet som fotografisk verk.

Dette tilsier at verkshøydekravet i alle fall ikke burde være noe lavere enn det som gjelder generelt for andre typer åndsverk.

Opphavsrettsutvalget foreslo imidlertid at verkshøydekravet for fotografiske verk skulle ligge noe over den verkshøyde som gjelder generelt. Begrunnelsen for dette var blant annet at fotografiske bilder kun unntaksvis var ment å skulle oppnå status som åndsverk og man ønsket derfor ikke å legge press på det alminnelige åndsverkbegrepet.³⁹ Dette kan tilsi at det er noe usikkert på om det bør gjelde et særlig verkshøydekrav for fotografier.

Innføringen av et tosporet vern for fotografier i åndsverkloven ble imidlertid ikke ansett å innebære slik fare for «*press*» på åndsverkbegrepet som Opphavsrettsutvalget var redd for og

³⁸ Se Rt. 1962 s. 964 «Wegners sybord», Rt. 1997 s.199 «Cirrus» og Rt. 2007 s. 1329 «Huldra i Kjosfossen»

³⁹ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) Punkt 3.1.2.3

Rognstad presiserer i den forbindelse at «*det er derfor neppe noen grunn til i dag å oppstille spesielle krav til verkshøyden for fotografier*». ⁴⁰

Vernetidsdirektivets artikkel 6, som har en egen bestemmelse om hva som skal til for at fotografier skal bli vernet som åndsverk, legger også til grunn at det ikke gjelder et særlig verkshøydekrav for fotografier.

Det fremgår av artikkel 6 at: "*Photographs which are original in the sense that they are the author's own intellectual creation shall be protected in accordance with Article 1. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for protection". (Min understrekning).*

På bakgrunn av at åvl.§ 1 nr. 6 om å verne "*fotografiske verk*" er inntatt som en følge av Vernetidsdirektivets artikkel 6 bør det konkluderes med at ingen andre kriterier enn «*individuell skapende åndsinnset*» skal legges til grunn for verkshøydekravet for fotografier etter norsk rett.

Avgjørende er da om fotografen har frembrakt et fotografi som er «*et resultat av en individuelt preget skapende innsats*» og «*ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt*» jf. Rt. 2007 s. 1329 «Huldra i Kjosfossen».

Det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om det konkrete fotografiet oppfyller verkshøydekravet. Det betyr bl.a. at selv om det ikke stilles noe særlig verkshøydekrav generelt for fotografier, kan det være momenter i den konkrete vurderingen som tilsier at noen typer fotografier har vanskeligere for å oppfylle verkshøydekravet enn andre. På hvilken måte, eventuelt i hvilken grad, det tekniske aspektet ved et fotografi kan begrense fotografens spillerom for individuell skapende åndsinnset er også et moment i den konkrete vurdering. Hvilke momenter som gjør seg gjeldende i den konkrete verkshøydevurderingen for fotografier vil bli gjennomgått i det følgende.

⁴⁰ Rognstad s. 108, Opphavsrett 2009 med henvisning til Ot.prp.nr.54 (1994-95)

3.2.4 Vurderingen av om et fotografi oppfyller verkshøydekravet

Problemstillingen kan formuleres på følgende måte: *Har fotografens ideer realisert seg på en slik måte at fotografiet er et uttrykk for fotografens individuelle skapende åndsinnssats, og at det ved denne er frembrakt noe originalt?*⁴¹

Et utgangspunkt er at det kun er de elementer som gjenspeiler fotografens individuelle skapende åndsinnssats som får vern som fotografisk verk. Slik sett kan verkshøydevurderingen angå fotografiet som helhet, men også være konsentrert rundt enkelte deler av fotografiet.

Hvis man for eksempel har tatt et bilde av solnedgangen, som kun viser hva som faktisk kunne sees fra en bestemt posisjon, så er det sannsynlig at selve solnedgangen ikke oppfyller kravet til verkshøyde og bilde blir dermed beskyttet etter åndsverkloven § 43a. Men hvis fotografen, i tillegg til å vise hva som faktisk kunne sees fra den bestemte posisjon, bruker kunstneriske virkemidler så som lyssetting, vinkling, beskjæring osv., som reflekterer fotografens individuelle skapende åndsinnssats, så kan det tenkes at verkshøydekravet er oppfylt for det konkrete fotografiet slik at det får vern etter åndsverkloven § 2 jf. åndsverkloven § 1 nr. 6. Og hvis den skapende åndsinnssatsen kun angår enkelte deler av fotografiet blir elementene i fotografiet som ikke har verkshøyde vernet som fotografisk bilde etter åvl. § 43a.

Ved den konkrete vurderingen av om fotografen har frembrakt et fotografisk verk kan momenter som risikoen for dobbeltfrembringelser og fotografens variasjonsmuligheter være retningslinjer som vil kunne bidra med en viss veiledning.⁴² Det tekniske aspektet ved selve kamerafunksjonen, samt formålet med fotografiet, er også momenter som får betydning ved spørsmålet om det konkrete fotografiet har verkshøyde.

3.2.4.1 Risikoen for dobbeltfrembringelser

Spørsmålet om dobbeltfrembringelser kan være et viktig moment i verkshøydevurderingen for fotografier da det ikke er helt upraktisk at to fotografer tar fotografi av det samme motiv.

⁴¹ Sml. hvordan verkshøydespørsmålet er formulert i Rt. 2007 s. 1329 «Huldra i Kjosfossen»

⁴² Rt. 2007 s. 1329 «Huldra i Kjosfossen»

Tanken er at dersom det er sannsynlig at en annen ville frembrakt i alt vesentlig det samme som den første opphavsmannen har skapt, så trekker det i retning av at den første opphavsmannen ikke har brukt sin individuelle skapende åndsinnsetts.⁴³ Dette kan tilsa at kravet til verkshøyde ikke er oppfylt.

Verkshøydekravet stiller imidlertid ikke noe nyhetskrav i forhold til det fotografiske verket som frembringes, noe som betyr at man kan stå ovenfor to identiske fotografiske verk som begge kan få vern som åndsverk.⁴⁴

Det er også et poeng at det er sluttresultatet av det fotografiske verket som er avgjørende for om verkshøydekravet er oppfylt. Dvs. at selv om det foreligger en reell dobbeltfrembringelse av det samme motiv skal det nok veldig mye til før to opphavsmenn har brukt sin individuelle skapende åndsinnsetts identisk når de tilfører fotografiet den originalitet som tilsier at verkshøydekravet er oppfylt. Slik sett synes ikke risikoen for dobbeltfrembringelser å skape noen vanskeligheter med å oppfylle verkshøydekravet for fotografier. Men står man ovenfor to like motiv, bør det kanskje kreves en originalitet som i stor grad beveger seg bort fra det som kan gjenskapes ved å trykke på kameraknappen.

Med dette beveger jeg meg over til hvordan det tekniske aspektet ved et fotografi kan begrense fotografens spillerom for individuell skapende åndsinnsetts.

3.2.4.2 Det tekniske aspektet ved et fotografi

Når det ble drøftet om fotografier skulle ha vern etter åndsverkloven var det gjerne et poeng at det var *«nettopp det teknisk enkle ved fotografering som har gjort at det har vært vanskelig å oppnå opphavsrettslig beskyttelse for fotografier»*.⁴⁵

⁴³ Rognstad s. 83, Opphavsrett 2009

⁴⁴ Eirik Holmøyvik, s. 97 «Verkshøgddevurderinga for fotografi», publisert i Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet s. 96 (FEST-2005-uib-25)

⁴⁵ Morten Holmboe, «Fotografiloven» - en kommentar, i Lov og Rett 1992 s. 505 med videre henvisning.

Et moment som må vurderes i verkshøydevurderingen for fotografier er dermed spørsmålet om På hvilken måte, eventuelt i hvilken grad, kan det tekniske aspektet begrense fotografens spillerom for individuell skapende åndsinnset?

Det er ingen hemmelighet at det ikke krever noen individuell skapende åndsinnset å trykke på kameraknappen som tar bilde, og slik sett kan man kanskje si at fotografen har begrensede muligheter til å utnytte sin individuelle skapende åndsinnset. Hvis fotografen ikke har tilført noe annet enn å vise det konkrete øyeblikket som enhver fotograf kunne ha gjort, har fotografen latt det tekniske aspektet ved et kamera være avgjørende for hans fotografi og det ligger i så fall ingen originalitet bak fotografiet. Dvs. at mitt «girls night out» bilde tatt med i-phenen min ikke kan ha verkshøyde, idet jeg ikke har gjort annet enn å trykke på kameraknappen.

Det finnes så vidt jeg vet ikke rettspraksis som kan gi veiledning med tanke på I hvilken grad det tekniske aspektet ved et fotografi kan begrense fotografens muligheter for kreativitet.

Når man inntok et eget punkt om fotografisk verk i åndsverkloven fant imidlertid Departementet ikke grunn til å kommentere de enkelte bestemmelsene hvor «*fotografisk verk*» ble inntatt ved lovrevisjonen i 1995, men valgte å vise til de merknadene som tidligere var gitt om kunstverk.⁴⁶

Dette tilsier at det kan være hensiktsmessig å se nærmere på hvordan verkshøydekravet har blitt vurdert for kunstverk.

I Rt. 1962 s. 964 «Wegners sybord», hvor det tas stilling til verkshøydekravet for brukskunst, er det presisert at opphavsmannens spillerom for individuell skapende åndsinnset er begrenset når det gjelder brukskunst fordi mye er "*funksjonelt bestemt*".⁴⁷

Spørsmålet er om fotografen, som følge av det tekniske aspektet ved et fotografi, kan sies å være begrenset på samme måte som kunstneren av brukskunst?

⁴⁶ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) punkt. 3.1.2.4

⁴⁷ Det er også klart at man ikke får vern for tekniske løsninger jf. Rt. 1997 s.199 «Cirrus».

Det er et viktig poeng i verkshøydevurderingen for fotografier at det er *sluttresultatet* av fotografiet som er avgjørende for spørsmålet om verkshøydekravet er oppfylt. Holmøyvik skriver for eksempel at fotografier i en viss grad kan sammenlignes med brukskunst, men påpeker samtidig at fotografen kan ha like store variasjonsmuligheter som kunstneren av den rene kunst slik at verkshøydekravet for fotografier ikke bør være noe høyere enn for annen billedkunst.⁴⁸

Dvs. at fotografen har variasjonsmuligheter som kunstneren av brukskunst ikke har, og dermed synes det ikke å være grunnlag for å si at verkshøydevurderingen for brukskunst har overføringsverdi for fotografier.

Om fotografen velger å utnytte sine variasjonsmuligheter er imidlertid opp til hver enkelt fotograf. Det er også et poeng at variasjonsmulighetene kan være mer begrenset for noen typer fotografier enn andre.

På hvilken måte, eventuelt i hvilken grad, det tekniske aspektet begrenser fotografens spillerom for individuell skapende åndsinnsetning må dermed bero på en konkret vurdering.

Man må man ta stilling til «*om fotografen har tilført sluttresultatet noko meir enn eit teknisk minimum.*»⁴⁹ Dette vil være vurderingstema i det følgende, hvor fotografens variasjonsmuligheter til å bruke sin individuelle skapende åndsinnsetning vil bli gjennomgått og drøftet i forhold til ulike typer av fotografier.

3.2.4.3 Fotografens variasjonsmuligheter

Som nevnt over kan fotografen sies å ha like store variasjonsmuligheter som kunstneren av den rene kunst. Store variasjonsmuligheter tilsier at fotografen har muligheten til å tilføre fotografiet en originalitet som gjør at verkshøydekravet lett kan være oppnådd i det konkrete

⁴⁸ Eirik Holmøyvik, s. 107-108, «Verkshøydevurderinga fotografi», publisert i Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet s. 96 (FEST-2005-uib-25)

⁴⁹ Eirik Holmøyvik s. 99 i «Verkshøydevurderinga for fotografi», publisert i Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet s. 96 (FEST-2005-uib-25)

tilfelle. Som Rognstad påpeker på s. 108 i Opphavsrett 2009 er det et poeng at det ikke er motivet i seg selv, men «*hvordan motivet er gjengitt*» som avspeiler den skapende innsatsen.⁵⁰

Foruten å trykke på knappen som tar bilde kan fotografen bruke sin individuelle skapende åndsinnsetning ved å justere lyssettingen, kameravinklingen, bakgrunnen, beskjæringen, poseringen og senere manipulere fotografiet på uendelige måter.

Hvilke variasjonsmuligheter som kan utnyttes, eventuelt i hvilken grad, vil nok bero på hvilken type fotografi det er snakk om. Fotografens variasjonsmuligheter vil i det følgende bli illustrert for reportasjefotografier og portrettfotografier.

3.2.4.3.1 Reportasjefotografier

Reportasjefotografier dokumenterer bl.a. hendelser av samfunnsmessig betydning og kan nok deles inn i to ulike kategorier: spontane reportasjefotografier og planlagte reportasjefotografier.

På hvilken måte og i hvilken grad reportasjefotografen kan oppfylle verkshøydekravet for sitt fotografi er vurderingstema i det følgende.

Noen reportasjefotografier er like spontane som bilder som tas på ferie, på fest, på gata eller i familieselskap, og felles for disse fotografiene er at de tas i et ”nå” øyeblikk. Spontane reportasjefotografier har gjerne det formål å dokumentere viktige hendelser; fotografiene er der det skjer og bringer de konkrete øyeblikkene til allmennheten. Fotografiene i denne kategorien gir som regel ikke uttrykk for noe utover det som automatisk skjer når man trykker på kameraknappen; fotografiet er kun et resultat av en teknisk prosess og det ligger derfor ingen individuell skapende åndsinnsetning bak slike fotografier. På denne bakgrunn vil nok reportasjefotografier av denne art, samt andre spontane fotografier, sjelden oppfylle verkshøydekravet.

Andre reportasjefotografier kan sies å være i den kategorien hvor fotografen ønsker å *gi uttrykk* for noe utover det som enhver fotograf kan vise ved å trykke på kameraknappen i det konkrete øyeblikk. Det er ikke uten grunn at man kan si at «*et bilde sier mer enn tusen ord*».

⁵⁰ Sml. Norheim s. 46, Foto- og opphavsrettslige spørsmål ved museene 1998

Når fotografen ønsker å fortelle en historie med et fotografi, kan det spørres om hva som skal til for at slike reportasjefotografier får verkshøyde?

Utgangspunktet er som nevnt at fotografens tanker og ideer rundt et fotografi ikke kan gi grunnlag for opphavsrettslig beskyttelse; det må være «(...)frembragt en ytre realitet(...)», og det er ”(...)bare det preg som innsatsen har satt på resultatet”, som beskyttes etter åndsverkloven.⁵¹ Fotografen må altså klare å få frem sine ideer og tanker rundt fotografiet på en konkret måte i motivet som gjengis, slik at fotografiet på denne bakgrunn kan sies å være et resultat av fotografens individuelle skapende åndsinnsett

For å oppnå kravet til verkshøyde kan reportasjefotografen være kreativ ved bruk av kameravinkling, omstendighetene rundt fotografiet, lysbruk osv. Hvis fotografiet skal illustrere hvor uovervinnelig Marit Bjørgen er, så kan man for eksempel ta bilde nedenfra og opp, slik at man får en effekt av å være liten i forhold til vedkommende. Motsatt kan reportasjefotografen ta et bilde ovenfra og ned for å illustrere en ynkelig liten taper, hvis det er det som er ønskelig. Det beror i alle tilfelle på en konkret vurdering av om reportasjefotografiet har verkshøyde.

3.2.4.3.2 Portrettfotografier

Et første spørsmål er å se på hva som menes med portrettfotografier?

Portrettkunst kan blant annet sies å være en «billedmessig fremstilling av personer med vekt på individuelle trekk og tolkning av personlighet»⁵² og slike avbildninger kan være fotografiske.

Hvilke variasjonsmuligheter fotografen bak et portrettfotografi har og i hvilken grad de faktisk brukes for å oppfylle kravet til verkshøyde, er vurderingen i det følgende.

På samme måte som reportasjefotografen kan verkshøydekravet oppfylles ved iscenesettelser og kreative valg i forbindelse med kameravinkling, den avbildedes positur, bakgrunn og lyssetting. Portrettfotografier tas gjerne i et studio og fotografen kan derfor bruke utstyr og andre

⁵¹ Rognstad s. 79, Opphavsrett 2009

⁵² «Portrettkunst» jf. Store norske leksikon på www.snø.no

hjelpemidler for å få frem en originalitet i fotografiet. På denne bakgrunn har fotografen store variasjonsmuligheter, noe som tilsier at han har et vidt spillerom til å bruke sin individuelle skapende åndsinnsett. Utgangspunktet er nok dermed at det ikke skal så veldig mye til før man kan si at portrettet har verkshøyde.

Det er for eksempel mange portrettfotografier som skal få frem personligheten til folk, og slik sett kan man iscenesette den avbildede i ulike situasjoner. Jeg så for eksempel et portrettfotografi av håndballspiller og landslagskaptein, Gro Hammerseng-Edin, hvor verkshøydekravet synes å være oppfylt.⁵³ Fotografiet viser en slagmark hvor Gro rir på en hest i front og ser uovervinnelig ut. Hun har en hær klar til kamp bak seg, og med denne effekten kan fotografiet sies å illustrere landlagskapteinen som «lederen» av hæren sin. Det er klart at en slik iscenesettelse og bruk av effekter kan tilsa at fotografen har brukt sin individuelle skapende åndsinnsett ved frembringelsen av fotografiet, og slik sett kan verkshøydekravet være oppfylt.

I den såkalte Painer-saken⁵⁴ tar EU-domstolen stilling til om et portrettfotografi kan få beskyttelse som fotografisk verk som nevnt i Opphavsrettsdirektivet artikkel 2 litra a jf. Verne-tidsdirektivet artikkel 6. I lys av lite norsk rettspraksis vedrørende verkshøydekravet for fotografier, kan det være hensiktsmessig å se hvordan EU-domstolen vurderer spørsmålet om et portrettfotografi skal beskyttes som fotografisk verk.

I premiss 90 i dommen bemerker EU-domstolen at fotografen bak et portrettfotografi kan foreta frie og kreative valg «på flere måder og på forskjellige tidspunkter i forbindelse med fremstillingen» og konkretiserer dette i premiss 91 på følgende måte:

«På det forberedende stadium vil ophavsmanden kunne vælge udformningen, den portrætteredes holdning eller belysningen. Når portrætfotografiet bliver taget, vil han kunne vælge billedudsnittet, vinklen eller stemningen. I forbindelse med fremstillingen af aftrykket vil ophavsmanden kunne vælge mellem forskellige fremkaldelsesteknikker eller, som i denne sag, anvende et computerprogram»

⁵³ Se Larvik HK sin facebookside. Fotograf: Mona Nordøy

⁵⁴ Sak C-145/10

Det presiseres altså at portrettfotografen, både på det forberedende stadiet, når fotografiet blir tatt og når fotografiet til slutt fremstilles, har mulighet til å vise en individuell skapende åndsinnsett og dermed oppnå vern for sitt portrettbilde som åndsverk.

Det er likevel nødvendig å foreta en konkret vurdering av hvert portrett. Dersom fotografen bare har bedt vedkommende ta plass på stolen for deretter å klikke på kameraknappen, uten noen som helst forberedelser, så er nok ikke dette en skapende åndsinnsett som tilsier at verksøydekravet er oppfylt.

3.2.4.4 Kvantitets- og kvalitetsbetraktninger av fotografiet

Det kan spørres om profesjonelle fotografer lettere kan oppnå verksøydekravet for fotografier, i motsetning til amatørfotografer?

Kvantitets- og kvalitetsbetraktninger skal generelt ikke blandes inn i verksøydevurderingen, det er nemlig «*verkets art, ikke kvaliteten det kommer an på*».⁵⁵

Dette betyr at det ikke har noe å si for verksøydevurderingen om fotografen er profesjonell eller en amatør. De har like store muligheter til å bruke sin individuelle skapende åndsinnsett ved den endelige frembringelsen av fotografiet.

Departementet synes også presiser at kvantitets- og kvalitetsbetraktninger ikke skal være momenter i verksøydevurderingen for fotografier når det uttaler at «*Det er ikke nok at fotografiet er fototeknisk godt*» og «*på samme måte er det ikke nok at fotografiet er tatt av en profesjonell fotograf; hvert enkelt fotografi må vurderes særskilt*».⁵⁶ Det er altså ikke avgjørende om man er en profesjonell fotograf eller om utstyret som er benyttet er kvalitetsmessig godt.

Det er imidlertid et yrke å være profesjonell fotograf og slik sett kan deres kunnskaper om kamerabruk og fototeknikk være en fordel ved frembringelsen av et fotografisk verk. Bruk av lyssetting er ikke nødvendigvis identifiserbart, men dersom det skaper en effekt som gjør at det blir tilstrekkelig originalt, kan det tilsi at verksøydekravet er oppfylt.

⁵⁵ Rognstad s. 86 med henvisning til. Innst. 1950 s.10

⁵⁶ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.2.3

På denne bakgrunn kan det være lettere for profesjonelle fotografer enn andre å skape et fotografisk verk, men det har altså ikke avgjørende betydning. På en annen side kan for eksempel den profesjonelle reportasjefotografen være begrenset i de konkrete tilfelle av hensyn til dokumentariske formål. Slik sett har amatørfotografen i noen tilfeller et friere spillerom til å bruke sin individuelle skapende åndsinnsett enn den profesjonelle fotograf.

Det må foretas en konkret helhetsvurdering av om fotografiet har verkshøyde, hvor kvantitets- og kvalitetsbetraktninger kun er momenter i vurderingen.

3.3 En kort oppsummering

På bakgrunn av det som er gjennomgått kan grensen mellom fotografiske verk og bilder oppsummeres med følgende uttalelse:

*«(...)Et fotografisk bilde viser hva som faktisk kunne sees fra en bestemt posisjon i et gitt øyeblikk. Et fotografisk verk vil i tillegg til dette ha andre, estetiske referanser; det vil med kunstneriske virkemidler gi uttrykk for noe mer enn de ytre fakta, være fotografens tolkning av det han ser og opplever».*⁵⁷

Om fotografen har klart å gi uttrykk for *noe mer* enn det som automatisk skjer når man trykker på kameraknappen beror altså på om sluttresultatet av fotografiet er et resultat av fotografens individuelle skapende åndsinnsett og om det ved denne er frembrakt noe originalt.

Fotografiene som har verkshøyde får vern etter åvl.§§ 1 og vernets innhold fremgår da av åvl.§ 2. Fotografiene som ikke har verkshøyde vernes etter åvl.§ 43a.

⁵⁷ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) s. 9

4 Betydningen av å skille mellom fotografiske verk og fotografiske bilder

Enerettens innhold er langt på vei identisk for fotografiske verk og bilder, idet åndsverkloven § 43a gir flere av bestemmelsene vedrørende fotografiske verk tilsvarende anvendelse for fotografiske bilder «i samme utstrekning som de gjelder for fotografiske verk».

Det kan derfor reises spørsmål ved om når sondringen mellom fotografiske verk og bilder først og fremst blir aktuelt?

Det fremgår av åndsverklovens forarbeider at rettstilstanden med to typer fotografier «*sjelden vil avstedkomme sondringsproblemer da vernets innhold langt på vei er identisk for begge kategorier. Det er først og fremst vernets lengde som vil avspeile forskjellen i vernet for de to kategorier*».⁵⁸

Konsekvensen av dette er at man som utgangspunkt ikke behøver å ta stilling til om det foreligger et fotografisk verk eller et fotografisk bilde ved spørsmål om krenkelse, forutsatt at vernetiden etter åvl.§ 43a ikke er utløpet.⁵⁹

Hvis det er spørsmål det foreligger en etterligning som krenker opphavsmannens/fotografens eksemplarframstillingsrett etter åvl.§§ 2 og 43a, kan det imidlertid ha betydning om man står ovenfor et fotografisk verk eller bilde da etterligningsvernet i åvl.§ 2 rekker noe lengre enn etterligningsvernet etter åvl.§ 43a. Spørsmål om opphavsmannens/fotografens eksemplarframstillingsrett er krenket vil bli gjennomgått i oppgavens punkt. 5.1. og 5.2, og forskjellen i vernet vil bli påpekt der.

I dette punkt vil jeg kun gi en oversikt over hovedreglene om de ulike bestemmelsene om vernetid.

⁵⁸ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.2

⁵⁹ Se likevel Norheim s. 33, Foto- og opphavsrettslige spørsmål 1998

4.1 Vernetiden for fotografiske bilder

Det fremgår av åndsverkloven § 43a annet ledd at eneretten til et fotografisk bilde varer i *«fotografens levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår, men likevel minst 50 år fra utløpet av det år bildet ble laget»*.

Vernetiden på *«15 år etter utløpet av hans dødsår»* er for øvrig særnorsk. Den særnorske bestemmelsen er imidlertid ikke i strid med Vernetidsdirektivet da det fremgår av Artikkel 6 at det er opp til den enkelte stat å bestemme vernet for fotografiske bilder.

Man kan likevel stille spørsmål ved hvorfor man har valgt en særnorsk løsning?

Det fremgår av forarbeidene at man ikke fant sterke nok grunner til å endre fotografiens hovedregel om vernets utstrekning,⁶⁰ og derfor har Norge beholdt regelen om 15 års vernetid fra utløpet av fotografens dødsår, men med presiseringen *«(...)likevel minst 50 år fra utløpet av det år bildet ble laget»* jf. åvl. § 43a annet ledd.

Annet ledd annet pkt. bestemmer videre at *«Har to eller flere eneretten sammen, løper vernetiden fra utløpet av dødsåret for den lengstlevende»*. Det er altså antatt at flere kan dele rettighetene til et fotografi⁶¹ og når det er tilfelle regnes vernetiden fra den lengstlevende sin død.

4.2 Vernetiden for fotografiske verk

Det fremgår av åndsverkloven § 40 at *«opphavsretten varer i opphavsmannens levetid og 70 år etter utløpet av hans dødsår»* jf. første ledd.

Vernetiden for fotografiske verk må sees på bakgrunn av Vernetidsdirektivets artikkel 6, som forplikter Norge til å verne fotografiske verk på lik linje med de øvrige åndsverk, og artikkel 1 som har forlenget vernetiden for åndsverk til 70 år.⁶²

⁶⁰ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.2.5.3.

⁶¹ Galtung s. 18-19, Fotografiens lov med kommentarer 1991.

⁶² Innst.O.nr.71 (1994-1995) og Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 3.1.2.5

Vernetiden for fellesverk etter åvl.§ 6 regnes fra utløpet av *”den lengstlevende opphavsmanns dødsår”* jf. åvl.§ 40 annet pkt.

Dersom et fotografisk verk er offentliggjort *”uten opphavsmannens navn, allment kjent dekknavn eller merke”* varer opphavsretten i *”70 år etter utløpet av det år da verket først ble offentliggjort”* jf. åvl.§ 41 første ledd første pkt.

Åvl.§ 41 regulerer også noen andre særtilfeller, men disse vil jeg ikke gå nærmere inn på her da hensikten med dette avsnittet kun var å gi en oversikt over hovedreglene om ulik vernetid slik det fremgår av åvl.§ 43a annet ledd for bilder og § 40 for fotografiske verk.

5 Fotografens rett til å råde over sitt fotografi

Åndsverkloven § 2 første ledd tilsier at opphavsmannen har *«enerett»* til å råde over sitt fotografiske verk ved *«å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk»*.

Eksemplarfremstillingsretten etter åvl.§ 2 rekker noe lenger enn åvl.§ 43a og på denne bakgrunn vil fremstillingen deles opp i pkt. 5.1 om opphavsmannens eksemplarfremstillingsrett og pkt. 5.2 om fotografens eksemplarfremstillingsrett. Felles drøftelse for eksemplarfremstilling av verk og bilder er imidlertid hensiktsmessig der dette lar seg gjøre og vil da bli presisert i pkt. 5.1.

Tilgjengeliggjøringsretten er den samme for fotografiske verk og bilder jf. åvl.§ 43a tredje ledd, og vil bli gjennomgått i samme pkt. 5.3.

5.1 Opphavsmannens eksemplarfremstillingsrett etter åndsverkloven § 2

Som utgangspunkt gjelder eksemplarfremstillingsretten både i og utenfor det private området da det ikke er inntatt noen begrensning til det som skjer til allmenheten.

Åndsverkloven § 12 gir imidlertid hjemmel for en vidtgående rett til å fremstille eksemplar til privat bruk uten at opphavsmannens samtykke er nødvendig. På denne bakgrunn er eneretten til eksemplarfremstilling i stor grad begrenset til å gjelde utenfor det private området.

Eneretten innebærer at andre som vil fremstille eksemplar som nevnt i åvl.§ 2 må innhente opphavsmannens samtykke.⁶³ Samtykke kan være gitt uttrykkelig eller stilltiende. Spørsmål om hvor langt samtykke rekker, eventuelt hvilke utnyttelsesformer som er omfattet av samtykke, kommer jeg tilbake til ved illustrering av noen typetilfeller.

Eksemplarfremstilling av fotografiske verk er typisk kopiering av fysiske eksemplar, men med dagens teknologi kan man også legge ut fotografiske verk på digitale medier som Instagram⁶⁴ og Facebook. På denne bakgrunn er «overføring til innretning som kan gjengi verket» omfattet av opphavsmannens enerett til å fremstille eksemplar av verket jf. åvl.§ 2.

Eksemplarfremstillingsretten etter åvl.§ 2 er dermed teknologi- og medienøytral.⁶⁵

Som følge av den rettslige og digitale utvikling må det imidlertid kunne legges til grunn at eksemplarfremstillingsretten etter åvl.§ 43a også er teknologi- og medienøytral, da det fremgår at eneretten omfatter eksemplarfremstilling «(...)på annen måte».

Dette har medført nye utfordringer for opphavsmannens/fotografens enerett til å fremstille eksemplar etter både åvl. §§ 2 og 43a. På denne bakgrunn vil jeg foreta en felles drøftelse om eneretten til digital eksemplarfremstilling av fotografiske verk og bilder.

5.1.1 Digital eksemplarfremstilling

Mange er av den oppfatning at man kan bruke fotografier som man vil etter at det er lagt ut på internett. En aktuell problemstilling er om fotografiet «faller i det fri» etter at fotografen har overført fotografiet til en slik innretning som kan gjengi verket? Formulert på en annen måte:

⁶³ Fordi opphavsmannen er innrømmet en enerett til slik utnyttelse, taler man gjerne om en økonomisk enerett, se Rognstad s. 31 flg., Opphavsrett 2009.

⁶⁴ Personlig bildeblogg med mulighet for følgere som kan se bildene man legger ut.

⁶⁵ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s.15 og Jordahl s. 125, Fotorett i mediene 1996

Kan fotografen motsette seg at andre benytter hans fotografi etter at det er lagt ut på internett?⁶⁶

Med mindre eksemplarframstillingen skjer med hjemmel i åvl.§ 12, eller andre låneregler, må fotografen gi samtykke til andre ønsker å bruke fotografiet som nevnt i åvl.§§ 2 og 43a.

Om det foreligger samtykke til bruk, eventuelt hvor langt samtykke rekker, beror på de konkrete omstendigheter.

Fotografier kan for eksempel legges ut på internett med «Copyright» beskyttelse på seg. Dersom fotografiet er merket på en slik måte kan det tilsi at man ikke har noen adgang til å bruke bilde videre.

Det betyr imidlertid ikke at man kan bruke fotografier, som ikke er merket på en slik måte, som man vil. Å bruke andres fotografier i reklamekampanjer eller i politiske sammenhenger er typisk bruk som fotografen skal ha enerett til da dette er handlinger som fotografen lett kan identifiseres med uten at det er ønskelig. Det vil også kunne skade fotografens økonomiske enerett, og fotografens samtykke bør derfor innhentes om fotografiet skal brukes i slike sammenhenger.

Andre fotografier ligger kanskje på internett med henvisning til en lisensbestemmelse. Også her må det vurderes hva samtykke omfatter da et utgangspunkt er at: «*samtykke til én type bruk, betyr ikke samtykke til bruk i andre sammenhenger*».⁶⁷ Dette gjelder selv om fotografiet er så tilgjengelig som det er når det ligger på internett.

Dvs. at dersom det står i lisensbestemmelsen at bilde kan brukes i ikke-kommersielle sammenhenger, så kan ikke fotografiet brukes i kommersielle sammenhenger.

⁶⁶ Det er ikke hensikten å vurdere problemstillingen opp mot de faktiske brukervilkårene til Facebook, Instagram osv., men drøftelsen er ment som en illustrasjon av ulike typetilfeller som kan oppstå når fotografier legges ut på nett.

⁶⁷ ”Bruker du tekst og bilder fra nettet?” artikkel av advokatfullmektig Benedicte Langfjord og partner/advokat Magnus Ødegaard i Bing Hodneland advokatselskap DA, publisert på www.hegnar.no

Det må foretas en konkret helhetsvurdering av om bruken er kommersiell eller ikke-kommersiell, og det er ikke alltid lett å trekke denne grensen.

Jeg vil for ordens skyld presisere at denne grensen ikke nødvendigvis er sammenfallende med grensen mellom privat bruk som åvl.§ 12 tillater uten samtykke, og bruk som skjer til allmennheten som krever samtykke jf. åvl.§ 2.

Avgjørende er i det følgende om bruken er skjedd i samsvar med lisensavtalen som kun gir samtykke til ikke-kommersiell bruk.

Hvis man ønsker å bruke fotografiet som dekorasjon på firmaets hjemmeside så vil det typisk være kommersiell bruk som krever samtykke fra fotografen. Men hvis man for eksempel bruker en annens fotografi som profilbilde på Facebook, eller legger det ut på Instagram, så kan det være mer tvilsomt. Slik bruk vil nok i utgangspunktet ha et ikke-kommersielt formål, men det kan for mange oppfattes som reklame av det konkrete fotografiet; særlig Instagram er et sted hvor fotografer kan reklamere for sine fotografier.

Hvis det er tvil om samtykke bør innhentes finnes det en generell tolkningsregel i åvl.§ 39a som går i favør av opphavsmannen ved uklare avtaler om samtykkets rekkevidde.⁶⁸

Åndsverkloven § 39a lyder: «*Har opphavsmannen overdratt rett til å bruke verket på en bestemt måte eller ved bestemte midler, har erververen ikke rett til å gjøre det på andre måter eller ved andre midler*».⁶⁹

Spesialitetsprinsippet kan i dette tilfellet tilsi at bruken av fotografiet som profilbilde på Facebook med mange venner, eller utleggelse på Instagram med mange følgere, er en kommersiell bruk som krever samtykke fra fotografen. En slik tolkning vil være i favør av fotografen i tvilstilfeller som nevnt.

⁶⁸ Se. Rt. 2001 s. 872 om bruk av spesialitetsprinsippet ved uklare avtaler om samtykkets rekkevidde.

⁶⁹ Bestemmelsen gjelder også for fotografiske bilder jf åvl.§ 43a tredje ledd.

5.1.2 Varig og midlertidig eksemplar

Av stor betydning for fotografier er eneretten til å fremstille «*varig eller midlertidig eksemplar*» og da særlig i en digital kontekst. Åvl.§ 2 presiserer at eneretten til eksemplarfremstilling omfatter både midlertidig og varig eksemplarfremstilling.

I lys av den digitale utviklingen som har funnet sted, samt at åvl.§ 43a henviser direkte til åvl.§ 11a om midlertidig eksemplar, synes det å være grunn til å si at eksemplarfremstillingsretten etter åvl.§ 43a også omfatter «*midlertidig*» eksemplarfremstilling. På denne bakgrunn vil det foretas en felles drøftelse for både fotografiske verk og bilder.

Varig eksemplar vil typisk være en nedlastning av fotografiet som kan lagres permanent på en datamaskin, mens midlertidig eksemplarfremstilling kan være midlertidige lagringer av fotografiet i datamaskiner og på mobiltelefoner.

Fotografier på Instagram og Snapchat⁷⁰ er eksempler på varig og midlertidig eksemplarfremstilling i en digital kontekst, og ved bruk av fotografier på slike medier kan det oppstå opphavsrettslige problemstillinger.

Det kan blant annet spørres om hva man samtykker til når man sender en snap? Et annet spørsmål er om man krenker eneretten til eksemplarfremstilling når man legger ut en annens fotografiske verk eller bilde på Instagram?

Når jeg tar en snap er jeg fotografen til bilde og jeg har dermed eneretten til å fremstille varig og midlertidig eksemplar av det jf. åvl.§ 43a. Når jeg sender snap til mine venner gir jeg et samtykke til at de kan fremstille bilde i en viss varighet, og på denne måten gir jeg samtykke til en midlertidig eksemplarfremstilling hos mottakeren. Mitt samtykke innebærer derimot ikke en varig eksemplarfremstilling, da hele poenget med Snapchat er at mottakeren bare skal kunne se bilde i noen valgte sekunder. Det finnes imidlertid metoder som gjør at mottakeren kan lagre bilde, og dersom bilde lagres på vedkommende sin mobiltelefon skjer den en varig

⁷⁰ App som gjør at man kan ta bilder og sende videre til valgte mottakere som bare få se bilde i noen sekunder før det forsvinner. Bilde som tas kalles gjerne en "snap" og det vil sjelden ha verkshøyde da disse bildene som regel er spontane og tilfeldige.

eksemplarframstilling. Hvis mottakeren legger ut bilde på internett, eller andre digitale medier som gjør at man er utenfor det private område, foreligger en opphavsrettslig krenkelse av min eksemplarframstillingsrett jf. åvl.§ 43a.

På Instagram kan man for eksempel legge ut fotografier man selv er fotograf til, men også fotografiske verk og bilder som er tatt av andre. Hvis man vil legge ut andres fotografier er det klare utgangspunktet at det kreves samtykke fra fotografen, da slik opplastning er en eksemplarframstilling jf. åvl.§§ 2 og 43a.

Hvis man har en lukket profil så synes det imidlertid ikke å være noe problem å legge ut andres fotografier på Instagram og Facebook, da slik eksemplarframstilling kan skje med hjemmel i åvl.§ 12 om privat eksemplarframstilling. Hvor mange følgere eller venner man må ha før utleggelsen kan sies å være utenfor det private området er imidlertid ikke alltid lett å fastslå. Hvis man er i tvil om andres fotografier kan legges ut bør man for sikkerhetsskyld innhente fotografens samtykke.

Hvis fotografiet er hentet fra internett beror det på en vurdering som nevnt over i pkt. 5.1.1. om man kan framstille varig og midlertid eksemplarer av det.

Eneretten til å framstille midlertidig eksemplarer avgrenses for øvrig i åvl.§ 11a. På denne bakgrunn bør åvl.§ 2 leses i sammenheng med åvl.§ 11a når det nærmere innhold i eneretten til «*varig og midlertidig eksemplarer*» skal fastlegges.⁷¹

Åvl.§ 11a vil jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på her, da bestemmelsen er en generell avgrensingsregel av opphavsmannens enerett og ikke reiser særlige problemstillinger for fotografier.

5.1.3 Bearbeidelse, endret skikkelse og annen kunstart

Fotografiske verk kan lett etterlignes og gir dermed et godt utgangspunkt for bearbeidelse eller eksemplarframstilling i endret skikkelse eller annen kunstart, så som malerier og skulpturer.

⁷¹ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 16

På denne bakgrunn er spørsmålet om eksemplarfremstilling ved *"bearbeidelse(...)"* "i endret skikkelse og(...)*annen kunstart"* særlig aktuelt for fotografiske verk.

Hvis en maler bearbeider et fotografisk verk med pensel slik at det nye verket kan sies å være et maleri⁷², tilsier det en eksemplarfremstilling i «*annen kunstart*». Hvis endringene har verkshøyde, men helhetsinntrykket av maleriet fortsatt gjenspeiler verkshøyden i fotografiet, foreligger det en bearbeidelse av det fotografiske verket. Slik bearbeidelse er omfattet av opphavsmannens enerett til å fremstille eksemplar av sitt fotografiske verk jf. åvl.§ 2.

Det fremgår av åvl.§ 4 annet ledd at den som «*(...)bearbeider et åndsverk(...)* har opphavsrett til verket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket».

Dersom maleren vil tilgjengeliggjøre maleriet for allmennheten eller fremstille eksemplar av det, forutsetter det samtykke fra opphavsmannen til det fotografiske verket. Dersom samtykke ikke innhentes i de nevnte tilfeller, foreligger det en krenkelse av fotografens enerett til å fremstille eksemplar av sitt fotografiske verk jf. åvl.§ 4 if. sammenholdt med åvl.§ 2

Når det gjelder eneretten til å fremstille eksemplar i «*endret skikkelse*», så vil dette typisk være fotografiske verk som har fått endringer, men hvor endringene ikke har verkshøyde. Hvis endringene har verkshøyde foreligger det som nevnt en "bearbeidelse". Begge måter å fremstille eksemplar på er som nevnt omfattet av eneretten i åvl.§ 2, men spørsmålet om den som har foretatt endringene/bearbeidelsen har oppnådd egne opphavsrettslig rettigheter som nevnt i åvl.§ 4 annet ledd beror på om endringene i seg selv har verkshøyde eller ikke.

For øvrig er grensen mot *"nye og selvstendige verk"* viktig når man klarlegger opphavsmannens enerett til å fremstille eksemplar av sitt fotografiske verk da det ikke er upraktisk at fotografiske verk brukes som inspirasjon til å skape andre verk, så som malerier og skulpturer.

⁷² Jf. åvl.§ 1 annet ledd nr. 7

5.1.4 Fotografiske verk som grunnlag for nye og selvstendige verk

Opphavsmannen kan ikke sette seg imot at andre benytter hans fotografiske verk på en slik måte at «nye og selvstendige verk oppstår jf. åndsverkloven § 4 første ledd. Dvs. at den som frembringer nye og selvstendige verk ikke krenker en opphavsmanns enerett til å fremstille eksemplarer av sitt fotografiske verk jf. åvl. § 2 sammenhold med åvl. § 4.

Det relevante vurderingstema i denne sammenheng er grensen mot «bearbeidelse» som er gjennomgått over.

Dersom bearbeideren skaper et verk på grunnlag av *sin* individuelle skapende åndsinnsett, samtidig som verkshøyden fra det fotografiske verket som brukes som inspirasjon ikke er synlig i det nye verket, så har bearbeideren skapt et nytt og selvstendig verk som nevnt i åvl. § 4 første ledd. Det følger da av åvl. § 4 første ledd annet pkt. at «Opphavsretten til det nye og selvstendige verket er ikke avhengig av opphavsretten til det verk som er benyttet».

Dvs. at opphavsmannen til det nye verket ikke trenger å innhente samtykke fra opphavsmannen til det fotografiske verket, som inspirerte han i første omgang, dersom han vil tilgjengeliggjøre eller fremstille eksemplarer av det nye verket som nevnt i åvl. § 2.

5.2 Fotografens eksemplarfremstillingsrett etter åndsverkloven § 43a

Åndsverkloven § 43a første ledd lyder:

«Den som lager et fotografisk bilde, har enerett til å fremstille eksemplarer av det, enten det skjer ved fotografering, trykk, tegning eller på annen måte(...)».

Ordlyden tilsier at fotografen har et visst etterligningsvern for sitt fotografiske bilde.

Et grunnleggende synspunkt er imidlertid at opphavsretten kun rekker «så langt som den individuelle, skapende innsatsen når»⁷³ og dette tilsier at vernet etter åvl. § 43a ikke kan være like

⁷³ Rognstad s. 137, Opphavsrett 2009 med videre henvisning til Innst.1925 s. 21

vidt som etter åvl.§ 2. Fotografiene som beskyttes etter åvl.§ 43a er som nevnt ikke resultater av opphavsmannens individuelle skapende åndsinnsetning, og på denne bakgrunn er etterligningsvernet i åvl.§ 43a en god del snevrere enn etterligningsvernet etter åvl.§ 2.

Det interessante her er å se på når det foreligger en eksemplarframstilling av et fotografisk bilde ved «*tegning eller på annen måte*»?

5.2.1 Fotografering, trykk, tegning eller på annen måte

Det er i utgangspunktet ikke en krenkende etterligning om man tegner eller maler det samme motivet som fotografen har brukt for sitt fotografi. Dette illustreres i «Heitkøtter»⁷⁴

I «Heitkøtter», ble en tegning av en reinbukk ansett som eksemplarframstilling av en del av et fotografisk bilde.⁷⁵ En naturfotograf hadde tatt fotografi av to reinbukker og han mente at hans eksemplarframstillingsrett var krenket da en annen hadde etterlignet fotografiet ved tegning/dekorasjon på en porselensplatte. I tilknytning til spørsmålet om det forelå en opphavsrettslig krenkelse av fotografens enerett uttalte retten følgende: «*Det han har beskyttelse mot eksemplarframstilling av er at han har fotografert nettopp denne reinbukken med disse karakteristika, i akkurat denne stilling og sett fra denne synsvinkelen.*», (min understrekning).

På denne bakgrunn kan man si at etterligningsvernet ved «*tegning eller på annen måte*» begrenser seg til eksemplarframstilling som medfører at man gjengir fotografiets konkrete detaljer; fotografen har eneretten til det *konkrete øyeblikk* som fotografiet har fanget opp fra en *bestemt posisjon*. Dette tilsier at likheten må være «*mer enn slående*» dersom det skal bli snakk om en etterligning ved «*tegning*», eller ved for eksempel maling.⁷⁶

For øvrig gjelder åvl.§§ 11a og 12 tilsvarende ved eksemplarframstilling av fotografiske bilder jf. åvl.§ 43a tredje ledd.

⁷⁴ Oslo byretts dom av 22. mai 1989, gjengitt i NIR 3/1989 s. 381 flg. pkt. 35.

⁷⁵ Saken ble vurdert etter fotografiloven, men rettstilstanden er ikke endret jf. Jordahl s. 127, Fotorett i mediene 1996.

⁷⁶ Galtung s. 27, Fotografiloven med kommentarer 1991.

5.3 Fotografens tilgjengeliggjøringsrett etter åndsverkloven §§ 2 og 43a

Det sentrale med tilgjengeliggjøringsretten er at fotografen selv skal få bestemme når og hvordan hans fotografiske verk og bilde skal offentliggjøres.⁷⁷ Etter åndsverkloven § 1 tredje ledd litra a-c har fotografen en spredningsrett, en visningsrett og en fremføringsrett. Også denne retten er teknologi- og medienøytral.⁷⁸

Problemstillingen er å se på når det foreligger en spredning, visning og en fremføring av fotografiske verk og bilder?

5.3.1 Spredningsretten

Åndsverkloven § 2 tredje ledd litra a tilsier at verket gjøres til allmennheten når verket *«frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten»*.

Salg og utleie av fotografier i en fotobutikk er eksempler på spredning som krever samtykke fra fotografen. Det er imidlertid ikke avgjørende om besittelsesoverføringen har skjedd for at handlingen skal omfattes av eneretten, det er nok at eksemplaret av fotografiet "frembys" jf. bestemmelsens ordlyd.

Etter lovendringen i 2005 er det også klart at spredningsretten er begrenset til fysiske eksemplarer, slik at spredning av fotografier på internett ikke er omfattet av litra a.⁷⁹

Det kan reises spørsmål ved om spredningsretten til fotografier er absolutt?

Hvis fotografen selger sitt fotografi eller andre selger det med fotografens samtykke, og dette skjer innenfor EØS-området, bestemmer åvl. § 19 at *«eksemplaret kan spres videre»*.⁸⁰ Dvs. at jeg kan selge fotografiet jeg har kjøpt av fotografen videre, nettopp fordi fotografen fikk beta-

⁷⁷ Jordahl s. 131, Fotorett i mediene 1996

⁷⁸ Ot.prp.nr.46 (2994-2005) s. 19. Se også Rt. 2005 s. 41 «Napster»

⁷⁹ Men litra c. jf. Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 27

⁸⁰ Regelen er en følge av dir.2006/115/EF (Utleiedirektivet)

ling av meg da jeg kjøpte hans fotografi. Det samme gjelder offentliggjorte fotografier⁸¹ og ethvert fotografi som fotografen «*på annen måte har overdratt*».

Begrunnelsen for en slik konsumpsjon av spredningsretten er at fotografen har hatt mulighet for økonomisk kompensasjon ved første gangs spredning.⁸²

Med samme begrunnelse konsumeres ikke adgangen til utleie jf. åvl.§ 19 annet ledd første pkt. Ved utleie betales det vederlag, og dersom andre enn fotografen hadde hatt en slik spredningsrett ville fotografen mistet reelle muligheter for økonomisk kompensasjon da det ville vært vanskelig å prise den første utleien på en slik måte at potensielle fremtidige utleieinntekter ble dekket. Dvs. at dersom fotografen leier ut et fotografisk verk til et museum, kan ikke museet leie ut fotografiet videre

5.3.2 Visningsretten

Åndsverkloven § 2 tredje ledd litra b bestemmer at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når eksemplar av verket «*vises offentlig(...)*» Ordlyden «*offentlig*» skal forstås på samme måte som «*allmennheten*», og det kan derfor henvises til det som sies om dette under punkt. 5.3.4.

Offentlig utstilling av fotografier er et klassisk eksempel på visningsretten og forarbeidene påpeker at man utvilsomt er innenfor visningsretten når fysiske eksemplar av verket «*gjøres kjent for et tilstedeværende publikum...*».⁸³

Det kan på denne bakgrunn spørres om visningsretten også omfatter digital visning av et fotografisk verk, slik at det er mulig med visning for et ikke-tilstedeværende publikum?

Ved lovendringen i 2005 ble ordlyden «*uten bruk av tekniske hjelpemidler*» inntatt som en presisering for visningsretten i litra b. Presiseringen innebærer at visningsretten er begrenset til gjelde fysiske eksemplar av fotografiet for et tilstedeværende publikum.⁸⁴

⁸¹ Se åvl.§ 8

⁸² Rognstad s. 456 i «Konsumpsjon og digitale overføringer - Et forslag til en alternativ løsningsmodell», publisert i Festskrift til Mogens Koktvedgaard 2003 s. 447 - (FEST-2003-mk-447)

⁸³ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 19-20

På samme måte som spredningsretten kan visningsretten konsumeres på en slik måte at eksemplarene av fotografiene kan «*vises offentlig*» uten samtykke fra fotografen jf. åndsverkloven § 20. Forutsetningen for slik konsumpsjon er at fotografiet først er «*utgitt*» eller «*overdratt*» av fotografen jf. åvl.§ 20 første pkt. Dersom fotografiet har vært offentliggjort kan det for øvrig «*vises offentlig i forbindelse med undervisning*» jf. åvl.§ 20 siste pkt.

5.3.3 Fremføringsretten

Når fotografiet «*fremføres offentlig*» gjøres verket tilgjengelig for allmennheten jf. åvl.§ 2 litra c. Fremføringen kan skje for et tilstedeværende publikum, men etter lovendringen i 2005 vil også all offentlig tilgjengeliggjøring av fotografier med hjelp av tekniske hjelpemidler falle inn under fremføringsretten.⁸⁵ Dette er presisert i et nytt fjerde ledd,⁸⁶ og på denne bakgrunn faller også fremføring for et ikke-tilstedeværende publikum innenfor fremføringsretten.

Fordi fremføringsretten ikke er begrenset til fysiske eksemplar konsumeres ikke eneretten til «*offentlig fremføring*». Det kan på denne bakgrunn spørres om hvilken betydning dette har for fotografier som vises i en digital kontekst?

Ved konsumpsjon av sprednings- og visningsretten er det et viktig poeng at det er *det konkrete eksemplaret av fotografiet* som konsumeres. Det ville vært umulig for en fotograf å overskue konsumpsjon av sine fotografiske verk og bilder i en digital kontekst idet andre kunne beholdt digitale eksemplar av fotografiet og samtidig spre de videre i det uendelige.⁸⁷ En slik konsumpsjon vil i stor grad komme i konflikt med fotografens økonomiske interesser, og på denne bakgrunn konsumeres ikke fremføringsretten.

⁸⁴ På samme måte som spredningsretten.

⁸⁵ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 20-22

⁸⁶ Åvl.§ 2 fjerde ledd presiserer at: «*Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket*».

⁸⁷ Rognstad s. 455-457 i Festskrift til Mogens Koktvedgaard 2003 s. 447 - (FEST-2003-mk-447)

5.3.4 Begrensningen til «allmennheten»

Utnyttelse av fotografier innenfor det private område kommer som utgangspunkt ikke i konkurranse med de hensyn som ligger bak fotografens økonomiske enerett; det er først når det fotografiske verk eller bilder gjøres tilgjengelig for «*allmennheten*» at fotografens legitime interesser og krav på økonomisk fortjeneste kan bli svekket. Dette er bakgrunnen for at samtykke ikke er nødvendig når tilgjengelig av fotografier skjer innenfor det private område jf. åvl.§§ 2 og 43a.

En viktig problemstilling er dermed: Når er et fotografi tilgjengeliggjort for «*allmennheten*»?

Ordlyden tilsier at det må skje en visning, spredning eller fremføring av fotografiet til en større krets av personer; det er ikke nok at det skjer til «*den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper*». ⁸⁸ Visning av fotografier i offentlige bygninger, som bibliotek og museer, er praktiske eksempler på tilgjengeliggjøring til «*allmennheten*». Dette er også bakgrunnen for regelen om avtalelisens for bruk av verk i «*arkiv, museer og bibliotek*» som nevnt i åvl.§ 16a. Det er heller ingen tvil at det skjer en spredning til «*allmennheten*» når fotografier selges i butikk eller på gaten i Karl Johan.

Det kan oppstå tvil om det skjer en tilgjengeliggjøring for «*allmennheten*» når fotografier for eksempel henges på veggen til forretningsfirmaer hvor mange personer kan komme og gå, eller når fotografen har en utstilling for en begrenset personkrets. Hvor mange personer må se fotografiet før det er snakk om en tilgjengeliggjøring for «*allmennheten*» i slike tilfeller?

Et utgangspunkt at det ikke kreves samtykke fra fotografen dersom tilgjengeliggjøringen skjer til «*den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper*». ⁸⁹ Om dette er tilfellet må bero på en konkret vurdering, hvor hensynet til fotografens muligheter for økonomisk fortjeneste synes å være et relevant moment.

⁸⁸ Knoph 1936 s. 89. Se også Rt. 1953 s. 633 «Bedriftsmusikk»

⁸⁹ Knoph 1936 s. 89

6 Fotografens ideelle rettigheter

Ideelle rettigheter er forstått slik at de skal sikre opphavsmannens ikke-økonomiske interesser.⁹⁰ De er personlige og kan ikke overdras jf. åvl.§ 39 tredje ledd første ledd, som er begrenset til overdragelse av «(...)rett til å råde over åndsverket», (min understrekning).

Åndsverkloven. § 3 kan sies å være hovedbestemmelsen om opphavsmannens ideelle rettigheter og kommer tilsvarende til anvendelse for fotografen av fotografiske bilder jf. åvl.§ 43a tredje ledd.

Problemstillingen er å se på hvilke ideelle rettigheter fotografen har etter åndsverkloven § 3?

6.1 Navngivelsesretten

Når et fotografisk verk eller bilde gjøres tilgjengelig for allmennheten, eller det fremstilles eksemplarer av det, skal fotografen krediteres ved navngivelse «*slik som god skikk tilsier*» jf. åvl.§ 3 første ledd første pkt.

Begrensningen «*slik som god skikk tilsier*» betyr at navngivelsesplikten ikke er absolutt⁹¹ og spørsmålet er dermed å se på hva som ligger i kravet til «*god skikk*»?

Kravet til «*god skikk*» antas å innebære at navn «*skal angis med mindre det er urimelig, vanskelig eller umulig å oppfylle kravet*»⁹² og det er sikker rett at ikke all skikk er god skikk.⁹³

Ved offentlig utstilling av fotografiske verk og bilder bør det klare utgangspunktet være at navngivelse skal skje, da det ikke kan sies å være urimelig, vanskelig eller umulig å påføre navnet til fotografen på det fotografiet som stilles ut. På samme måte kan man legge til grunn

⁹⁰ «(...) det gir da i alle fall tydelig beskjed om at det ikke er økonomiske interesser det dreier seg om» jf Knoph 1936 s. 150 etter henvisning fra Rognstad s. 197, Opphavsrett 2009

⁹¹ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s. 21 og Jordahl s. 164-165, Fotorett i mediene 1996.

⁹² Rognstad s. 200 med videre henvisning til Schönning 2008a s. 179

⁹³ Magnus Stray Vyrje i Norsk lovkommentar til åvl.§ 3 på www.retsdata.no og Rognstad s. 200, Opphavsrett 2009

at det sjelden skaper problemer å legge til en navngivelse på hvem som er fotografen bak fotografier som vises i nyhetsreportasjer.

6.2 Respektretten

Dersom en annen har fått rett til å endre det fotografiske verket eller å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, bestemmer åvl.§ 3 annet ledd at dette ikke må skje på en «*krenkende*» måte.

Om bruken er «*krenkende*» beror på en konkret vurdering. Krenkelse av respektretten til en fotograf kan for eksempel være en beskjæring av fotografiet som gjør at sammenhengen fotografiet er brukt i får en helt annen betydning enn det fotografen hadde tenkt. Bruk av fotografier i reklamesammenheng som fotografen ikke har samtykket til vil også kunne innebære en krenkelse, da fotografen i slike tilfeller lett kan identifiseres med reklamen, noe som ikke alltid er ønskelig fra fotografens side.

Det fremgår av åvl.§ 3 fjerde ledd at fotografen har krav på ikke å bli navngitt, eller at det presiserer at endringene ikke er foretatt av han, dersom verket gjøres tilgjengelig for allmennheten «*i slik krenkede skikkelse som nevnt i annet ledd*». Denne retten kan ikke fotografen fraskrive seg.

Fjerde ledd er for øvrig særnorsk i nordisk sammenheng.⁹⁴

6.3 «Klassikervernet»

Vernet etter åvl.§ 48 omtales gjerne som «klassikervernet» og supplerer vernet etter åvl.§ 3. Klassikervernet gjelder kun for fotografiske verk, da åvl.§ 48 ikke er gitt tilsvarende anvendelse for fotografiske bilde etter åvl.§ 43a.

Klassikervernet innebærer at navngivelsesretten og respektretten gjelder «*selv om opphavsrettens vernetid er utløpet*» jf. åvl.§ 48, hvor det også presiseres at tilgjengeliggjøring som «*på annen måte antas å kunne skade almene kulturinteresser*» ikke må skje selv om vernetiden er utløpet.

⁹⁴ Se nærmere Rognstad s. 208, Opphavsrett 2009

Fotografer som opphavsmenn vil nyte godt av et slikt klassikervern, da fotografier med dagens teknologi kan være evigvarende.

7 Avgrensning av fotografens til å råde over sitt fotografi

Punkt 7 vil i all hovedsak dreie seg om åvl. §§ 23 og 23a, da disse er praktiske avgrensingsregler i forhold til fotografens enerett.⁹⁵

Åvl. §§ 23 og 23a er såkalte låneregler, noe som betyr at de gir grunnlag for bruk i samsvar med de vilkår som oppstilles uten at samtykke fra fotografen er nødvendig. Bruken kan skje vederlagsfritt eller mot betaling.⁹⁶ De nevnte bestemmelser gjelder i utgangspunktet for «*fotografiske verk*», men de kommer tilsvarende til anvendelse for fotografiske bilder jf. åvl. § 43a tredje ledd. Det som sies om fotografiske verk, gjelder dermed i samme utstrekning for fotografiske bilder.

Fotografens rett til å råde over sitt fotografi avgrenses også åvl. §§ 39j og 45c, og for å illustrere alle sider av vernet for fotografier det vil det gis en oversikt over disse bestemmelsene til slutt.

Et viktig poeng for den videre fremstilling er at fotografens ideelle rettigheter ikke blir begrenset etter åndsverkloven kapittel 2 jf. åvl. § 11 første ledd.

Gjengivelse i medhold av åvl. §§ 23 og 23a kan videre skje «*i den størrelse og skikkelse øyemedet krever*», men verkets karakter må «*ikke forandres eller forringes*» jf. åvl. § 11 annet

⁹⁵ Åvl. §§ 16a, 21 og 24 er også regler som av ulike hensyn avgrenser fotografens enerett etter åvl. §§ 2 og 43a.

⁹⁶ Hvis betaling til fotografen er påkrevd tales det gjerne om en tvangslisensbestemmelse, i motsetning til rene låneregler som kan skje vederlagsfritt. Se Rognstad s. 216, Opphavsrett 2009

ledd første pkt.⁹⁷ Det fremgår også av åvl.§ 11 annet ledd if. at «*ved gjengivelse som nevnt, må kilden alltid angis slik som god skikk tilsier*».⁹⁸

En forutsetning for den videre fremstilling er for øvrig at vernetiden til de fotografier som ønskes brukt ikke er utløpt, da de etter vernetidens utløp som hovedregel kan benyttes fritt.⁹⁹

7.1 Gjengivelse av fotografier i kritisk eller vitenskapelig fremstilling, åndsverkloven § 23¹⁰⁰

Fotografens enerett til å gjengi fotografiet sitt til allmennheten avgrenses i åvl.§ 23 av hensyn til «*den frie kritikk og forskning*».¹⁰¹

Etter åvl.§ 23 kan «*offentliggjort*» fotografiske verk og bilder gjengis i «*tilslutning til tekst*» i «*kritisk eller vitenskapelig fremstilling*». Gjengivelsen må videre skje i samsvar med «*god skikk og i den utstrekning formålet betinger*» jf. bestemmelsens første ledd annet pkt.

Åvl.§ 23 skiller mellom kritisk og vitenskapelig fremstilling som «*ikke er av allmennopplysende karakter*» jf. første ledd, og de kritiske og vitenskapelige fremstillingene som er av «*allmennopplysende karakter*» jf. annet ledd. Betydningen av å skille mellom disse fremstillingene vil bli gjennomgått i pkt. 7.1.2

Problemstillingen er: Når kan fotografier gjengis i kritisk og vitenskapelig fremstilling som nevnt i åvl.§ 23 uten at samtykke fra fotografen er nødvendig?

⁹⁷ Sml. respektretten i åvl.§ 3, se oppgavens pkt. 6.2

⁹⁸ Det henvises her til det som er sagt om navngivelsesplikten i åvl.§ 3 i oppgavens pkt. 6.1

⁹⁹ Norheim s. 55, Foto- og opphavsrettslige spørsmål ved museene, 1998.

¹⁰⁰ Åvl.§ 22 hjemler en alminnelig sitatrett, men får kun anvendelse for fotografiske verk. På denne bakgrunn er det åvl.§ 23 sin særregel om gjengivelse av fotografier av sitatmessig formål som er av interesse for den videre fremstilling.

¹⁰¹ Jf. lovavdelingens uttalelser i JDLOV-2001-707 pkt. 2.2 på www.lovdato.no og Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s. 38

7.1.1 Offentliggjort fotografiske verk

Første vilkår for gjengivelse etter åvl.§ 23 uten at fotografens samtykke er nødvendig er at fotografiet er *"offentliggjort"*.

Åndsverkloven § 8 første ledd første punktum bestemmer når fotografiske verk og bilder er «*offentliggjort*». Det fremgår der at fotografier er *"offentliggjort"* når det med *"samtykke fra opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten"*. I hvilke tilfeller det skjer en tilgjengeliggjøring for allmennheten er gjennomgått i oppgavens punkt. 5.3 flg., og det henvises dermed til det som er sagt der hva gjelder vilkåret *"offentliggjort"* i åvl.§ 23 første ledd.

Åvl.§ 8 første ledd annet punktum har en særregel for offentliggjøring av kunstverk, som bestemmer at *"kunstverk"* også er offentliggjort når opphavsmannen har *"overdratt eksemplarer av verket og dette er gjort tilgjengelig for allmennheten i medhold av §§ 19, 20, 23, 23a og 24"*.

Det er grunn til å presisere at hvis særregelen også gjelder for fotografiske verk vil den få tilsvarende anvendelse for fotografiske bilder gjennom henvisningen til åvl.§ 23 i åvl.§ 43a tredje ledd. Særregelens innhold tilsier da at fotografier som fotografen har overdratt til en person, for eksempel med en klausul om at fotografiet ikke skal tilgjengeliggjøres for allmennheten, *likevel* anses for å være «*offentliggjort*» dersom den som har fått det overdratt til seg tilgjengeliggjør det for allmennheten i medhold av for eksempel åvl.§ 19 jf. åvl.§ 8 første ledd annet pkt.¹⁰² Konsekvensen av en slik offentliggjøring er at fotografiet kan gjengis i «*kritisk eller vitenskapelig fremstilling*» som nevnt i åvl.§ 23 første ledd.

Hvis særregelen ikke kan anvendes for fotografier vil det derimot innebære en snevrere adgang til gjengivelse av fotografiske verk og bilder i medhold av åvl.§ 23 enn det er for kunstverk jf. åvl.§ 8 første ledd annet pkt.¹⁰³

Det kan på denne bakgrunn spørres om særregelen kan gjelde tilsvarende for fotografier, eventuelt hvorfor den ikke skal gjelde?

¹⁰² Eller åvl.§§ 20, 23, 23a og 24 som det henvises til.

¹⁰³ Norheim s. 106, Foto- og opphavsrettslige spørsmål ved museene 1998

Jeg kan ikke se at særregelen i åvl.§ 8 første ledd annet pkt. er kommentert i forarbeidene i forhold til utelatelsen av «*fotografiske verk*», og begrunnelsen for at den kun gjelder kunstverk er dermed ikke klar.

At Departementet ikke fant grunn til å gi egne bemerkninger om de nye reglene vedrørende "*fotografiske verk*", men valgte å henvise til det som gjelder for "*kunstverk*",¹⁰⁴ kan imidlertid tale for at særregelen i åvl.§ 8 annet punktum får tilsvarende anvendelse for fotografiske verk og bilder, til tross for at dette ikke er presisert.

På en annen side synes ikke utelatelsen av "*fotografiske verk*" å være tilfeldig, da de fleste andre bestemmelsene om kunstverk har inntatt alternativet "*fotografiske verk*".¹⁰⁵ Dette kan trekke i retning av at særregelen kun får anvendelse for kunstverk.

Norheim har også tatt opp spørsmålet om særregelen i åvl.§ 8 første ledd annet pkt. gjelder tilsvarende for fotografiske verk og bilder. Han legger til grunn at meget taler for å lese åvl.§ 8 første ledd annet pkt. som om det sto kunstverk «*eller fotografiske verk*», men påpeker videre at spørsmålet om særregelen også gjelder for fotografiske verk må antas å ha «*begrenset praktisk betydning*».¹⁰⁶

Til tross for at særregelen antas å ha begrenset betydning er det imidlertid et faktum at fotografier er fysiske eksemplarer som kan overdras i like stor grad som kunstverk. Hvis det først er overdratt et eksemplar av et fotografi med fotografens samtykke, og dette gjøres tilgjengelig for allmennheten i medhold av de bestemmelsene som særregelen henviser til, *vil det bli* et spørsmål om vilkåret «*offentliggjort*» i åvl.§ 23 er oppfylt. På denne bakgrunn kan spørsmålet om særregelen gjelder tilsvarende for fotografiske verk få stor praktisk betydning i det konkrete tilfellet.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) punkt. 3.1.2.4

¹⁰⁵ Både åvl.§§ 19, 20, 23, 23a og 24, som særregelen i åvl.§ 8 første ledd annet pkt. henviser til, gjelder også fotografiske verk.

¹⁰⁶ Norheim s. 106, Foto- og opphavsrettslige spørsmål ved museene 1998.

På bakgrunn av det som er gjennomgått tilsier reelle hensyn at særregelen i åvl. § 8 annet ledd første pkt. bør gjelde tilsvarende for fotografiske verk. Man kan unngå vanskelige tolkningsproblemer, som synes unødvendige i en slik overdragelsessituasjon, dersom man kan se hen til åvl. § 8 første ledd annet pkt. for fotografier i situasjoner som nevnt.

7.1.2 Kritisk eller vitenskapelig fremstilling

Åvl. § 23 gir ikke hjemmel til å gjengi fotografier i enhver tekstfremstilling, men er begrenset til å gjelde "*kritisk eller vitenskapelig*" fremstilling. Det må derfor tas stilling til hva som menes med denne ordlyden.

Ordlyden må tolkes i samsvar med bestemmelsens formål, som blant annet er å tilgodese allmennlig forskning og det vitenskapelige liv.¹⁰⁷ Slik sett vil sladderblader være utelukket fra å være en "*kritisk eller vitenskapelig fremstilling*".

Et utgangspunkt er at det ikke stilles krav til at den vitenskapelige fremstillingen er over et visst nivå.¹⁰⁸ Og i den konkrete vurderingen kan man kanskje spørre seg: Kan vi lære noe av fremstillingen? Er dette et tema som bør drøftes nærmere? Dette kan være relevante momenter i den konkrete vurderingen da det vil være naturlig å legge til grunn at fremstillingen har et kritisk eller vitenskapelig formål dersom man kan svare bekræftende på disse spørsmålene.

Selv om fremstillingen kan anses å være «*kritisk eller vitenskapelig*» må det vurderes om fremstillingen er av allmennopplysende karakter eller ikke, da denne grensen er avgjørende for om det skal betales vederlag for bruken eller ikke. Hvilke fremstillinger som «*ikke er av allmennopplysende karakter*» og hvilke som er av «*allmennopplysende karakter*» vil bli gjennomgått i det følgende.

¹⁰⁷ Jordahl s. 146, Fotorett i mediene 1996

¹⁰⁸ Galtung s. 51, Fotografiloven med kommentarer 1991

7.1.2.1 Fremstillinger som «ikke er av allmennopplysende karakter»

Gjengivelsen kan skje vederlagsfritt i kritisk eller vitenskapelig fremstilling som «*ikke er av allmennopplysende karakter*». Spørsmålet er dermed å se på når en kritisk eller vitenskapelig fremstilling "*ikke er av allmennopplysende karakter*"?

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier fremstillinger som er ment for en avgrenset gruppe som kan sies å ha en konkret interesse for det formålet den kritiske eller vitenskapelige fremstillingen har. Leger kan for eksempel bli invitert til et foredrag hvor det deles ut en tekstfremstilling med fotografier som illustrerer den operasjonen foredraget omhandler. Dersom fremstillingen er ment for en slik avgrenset gruppe kan man si at fremstillingen "*ikke er av allmennopplysende karakter*".

7.1.2.2 Fremstillinger av «allmennopplysende karakter»

En fremstilling som er av «*allmennopplysende karakter*» vil typisk være fremstillinger som allmenheten generelt har tilgang til, såkalt populærvitenskap, som for eksempel leksikon.¹⁰⁹ Det ligger gjerne økonomiske interesser bak fremstillinger som er ment for allmenheten og derfor kan gjengivelse av fotografier i slike fremstillinger fort komme i konflikt med fotografens økonomiske enerett.¹¹⁰ På denne bakgrunn må det betales vederlag til fotografen ved gjengivelse i kritisk eller vitenskapelig fremstilling som er av «*allmennopplysende karakter*» jf. åvl.§ 23 annet ledd.

Åvl.§ 23 annet ledd om gjengivelse mot vederlag i "*allmennopplysende*" fremstilling er for øvrig gjort gjeldende kun for fotografiske verk og bilder, i motsetning til første ledd som også gjelder kunstverk. Det kan spørres om hva begrunnelsen for dette er?

Reelle hensyn kan tilsi at det skal være en videre adgang til gjengivelse av fotografier enn kunstverk, da fotografier i større grad kan illustrere den tekst som fremstilles. At dette er begrunnelsen for åvl.§ 23 annet ledd første pkt. bekreftes også i forarbeidene.¹¹¹ At det skal

¹⁰⁹ Norheim s. 104, Foto- og opphavsrettslige spørsmål ved museene 1998

¹¹⁰ Se lovavdelingens uttalelse i JDLOV-2001-707 med videre henvisning til Magnus Stray Vyrje s. 232 i Opphavsrettens ABC og Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s. 38

¹¹¹ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 97 og Ot.prp.nr.54 (1994-1995) s. 34

være en større adgang til å gjengi fotografiske verk og bilder enn kunstverk, men mot vederlag, synes dermed velbegrunnet.

7.1.2.3 Gjengivelse i maskinlesbar form

Det fremgår av åvl.§ 23 fjerde ledd at bestemmelsen ikke gir rett til gjengivelse i «*maskinlesbar form*», med mindre det gjelder en «*ikke-ervervsmessig gjengivelse etter første ledd*».

Dvs. at gjengivelse i kritisk og vitenskapelig fremstilling som ikke er av allmennopplysende karakter jf. åvl.§ 23 første ledd kan skje digitalt, forutsatt at gjengivelsen ikke har et ervervsmessig formål. Gjengivelse i kritisk eller vitenskapelig fremstilling av allmennopplysende karakter som nevnt i åvl.§ 23 annet ledd kan derimot ikke skje digitalt. Slik gjengivelse kan altfor lett komme i konkurranse med fotografens økonomiske enerett og ville for øvrig vært i strid med Ophavsrettsdirektivets artikkel 5.3 (o) jf. Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 97.

Spørsmålet er når en fremstilling som nevnt i første ledd kan sies å ha et ervervsmessig formål, slik at gjengivelsen ikke kan skje digitalt?

Ervervsmessighetskravet er kommentert i Ot.prp.nr 46. (2004-2005) på s. 36-37 og avgjørende synes å være om man har *et "mål om økonomisk overskudd for øye med den aktivitet der bruken av verket finner sted."*¹¹² I forhold til eksempelet mitt på s.46, om foredraget for legene, så vil ervervsmessighetskriteriet innebære at foredragsholderen ikke kan legge ut fremstillingen, inkludert fotografiene, på nett slik at legene kan kjøpe disse før foredraget. I slike tilfeller må foredragsholderen innhente fotografens samtykke, og dette gjelder altså selv om fremstillingene fortsatt *"ikke er av allmennopplysende karakter"*.

7.1.3 I tilslutning til tekst

For at fotografier skal kunne gjengis med hjemmel i åvl.§ 23 er det et krav om at gjengivelsen skjer *"i tilslutning til tekst"*. Hva som ligger i kravet *"i tilslutning til tekst"* er vurderingstema i det følgende.

¹¹² Med videre henvisning til Ot.prp.85 (1997-1998) s. 32

Kravet tilsier at det må det være en sammenheng mellom fotografiet som brukes og teksten som fremstilles,¹¹³ og fotografiet som gjengis må kun ha et illustrerende formål i en sammenheng hvor det er teksten som er hovedsaken.¹¹⁴ Hvis fremstillingen omhandler stjernebilder på himmelen, kan det være berettiget å gjengi fotografier som viser ulike stjernebilder. Fotografiene vil i en slik sammenheng ha et illustrerende formål i tilknytning til teksten som formidles, og gjengivelsen kan etter en konkret vurdering sies å skje ”i tilslutning til tekst”. I det nevnte tilfelle kan det derimot ikke gjengis naturfotografier som ikke har noen sammenheng med teksten om stjernebilder.

Selv om gjengivelsen skjer ”i tilslutning til tekst” som nevnt betyr ikke det at man kan gjengi så mange fotografier man vil. *Hvor mange* fotografier av stjernehimmelen som kan gjengis med hjemmel i åvl.§ 23 må bero på en konkret vurdering i tilknytning til kravet om at gjengivelsen må skje ”i den utstrekning formålet betinger”. Det er også et krav om at gjengivelsen skjer i samsvar med «god skikk». Disse kravene vil bli gjennomgått i det følgende.

7.1.4 I samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger

Kravet til «god skikk» tilsier at gjengivelsen i det minste må skje i henhold til navngivelses- og respektretten slik det fremgår av åvl.§ 3. Dvs. at fotografiet ikke kan beskjæres eller settes i en sammenheng hvor gjengivelsen skjer på en krenkende måte, og navnet på fotografen skal med ved gjengivelsen.

At gjengivelsen skal skje «i den utstrekning formålet betinger» innebærer at man ikke skal gjengi mer enn det som er nødvendig for å illustrere teksten. Hvis man kan illustrere sitt poeng med *to* ulike fotografier, er det ikke nødvendig å gjengi *ti* fotografier. I forhold til eksempelet over om stjernebilder er det ikke sikkert at det er nødvendig å gjengi fem fotografier av *det samme* stjernebilde, men det kan være nødvendig å gjengi fem fotografier av *ulike* stjernebilder. Et annet eksempel er at det i en artikkel om fotokunst, der tema er «hvordan fange skumringsøyeblikket i naturen», kan være aktuelt å vise til et par fotografier som på ulike

¹¹³ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 96

¹¹⁴ Se Stueveold Lassen s. 80, “...I tilslutning til teksten...”, publisert i Festskrift til Ulf Bernitz NIR s. 79 - (FEST-2001-ub-nir-79)

måter fanger opp skumringsøyeblikket, men det er ikke nødvendig å vise fotografier av hvordan Operahuset ser ut midt på lyse dagen.

Om gjengivelsen skjer ”i den utstrekning formålet betinger” må vurderes konkret, og et viktig moment i denne vurderingen er om fotografiene i tilstrekkelig grad illustrerer poenget med teksten.¹¹⁵ Hvis det er tilfellet er det ikke nødvendig å gjengi flere fotografier, og motsatt må det gjengis flere fotografier hvis fremstillingen ikke når sitt formål uten disse.

7.1.5 Personbilde i skrift av biografisk innhold

Det fremgår av åvl.§ 23 tredje ledd at offentliggjort ”personbilde” kan gjengis i ”skrift av biografisk innhold”. Begrunnelsen for at man kan gjengi slike fotografier uten å innhente fotografens samtykke, og heller ikke betale vederlag, er bl.a. å sikre at biografiske skrifter kan illustreres med bilder av den som omtales.¹¹⁶

Hvis det er tvil om det konkrete fotografiet kan brukes i biografien kan spesialitetsprinsippet i åvl.§ 39a tilsi at det kun er fotografier av den det skrives om som kan gjengis vederlagsfritt, mens øvrige fotografier må det betales for i tråd med åvl.§ 23 annet ledd.¹¹⁷

Det kan også presiseres at ”personbilde” kun omfatter fotografiske verk eller bilder og ikke kunstverk.¹¹⁸ Som nevnt i oppgavens pkt. 7.1.2.2 kan fotografier i større grad enn kunstverk brukes som dokumentasjonsmateriale og derfor er det i noen tilfeller en større adgang til å gjengi fotografier.

7.2 Bruk av fotografier ved omtale av dagshending, åndsverkloven § 23a

Hvis vilkårene i åvl.§ 23a er oppfylt avgrenses fotografen enerett til å gjengi sitt fotografi og et første spørsmål kan derfor være å se på hvilke hensyn som begrunner en slik avgrensning?

¹¹⁵ Se kravet om at fotografiet må gjengis ”i tilslutning til tekst” som nevnt over i oppgavens pkt. 7.1.3

¹¹⁶ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) s. 34

¹¹⁷ Sml. Jordahl s. 156-157, Fotorett i mediene 1996. Drøftelse av motsatt synspunkt, se Rognstad s. 254-255 i Opphavsrett 2009

¹¹⁸ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 98.

Når pressen omtaler en dagshending vil det ofte være behov for å kunne gjengi eller vise fotografier på kort varsel, noe som gjør at innhenting av forhåndssamtykke i slike situasjoner ville vært upraktisk.¹¹⁹ Det er imidlertid også klart at allmennheten har et behov for å få det fulle nyhetsbilde, og reelle hensyn tilsier dermed at pressen, som informasjonskanal, skal kunne gjengi fotografiske verk og bilder ved omtale av dagshending.

Hovedinnholdet i åvl.§ 23a er at "*offentliggjort*" fotografiske verk og bilder, kan gjengis "*ved omtale av dagshending*". Om gjengivelsen kan skje vederlagsfritt eller med betaling til fotografen vil bli drøftet og gjennomgått.

Hva gjelder kravet til "*offentliggjort*" henvises det til det som er sagt om dette i punkt. 7.1.1 i tilknytning til åvl.§ 23.

Hvilke typer media som fotografiene kan gjengis i fremgår av ordlyden «*aviser, tidsskrifter og kringskasting*», og forarbeidene tilsier at gjengivelsen i slike medier kan være både analog og digital.¹²⁰

Spørsmålet er i det følgende å se på hva som menes med kravet til "*dagshending*"?

7.2.1 Dagshending

Kravet til «*dagshending*» tilsier at ikke enhver nyhet skal gi pressen rett til å bruke vernede fotografier i mediene sine. Kravet synes i stor grad sies å bidra til at bestemmelsen kun brukes etter de formål den er ment for.

Det er dermed viktig å ta stilling til når det foreligger en «*dagshending*»?

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må være snakk om en dagsaktuell begivenhet av en viss nyhetsverdi.

¹¹⁹ Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s. 130 og Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 93

¹²⁰ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 98

I forhold til fotografiloven § 8 ble det uttalt at «Når loven krever at det må skje i samband med en dagshending, må dette tas bokstavelig.»¹²¹ At ordlyden skal tolkes bokstavelig tilsier at ikke alle reportasjer kan sies å være «dagshending». Ordlyden må dermed tolkes strengt ut fra sitt formål, som er ”å tilgodese allmennhetens interesse i best mulig informasjon om dagsaktuelle hendelser”.¹²²

Etter dette er det for eksempel ikke tvil om at det kan gjengis offentliggjorte fotografier av jordskjelv og demonstrasjoner, eller andre begivenheter, som helt klart har en nyhetsverdi for allmennheten.

Når det er sagt kan det reises spørsmål ved om reportasjer om kjendiser og kongelige i sladderblader som «Se og Hør» kvalifiserer til å være «dagshending»?

Rent umiddelbart skulle en tro at slike reportasjer ikke kvalifiserer til å være en «dagshending». Fotografiene som gjengis skjer i all hovedsak i forbindelse med «sladder», og nyhetsverdien rundt slike fotoreportasjer må kunne sies å være liten. Det er imidlertid ingen hemmelighet at det er en stor interesse blant allmennheten for slike sladderblader, noe som gjør spørsmålet mer tvilsomt.

Høyesterett har imidlertid bekreftet at *en interesse* for kjendisoppslag ikke i seg selv er tilstrekkelig til å gi slike reportasjer karakter av «dagshending», og uttaler bl.a. at: ”På dette området må terskelen ligge relativt høyt(...) jf. Rt. 1995 s. 1948 «Diana Ross».”¹²³

Det er altså ikke utelukket at kjendisreportasjer kan være dagshending, men terskelen ligger høyt, og det må foretas en konkret vurdering hvor nyhetsverdien bl.a. vil avhenge av ”*hvilken person som omtales, og hendelsens karakter*”.¹²⁴

¹²¹ Galtung s. 56, Fotografiloven med kommentarer 1991

¹²² Jf. Høyesterett i Rt. 1995 s. 1948 ”Diana Ross”

¹²³ Se også Rognstad s. 253-254, Opphavsrett 2009

¹²⁴ Jf. førstvoterendes drøftelse i Rt. 1995 s. 1948 ”Diana Ross”.

Dersom man kommer til at åvl.§ 23a gir hjemmel til å gjengi fotografiene, må man huske at gjengivelsen må skje i tråd med åvl.§ 3 jf. åvl.§ 11a da disse bestemmelsene stiller krav til hvordan gjengivelsen kan skje.

7.2.2 Fotografens krav på vederlag

Fotografen har krav på vederlag med mindre det gjelder dagshending *”knyttet til det verket som gjengis* jf. åvl§ 23a første ledd siste pkt. Ordlyden innebærer at dersom dagshendingen ikke er knyttet til det fotografiske verket som vises eller gjengis i forbindelse med mediedekningen må det betales vederlag til fotografen og slik sett blir bestemmelsen i første ledd en tvangslisensbestemmelse. Motsatt blir første ledd en regel som gir pressen fri bruk av det fotografiske verket når det er *”knyttet til”* den dagshendingen som omtales.

Spørsmålet er dermed hva som ligger i kravet om at dagshendingen må være *”knyttet til”* verket som gjengis?

Ordlyden tilsier at det må være en direkte tilknytning mellom dagshendingen og fotografiet som gjengis¹²⁵ og et veiledende spørsmål kan kanskje være om det er naturlig at nettopp dette fotografiet ble vist i forbindelse med nyheten?

Hvis et nytt kulturhus skal dekorerer med fotografiet ”solnedgang”, og dette er en nyhetssak, så er det naturlig at fotografiet ”solnedgang” gjengis i forbindelse med nyheten om dette. I nyhetssaken er det derimot ikke naturlig å vise fotografiet ”månelys”. På denne bakgrunn kan gjengivelsen av ”solnedgang” skje vederlagsfritt fordi nyheten er direkte knyttet til dette verket. Gjengivelsen av ”månelys” må det derimot betales for jf. åvl.§ 23a første ledd annet pkt.

Det må i alle tilfelle bero på en konkret vurdering av om dagshendingen er knyttet til verket som gjengis eller ikke, og dersom det er tvil bør man kanskje tolke bruken slik at fotografen skal ha vederlag for gjengivelsen jf. spesialitetsprinsippet i åvl.§ 39a.

¹²⁵ Jordahl s. 155, Fotorett i mediene 1996

7.2.3 Verk som er skapt med henblikk på gjengivelse

Retten til å gjengi fotografier ved omtale av dagshending som nevnt i åvl.§ 23a første ledd første pkt. gjelder ikke for fotografier *”som er skapt med henblikk på gjengivelse i aviser, tidsskrifter eller kringkasting”* jf. åvl.§ 23a første ledd annet pkt. Dvs. at fotografens enerett til å råde over sitt fotografi ikke er avgrenset på dette punkt. Begrunnelsen for denne løsningen er at rettighetshaverne til slike fotografier er *”lett identifiserbare og det er i stor grad etablert salgssystemer som gjør det enklere å inngå enkeltavtaler”* jf. Jordahl s. 150, Fotorett i mediene 1996.

7.2.4 Fotografier i bakgrunnen eller av underordnet betydning

Fotografier kan i stor utstrekning bli vist uten at dette er hensikten. Ved intervjuer som foretas i forbindelse med ”mitt hjem” vil det for eksempel kunne henge fotografiske verk og bilder på veggen i bakgrunnen som kan komme med på innspillingen. Det ville vært upraktisk om den avis eller kringkastingsforetak som foretar intervjuet må innhente fotografens samtykke når reportasjen ”mitt hjem” skal vises, da fokus ikke er på fotografiene i bakgrunnen, men hvordan vedkommende bor.¹²⁶

På denne bakgrunn bestemmer åvl.§ 23a annet ledd at fotografier som er *”utgitt”* eller *”overdratt”*, kan medtas i både aviser, tidsskrifter, bøker, ved film og i kringkasting, forutsatt at fotografiet kun utgjør *”en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen”* jf. åvl.§ 23a annet ledd.

Om fotografiene spiller en underordnet rolle i sammenhengen må vurderes konkret, og sannsynlig vil man få et rast inntrykk av hva avisen eller kringkastingsforetaket har hovedfokus på. Så lenge det ikke er fotografiene som er tema for reportasjen, så skal nok gjengivelsen kunne skje i henhold til åvl.§ 23a annet ledd.

For at fotografiene skal kunne medtas som nevnt er det imidlertid krav om at fotografiet er *”utgitt”* eller at fotografen har *”overdratt eksemplarer av det”* jf. åvl.§ 23 annet ledd. I hvilke tilfeller et fotografi er utgitt eller overdratt er tema i det følgende.

¹²⁶ Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s. 131 og Jordahl s. 157, Fotorett i mediene 1996

7.2.4.1 Fotografiet er "utgitt"

Etter åvl.§ 8 annet ledd er et fotografi utgitt når et «*rimelig antall eksemplarer av verket med samtykke av opphavsmannen er brakt i handelen, eller på annen måte er spredt blant almenheten*».

Om et rimelig antall eksemplarer er brakt i handelen vil sjelden skape tvil da dette vil kunne dokumenteres. Om et rimelig antall eksemplarer på annen måte er spredt til allmennheten kan derimot være med tvilsomt. Et utgangspunkt kan imidlertid være at dersom spredningen er omfattende nok til å ha nådd allmennheten må man samtidig kunne si at utgivelsen gjelder et "rimelig antall eksemplarer".¹²⁷ En utgivelse av noen få eksemplarer til familie og nære venner vil da ikke kvalifisere til at fotografiet er "utgitt" i henhold til åvl.§ 23 a annet ledd jf. åvl.§ 8 annet ledd.

Det må i alle tilfelle bero på en konkret vurdering.

7.2.4.2 Fotografiet er "overdratt"

Det typiske eksempelet er at avisen, tidsskriftet eller kringkastingsforetaket får "overdratt" fotografier til bruk, for eksempel ved at avisen kjøper et antall eksemplarer av fotografiet som kan brukes som nevnt i åvl.§ 23a annet ledd.

Det er kun de konkrete eksemplarer av fotografiet som kan medtas i de nevnte medier og det er viktig å være klar over at overdragelse av et fotografi ikke omfatter overdragelse av opphavsretten til det jf. åvl.§ 39 annet ledd.¹²⁸

Hvis det er tvil om medtakelsen av fotografiet er skjedd i henhold til overdragelsesavtalen kan det også her sees hen til åvl.§ 39a hva gjelder tolkningen av denne avtalen.

¹²⁷ Se oppgavens punkt. 5.3.1 sammenholdt med 5.3.4 om spredning til allmennheten.

¹²⁸ Heller ikke den rett som følger av åvl.§ 43a jf. åvl.§ 43a tredje ledd.

7.3 Bestilte portretter, åndsverkloven § 39j

Åndsverkloven § 39j første ledd bestemmer at fotografen ikke kan utøve sine rettigheter til et bestilt portrettbilde «uten samtykke fra bestilleren».¹²⁹ At samtykke kreves synes naturlig i et tilfelle hvor fotografen er på oppdrag for bestilleren, og slik sett er eiendomsretten til fotografiet i utgangspunktet ment for bestilleren.¹³⁰

Når man skal ta stilling til hva samtykke fra bestilleren innebærer må man ta utgangspunkt i avtalen som regulerer det bestilte bilde. Også her vil en kunne se hen til åvl. § 39a om spesialitetsprinsippet.

7.3.1 På «vanlig måte» vises som reklame(...) og bestilleren ikke nedlegger forbud

Fordi fotografen skal ha mulighet til å bygge opp sin portfolio må han som utgangspunkt kunne reklamere for de fotografiene han tar i forbindelse med sin fotografvirksomhet, uten å innhente samtykke fra bestilleren.¹³¹ Dette synes å ha sammenheng med utgangspunktet om at fotografen skal ha enerett til økonomisk utnyttelse av sine verk og bilder.

Fotografens rett til å reklamere gjelder imidlertid kun så lenge bestilleren ikke nedlegger forbud, og begrensningen til "vanlig måte" tilsier at ikke enhver reklamebruk er greit uten samtykke fra bestilleren. Utstilling av fotografiene i forretningslokalet sitt vil nok være greit, men samtykke bør kanskje innhetens hvis bildene skal brukes i landsdekkende reklamekampanjer.¹³²

Det følger for øvrig av åvl. § 39j tredje ledd at vernet som følger av åvl. § 45c i alle tilfeller gjelder for den avbildede.

Hvordan vernet for den avbildede kan avgrense fotografens enerett er tema i det følgende.

¹²⁹ Bestemmelsen gjelder tilsvarende for fotografiske bilder jf. åvl. § 43a tredje ledd.

¹³⁰ Bestilleren er ikke nødvendigvis den portretterte jf. Jordahl s. 123, Fotorett i mediene 1996

¹³¹ Galtung i Norsk lovkommentar til åvl. § 45c på www.rettsdata.no

¹³² Jordahl s. 82, Fotorett i mediene. Se også LG-2010-10263 og Rt. 1983 s. 637 om uberettiget bruk av bilder i reklameøyemed.

7.4 Retten til eget bilde, åndsverkloven § 45c

Hvis fotografen skal ha rett til å vise eller gjengi fotografiet offentlig kreves det som hovedregel «*samtykke*» fra den avbildede jf. åvl. § 45c første ledd. Åvl. § 45 c setter altså en begrensning i fotografen enerett til å råde over fotografiet han har tatt.¹³³

Av hensyn til ytringsfriheten og allmennhetens tilgang til fotografier som avbilder person er det imidlertid oppstilt noen tilfeller i åvl. § 45c annet ledd litra a-c, hvor samtykke fra den avbildede ikke er nødvendig.¹³⁴

Dersom vilkårene i annet ledd er oppfylt kan fotografen bruke fotografiet uten samtykke fra den avbildede og slik sett er man tilbake til utgangspunktet om at fotografen kan råde over sitt fotografi si tråd med åvl. § 2 og 43a.

Hvis fotografen derimot har publisert bilde uten samtykke, og i strid med vilkårene som nevnes, ser man hvordan åvl. § 45c gjør et inngrep i fotografens enerett til å tilgjengeliggjøre sitt fotografi til allmennheten.

Det er grunn til å presisere at dersom *andre enn fotografen* ønsker å bruke bilde, og har fått samtykke fra den avbildede, må det innhentes samtykke også fra fotografen som har tatt fotografiet jf. eneretten slik den fremgår av åvl. §§ 2 og 43a.

Det forutsettes i det følgende at det er fotografen *selv* som ønsker å publisere bilde han har tatt, og avgjørende er om fotografiet kan brukes uten å innhente samtykke fra den avbildede?

7.4.1 Avbildningen har «*aktuell og allmenn interesse*»

Samtykke fra den avbildede er ikke nødvendig dersom avbildningen av personen har «*aktuell og allmenn interesse*». Om fotografen kan publisere bilde i tråd med sin enerett som nevnt i

¹³³ Se oppgavens pkt. 5 om fotografens rett til å råde over sitt fotografi

¹³⁴ Det følger for øvrig av Rt. 2009 s. 1568 «Arctic Challenge» at den avbildede kan ha et vern på ulovfestet grunnlag

åvl. § 2 avgjøres altså ut fra en konkret vurdering av om avbildningen har ”*aktuell og allmenn interesse*”.

Utgangspunktet er at ordlyden må tolkes i samsvar med bestemmelsens formål. Av hensyn til den avbildede er formålet å verne om privatlivets fred, men av hensyn til ytringsfriheten må allmennheten kunne ha tilgang til fotografier som har en interesse blant befolkningen.¹³⁵

Ordlyden tilsier da at offentlig kjente personer har mindre vern enn den alminnelige mann på gata, da disse offentlige personer «*må sies å ha en generell interesse blant befolkningen*».¹³⁶ Det er dermed ikke gitt at alle slags fotografier av offentlig kjente personer har aktuell og allmenn interesse da det er et viktig poeng at det er *selve avbildningen*, og ikke personen på bilde, som må ha ”*aktuell og allmenn interesse*”.¹³⁷ Kravet til «*aktuell*» interesse tilsier også at en offentlig kjent person kan ha allmenn interesse kun i en kort tid.¹³⁸

Om kravet til ”*aktuell og allmenn interesse*” er oppfylt må i alle tilfelle bero på en konkret vurdering. Hvordan fotografiet er tatt kan være et relevant moment. Snikfotografering av Petter Northug som spiller poker i hagen sin vil for eksempel lettere kunne innebære en krenkelse av privatlivets fred, enn om fotograferingen skjedde mens Petter befant seg i samme situasjon på et offentlig sted. Se for eksempel Rt. 2008 s. 1089, «Lillo Stenberg-dommen», hvor Høyesterett kom til at publiseringen av fotografiene av bryllupet til to offentlig kjente personer ikke var i strid med åvl. § 45c litra c, bl.a. fordi bryllupet fant sted på et «*offentlig område som var tilgjengelig for allmennheten*».

¹³⁵ For en avveining av disse hensyn, se EMD i ”Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway”, avsagt 16 januar 2014 og ”Von Hannover v. Germany”, avsagt 7. Februar 2012

¹³⁶ Jordahl s. 51, Fotorett i mediene 1996 med henvisning til lovmotivene

¹³⁷ Jf. Rt. 1987 s. 1082 om uberettiget publisering av bilder av en soningsfange

¹³⁸ Jon Henry Mæland s. 202 i ”Retten til eget bilde og fotografilovens § 15” publisert i Lov og Rett 1985 s. 195 (LOR-1985-195)

7.4.2 Avbildningen av personen er «mindre viktig» enn hovedinnholdet i bildet

Når man tar et fotografi av Petter Northug jublende etter å ha vunnet et skirenn i Holmenkollen, kan man si at avbildningen av publikum i bakgrunnen er «*mindre viktig*» enn hovedinnholdet i bilde, som da er Petter Northug. I slike tilfeller gir åvl.§ 45c litra b hjemmel for å publisere bilde uten at samtykke fra publikum, som også avbildes, er nødvendig.

7.4.3 Forhold eller hendelser som har «allmenn interesse»

I motsetning til litra a, hvor selve avbildningen av personen må ha aktuell og allmenn interesse, er det etter litra c et krav om at de «*forhold eller hendelser*» som fotografiet gjengir kan sies å ha "*allmenn interesse*". Formålet med bestemmelsen er å kunne dokumentere det som skjer ved konkrete begivenheter,¹³⁹ som for eksempel demonstrasjoner og fotballkamper under Norway Cup.

Hva gjelder kravet til "*allmenn interesse*" henvises det til oppgavens pkt. 7.4.1

Det er for øvrig et viktig poeng at en publisering av avbildede i andre sammenhenger enn den situasjonen som fotografiet er hentet fra, og som da hadde "*allmenn interesse*", kan utgjøre en krenkelse av den avbildedes vern etter åvl.§ 45c litra c.¹⁴⁰

7.4.4 På «vanlig måte» vises som reklame(...) og den avbildede ikke nedlegger forbud

Etter åvl.§ 45c litra a er det et vilkår at reklamen skjer på "*vanlig måte*" for at fotografen skal kunne reklamere for sitt fotografi i tråd med sin enerett. Det er også en forutsetning for slik reklamebruk at den avbildede ikke nedlegger forbud. Slik sett kan fotografens rettigheter på en enkel måte begrenses av hensyn til den avbildede.

¹³⁹ Se Jordahl s. 68, Fotorett i mediene 1996

¹⁴⁰ Se. Rt. 2009 s. 265

Det samme gjelder som nevnt ved bestilte portretter jf. åvl.§ 39j, og det henvises derfor til oppgavens pkt.7.3.1 om det nærmere innhold i vilkåret om at reklamen må skje på ”vanlig måte”.

7.4.5 Som omhandlet i § 23 tredje ledd eller § 27 annet ledd

Det henvises til det som er sagt avslutningsvis i oppgavens pkt. 7.1.5 om åvl.§ 23 tredje ledd.

Åvl.§ 27 annet ledd tilsier at fotografiske verk og bilder som avbilder person kan brukes i forbindelse med «etterlysning, i etterforskning eller som bevismiddel» uten at samtykke fra den avbildede er nødvendig jf. åvl.§ 45c litra e.¹⁴¹

8 Vurdering av åndsverklovens vern for fotografiske verk og bilder

Det er oversiktlig og praktisk at åndsverkloven gir et vern for både fotografiske verk og bilder. Dette gjelder særlig fordi vernets innhold langt på vei er identisk.

Det er heller ingen tvil om at fotografier har fått et sterkere vern etter åndsverkloven enn de hadde etter fotografiloven. Fotografier brukes ikke bare som dokumentasjonsmateriale og er i mange tilfeller noe mer enn en teknisk prosess. At fotografer har mulighet til å bruke sin individuelle skapende åndsinnsett ved frembringelsen av sitt fotografi tilsier at de skal få vern for sine fotografier på lik linje med de øvrige åndsverk. At det er inntatt et eget punkt om opphavsrettslig vern for fotografiske verk i åvl.§ 1 annet ledd nr. 6 er dermed i tråd med den utviklingen som har funnet sted på fotografirettens område.

At det gis vern for fotografiske bilder i åvl.§ 43 a, med henvisning til mange av reglene som gjelder for fotografiske verk, gir også bilder som sådanne et sterkere vern.

De nevnte avgrensingsregler gir heller ikke et for stort innhugg i fotografens enerett som nevnt i åvl.§§ 2 og 43a. Åvl.§ 23a er for eksempel velbegrunnet, og terskelen for når fotogra-

¹⁴¹ For en nærmere redegjørelse av åvl.§ 27, se LG-2013-16862.

fier kan brukes i henhold til bestemmelsen ligger høyt. Slik sett blir fotografens legislative interesser ivaretatt, samtidig som yringsfriheten og allmennhetens tilgang til fotografiske verk og bilder får fortrinn i situasjoner som nødvendiggjør dette.

Åvl. § 39j gir også fotografen et sterkere vern enn det han hadde etter regelen om bestilte bilder i fotografiloven.

Åvl. § 45c om retten til eget bilde er en personvernbestemmelse og hører kanskje ikke hjemme i åndsverkloven. Det er imidlertid på det rene at den avgrenser fotografens rett til å bruke det fotografiet han har tatt, og for at vernet for fotografier skal være en realitet er det hensiktsmessig at åndsverkloven har denne bestemmelsen.

På bakgrunn av dette vil jeg konkludere med at åndsverkloven gir et velbegrunnet og sterkt vern for fotografiske verk og bilder.

9 Kilder

9.1 Litteraturliste

Ragnar Knoph, Åndsretten Oslo 1936

Magnus Stray Vyrje, Opphavsrettens ABC, 1987

Andreas Galtung, Fotografiloven med kommentarer 1991

Theo Jordahl, Fotorett i mediene 1996

Lars G. Norheim, Foto- og opphavsrettslige spørsmål ved museene, 1998

Maria Jongers, Retten til eget bilde 2006 (Complex 5/06)

Peter Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, 4. udg. København 2008

Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, Immaterialret 3. udgave. København 2013

Ole-Andreas Rognstad, i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, Opphavsrett 2009

Birger Stuevold Lassen, Noe om det fotografiske bilde, publisert i Festskrift til Mogens Koktvedgaard 2003 s. 325-331 (FEST-2003-mk-325)

Eirik Holmøyvik, Verkhøgdevurderinga for fotografi, publisert i Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet s. 96 (FEST-2005-uib-25)

Torvald C. Løchen, Verkhøydespørsmål innenfor fotoretten, publisert i NIR 4/1981 s. 326 flg.

Morten Holmboe, «Fotografiloven» - en kommentar, publisert i Lov og Rett 1992 s. 503-526 (LOR-1992-503)

Ole-Andreas Rognstad, Konsumpsjon og digitale overføringer - Et forslag til en alternativ løsningsmodell, publisert i Festskrift til Mogens Koktvedgaard 2003 s. 447 - (FEST-2003-mk-447)

Stueveold Lassen, "...I tilstluning til teksten..." , publisert i Festskrift til Ulf Bernitz NIR s. 79 - (FEST-2001-ub-nir-79)

Cato Schiøtz, Utredning om personvern ut fra en juridisk synsvinkel. Åndsverkloven § 45c, publisert i NOU 1996:12 – Medieombud

John Henry Mæland, Retten til eget bilde og fotografilovens § 15.1.3, publisert i Lov og Rett 1985 s. 195 (LOR-1985-195)

Artikkel "Bruker du tekst og bilder fra nettet?" av advokatfullmektig Benedicte Langfjord og partner/advokat Magnus Ødegaard i Bing Hodneland advokatselskap DA, publisert på www.hegnar.no

Jørgen Blomqvist: Ophavsretlig beskyttelse af fotografier? NIR 1984, s. 162 flg..

Annet:

Lovavdelingens uttalelser – JDLOV-2001-707 på www.lovdata.no

Norsk lovkommentar på www.rettsdata.no

Store Norske leksikon på www.snl.no

9.2 Lover og forarbeider

Åndsverkloven av 1961 nr.2

Fotografiloven av 1960 nr.1 (Opphevet)

EØS-loven av 1992 nr.23

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

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

Ot.prp.nr.54 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven

Ot.prp.nr.85 (1997-1998) Om lov om endringer i åndsverkloven

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

Innst.O.nr.46 (1994-1995) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Innst.O.nr.71 (1994-1995) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven (vernetid) m.m.

Prop.54 L (2013-2014) Endringer i åndsverkloven (gjennomføring av endringer i EUs verne-
tidsdirektiv)

NOU 1987:16 Fotografiretten

NOU 1996:12 Medieombud

9.3 Rettspraksis

Oslo byretts dom av 22. mai 1989 "Heitkøtter" publisert i NIR 1989 s.381

Fra Lagmannsretten:

LG-2010-10263

LG-2013-16862

Fra Høyesterett:

Rt. 1940 s. 327 «Hallo Hallo»

Rt. 1962 s. 964 "Wegners sybord"

Rt. 1953 s. 633 "Bedriftsmusikk"

Rt. 1983 s. 637

Rt. 1987 s. 1082

Rt. 1995 s. 1948 «Diana Ross»

Rt. 1997 s. 199 "Cirrus"

Rt. 2001 s. 872 "Løkke Sørensen"

Rt. 2007 s. 1329 «Huldra i Kjosfossen»

Rt. 2008 s. 1089

Rt. 2009 s. 265

Rt. 2009 s. 1568 «Arctic Challenge»

Rt. 2013 s.822 «Typehus»

9.4 Fra EU og EMD

Eu-domstolens sak i C-5/08 "Infopaq International"

Eu-domstolens sak i C-145/10 "Painer"

EMD's dom i "Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway", avsagt 16 januar 2014

EMD's dom i "Von Hannover v. Germany", avsagt 7. Februar 2012

Opphavsrettsdirektivet, Direktiv 2001/29/EF

Vernetidsdirektivet, Direktiv 2006/116/EF (tidligere Direktiv 93/98/EØF)

Utleiedirektivet, Direktiv 2006/115/EF

Bernkonvensjonen, Paristeksten 1971

Menneskerettighetskonvensjonen (EMK)

EØS-avtalen