

Bruk av fotografi på internett

ved Olaus Ingskog Bergstrøm, Nasjonalbiblioteket

For bruk av personbilder og retten til eget bilde vises det til utredningen Fotojuss.¹

Hovedprinsipper:

- Fotografi vil være beskyttet av opphavsretten som fotografisk verk (fotografi med verkshøyde) eller fotografisk bilde (alt annet fremstilt med fotografisk teknikk)
- Hvem som vil sitte på rettighetene vil variere ut ifra sammenhengen, og kan være bestiller, arbeidsgiver eller noen
- Å dele fotografi på internett er beskyttet av opphavsrettens enerett til overføring til allmenheten
- Å dele fotografi underlagt opphavsrettsbeskyttelse krever hjemmel i fribruksregel i åndsverkloven eller samtykke fra rettighetshaver
- Fotografi delt på internett kan være delt på spesifisert- eller standardlisens som kan tillate visse typer bruk
- Det er lov til å lenke til fotografi delt åpent på internett, også ved teknikker som «framing» og «embedding»
- I alle tilfelle må fotografen navngis i samsvar med god skikk
- Inngrep i åndsverklovens rettigheter sanksjoneres med erstatning og vederlag ved uaktsomhet og forsett. Ved inngrep i god tro kreves det rimelig vederlag.

Opphavsrettsbeskyttelse av fotografi

Fotografi er beskyttet av opphavsretten. Opphavsretten har to modeller for beskyttelse, som åndsverk med verkshøyde og som naborettigheter. Fotografi kan beskyttes som åndsverk der de har verkshøyde og etter naborettigheten til fotografisk bilde der de ikke har verkshøyde.

Verkshøyde gir en skapelse beskyttelse som åndsverk etter åndsverkloven. I verkshøyde ligger det at skaperen (opphaver i åndsverklovens begrepsbruk) i skapelsesprosessen har gjort frie og kreative valg som reflekterer skaperens personlighet.

Ved en verkshøydevurdering for fotografi må det legges vekt på valgmuligheter i forhold til utforming og belysning på forberedelsesstadier, bildeutsnitt, vinkel og stemning på fotografistadiet, fremkallingsteknikker på fremkallingsstadiet. Det avgjørende er om fotografen har gjort frie og kreative valg i disse delene av prosessen. Verkshøyde må skilles fra det som er forutbestemt og det som er åpenbart eller ligger i dagen. Et fritt valg kan av

¹ Per Olav Torgnesskar(red.), Fotojuss s. 57-62:

<https://www.nb.no/items/9df8d63d7334b9ef05ff97e9c2af00e?page=31&searchText=fotojuss>

naturlige grunner ikke være forutbestemt av forholdene ellers. Et kreativt valg kan ikke ligge i dagen. Ved mer ren motivgjengivelse snakker man gjerne om fotografiske bilder.²

Fotografisk bilde defineres som «bilde som er frembrakt ved bruk av kamera eller ved annen teknikk som kan likestilles med fotografering». Det følger av forarbeidene at det er snakk om «fleksible og teknologinøytrale kriterier».³ Vurderingen av hva som må anses som fotografisk bilde er et teknisk spørsmål. Den dekker kort sagt alle teknikker som gjennom tilførsel av lys eller stråleenergi gjør det mulig å fremstille gjengivelser av natur og situasjoner, herunder analog og digital fotografering, og f.eks. røntgenbilder. Enkeltbilder fra videoopptak vil også være dekket siden disse er fremstilt gjennom slik teknikk. Grensedragningen blir mot gjengivelser som er fremstilt rent elektronisk, f.eks. gjennom databaserte tegne- og designsystemer.⁴

Både fotografisk verk og fotografisk bilde nyter den samme beskyttelsen etter opphavsretten. Opphavsretten gir enerett til å fremstille eksemplar og tilgjengeliggjøre materiale til allmenheten. Under tilgjengeliggjøring til allmenheten følger enerett til spredning i form av distribusjon, utlån og utleie, visning i form av utstilling av fysiske eksemplar, fremføring i form av Å dele et fotografi på internett vil regnes om overføring til allmenheten og er i prinsippet rettighetshavers enerett. Overføring til allmenheten dekker tilgjengeliggjøring til allmenheten på ved tekniske hjelpemidler i tråd eller trådløst til en allmenhet på et annet sted en der materialet gjøres tilgjengelig fra.

Om et fotografi er beskyttet som verk eller bilde har først og fremst betydning for vernetiden. Vernetiden er tidsrommet fotografiet nyter beskyttelse etter opphavsretten. For fotografiske bilde er dette det lengste av 15 år fra fotografens dødsår eller 50 år fra bildet ble tatt, jf. åvl. § 23. For fotografiske verk 70 år fra utløpet av rettighetshavers dødsår, jf. åvl. § 11.

Rettighetene oppstår normalt hos skaperen av fotografiske verk og bilde. Det gjelder imidlertid noen spesialregler for fotografi tatt på bestilling og i arbeidsforhold. Videre kan opphavsretten overdras ved avtale, jeg kommer tilbake til dette under.

Den gamle fotografiloven hadde en egen regel om fotografi tatt på bestilling, jf. fotografiloven § 10. Den bestemte at bestilleren av bilder vil inneha rettighetene til fotografiene. For at bestillingsvilkåret skal være oppfylt så må det være snakk om et oppdrag som i en viss grad er konkretisert. Teori har lagt til grunn at et oppdrag om å fotografere et hotell er konkret nok, mens et oppdrag om en Midtøsten-reportasje er for generell til at det er å anse som en bestilling etter lovens forstand. Siden fotografiloven kun gjaldt frem til 1995 er bestillerregelen kun relevant for bilder tatt før dette tidspunktet, og ikke relevant for bilder tatt etter dette. Bestiller og fotograf kan også avtale en annen løsning, slik at regelen kan ha blitt fraveket ved avtale.

Vernetiden følger fotografen, siden man etter bestillerregelen anser at det hjemles en direkte overgang av rettigheter til bestilleren, ikke at rettighetene oppstår på bestillerens hånd. Når fotografiloven og åndsverkloven har forlenget vernetid til fotografiske bilder har derfor også

² Se til parallell Per Olav Torgnesskar(red.), Fotojuss punkt 2.2.3:

<https://www.nb.no/items/9df8d63d7334b9ef05ffd97e9c2af00e?page=31&searchText=fotojuss>

³ Prop. 104 L (2016-2017) s. 99

⁴ Prop. 104 L (2016-2017) s. 97-98

bestilleren nytt godt av dette. Beskyttelsen av fotografi som verk i åndsverkloven anses derimot å ha gitt en ny beskyttelse til fotografiske bilder i tillegg til den eksisterende beskyttelsen i fotografiloven. For fotografiske verk fra før 1995 som fortsatt er vernet som bilder etter gjeldende vernetidsregler tatt på bestilling må man derfor klarere både med bestiller og fotograf.⁵

I arbeidsforhold gjelder det en ulovfestet presumpsjonsregel om at rettigheter som skapes går over til arbeidsgiver så langt det nødvendig «for at arbeidsforholdet skal nå sitt formål, og det dessuten er omfattet av arbeidstakerens oppgaver i arbeidsforhold å skape slike verk».⁶ Regelen gjelder derimot ikke for verk skapt i oppdragsforhold. Presumpsjonen må anses å gjelde med mindre det motsatte er avtalt mellom partene. I disse tilfellene vil rettighetene ligge hos arbeidsgiver.

Når kan du dele fotografi på nett

Fotografi som er i vernetid må ha hjemmel til å deles på nett da delingen faller inn under rettighetshavers enerett. Hjemmel kan finnes i fribruksregler som gjør unntak fra eneretten eller samtykke. Samtykke til å gjenbruke bilder som allerede ligger ute på nettet kan finnes typisk finnes i lisens til bruk av bildet, hvor f.eks. standardiserte lisenser som Creative Commons kan hjemle bruk.

Et tilfelle hvor enerettene ikke kommer til anvendelse er ved ulike teknikker av lenking.

Fribruksregler

Generelt

Når det gjøres begrensninger i rettighetshavers enerett med hensyn til andre rettigheter og interesser kalles dette fribruksregler. Fribruksregler hjemler normalt ikke åpen deling på internett, da slik bruk anses spesielt inngripende overfor rettighetshaver og innebærer en fare for misbruk av materialet av tredjeparter. Noen er allikevel relevante for deling av fotografi på nett.

Fribruksreglene i åndsverkloven kommer vanligvis til anvendelse på verk og bilde som er offentliggjort eller utgitt. Tanken bak dette er at skaperen av et åndsverk bør kontrollere når og hvordan et verk første gang gjøres tilgjengelig for allmenheten. Når et verk er utgitt eller

⁵ Se Per Olav Torgnesskar(red.), Fotojuss s. 28-29:

<https://www.nb.no/items/9df8d63d7334b9ef05ffd97e9c2afo0e?page=0&searchText=fotojuss>

⁶ Prop.104 L (2016-2017) s. 251

offentliggjort med skaperens samtykke anses ikke videre deling på samme måte like inngripende.

Et verk er offentliggjort når det «lovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten.», jf. åndsverkloven § 10 (1). Dette innebærer at det ikke er noe krav om samtykke for første tilgjengeliggjøring for at et verk skal anses som offentliggjort. Praktisk sett vil dette dekke tilfeller der eiendomsretten til et eksemplar av et verk har gått over til en annen innenfor skaperens private sfære. Denne kan så lovlig selge det videre, og verket vil da også være offentliggjort.

Et verk er utgitt når «et rimelig antall eksemplar av verket med samtykke av opphaveren er brakt i handelen, eller på annen måte er spredt blant allmennheten [eller] det med opphaverens samtykke er gjort tilgjengelig for allmennheten på Internett, i annet elektronisk kommunikasjonsnett eller i database, på en slik måte at brukeren kan fremstille eksemplar av verket og selv velger tid og sted for tilgangen til verket.», jf. åndsverkloven § 10 (2). Det kreves altså mer for at et verk skal anses utgitt enn at det skal anses offentliggjort.

Fribruksregler

Sitatretten

Den generelle sitatretten følger av åndsverkloven § 29. Etter bestemmelsen kan man sitere fra «offentliggjorte verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger». For at det skal være et sitat etter lovens forstand må bruken av et bilde inngå i en større fremstilling der det er den nye fremstillingen som har hovedfokuset. Sitatet må derfor brukes enten som et argument i den nye fremstillingen eller for å illustrere poenger.

I norsk opphavsrett har man tradisjonelt utelukket at man kan sitere bilder fordi man generelt bare kan sitere deler av verk. EU-domstolen har imidlertid slått fast at man kan gjengi hele åndsverk ved sitat og denne tolkningen må også legges til grunn i norsk opphavsrett. Det medfører blant annet at man også kan sitere fotografi så lenge formålet berettiger sitering i den utstrekning. I en sak som gjaldt en kidnappet jente tillot domstolen sitat av et helt fotografi. Her gjorde sterke ytringsfrihetshensyn seg gjeldende. Man skal ikke gjengi en større del av verket enn at poenget med bruken kommer godt frem, men man skal heller gjengi så lite at ting blir tatt ut av kontekst. I verst tenkelig scenario kan dette medføre krenkende bruk av verket etter åndsverkloven § 5.

Hvorvidt man er innenfor sitatrettens grenser beror i hovedsak på skjønnsmessig vurdering der man legger til grunn hva ordentlige ansvarsfulle og fornuftige mennesker vil mene er en korrekt sitering. Man må derfor selv gjøre en vurdering i den konkrete saken. På generell basis tenker vi at både argumentasjons- og illustrasjonsformål vil være argumenter for at bruken er gyldig sitat. Det å bruke bilder ved bokanbefaling vil kunne falle innunder sitatrettens grenser fordi det har et illustrasjonsformål ved anbefalingen. Det samme må nok legges til grunn for anbefalinger av andre typer åndsverk.

Hvis man derimot er veldig usikker på om bruken er korrekt etter sitatretten, er det alltid praktisk med en klarering fra rettighetshaver.

Fotositat

Åndsverkloven § 37 etablerer en egen fribruksregel for fotositat. Første ledd gjelder for digital gjengivelse. Bestemmelsen tillater gjengivelse av offentliggjort fotografisk verk og bilde i tilslutning til tekst i kritisk eller vitenskapelig fremstilling som ikke er av allmenopplysende karakter.

Kravet om at gjengivelsen må skje i tilslutning til tekst medfører at bildene må settes inn i en større tekstlig sammenheng og at det er en sammenheng mellom tekst og bilde. Bruken må således ha et illustrasjonsformål. Begrepet kritisk og vitenskapelig fremstilling må dekke fremstillinger av den typen uten kvalitetskrav. Det dekker vitenskap og kritikk på master og bachelornivå, og også fremstillinger utenfor slike institusjoner og lengre ned i utdanningssystemet så lenge det har som formål å ta et kritisk eller vitenskapelig blick på det som behandles. At fremstillingen ikke skal være av allmenopplysende karakter medfører at den må være rettet til en avgrenset målgruppe innenfor det kritiske eller vitenskapelige området det gjelder. En fremstilling av allmenopplysende karakter sidestilles gjerne med populærvitenskap, som søker å nå ut til et bredt publikum. Populærvitenskap og populærkritikk faller derfor gjerne utenfor.⁷ For digital gjengivelse er det også et krav om at bruken ikke er ervervsmessig. Et ervervsmessig formål innebærer en målsetning om økonomisk overskudd. Det er i forbindelse med vitenskapelig forskning ikke bestemmende om den personen som forfatter teksten, er ansatt ved en institusjon som har ervervsmessig formål. Det avgjørende er om den som forfatter teksten, selv har et slikt formål.⁸

Generelt retter unntaket seg mot tilfeller der man ikke åpenbart konkurrerer med publikum med rettighetshaver. For bibliotekene må man regne med at det kan dekke enkelte tilfeller av kritisk og vitenskapelige fremstillinger som retter seg mot et smalere publikum, men ikke mer generell formidlingsvirksomhet.

Renckhoff-dommen (C-161/17) fra EU –domstolen gir indirekte et godt eksempel på fribrukregelens anvendelsesområde. I denne saken hadde en skoleelev fra Tyskland lastet ned et bildet av byen Córdoba som lå åpent tilgjengelig på internett til bruk i en elevoppgave i en spanskklasse. I oppgaven henviste hun nettadressen bildet var hentet fra. Eleven og læreren lastet oppgaven opp på skolens nettsider hvor den lå åpent tilgjengelig. Fotografen tok saken til retten, og den ble henvist til EU-domstolen for tolkning av de relevante lovbestemmelsene.

⁷ [Ot.prp.nr.46 \(2004–2005\) s. 96](#); Rognstad, *Opphavsrett* (2019) s. 334-335

⁸ Se Charlotte Børde og Vebjørn Søndersrød, *På rett hylle med åndsverksloven* s. 56: https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digibok_2013041905014

To spørsmål sto sentralt i saken: var dette en eksemplarframstilling, jf. åvl. § 3 (1) a, og var dette en overføring til allmenheten, jf. åvl. § 3 (2) d. EU-domstolen behandlet det siste, og besvarte spørsmålet bekreftende. Bruken var derfor dekket av rettighetshavers enerett.

Saken og resultatet strider raskt mot den alminnelige rettsfølelsen. I norsk rett ville bruken beskrevet etter alle omstendigheter vært unntatt som bildesitat etter åndsverkloven § 37. Rognstad har uttalt om dette: «Her er det ikke tale om noen bruk i strid med opphavers egne interesser, men en bruk som varetar viktige samfunnsmessige formål. Elever som gjør det som forventes at de skal gjøre, og som etter beste evne følger reglene for god kildebruk, bør ikke risikere å bli saksøkt.»⁹ Dette illustrerer anvendeligheten av regelen om bildesitat.

Utenfor sitatretten

Sitatrettene gjelder offentliggjorte verk. For sitat av ikke-offentliggjorte verk må man henvende seg til ytringsfrihetshensyn. Dette er særlig relevant der opphavsretten misbrukes til å hindre offentlig debatt.¹⁰

Avtalelisens

Åndsverkloven § 50 etablerer hjemmel for at for arkiv, og museer til å tilgjengeliggjøre utgitte verk i samlingen samt offentliggjort kunstverk, fotografiske verk og bilde til allmenheten ved avtalelisens. Avtalelisens krever avtale med en organisasjon som representerer et betydelig antall skapere av den relevante verkstypen og som har godkjenning for å inngå slike avtaler fra Patentstyret (tidligere Kulturdepartementet), jf. åndsverkloven § 63

BONO er godkjent for avtalelisens for deling av fotografi. Godkjenningen gjelder per i dag ikke for pressefotografer, men de har et formål om at den i fremtiden også kan gjelde disse. Den dekker ikke bilde tatt på bestilling, samt bilde der rettighetene er gått over til arbeidsgiver. BONO tilbyr i dag avtaler for klarering av fotografi, og det åpnes i utgangspunktet både for små og store avtaler. BONO kan kontaktes for ytterligere informasjon.¹¹

Samtykke

⁹ Rognstad, Opphavsrett (2019) s. 335

¹⁰ jf. høringsutkastet til ny åndsverklov (2016), s. 123:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-andsverklov/id2479768/>

¹¹ Se BONO.no: <https://www.bono.no/>

Opphavsretten oppstår hos skaper av et verk, men kan overføres ved lisensiering/klarering og overdragelse helt eller delvis til andre. Samtykke til bruk kan derfor hentes fra fotograf eller den som kan ha fått overført rettigheter fra denne på ulikt grunnlag, herunder bestillerregelen, gjennom presumpsjonen om overgang av rettigheter i arbeidsforhold eller avtale.

Anledning til å videreklatere rettigheter krever også avtale med fotografen. Det gjelder et forbud mot videreklatring og -overdragelse av rettigheter i åndsverkloven § 68 (2), med mindre overdragelsen av rettigheter inngår som del av overdragelse av en forretning eller forretningsavdeling. Dette er begrunnet i hensynet om at fotografen har overlatt rettighetene til en bestemt mellommann i forståelse med denne om forholdet dem imellom. Man vil ikke alltid godta det samme overfor noen andre. Ved avtale kan man imidlertid også tillate å videreklatere og videreoverdra, og der en slik avtale foreligger vil mellommenn også kunne klarere for bibliotekenes bruk.

For innholdet i lisensen eller overdragelsen gjelder spesialitetsprinsippet, jf. åndsverkloven § 67 (2). Spesialitetsprinsippet er et tolkningsprinsipp for opphavsrettsavtaler som innebærer overdragelse av opphavsrettigheter fra den som skapte et verk eller bilde. Slike avtaler skal tolkes innskrenkende i skaperens favør og innebærer ikke videre overgang av rettigheter enn det som fremgår klart av avtalen. Spesialitetsprinsippet har imidlertid ikke betydning for om det foreligger en avtale, dette vurderes etter vanlige avtalerettslige regler.

Standardlisenser

Der fotografi allerede er delt på internett kan de gjerne være delt på ulike lisenser som regulerer viderebruk. Lisensen kan spesifikt regulerer viderebruk. Det kan også være brukt en standardlisens som Creative Commons-lisensene. For ytterligere informasjon om slike standardlisenser kan man generelt se Torgeir Kielland sin artikkel om temaet.¹²

Under følger oversikt over Creative Commons sine standardlisenser¹³:

- Public domain¹⁴

Et «public domain»-merke skal brukes i tilfeller der vernetiden er utløpt, og verket har falt i det fri.

- CCo¹⁵

¹² Se generelt Kielland, Rettighets og lisensspørsmål ved åpen publisering (2019): <https://www.openaccess.no/kielland-rettighets--og-lisenssporsmal-ved-apen-publisering-desember-2019.pdf>

¹³ Se Creative Commons, Licenses: <https://creativecommons.org/licenses/?lang=no>

¹⁴ Se Creative Commons, Public domain: <https://creativecommons.org/share-your-work/public-domain/pdm/>

¹⁵ Se Creative Commons, CCo: <https://creativecommons.org/share-your-work/public-domain/cco/>

Ved et CCo-merke avskriver rettighetshaver seg alle rettigheter så langt loven tillater. I norsk rett vil dette innebære at man i prinsippet fortsatt må respektere skaperens ideelle rettigheter (navn givelsesretten og respektretten), siden man ikke generelt kan fraskrive seg disse.

- CC BY – navngivelse

Tillater viderebruk av materialet, bearbeidelser og kommersiell bruk. Det er krav om navngivelse.

- CC-BY-SA – Share Alike

Tillater bearbeidelser og kommersiell bruk, men man må dele det lisensierte materialet og eventuelle egne bearbeidelser på samme vilkår (*Share Alike*). Det må altså deles på en CC-BY-SA-lisens. Det er krav om navngivelse.

Ved bruk må man gjengi følgende informasjon hvis den er delt av den som lisensierer: navn til skaper/skaperne og andre som er designert i den opprinnelige lisensen, eventuell «copyright notice», eventuell referanse til CC-lisensen, eventuell referanse til ansvarsfraskrivelse og garantier, URL eller hyperlenke til det lisensierte materialet hvor det er praktisk. I tidligere CC-lisenser kan det også gjelde krav om å gjengi eventuell tittel til verket. Man må dele eventuelle modifiseringer man har gjort i materialet, samt gjengi indikasjoner på tidligere modifiseringer. Man må dele hvilken CC-lisens materialet er delt under, og referere til lisensen gjennom URL eller hyperlenke.

Hva som er tilstrekkelig navngivelse må vurderes på fra sak til sak, og man skal legge til grunn hva som er rimelig.¹⁶

- CC BY-ND – ingen bearbeidelser

Materialet kan gjenbrukes kommersielt, men det tillates ikke at man bearbeider verket. Det gjelder krav om navngivelse.

Den følger av åndsverkloven at den som bearbeider et åndsverk eller overfører det til en annen kunstnerisk form har opphavsrett til verket i den skikkelsen, men ikke kan gjenbruke det uten samtykke til skaperen av det opprinnelige verket. Det typiske for bearbeidelser at deres verkshøyde er bundet til det opprinnelige verket og at de ikke er selvstendige åndsverk. Et typisk eksempel er en oversettelse.

Hva som må regnes som en bearbeidelse må vurderes individuelt. Det at man gjenbraker en del av et verk i en sammenheng, for eksempel for sitatformål, gjør ikke helheten til en

¹⁶ Se Creative Commons, Frequently Asked Questions – How do I properly attribute material offered under a Creative Commons license: <https://creativecommons.org/faq/#how-do-i-properly-attribute-material-offered-under-a-creative-commons-license>

bearbeidelse. Man må vurdere om det større verket bygger på og stammer fra det underliggende.¹⁷

- CC BY-NC – ikke kommersielt

Materialet kan gjenbrukes, det kan fremstilles bearbeidelser, men materialet kan ikke brukes kommersielt. Det er krav om navngivelse.

Forståelsen av ikke-kommersielt i Creative Commons sine lisenser er ganske streng. Det utelukker ifølge Creative Commons all bruk som er «primarily intended for or directed toward commercial advantage or monetary compensation.» Dette vil omfatte enhver utnyttelse av spillet som medfører at man sitter igjen med en økonomisk gevinst. Formålet bak bruken er irrelevant så lenge man direkte eller indirekte får et økonomisk utbytte av selve bruken.¹⁸

- CC BY-NC-SA – ikke kommersielt, share alike

Man kan gjenbruke materialet og gjøre bearbeidelser, men kan ikke bruke materialet kommersielt og må dele det på samme vilkår for viderebruk. Det er krav om navngivelse.

- CC BY-NC-ND, ikke kommersielt, ingen bearbeidelser

Man kan gjenbruke materialet, man kan ikke gjøre bearbeidelser, og materialet kan heller ikke brukes kommersielt. Dette er den snevreste lisensen fra Creative Commons. Det gjelder krav om navngivelse.

Creative Commons har kilder som videre utdyper innholdet i lisensene.¹⁹ Utover dette må spesialitetsprinsippet legges til grunn. Lisensene gir ikke anledning til bruk utover det som kommer klart frem.

Lenking

¹⁷ Se Creative Commons, Frequently Asked Questions – Can I reuse an excerpt of a larger work that is licensed with the nonderivs-restriction: <https://creativecommons.org/faq/#can-i-reuse-an-excerpt-of-a-larger-work-that-is-licensed-with-the-noderivs-restriction>

¹⁸ Se Creative Commons, Frequently Asked Questions – Does my use violate the noncommercial clause of the license?: <https://creativecommons.org/faq/#does-my-use-violate-the-noncommercial-clause-of-the-licenses>; se også Kielland, Rettighets og lisensspørsmål ved åpen publisering (2019): <https://www.openaccess.no/kielland-rettighets-og-lisenssporsmal-ved-apen-publisering-desember-2019.pdf> s. 26-28

¹⁹ Creative Commons, Frequently Asked Questions: <https://creativecommons.org/faq>

Lenking er et spesialtilfelle, der det å gjengi fotografi som allerede er åpent delt på internett med ulike lenkingsteknikker ikke anses å falle inn under rettighetshavers enerett.²⁰

Lenking til materialet som allerede er delt åpent på internett regnes ikke som en overføring til allmenheten. Dette er fordi en overføring til allmenheten krever at man enten deler materialet med nye tekniske midler eller til et nytt publikum som ikke regelmessig hadde tilgang til materiale. Materiale som allerede ligger åpent for alle på internett anses å ha blitt delt med alle på internett. Når man deler materialet gjennom ulike lenkingsteknikker anses ikke materialet å deles med nye tekniske virkemidler eller for et nytt publikum. Delingen faller derfor utenfor eneretten.²¹

Dette dekker lenking i alle teknikker, rene tekstlenker, hentelenker, også såkalt «framing» og «embedding», der fotografiet fremstår som det er på en annen side en der det lenkes fra.

I tilfeller der materialet er delt uten rettighetshavers samtykke må man gjøre en sammensatt vurdering for å fastslå om lenkingen faller innenfor eneretten. Her vektlegges brukerens kunnskap om at materialet er delt ulovlig, og om brukeren vet eller burde ha visst om dette. Hvis man varsles av rettighetshaver om at materialet var delt ulovlig må man i prinsippet slutte å dele det, fordi man etter dette vil anses å ha kunnskap. I tilfellet brukeren har et profittmotiv presumerer man kunnskap, men brukeren har anledning til å bevise det motsatte.²²

Tankegangen kommer ikke til anvendelse der lenken tillater at man omgår en betalingsmur eller passordbeskyttelse eller andre effektive tekniske beskyttelsestiltak. Dette tilsier at den som delte materialet kun har ment å dele det til et begrenset publikum.²³

Ideelle rettigheter

Navngivelse

Det gjelder navngivelsesplikter ved opphavsrettslig relevant bruk av fotografisk verk og bilde. Det gjelder også navngivelsesplikt og plikt til kildeangivelse ved bruk av åndsverk

Fotografer har rett til å navngis når fotografiske verk og bilde brukes på en måte som er underlagt opphavsrettens eneretter.²⁴ Navngivelsesretten er en del av fotografens ideelle rettigheter etter opphavsretten. Den kan ikke fraskrives eller overføres til noen andre. Fotografen skal navngis slik god skikk tilsier. For å fastslå hva som ligger i god skikk må praksis på området legges til grunn. Navngivelsesretten gjelder ikke der navngivelse ikke er

²⁰ For en oversikt, se Rosati, Eleonora, Linking after VG Bildkunst in a table (2021): <https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/linking-after-vg-bild-kunst-in-table.html>

²¹ Se EU-domstolens dom i Case C-466/12 (Svensson) avsnitt 21-28

²² Se EU-domstolens dom i Case C-160/15 (GS Media) avsnitt 38-51

²³ Se EU-domstolens dom i Case C-160/15 (GS Media) avsnitt 52

²⁴ jf. åvl. § 5 (1), jf. § 23 (4)

praktisk mulig. Det skal mye til at dette fritar for navngivelsesplikten. Det avgjørende er om navngivelse er praktisk gjennomførbart. Omstendighetene kan også påvirke hvordan navngivelse skal skje.

Ved bruk av verk etter åndsverklovens fribruksregler skal kilden alltid angis slik god skikk tilsier. For fotografi kan dette tilsi at man også henviser til bildebyrå eller BONO der det er relevant, samt hvor man har tatt bildet fra. Hva det vil være krav om er avhengig av god skikk på området det gjelder. For sitatrettene foreligger det for eksempel dokumenterte retningslinjer for god sitatskikk på det akademiske området.

Navngivelse av andre enn fotograf kan også følge av avtale. For eksempel der man klarer bruk gjennom avtale kan institusjonen som klarer kreve at denne krediteres, for eksempel ved avtalelisens.

Navngivelse gjelder bruk som faller innenfor opphavsrettens eneretter. Selv om lenking faller utenfor eneretten til overføring til allmenheten anses det allikevel mest ryddig at man også i disse tilfellene navngir fotografen der dette er mulig.

Creative Commons-lisensene etablerer som standard plikt til navngivelse.

Respektretten

De ideelle rettighetene til skaperen av et åndsverk innebærer også en ideell rett til at verket ikke endres eller tilgjengeliggjøres på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for verket eller skaperen selv. Bestemmelsen er relevant for bruk av fotografi. Typiske eksempler er beskjæring og manipulasjon som får et bilde til å fremstå som noe annet enn det som opprinnelig var meningen. Sammenhengen kan også gi en slik effekt, for eksempel bruk av fotografier i pornografisk sammenheng, et religiøst foto i blasfemisk sammenheng eller bruk av et bilde i reklameøyemed.

Om respektretten er krenket må vurderes i den enkelte saken. En objektiv forståelse legges til grunn. Den subjektive oppfattelsen til fotografen er ikke avgjørende, men kan tillegges vekt i vurderingen.²⁵

Sanksjoner

Nasjonalbiblioteket er klar over at flere bibliotek har blitt kontaktet av fotografer med krav om vederlag og erstatning for bruk av fotografier i sosiale medier. Slike krav må vurderes i

²⁵ <https://www.nb.no/items/9df8d63d7334b9ef05ffd97e9c2af00e?page=31&searchText=fotojuss>

lys av de faktiske forhold i saken og åndsverklovens sanksjonsregler. Ved usikkerhet bør man søke juridisk bistand i form av advokat.

Åndsverkloven har egne sanksjonsregler. Disse har en strafferettslige side og en erstatningsrettslig side. I disse sakene er nok det erstatningsrettslige det mest relevante.

Ifølge åndsverkloven § 81 har rettighetshaver ved forsettlig eller uaktsomt inngrep i en annen sin rett krav på vederlag og erstatning. Bestemmelsen søker «å gi klare rammer for fastsettelsen av vederlag og erstatning for å unngå at den i for stor grad blir avhengig av utpregede skjønnsmessige vurderinger».²⁶ Den forurettede har krav på det som er mest gunstig av:

- (1) Rimelig vederlag for bruken, og dessuten erstatning for skade som følge av regelbruddet som ikke ville oppstått ved avtale om bruk.

Hva som skal anses som et rimelig vederlag må i utgangspunktet avgjøres «ut fra omfanget av bruken, den økonomiske verdi for overtrederen, vanlig bransjestandard eller praksis på det aktuelle området og andre konkrete forhold».²⁷ Hvis det ikke er mulig å fastslå et vederlag fra bransjestandarder eller praksis må det settes ved en skjønnsmessig vurdering. Her vektlegges hva som utgjør et rimelig vederlag i lys av rettighetens verdi. Vederlaget skal minimum settes til det man måtte betalt ved på forhånd inngått avtale om bruken, sett i lys av omfanget av bruken.²⁸ Utgifter som ellers ikke ville oppstått gjelder det økonomiske tapet man kan sannsynliggjøre som ikke ville oppstått ved lovlig bruk. Dette kan dekke for eksempel utgifter for å avdekke, stanse eller begrense skadevirkningene av inngrep i opphavsretten, samt eventuelt økonomisk tap som følge av svekkelse av anseelse og omdømme.²⁹

- (2) Erstatning for skade som følge av regelbruddet.

Erstatning for skade som følge av regelbruddet dekker alt av økonomiske tap så lenge det adekvat årsakssammenheng mellom inngrepet og kravet. Den det gjelder må kunne sannsynliggjøre at inngrepet har påført et økonomisk tap. Eksempler på relevante tap er fortjenestetap grunnet konkurranse fra inngriper, der man går glipp av avtaler eller oppnår lavere vederlag. Erstatning vil også dekke etterfølgende forhold som tap av fortjeneste grunnet permanent eller midlertidig tap av markedsposisjon, påtvunget prisreduksjoner o.l. så lenge det kan sannsynliggjøres at inngrepet forårsaket det økonomiske tapet. Økte kostnader til å avdekke og stanse inngrep samt for å begrense skadevirkningene av inngrepet som økt salgsinnsats og informasjon til markedet er dekket. Det er også generelle skadevirkninger i markedet gjennom bruk som krenker verket eller skaperen som resulterer i f.eks. omsetnings- eller pristap utover den konkurransemessige effekten av inngrepet. Å

²⁶ Prop 104L (2016-2017) s. 284-285

²⁷ Prop 104L (2016-2017) s. 285

²⁸ Prop 104L (2016-2017) s. 344

²⁹ Prop 104L (2016-2017) s. 286

fastsette et eksakt tap kan være problematisk, spesielt av mer generelle skadevirkninger. Det må da gjennomføres en skjønnsmessig vurdering skadevirkningenes art og omfang.³⁰

(3) vederlag tilsvarende vinningen som er oppnådd ved regelbruddet.

Vinning oppnådd ved et inngrep i opphavsretten sikter til alle typiske økonomiske fordeler som kan knyttes til inngrepet. Ikke-økonomiske fordeler er ikke relevante. For omsetning av beskyttet materialet står vinning til nettofortjeneste. Det gjøres fradrag for utgifter som står i årsakssammenheng til inngrepet. Hvis inngrepet kun knytter seg til en del av et produkt vil kun den delen sav nettofortjeneste som kan ledes tilbake til den relevante delen dekkes, med mindre delen er helt avgjørende for at produktet kan omsettes med fortjeneste.

Har man handlet grovt uaktsomt eller med forsett skal det i tillegg tas hensyn til ikke-økonomisk skade som er påført ved overtredelsen, jf. § 81 (1). Ved grov uaktsomhet og forsett kan den forurettede også krev det dobbelte av rimelig vederlag i stedet for utmåling av vederlag og erstatning etter de ordinære reglene, jf. § 81 (2). Det gjelder egne vilkår for bruk i «god tro»: «for overtredelser som har skjedd i god tro, skal overtrederen i den grad det ikke fremstår som urimelig, betale vederlag svarende til et rimelig vederlag for bruken eller til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen.», jf. § 81 (4).

Relevante rettigheter etter åndsverkloven må både dekke de økonomiske rettighetene i § 3, de ideelle rettighetene i § 5, og de nærstående rettighetene i kapittel to, herunder § 23 om fotografisk bilde.

Ved handling i god tro skal det ikke betales erstatning eller vederlag etter § 81 (1). Her er det det gunstigste av rimelig vederlag eller oppnådd vinning som er relevant. For bibliotekene som ikke driver aktivitet i ervervsøyemed må derfor vederlag eller erstatning ved inngrep i god tro etter all sannsynlighet tilsvare til et rimelig vederlag for bruken. Om et rimelig vederlag for bruken sier forarbeidene: «Vederlaget må i slike tilfeller fastsettes til det som ville utgjort et rimelig vederlag for en bruk som har samme omfang som overtredelsen, men som har en slik karakter at det kunne kommet i stand en avtale.»³¹ Skade som følge av overtredelse er altså ikke relevant hvor handlingen har skjedd i god tro.

God tro må forstås som aktsom fremferd. Regelen om vederlagsplikt i tilfeller ved god tro betyr derfor at man også kan ha et ansvar der man ikke har handlet forsettlig eller uaktsomt etter § 81 (1).

Forsett eller uaktsomheten må knytte seg til selve overtredelseshandlingen. Man anses å ha handlet forsettlig både der man har villet en gjennomført handling og der man gjennomførte

³⁰ Prop 104L (2016-2017) s. 344-345

³¹ Prop 104L (2016-2017) s. 343-344

handling selv om man forsto at med overveiende sannsynlighetsovervekt ville lede til de relevante følgene.³²

Uaktsomhet som leder til skyldansvar (culpa) er et ansvarsgrunnlag fra generell erstatningsrett. I norsk rett er et slikt ansvar begrunnet i hensynet om at den ansvarlige kan bebreides for uansvarlig atferd. For at det skal foreligge skyldansvar må man kunne bebreide den ansvarlige ha handlet eller unnlatt å handle på en måte som har ledet til skade. Man sammenligner her den ansvarliges handling eller unnlattelse med en objektiv norm for aktsom forsvarlig opptreden på det relevante området. Graden av aktsomhet som kreves vurderes utfra skadeevnen, her vektlegges muligheten for skade og skadens omfang. Ved høy skadeevne vil det kreves en større aktsomhetsgrad og motsatt. Det må gjennomføres en helhetlig skjønnsmessig vurdering der flere forhold kan vektlegges. Konkrete forhold i saken, om det foreligger spesiell ekspertise og eventuelle brudd eller overholdelse av forskrifter, regler, rutiner og retningslinjer som har betydning for den inntrådte skaden kan tilsi et strengere eller mildere aktsomhetskrav. Der mangel på forventet vedlikehold og påpasselighet som for eksempel har ledet til tekniske feil er det et moment av betydning. Tidsmomentet har også betydning, f.eks. for handlinger utført under tidspress.³³

God tro i tilfeller der det blir konflikt vil gjerne ligge i villfarelse om faktiske forhold. Villfarelse om det juridiske rammeverket (såkalt rettsvillfarelse) fritar derimot normalt ikke. Om villfarelsen er aktsom avhenger som nevnt av en sammensatt vurdering. I praksis for norske domstoler har det fremkommet at det i hvert fall stilles strenge krav til å påse at man har tydelig tillatelse fra alle rettighetshavere for kommersiell bruk i reklamesammenheng.³⁴ Dette omfatter riktignok saker hvor formålet var å fremme næringsmessige og økonomiske interesser, og de har derfor ikke direkte overlapp med bibliotekenes virksomhet.

Siden regelverket i åndsverkloven søker å gi klare rammer for fastsettelse av vederlag og erstatning oppfordres bibliotekene til å være bevisste på å selv vurdere sin spesifikke sak opp mot regelverket, og ikke kritikkløst legge krav fra rettighetshavere til grunn. I tilfeller bibliotekene anser at de har handlet i god tro bør rimelig vederlag for bruken tilbys. Dette kan i alle tilfelle være et første skritt som kommer motparten i møte, og være grunnlag for en samtale som fører frem til en minnelig løsning.

³² Sulland, Frode; Andenæs, Johs.; Elden, John Christian; Gisle, Jon: forsett - jus i Store norske leksikon på snl.no (2. mars 2022): https://snl.no/forsett_-_jus

³³ Gisle, Jon: skyldansvar i Store norske leksikon på snl.no (2. mars 2022):

<https://snl.no/skyldansvar>; Jusinfo.no, Uaktsomhet (culpa) (2. Mars 2022):

<https://jusinfo.no/erstatningsrett/subjektive-ansvarsgrunnlag/uaktsomhet-culpa/>

³⁴ Se Rt. 1983 s. 637 og Rt. 2009 s. 1568 (Snowboard)

Nasjonalbibliotekets prinsipper for webpublisering

Nasjonalbiblioteket har tidligere oppstilt grunnleggende prinsipper for webpublisering av fotografi i utredningen Fotojuss:³⁵

1. Arkiv, bibliotek og museer bør etterstrebe åpenhet og delingskultur, og bidra til ny bruk i nye sammenhenger av nye brukere. Dette bør praktiseres innenfor rammen av gjeldende lovverk, og med vekt på brukerinteresser.
2. Opphavsmannens ideelle rettigheter skal respekteres. Fotografens navn angis alltid der det er kjent. Er fotografens identitet ukjent angis dette med «Fotograf ukjent». Ideelle rettigheter gjelder også for materiale der vernetiden er utløpt.
3. Angi tydelig om bildet publiseres i bearbeidet form, for eksempel beskåret, detalj e.l. Dette er god skikk også for eldre materiale der vernetiden er utløpt.
4. Alt materiale bør merkes med opphavsrettslig status/lisens, og med eksplisitte og liberale bruksvilkår når det gjelder abm-institusjonens eventuelle rettigheter.
5. Grunnleggende metadata (bl.a. fotograf, eier, tid, sted) bør lagres i bildefilen.
6. Der man ikke har funnet frem til rettighetshavere, bør det tydelig opplyses om institusjonens forsøk på å avklare rettigheter, og intensjon om å betale eventuelle vederlag.
7. Det bør være enkelt å ta kontakt dersom man har eventuelle synspunkter eller innvendinger mot publiseringen.
8. Det bør reageres raskt på eventuelle klager, bl.a. bør materiale kunne fjernes raskt.
9. Alt materiale som er falt i det fri (utløpt vernetid) bør publiseres uten restriksjoner og merkes med CC-Public Domain Mark «PDM» eller tilsvarende. Digitalisering genererer ikke ny opphavsrett.
10. Digitalisert materiale bør gjøres så lett tilgjengelig som mulig, og tillate så utstrakt bruk som mulig.

³⁵ <https://www.nb.no/items/9df8d63d7334b9ef05ffd97e9c2af00e?page=13&searchText=fotojuss>