

ADVOKATFIRMAET GALTUNG

ADVOKAT ANDREAS GALTUNG

MNA

Norges Høyesterett
via aktørportalen

Post- og besøksadresse:

**Daas gate 16 b
0259
Oslo**

Tel: 916 63 320

Onsdag, 13. april 2022

andreas@galtung.com
www.galtung.com

Sak nr. 21-153384SIV-HRET

SLUTTINNLEGG TIL NORGES HØYESTERETT

Ankende part 1:	Advokatfirmaet Rogstad AS	PB 7073 St. Olavs plass, 0130 Oslo
Ankende part 2:	Irfan Abbas,	Skolegata 10, 2000 Lillestrøm
Prosessfullmektig	Advokat Andreas Galtung	Daas gt. 16 b 0259 Oslo
Ankemotpart 1	Verdens Gang AS v/styrets leder	Verdens Gang A/S Postboks 1185 Sentrum 0107 Oslo
Ankemotpart 2	Markus Tobiassen	c/o Verdens Gang AS Postboks 1185 Sentrum 0107 Oslo
Prosessfullmektig	Advokat Halvard Helle	Advokatfirmaet Schjødt Boks 1444 Solli 0201 Oslo

Jeg oppdaget at jeg hadde lastet ned feil versjon av sluttinnlegget den 13 april. Det er ingen realitetsendringer.

Ankende parter vil for Norges Høyesterett nedlegge slik

P å s t a n d:

1. *Verdens Gangs gjengivelse av fotografier som Advokatfirmaet Rogstad AS og Irfan Abbas har rettighetene til, har ikke hjemmel i åndsverklovens § 29 eller § 36 andre ledd.*
2. *Borgarting lagmannsretts dom i sak nr. 20-164203ASD-BORG/02 oppheves og hjemvises til fortsatt behandling i lagmannsretten.*
3. *Verdens Gang AS og Markus Tobiassen dømmes til å erstatte Advokatfirmaet Rogstad AS og Irfans Abbas` omkostninger for Høyesterett.*

Påstandsgrunnlag

De ankende parter har enerett til 18 fotografier, som VG har gjengitt på papir og nett, minst 182 ganger.

Det er uomtvistet at eneretten omfatter eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, i bearbeidet og endret skikkelse, jf. åndsverkloven (åvl.) §§ 2, 3 og 23 (**JU 15-16**).

Partene er uenige om de 18 fotografiene er fotografiske åndsverk eller fotografiske bilder, men etter de ankende parters syn er det uten betydning i denne sak om fotografiene er verk eller bilder. Det følger av åvl. §23, 4. ledd at de aktuelle bestemmelser gjelder tilsvarende for fotografiske bilder.

Heller ikke i relasjon til EUs direktiv får spørsmålet om fotografiene er bilder eller verk betydning, og Høyesterett trenger i denne sak ikke å ta stilling til hvorvidt fotografiene er verk.

De ankende parter anfører at hverken den alminnelige sitatrett, åvl. § 29, eller tvangslisensen etter § 36, 2. ledd, som hjemler gjengivelse av fotografi som er tilknyttet dagshending, kan hjemle VGs bruk av bildene.

Ankende part anfører at EU opphavsdirektiv, Infosoc-direktivet (Directive 2001/29/EC) (**JU 24**), og EU-domstolens avgjørelser er direkte relevant i nærværende sak, mens motparten hevder at direktivet bare får anvendelse på fotografiske verk, ikke bilder.

Ankende parter anfører at deres rett til de 18 fotografiene er en eiendomsrett beskyttet under TTP 1 art 1. Vernet av eiendomsrett under EMK står ikke tilbake for vernet av ytrings- og informasjonsfriheten etter EMK art. 10 (**JU 22**). EMD har slått fast at det er to rettigheter med lik beskyttelse under EMK, og hvor domstolen må balansere interessene mot hverandre. I dette tilfelle berøres ikke VGs ytringer av om VG ikke får rett til omfattende gjengivelse av ankende parts fotografier.

VG har gjengitt 18 fotografier mange titalls millioner ganger, og dette manifesterer usedvanlig

stor kommersiell verdi. Saken omhandler hvem som skal kunne høste denne verdien: Den som har eneretten/eiendomsretten, eller den som påberoper en unntakshjemmel/ytringsfrihet? Balansetesten omhandler hvor omfattende/skadelig inngrepet blir i eiendomsretten om VGs bruk tillates, og hvor omfattende/skadelidende ytringsfriheten blir om utnyttelsen ikke tillates (og/eller det må betales vederlag eller avstås vinning).

De ankende parter ser det slik at eneretten og dens spesielle unntak/begrensninger er regulert grundig i åvl., og at spørsmålet er om hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten, jf bl.a. EMK art 10, i dette konkrete tilfellet tilsier at åvl. § 29 og 36,2 må undergis en «harmoniserende» og sterkt utvidende tolkning, til fortrengsel for opphavs- og eiendomsretten.

Nærmere om rettsreglene

Åndsverklovens kapittel 3 regulerer avgrensninger av opphavsretten, altså unntak fra eneretten. Med hjemmel i ulike bestemmelser i dette kapittel kan det gjøres inngrep i opphavers enerett.

§ 25, 2. ledd (**JU 16**) er den innledende bestemmelse og knesetter at når et verk gjengis offentlig etter bestemmelser i dette kapittelet, kan det bare skje;

- i det omfang formålet krever
- verkets karakter må ikke forringes eller forandres
- kilden skal alltid angis slik god skikk tilsier

Endringsadgangen er sterkt begrenset, jf Aakre m.fl (**JU 1263**), og VGs gjengivelser bryter med disse kravene.

Særlig om sitatretten, § 29

Et sitat er per definisjon et utdrag, en mindre del av et større verk/hele. Normalt siteres det fra en tekst, og det er her ytrings- og informasjonsfrihetshensynet står sterkest. Sitat er kun tillatt fra et offentliggjort verk, i samsvar med god skikk, og i den utstrekning formålet betinger. Dette er tre kumulative vilkår, men disse kan ikke løsrives fra hverandre, og «formålet» må begrenses av «god skikk».

Når sitatene blir særlig omfangsrike er man utenfor god skikk, jf Knoph, som henvist til i Rognstad s **321 (JU 1218)**.

Det er normalt ikke tillatt å «sitere» hele verket, og adgangen til sitat fra bilder og fotografier er snevrere enn når det gjelder tekst. Det følger av forarbeidene at det er en meget snever adgang til å sitere fotografier etter § 29 (**JU 75**) og (**JU 95**). Dette er også støttet av juridisk teori, jf Rognstad 2019, 318 (**JU1215**), Jordahl s 143 (**JU 1059**) og Aakre s 104 (**JU 1278**). Fotografier kan siteres der det er *fotografiene* som diskuteres, jf Hovlid (**JU 516**). Ankende parter anfører at VGs gjengivelse av de 18 fotografiene ikke er sitater. Hele eller det alt vesentlige av fotografiene er gjengitt. De er gjengitt i endret og/eller bearbeidet skikkelse, og følgelig illojale og i strid med god skikk. Gjengivelsen inngår heller ikke i noen sammenheng som gjorde det nødvendig å gjengi disse slik, og vilkåret «formålet betinger», er ikke oppfylt.

VGs gjengivelse av fotografiene har et rent kommersielt formål, å øke interessen for artiklene og følgelig annonseinntektene, hvilket faller utenfor sitatretten. Fotografiene er utelukkende brukt som illustrasjoner og som dramatiske effekter, noe som faller utenfor virkeområdet for åvl § 29, jf Akre m.fl. Dette er spesielt påtakelig for «Lamborghini-bildet», som Irfan Abbas har rettighetene til. Fotografiet er brukt på VGs førsteside, som er

en ren salgsplakat.

Åndsverklovens § 36,2. ledd

Bestemmelsen er en såkalt tvangslisens, og dens eneste begrunnelse er pressens behov for å kunne bruke bilder på kort varsel uten å måtte klarere rettigheter først, jf Prop.104 L (2016-2017) s 148 (**JU 81**).

Vilkårene i bestemmelsen er at fotografiet er offentliggjort, at det ikke er blitt skapt i ervervsvirksomhet med henblikk på gjengivelse i media, og at det har «tilknytning til en dagshending.» Uttrykket «dags» -innebærer et aktualitetskrav, og «-hending» at noe faktisk har skjedd. (Noe som utløser behovet for å handle raskt, uten å måtte klarere rettighetene først.) De ankende parter er enig med lagmannsretten i at ingen «dagshending» lar seg identifisere for noen av gjengivelsene. Angjeldende fotografier er blitt publisert titalls ganger, og publiseres fortsatt kontinuerlig på Internett. Bestemmelsen kan ikke anvendes som «èn gang dagshendig, for alltid dagshending», og den gjentatte og vedvarende gjengivelse er langt utenfor bestemmelsens formål.

Personene som er avbildet har gjennomgående en viss tilknytning til temaene som behandles og sakene kan sies å være av allmenn interesse, i motsetning til Rt.1995 1948 (**JU 111**). De mangler imidlertid nærheten i tid. Regelen er begrunnet i pressens behov i raskt å kunne klarere bilder på kort varsel, jf forarbeider I herværende sak hadde VG i over et år holdt på med saken (**FU 566**).

Åndsverklovens § 36,2. ledd 2. punktum

Tvangslisensen kan ikke brukes på fotografier skapt i næring, med henblikk på bruk i media. Dette gjelder samtlige fotografier VG har tatt fra Advokatfirmaet Rogstads hjemmeside.

Forholdet mellom §§ 29 og 36,2.

Når et fotografi ikke kan gjengis i sin helhet med hjemmel i § 36, 2, vil det heller ikke kunne gjengis i sin helhet med hjemmel i § 29. Departementet uttaler i Prop.104 L s. 133 (**JU 75**):

Der verk kan gjengis mot vederlag fordi det har tilknytning til en dagshending, legger departementet til grunn at verket ikke kan gjengis vederlagsfritt i medhold av den alminnelige sitatbestemmelse. Det er også gitt en del andre særlige regler om gjengivelse av kunstverk og fotografiske verk. Ut fra at det er snever adgang til å gjengi visuelle verk etter den sitatbestemmelsen, kan ikke bruk av slike verk generelt baseres på den alminnelige sitatregel der de særlige regler ikke gir grunnlag for bruk.

Om VGs bruk av fotografiene er hjemlet i § 36,2, så kan den ikke samtidig ha hjemmel i § 29.

Forholdet til EU retten

Hovedgrunnene for harmonisering av opphavsrettighet angis i Infosoc-direktivets 2001/29 (**JU 24**) fortale punkt 62001/29 (**JU 25**):

(6) Without harmonisation at Community level, legislative activities at national level which have already been initiated in a number of Member States in order to respond to the technological challenges might result in significant differences in protection and thereby in

restrictions on the free movement of services and products incorporating, or based on, intellectual property, leading to a refragmentation of the internal market and legislative inconsistency. The impact of such legislative differences and uncertainties will become more significant with the further development of the information society, which has already greatly increased transborder exploitation of intellectual property. This development will and should further increase. Significant legal differences and uncertainties in protection may hinder economies of scale for new products and services containing copyright and related rights. (Mine understrekninger.)

Det uttalte formål om å forebygge forskjeller i beskyttelsesnivå – og usikkerhet - i EU/EØS området, medfører at direktivet og rettsavgjørelser i medhold av dette blir direkte relevant for Norge, enten fotografier er verk eller bilder. Fotografiske bilder og verk har samme beskyttelse i Norge og en rekke andre EU-land, og om direktivet bare skulle gjelde «verk» så ville man få den skjevhet som det nettopp tar sikte på å motvirke.

EU domstolen har i C 516/17 *Spiegel Online*, (JU 345) premiss 79 (JU358) uttalt at et sitat, for å komme inn under unntaket som sitatretten gir: *establish a direct and close link between the quoted work and his own reflections, thereby allowing for an intellectual comparison to be made with the work of another, since Article 5(3)(d) of Directive 2001/29*. Et lovlig sitat beskriver domstolen slik, premiss 78: “....an extract from a work for the purposes of illustrating an assertion, of defending an opinion or of allowing an intellectual comparison between that work and the assertions of that user.”

Ved å anføre, slik ankemotparten gjør, at direktivet og det siterte i dommen foran kun har betydning for verk og ikke bilder, risikerer man både rettsulikhet og rettsusikkerhet, i strid med direktivets uttalte formål. Partene er altså uenige på dette punkt, jf. bl.a. prosesskriv av 15.03.2022, (FU 553).

Forholdet ytringsfriheten EMK, Grunnlovens § 100 og tilleggsprotokoll 1 art 1

Hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten kan ikke begrunne inngrep i opphavsretten i denne sak. Ytringene står seg helt fint uten fotografiene. VG kunne publisert samme tekst uten fotografier andre har enerett til, med egne fotografier, med fotografier man kjøpte hos bildebyrå, med andre illustrasjoner, eller uten illustrasjoner/fotografier. Ytringene som sådan forblir upåvirket av dette.

De aktuelle fotografiene har heller ikke noe informasjonsinnhold av betydning for teksten/ytringene. De dokumenterer ingen påstand/ytring. (I motsetning til et foto som dokumenterer/påstår noe om tid/sted/hendelse.) Fotografiene har følgelig heller ingen relevans for informasjonsfriheten. Ønsket VG å dokumentere den enkeltes utseende, så fantes det nok av bilder av de aktuelle personene tilgjengelig i markedet.

Bevisførsel

De bevis som er lagt frem under saksforberedelsen og inntatt i det faktiske utdraget vil kunne bli ført, men i det vesentlige begrenset til de originale fotografier, og VGs publiseringer (FU 558-597).

Støtteskrivet fra Norges fotografforbund understreker at en sterkt utvidet sitatrett vil få vidtrekkende betydning for fotografenes inntektsmuligheter. At fotografens rettigheter i denne sak er overdratt, er helt uten betydning. Det er uomtvistet at VG ikke foretok noen undersøkelser om rettighetene til fotografiene, før publisering.

Partene er blitt enige om slik:

Omforent tidsplan

Klokkeslett:		Tid:
Dag 1		
12.30–13.30	Rettens innledning og ankende parters hovedinnlegg	60
13.30-13.40	<i>Pause</i>	10
13.40-14.30	Ankende parters hovedinnlegg forts.	50
Dag 2		
09.00-09.30	Ankende parters hovedinnlegg forts.	30
09.30-10.00	Rettslig medhjelper	30
10.00-10.10	<i>Pause</i>	10
10:10-10:20	Ankende parters hovedinnlegg forts.	10
10.20-10.50	Ankemotpartenes hovedinnlegg	30
10.55-11.00	<i>Pause</i>	5
11.00-11.45	Ankemotpartenes hovedinnlegg forts.	45
11.45-12.30	<i>Lunsjpause</i>	45
12.30-13.30	Ankemotpartenes hovedinnlegg forts.	60
13.30-13.40	<i>Pause</i>	10
13.40-14.10	Partshjelperens hovedinnlegg	30
14.10-14.30	Replik og duplikk	20



Andreas Galtung