



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 10.05.2013 i Oslo tingrett,
Saksnr.: 12-160134TVI-OTIR/07
Dommer: Tingrettsdommer Kristian Jahr
Saken gjelder: Kompensasjon for ulovlig bruk av bilde

Women Management Inc
Women Management SARL
Women Milan SPA
Natalia Polevshchikova

Advokat Ketil Reidar Sellæg Ramberg
Advokat Ketil Reidar Sellæg Ramberg
Advokat Ketil Reidar Sellæg Ramberg
Advokat Ketil Reidar Sellæg Ramberg

mot

Bonnier Media AS

Advokat Rune Opdahl

DOM

Saken gjelder krav om erstatning etter at saksøkte Bonnier Media AS benyttet fotografi av saksøker nr. 4, Natalya Polevshchikova, på forsiden av augustutgaven for 2012 av magasinet Costume.

Natalya Polevshchikova, senere omtalt som Poly, er en internasjonalt kjent fotomodell bosatt i New York. Hun er representert av en rekke agentbyråer, herunder saksøker nr. 1, Women Management Inc i New York, saksøker nr. 2, Women Management SARL i Paris og saksøker nr. 3, Women Milan SPA i Milano. Agentbyråene omtales i det følgende som Women.

Saksøkte Bonnier Media AS, senere omtalt som Bonnier, utgir en rekke tidsskrifter i Norge, herunder motebladet Costume. Hvert nummer av tidsskriftet har en kjendis eller fotomodell presentert på forsiden, ofte også ledsaget av en omtale eller et intervju inne i bladet.

Poly ble etter oppdrag fra Condé Nast fotografert i mai 2010 for bruk i Vogues spanske utgave. Det ble opprettet en avtale mellom Women Management i Paris og "Vogue Espagne" datert 14.05.10 om en godtgjørelse på 125 € for 1 dag. I avtalen heter det bl.a.:

"The amount indicated include the trnsfer of all rights for a period of 1 year commencing with the date of first publication, except when otherwise expressly insicated according to the conditions stated on the reverse side. This clause is uniquely applicable to the French press. The publication of any photo taken from the above mentioned shooting for any magazine or usage other than be one specified on this voucher is strictly forbidden, unless previously agreed upon by the agency."

Vitnet Vanessa Rudjord, som er sjefredaktør i Costume, har i retten forklart at man i forbindelse med planleggingen av augustnummeret tok kontakt med bildebyrået Bulls Press, som er en sentral skandinavisk bildedatabase med sete i Stockholm, og ba om forslag til forsidebilde med et sommerlig motiv. Man fikk tilsendt ca. 30 bilder i lavoppløselig form.

Etter å ha gjennomgått bildene sendte Rudjord 23.05.12 e-post til Katarina Sverre i Bulls Press: "Kan du bare spørre om tillatelse til dette? Hvis det hjelper kan vi godt ha en artikkel med bilder av henne hvor vi priser stilen hennes." Sverre svarte samme dag: "Det er Patrick Demarchelier bilde, kan hende det tar lengre tid å godkjenne – men man vet aldri. Søker om det!"

Dagen etter mottok Rudjord ny e-post fra Sverre: "Hei Vanessa! Coveret er godkjent! VIKTIG!!!: Byline: Bulls Press." Samtidig ble bildet i samsvar med praksis gjort tilgjengelig for Costume i høyoppløselig form.

Etter dette ble det aktuelle bildet brukt som forsidebilde. Samtidig er bildet gjengitt inne i bladet med teksten "FORSIDEN: Foto: Bulls Press. Modell: Natasha Poly." I bladet finnes også en egenannonse hvor forsiden med bilde av Poly er tatt inn som blikkfang i forbindelse med et tilbud om tre utgaver av Costume og et skjerf til redusert pris.

Bildet var opprinnelig tatt av den kjente fotografen Patrick Demarchelier på oppdrag fra Condé Nast til bruk i den spanske utgaven av motebladet Vogue. Det var deretter tilgjengelig gjennom bildearkivet til bildebyrået Trunk Archive med sete i New York. Kjøpet og bruken av bildet gjennom Trunk/Bulls dreier seg altså om såkalt etterbruk.

Etter at Women, visstnok gjennom Costumes Facebook-side, den 23.07.12 ble oppmerksomme på bruken av bildet, tok Claudia Vece hos Women Management i Paris straks kontakt med Costume i e-post. Fra Costume ble det vist til at bildet var kjøpt fra Bulls, og at Bulls ville ta kontakt med Women.

I brev av 27.07.12 protesterte advokat Ian W. Kenworthy på vegne av Poly og Women mot krenkelse av Polys og Womens rettigheter og ba om at augustnummeret ble trukket tilbake. Bonnier var ikke villig til dette, og det ble derfor fremmet begjæring overfor Oslo byfogdembete med krav om at Bonnier skulle pålegges å stanse salg og markedsføring av bladet. Da det etter hvert var svært kort tid igjen av salgsperioden, ble begjæringen trukket.

Etter henvendelse fra Costume tok Bulls kontakt med Trunk og underrettet deretter Costume 02.08.12 om at Trunk hadde svart følgende pr. e-post (utdrag):

"...

The image in question is wholly-owned (copyright) by Conde Nast as it was created under Mr. Demarchelier's 'work-for-hire' contract. They are the only entity with rights to the image.

We are informing WOMEN that if they do intend to pursue any actions, they will need to take their case to Conde Nast.

I highly doubt they will do so.

...

We keep excellent records in this regard and, as you know, always seek approval when legally or contractually required before releasing art to our partners and clients

..."

Ved stevning datert 3. oktober 2012 har advokat Kenworthy på vegne av saksøkeren gått til søksmål mot Bonnier med krav om erstatning. Bonnier tok til motmæle ved rettidig tilsvar datert 29. oktober 2012.

Hovedforhandling ble holdt 24. og 25. april 2013. For saksøkerne møtte Claudia Vece og ga forklaring. For saksøkte møtte Gry Bjørhovde og ga forklaring. Det ble avhørt 5 vitner og foretatt dokumentasjon som framgår av rettsboka.

Saksøkerne har i det vesentlige gjort gjeldende:

Åndsverkloven § 45 c setter forbud mot å benytte bilder uten den avbildedes samtykke. Bestemmelsen gjør visse unntak, som ikke kommer til anvendelse her. Når man er utenfor anvendelsesområdet for unntakene, er bruk av bilde ulovlig uten den berettigedes samtykke. Saksøkte hevder det gjelder unntak for redaksjonell bruk, og at en praksis hvor den avbildedes samtykke må innhentes i hvert enkelt tilfelle, vil bli ressurskrevende. Dette har lovgiveren vurdert da loven ble gitt. Under arbeidet med revisjon av fotografiloven anførte Norsk Redaktørforening under høringsrunden at gjeldende regler var ressurskrevende og ville ha endringer, noe departementet vurderte, men ikke gikk inn for.

Saken gjelder retten til selv å bestemme over bruken av eget bilde og hvilke sammenhenger man ønsker å delta i og bli forbundet med. I tillegg gjelder saken retten til beskyttelse av den innsats og det arbeid som ligger i opparbeidelse av en posisjon i det offentlige lys. Dette må sees på linje med andre immaterielle rettigheter.

Costume/Bonnier er som utgiver ansvarlig for hva man velger å publisere på bladets forside. Dette ansvaret kan ikke skyves over på andre – det er bruken av bildet som rammes. En person kan ikke motsette seg å bli fotografert, men kan unngå publisering av bildet ved ikke å gi sitt samtykke. Kravet om samtykke fra den avbildede for å gjøre bruk av et fotografi, er en av de begrensninger som lovgiveren har fastsatt i ytringsfriheten etter en avveining av viktige interesser. Beskyttelsen av rett til eget bilde er en objektiv regel, som gir den avbildede en absolutt rett med visse unntak. Det dreier seg i realiteten om personvern, selv om bestemmelsen er inntatt i åndsverkloven.

Bruken av bildet er ingen del av noen pågående offentlig debatt. Bildet dekker intet informasjonsbehov og relaterer seg ikke en gang til noen tekst i bladet, noe som i teorien har vært tillagt vekt ved vurdering av lovligheten. I dette tilfelle framstår bildet mer som en form for reklame for bladet enn som et journalistisk produkt.

Skillet mellom redaksjonell bruk og kommersiell bruk gjenfinnes ikke direkte i regelverket, og er ikke uten videre avgjørende. Men det er veiledende. Her er bildet gjengitt på utsiden av badet som et salgsfremmende tiltak, noe som må regnes som kommersiell bruk.

En påstått bransjepraksis kan ikke få gjennomslag i forhold til regler som er satt av hensyn til personvernet. I forhold til den avbildede er det ikke tilstrekkelig å innhente samtykke fra fotografen eller den fotografen har overdratt sin rett til. Brukeren av bildet må forvise seg om at også den avbildede har samtykket. Et aktivt og informert samtykke må kreves – den avbildede har ellers ingen mulighet til å forhindre ulovlig bruk. Slikt samtykke kan nok i enkelte tilfeller tenkes gitt ved at den avbildede overdrar sin rett til fotografen, men noen slik avtale foreligger ikke her. Tvert imot tok Poly – og Women – i avtalen med

Vogue/Condé Nast uttrykkelig forbehold mot bruk av bildet utenfor Frankrike. Retten til bildet ble i avtalen bare overdratt for ett år.

Brukeren av et fotografi må avklare rettighetene både overfor fotografen etter åndsverkloven § 2 jf § 1, evt. åndsverkloven § 43 a, og til den avbildede etter åndsverkloven § 45 c. Det er i praksis lagt til grunn at det ulovfestede personvern har tilnærmet samme innhold som åndsverkloven § 45 c, jf. Rt. 2009 side 1568. Dette omfatter også personer bosatt utenfor Norge. Det vises også til Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 8, som gir direkte grunnlag for å konstatere at bruken av bildet er rettsstridig. Endelig hevder saksøkerne at Bonnier ved sin opptreden har overtrådt markedsføringsloven § 25.

Offentliggjøring av en persons bilde er i utgangspunktet i seg selv et inngrep i personvernet etter EMK art. 8. Det stilles etter EMDs praksis intet krav om at offentliggjøring av bildet må være sensitiv.

Heller ikke i norsk rettspraksis finnes noe skille mellom personvern og privatlivets fred. Domstolene foretar en ren avveining mellom personvern og ytringsfrihet. Det foreligger i dette tilfelle ingen aktuell og allmenn interesse som tilsier vern av ytringsfriheten.

Åndsverkloven § 45 c må leses med den reservasjon som følger av EMK art. 8. Når bruken rammes av EMK art. 8, er det ikke rom for tilknytningskravet i åndsverkloven § 58 tredje ledd. EMK får også anvendelse for utenlandske borgere i Norge.

Videre er det ingen tvil om at det i Norge finnes et ulovfestet personvern som på dette området har samme innhold som åndsverkloven § 45 c. Det vises til Rt. 2009 side 1568. Dette vernet omfatter også utlendinger. Det avgjørende er at bruken av bildet har skjedd i Norge.

Endelig gjøres gjeldende at bruken av bildet er en overtredelse av markedsføringsloven § 25. Både Bonnier og Poly er næringsdrivende. Retten til eget bilde må anses som et formuesgode. Når bildet brukes uten at det betales vederlag, er det utilbørlig. Slik bruk er i kjernen av hva markedsføringsloven § 25 er ment å beskytte.

Overtredelsen av åndsverkloven er i dette tilfelle gjort av ansvarlig redaktør i Costume. Hun har en slik posisjon at Bonnier-konsernet får organansvar etter vanlig lære.

Ved forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse har den berettigede krav på oppreisning i tillegg til erstatning for det økonomiske tapet, åndsverkloven § 55 første ledd annet punktum. Her har man forsettlig overlatt til bildebyråene å avklare rettighetsspørsmålet. I byråenes alminnelige lisensvilkår, som ligger åpent tilgjengelig på nettet, framgår uttrykkelig at det er kundens ansvar å avklare rettigheter. Saksøkte kan ikke unnskyldes seg

med at "alle andre" gjør det slik eller at "slik har vi alltid gjort det". Heller ikke kan man unnskyldes seg med at det er dyrt eller ressurskrevende å skulle avklare rettighetene i det enkelte tilfelle – dette er en vurdering som lovgiveren tok da reglene i § 45 c ble utformet.

Poly og Women-selskapene har ført en streng linje ved kontrollen med bruk av bilder av Poly. Man har flere ganger sagt nei til bruk. Poly er en av verdens mest kjente modeller. Hun opptrer hovedsakelig i internasjonale moteblader som f.eks. Vogue. Å bli avbildet i et mindre blad som Costume, svekker hennes anseelse. Særlig var det ødeleggende at bildet også ble presentert på Costumes nettsider.

Oppreisningen bør settes til 100 000 kroner. Dette gjelder uansett om retten legger til grunn overtredelse av åndsverkloven § 45 c eller bygger sin avgjørelse på overtredelse av det ulovfestede personvern.

Saksøkerne har krav på erstatning for det tap som er påført ved den ulovlige bruken. Dette omfatter tap som følge av markedsforstyrrelser med påfølgende omsetningssvikt, tapt goodwill og renommé. Graden av skyld må tillegges vekt ved utmålingen. I dette tilfelle foreligger forsett eller grov uaktsomhet. Eventuell rettsvillfarelse virker ikke frigjørende. Bonnier er en profesjonell aktør som må forventes å ha satt seg inn i regelverket på det området de opererer.

Dagens praksis ved erstatningsutmåling på immaterialrettens område ligger gjennomgående altfor lavt. Overtredelsen har funnet sted på en internasjonal arena og det må ved utmålingen i dette tilfelle sees hen til internasjonal praksis.

Det foreligger årsakssammenheng mellom den ulovlige handlingen og tapet. Både Poly og agenturene skal stilles i samme økonomiske situasjon som om rettsbruddet aldri fant sted. Retten må fastsette tapet skjønnsmessig. For Poly kreves erstatning begrenset oppad til 750 000 kroner, mens Women-selskapene til sammen krever 300 000 kroner. Samme prinsipper gjelder for erstatningsutmålingen enten retten bygger på overtredelse av markedsføringsloven eller på ulovfestet grunnlag. Det samme må gjelde dersom retten bygger på brudd på EMK art. 8 eller på overtredelse av markedsføringsloven.

Subsidiært – hvis retten kommer til at Bonnier har handlet i god tro – kreves erstattet den berikelse som Bonnier har oppnådd ved den ulovlige bruken. Kravet er begrenset oppad til 750 000 kroner. I tillegg kreves et rimelig vederlag for bruken. Dette gjelder både ved overtredelse av åndsverkloven og ved erstatning på ulovfestet grunnlag. Det vises til Rt. 2009 side 1568. Det samme må gjelde ved erstatning for overtredelse av EMK art. 8.. Ved overtredelse av markedsføringsloven er det naturlig å bygge på en analogi fra åndsverkloven.

Saksøkerens påstand

1. Bonnier Media AS dømmes til å betale Natalia Polevshchikova erstatning med et beløp fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kroner 750 000.-.
2. Bonnier Media AS dømmes til å betale Natalia Polevshchikova i oppreisning et beløp fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kroner 750 000.-.
3. Bonnier Media AS dømmes til å betale Women Management Paris SARL, Women Management New York City Inc og Women Management Milan SPA samlet en erstatning med et beløp fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kroner 300 000.-. pålegges å dekke Women Management Paris SARL, Women Management New York City Inc, Women Management Milan SPA og Natalia Polevshchikovas sakskostnader, med tillegge av lovens rente fra forfall til betaling skjer.

Saksøkte har i det vesentlige gjort gjeldende:

Etter åndsverkloven § 58 gjelder § 45 c bare til fordel for arbeid som er frambrakt av person som er bosatt i Norge. Ingen av saksøkerne er hjemmehørende i Norge, og kan derfor ikke påberope seg § 45 c som erstatningsgrunnlag. Det er ikke grunnlag for å anvende bestemmelsen analogisk i og med at personer bosatt utenfor riket uttrykkelig er unntatt fra lovens beskyttelse.

Heller ikke det ulovfestede personvern er krenket. Dette må uten videre være klart i forhold til de upersonlige rettssubjektene. Det ulovfestede personvern beskytter enkeltpersoner og kan ikke overdras.

Det ulovfestede personvern skal først og fremst beskytte mot kommersiell utnyttelse av noens bilde. Dette er lagt til grunn både i rettspraksis og teori. Det vises bl.a. til Rt. 2009 side 1568 ("Arctic Challenge"), hvor flertallet la vekt på at bildet var utnyttet kommersielt (premiss 40). I tillegg til at bildet må være utnyttet i kommersiell sammenheng, har det i praksis også vært stilt krav om at bruken av bildet må være urimelig og utilbørlig.

I Rt. 2009 side 265 gis en pekepinn om grensen for det ulovfestede personvern i konkurranse med ytringsfriheten. Det er etter endring av Grunnloven § 100 i 2004 ikke i dag adgang for domstolene til å gå til noen utvidelse av det ulovfestede personvern på bekostning av ytringsfriheten, jf. NOU 1999:27 pkt. 10.3.3.2. Saksøkernes anførsler innebærer en slik utvidelse.

Den praktiske hovedregel i forhold til det ulovfestede personvern er at et bilde kan benyttes redaksjonelt så lenge det ikke foreligger særlige restriksjoner. Avtalen mellom Women Management i Paris og Condé Nast er ingen slik restriksjon. Avtalen har bare virkning mellom partene. Den påberopte bestemmelsen sier at bildet bare kan brukes i Frankrike og

bare innenfor ett år. Om det er slik at Condé Nast har misligholdt denne avtalen slik motparten i realiteten påstår, kan ikke Bonnier hefte for det.

Vitner som har forklart seg for retten, har samstemmig uttalt at omslagsbilde på et magasin må betraktes som redaksjonell, ikke kommersiell, bruk. Det samme er lagt til grunn i rettspraksis.

EMK art. 8 beskytter retten til "privatliv og familieliv". Høyesterett har forutsatt at bestemmelsen må leses med en rettsstridsreservasjon. EMK art. 8 rammer bare tilfeller hvor offentliggjøringen ved en samlet vurdering framstår som krenkende. Opplysninger som mangler sensitivitet og intime detaljer faller utenfor vernet (Rt. 2010 side 258 premiss 50 og 64). Bestemmelsen er ikke anvendelig her. Bildet gjelder ikke modellens privatliv, og framstår heller ikke som sensitivt på noen måte.

Under enhver omstendighet foreligger samtykke fra den avbildede i dette tilfelle. Bonnier innhentet godkjenning fra Bulls Press og Trunk mot vederlag. I følge vitneforklaringer var det kjent for saksøkerne at bildet fantes i Trunks arkiver. De måtte regne med at bildet dermed ville bli solgt og brukt.

Bestemmelsen i markedsføringsloven § 25 retter seg mot illojale konkurransehandlinger. Det vises til Lunde m.fl.: Markedsføringsloven med kommentarer side 147 og til mindretallets uttalelse i Arctic Challenge-dommen, Rt. 2009 side 1568 premiss 70. Bonnier har ikke handlet illojalt, og publiseringen av bildet berører ikke slike interesser at det er i strid med god forretningsskikk.

Subsidiært gjøres gjeldende at Bonnier ikke har utvist erstatningsbetingende skyld. Dette er en forutsetning for ansvar både etter åndsverkloven og etter de ulovfestede personvernregler. Bonnier har på sedvanlig måte innhentet og betalt for godkjenning gjennom bildebyrået. Det må være berettiget å stole på samtykke fra dem som driver profesjonell distribusjon av fotografier. Det må i det minste forutsettes at bestilleren blir informert dersom det foreligger rettighetsmangler. Bonnier svarer ikke for eventuell uaktsomhet hos bildebyrå eller underleverandører. Det finnes ingen hjemmel for erstatningsrettslig identifikasjon mellom Bonnier og bildebyråene.

Atter subsidiært gjøres gjeldende at saksøkerne ikke har sannsynliggjort økonomisk tap. Det er ikke framlagt regnskaper eller beregninger som på noen måte sannsynliggjør omsetningssvikt for Poly som følge av offentliggjøringen. Noen markedsforstyrrelser eller tap av renommé som anført er ikke sannsynliggjort. Det er ingen holdepunkter for at publisering i et blad som Costume reduserer modellens markedsverdi. Tvert imot blir foto av modeller jevnlig brukt på magasinet forside. Dette gjelder også verdenskjente modeller. Poly er ikke spesielt kjent, iallfall ikke i Norge. På den annen side er Costume alminnelig anerkjent som Norges fremste motemagasin.

En eventuell vederlagserstatning må i tilfelle settes til markedspris etter gjengs oppfatning og praksis i bransjen. Her har Bonnier allerede betalt vederlag til Bulls Press med kr. 7 800.-, som tilsvarer normal betaling. Modellens andel av godtgjørelse for etterbruk utgjør som regel et mindre beløp om noe i det hele tatt. Vitner har i retten anslått markedsprisen til 0 ut over det som er betalt.

Oppreisningserstatning krever positiv lovhjemmel. Noen slik lovhjemmel finnes ikke her. Subsidiært er skyldkravet ikke oppfylt. Atter subsidiært er tilkjenning av oppreisningserstatning ikke rimelig i dette tilfelle.

Endelig kan ikke samtlige av saksøkerne være berettiget til erstatning. Både retten til eget bilde etter åndsverkloven, det ulovfestede personvern og retten til privatliv etter EMK art. 8 beskytter bare fysiske personer. Intet privatliv er krenket for noen av selskapene.

Saksøktes påstand

1. Bonnier Media AS frifinnes.
2. Women Management Paris SARL, Women Management New York City Inc, Women Management Milan SPA og Natalia Polevshchikova betaler in solidum saksøktes sakskostnader, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Rettsens vurdering

Saksøkerne har som grunnlag for sitt krav påberopt seg brudd på åndsverkloven § 45 c, eventuelt supplert med regelen i EMK art. 8. Det er også påberopt brudd på det ulovfestede personvern, som hevdes å innebære tilnærmet samme vern som åndsverkloven § 45 c. I tillegg er EMK art. 8 også alene anført som hjemmel for erstatning. Videre er det anført overtredelse av regelen i markedsføringsloven § 25 om god forretningsskikk.

Åndsverkloven § 45 c kommer ikke direkte til anvendelse i dette tilfelle, idet bestemmelsen etter ordlyden i åndsverkloven § 58 er begrenset til å gjelde til fordel for arbeid som er frambrakt av person som er norsk statsborger eller bosatt i Norge. Det er på det rene at Poly verken er bosatt i Norge eller er norsk statsborger. Det vises til Retstidende 2009 side 1568, hvor førstvoterende med tilslutning av flertallet etter en drøftelse av spørsmålet konkluderte med at loven på dette punkt må leses etter sin ordlyd. Siden bestemmelsen uttrykkelig innskrenker anvendelsesområdet for en rekke bestemmelser i åndsverkloven, herunder § 45 c, er det ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen analogisk.

Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 8 bestemmer at enhver har rett til "sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse". Som for resten av EMK, retter påbudet seg i utgangspunktet til de enkelte lands myndigheter. Men hvis bruk av et bilde er i strid med kravet i EMK, kan dette i seg selv være et sterkt moment ved vurderingen av

om bruken er rettsstridig og erstatningsbetingende i forhold til åndsverkloven og det ulovfestede personvern.

Det er ikke tvilsomt at gjengivelse av et fotografi etter omstendighetene kan være i strid med kravet i EMK art. 8. Momenter ved vurderingen vil være om det dreier seg om en offentlig kjent person, om situasjonen som er gjengitt er å betrakte som offentlig eller privat, om gjengivelse av fotografiet må anses å røpe sensitive opplysninger eller kan virke krenkende. Om vedkommende selv har gitt samtykke til fotografering kan være et moment, også om vedkommende ved samtykket var klar over at bildet ville bli gjengitt offentlig.

Det vises til Rt. 2009 side 265, hvor førstvoterende i tilknytning til EMK bl.a. uttaler (premiss 59 og 60):

"De saksøkte har fremhevet betydningen av den journalistiske frihet ved at domstolene ikke skal sette seg i redaksjonens sted, og at dette også gjelder for bildebruken. At dette er et riktig utgangspunkt, illustreres av Tønsberg Blad-saken, hvor domstolen i avsnitt 94 uttaler:

« The methods of objective and balanced reporting may vary considerably, depending among other things on the medium in question; it is not for the Court, any more than it is for the national courts, to substitute its own views for those of the press as to what techniques of reporting should be adopted by journalists »

Dette og tilsvarende utsagn i tidligere avgjørelser kan imidlertid ikke tas til inntekt for at pressens valg overhodet ikke kan overprøves. Poenget er at domstolene må utvise forsiktighet ved overprøvingen av redaksjonelle valg. ..."

I Rt. 2010 side 258 la førstvoterende i premiss 50 og 64 avgjørende vekt på graden av sensitivitet ved vurderingen av om omtale i en bok krenket privatlivets fred i relasjon til straffeloven § 390.

Det aktuelle fotografiet er tatt under modellens yrkesutøvelse. Det kan dermed vanskelig sees å berøre privatlivet, selv i en utvidet forstand. Fotograferingen skjedde med modellens samtykke, og modellen var klar over at bildet skulle gjengis offentlig. Det inneholder ingen krenkende eller sensitive momenter. Retten kan ikke se at EMK art. 8 er krenket i dette tilfelle.

Det er ikke tvilsomt at det også for personer utenfor personkretsen som er fastsatt i åndsverkloven § 53 gjelder et vern av retten til egen bilde. Dette er en del av det ulovfestede personvernet. Det vises til Rt. 2009 side 1568, der førstvoterende uttalte (premiss 40 og 41):

" For personar som fell utanom personkretsen fastsett i § 58 tredje ledd, er det særleg nærliggjande med eit vern av eige personleg bilete som i alle fall i hovudsak fell saman med det som elles er lovfesta. Det må etter mitt syn i alle fall gjelde for eit bilete som er teke her i riket, og der vedkomande - som ikkje bur i riket – har ei klar økonomisk interesse i å utnytte biletet kommersielt. Klarast må det gjelde når det er tale om slik

bruk her i landet. Korleis det elles vil vere, treng eg ikkje gå inn på i saka no.

Vernet bør i hovudsak vere slik det følgjer av åndsverklova § 45c, jf. Stenvik, Rettsbeskyttelse av personlig særpreg, TfR 2003 side 601 på side 624-625. Det er klare retts tekniske føremoner ved ei relativt skjematisk avgjerd. Som Stenvik legg eg til grunn at det her er tale om ein rett som har eit sterkt vern, og at det ikkje er sikkert at det er grunn til å gå like langt på tilgrensande område. Dette inneber også at det ved eit tilfelle som det aktuelle ikkje er grunnlag for noka interesseavveging ved avgjerda av om det ligg føre eit vern av retten til eige fotografi, slik lagmannsretten har lagt til grunn."

I likhet med den nevnte saken – som gjaldt kommersiell utnyttelse av et bilde av en snowboardkjører – dreier det seg også her om en situasjon hvor den avbildede har en klar økonomisk interesse i bruken av bildet. Det er derfor grunn til å praktisere det ulovfestede vernet av rett til eget bilde forholdsvis strengt.

Den refererte saken gjaldt kommersiell bruk av bildet. Den gir ikke grunnlag for uten videre å trekke slutninger om hvordan vurderingen ville falle ut dersom det dreide seg om rent redaksjonell bruk.

I en artikkel i festskrift til Mogens Koktvedgaard 2003 side 587 uttaler Are Stenvik bl.a.:

"Hvis man legger til grunn at redaksjonell omtale som hovedregel er tillatt, mens kommersiell utnyttelse ikke er det, oppstår et nytt spørsmål, nemlig hvordan grensen mellom de to kategoriene skal trekkes. Mellom ytterpunktene finnes det et utall mellomformer, der vurderingen kan være vanskelig."

Også internasjonalt synes det å være oppstilt et skille mellom kommersiell og redaksjonell bruk. Det vises til framlagt e-post datert 31.07.12 fra Sergio Leccese i Women

Management til Leslie Simitch i Trunk Archive i anledning saken:

"To be considered a "work made for hire", there must be a written agreement, which usually states that the copyright to the photographs taken are owned by the principal who commissioned the photographs, not the photographer.

In the absence of such a contract, the photographer would own the copyright to the photographs. However, while the photographer owns the copyright to the photographs, the model still has control over the use of their likeness, which is why model releases are usually required by the photographer when photographing a model/subject. Nevertheless, the first Amendment does allow photographers to use a model's likeness without a model release for non-commercial (i.e. informational or exhibition) purposes.

..."

Hvor grensen mellom redaksjonell og kommersiell utnyttelse skal trekkes, er et spørsmål som ikke er fullt ut avklart i rettspraksis. Forsiden skal først og fremst bidra til salg av magasinet. Bildet som er brukt, har ingen sammenheng med det øvrige redaksjonelle innholdet i magasinet og er ikke omtalt verken på forside eller inne i bladet, bortsett fra en angivelse inne i bladet av hvem som er avbildet. Selv om en redigert magasinforside i utgangspunktet er redaksjonell, ligger forsiden i vårt tilfelle nær opp til kommersiell

utnyttelse. Modellen har på sin side en klar interesse i selv å utnytte fotografier av denne art kommersielt.

I vårt tilfelle er det av flere vitner framholdt at forsiden av et magasin er redaksjonell, og at bruken av bildet derfor ikke er av kommersiell karakter. Retten er i utgangspunktet enig i dette. En magasinfor side består, i tillegg til ett eller flere bilder, av tekst med varierende utforming og innhold og må defineres som del av det redaksjonelle arbeidet med bladet. Dette må gjelde selv om bruken av bildet i dette tilfelle må antas å ha en salgsfremmende funksjon.

Saksøkerne har gjort gjeldende at spørsmålet om bruken er redaksjonell eller kommersiell, ikke nødvendigvis er avgjørende. Retten er enig i at dette kriteriet i prinsippet bare er veiledende. Det avgjørende ved vurderingen må være hvor grensen går for retten til eget bilde, herunder vernet av eget særpreg, i forhold til vernet om den alminnelige ytringsfrihet. I saken referert foran uttalte førstvoterende at det ikke burde være rom for noen interesseavveining ved avgjørelsen av retten til eget bilde. Dette er et naturlig standpunkt ved kommersiell utnyttelse, hvor hensyn til ytringsfrihet får mindre vekt. Ved grensetilfeller mellom kommersiell og redaksjonell bruk, kommer man neppe utenom en interesseavveining, selv om det også ved redaksjonell bruk er av betydning med mest mulig klare regler, både nasjonalt og internasjonalt.

Ved endring av Grunnlovens § 100 i 2004 ble bestemmelsen gitt et nytt innhold. Formålet var å sikre vern om ytringsfriheten. I annet ledd annet punktum ble det presisert at begrensninger i ytringsfrihet skal fastsettes ved lov. Av tredje ledd annet punktum framgår at det skal tungtveiende grunner til for å begrense ytringsfriheten. I NOU 1999:27, som ligger til grunn for lovendringen, er det i kommentarene til annet ledd annet punktum bl.a. uttalt (pkt. 10.3.3.2):

"Dette reiser særlige spørsmål i knyttet til begrensninger i ytringsfriheten som følge av det ulovfestede personvern. Hjemmelen for slike begrensninger er sedvanerett med utspring i domstolenes rettsskapende virksomhet. Det er kommisjonens oppfatning at de formelle sidene ved lovkravet i annet ledd 2. pkt. – vilkåret om at lov bare kan vedtas av Stortinget – setter stopper for videre utvikling av nye ulovfestede regler for ansvar for ytringer. Derimot legges det til grunn at eksisterende ulovfestede begrensninger unntaksvis kan ansees å oppfylle lovkravet. Ved en slik vurdering må man legge velt på om begrensningene er allment kjent og i hvilken utstrekning begrensningene har vært anvendt av domstolene. Det må også legges vekt på om begrensningene har et avgrenset og klart innhold. ..."

I vårt tilfelle har både norske og utenlandske vitner forklart at det foreligger en bransjepraksis som går ut på at man overlater til bildebyråene å avklare rettighetene til bilder, og at brukerne av byråene forutsetter at dette er gjort forut for salg. Dersom det skulle være uklarheter i forhold til rettighetene til bildet, skal dette opplyses. Ut fra vitneforklaringene finner retten det klart at det iallfall ikke foreligger noen praksis som tilsier begrensninger i adgangen til redaksjonell bruk av bilder. Også hensynet til klare og

praktiserbare regler tilsier varsomhet med å innføre begrensinger i adgangen til bruk som henviser brukeren til skjønn i hvert enkelt tilfelle.

Retten mener at de fleste hensyn taler for en betydelig varsomhet med å innføre skranker i ytringsfriheten på dette området som ikke hittil har vært praktisert. Både bransjepraksis, rettspraksis og teori tilsier at en lojal, ikke-kommersiell bruk av personbilder er tillatt uten særlig samtykke. Dette må få betydning ved interesseavveiningen. Etter rettens syn taler de fleste hensyn for å trekke adgangen til redaksjonell bruk langt også i tilfeller hvor bruken har en klar salgsfremmende funksjon.

I vår sak er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette. Under enhver omstendighet har ikke Bonnier utvist uaktsomhet. Bonnier har i dette tilfelle fulgt en godt innarbeidet praksis. Vitner har for retten gitt klart uttrykk for at bildebyråene er forutsatt å ha avklart rettigheter både i forhold til fotograf og til modell i tilfeller som dette. Saken ligger i så måte annerledes an enn i saken i Rt. 2009 side 1568 ("Arctic Challenge"), hvor førstvoterende uttalte (premiss 43):

"Tromsø 2018 kjøpte biletet frå ein pressefotograf. Det er ikkje opplagt at ein fotograf som må reknast å ha teke biletet som ledd i ordinær nyhendedekning, jf. åndsverklova § 45c første ledd bokstav a, også har sikra seg retten til at biletet kan nyttast til kommersielle føremål. Etter mitt syn må det leggjast føretaket til last at det ikkje forvissa seg om at det var gitt samtykke frå den avbilda til kommersiell bruk, jf. også Rt-1983-637, som gjaldt ei nokså tilsvarande aktsemdvurdering. Handlemåten kan derimot ikkje karakteriserast som grovt aktaus. Når eg omtalar bruken som kommersiell, er det fordi siktemålet frå føretaket med å vilje arrangere vinter-OL i 2018 i stor grad var å fremje næringsmessige og økonomiske interesser."

Retten viser også til Rt. 1983 side 637, hvor førstvoterende bl.a. uttalte:

"Jeg antar det må legges til grunn at avbildede personer kan gi et mer generelt forhåndssamtykke til bruk av fotografi på den måte som er nevnt i § 15, og at de også må kunne gi en annen rett til å gi samtykke på sine vegne. For dem som driver med profesjonell distribusjon av fotografier, vil det antakelig være av stor praktisk betydning at de både har fotografiretten og retten til å samtykke på vegne av avbildede personer. I et slikt forhåndssamtykke eller en rett for en annen til å gi samtykke vil det imidlertid kunne ligge mer eller mindre omfattende begrensninger. Spesielt kan dette være praktisk i forhold til bruk i reklame.

For øvrig må man etter min mening være varsom med å forutsette at avbildede personer har gitt forhåndssamtykke eller gitt en annen rett til å samtykke etter § 15. Slike forutsetninger vil være egnet til å uthule det personlige rettsvern som § 15 gir. Det må i denne sammenheng også legges vekt på at personer som blir avbildet, ofte ikke vil ha kjennskap til sin rett etter § 15. De som profesjonelt utnytter fotografier, må derimot forutsettes å ha kjennskap til regelen i § 15, slik at de kan legge opp rutiner for å sikre at samtykke blir gitt.

Etter min mening har den som vil bruke et bilde av en avbildet person til et bestemt formål, ikke opptrådt med tilstrekkelig aktsomhet i forhold til fotografiloven § 16, jfr. § 15, ved å stille et generelt spørsmål til den som har fotografiretten « om det er i orden ». Et bekreftende svar på et slikt spørsmål vil naturlig måtte forstås slik at det

bare gjelder fotografiretten. Etter min mening blir vurderingen den samme om et slikt spørsmål stilles til en avis, med mindre den som spør har holdepunkter for å anta at avisen har lagt opp til spesielle rutiner som sikrer at samtykke etter § 15 foreligger.
..."

Disse sakene gjaldt begge kommersiell utnyttelse av bilder, men i den utstrekning samtykke skulle være nødvendig, får de generelle bemerkningene også gyldighet i vår sak.

I vår sak hadde saksøkte – i motsetning til i de refererte tilfellene – særlig grunn til å tro at rettighetsklareringen var i orden. Bonnier hadde grunn til å tro at Bulls Press, som er et profesjonelt bildebyrå, hadde avklart alle rettigheter til bildet, herunder også om nødvendig innhentet samtykke fra den avbildede. Retten bemerker at bestemmelsen i byråenes alminnelige lisensvilkår på nettet i følge vitner tar sikte på nedlasting og bruk av bilder som er gjort alminnelig tilgjengelig for visse kundegrupper. For avtaler som inngås fra gang til gang, går de enkelte avtaler foran og regulerer bruken.

Bonnier blir etter dette å frifinne for kravet om erstatning og oppreisning, idet saksøkte ikke har utvist erstatningsbetingende skyld, noe som er en forutsetning for ansvar både etter åndsverkloven og etter de ulovfestede reglene.

Også eventuelt brudd på markedsføringsloven § 25 forutsetter erstatningsbetingende skyld for å utløse erstatningsansvar. Men for ordens skyld bemerker retten likevel at Bonnier ikke kan sees å ha opptrådt i strid med markedsføringslovens krav til god forretningsskikk. Det vises til drøftelsen foran. Alene det faktum at saksøkte har opptrådt i aktsom god tro, utelukker etter rettens oppfatning at opptredende strider mot markedsføringsloven § 25.

Åndsverkloven inneholder i § 55 annet ledd en bestemmelse om at fornærmede kan kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handlingen selv om skadevolderen har handlet i god tro. Som det framgår foran, mener retten at Bonnier i dette tilfelle ikke har gjort noe ulovlig i forhold til åndsverkloven eller det ulovfestede personvern. Men under enhver omstendighet er det ikke sannsynliggjort at Bonnier har oppnådd noen nettofortjeneste ved bruken av bildet. Salget av denne utgaven av magasinet var etter det opplyste ikke særlig godt, og mest sannsynlig ville Bonnier oppnådd tilsvarende salg ved bruk av en annen modell på forsiden. Betalingen for bildet var i samsvar med hva som vanligvis blir betalt for tilsvarende bilder.

Retten ser heller ikke at det er grunnlag for noe vederlagskrav. Bonnier har på vanlig måte betalt for bruk av bildet. Det er ikke sannsynliggjort at saksøkeren lenger har noen rettigheter til bildet. Klausulen i avtalen med Vogue om begrenset adgang til gjengivelse har uansett bare virkning mellom partene. Hvis saksøkerne mener avtalen gir krav på vederlag, må dette eventuelt søkes hos avtaleparten.

Saksøkte blir etter dette å frifinne. Saksøkeren har tapt saken og må betale sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 (1). Saken er reist i fellesskap og tvistetema har vært det samme.

Samtlige saksøkere er hjemmehørende utenfor riket. Retten bestemmer derfor at saksøkerne skal hefte felles for kostnadsansvaret, tvisteloven § 20-7 (2). Advokat Opdahl har levert kostnadsoppgave som legges til grunn. Kostnadene utgjør kr. 244 881.- eks. mva.

DOMSSLUTNING

1. Saksøkte frifinnes.
2. Innen 2 -to- uker fra forkynning av dommen betaler saksøkerne en for alle og alle for en til saksøkte sakskostnader med kr. 244 881.-.

Retten hevet

Kristian Jahr

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.