

Festskrift til
Jørgen Blomqvist



MORTEN ROSENMEIER, THOMAS RIIS,
JENS SCHOVSBO & HENRIK UDSEN (RED.)

Festskrift til
Jørgen Blomqvist

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2021 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion. KATE GILBERT (engelsk) og LINO VOGT (dansk) har været ansvarlige for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2021 the editors and contributing authors severally

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-420-0041-0

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Bogen er udgivet med støtte fra Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) og Dreyers Fond



dreyersfond

FairPublishing

DISSE STUDIER TILEGNES
ADJUNGERET PROFESSOR, LIC.JUR. JØRGEN BLOMQVIST
I ANLEDNING AF HANS 70 ÅRS FØDSELSDAG DEN 7. MAJ 2021



Kapiteloversigt

	Forord	xxiii
1	Forfatternes Forvaltningsselskab – skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab <i>Leder Henrik Faursby Ahlers, UBVA-sekretariatet, & direktør Stig von Hielmcrone, Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA</i>	1
2	Ophavsretlig specialisering – fordele og risici <i>Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet</i>	19
3	Copyright and Artificial Intelligence —with a focus on the area of music <i>Senior Lecturer, Jur. Dr (LL.D.) Johan Axhamn, School of Economics and Management, Lund University</i>	33
4	Parodirettslig vakuum i norsk rett <i>Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo</i>	87
5	Do the Right Thing! Authors’ contracts in the 2019 copyright directive <i>President of ALAI Italia, Stefania Ercolani, SciencesPo Paris, former professor of cultural property law</i>	131
6	Half-Opened “Umbrella” —Interpretation problems of Article 8 of the WCT <i>Member Mihály Ficsor, Hungarian Copyright Council, former Assistant Director General of WIPO</i>	163
7	§ 35 gennem 35 år <i>Advokat og partner Terese Foged, Lassen Ricard advokatfirma</i>	191

8	Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada	231
	<i>Professor Ysolde Gendreau, Faculty of Law, Université de Montréal</i>	
9	Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin	253
	<i>Jane C. Ginsburg, Columbia University School of Law</i>	
10	Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura	269
	<i>Konsulent Martin Gormsen</i>	
11	Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union	283
	<i>Professor Emeritus Frank Gotzen, KU Leuven, President of ALAI International</i>	
12	Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder	295
	<i>Advokat Anders Sevel Johnsen, Dansk Journalistforbund</i>	
13	Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder	327
	<i>Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel</i>	
14	Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko	343
	<i>Professor (mso), LL.M, ph.d. Torsten Bjørn Larsen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet.</i>	
15	A Phonogram, to be or not to be?	367
	<i>Professor Dr. Silke von Lewinski, Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, Munich</i>	
16	Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder	381
	<i>Ordförande Jukka Liedes, Upphovsrättsliga Föreningen i Finland</i>	
17	Anne Black-sagen	403
	<i>Professor, ph.d. Bent Ole Gram Mortensen, Syddansk Universitet</i>	
18	Danser la vie	419
	<i>Victor Nabhan</i>	
19	EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder	421
	<i>Juridisk konsulent Dan Stausholm Nielsen, UBVA</i>	

20	Ophavsret og ytringsfrihed	435
	<i>Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen & partner Jakob Plesner, begge Ples&Lindholm</i>	
21	Universitetspersonals opphovsrett och öppen publicering – finsk synpunkt	459
	<i>Professor Rainer Oesch, University of Helsinki</i>	
22	Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner	471
	<i>Direktør Anders Rasch & afdelingschef Martin Kyst, begge Copydan Tekst & Node</i>	
23	Treaty Interpretation and Treaty Making	485
	<i>Professor Emeritus Sam Ricketson, Melbourne Law School, Victoria, Australia</i>	
24	Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten	507
	<i>Professor, dr.jur. Thomas Riis, CIIR, Københavns Universitet</i>	
25	The RAAP Decision of the CJEU —What Happened to Reciprocity?	525
	<i>Professor, dr.juris Ole-Andreas Rognstad, University of Oslo</i>	
26	The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration —Details of the RAAP case	549
	<i>Professor Emeritus, Dr. Jan Rosén, Stockholm University</i>	
27	Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?	569
	<i>Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet</i>	
28	Æres den som æres bør – EU-harmonisering af ophavsftaleretten	597
	<i>Professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo, CIIR, Københavns Universitet</i>	
29	Linking after VG Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story?	623
	<i>Associate Professor, PhD Sebastian Felix Schwemer, CIIR, University of Copenhagen</i>	
30	DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse?	641
	<i>Advokat Peter Schönning</i>	

31	Operationalizing Vigeland —2 x 2 Public Order and Morality Arguments	653
	<i>Professor dr. Martin Senftleben, IViR, University of Amsterdam</i>	
32	Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions	693
	<i>Associate Professor, PhD Stina Teilmann-Lock, Copenhagen Business School</i>	
33	Mellemmandsoverføring?	707
	<i>Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet</i>	
34	Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser	729
	<i>Adjunkt, ph.d. Jøren Ullits, Syddansk Universitet</i>	
35	Titelbeskyttelsen i dansk ret	745
	<i>Advokat (L), ph.d. Knud Wallberg</i>	

Parodirettslig vakuum i norsk rett

Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo

1. Om temaet og de rettslige problemstillingene

Målet med denne artikkelen er å finne frem til parodiregelen i norsk rett.

De rettslige problemstillingene springer ut av at *det fantes en norsk parodiregel før Norge inngikk EØS-avtalen i 1992*.¹ Gjennom EØS-avtalen fikk Norge en forpliktelse til å *innføre direktiver* som er EØS-relevante, herunder direktiver på opphavsrettsområdet.² Videre forpliktet Norge til å *tolke norsk rett* med utspring i EU-retten og EØS-forpliknelsen, i *samsvar* med EU-retten.³ Likevel skjer det *ingen direktevirkning* av EU-rett i Norge uten at *direktivet er gjennomført i norsk rett*, etter vedtakelse

-
1. Rognstad (2019), s. 176. EØS står for Det europeiske økonomisk samarbeidsområde, og hovedmålet med avtalen kort fortalt er å sikre at EFTA-statenes markeder av varer, tjenester, personer (arbeidskraft og selskaper) og kapital, kobles til EUs markeder slik at det utgjør *ett hele*. Det er reglene for dette samarbeidet EØS-avtalen omhandler. Hele avtalen er inntatt i lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven). EFTA-statene som har signert og ratifisert EØS-avtalen er Norge, Island, Liechtenstein, men ikke Sveits.
 2. EØS artikkel 7 b jf. Sejersted (2011), s. 86 og Rognstad (2019), s. 47 flg.
 3. EØS artikkel 6 jf. Rognstad (2019), s. 49. Tilsvarende fremgår av premissjonsprinsippet, som vil bli behørig omtalt senere i artikkelen.

gjennom EFTA-pilar og Storting.⁴ Det innebærer at den EU-rettslige regelen kan ikke gis anvendelse i Norge uten å være gjennomført.

EUs Infosoc-direktiv fastlegger opphavsrettslige forpliktelser for EØS, herunder også enkelte avgrensingsregler for opphavsretten.⁵ Innføringen av unntak er frivillig for medlemslandene, men dersom et medlemsland velger å innføre avgrensningen, må unntaket være kongruent med det som er fastlagt i EU-retten.⁶ Norge kan synes å ha uttrykt at den ikke ønsker å innføre parodiunntaket, selv om uttalelsen er uklår.⁷ I åndsverklovens forarbeider uttales at «*gjeldende rettsstilstand videreføres*, slik at en parodi etter omstendighetene må anses som et nytt og selvstendig verk» (min fremhevelse).⁸ Altså en parodiregel som *ikke* er en *avgrensning av opphavsretten*, og med et innhold – som fremstillingen vil vise – som i noen grad avviker fra den EU-rettslige.

I Deckmyn-saken⁹ fastlegger EU-domstolen (Court of Justice of the European Union (CJEU)) det nærmere innholdet i den EU-rettslige parodiregelen og fastslår *klare kriterier for hva en parodi er* og hva som skal til for at unntaksregelen kan påberopes.

Dersom den tradisjonelle norske regelen er eller (1) *kan tolkes i samsvar* med EU-retten, er dette uproblematisk. Da utfyller EU-retten det nærmere innholdet i den norske regelen gjennom utlegningene i Deckmyn-saken og uttalelsene i forarbeidene kan forstås som en konstatering av rettsharmoni. Men er det slik at den tradisjonelle norske parodiregelen (2) *avviker fra den EU-rettslige* er det spørsmål om vi i norsk rett kan opprettholde den tradisjonelle regelen? Et alternativ er at uttalelsen er ment (3) *å gjennomføre regelen*, og et underspørsmål er da om dette er gjort på en *tilstrekkelig klar og konsis måte*.

-
4. Rt. 2001 s. 1811 (s. 1886): «Dette innebærer at verken direktiver eller forordninger har direkte virkning i norsk rett», Stenvik (2015), s. 98.
 5. Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, heretter Infosoc-direktivet.
 6. Infosoc artikkel 5 tredje ledd: «3. Medlemsstaterne *kan* indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde [...]» jf. C-201/13 (Deckmyn), premiss 15 og 16.
 7. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.
 8. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.
 9. Sak C-201/13 (Deckmyn).

Spørsmålet er altså hvilken rekkevidde den EU-rettslige parodiregelen har for fastleggelsen av regelinnholdet i den norske parodiregelen; om EØS-landet Norge overhode kan beslutte *ikke å innføre regelen* eller om den EU-rettslige regelen *uansett vil få en innvirkning* på norsk rett på området.

I tillegg til rettslige kilder, vil jeg henvise til musikkteori og annen estetisk teori.¹⁰ Parodibegrepet springer ut ifra en faktisk, menneskelig aktivitet eller frembringelse som rettsordenen, gjennom å unnta den fra å anse den som krenkende, har ønsket å gi vern. Kanskje tilsier dette at en mer *tværfaglig synsvinkel* også *bør være* retningsgivende for hvordan den rettslige parodiregelen bør være, og kanskje også retningsgivende for *hvordan den er*? Dette er problemstillinger som vil bli belyst i det følgende.

Fastleggelse av parodiregelen har blant annet betydning for *om brukergenerert innhold* som mashups¹¹ eller andre kommentarer eller appropriasjoner til andres åndsverk publisert på digitale medier, *kan risikere å forsvinne* ved for vage eller strenge unntaksregler. Enten fordi retningslinjene for fribruk synes å begrense slik aktivitet, eller fordi reglene er så uklare at kreative miljøer vegrer seg for å laste opp materiale eller på annen måte formidle det i engstelse for sanksjoner.¹² En ytterligere utfordring følger av at de digitale plattformene installerer gjenkjennelsesteknologi som skal «håndheve» regelverket. Ved for uklare eller skjønnsmessige regler kan slik *innebygd opphavsrett* risikere å komme *på kant med loven* ved at de ikke er i stand til å skille ut «parodien» fra «plagiatet».¹³

10. Dette gjelder blant annet det NFR-finansierte forskningsprosjektet «MASHED», ledet av Ragnhild Brøvig-Hanssen ved Universitetet i Oslo (prosjektnummer 275441), som undertegnede også er deltaker i.

11. Mashups er en sammenstilling av to eller flere utdrag fra sanger, se Brøvig-Hanssen (2016) s. 266: «A musical mash-up typically consists of two recognizable recordings that are synchronized such that the vocal(s) of one track are combined with an instrumental version of the other without significant edits».

12. Brøvig-Hanssen (2020), Brøvig-Hanssen (forthcoming), Hui (forthcoming) og Hui (forthcoming 2021)

13. Se foregående fotnote.

1.1. Parodibegrepet i estetisk teori

Parodi har vidtrekkende røtter, både geografisk og historisk. Som grunnbegrep stammer det fra det greske ordet *parodia* – sang (ode) og ved siden av (*para*) – altså sang ved siden av.¹⁴ I et nylig utgitt internasjonalt verk om parodier gjengis en klassisk definisjon av musikkparodi som «singing the lyrics from one song to a different melody».¹⁵ Videre fremgår det at humor ikke var et krav etter det klassiske parodibegrepet: «the requirement for any humorous element is set aside, focusing instead on a *degree of imitation* while simultaneously establishing a *distance* between the new and the original work».¹⁶

I Linda Hutcheons omfattende verk om parodier foretar hun en kartlegging av verk innen moderne kultur: kunst, musikk, film, teater og arkitektur – for å finne frem til *hva parodi er og hva den gjør*.¹⁷ Hutcheon identifiserer parodi som en av hovedformene for vår tids selvrefleksjon, som uttrykk for skjæringspunktet mellom nytenkning og kritikk, og som tilbyr en viktig inngang til et bestående verk parallelt med en *diskurs av fortiden*: «[...] parody, by its very doubled structure, is very much an inscription of the past in the present [...] a form of repetition with ironic critical distance, marking difference rather than similarity».¹⁸

1.1.1. Diskrepans mellom det rettslige og det estetiske begrepet

Innenfor musikkforskning finner vi eksempler på at noe som *rent musikkalsk* kan kategoriseres som parodi ut ifra denne kunstartens normer, likevel blir ansett som krenkende ut ifra et opphavsrettslig perspektiv.¹⁹ Tilsvarende tvister har oppstått på andre estetiske felt, som for eksem-

14. Den norske akademis ordbok: <<https://naob.no/ordbok/parodi>> (besøkt 06.05.2020).

15. Jacques (2019b), s. 3.

16. Jacques (2019b), s. 3. Denne klassiske, estetiske definisjonen kan synes å tangere tradisjonell tysk parodirett. I tysk rett ble det oppstilt to mulige innganger til lovligge parodier, enten gjennom at parodien hadde en «inner distance» til det opprinnelige verket eller gjennom «fading away-teorien».

17. Hutcheon (2000), s. 30 flg.

18. Hutcheon (2000), s. xii.

19. Brøvig-Hanssen (forthcoming).

pel innenfor appropriasjonskunst der Jeff Koons kunstneriske gjenbruk ofte har blitt nektet vist på grunnlag av krenkelsespåstander.²⁰

Diskrepansen oppstår fordi det *rettslige begrepet* ikke nødvendigvis sammenfaller med det estetiske, og det er *det rettslige* som er det sentrale når begrepet brukes i en lovregel. I rettsteorien uttaler man med hensyn til åndsverksbegrepet at man står overfor et juridisk/estetisk begrep: «I juridisk henseende drejer det seg om at udmåle et sådant beskyttelsesomfang, at det ophavsrettlige retsværn bliver effektivt uden dog at hindre andres rimelige krav på udfoldelse, i æstetisk henseende drejer det sig om at blotlægge værksstrukturer, der er egnede til genkendelse og anerkendelse».²¹

Likevel kan man hevde at når parodibegrepet benyttes som utgangspunkt for en regel – og kanskje spesielt der regelen er ulovfestet som i norsk rett – er det helt nødvendig med en *utfylling fra det praktiske liv* og de ulike sjangre som benytter seg av slike former for uttrykk. At alminnelig språkbruk generelt ilegges vekt ved fastleggelse av en regel, fremgår både av norsk rett og EU-retten.²² Følgelig kan det som ulike estetiske fagmiljøer legger i parodibegrepet uansett få en innvirkning på rettsregelens rekkevidde. I og med at den norske parodiregelen er ulovfestet, kan man hevde at det kanskje i enda større grad er *parodiaktiviteten i samfunnet* som ligger til grunn for etableringen av regelen, og at *det estetikken definerer som parodi* derfor bør være av stor betydning for domstolens vurdering? Ut ifra et reelt hensyn-perspektiv, kan det også hevdes at det er *domstolens rolle* å fastlegge en regel som opprettholder den kulturelle forankringen. En bruk av begrepet som sikrer en tilknytning mellom lovregelen og de ulike sjangrene innenfor estetikken som uttrykker seg gjennom «parodi», for å sørge for at regelen ikke viker fra *det den er ment* å beskytte.

En ytterligere utfordring med hensyn til fastleggelse av omfanget av begrepet, oppstår ved at rettsregelen skal nedfelles i gjenkjennelsesteknologi som etter hvert tar over for den fysiske monitoreringen i det di-

20. Jeff Koons appropriasjoner blir stadig gjenstand for søksmål fra rettighetshavere til verkene som gjenbrukes. Se <<https://www.nytimes.com/2018/11/08/arts/design/jeff-koons-fait-dhiver-naf-naf-copyright.html>> (besøkt 03.11.2020).

21. Koftvedgaard (1996), s. 132.

22. Sæther Mæle (2017), s. 83 med henvisning til Eckhoff (2001) jf. sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 20.

gitale innholdsmarkedet.²³ Spørsmålet er om denne teknologien er i stand til å identifisere ulike *estetiske uttrykk* som *parodier*. Hvorvidt parodistene i den digitale æraen gis det rom som regelverket formelt sett har til hensikt å oppstille for parodier i opphavsrettslovgivningen.

Dette er også blant de avveiningene som vil bli behandlet i artikkelen.

2. Den tradisjonelle parodiregelen i norsk rett

2.1. Premisser for drøftelsen

Jeg anvender *den gamle, norske åndsverkloven* fra før EØS-avtalen ved fastleggelsen av den tradisjonelle parodiregelen.²⁴ Det var denne som regulerte opphavsrettsfeltet og som dannet grunnlaget for den opprinnelige regelen før Deckmyn-saken og EU-retten fikk innflytelse på opphavsretten i Norge gjennom EØS-avtalen.²⁵

Tradisjonelt har det foreligget *nordisk rettsenhet på opphavsrettsområdet*, slik at annen nordisk rett, som forarbeider og rettspraksis, har vært relevant for å fastlegge innholdet i *norsk opphavsrett*.²⁶ Det nordiske samarbeidet har imidlertid avtatt med årene, og den nye norske åndsverkloven har blitt til løserevet fra et nordisk samarbeid.²⁷ I og med at jeg i utgangspunktet skal finne frem til *den tradisjonelle parodiregelen*, vil likevel nordisk rettspraksis og andre relevante kilder fra *før inngåelse av EØS-avtalen* være relevant for konkretiseringen av regelen.²⁸ Det kontinuerlige *uformelle samarbeid* mellom de nordiske landene og den nordiske samarbeidshistorikken, vil medføre at utviklingen av parodiregelen

23. Hui (forthcoming).

24. Lov av 12. mai 1961 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven).

25. Det ble ikke foretatt noen prinsipielle endringer i grunnstrukturen for skapelse og bearbeidelse av åndsverk i den nye åndsverkloven, slik at strukturen for dannelse av reglen for så vidt kan gjenfinnes i den nye loven, se Prop. 104 L (2016-2017) s. 9.

26. Rognstad (2019), s. 46.

27. Rognstad (2019), s. 46.

28. Borchgrevink Fjellstad (2016), s. 6.

i de øvrige nordiske landene også *etter dette tidspunkt* kan være av interesse for identifisering av regelen og mine vurderinger.²⁹

Hovedstrukturen i norsk opphavsrett er at den som *skaper et åndsverk*, får opphavsrett.³⁰ Imidlertid kan den som skaper et *nytt og selvstendig verk* få lov til å la seg inspirere av et foreliggende verk (forelegget), uten at det regnes som en krenkelse av det opprinnelige verket. Av åndsverkloven fremgikk: «Opphavsmannen kan ikke sette seg imot at andre benytter hans åndsverk på en slik måte at nye og selvstendige verk oppstår. Opphavsretten til det nye og selvstendige verk er ikke avhengig av opphavsretten til det verk som er benyttet».³¹

Nytt, selvstendig verk. Selv om det ikke fremgikk direkte av loven,³² var det tradisjonelt enighet i Norden om å begrunne parodiregelen ut ifra at det var et *nytt selvstendig verk*.³³ Men hva slags belegg hadde man for denne antakelsen?

At dette var hjemmelen for den tradisjonelle parodiretten er det ikke enkelt å finne *direkte* støtte for i forarbeidene til den gamle åndsverkloven. Den eneste bemerkningen om parodier i disse forarbeidene, er en referanse til de nordiske delegatenes uttalelse om at parodier ikke antas å krenke opprinnelig opphavets *ideelle rettigheter*: «Videre bemerkes at § 3 ikke vil være til hinder for offentlig fremføring eller utgivelse av parodier eller travestier.»³⁴ Fra Innstillingen til loven, bekreftes at uansett hvilken utforming loven vil få, vil dette ikke være til «hinder for fremføring eller utgivelse av parodier, travestier eller karikaturer, idet slike ansees tillatelige efter fast tradisjon, og det er ikke meningen å endre dette».³⁵

29. De relevante svenske parodi-dommene tuftes på ordlyden i den svenske loven, som tilsvarende den gamle norske bestemmelsen.

30. Åndsverkloven av 1961 § 1: «Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket».

31. Åndsverkloven av 1961 § 4, 1. ledd.

32. Verken i åndsverkloven av 1961 eller den nye åndsverkloven av 2018.

33. Knoph (1936), s. 90 og 565 og Rognstad (2019), s. 176, s. 144, Hugenholtz (2015), Nordell (2007, s. 317, Jacobsen (2015), s. 422.

34. Ot.prp. nr. 26 (1959-1960), s. 21. Åvl. § 3 var hjemmelen for ideelle rettigheter.

35. Innst. O. XI. (1960-1961), s. 15 og 16. I uttalelsene likestiltes ulike parodilignende uttrykk som travesti og karikatur. En slik forenkling og samlet behandling av disse litt ulike sjangerne vil jeg opprettholde i resten av artikkelen.

Uttalelsene i tidligere forarbeider bekrefter altså at den tradisjonelle norske parodiregelen tilsa at så sant noe kunne karakteriseres som *parodi* i lovens forstand, ville den ikke krenke opprinnelig opphavers *ideelle rettigheter*. Spørsmålet er om dette kan anses som underbygging av påstanden om at den tradisjonelle regelen bygger på at parodier er *nye selvstendige verk*?³⁶

Antitetisk kan man hevde at uttalelsene tilsier at *parodier er utenfor opprinnelige åndsverks sfære*, bestående av både ideelle og økonomiske rettigheter: Du krenker ikke opprinnelig opphavers ideelle rettigheter, fordi bruken skjer utenfor rammene for opprinnelige opphavers verk. Uttalelsene kan derfor hevdes *indirekte* å bekrefte strukturen om at parodier tradisjonelt ble ansett å være nytt, selvstendig verk.

Forarbeidene til den nye åndsverkloven, innehar uttalelser om den tradisjonelle regelen: «Det er i dag ikke en egen avgrensingsbestemmelse i norsk rett om bruk av åndsverk til parodi eller satire. Det har blitt lagt til grunn at der et åndsverk har blitt benyttet som grunnlagsmateriale for en parodi eller lignende, må loven tolkes slik at parodien må anses å utgjøre et nytt og selvstendig verk, jf. åndsverkloven § 4 første ledd».³⁷

For nærmere klargjøring av vilkårene for slike parodier, er det ingen norsk rettspraksis som direkte behandler fenomenet. Likevel kan man si at Mauseth-dommen indirekte bekrefter parodiregelens eksistens, der Høyesterett fant at gjenbruken av skuespiller Gøril Mauseths filmprestasjon i «Brent av frost» ble gjengitt utenfor fribruksreglene for sitat i åndsverkloven. Dommen vedrørte en parodifilm – såkalt spoof-film – der spoof-filmen i seg selv ikke ble ansett å krenke Mauseths prestasjon gjennom sin humoristiske gjengivelse av scener fra filmen.³⁸ Høyesterett viser til parodien i sin faktumbeskrivelse: «Bakgrunnen var at den norske filmen «Kill Buljo», som skulle ha premiere fire dager senere, in-

36. Noen ganger omtales vilkåret/begrunnelsen for parodier med at det er et selvstendig verk i motsetning til nytt, selvstendig verk. Jeg anser ikke dette som noen realitetsforskjell, da jeg antar at nytt er et utslag av hvordan man begrunner parodiretten, at den gror frem på basis av et tidligere verk (som parodieres). Sett ut ifra dette perspektivet er det et nytt verk. Dette problematiseres derfor ikke ytterligere i artikkelen.

37. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.

38. Rt. 2010 s. 366.

neholder parodier på scener fra tidligere filmer».³⁹ Det at Mauseths prestasjon var parodiert var altså ikke en problemstilling verken for Høyesterett eller partene; spoof-filmregissørene var *innenfor åndsrettens kreative handlingsrom*.

I svensk rett har det vært flere dommer vedrørende parodier, der også begrunnelsen for parodier som selvstendige verk bekreftes. I Albert Åberg-dommen,⁴⁰ der det i et radioprogram ble fremført en parodi av Albert Åberg-filmene i forbindelse med et Åberg-jubileum, uttaler svensk Høyesterett: «Har någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk är doch hans eller hennes upphovsrätt enligt 4 § andra stycket upphovsrättslagen *inte beroende* av rätten till originalverket» (min fremheving).⁴¹

Også i den finske Lappo-opera-dommen uttales at gjengivelsen i Lappo-operaen var tillatt fordi den ble ansett å utgjøre et nytt verk: «Emedan Salos verk doch bör aiises utgöra ett nytt och självständigt verk, vilket i egenskap av skönlitterärt sceniskt verk tillhör *en aniiian litterar kategori* än Vuorimaas memoar eller reportageartade verk».⁴² Forfatteren av «parodien» omtalte sitt verk som parodi, mens Høgsta Domstolen i Finland nøyde seg med å klassifisere det nye stykket som et selvstendig verk. I senere norsk litteratur har imidlertid dommen blitt klassifisert som et eksempel på parodi.⁴³

Vi kan således slutte at ulike kilder fastslår at begrunnelsen for parodien er at den er et nytt, selvstendig verk. Dersom man skal utlede to vilkår som følge av å være et *nytt selvstendig verk*, må det være at slike verk *ikke anses å krenke originalverket*, og at det nye selvstendige verket må ha *egen originalitet*.

At dette er forutsetninger for at noe skal anses som «nytt og selvstendig verk», fremgår blant annet gjennom kontekstuell lesning av ordlyden og systembetraktninger. Originalitet er jo grunnvilkåret for å være et åndsverk, og § 4 (ny åndsverklovs § 6) skal jo uttrykke grensen for

39. Rt. 2010 s. 366, avsnitt 4.

40. Svensk: «Alfons Åberg».

41. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg) s. 8. Henvisningen til uphl. § 4 annet ledd tilsvarte bestemmelsen som da befant seg i norsk åndsverkloven § 4.

42. Sammendrag i NIR 1972/2, s. 185-186. Forfatteren er anonym.

43. Rognstad (2019), s. 177.

når en kreativ handling beveger seg ut av det opprinnelige verkets beskyttelsesfære – som bearbeidelse (§ 4 annet ledd) – til et selvstendig åndsverk (§ 4 første ledd).⁴⁴ Annet ledd beskriver bearbeidelsens doble og aksessoriske posisjon gjennom at gjengivelsen *også gjengir originalverket* og derfor må ha samtykke fra originalopphaver ved offentliggjøring.⁴⁵ I første ledd beskrives konsekvensen av «løsriksen» fra opphavers verk: «Opphavsretten til det nye og selvstendige verk er *ikke avhengig av opphavsretten* til det verk som er benyttet» (min fremheving).⁴⁶

Vilkåret om *egen originalitet* for selvstendige verk, og at dette medfører at *opprinnelig opphavers verk ikke blir krenket*, fremgår også av den svenske Syndebukk-dommen fra 2017, der et maleri av et opprinnelig foto ble ansett å være et nytt selvstendig verk i forholdet til fotoet av den samme mannen.⁴⁷ I dommen ble det uttrykt: «När upphovsmannen till det nya verket förfogar över detta utgör det *inte något intrång i de ekonomiska och ideella rättigheter* som det andra verkets upphovsman har enligt upphovs-rättslagen» (min fremheving).⁴⁸ Videre om originalitetskravet: «För att ha ett eget skydd *måste* alltså det som har åstadkommit vara så *själständigt och originellt* att ett nytt verk har skapats» (min fremheving).⁴⁹

Spørsmålet om «parodier» innfrir vilkåret til *originalitet* og til *ikke å krenke originalverket*, og at det derved kan utledes at disse vilkårene *ble*

44. Den gamle lovens § 4 annet ledd regulerte «bearbeidelser» og første ledd «nye, selvstendige verk». Åvl. § 4 annet ledd lyder: «Den som oversetter eller bearbeider et åndsverk eller overfører det til en annen litterær eller kunstnerisk form, har opphavsrett til verket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket». I den nye norske åndsverkløven er dette motsatt; bearbeidelser beskrives i første ledd og nye, selvstendige verk i annet ledd. Dette er en mer logisk struktur; bestemmelsen beskriver prosessen fra bearbeidelse til selvstendig verk.

45. Rognstad (2019), s. 150.

46. Ordlyden i § 4 første ledd siste punktum.

47. NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker).

48. NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker), avsnitt 7.

49. NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker), avsnitt 11. Motsatt synspunkt synes å fremgå i svensk doktrine, der det uttales at omfanget og utløsningen av ideelle rettigheter i et verk som parodieres, ikke nødvendigvis er sammenfallende med grensene for verkets økonomiske rettigheter, se Nordell (2007), s. 321.

oppstilt for den tradisjonelle norske parodiregelen, skal behandles i det følgende.

2.2. Innfrir parodien kravet til originalitet og til ikke å krenke forelegget?

Ikke krenkelse av forelegget? Av Åberg-dommen fremgår at krenkel-
sesvurderingen for parodier med hensyn til det opprinnelige verket
skulle foretas ut ifra *det som var gjengitt* av det opprinnelige verket:

«Frågan om programinslaget är ett självständigt verk eller inte, liksom frågan om en kränkning av G.B:s litterära anseende eller egenart har skett, bör bedömas med utgångspunkt från det utnyttjande av delar av verk som har ägt rum i programinslaget, snarare än med utgångspunkt från om programinslaget i sig kan anses utgöra en travesti eller en parodi». ⁵⁰

Det skulle med andre ord vurderes *om utnyttelsen krenket forelegget* – både med hensyn til økonomiske og ideelle rettigheter – fremfor å vurdere *det som er tilført* og altså *var annerledes*.⁵¹ Tanken var at dersom parodien var selvstendig nok, skulle den gå fri av forelegget.

Også svensk teori peker på at det er *selvstendigheten i det nye uttrykket* (parodien) som skulle være bestemmende for om «parodi» forelå eller ikke:

«Det nya verkets egenart och grad av självständighet gentemot original-
verket avgör om en form av fritt utnyttjande eller en otillaten efterbild-
ning föreligger. Huruvida det nya verket kan omtalas som exempelvis en
parodi torde inte vara avgörande; själva parodiformen saknar savitt jag
kan se betydelse för självständigheten». ⁵²

50. NJA 2005 s. 905 (Alberg Åberg)

51. Det er interessant at Roséns perspektiv er det *helt motsatte perspektivet* enn det Hutcheon anretter for estetisk teori i sitt verk om parodier. I sin definisjon uttrykker hun at det er *forskjellen som er det sentrale*, ikke likheten: «parody is a form of repetition with ironical distance, marking difference rather than similarity», Hutcheon (2000), s. xii.

52. Rosén (1990a), s. 604.

I uttalelsen blir det fremholdt, at det er *graden av selvstendighet* og ikke parodiformen i seg selv som er utslagsgivende for om fribruk kunne til-lates.

Slik jeg vurderer uttalelsene bekrefter den min ganske selvsagte fo-rutsetning; for at et nytt, selvstendig verk skal foreligge, må det gå klar av forelegget. Videre peker uttalelsene på *hvordan* vurderingen skal fo-retas.⁵³

Jeg mener imidlertid at perspektivet *om selvstendighet* er utilstrekke-lig for å vurdere hvorvidt vi har med en parodi å gjøre eller ikke. Det holder ikke å konstatere at gjengivelsen av foreleggets trekk *går klar av forelegget* og innfrir kravet til nytt, selvstendig verk for at det skal fore-ligge en parodi. Det er *måten gjengivelsen er utformet* på som avgjør om det foreligger en parodi, slik jeg ser det. Det medfører at vurderingen av om frembringelsen er en parodi etter den tradisjonelle regelen, som for andre åndsverk, utelukkende bør knyttes til *parodiens egenart og ori-ginalitet*. Dette harmonerer også bedre med definisjonen til Hutcheon, som henviser til *forskjellen i uttrykket, fremfor likheten*.⁵⁴ Ved en slik vur-dering fremholdes også tilknytningen til forelegget, som går igjen som et grunnvilkår i de ulike paroditradisjonene.

Det rådet uenighet i Norden om respektretten ble konsumert av pa-rodiretten. Uttalelser fra Högsta Domstolen i Åberg-saken kunne tilsi at selv om en parodi er tillatt med hensyn til de økonomiske rettighete-ne kunne den likevel anses å krenke *de ideelle rettighetene* til opphaveren til det opprinnelige verket:

«Det främmande och objektivt sett nedsvärtande sammanhang i vilket de förekommer genom växlingen mellan dessa och Pusherreplikerna ut-gör ett kränkande sammanhang för den litterära figuren Alfons Åberg, men däremot knappast ett så förlöjligande eller anstötligt eller i övrigt kränkande sammanhang för dem att G.B:s litterära anseende eller egenart lider men genom utnyttjandet».⁵⁵

53. Slik jeg ser det er fokuset utilstrekkelig. Det holder ikke å konstatere at gjengi-velsen av foreleggets trekk går klar av forelegget. Jeg mener det er måten gjengi-velsen er gjenbrukt på som skal medføre at det går klar av forelegget.

54. Hutcheon (2000), s. xii.

55. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg).

Tilsvarende ble uttrykt i svensk teori.⁵⁶ At parodien likevel kunne anses å krenke de ideelle rettighetene til foreleggets opphaver, synes ikke lagt til grunn i øvrig nordisk rett.⁵⁷ Ble frembringelsen ansett som en parodi, har den tradisjonelt vært ansett å gå klar av respektretten.

Slik jeg ser det er det inkonsekvent, på grunnlag av premissene og begrunnelsen for den nordiske parodiregelen, å hevde at parodi både er et selvstendig verk – også utenfor opprinnelige opphavers bearbejdsrett – og samtidig opprettholde tilknytningen til forelegget og opphavers ideelle rettigheter, slik svensk Høyesterett åpner for i Åberg-saken.⁵⁸ Opphavsrettens dualistiske struktur i nordisk rett, bestående av økonomiske og ideelle rettigheter som en dikotomi, utelukker, slik jeg ser det, at parodien samtidig kan anses å krenke det opprinnelige forelegget eller opphaverers ideelle rettigheter.⁵⁹

Dersom grunnlaget for parodiretten var oppstilt som et *unntak til eneretten*, mener jeg spørsmålet om mulig krenkelse av opprinnelig opphavers ideelle rettigheter ville kunne stille seg annerledes. I en slik sammenheng kunne man tenke seg at parodien kunne anse å krenke det opprinnelige verket. Eventuelt at parodiretten i en slik sammenheng kunne stilt som premiss at parodien ikke skulle krenke opphavers ideelle rettigheter.⁶⁰ Ved en slik struktur vil også domstolen kunne henvise til den såkalte *tretrinnsstesten*, som gjelder som premiss for avgrensninger av opphavsretten etter Infosoc-direktivet, og som domstolen kan legge vekt på ved sin vurdering av om unntaket innfrir vilkårene etter loven.⁶¹

56. Nordell (2007), s. 321.

57. Jakobsen (2015), s. 423.

58. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg): «Även om det är ett självständigt verk kan det förekomma i ett kränkande sammanhang».

59. Se om opphavsrettens struktur i Rognstad (2019), s. 35 flg.

60. I sak C-201/13 (Deckmyn), som skal behandles siden, uttaler EU-domstolen i avsnitt 29 flg. at Vandersteen (opprinnelige opphaver) ikke skal måtte tåle at en parodi av vedkommendes verk er ulovlige med hensyn til menneskerettighetene. Det er imidlertid uklart om dette er en henvisning til ideelle rettigheter. Selv om de ideelle rettighetene og menneskerettighetene ikke er kongruente og ideelle rettigheter ikke er harmonisert i EØS-området, kan det hevdes at ideelle rettigheter i det minste må omfatte det ikke å måtte forbindes med uttrykk som er ulovlige i forhold til grunnleggende menneskerettigheter. Problemstillingen behandles i noen grad på et senere punkt i artikkelen.

Egen originalitet? Videre kan det problematiseres hvorvidt det ble stilt krav til *egen originalitet* for den tradisjonelle norske parodiregelen, og om det ble fastlagt en særskilt karakteristikk med hensyn til parodiens originalitet?

Systemlogisk kan man hevde at dersom forskjellen mellom kravene til en bearbeidelse etter åndsverkloven § 4 annet ledd og et nytt, selvstendig verk etter § 4 første ledd skal utdypes, kan man si at i det minste må et nytt verk *endre karakter* i forhold til forelegget i så stor grad at det ikke lenger anses å *gjengi originalverket*. At en bearbeider *samtidig gjengir originalverket* er jo begrunnelsen for at det skal innhentes samtykke fra opprinnelig opphaver ved offentlig utnyttelse av en bearbeidelse. Om bearbeidelser uttales det i teorien: «Hun kan ikke fremstille eksemplar av det hun har skapt, uten samtidig å disponere over resten, som originalopphaver har skapt og har opphavsrett til».⁶² Parodien derimot, klassifiseres som et nytt og selvstendig verk fordi den *gjennom parodieringen har fått ny sjel*.

Så hva består denne originaliteten i, kan det utledes noe generelt om parodiens originalitet?

Uttalelser i estetisk teori kategoriserer parodien som et *vrengebilde av det opprinnelige verket*: Linda Hutcheon uttrykker at parodien er en «form of repetition with ironic critical distance, marking difference rather than similarity».⁶³ Ofte vil parodien utløse humor, nettopp i lys av overraskelsesmomentet ved forskjellen fra *det erindrede, opprinnelige verket*:

«The combination of incongruity and sense-making is by humor scholars seen as the key factor to trigger humor. This dual structure is at the heart of parody: Parody is in nature incongruent since it is an acknowledged *reworking of a prior work*, but it still makes sense as it also functions as an independent work in itself» (min fremheving).⁶⁴

61. Av Infosoc-direktivet artikkel 5 femte ledd fremgår at avgrensingsreglene i nasjonal lovgivning må holde seg innenfor rammene av: Bare å gjelde (1) i spesielle tilfeller, (2) ikke komme i konflikt med normal utnyttelse av verket og (3) ikke stride mot rettighetshaverens legitime interesser.

62. Rognstad (2019), s. 150.

63. Hutcheon (2000).

64. Brøvig-Hanssen (forthcoming).

At en slik kunstrettslig karakteristikk kan være retningsgivende for den rettslige, følger av at alminnelig ordforståelse er aktuell for lovtolkning.⁶⁵

Hvis vi skal se til rettspraksis knyttet til det som i nordisk rett tradisjonelt ble kategorisert som parodi, er det kanskje nettopp dette *vrengbildet* – ved hjelp av ulike virkemidler – som fremstår som det mest karakteristiske for parodien.

I Åberg-saken omtales gjenbruken som et vrengbilde av det opprinnelige verket – Åberg-filmene – gjennom tilførsel av replikker fra den danske pusherfilmen:

«Definitionerna på begreppen parodi och travesti är inte alldeles fasta och vedertagna, men klart är under alla omständigheter att principen måste vara tillämplig i fall när någon genom att *förvränga ett känt verk* till form eller innehåll åstadkommer en produkt, vilken framstår som avsedd att skapa en komisk effekt som är *helt främmande för originalverket* [...] Genom att den kända barnboksfiguren Alfons inplaceras i ett främmande sammanhang med narkotikamissbruk och kriminalitet har uppenbarligen åsyftats att framkalla en komisk och överraskande effekt, vilken förstärkts genom att sammanställningen av originalrepliker från Alfonsböckerna med repliker ur den danska filmen Pusher *förvrängt bärande element av handlingen* i flera av böckerna. og det som er tilført fra Pusher-filmen» (min fremheving).⁶⁶

Vrengbildet ligger i den *upassende sammensetningen* av et røft narkounivers med det uskyldige barneuniverset til Gunilla Bergstöm's Albert Åberg.⁶⁷

I «Sveriges Flagga» –dommen uttalte Tingretten at den nye fremstillingen manglet en slik forvrengning og selvstendighet, da musikken var beholdt og den nye teksten med politisk innhold ikke klarte å bryte intimiteten som det opprinnelige fellesverket representerte:

«Musiken är en ren efterbildning av A:s verk utan något avgörande tecken på bearbetning [...] Om enn sångtexten [...] skulle kunna betraktas som et nytt och självständigt verk i förhållande til dikten [...] finner TR att just det intima sambandet mellan dikt och ton i verket «Sveriges Flagga»

65. Sæther Mæle (2017), s. 83 med henvisning til Eckhoff (2001).

66. NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg).

67. Alfons heter Albert Åberg på norsk.

ga» gör att stycket i grammofonskivan [...] icke kan anses utgöra ett [...] nytt och självständigt verk». ⁶⁸

Og fra Högsta Domstolens (HDs) uttalelser fremgår at teksten ikke kunne betraktes som en parodi overhode: «Avvikelsena är emellertid ej sådana att en parodi kan anses föreligga». Det kan synes som om tilknytningen til det opprinnelige verket ble opprettholdt utelukkende gjennom *ren gjengivelse* av musikken, og at teksten som var tilført ikke forårsaket et vrenghilde, bare «uttrykk åt bitterhet och förtvilan över krigshändelser i ett annat land» – altså løsrevet fra forelegget, uten en parodierende form. ⁶⁹ Gjenbruken evnet ikke å trenge inn i det opprinnelige verket på en parodierende måte.

Kanskje kan man utlede noe generelt om parodiers originalitetskrav ved å se hen til uttalelser i de svenske forarbeidene. I forarbeidene til den svenske åndsverkloven, som ble utarbeidet gjennom nordisk samarbeid, ble det uttalt at det var presumsjon for at *en oversettelse* som *øvelse i seg selv* innfridde kravet til *egen originalitet*: «Då ett verk överförs till annan litterär eller konstnärlig form, torde ny avgivna krav i regel vara uppfyllt. Det samma gäller då ett verk blivit översatt». ⁷⁰ Gjennom å være «oversettelse», ble altså prosessen antatt å medføre at kravet til originalitet for eget bidrag (bearbeidelsesbidraget) var oppfylt.

Tilsvarende kan man kanskje hevde for parodien, som ofte blir karakterisert gjennom at det opprinnelige verket «oversettes» til *annen form og sjanger*. ⁷¹ Parodiprosessen krever en selvstendig, intellektuell prosess, både for å videreføre *tilknytningen til originalverket* og samtidig *uttrykke noe eget*: Parodiformen forutsetter en selvstendighet slik at kravet til originalitet er oppfylt ved at noe kan klassifiseres som *parodi*. Det betyr ikke at alt som kan klassifiseres som nytt, selvstendig verk er «parodi», men derimot at *alt som kan klassifiseres som parodi innfrir kravet til selvstendig verk*. Og at det nærmeste man kommer til en generell karak-

68. NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga).

69. NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga), s. 685.

70. Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.; given Stockholm slott den 27. november 1959, 1960, s. 74.

71. Om Lappo-operaaen, se NIR 1972/2, s. 185 jf. Rognstad (2009), s. 177. Tilsvarende for eksempel fra Delin som refererer Joseph Kohler, NIR 1959/3, s. 234 (s. 235), Cederlund (2016), s. 190.

teristikk for det tradisjonelle parodibegrepet er at den ga uttrykk for en *kritisk distanse til et opprinnelig verk*, og at dette snarere *ble uttrykt gjennom forskjellen* til det opprinnelige verket *enn gjennom likheten*.

Formålet og begrunnelsen for parodiretten. At *formålet* var av betydning for vurderingen av om noe var en parodi eller ikke, ble fremholdt blant annet av Knoph:

«Endelig er det også konkurranse- eller interessesynspunktet, som gir forklaringen til at parodier og karikaturer faller utenfor opphavsretten, skjønt det kan være uomtvistelig at de gjengir det originale åndsverk i dets vesentlige drag. Her er det nemlig *ikke hensikten å drive utilbørlig konkurranse* med opphavsmannen, ved å tilegne seg hans åndsverdier og slå mynt på dem. Snarere tvert imot».⁷²

Men er *formålet* av betydning for at det foreligger en parodi eller ikke? Og er det da *formålet med en parodiform* eller *det som uttrykkes*?

At formålet er av betydning for karakteristikken som «parodi», kritiseres av Rosén.⁷³ Også mindretallet i Åberg-saken er kritisk til en slik kobling.⁷⁴ Likeledes kan det hevdes at det å ilegge formålet med frembringelsen vekt bryter med systemlogikken i å være et selvstendig verk. Det er *originaliteten* i en frembringelse som sikrer noe status som et nytt verk, ikke *hva som er hensikten* med prosessen. *Formålet* er derimot knyttet til de såkalte lånereglene, avgrensningene av eneretten. Det var imidlertid ikke en slik struktur den tradisjonelle parodiregelen bygger på.⁷⁵

Både formen og budskapet kan være formålet med parodien. Enkelte har hevdet at det tradisjonelt ble oppstilt et vilkår om at parodien *skulle ha originalverket som adressat*.⁷⁶ På den annen side blir yringsfrihet

72. Knoph (1936), s. 565.

73. Rosén (1990), s. 603.

74. Se nærmere om dette i Ficks (2015), s. 316 (s. 319).

75. Både «sitat» (åndsverkloven av 1961 § 22) og bruk av verk ved undervisning (åndsverkloven av 1961 § 21), gudstjeneste og en rekke av lånereglene er formålet med bruken avgjørende for lovligheten. Tilsvarende struktur fremgår av den nye åndsverkloven av 2018.

76. Jakobsen (2015), s. 423.

angitt som bakgrunnen for den tradisjonelle regelen, som oftest vil ha en bredere adressat enn bare forelegget.⁷⁷

«Selv om det ikke klart uttrykkes i forarbejder eller praksis, synes der også implicit i denne argumentation at ligge et hensyn til ytringsfriheten, altså at ophavsmandens ret til *det beskyttede værk må vige* for parodistens ret til lovligt at bruke værket med det formål at ytre sig i form af en parodi» (min fremheving).⁷⁸

Parodier kan være en effektiv og virkningsfull måte å *formidle et budskap på*, i den forstand at gjennom en slik form tøyes mottakerens toleranse i å ta imot budskapet, som også kan gi meddelelsen et bredere nedslagsfelt.⁷⁹ *Formålet* til parodisten er å *adressere en beskjed med parodien som form*. Lykkes man ikke – og det er det i siste instans domstolen som skal vurdere – vil man ikke gis retten til en slik bruk av et opprinnelig verk, som i Sveriges Flagga-dommen.⁸⁰ Budskapet kan man ikke nektes å formidle, men da ikke ved hjelp av en annens åndsverk. Det er således dette som kan hevdes å være *parodiens sjel: et budskap pakket inn i en parodiform*.

Formålet med parodien kan være utelukkende å skape en humoristisk opplevelse.⁸¹ Da kan man hevde at *selve parodiformen er det sentrale*. Av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen fremgår det at den *politiske ytringsfriheten er sterkere enn den kommersielle*.⁸² Dersom hensynet til ytringsfrihet anses som den rettslige begrunnelsen for parodiretten, kan man hevde at parodier *med et gitt budskap* er nærmere det tradisjonelle, rettslige parodibegrepet enn de som bare har til formål å utløse humor. Ut ifra den tradisjonelle parodiregelen ville det da være et smalere handlingsrom for parodier med kommersielt formål enn for pa-

77. I Deckmyn-saken blir sondringen mellom weapon/target-parodier initiert av generaladvokaten gjennom vurderingen av formålet, som enten kan være rettet mot forelegget «parody on» (target) eller brukt som våpen, «parody of», se generaladvokatens uttalelse i sak C-201/13, punkt 61.

78. Jakobsen (2015), s. 422. Tilsvarende Rognstad (2019), s. 179.

79. Enkelte har hevdet at det snarere er grunnrettighetene – ytringsfriheten – som er den reelle hjemmelen for parodiretten, også sett i lys av uttrykksformens dype historiske og kulturelle røtter Jacques (2019a), s. 2 flg. jf. Jakobsen (1015), s. 433.

80. NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga), s. 685.

81. Schovsbo (2015), s. 293 flg.

82. Jakobsen (2015), s. 427.

rodier med et politisk budskap.⁸³ Som et illustrerende eksempel kunne man anvendt «Beefburger»-saken fra 1999, der en produsent av hamburgere hadde brukt Munchs «Skrik» i en reklamekampanje for beefburgers.⁸⁴ Det sakkyndige råd i Kulturdepartementet i Norge fikk inn saken som en mulig krenkelse av kulturvernet (åndsverkloven § 48), men fant at bruken ikke krenket Munchs verk. Man kunne tenkt seg et søksmål på et annet grunnlag (innenfor Munch-verkets vernetid), og at beefburger-distributøren hevdet at illustrasjonen var en parodi. Ut ifra det kommersielle formålet med «parodien», kunne man hevde at fremstillingen ikke lå innenfor fribruksregelen for parodier, og derved nektet den på et slikt grunnlag.



Til venstre Edward Munchs «Skrik» og til høyre Stabburets beefburger-reklame, fra NIR 1999/1, s. 241.

83. Tilsvarende Jakobsen (2015), s. 427.

84. NIR 1999 s. 241(Beefburger)

3. EU- retten og Deckmyn-saken fra 2014

3.1. Innledning – Norge og EU-retten

Artikkelens hovedformål er altså å vurdere om det har skjedd en regjending i norsk rett gjennom Norges opphavsrettslige forpliktelser etter EØS-avtalen og Deckmyn-saken fra EU-domstolen.⁸⁵ I Deckmyn-saken fastslår EU-domstolen at *parodi* er et EU-rettslig begrep.⁸⁶ Hvilke konsekvenser dette har for den tradisjonelle parodiregelen og hvilke følger dette har for rettstilstanden med hensyn til parodiretten i Norge, skal jeg ta stilling til under neste punkt.

Parodiregelen i EU-retten ble innført gjennom vedtakelsen av Infosoc-direktivet i 2001.⁸⁷ Av direktivets artikkel 5 fremgår det et sett med *unntak til hovedregelen* om at det må innhentes samtykke fra opphaver ved bruk av åndsverket hennes.⁸⁸ Parodiunntaket lyder:

«Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i den i artikel 2 nævnte ret til reproduktion [...] hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche».⁸⁹

Av regelen fremgår det at gjennomføring av unntakene er frivillig («kan»). Det følger imidlertid av EU-retten at EU-domstolen er *autonom fortolker* av begreper i EU-retten, uansett om unntakene er implementert eller ikke.⁹⁰ At EU-domstolen har et autonomt fortolknings-

85. Sak C-201/13 (Deckmyn).

86. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 17.

87. Infosoc-direktivet artikkel 5 tredje ledd bokstav k.

88. Infosoc-direktivet artikkel 5 annet ledd (unntak til eksemplarframstillingsretten) og artikkel 5 tredje ledd (unntak til rettighetene i eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøringsrett).

89. Infosoc-direktivet artikkel 5 tredje ledd bokstav k.

90. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 15 og 16: «Det fremgår af denne retspraksis, at begrebet »parodi«, som fremgår af en af bestemmelserne i et direktiv, der ikke indeholder nogen henvisning til national ret, skal anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb og fortolkes ensartet på Unionens område. [...] Denne fortolkning afkræftes ikke af, at den undtagelse, der er omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29, er fakultativ. En fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har indført denne undtagelse, frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på ikke-harmoniseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den an-

mandat medfører at den alene definerer innholdet i et begrep. I Deckmyn-saken ble det uttalt av EU-domstolen:

«En bestemmelse i EU-retten, som ikke inneholder noen uttrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning».⁹¹

Deckmyn-saken stod mellom Johan Deckmyn og Vandersteen (hans arvinger). Saken vedrørte hvorvidt en kalenderforside, som forestilte borgermesteren i Gent som delte ut småmynt til mørke borgere i byen, kunne anses som en parodi av en lignende forside til tegneserien Suske en Wiske utarbeidet av Willebrord Vandersteen i 1961. Velgjøreren på bildet i tegneserien var på kalenderforsiden byttet ut med borgermesteren i Gent, og borgerne var gjort til mørke mennesker med slør og turban. Deckmyn var medlem av et politisk parti på ytterste høyre fløy (Vlaams Belang), og ved nyttårsfeiringen i 2011 delte Deckmyn ut kalenderen, der han selv sto som ansvarlig utgiver.⁹² Rettighetshaverne etter Vandersteens anla på denne bakgrunn sak mot Deckmyn, med påstand om at kalenderforsiden krenket Vandersteens opphavsrett. Den belgiske domstolen henviste saken til EU-domstolen, som behandlet saken i storkammer (15 dommere), som understreker dommens prinsipielle karakter.⁹³ Anførselen til Deckmyn var at forsiden var en politisk karikatur som var omfattet av parodibegrepet og derfor beskyttet av avgrensingsreglene i opphavsrettsdirektivet.⁹⁴ Unntaksreglene og opphavsretten er komplementære størrelser i EU-retten. Dersom en bruk av et åndsverk ikke omfattes av et av unntakene i Infosoc-direktivet, ligger bruken innenfor opphavers enerett og det må det innhentes samtykke fra rettighetshaveren (Deckmyns arvinger) for utnyttelsen.

den, ville nemlig være i strid med nævnte direktivs formål [...]».

91. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 14.

92. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 7.

93. Jakobsen (2015), s. 424.

94. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 11.

Generaladvokaten oppstilte tre ulike aspekter av vilkår for at en «parodi» skulle foreligge i EU-rettslig forstand: (1) *strukturelle* krav, (2) krav til hva slags *formål* parodien skulle ha og (3) *innholdsmessige* krav.⁹⁵

Med hensyn til (1) *struktur* uttalte generaladvokaten at parodien både var en *kopi* og *skapende* på samme tid (avsnitt 49). Kopieringen (av det opprinnelige verket) skjedde i større eller mindre grad, ble det uttalt, og det var ikke nødvendig for at vilkåret skulle være oppfylt at *et eksemplar* av det opprinnelige verket forelå, bare tilstrekkelig til at det *opprinnelige verket var gjenkjennelig* (avsnitt 50). Det ble også uttrykt at parodien måtte ha sin *egen originalitet* for ikke å bli sammenblandet med originalen (verket som parodieres). Med hensyn til (2) *parodiers formål*, uttalte generaladvokaten at adressaten enten kunne være verket som parodieres («parody of») eller en utenforstående tredjepart («parody with»)⁹⁶ Sondringen kan synes å tilsvare den som EU-domstolen siden trekker opp, og som i juridisk teori omtales som forskjellen mellom «weapon» og «target»-parodi.⁹⁷ Videre uttrykte generaladvokaten at *effekten av parodier* må være humoristisk («mockery»), selv om den samtidig kan være dypt alvorlig (avsnitt 68, 69).⁹⁸ Parodiens tilknytning til ytringsfrihet uttrykt gjennom en kunstnerisk form blir også fremhevet som karakteristisk for parodien.⁹⁹ Med hensyn til kravet til (3) *innhold* i en parodi uttrykker generaladvokaten prinsippet om at EU-retten skal uttrykke en balanse mellom de ulike fundamentale rettighetene (avsnitt 79). Og videre at ikke enhver misbilligelse fra opprinnelig opphaver er relevant, men:

«ændringer af det originale værk, som formelt eller materielt udtrykker et budskab, der radikalt strider mod de mest dybtliggende overbevisnin-

95. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 49 flg.

96. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 61 flg.

97. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 20 og 21 jf. Rognstad (2019), s. 178.

98. Rosati tolker dette kravet til et vilkår om at *intensjonen* er å være humoristisk – ikke nødvendigvis *effekten*, blant annet av retts tekniske årsaker (hvem skulle avgjøre om noe er morsomt) og fordi ellers ville bare morsomme mennesker ha en parodirett, se Rosati (2015), s. 519.

99. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 70. Denne korresponderer i innhold med det jeg fant med hensyn til den tradisjonelle, norske regelen. Her trakk jeg frem *budskapet* knyttet til en *parodierende form* som karakteristisk for regelen, se denne artikkel s. 15.

ger i samfundet (39), som i sidste instans danner grundlaget for det offentlige europæiske rum og dets eksistens (40), *ikke anerkendes som parodi*, og ophavsmanden til det værk, ud fra hvilket parodien er blevet skabt, kan med rette gøre dette gældende» (min fremheving).¹⁰⁰

Generaladvokaten hevdet at et slikt innhold ville stride mot premissene som det EU-rettslige parodibegrepet måtte bevege seg innenfor, slik at vilkårene for «parodi» derved ikke ville være oppfylt.

EU-domstolen fastslår at «parodi» er et EU-rettslig begrep, og stadfester derved generaladvokatens oppfatning av det spørsmålet.¹⁰¹ Videre ble det uttrykt at selv om det er fakultativt å innføre opphavsrettsunntakene i nasjonal rett, så må unntakene *tolkes likt* i hele EU for ikke å være i strid Infosoc-direktivets harmoniseringsmålsetting.¹⁰² Derneft fastla EU-domstolen parodibegrepet, med utgangspunkt i forslaget fra den belgiske domstol til hvordan fenomenet skulle defineres.¹⁰³

EU-domstolen angir to hovedvilkår som må være oppfylt for parodi i EU-rettslig forstand: Den skal (1) *vekke forestilling om det opprinnelige verket*, men samtidig vise tydelige forskjeller til dette, og (2) den *skal uttrykkes gjennom humor eller latterliggjørelse*.¹⁰⁴

Domstolen fant at det verken fremgikk av alminnelig språklig forståelse av begrepet eller andre kilder, og i motsetning til det generaladvokaten og henvisningsdomstolen hadde fremholdt, at parodien må ha *egen originalitet*.¹⁰⁵ Det var tilstrekkelig at den var *synlig forskjellig* fra referanseverket og hadde *en form for tilknytning* til originalverket.¹⁰⁶ Uten en slik måte å definere begrepet på ville unntaket ikke innfri direktivets effektivitets- eller harmoniseringsformål, ble det videre fremholdt.¹⁰⁷ Det ble også uttalt at parodi er en *hensiktsmessig form for ytringsfrihet*, da den kan romme *noens mening*.¹⁰⁸ I lys av at eneretten, som avgrensnings-

100. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 85.

101. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 15. Se også C-5/08 (Infopaq), avsnitt 27.

102. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 17. InfoSoc-direktivets harmoniseringsformål fremgår bl.a. av direktivets fortale pkt. 1.

103. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 21.

104. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 33, jf. avsnitt 20.

105. Tilsvarende Rosati (2015), s. 515.

106. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 21.

107. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 23 og 25.

108. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 25.

reglene i artikkel 5 tredje ledd bokstav k er et unntak fra, skal imidlertid *unntaket*, som er begrunnet i hensynet til ytringsfrihet, *balanseres mot opphavers interesser*, ble det fremholdt.¹⁰⁹ Dersom parodien innehar et *diskriminerende budskap* i strid med EU-rettens forbud mot forskjellsbehandling, vil det være ubalansert (avsnitt 32). Opphaver har en legitim interesse i å hindre assosiasjoner til slike uttrykk, ble det uttalt fra domstolen.¹¹⁰ Om budskapet var i strid med forbudet, var det opptil henvisningsdomstolen å avgjøre, ble det videre uttalt.

I rettsteorien er det blitt fremholdt at EU-domstolen gjennom dommen uttrykker at *ideelle rettigheter* er relevant for vurderingen av om parodien er lovlig eller ikke.¹¹¹ I dommen uttales:

«Vandersteen m.fl. har anført, at den i hovedsagen omhandlede tegning – [...] er blevet erstattet af mørklødede personer med slør – videregiver et diskriminerende budskab, der har til virkning, at det beskyttede værk forbindes med et sådant budskab [...] Vandersteen m.fl., [har] i princippet en legitim interesse i, at det beskyttede værk ikke forbindes med et sådant budskab».¹¹²

Spørsmålet er om dette er en henvisning til *opphavers ideelle rettigheter* og om domstolen med dette harmoniserer de ideelle rettighetene?

Det fremgår som en klar forpliktelse etter Infosoc-direktivet gjennom dens fortale at EUs medlemsland skal respektere opphavers ideelle rettigheter etter Bernkonvensjonen og øvrige internasjonale traktater:

«Rettighedshavernes droit moral udøves i overensstemmelse med medlemsstaternes lovgivning og bestemmelserne i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer. Droit moral forbliver uden for dette direktivs anvendelsesområde».¹¹³

109. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 26.

110. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 30.

111. Rosati (2015), s. 525; Jacques (2019a), s. 172. Opphavsrett består av økonomiske og ideelle rettigheter. De ideelle omfatter blant annet retten til å bli navngitt (faderskapsretten) og til ikke å bli krenkende gjengitt (respektretten). De ideelle rettighetene fremgår av åndsverkloven av 2018 § 5 første ledd og annet ledd.

112. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 29-31.

113. Infosoc-direktivets fortale punkt 19. Bernkonvensjonens bestemmelse om de ideelle rettighetene i artikkel 6 bis, som det henvises til i fortalen, lyder: «(1) Indepen-

I rettsteorien har oppfatningen vært delt på om uttalelsen kan forstås som en henvisning til opphavers ideelle rettigheter og at slike rettigheter derved harmoniseres.¹¹⁴ I et nylig verk om parodier hevder Sabine Jacques at EU-domstolen gjennom Deckmyn-saken ikke harmoniserer rettighetene, men *minner* de nasjonale domstolene om deres ansvar i tilknytning til opprinnelige opphavers integritet:

«[...] Deckmyn brings vital insight. In that case, the parody in dispute implied that the Mayor of Ghent prioritized city spending upon immigrants and refugees over the local population. Given this arguably discriminatory message, the CJEU seems to remind national courts of the need to the interest of the author of the underlying work».¹¹⁵

Det innebærer ikke at de ideelle rettighetene harmoniseres fremholder forfatteren, men at EU-domstolens og de nasjonale domstolenes forpliktelse også omfatter å holde de ideelle rettighetene til referanseverkets opphaver i hevd.¹¹⁶

Ideelle rettigheter er knyttet til åndsverket (tegneserien) og opphaveren (Deckmyn) som *kunstner*, mens diskrimineringsforbudet er knyttet til Deckmyn som EU-borger. Slik jeg ser det kan ikke uttalelsene forstås som en direkte henvisning til opphavers ideelle rettigheter. Henvisningen til opphavers *legitime interesser* kan snarere anses som en henvisning til de *forfatningsmessige skrankene* som EU-retten legger til grunn. EU vedtok i år 2000 traktaten som inneholder diskrimineringsforbudet, slik at det også foreligger en konstitusjonell ramme som EU-rettens avgjørelser må holdes innenfor. Dette korresponderer også med generaladvokatens uttalelse.¹¹⁷ Domstolen viser også til EU-charterets artikkel 21(1), i tillegg til diskrimineringsdirektivet i premiss 30, der relevante rettskilder for slutningen anføres.¹¹⁸

dently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.»

114. Rosati (2015), s. 525.

115. Jacques (2019a), s. 192.

116. Jacques (2019a), s. 194.

117. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 85.

Imidlertid er det mulig å forstå uttalelsen fra EU-domstolen dithen at den viser til en premiss for «parodi» som innebærer en kobling av opphavers ideelle rettigheter, EU-charteret og diskrimineringsforbudet.

I Deckmyn-saken fremholdes det at parodiretten skal utgjøre en balanse mellom *opphavers rettigheter og interesser og brukers ytringsfrihet*.¹¹⁹ Av Bernkonvensjonen, der de ideelle rettighetene uttrykkes, fremgår det at opphaver skal kunne motsette seg «nedsettende handlinger i tilknytning til verket, som kan være skadelig for opphavers ære eller renommé» (min oversettelse).¹²⁰ I fortalen til Infosoc-direktivet er de ideelle rettighetene henvisning til.¹²¹ Parodibegrepet i EU-retten forutsetter at det foreligger en tilknytning mellom det opprinnelige verket og parodien. Dersom parodien har et diskriminerende innhold, uttrykker domstolen at opphaver til det opprinnelige verket har en legitim interesse i å kunne motsette seg en *slik parodi*. Innholdet i parodien vil gjennom tilknytningsvilkåret til en viss grad *klistre seg til det opprinnelige verket*, noe opprinnelig opphaver har en legitim interesse i å kunne motsette seg, ifølge domstolen.¹²² Generaladvokaten hevder at innholdsvilkåret for «parodi» ved brudd på dette premisset da ikke vil foreligge.¹²³

4. Parodiregelen i norsk rett – etter Deckmyn-saken

4.1. Problemstillinger og metode for drøftelsen

Problemstillingen er dernest rekkevidden av Deckmyn-saken for norsk rett: Følger det av Deckmyn-saken at EU-rettens parodiregel *fortrenger*

118. Direktiv 2000/43/EF (Ikke-diskrimineringsdirektivet). EUs Charter artikkel 21 lyder: «Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited».

119. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 26.

120. Bernkonvensjonen artikkel 6 bis (1).

121. Infosoc-direktivets fortale avsnitt 19.

122. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 31.

123. Generaladvokatens uttalelse i Deckmyn-saken, avsnitt 85.

den norske? Eller eksisterer *den norske* som *parodiregelen for norsk rett* eller i en form for *sameksistens med den EU-rettslige?*

Hvilke vilkår som oppstilles dersom man konkluderer med at den norske parodiregelen opprettholdes og fortrenger den EU-rettslige – basert på at «parodi» er et *nytt selvstendig verk* – er blant annet at grunnvilkåret om *originalitet* må være oppfylt for parodien. I tillegg at parodien skal ha et *annet formål* enn forelegget og at den *ikke vil* anses å *krenke originalverkets ideelle rettigheter* så sant den kan klassifiseres som «parodi». ¹²⁴ Videre kan det være et mulig vilkår at parodien *skal ha originalverket som adressat*. ¹²⁵ At parodien må være humoristisk, synes ikke å fremgå av de nordiske vilkårene. Dette følger heller ikke av den klassisk estetiske teorien, som det vises til i sentrale kilder. ¹²⁶

At *den EU-rettslige parodiregelen* fortrenger den tradisjonelle norske innebærer at vilkårene oppstilt i Deckmyn-saken legges til grunn. Det må foreligge en *tilknytning til verket* som parodieres, men det stilles *ikke vilkår* om at uttrykket har *egen originalitet*. ¹²⁷ Videre behøver *ikke* parodien *ramme originalverket*. ¹²⁸ I Deckmyn-saken var det som nevnt borgermesteren i Gent som var parodiens adressat. I tillegg er det tilstrekkelig at det er *parodiens intensjon* (ikke effekt) å være *humoristisk eller latterliggjørende*, for at *kravet til form* er oppfylt. ¹²⁹ Det er de *nasjonale domstolene* som avgjør om vilkåret er oppfylt. ¹³⁰

En hybridregel for «parodi» vil være at vi i norsk rett fortsetter å begrunne parodiregelen som «et nytt selvstendig verk» jf. åndsverkloven § 6 annet ledd, men legger vilkårene for «parodi» som EU-domstolen har oppstilt til grunn.

Problemstillingene. Det første spørsmålet som oppstår er om vi i norsk rett *behøver å innfri parodiunntaket* i EU-retten, dersom vi oppstiller parodiretten på grunnlag av at parodien er et nytt, selvstendig verk?

124. Schovsbo (2015), s. 299.

125. Jakobsen (2015), s. 423.

126. Jacques (2019b), s. 3 flg.

127. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 20.

128. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 33.

129. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 33 jf. Rosati (2015), s. 519: «[...] it appears that the difficulties that might arise should a humorous effect be required, lead to the conclusion that the correct test under *Deckmyn* is that of a humorous “intent”».

130. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 30.

Som det foregående viser, er logikken bak «nytt verk»-strukturen, som nå fremgår av åndsverkloven § 6 annet ledd (tidligere åndsverkloven § 4 første ledd), at den skal synliggjøre overgangen fra når den som tar utgangspunkt i en annens verk frir seg fra beskyttelsessfæren til det opprinnelige verket og oppnår *egen rettsstatus*. Grunnvilkårene fant jeg måtte være, som for andre åndsverk, at parodisten hadde foretatt *kreative og selvstendige valg på formen*, med det formål å etablere en parodi.¹³¹

Dersom jeg finner at vi i norsk rett ikke lengre kan anvende den tradisjonelle parodiregelen, blir det neste spørsmålet *om parodiunntaket fra EU-retten er gjennomført* i henhold til forpliktelsene etter EØS-avtalen, og om unntaket er gjennomført på en *tilstrekkelig klar og konsis måte*?

Kravet til forutsigbarhet ved gjennomføring av direktiver. Kravene til gjennomføring av EØS-regler vil også bli vurdert i lys av aktuelle distribusjonsformer av opphavsrettsbeskyttet innhold fra digitale plattformer, samt ut ifra vedtatte direktivforpliktelser som medfører at en slags «innebygd opphavsrett» kan bli aktuelt. Dette skjerper kravet til rettslig forutsigbarhet og måten reglene blir kommunisert på, etter min vurdering. Aktørene i det digitale markedet trenger *konsise nok regler* slik at de kan tilpasse gjenkjennelsesteknologi og andre verktøy som skal gjennomføre forpliktelsene, på en tilstrekkelig presis måte. Dette vil sikre at gjenbrukere av åndsverk får den frihet til ytringer og kunstnerisk utfoldelse som regelverket fordrer.

Harmoniseringsforpliktelsen etter EØS-avtalen. Et grunnspørsmål for disse drøftelsene er hvor langt presumpsjonsprinsippet rekker. Presumpsjonsprinsippet tilsier at norske bestemmelser så vidt mulig skal fortolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.¹³² EØS-avtalen er en slik folkerettslig forpliktelse, og i Finanger-saken slår Høyesterett fast at prinsippet om *direktivkonform fortolkning* fra EU-retten ikke går lengre enn presumpsjonsprinsippet.¹³³ Det medfører at vi kan anvende presumpsjonsprinsippet som grunnlag for å fastslå Norges homogenitetsforpliktelse etter EØS-avtalen. Av EØS-avtalens artikkel 6 fremgår

131. Se foreliggende artikkel s. 9-16.

132. Sejersted (2011) s. 265.

133. Rt. 2001 s. 1811 (s. 1829): «[...] ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumpsjonsprinsippet i norsk rett».

det at Norge har plikt til å tillegge rettspraksis fra EU-domstolen fra *før avtaleinngåelsestidspunktet* for EØS-avtalen betydning ved fastleggelse av innholdet av EØS-rett. Av praksis fra Høyesterett,¹³⁴ EFTA-domstolen,¹³⁵ samt uttalelser i juridisk teori¹³⁶ fremgår det at også rettspraksis fra EU-domstolen *etter dette tidspunktet* er relevant, dersom ikke tvingende grunner tilsier en annen fortolkning av EØS-regelen.

Disse premisene vil derfor bli lagt til grunn for den videre drøftelse.

4.2. Tilstanden i norsk rett etter EØS-avtalen og Deckmyn-saken

Parodi som nytt, selvstendig verk. Det som taler for at det å statuere parodirett ut ifra at det er et *nytt, selvstendig verk* er tilstrekkelig for å frede den tradisjonelle, norske parodiregelen – slik at denne kan videreføres som *parodiregelen i norsk rett* – er at EU-retten selv stadfester at *originalitet gir opphavsrett*.¹³⁷ Det vil derfor i utgangspunktet ikke være i strid med EU-retten å statuere at frembringelser som innfrir originalitetsvilkåret – uansett hva originaliteten består i – kan få opphavsrett.¹³⁸ Tilsvarende vilkår for opphavsrett oppstilles i den norske åndsverklovens § 2, utfyllt av rettspraksis fra EU-domstolen som angir nærmere hvordan originaliteten innfris.¹³⁹

134. Bl. a. Rt. 2002 s. 391 (God morgen) og HR 2017-2165-A (Aukrust), avsnitt 68, der Høyesterett viser til EU-domstolens utvikling av originalitetskravet, men uttrykker at den ikke behøver å gå nærmere inn på EU-domstolens praksis. Hva den mener med uttalelsen er uklart, men begrepene i EU-retten samsvarer med det som fremgikk av norsk rett, slik at det kanskje var tilstrekkelig for å konstatere samsvar.

135. De forente saker E-9/07 og E-10/07 (L'Oréal), avsnitt 37.

136. Rognstad (2019), s. 54; Stenvik (2015), s. 89; Haukeland Fredriksen (2010), s. 277; Sejersted (2009) s. 266.

137. Sak C-5/08 (Infopaq), avsnitt 37: «copyright [...] is liable to apply only in relation to a subject-matter which is original in the sense that it is its author's own intellectual creation» (min fremhevelse).

138. Sak C-145/10 (Painer), avsnitt 88 og 89: «[...] an intellectual creation is an author's own if it reflects the author's personality [...] That is the case if the author was able to express his creative abilities in the production of the work by making *free and creative choices*» (min fremhevelse).

139. Åndsverkloven av 2018 § 2 lyder: «Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, og betegnes som opphaver».

Et annet argument i favør av at den tradisjonelle parodiregelen «står seg», kan man hevde at uttalelsen i de norske forarbeidene til den nye åndsverkloven kan forstås som. Den bekrefter at den tradisjonelle norske parodiregelen videreføres gjennom henvisningen til parodier som selvstendige verk: «Departementet [...] går inn for at den gjeldende rettstilstand videreføres, slik at en parodi etter omstendighetene må anses som et nytt og selvstendig verk».¹⁴⁰

EU-retten oppstiller derimot parodiregelen som et *unntak til EU-retten*; altså etter en annen struktur. Dessuten kan man hevde at *vilkårene som oppstilles i EU-retten avviker* fra den tradisjonelle, blant annet gjennom at parodiregelen i Infosoc-direktivet *ikke* synes å oppstille vilkår om *egen originalitet*.¹⁴¹

Slik jeg ser det, er derfor den EU-rettslige parodiretten *videre enn* den tradisjonelle norske.¹⁴² Likeledes kan man hevde at den EU-rettslige i større grad *beskytter parodistens rett* enn opphaverens, altså at Deckmyn-saken forskyver balansepunktet som direktivet fordrer, i favør av ytringsfriheten.¹⁴³ Ved at den tradisjonelle norske parodiregelen stiller krav til *egen originalitet* for at «nytt, selvstendig verk» skal foreligge, skal det *mer til* for at vilkårene er oppfylt enn uten et slikt krav. Derved innskrenkes opprinnelig opphavers enerett i større grad etter den nye EU-regelen.¹⁴⁴ Også det at EU-regelen oppstilles *som et unntak* tilsier at man fortsatt er innenfor originalopphavers sfære – at det skal *mindre egenoriginalitet* til for slike parodister enn for parodister som skaper et

140. Prop. 104 L (2016-2017) s. 107.

141. Sak C-201/13 (Deckmyn) avsnitt 21. Ordlyden i avsnittet er riktignok noe tvetydig, da det uttrykkes at det ikke stilles krav til originalitet «du over» å presentere synlige forskjellene til det parodierte verk. Det kan jo også forstås at den synlige forskjellen til det parodierte verket må være foretatt på en original måte.

142. Tilsvarende Manshaus (2014).

143. At opphavsretten skal balanseres mot andre interesser fremgår blant annet av uttalelser i Deckmyn-saken og andre saker for EU-domstolen, men også av fortalen til Infosoc-direktivet (blant annet fortalens avsnitt 3, men særlig avsnitt 31: «Det er nødvendig at bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheter og interesser mellom de forskjellige kategorier af rettighedshavere og mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og brugere af beskyttede frembringelser».

144. Jeg mener dette også har betydning for klarhetskravet som kan stilles for gjennomføringen, fordi konsekvensene av fortolkningen er snevrere rettigheter for opphaverne, som er en privat rettighet beskyttet av EUs Charter og EMK.

nytt verk. Etter den tradisjonelle parodiregelen kan det derimot hevdes å fremgå at strukturen tilsier at man befinner seg *utenfor den opprinnelige opphavers bearbeidelses-/plagiatsfære* og over i et «nytt verk». Det vil medføre et strengere krav til en parodists originalitet, og altså en regel som i større grad er *i favør av opprinnelig opphavers rettigheter*.

Det at *innholdet i parodiretten er forskjellig* taler imot at Norge kan beholde parodiretten gjennom å statuere en *annen struktur* for regelen, slik jeg ser det. EU-domstolen fastslår i Deckmyn-saken at «parodi» er et EU-rettslig, autonomt begrep, som medlemslandene ikke selv har kompetanse til å definere innholdet i.¹⁴⁵ Da kan ikke Norge kun gjennom å angi *en annen begrunnelse for regelen* definere et innhold i regelen som avviker. Det samsvarer verken med uttalelsen i dommen,¹⁴⁶ den generelle harmoniseringsmålsettingen som direktivene har som mål å bidra til,¹⁴⁷ presumsjonsprinsippet etter folkeretten¹⁴⁸ eller homogenitetsprinsippet i EU-retten.¹⁴⁹ Også Høyesterett legger direkte vekt på det som EU-domstolen har fastlagt om et direktiv, i særdeleshet der det fastslås vertikale rettigheter.¹⁵⁰ Parodiretten må anses å *gi en slik rett til parodisten*, selv om regelen samtidig kan hevde å innskrenke opprinnelig opphavers enerett. Norsk juridisk teori kan også forstås slik at en ikke-sammenfallende regel med den som fremgår av EU-retten, dersom regelen er gjennomført, vil være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, underbygget av argumenter fra rettspraksis.¹⁵¹

På den annen side kan man hevde at det er *fakultativt å innføre unntakene i Infosoc-direktivet*, noe som tilsier at vi i norsk rett ikke trenger

145. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 14 og 15.

146. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 16.

147. Sejersted (2011), s. 53.

148. Stenvik (2015), s. 58.

149. EØS-avtalens art. 1 jf. fortalens pkt. 16. Sejersted (2009), s. 223.

150. Rt. 2002 s. 391 (God morgen). Vertikale rettigheter er rettigheter som gis fra staten til borgerne. Se Sejersted (2011), s. 224.

151. Rognstad (2019), s. 50. Haukeland Fredriksen (2010), 277. Også EFTAs avgjørelse i L'Oreal-saken, tilsier at det skal tvingende grunner til at en fortolkning av en EØS-regel ikke skal tolkes i samsvar med EU-retten, L'Oreal avsnitt 31, 37. Tilsvarende hevder Haukeland Fredriksen blir forsterket av etterfølgende dommer for EFTA-domstolen (sakene E-1/04 (Fokus Bank), EFTA 2004 Ct. Rep. 11 og E-10/04 (Paolo Piazza mot Paul Schurte AG, EFTA 2005 Ct. Rep. 76.)

å innføre den EU-rettslige parodiregelen som inngår blant unntakene.¹⁵²

Imidlertid kan det stilles spørsmål om frivilligheten med hensyn til unntakene i Infosoc-direktivet går så langt at vi kan etablere eller opprettholde *en annen parodiregel*, hevde at vi ikke har innført EU-rettens og derved slippe unna homogenitetsforpliktelsen.

Uttalelsen fra EU-domstolen i Deckmyn-saken går imot en slik forståelse. Her uttrykkes det klart at «begrebet »parodi«, som fremgår af en af bestemmelserne i et direktiv, der ikke indeholder nogen henvisning til national ret, *skal anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb* og fortolkes ensartet på Unionens område» (min fremheving).¹⁵³ Videre uttales det at fortolkningen ikke «afkræftes [...] af, at den undtagelse [...] er fakultativ. En fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har indført denne undtagelse, frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på ikke-harmoniseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den anden, ville nemlig være i strid med nævnte direktivs formål». Det er *harmoniseringsformålet* – uttrykt i direktivets fortale – som EU-domstolen henviser til.¹⁵⁴

Den generelle lojalitetsplikten etter EØS-avtalen tilsier også at Norge ikke kan opprettholde en regel med avvikende innhold. Av EØS-avtalens artikkel 3 fremgår at «Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale». Det innebærer blant annet en forpliktelse til å innføre lover som innfrir forpliktelsen etter direktivet og oppheve bestemmelser som er i strid.¹⁵⁵ En «snikinnføring» av en avvikende regel vil kunne hevdes å stå i motsetning til dette overordnede prinsippet.

Også *den generelle homogenitetsforpliktelsen* etter EØS-avtalen tilsier at vi i norsk rett ikke kan opprettholde et selvstendig parodi-institutt uten å tilpasse regelen til rettspraksis fra EU-domstolen.¹⁵⁶ EØS-avtalens artikkel 6 lyder: «bestemmelsene [...] fortolkes i samsvar med de relevan-

152. At innføringen er fakultativ fremgår av ordlyden i Infosoc artikkel 5 tredje ledd, men også av sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 16.

153. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 15.

154. Infosoc-direktivets fortale pkt. 1, 2, 4 og 6.

155. Sejersted (2011), s. 196.

156. Stenvik (2015), s. 58.

te rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet *før undertegningen* av denne avtale». Av avgjørelser fra Høyesterett og EFTA-domstolen følger at homogenitetsforpliktelsen også gjelder for avgjørelser fra EU-domstolen *etter EØS-avtalens inngåelsestidspunkt*, altså at forpliktelsen må *tolkes utvidende* i forhold til det som fremgår av EØS-avtalen artikkel 6.¹⁵⁷

Slik jeg ser det kan vi i norsk rett ikke opprettholde en regel med et avvikende innhold, slik at den tradisjonelle, norske parodiregelen har falt.

Er parodiinntaket gjennomført i norsk rett? Forutsatt at vi ikke kan videreføre en avvikende parodiregel i norsk rett, er spørsmålet *om parodiinntaket er gjennomført i norsk rett?* Dersom det er gjennomført, må Deckmyn-saken veie tungt ved fastleggelse av innholdet i regelen.¹⁵⁸

Et direktiv gjennomføres jf. EØS-avtalens artikkel 7 første ledd bokstav b, med et visst handlingsrom for nasjonale myndigheter: «[E]n rettsakt som tilsvare et EØF-direktiv skal overlate til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen». I motsetning til forordninger – der ordlyden i gjennomføringsloven må tilsvare teksten som er utarbeidet av EU – er det altså tilstrekkelig at gjennomføringen av direktivet innfrir *formålet med direktivet*, som medfører et visst handlingsrom for hvordan regelen utformes og plasseres.¹⁵⁹ Dersom regler som tilsvare direktivet foreligger i nasjonal rett, er det tilstrekkelig å *erklære rettsharmoni*. Imidlertid viser rettspraksis fra EU-domstolen at det stilles visse ulovfestede krav.¹⁶⁰ Direktivforpliktelsen kan gjennomføres som lov eller forskrift, men reglene må fremgå *klart av teksten*.¹⁶¹ Hovedvilkåret er at det *fremstår klart* for *borgerne hvilke rettigheter og plikter bestemmelsene medfører*, slik at deres rettsstilling blir forutsigbar. Rettspraksis viser at *gjennomføring i forarbeider* har vært ansett utilstrekkelig med hensyn til klarhetskravet.¹⁶²

157. Rt. 2002 s. 391 (God morgen), De forente saker E-9/07 og E-10/07 (L'Oreal), avsnitt 31, 37. Synspunktet har også støtte i litteraturen, se Sejersted (2009), s. 224, Stenvik (2015), s. 52 flg., Rognstad (2019), s. 50.

158. Rt. 2002 s. 391 (God morgen).

159. Sejersted (2011), s. 231.

160. Sejersted (2011) s. 51.

161. Sejersted (2011), s. 51.

162. Sak C-143/83 (Kommissjonen mot Danmark).

Infosoc-direktivet som sådant ble innlemmet som vedlegg til EØS-avtalen i 2004.¹⁶³ Det ble imidlertid ikke nedfelt noe konkret *om parodier* i endringene av åndsverkloven som ble foretatt i 2005, der gjennomføringen av direktivet ble foretatt.¹⁶⁴ I *forarbeidene* til den nye åndsverkloven av 2018 ble det derimot uttrykt at *en parodi* etter omstendighetene må anses som et *nytt og selvstendig verk*: «Departementet [...] går inn for at den gjeldende rettstilstand videreføres, slik at en parodi etter omstendighetene må anses som et nytt og selvstendig verk.»¹⁶⁵ Da hadde Deckmyn-dommen blitt avsagt i 2013.

Men hva innebærer uttalelsen i forarbeidene? Mener departementet med dette å uttrykke at den *ikke ønsket å innføre unntaket* som EU-retten tilbød gjennom unntaket i Infosoc artikkel 5 tredje ledd bokstav k, eller mener den å konstatere rettsharmoni?¹⁶⁶

I nordisk rettsteori råder ulike oppfatninger av hvordan rettstilstanden med hensyn til parodier er etter Deckmyn-saken.

Ved å legge Deckmyn-saken til grunn for fastleggelsen av innholdet i parodiregelen, mener jeg uttalelsene indirekte underbygger at den EU-rettslige regelen *er gjennomført*.¹⁶⁷

I dansk rettsteori hevdes det at den nordiske regelen må vike for den EU-rettslige.¹⁶⁸ Videre at den EU-rettslige regelen *utvider parodiregelen*, blant annet gjennom at den tillater at parodien har en *utenforstående* som mål for meningsytringen.¹⁶⁹ Videre har man i dansk rettsteori dreiet synet på *hjemmelen for parodiregelen*. Det hevdes nå at den danske parodiregelen snarere representerer *et ulovfestet unntak*, fremfor at parodier kan begrunnes gjennom å være et nytt og selvstendig verk.¹⁷⁰ Med en slik struktur kan veien til å innlemme EU-rettsregelen synes enklere enn etter norsk rett, herunder å fravike den opprinnelige oppfatningen

163. EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 av 9. juli 2004 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett).

164. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s.5.

165. Prop. 104 L (2016-2017), s. 107.

166. Sejersted (2011), s. 201.

167. Rt. 2002, s. 391 (God morgen).

168. Schovsbo (2015), s. 216.

169. Schovsbo (2015), s. 216.

170. Schovsbo (2013), s. 258.

om at parodier ikke krenker opprinnelig opphavers ideelle rettigheter.¹⁷¹ Slik jeg ser det, var det som en naturlig følge av at *parodien var et selvstendig verk* at den ble ansett ikke å krenke opprinnelig opphavers ideelle og økonomiske rettigheter. Dersom parodiregelen oppstilles som et *unntak*, og gjennom uttalelsene i Deckmyn-saken om «legitime interesser»,¹⁷² synes det vanskeligere å utelukke at parodisten kan anses å krenke opprinnelig opphavers ideelle rettigheter.¹⁷³

I svensk rettsteori uttrykker Karin Cederlund usikkerhet på om direktivet og parodiregelen fra EU-retten overhode er gjennomført: «Mot denne backgrund är det högst oklart om Infosoc-direktivet kan anses implementerat i svensk rätt».¹⁷⁴ Hun peker blant annet på kravene i EU-retten til at gjennomføringen må skje på en måte som *gir tilstrekkelig klarhet og sikkerhet*.¹⁷⁵

Rognstad hevder for norsk retts del, og selv om den nordiske parodiregelen har en *annen begrunnelse* enn den EU-rettslige, må den tolkes i samsvar med EU-retten: «Forutsetningen er at man ved denne vurderingen holder seg innenfor rammen av EU-domstolens fortolkning av parodiregelen».¹⁷⁶ Rognstad anfører blant annet *Bettina Z-dommen* som *begrunnelse* for at *parodi som nytt verk* kan opprettholdes selv om man legger et autonomt EU-rettslig parodibegrep til grunn.¹⁷⁷

I den tyske høyesterettsavgjørelsen legges det også til grunn at parodier er å anse som *nye selvstendig verk*.¹⁷⁸ Videre uttales det i dommen at ankedomstolen, som hadde saken til behandling, hadde foretatt *feil lovanvendelse* ved å legge den tradisjonelle tyske regelen til grunn.¹⁷⁹ Den tradisjonelle tyske regelen ga to muligheter for parodier ved bruk av et originalverk: Enten ved at parodien hadde *latt seg inspirere* av et opprinnelig verk og dernest gjengav en *blek utgave* (fadingaway-teorien)

171. Rognstad (2019), s. 176.

172. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 31.

173. Sak C-201/13 (Deckmyn), avsnitt 30.

174. Cederlund (2016), s. 186 flg.

175. Cederlund (2016), s. 188.

176. Rognstad (2019), s. 179.

177. Rognstad (2019), s. 179.

178. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 24.

179. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 24.

av originalverket.¹⁸⁰ Alternativt ved at parodien gjennom sin selvstendige originalitet viste en *indre avstand* til det opprinnelige verket.¹⁸¹ Tysk føderal høyesterett¹⁸² uttalte at så lenge EU-retten ikke hadde tillagt nasjonalstaten kompetanse til å definere begrepet, tillå tolkingskompetansen EU-domstolen. «Parodi» var således et EU-autonomt begrep som måtte tolkes i samsvar med EU-domstolens fastleggelse av det. Dette gjaldt også der parodiunntaket ikke var gjennomført i tysk rett, ble det uttalt.¹⁸³

Selv om tysk rett ikke er direkte relevant for norsk rett, og selv om det er EØS-avtalen og ikke EU-retten som styrer fastleggelsen av Norges forpliktelse, kan det stilles spørsmål ved om ikke dette også må legges til grunn for norsk rett?

Flere argumenter underbygger en slik slutning. Utgangspunktet i tysk rett var *ganske tilsvarende* norsk rett, både med hensyn til at *unntaket* i Infosoc-direktivet *ikke var gjennomført* i tysk rett, og ved at man hadde en *tidligere regel* som var avvikende og som bygget på *selvstendighet* (egen originalitet). *EUs homogenitetsmålsetting* tilsier også at en tilsvarende fortolkning bør legges til grunn etter norsk rett.¹⁸⁴ Homogenitetsmålsettingen fremgår også som en forpliktelse etter EØS-avtalen artikkel 1, jf. artikkel 6.¹⁸⁵ Dette gjelder riktignok bare EU-rettens avgjørelser, men den tyske domstolen legger EU-rettens avgjørelse til grunn for sin slutning, slik at den kan hevdes å *uttrykke EU-rett*. Også norsk teori anerkjenner relevansen av den tyske avgjørelsen.¹⁸⁶ *Presumpsjonsprinsippet*, som den tyske dommen fastslår rekkevidden av, tilsier også at Deckmyn-saken bør få følger for norsk rett.¹⁸⁷ Den tyske dommen representerer en konkretisering av rettstilstanden.

180. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 19.

181. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 19.

182. Bundesgerichtshof (BGH).

183. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 25. I denne uttalelsen støtter dommeren seg på direktevirkningsprinsippet, slik jeg ser det. Det er forskjellig fra i norsk rett. Se nedenfor.

184. Sejersted (2011), s. 224.

185. Rognstad (2019), s. 50.

186. Rognstad (2019), s. 179.

187. Sak E-4/01 (Karlsson). Om presumpsjonsprinsippet, se Rt. 2011 s. 1811 (s. 1830-31).

Det er to grunner til at jeg mener at norsk rett avviker fra tysk og dansk rett. Det ene er at vi ikke har direktevirkning av direktiver i norsk rett.¹⁸⁸ Det andre at gjennomføringsakten av direktivforpliktelsen gjennom de norske forarbeidene er uklar og uhensiktsmessig. Jeg behandler det siste først.

Jeg finner *uttalelsen* i forarbeidene *særdeles uklar*, spesielt i lys av at jeg i det foregående finner at de to parodireglene er forskjellige både med hensyn til struktur og vilkår. Den tyske avgjørelsen viser også at tysk høyesterett mener det er feil lovanvendelse å legge den tradisjonelle regelen til grunn.¹⁸⁹ Gjennom at «klargjøringen» med hensyn til parodiretten, i norsk rett er uttrykt *i forarbeidene*, en rettskilde som er svært utilgjengelig for borgere flest (brukere og andre markedsaktører), er det nærmest umulig å forutberegne ens rettsposisjon og innrette seg etter regelen.

EU-domstolen har uttalt at nasjonale forarbeider er irrelevante med hensyn til vurderingen av om nasjonalstaten oppfyller en direktivforpliktelse eller ikke.¹⁹⁰ En slik lovgivningsform kritiseres også i juridisk teori.¹⁹¹ Når uttalelsen som gis i forarbeidene i tillegg *er uklare*, stiller jeg spørsmål ved *om klarhetskravet ved gjennomføring av EU-rett overhode er oppfylt* eller om vi må slå fast at parodiregelen *ikke er gjennomført* eller *ikke gjennomført korrekt* i norsk rett.

Det at det *ikke foreligger direktevirkning av direktiver i norsk rett*, tilsier at klarhetskravet blir mer fremtredende, slik jeg ser det. Direktevirkningen medfører at direktiver som er tilstrekkelig *klart utformet* og vedtatt med en *gjennomføringsfrist*, vil bli gjeldende overfor borgere i EUs medlemsland fra fristtidspunktet, uansett om den nasjonale gjennomføringen er foretatt eller ikke.¹⁹² Direktevirkning av direktiver gjelder imid-

188. TEU art. 4. EU-retten tilsier at forordninger og direktiver kan gis direktevirkning til fordel for EU-borgere, dersom et direktiv er *egnet til å gi private rettigheter, ikke er gjennomført innen fristen* i medlemslandet eller er *feilimplementert*. Se Sejersted (2011), s. 78 flg.

189. BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z), avsnitt 24.

190. Sejersted (2011), s. 51 med henvisning til sak C-143/83 (Kommissjonen mot Danmark). Motsatt sak C-478/99 (Kommissjonen mot Sverige).

191. Stenvik (2015), s. 56 og 57, og Sejersted (2011) s. 200.

192. Sejersted (2011), s. 52. Dette gjelder bare rettigheter for borgerne, ikke plikter- altså vertikal regulering.

lertid ikke for Norge som bare har en folkerettsavtale med EU, og ikke har avgitt lovgivningskompetanse til EU (dualistisk modell).¹⁹³ Det medfører, slik jeg ser det, et *strengere krav til selve gjennomføringens tydelighet*.

Reelle hensyn, som at EU gjennom DSM-direktivet¹⁹⁴ uttrykker at også brukernes *lovlige tilgang til åndsverkene* skal respekteres og kommuniseres, tilsier at de ulike aktørenes rettsstilling må *klargjøres og formidles på en tydelig måte*.¹⁹⁵ Av bestemmelsen i DSM fremgår: «Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal i deres vilkår og betingelser informere brugerne om, at de kan anvende værker og andre frembringelser i henhold til undtagelser fra eller innskærnkninger af ophavsret og beslægtede rettigheder, der er fastsat i EU-retten». ¹⁹⁶ Det er å forvente at en del av plattformenes ansvar vil skje gjennom en slags *innebygd opphavsrett*. Gjenkjennelsesteknologi som inkorporeres i plattformene skal sikre at *lovlig gjenbruk* av åndsverk ikke rammes. Dette tilsier et sterkt behov for tydelig regulering av en så sentral og kulturelt forankret uttrykksform som parodi, slik at denne gis klarere føringer for de som skal gjennomføre reguleringen teknologisk og for de som skaper parodiene.¹⁹⁷

På den annen side har EFTA-domstolen slått fast at det gjelder et særegent prinsipp om *EØS-konform fortolkning i EØS-retten*.¹⁹⁸ Prinsippet går ut på at nasjonaldomstolen, så langt som mulig, skal tolke nasjonale bestemmelser på en slik måte at de samsvarer med de EØS-rettslige reglene.¹⁹⁹ Også der en rettakt etter EU-retten ikke er gjennomført eller gjennomført utilstrekkelig. Dersom det foreligger motstrid settes det en grense for anvendelse av prinsippet.²⁰⁰ Dette ville medføre at dersom en sak om parodier hadde kommet opp i norsk rett, ville Høyesterett høyst sannsynlig ha lagt Infosoc-direktivets unntaksbestemmelse til grunn etter linjene fra Deckmyn-saken.

193. Sejersted (2011), s. 237.

194. Digitalmarkedsdirektivet (DSM).

195. DSM artikkel 17 nr. 9 siste ledd.

196. DSM artikkel 17 nr. 9 siste ledd.

197. Hutcheon (2000), s. 1.

198. Sak E-1/... A. premiss 40, 41.

199. Sejersted (2011) s. 208.

200. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger), s. 1829.

I lys av at tysk rett har blitt løftet frem som relevant for denne drøftelsen, kan det at lovgiver i Tyskland for tiden vurderer *å lovfeste parodi-unntaket*, og har kommet frem til et forslag til ordlyd, også anses som støtte for at det er nødvendig med en tydeliggjøring i åndsverkloven for å gjennomføre forpliktelsene korrekt etter EØS-avtalen.²⁰¹

5. Konklusjon

På tross av Høyesteretts praksis med hensyn til prinsippet om direktivkonform fortolkning, mener jeg at parodiunntaket fra EU-retten *ikke er tilstrekkelig klart gjennomført* i norsk rett. Dersom jeg skal konkludere med hensyn til *jakten på parodiregelen i norsk rett* – må jeg konkludere med at *den finnes ikke* – den er forsvunnet.

Grensene for anvendelse av prinsippet om direktivkonform fortolkning går her, etter min vurdering. Hensynet til borgernes *forutberegnelighet og innretning* taler for at *parodiregelen må gjennomføres klarere*. Særlig når ytringsfrihet anføres som begrunnelse for regelen, og forsøket på gjennomføring er gjort på en måte som nærmest er usynlig for dem regelen skal være til fordel for. Jeg finner en viss støtte i uttalelser i rettsteorien, som nettopp peker på forutberegnelighetshensynet til markedet: «Spørsmålet om en direktivkonform fortolkning lar seg realisere, vil særlig bero på om man står overfor en ordlyd som lar seg forene med direktivets regel, og på om *hensynene til forutberegnelighet og innrettelse utgjør avgjørende argumenter i motsatt retning*».²⁰² I dette tilfellet mener jeg at hensynet til å skape en forutsigbarhet for aktørene i markedet, tilsier at regelen må gjennomføres klarere for at den skal anses foretatt.

201. Forslaget til endring av tysk åndsverklov (Urheberrechtsgesetz) lyder: «Det er tillatt å mangfoldiggjøre, spre og tilgjengeliggjøre for allmennheten et offentliggjort verk til karikatur-, parodi- og pastisjformål. Retten etter første setning omfatter avbildning eller annen mangfoldiggjøring av det benyttede verket, også når bruken omfatter verk som i seg selv er beskyttet ved opphavsrett eller annen beslektet vernerett» (min oversettelse), se <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=6C8F72119784EFDC640745F7476976AD.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2> (besøkt 8.1.21).

202. Stenvik (2015), s. 111.

Gjennomføringen bør skje gjennom innføring av *unntak til fordel for parodier* i åndsverkloven, for at gjennomføringsakten skal samsvare med de ulovfestede kravene etter EØS-avtalen og etter direktivforpliktelsen. En slik klargjøring kan for eksempel skje samtidig med gjennomføringen av det nye DSM-direktivet.

6. Litteraturliste

Litteratur:

- Alan Hui, *The automated regulation of parodies: concepts, conflicts and challenges of parody detection* (forthcoming).
- Alan Hui (forthcoming), 'Mashup music as expression displaced and expression foregone' (Under review).
- Alan Hui, 'Emerging Frontiers: Platform Regulation of Mashups in and beyond an EU Context', *The present and Future of Music Law* (2021).
- Ragnhild Brøvig-Hanssen, 'Parody in the Age of Remix: Mashup Creativity versus the Takedown' (under review, forthcoming).
- Ragnhild Brøvig-Hanssen & Jones, 'Remiksens retrett? Innvirkningen av plattformers gjenkjennelsesprosedyrer på mashups', *Norsk medietidsskrift*, 3/2020.
- Ragnhild Brøvig-Hanssen & Harkins, *Contextual incongruity and musical congruity: the aesthetics and humour of mash-ups* (Vol. 31, No. 1, Cambridge University Press).
- Ragnhild Brøvig-Hanssen, 'Justin Bieber featuring Slipknot: Consumption as Mode of Production', i *The Oxford Handbook of Music and Virtuality* (Oxford University Press 2016), s. 266-281.
- Silje Borchgrevink Fjellstad, *Den norske parodiregelen i lys av Deckmyn-dommen (C-201/13)* (2016).
- Karin Cederlund, 'Slut på det roliga? Om opphovsrätt och parodier', i *Liber amicorum Jan Rosén* (2016).
- Torstein Eckhoff, *Rettskildelære* (5. utgave, Universitetsforlaget 2001).
- Erik Ficks, 'Om det icke existerande eller harmoniserade parodiundtaget i svensk upphovsrätt', *NIR* 3/2015.
- Ann Harrison & Rigg, *The present and Future of Music Law* (forthcoming 2021)
- Halvard Haukeland Fredriksen, 'Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?', *TJR* 2010, s. 247-287.
- Bernt Hugenholtz, *Has Deckmyn Solved the Conundrum?* (Den norske opphavsrettsforening 2015).

- Linda Hutcheon, *A Theory of Parody: The Teachings of Twentieth-century Art Forms* (University Illinois Press 2000).
- Sabine Jacques, *The parody Exception in copyright law* (Vol. 1, Oxford University Press 2019).
- Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i immaterialret: ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemærkeret* (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1996).
- Ragnar Knoph, *Åndsretten* (Nationaltrykkeriet 1936).
- Jacob Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet – En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser* (Jurist- og økonomiforbundets forlag 2017).
- Halvor Manshaus, 'Jusnytt', *Lov&Data*, nr. 120, 2014.
- Jonas Nordell, 'Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning? Kommentar till NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg)', *NIR* 3/2007, s. 316.
- Ole-Andreas Rognstad & Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett* (3. utgave, Universitetsforlaget 2009).
- Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett* (2. utgave, Universitetsforlaget 2019).
- Eleonora Rosati, 'Just a matter of laugh? Why the CJEU decision in Deckmyn is broader than parody', *Common Market Law Review* 2015, s. 511-530.
- Jan Rosén, 'Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti?', *NIR* 4/1990.
- Søren Sandfeld Jakobsen, 'Brug af parodier i ophavsretlig henseende: Rækkevidden af EU-Domstolens dom i Deckmyn vs Vandersteen', *NIR* 2015/4, s. 421-435.
- Jens Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, *Immaterialret* (3. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2013).
- Jens Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, *Immaterialret* (4. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2015).
- Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett* (3. utgave, Universitetsforlaget 2011).
- Are Stenvik & Arnesen, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2. utgave, Universitetsforlaget 2015).
- Synne Sæther Mæle & Aarli, *Fra lov til rett* (Gyldendal 2017).
- <<https://naob.no/ordbok/parodi>> (besøkt 06.05.2020).

Rettspraksis:

Norsk og nordisk rett:

NIR 1972 s. 185 (Lappo-operaen).

NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga).

NIR 1999 s. 241 (Beefburger).

Rt. 2001 s. 1811 (Finanger I).

Rt. 2002 s. 391 (God Morgen).

NJA 2005 s. 905 (Albert Åberg).

Rt. 2010 s. 366 (Mauseth).

HR- 2017-2165-A (Aukrust).

NJA 2017 s. 75 (Svenska Syndabocker).

EFTA- domstolen:

De forente saker E-9/07 og E-10/07 L'Oreal Norge AS og L'Oreal SA v Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS, EFTA 2008 Ct. Rep. 259.

Sak E-1/04 Fokus Bank ASA and The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes), EFTA 2004 Ct. Rep. 11.

Sak E-10/04 Paolo Piazza v Paul Schurte AG, EFTA 2005 Ct. Rep. 76.

Sak E-4/01 Karlsson Karl K. Karlsson hf. V The Icelandic State, EFTA 2002 Ct. Rep. 240.

EU-domstolen:

Sag C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2009:465.

Sag C-145/10 Eva Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others, ECLI:EU:2013:138.

Sag C-201/13 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others, ECLI:EU:C:2014:2132.

Opinion of Advocate General Cruz Villalón i sag C-201/13 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others, ECLI:EU:C2014:458.

Tysk og amerikansk rett:

BGH, dom av 28. juli 2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016 s. 1157 (Bettina Z).

<https://www.nytimes.com/2018/11/08/arts/design/jeff-koons-fait-dhiver-naf-naf-copyright.html> (besøkt 03.11.2020).

Lover /direktiver/konvensjoner:

Lag av 30. Desember 1960 om opphovsrett till litterära och konstnärliga verk.

Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven).

Lov av 20. desember 2018 nr. 120 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (as amended on September 28, 1979).

Infosoc-direktivet, Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet.

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/790 av 17. april 2019 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.

Gesetz vom 9. September 1965 über Urheberrecht und verwandte Schutzrecht (Urheberrechtsgesetz).

Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms ETS No.005.

Traktaten om den Europæiske Union (TEU). Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).

Charter of Fundamental Rights of the European Union 2012/C 326/02.

Forarbeider:

Förslag till lag om upphovsrett till litterära och konstnärliga verk, m.m.; given Stockholms slott den 27 november 1959, (Stockholm, 1960).

Innst.O.nr.XI (1960–1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk. (1961).

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

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

Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 av 9. juli 2004 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett).

<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=6C8F72119784EFDC640745F7476976AD.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2> (besøkt 8.1.21).