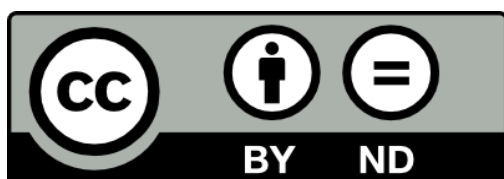


Rettighets- og lisensspørsmål ved åpen publisering

Torger Kielland

Torger Kielland © 2019
Noen rettigheter forbeholdes

Dette arbeidet er lisensiert under Creative Commons Navngivelse-IngenBearbeidelser 4.0 Internasjonal lisens. Lisensen er tilgjengelig i full-tekst på <http://www.creativecommons.no/lisenser>.



Lisensen gir tillatelse til å fremstille eksemplarer av boken og tilgjengeliggjøre denne for allmennheten i opprinnelig form, også til kommersielt bruk, forutsatt at forfatteren blir navngitt. Det gis derimot ikke tillatelse til å endre eller på andre måter bearbeide arbeidet.

Innholdsfortegnelse

FORKORTELSERFEIL! BOKMERKE ER IKKE DEFINERT.

1	INNLEDNING	5
1.1	Mandatet for utredningen	5
1.2	Nærmere om akademisk publisering og åpen tilgang.....	7
1.2.1	Tradisjonell akademisk publisering	7
1.2.2	Tradisjonell akademisk publisering med egenarkivering uten lisens	8
1.2.3	Akademisk publisering med egenarkivering under en åpen lisens	9
1.2.4	Akademisk publisering i en publiseringkanal som tilbyr åpen tilgang	10
2	ÅPNE LISENSER OG ÅPEN TILGANG	13
2.1	Innledning	13
2.2	Det rettslige grunnlaget for åpen lisensiering	14
2.2.1	Opphavsrettens økonomiske eneretter	14
2.2.2	Opphavsrettens ideelle rettigheter	17
2.2.2.1	Innledning	17
2.2.2.2	Navngivelse	17
2.2.2.3	Respektretten	17
2.3	Creative Commons-lisensene.....	20
2.3.1	Innledning	20
2.3.2	Navngivelse mv.....	22
2.3.3	Forbud mot kommersiell utnyttelse	25
2.3.4	Ingen bearbeidelser	28
2.3.5	Gjensidighet	31
2.4	Creative Commons-lisensene og opphavsrettens ideelle rettigheter	32
2.5	Oppsigelse og håndhevelse av lisenser for åpent innhold	33
2.6	Lovvalg	34
2.7	Bruk av åpne lisenser ved akademisk publisering	36
2.7.1	Tilgjengeliggjøring under en åpen lisens som sådan	36
2.7.2	Tilgjengeliggjøring under en åpen lisens som gir tillatelse til kommersiell utnyttelse	37
2.7.3	Tilgjengeliggjøring under en åpen lisens som gir tillatelse bearbeidelser	37
2.8	Oppsummering	40

3	RETTSLIGE REGULERINGER AV OG PÅLEGG OM ÅPEN PUBLISERING	43
3.1	Innledning	43
3.2	Generelt om de rettslige rammene for reguleringer av og pålegg om åpen publisering.....	45
3.2.1	Akademisk frihet	45
3.2.2	Opphavsrettens overgang i arbeidsforhold i forskerstillinger	48
3.2.3	Forskningsinstitusjoners styringsrett	51
3.2.4	Menneskerettslige skranker.....	52
3.3	Åpen publisering som vilkår for finansiering fra Forskningsrådet	53
3.4	Overdragelse av opphavsrett til forskningsartikler til institusjonen	57
3.5	Pålegg om publisering i åpne tidsskrifter	58
3.6	Pålegg om egenarkivering under en åpen lisens.....	61
4	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....	65

Forkortelser

CC	Creative Commons
NOU	Norsk offentlig utredning
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
Rt.	Norsk Retstidende
uhl.	Lov 1. april nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven)
åvl.	Lov av 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.
åvl. 1961	Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk mv.

1 Innledning

1.1 Mandatet for utredningen

Open Access, eller på norsk «åpen tilgang» eller «åpen publisering», kan beskrives som fri tilgang til forskningsresultater på nett. På et overordnet plan kan man skille mellom gratis åpen tilgang og fri åpen tilgang («libre open access»). Gratis åpen tilgang gir gratis tilgang til det som publiseres, men ingen ytterligere rettigheter ut over dette. Brukernes rettigheter er med dette i praksis begrenset til nedlasting til privat bruk og lenking til det tilgjengeliggjorte materialet. Fri åpen tilgang gir i tillegg brukerne ytterligere tillatelser, typisk gjennom en Creative Commons-lisens.

Norges forskningsråd har, sammen med forskningsrådene i en rekke europeiske land, sluttet seg til den såkalte Plan S – et felles internasjonalt initiativ for åpen tilgang til vitenskapelige publikasjoner. Plan S er utviklet med utgangspunkt i Det europeiske råds konklusjoner fra 2016 om åpen tilgang til all forskning i EU.¹ Finansistene som har sluttet seg til Plan S – cOAlition S – vil stille felles krav om full og umiddelbar åpen tilgang til vitenskapelige artikler fra forskning de har finansiert fra 2021. Plan S vil på sikt også omfatte vitenskapelige monografier og kapitler i artikkelsamlinger (antologier), og en egen veileder for implementering av disse kravene planlegges utarbeidet i løpet av 2021.² I mai 2019 la cOAlition S frem en veileder for implementeringen av Plan S. Denne veilederen spesifiserer at artikler kan gjøres åpent tilgjengelig på én av tre måter:

- Ved publisering i åpne tidsskrift eller på åpne plattformer;
- ved umiddelbar tilgjengeliggjøring av fagfellevurderte artikler i åpne arkiv eller;
- ved publisering i tidsskrift som inngår i kollektive avtaler («publiser og les») som har en overgang fra abonnement til åpen publisering som mål.

Plan S forutsetter primært at lisensiering skjer under den mest omfattende Creative Commons-lisensen – CC BY – som både tillater bearbeidelser og kommersielt bruk.³

¹ «Council conclusions on the transition towards an Open Science system», Rådet for Den europeiske union, 27. mai 2016, dokument 9526/16

² Plan S vil på sikt også omfatte vitenskapelige monografier og kapitler i artikkelsamlinger (antologier), og en egen veileder for implementering av disse kravene planlegges utviklet innen 2021.

³ Se cOAlition S, Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications s. 4, <https://www.forskerforum.no/wp-content/uploads/2019/05/Plan-S-endelig-versjon.pdf>

Det åpnes imidlertid unntaksvis publisering under CC BY-ND, som ikke tillater at andre gjør endringer. Det åpnes derimot ikke opp for bruk av CC BY-NC, som ikke tillater kommersiell bruk.

Regjeringens har videre som mål at alle norske vitenskapelige artikler som er finansiert av offentlige midler skal være åpent tilgjengelige innen 2024.⁴ Bakgrunnen for disse målsetningene om åpen tilgang er at en stor del av offentlig finansiert forskning i dag ligger bak betalingsmurer, slik at allmenheten og andre forskere dermed ikke har tilgang til resultater fra denne forskningen uten å måtte betale for den.

Undertegnede ble 1.10.2019 bedt av Direktoratet for IKT og fellestjenester i høyere utdanning (Unit) om å utrede «rettighets- og lisensspørsmål i forbindelse med åpne vitenskapelige publikasjoner og datasett i Norge, herunder spørsmål om forskningsinstitusjonenes ansvar og rettigheter som arbeidsgivere og problemstillinger knyttet til bruk av CC-lisenser». Mandatet for betenkningen er nærmere beskrevet som følger:

- CC-lisenser vurdert opp mot norsk opphavsrett, med vekt på avklaring av spørsmål som har vært stilt i tilknytning til at Plan S-finansierene ikke tillater bruk av CC-BY-NC. Eventuelle hindringer eller barrierer mot bruk av de forskjellige CC-lisensene i form av vitenskapelig praksis, normer eller sedvane på forskjellige fagområder skal også adresseres i den grad dette er sentralt for vurderingene og/eller dette fremkommer gjennom arbeidet.
- Om juridiske eller sedvanemessige endringer er nødvendig for å nå målet om åpen tilgang, særlig når det gjelder hvordan forfatter og/eller forskningsinstitusjon kan beholde rettighetene som er nødvendige for å arkivere og tilgjengeliggjøre et eksemplar av egne resultater og bruke materialet i undervisning.
- Fordeler og ulemper ved bruk av de forskjellige CC-lisensene vurdert ut fra de forskningspolitiske målene om at forskningsinvesteringene skal gi styrket konkurransekraft og innovasjonsevne (inkludert målet om at forskningsartikler skal kunne leses og analyseres av datamaskiner med siktemål om å generere ny kunnskap med kommersielt potensiale), sette oss i stand til å møte store samfunnsordninger og utvikle fagmiljøer av fremragende kvalitet, se Meld. St. 4 (2018-2019) Langtidsplan for forskning og høyere utdanning

⁴ Jf. «Nasjonale mål og retningslinjer for åpen tilgang til vitenskapelige artikler», Kunnskapsdepartementet, 22.8.2017.

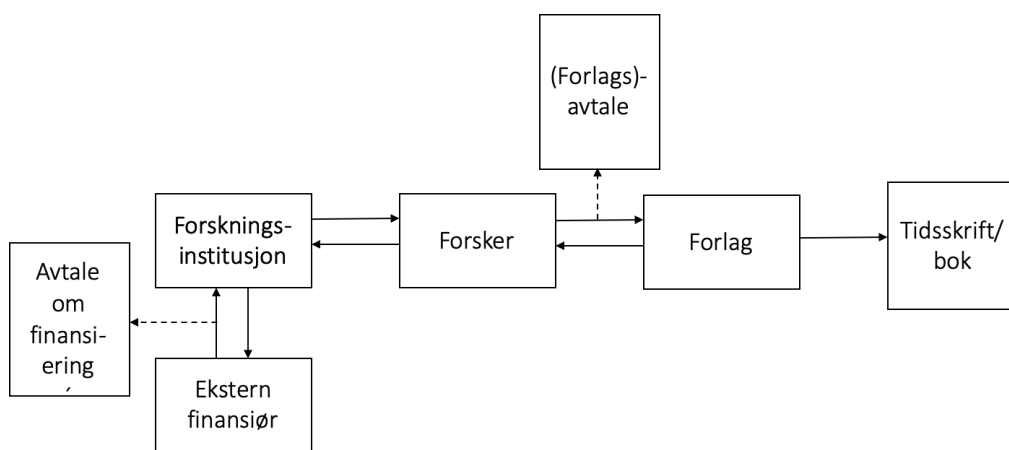
Det er videre angitt at «generelle forhold knyttet til kommersialisering av forskning skal berøres i den grad det er relevant for hovedspørsmålene».

Utredningen vil på bakgrunn av dette drøfte to hovedspørsmål: I punkt 3 vil det bli gjort rede for de opphavsrettslige enerettene og de ideelle rettighetene som potensielt overdras gjennom åpen lisensiering, det nærmere innholdet i Creative Commons-lisensene og vilkårene i disse samt håndhevelse av brudd på lisensene. Punkt 4 vil på sin side behandle rettslige rammer for åpen tilgang som vilkår ved tildeling av forskningsmidler og som ved pålegg rettet mot ansatte i forskerstillinger. Utredningens problemstillinger skal primært drøftes i relasjon til åpen publisering av forskningsartikler, da dette per i dag er målsetningen til Plan S. Drøftelsene vil imidlertid også ha relevans for åpen publisering av andre forskningsarbeider, som monografier og antologier.

1.2 Nærmere om akademisk publisering og åpen tilgang

1.2.1 Tradisjonell akademisk publisering

Tradisjonell akademisk publisering skjer normalt ved at en forsker som er ansatt ved en forskningsinstitusjon publiserer artikler i et tidsskrift eller antologi eller publiserer en monografi eller lignende verk i bokform gjennom et forlag. Forskeren (eller forskerne) som skriver vil ha opphavsrett til artikkelen eller boken de har skrevet.

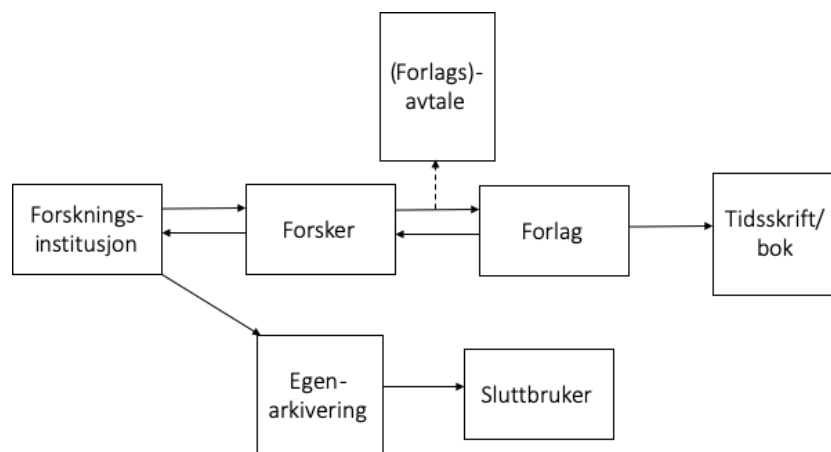


Tradisjonell akademisk publisering

Slik forskning kan være finansiert av en ekstern aktør som Norges forskningsråd, i form av en avtale om finansiering mellom finansøren og institusjonen. Publiseringen forutsetter imidlertid at forskeren inngår en (forlags)avtale med forlaget som publiserer artikkelen eller boken. Denne avtalen innebærer at forsker helt eller delvis overdrar opphavsretten til verket til forlaget.

1.2.2 Tradisjonell akademisk publisering med egenarkivering uten lisens

I større og større grad legger forfattere av artikler ut disse på egne nettsider, i institusjonelle arkiver som Duo og Bora eller i eksterne arkiver som SSRN. Dette vil typisk være en preprint- eller postprint-versjon av artikkelen, men kan i noen tilfeller også være den versjonen som er trykt i selve tidsskriftet. Institusjonene har i noen grad også begynt å forutsette at ansatte ved institusjonen legger ut slike versjoner i artikler de publiserer, for eksempel ved å laste dem opp i databaser som Cristin.



Tradisjonell akademisk publisering med egenarkivering uten lisens

Egenarkivering i form av tilgjengeliggjøring i et vitenarkiv innebærer ikke at det gis rettigheter til å utnytte disse ut over det som følger av åndsverkloven. Mottaker som laster ned artikkelen vil da i praksis bare ha rett til å laste denne ned til privat bruk i samsvar med privatkopieringsregelen i åvl. § 26, lenke til den samt sitere fra den etter sitatregelen i § 29. Slik åpen tilgang betegnes derfor gjerne som gratis åpen tilgang, fordi tilgangen er gratis.

Opplastingen av artikkelen i et offentlig tilgjengelig arkiv innebærer på sin side at artikkelen gjøres tilgjengelig for allmennheten etter åvl. § 3 første ledd bokstav b. I noen tilfeller gjøres det bare en intern arkivering av artikkelen, for eksempel i en database tilknyttet institusjonens bibliotek. Slik internarkivering innebærer normalt ingen tilgjengeliggjøring. Det innebærer imidlertid at det fremstilles eksemplarer av artikkelen etter åvl. § 3 første ledd bokstav b. Slik internarkivering kan ikke anses å være til privat bruk etter åvl. § 26.

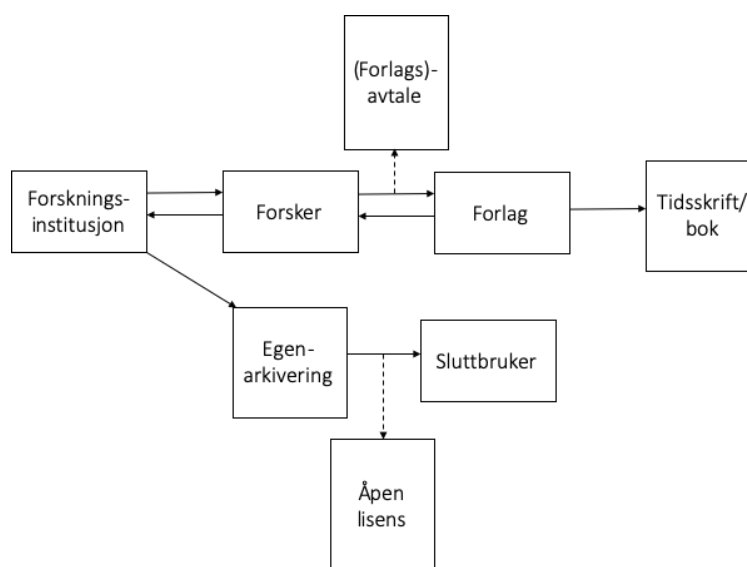
I mange tilfeller vil forfatter imidlertid ha overdratt rettighetene til slik tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling til forlaget i forbindelse med publisering av artikkelen. Den norske normalkontrakten for utgivelse i fagtidsskrifter gir forlaget en eksklusiv rett til utnyttelse på papir i 18 måneder fra utgivelsestidspunktet. Forlagets rett til digital utgivelse er derimot ikke-eksklusiv, og forfatter kan umiddelbart etter publisering legge

ut en digital versjon av artikkelen på eget nettsted eller i et arkiv institusjonen har etablert. Avtaler med utenlandske forlag, enten det gjelder publisering av artikler eller bøker, forutsetter derimot av normalt at forskeren fullstendig overdrar opphavsretten til forlaget. En slik overdragelse medfører at også forskers senere bruk av verket, for eksempel ved å legge ut en versjon av en artikkel på internett, vil innebære et opphavsrettsinngrep overfor forlaget dersom det ikke er gitt tillatelse. I mange tilfeller vil det foreligge en forståelse fra forlaget om at slik egenarkivering er greit. I noen tilfeller er dette formalisert i avtalen, men i andre tilfeller foreligger det bare et stilltiende samtykke.

Avhengig av hva de enkelte tidsskriftene tilbyr kan versjonen som legges ut enten være preprint, dvs. den versjonen forfatter opprinnelig har sendt inn til tidsskriftet, før fagfelleevaluering etc., eller postprint, dvs. den versjonen av artikkelen som er antatt for publisering slik den foreligger før forlagets bearbeidelse (språkvask, layout, korrektur, filkonvertering etc.).

1.2.3 Akademisk publisering med egenarkivering under en åpen lisens

Egenarkivering som beskrevet over innebærer imidlertid bare at artikkelen gjøres tilgjengelig slik at mottakere kan laste den ned til privat bruk etter åvl. § 26. Dersom brukeren skal ha rett til ytterligere bruk, for eksempel til selv å gjøre artikkelen tilgjengelig eller bruke denne på annen måte, er det en forutsetning at det gis tillatelse til dette, typisk gjennom en åpen lisens. Det neste steget er derfor at artikler ikke bare egenarkiveres, men at dette også gjøres under en åpen lisens.



Akademisk publisering med egenarkivering under en åpen lisens

Slik publisering i abonnementstidsskrifter som tilbyr egenarkivering (for eksempel i baser som Duo og Bora) av en tidligere versjon av artikkelen betegnes gjerne som *grønn*

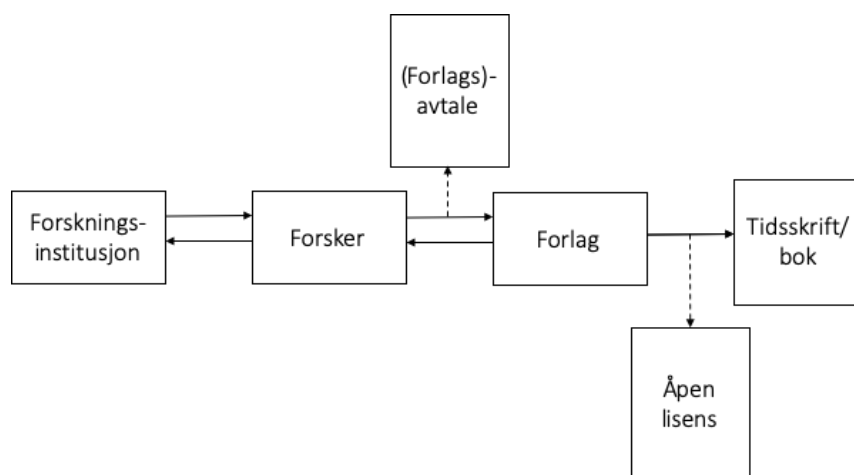
åpen tilgang. Slik egenarkivering under en åpen lisens forutsetter at forfatter gir tillatelse til bruk av artikkelen under en åpen lisens. Det forutsetter imidlertid også at forfatter ikke allerede har fraskrevet seg disse rettighetene til forlaget ved publisering. I motsetning til egenarkivering uten lisens, gir avtalene som inngås ved publisering i langt mindre grad tillatelse til egenarkivering under en åpen lisens. Noen forlagsavtaler tillater imidlertid slik lisensiering.

1.2.4 Akademisk publisering i en publiseringkanal som tilbyr åpen tilgang

Egenarkivering under en åpen lisens innebærer imidlertid at den publiserte artikkelen i praksis fortsatt ligger bak betalingsmur. Dette reiser spørsmål om selve publiseringen av artikkelen kan skje under en åpen lisens. Dette forutsetter at det aktuelle tidsskriftet publiserer noen av eller alle sine artikler under en åpen lisens.

Man skiller her gjerne mellom ulike grader av åpen tilgang. Gull åpen tilgang betegner publisering av vitenskapelige artikler i rene open access-tidsskrifter, som ikke publiserer artikler som ikke er åpent tilgjengelige. Publisering i gull åpen tilgang-tidsskrifter forutsetter imidlertid som regel at det ytes et vederlag for åpen publisering, enten gjennom enkeltbetaling fra forfatterne som publiserer eller på annen måte. Derfor brukes betegnelsen «platina åpen tilgang» eller «diamant åpen tilgang» gjerne om tidsskrifter som tilbyr publisering gull åpen tilgang uten at det ytes vederlag.

Hybrid åpen tilgang betegner publisering tidsskrifter som i utgangspunktet er abonnementsbaserte, men som tilbyr åpen publisering mot en publiseringsavgift fra forfatter. Dette innebærer at artikler som det er betalt for vil være åpent tilgjengelig for alle, mens de øvrige artiklene i tidsskriftet bare er tilgjengelig for abonnentene.



Akademisk publisering i en publiseringkanal som tilbyr åpen tilgang

Siden tidsskrifter som publiserer med åpen tilgang helt eller delvis vil være forhindret fra å kreve betaling for abonnement, er det en forutsetning at tidsskriftet finansieres på

annen måte. Dette kan skje gjennom en grunnfinansiering, hvor driften av tidsskriftet finansieres gjennom bidrag, for eksempel fra Forskningsrådet, i stedet for gjennom abonnementsinntekter. Mest vanlig er nok likevel egenbetaling, hvor forfatter av en artikkel som har blitt antatt betaler en avgift for at artikkelen skal publiseres med åpen tilgang. Dette reiser spørsmål om tilgang til midler for den enkelte forsker for å dekke slik egenbetaling. Flere forskningsinstitusjoner har i dag fond hvor man kan søke om dekning av slik egenbetaling for åpen publisering.⁵ Slik finansiering kan også skje gjennom kollektive «publiser og les»-avtaler. Unit har inngått slike avtaler med store forlag som Elsevier og Wiley. Disse avtalene sikrer ansatte ved norske forskningsinstitusjoner rett til kostnadsfri åpen publisering i forlagets tidsskrifter, samtidig som de samme institusjonene gis digital tilgang til forlagets abonnementstidsskrifter.

⁵ Se for eksempel Budsjettpost for åpen publisering ved Universitetet i Bergen, <https://www.uib.no/ub/72255/budsjettpost-åpen-publisering-ved-universitetet-i-bergen>.

2 Åpne lisenser og åpen tilgang

2.1 Innledning

Fri åpen tilgang forutsetter som forklart ovenfor, at brukerne ikke bare gis tilgang til verkene som legges ut, men at de også gis ytterligere tillatelser til å utnytte dette. Slike tillatelser kan for eksempel bestå i en rett til å endre og bearbeide materialet og til å dele dette med andre.

En forsker som gjør en artikkel tilgjengelig på internett, fraskriver seg imidlertid ingen opphavsrettslige rettigheter til denne. Enkel egenarkivering av forskningsartikler vil derfor i praksis bare innebære at man har rett til å laste ned artikkelen til privat bruk i samsvar med privatkopieringsregelen i åvl. § 26, lenke til den samt sitere fra den etter sitatregelen i § 29. Dersom brukeren skal ha rett til ytterligere bruk forutsetter dette at rettighetshaver gir tillatelse til dette. Slike tillatelser vil i praksis bli gitt i form av en åpen lisens.

Åpne lisenser er en fellesbetegnelse for lisenser som gir brukeren vide tillatelser til å utnytte opphavsrettslig beskyttede verk, typisk ved å frembringe bearbeidede versjoner av det lisensierte materiale og til å gjøre materialet tilgjengelig for allmennheten. Slike lisenser har sitt utspring i programvaremiljøer, hvor åpne lisenser for lisensiering av programvare gjerne betegnes som åpne programvarelisenser («open source»)⁶ Åpne lisenser for andre typer innhold, for eksempel tekst, bilder og film, betegnes gjerne som lisenser for åpent innhold («open content»).

En tidlig lisens for åpent innhold var GNU Free Documentation License, som var utviklet for åpen lisensiering av dokumentasjon av åpne datamaskinprogrammer under det såkalte GNU-prosjektet.⁷ I Norge skisserte Jon Bing tidlig på 2000-tallet et system for merking av opphavsrettslig vernede verk for gjenbruk, i form av såkalte «copy-marks».⁸ De mest kjente og mest brukte lisensene for åpent innhold er likevel lisensene fra Creative Commons.⁹

I det følgende vil det rettslige underlaget for åpen lisensiering i form av opphavsrettighetene og de ideelle rettighetene bli gjennomgått i punkt 2.2. I punkt 2.3 gjennomgås de mest brukte lisensene for åpent innhold – Creative Commons-lisensene – og de mest sentrale vilkårene i disse. I punkt 2.4 vil det bli gjort rede for Creative Commons-lisensene og de ideelle rettighetene. I punkt 2.5. gjennomgås spørsmålet om

⁶ Se generelt, Kielland i LoR 2007, se også Kielland i CompLex 2005 og Kleiva i CompLex 2009.

⁷ «Why Free Software needs Free Documentation», <https://www.gnu.org/philosophy/free-doc.html>.

⁸ Se nærmere, Bing i International Review of Law, Computers & Technology 2004.

⁹ <http://creativecommons.org>.

håndhevelse av brudd på lisenser for åpent innhold. Utredningen vil gjøre rede for innholdet i opphavsretten og lisensene etter norsk rett. Ved anvendelse på internett er det i mange tilfeller ikke gitt at norsk rett skal anvendes. I punkt 2.6 vil det derfor kort bli gjort rede for når norsk rett er anvendelig ved bruk av materiale som er lisensiert under lisenser for åpent innhold (lovvalg). Til sist vil det i 2.7 bli gjort en vurdering av åpne lisensers og de enkelte vilkårene i lisensenes egnethet ved akademisk publisering.

2.2 Det rettslige grunnlaget for åpen lisensiering

2.2.1 Opphavsrettens økonomiske eneretter

Etter åvl. § 2 første ledd har «[d]en som skaper et åndsverk ... opphavsrett til verket». Med «åndsverk» forstås etter § 2 andre ledd «litterære eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform». Lovens § 2 andre ledd gir en rekke eksempler på verk som kan være åndsverk, blant annet «skrifter», «tegninger», «fotografiske verk» og «datamaskinprogrammer». Vitenskapelige verk til åpen publisering vil primært være litterære verk, i form av skriftlige fremstillinger i form av artikler og bøker. Slike verk vil også kunne inneholde andre typer verk, typisk fotografier og tegninger. Man kan også tenke seg at deler av koden til et datamaskinprogram blir gjengitt som del av en forskningsartikkel eller en bok.

For at en frembringelse skal være beskyttet som et «åndsverk» etter åvl. § 2 må denne være «uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett» fra opphaver.¹⁰ Dette innebærer et krav til et minstemål av original innsats. Dette originalitetskravet praksis vil være oppfylt for de fleste faglitterære bøker og artikler.¹¹ Selv om det underliggende stoffet ikke er nytt, vil forfatteren som regel ha vist så stor variasjon gjennom valg av ord og setninger i utformingen av et faglitterært verk at originalitetskravet er oppfylt. Unntak kan imidlertid tenkes for materiale som i hovedsak gjengir matematiske formler og lignende ubeskyttet underlagsmateriale, og hvor ordene som følger formlene er en nødvendig konsekvens av måten slike forskningsresultater presenteres på.¹²

Det fremgår av åvl. § 2 første ledd at det «den som skaper et åndsverk» som er opphaver til verket. Opphavsretten oppstår ved «skapelsen», jf. åvl. § 2 første ledd. Opp-

¹⁰ Jf. Knoph, Åndsretten 1936 s. 64, jf. Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 12. I rettspraksis har et slikt krav til original og individuelt preget innsats blant annet kommet til uttrykk i Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo); Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord); Rt. 1997 s. 199 (Cirrus); Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen); Rt. 2012 s. 1062 (Tripp trapp) Rt. 2013 s. 822 (Ambassadør) og HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante).

¹¹ Jf. Kielland, Opphavsrettslige problemstillinger ved digital undervisning 2018 og Immaterialrettsutvalget, «Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene», CompLex 1/2004 s. 71.

¹² Ibid.

havsrett kan også oppstå mellom flere personer. Der flere eksisterende verk settes sammen til et nytt verk uten at det ligger noen original innsats bak, foreligger det et sammensatt verk. Sammenstillingen av flere åndsverk kan imidlertid selv være original, for eksempel i form av en antologi. Det oppstår da et samleverk, som den som foretar sammenstillingen har opphavsrett til, jf. åvl. §7 første ledd. Opphaverne til verkene som settes sammen står imidlertid fritt til å råde over disse uavhengig av samleverket, jf. åvl. § 7 in fine. Dersom samarbeidet er av en slik karakter at enkeltbidragene ikke lett kan skilles fra hverandre oppstår det et fellesverk etter åvl. § 8. Eksempler på slike fellesverk er bøker eller artikler som er skrevet i fellesskap på en slik måte at det ikke er mulig å skille de enkelte bidragene fra hverandre, for eksempel ved at forfatterne har skrevet sammen eller skrevet videre på hverandres utkast. Dersom det foreligger et slikt fellesverk kan ingen av bidragsyterne forføye over dette uten samtykke fra de andre bidragsyterne.

Det er bare de som har bidratt til frembringelsen av verket gjennom en original og individuell skapende åndsinnsetning som anses som opphavere. Bidrag av annen art, for eksempel veiledning eller innhenting og analyse av data som er grunnlag for en artikkel, gir derimot ikke opphavsrett. Dette innebærer at alle som står oppført som forfattere av en vitenskapelig artikkel, for eksempel i henhold til de såkalte Vancouverreglene, ikke nødvendigvis har medopphavsrett til artikkelen.¹³

Åndsverk kan bare frembringes av fysiske personer.¹⁴ Dersom juridiske personer, for eksempel en forsknings- og utdanningsinstitusjon, skal kunne utnytte opphavsrett, må det derfor skje en overdragelse av denne. Det samme gjelder om andre enn opphaver skal ha rett til å utnytte verket. Slik overdragelse behøver imidlertid ikke å være uttrykkelig, men kan etter omstendighetene anses å ligge underforstått i en arbeidsavtale eller en oppdragsavtale.¹⁵ En overdragelse kan være hel eller delvis. Delvise overdragelser betegnes gjerne som lisenser. Man kan grovt sett skille mellom eksklusive lisenser, som gir lisenstaker en eksklusiv rett, og enkle lisenser, som bare gir lisenstaker en bruksrett, men som ikke hindrer opphaver å gi andre tilsvarende rett.¹⁶

Beskyttelsen av et opphavsrettslig vernet verk er ikke begrenset til den opprinnelige formen opphaveren har gitt det, men rekker så langt som den individuelle, skapende innsatsen rekker.¹⁷ Dette innebærer at bearbeidelser som oversettelser av litterære verk,

¹³ Se nærmere Rettighetspolitikk for Universitetet i Bergen 2009 s. 13, tilgjengelig på <https://www.uib.no/ledelsen/75377/rettighetspolitikk-ved-universitetet-i-bergen>

¹⁴ Jf. Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 145.

¹⁵ Se nærmere nedenfor i punkt 3.2.2.

¹⁶ Jf. Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 445.

¹⁷ Jf. Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 165, jf. Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp) og HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante).

filmatisering av en roman og omskriving av et forelesningsmanuskript krever opphaverens samtykke, jf. åvl. § 6 første ledd. Dersom andre enn opphaver bearbeider det opprinnelige verket på en original måte, oppstår det en bearbeidelse. Den opprinnelige opphaveren og bearbeideren får da opphavsrett til bearbeidelsen i fellesskap, jf. åvl. § 6 første ledd. Dette innebærer at utnyttelse av bearbeidelsen forutsetter samtykke både fra opprinnelig opphaver og fra bearbeideren. Den opprinnelige opphaveren kan derimot fritt utnytte det opprinnelige verket i sin opprinnelige form.¹⁸

Opphavsretten verner imidlertid bare den konkrete utformingen opphaveren har gitt verket. Dette kommer til uttrykk i åvl. § 6 andre ledd som sier at opphavsretten ikke er til hinder for at det skapes «nye og selvstendige verk gjennom å benytte eksisterende verk». Ideer, faktiske opplysninger og matematiske formler som kommer til uttrykk i et verk kan derfor fritt benyttes av andre. For faglitterære fremstillinger innebærer dette at alle kan skrive en bok i kontraktsrett eller en bok om pomorhandelen, selv om andre har skrevet tilsvarende bøker tidligere. Det er først nå man gjengir opphavsrettslig beskyttede deler av et faglitterært verk, enten i form av tekst eller i form av verkets opplegg og struktur, at det foreligger et opphavsrettsinngrep.¹⁹

Opphavsretten gir etter åvl. § 3 første ledd «enerett til å råde over åndsverket ved å ... fremstille varig eller midlertidig eksemplar av åndsverket» og «ved å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten». Denne eneretten er primært en forbudsrett – en rett til å nekte andre å utnytte verket. Den opphavsrettslige eneretten innebærer imidlertid også en positiv beføyelse i form av en rett til selv å utnytte verket og la andre utnytte det.²⁰

Eksemplarframstillingsretten gir enerett til fremstilling både av fysiske og digitale eksemplarer, for eksempel i form av fysiske bøker og artikler i digital form. Åndsverkloven § 26 tillater imidlertid visse former for kopiering til privat bruk. For vitenskapelige verk vil tilgjengeliggjøring for allmennheten primært skje i form av spredning av fysiske eksemplarer etter åvl. § 3 andre ledd bokstav a og overføring etter åvl. § 3 andre ledd bokstav a, typisk ved at verket legges ut på internett. Eneretten til tilgjengeliggjøring er begrenset til tilgjengeliggjøring som skjer til «allmennheten». Dette innebærer at tilgjengeliggjøring som skjer innenfor en privat krets ikke behøver tillatelse fra opphaver.

¹⁸ Jf. HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante).

¹⁹ Se nærmere, God skikk. Om bruk av litteratur og kilder i allmenne, historiske framstillinger 2006. s. 57-77 og Immaterialrettsutvalget, «Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene», CompLex 1/2004.2004 s. 71-74.

²⁰ Jf. Knoph, Åndsretten 1936 s. 96-97 og s. 267-268; Kоктvedgaard, Immaterialretspositioner 1965 s. 197 og Rognstad, Opphavsrett 2009 s. 184.

2.2.2 Opphavsrettens ideelle rettigheter

2.2.2.1 Innledning

Selv om opphaver helt eller delvis har overdratt de økonomiske rettighetene til å utnytte verket etter åvl. § 3, har han likevel visse ideelle rettigheter i behold.²¹ De mest sentrale av disse er retten til å bli navngitt på eksemplarer av verket og når dette offentliggjøres (navngivelsesretten) i § 5 første ledd og vern mot at verket endres eller tilgjengeliggjøres på en måte som er krenkende for opphaverens eller verkets anseelse (respektretten) i § 5 andre ledd.

2.2.2.2 Navngivelse

Etter åvl. § 5 første ledd har opphaveren «krav på å bli navngitt slik som god skikk tilsier såfremt navngivelse er praktisk mulig» ved «fremstilling av eksemplar av åndsverk og når verket gjøres tilgjengelig for allmennheten».²² Dette innebærer at de som den klare hovedregel foreligger en plikt til navngivelse, men at dette kan unnlates dersom dette ikke er praktisk mulig.²³ Dette kan for eksempel være tilfellet ved muntlige foredrag.

Hva som anses som god skikk vil variere avhengig av verkstype og avhengig av måten verket utnyttes på. Navngivelse bør helst gjøres i tilknytning til det enkelte verket, for eksempel ved at artikkelforfatter navngis øverst eller til slutt i artikkelen.

Etter åvl. § 5 fjerde ledd har opphaver videre rett til å kreve å ikke bli navngitt der et verk gjøres tilgjengelig i strid med respektretten i § 5 andre ledd. Alternativt kan opphaver kreve at det «på en annen tilfredsstillende måte angis at endringene ikke skriver seg fra opphaveren».²⁴

2.2.2.3 Respektretten

Etter åvl. § 5 andre ledd må et verk ikke gjøres tilgjengelig for allmennheten «på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphaverens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart, eller for verkets anseelse eller egenart». Bestemmelsen innebærer at et åndsverk ikke kan endres på en krenkende måte eller settes inn i en krenkende sammenheng. Eksempler på bruk som har blitt ansett å være i strid med den tidligere bestemmelsen i åvl. 1961 § 3 andre ledd og tilsvarende bestemmelser i

²¹ Se nærmere om de ideelle rettighetene, Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 258-277.

²² En tilsvarende plikt til navngivelse følger av åpne lisenser, typisk lisensene til Creative Commons, se nærmere nedenfor i punkt 4.5.2.2. Plikten til navngivelse i slike lisenser er noe mer detaljert regulert, men er i det store og det hele samsvarende med plikten til navngivelse i «god skikk» etter åvl. § 5 første ledd.

²³ Jf. Prop. 104 L (2016-2017) s. 318.

²⁴ Se nærmere nedenfor i punkt 2.3.2.

nordisk rett, er beskjæring av bilder²⁵ og film,²⁶ bruk av nasjonalsang i en politisk propagandasang²⁷ og reklamepauser ved fremvisning av spillefilm på TV.²⁸

Krenkelse av respektretten til vitenskapelige verk kan for det første skje gjennom en endring av verket, typisk ved at det skjer en fordreining av meningsinnholdet. Her er det nærliggende å se hen til kravet til et sitat etter åvl. § 29 må være lojalt mot meningsinnholdet i det som siteres.²⁹ I dette kravet til «lojalt sitat» ligger det et krav om at et sitat må gjengi såpass mye av det opprinnelige verket at meningen ikke forringes. Sitatet må ikke heller forkortes eller på annen måte tilpasses slik at meningen blir en annen eller sammenstilles med andre sitater som er egnet til å formidle andre standpunkter når de står sammen enn de gir uttrykk for hver for seg.³⁰

Denne siden av respektretten kan derfor formuleres som et krav til «lojal gjengivelse». Listen for hvilke endringer av et litterært verk som er i strid med respektretten er nok likevel høyere enn kravet til «lojalt sitat». Mens et litterært sitat som hovedregel forutsetter at sitatet gjengis uendret,³¹ ligger det jo i Creative Commons-lisensene at det gis tillatelse til å endre verket. Det er derfor først når endringen er krenkende at respektretten er overtrådt.

Det ligger i dette at ikke enhver endring av en tekst som endrer meningsinnholdet er i strid med respektretten. Endringer av et vitenskapelig verk lisensiert under en Creative Commons-lisens kan for det første tenkes å bestå i forenklinger, hvor konklusjonene beholdes, men hvor argumentene forkortes og forenkles. Dette kan for eksempel være tilfellet ved tilpasning av en vitenskapelig artikkel til bruk i undervisning. Slike forenklinger vil i mange tilfeller være i samsvar med respektretten. Det er først når konklusjonene eller argumentene fordreies eller forvrenges eller at argumentene forenkles i så stor grad at konklusjonene fordreies, at det vil bli snakk om en overtredelse av respektretten.

Oversettelser har normalt som formål å gjengi meningsinnholdet i det opprinnelige verket, men på et annet språk. Oversettelser kan i enkelte tilfeller være så dårlige at meningsinnholdet forvrenges. Slike upresise og uriktige vil oversettelser etter omstendighetene kunne krenke respektretten. Det vil likevel være slik at ikke enhver uriktig oversettelse vil krenke respektretten.

²⁵ Jf. Rt. 1903 s. 748.

²⁶ Jf. UfR 1997 s. 975 Ø («Three Days of the Condor»).

²⁷ Jf. NJA 1995 s. 679 (Sveriges Flagga).

²⁸ Jf. NJA 2008 s. 309 (TV-reklame).

²⁹ Jf. Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 325

³⁰ Jf. Lassen, De opphavsrettslige lånereglens avgrensning 1998 s. 26.

³¹ Lassen, De opphavsrettslige lånereglens avgrensning 1998 s. 25 og Rognstad 2019 s. 325.

Etter åvl. § 5 fjerde ledd kan opphaver krevet at det ved endringer i strid med respektretten, «angis at endringene ikke skriver seg fra opphaveren».³² I hvilken grad det er angitt hvilke endringer som er gjort bør imidlertid også kunne tas i betraktning i vurderingen av om respektretten er krenket. Det er derfor nærmere å anse en endring for å være i strid med respektretten i tilfeller hvor det bare er angitt at fremstillingen «er en bearbeidelse av Peder Ås's artikkel» eller gjengir «deler av Peder Ås' artikkel» enn i tilfeller hvor det er gjort nærmere rede for endringene og eventuelt angitt at Peder Ås har et annet syn.

For det andre kan vitenskapelige verk settes inn i en krenkende sammenheng. Det kanskje mest praktiske eksempelet på dette er der seriøse verk gjengis i en pornografisk sammenheng. Dette var tilfellet i Oslo byretts dom av 28. september 1982, i NIR 1983 s. 138 (Shere Hite), hvor bladet Alle Menn hadde gjengitt omfattende sitater fra en rapport som inneholdt spørreundersøkelser om amerikanske kvinners seksualliv («The Hite Report»). Sitatene var gjengitt i det som skulle fremstå som en bokanmeldelse. Midt i artikkelen var det imidlertid en side med oppfordring fra redaksjonen om å sende inn brev med sine seksuelle opplevelser. Byretten fant at sitatene både var i strid med sitatretten i daværende åvl. 1961 § 13 og med respektretten i åvl. 1961 § 3, da forfatterens og verkets anseelse måtte anses krenket ved at «utdragene fra boken er benyttet som om den var pornografisk».

En tilsvarende sak er Eidsivating lagmannsretts dom i RG 1990 s. 843 (Purvis). Legen og sexologen Ken Purvis hadde publisert en artikkel om prevensjons historie i bladet Forskningsnytt. Denne ble av en frilansjournalist lett omskrevet til artikkelen «Muntre glimt fra prevensjonens historie», som ble trykket i pornobladet Aktuell Rapport. To tredjedeler av artikkelen var gjengivelse av den opprinnelige artikkelen, uten at det klart fremgikk hvilke deler som kunne tilskrives Purvis. Artikkelens formål og form var dessuten klart pornografisk, og hadde ikke som egentlig hensikt å gjengi innholdet i Purvis' artikkel. Lagmannsretten tok ikke stilling til om denne bruken innebar et inngrep i eneretten etter åvl. 1961 § 2, da bruken uansett var i strid med respektretten i § 3.

Det kan også tenkes andre tilfeller hvor opphavers verk eller anseelse krenkes, typisk i form av vern av anseelse knyttet til opphavers yrke, for eksempel gjennom bruk i reklame.³³ Et eksempel på dette er Eidsivating lagmannsretts dom av 4. august 1991, NIR 1995 s. 987 (Hertervig). Saken gjaldt bruk av sitater fra forfatteren Holger Koefoeds bok om maleren Lars Hertervig i et legemiddelfirmas kampanje for nevroleptika. I tillegg til at sitatene lå utenfor sitatretten anså retten også at bruken av dem var i strid

³² Se nærmere nedenfor i punkt 2.3.2.

³³ Se nærmere Sitjhoff Stray, Opphavsretten 1989 s. 68 og Aakre, Retten til å sitere fra åndsverk 2002 s. 68.

med åvl. 1961 § 3, fordi de var «brukt på en måte som [ga] et grovt misvisende bilde av de oppfatninger Koefoed [ga] uttrykk for både i boken generelt og i det avsnittet sitatet [var] hentet fra». Koefoed var da «sitert på en måte som er krenkende for hans vitenskapelige anseelse».

2.3 Creative Commons-lisensene³⁴

2.3.1 Innledning

Creative Commons er en ideell organisasjon som ble etablert i 2001, og som arbeider for å øke antallet åndsverk som lovlig kan deles og som andre kan bygge videre på. For å oppnå dette har organisasjonen utarbeidet et sett med åpne lisenser, som gir rettighets-havere mulighet til å lisensiere sine verk til mer eller mindre fri bruk på ulike vilkår.

Creative Commons-lisensene er også oversatt til norsk.³⁵ Mesteparten av materialet som er CC-lisensiert vil likevel være lisensiert under de engelske lisensene. Da de norske lisensene er så å si direkte oversettelser av disse, er det neppe relevante forskjeller.³⁶ I det følgende vil rettighetene og vilkårene i Creative Commons-lisensene (heretter CC-lisensene) derfor bli drøftet med utgangspunkt i versjon 4 av de norske lisensene.³⁷ De seks CC-lisensene er bygget opp slik at grunnstammen – tillatelsen til å utnytte verket i opprinnelig form og plikten til navngivelse – er lik, mens enkelte av lisensene gir ytterligere tillatelser og/eller inneholder ytterligere også inneholder begrensninger i disse tillatelsene eller ytterligere vilkår. Like vilkår vil derfor i stor grad ha samme nummerering uavhengig av hvilken av lisensene vilkåret står i. Når samme vilkår går igjen i flere lisenser vil disse i det følgende derfor bli henvist til under fellesbetegnelse «CC». Der tilsvarende vilkår er ulikt formulert i de forskjellige lisensene, vil det derimot bli vist til de konkrete lisensene, for eksempel CC BY.

Creative Commons lisensene er etter CC avsnitt 2(a)(1) ikke-eksklusive. Dette innebærer at opphaver fritt kan gi andre tillatelse til å bruke verket på andre vilkår. Alle de seks lisensene gir tillatelse til utnyttelse både av opphavsrettigheter i snever forstand og til opphavsrettslige naborettigheter, jf. CC avsnitt 1(f). Alle lisensene gir i tillegg tillatelse til å fremstille eksemplarer av det lisensierte materialet, både i opprinnelig og bearbeidet form, jf. CC avsnitt 2(a)(1)A. Fire av de seks CC-lisensene gir – i avsnitt 2(a)(1)(B) – også tillatelse til å tilgjengeliggjøre bearbeidelser av det lisensierte

³⁴ Avsnittet om Creative Commons-lisensene er basert på Kielland, Opphavsrettslige problemstillinger ved digital undervisning 2018 punkt 4.5.2.

³⁵ Se <http://www.creativecommons.no>.

³⁶ I den grad det er relevante forskjeller, går imidlertid den språkversjonen materialet er lisensiert under naturligvis foran.

³⁷ <https://creativecommons.no/lisenser/>. Enkelte verk er riktignok tilgjengelig under eldre CC-lisenser. Disse har imidlertid tilsvarende vilkår som de som vil bli drøftet i det følgende.

materialet for allmennheten. CC BY-ND og CC BY NC-ND avsnitt 2(a)(1) B gir derimot bare tillatelse til å fremstille eksemplarer av bearbeidet materiale, men ikke tillatelse til å tilgjengeliggjøre det for allmennheten.

Dette innebærer at Creative Commons-lisensene i varierende grad gir tillatelse til å utnytte det lisensierte materialet. Samtidig forutsettes det i varierende grad at lisenstaker oppfyller visse vilkår. De seks lisensene inneholder fire slike hovedbegrensninger og vilkår:

1. Krav om at rettighetshaver skal navngis når det lisensierte verket utnyttes. Dette vilkåret er felles for alle de seks CC-lisensene (punkt 2.3.2).
2. Bare ikke-kommersiell bruk. Dette vilkåret innebærer at det bare er gitt tillatelse til ikke-kommersiell bruk, mens lisenstaker selv har forbeholdt seg retten til å utnytte materialet kommersielt. Dette vilkåret finnes i tre av de seks CC-lisensene (punkt 2.3.3).
3. Ingen rett til bearbeidelser. Dette vilkåret innebærer at lisenstaker bare gis tillatelse til å tilgjengeliggjøre det lisensierte materialet i opprinnelig form, men ikke tillatelse til å tilgjengeliggjøre bearbeidelser av det. Dette vilkåret finnes i to av de seks CC-lisensene (punkt 2.3.5).
4. Krav til at det lisensierte materialet skal deles på samme vilkår. Dette kravet til gjensidighet innebærer at dersom bearbeidelser av det lisensierte materialet gjøres tilgjengelig for allmennheten, må mottaker gis samme tillatelse til å utnytte bearbeidelsen som følger av den opprinnelige CC-lisensen. Dette vilkåret finnes i to av de seks CC-lisensene (punkt 2.3.5).

Dette gir grunnlag for seks lisenser, som består av ulike kombinasjoner av disse vilkårene:

- 1) Navngivelse (CC BY) (vilkår 1)
- 2) Navngivelse-Del på samme vilkår (CC BY-SA) (vilkår 1 og 4)
- 3) Navngivelse-Ingen bearbeidelse (CC BY-ND) (vilkår 1 og 3)
- 4) Navngivelse-Ikke-kommersiell (CC BY-NC) (vilkår 1 og 2)
- 5) Navngivelse-Ikke-kommersiell-Del på samme vilkår (CC BY-NC-SA) (vilkår 1, 2 og 4)
- 6) Navngivelse-Ikke-kommersiell-Ingen bearbeidelse (CC BY NC-ND) (vilkår 1, 2 og 3)

I tillegg har Creative Commons har utformet en egen erklæring for slik oppgivelse av opphavsrett – Public Domain Dedication (CC0). En slik fullstendig oppgivelse av opphavsretten innebærer at andre fritt kan bruke verket, og verket er da «i det fri» eller, for å bruke et amerikansk uttrykk, i «public domain». Brukere vil imidlertid fortsatt ha plikt til å navngi rettighetshaver i samsvar med åvl. § 5 første ledd og plikt til respekt for åndsverket i samsvar med åvl. § 5 andre ledd. Når rettighetshaver har erklært at han oppgir rettighetene til verket, er det likevel tvilsomt om han vil håndheve disse.

2.3.2 Navngivelse mv.

Alle de seks CC-lisensene stiller krav om at rettighetshaver til det lisensierte materialet skal navngis. CC-lisensene krever i tillegg at lisenstaker skal informere mottaker om at materialet er lisensiert under en CC-lisens samt oppgi hvilke endringer som er gjort dersom det er gjort endringer i materialet.

Dersom rettighetshaver selv har oppgitt disse opplysningene skal lisenstaker etter CC avsnitt 3(a)(1)(A) beholde følgende når han selv tilgjengeliggjør det lisensierte materialet:

- i. Navnet til den eller de som har tilvirket det lisensierte materialet;
- ii. en opphavsrettsnotis (©);
- iii. en henvisning til CC-lisensen materialet er lisensiert under;
- iv. en henvisning til ansvarsfraskrivelsen i lisensen;
- v. en lenke til det lisensierte materialet, i den grad dette er mulig.

Dersom disse opplysningene ikke er gitt skal lisenstaker i alle tilfelle beholde tidligere merknader om endringer og lage nye merknader om egne om endringer av det lisensierte materialet dersom han gjør slike, jf. CC avsnitt 3(a)(1)B. I tillegg skal lisenstaker oppgi at materialet er lisensiert under en CC-lisens og legge ved lisensteksten eller lenke til denne, jf. CC avsnitt 3(a)(1)C.

Kravene i CC avsnitt 3(a)(1) kan etter avsnitt 3(a)(2) første punktum, oppfylles «på enhver rimelig måte», avhengig av mediet, måten og konteksten det lisensierte materialet blir gjort tilgjengelig på. Dersom det lisensierte materialet gjøres tilgjengelig for nedlasting eller direkteavspilling på internett, vil det mest praktiske være å gi disse opplysningene i form av en lenke til en side som inneholder de nødvendige opplysningene, jf. CC avsnitt 3(a)(2) andre punktum.

En del nettsider som tilbyr nedlasting av åpent innhold, for eksempel Flickr og Wikimedia Commons, har egne sider knyttet til materialet som kan lastes ned. Disse inneholder, foruten opplysninger om rettighetshaver, opplysninger om hvilken lisens materialet er lisensiert under og lenke videre til denne. Kravene i CC avsnitt 3(a)(1) kan

da oppfylles ved å lenke til en slik side. Dersom en slik «oversiktsside» ikke er tilgjengelig vil det være tilstrekkelig å oppgi navnet eller pseudonymet til rettighetshaver og lenke til lisensen.



Opplysninger
om rettighets-
haver

Opplysninger
om og lenke
til lisens

Kilde: Flickr.com/Allessandro Corona – CC BY NC-ND

Navngivelse etter CC avsnitt 3(a)(2) kan skje «på enhver rimelig måte» avhengig av «medium, middel, og den kontekst» det lisensierte materialet deles på, med og i. Dette legger i praksis opp til mye av den samme vurderingen som åvl. § 5 legger opp til når den angiver at navngivelse skal skje dersom det er «praktisk mulig». Plikten til å navngi i CC avsnitt 3(a)(1) gjelder riktignok bare dersom lisensgiver har oppgitt de nødvendige opplysningene. Plikten til å navngi etter åvl. § 5 gjelder derimot uavhengig av dette. Det kan derfor tenkes tilfeller hvor opphavers navn ikke har oppgitt navn, men hvor det likevel vil være «praktisk mulig» å navngi ham. Men dette er neppe særlig praktisk. I alle tilfeller vil opphaver ved å unnlate å oppgi navn, i realiteten signalisere at han uansett ikke vil håndheve retten til navngivelse.

Etter CC avsnitt 3(a)(3) kan lisensgiver kreve at opplysningene som at opplysningene som kreves oppgitt etter avsnitt 3(a)(1)(A) blir fjernet. Opphaver har en tilsvarende rett til å kreve ikke å bli navngitt etter åvl. § 5 fjerde ledd. Denne retten gjelder imidlertid bare ved tilgjengeliggjøring av verket i strid med respektretten i § 5 andre ledd. Retten til å kreve ikke å bli navngitt etter CC avsnitt 3(a)(3) er derimot ikke betinget av at tilgjengeliggjøringen er i strid med respektretten.

Det ligger riktignok en begrensning i at fjerning av opplysningene bare må skje «i den grad dette er praktisk mulig». Dersom tilgjengeliggjøring er i strid med respektretten, har opphaver derimot et ubetinget krav på å ikke bli navngitt. Der opphavers navn allerede er trykt for eksempel i en bok, kan det da tenkes tilfeller hvor opphaver kan kreve dette fjernet etter åvl. § 5, for eksempel ved inndragning eller

destruksjon av eksemplarene, men hvor han ikke har tilsvarende rett etter CC avsnitt 3(a)(3) fordi dette ikke er «praktisk mulig». Men dette er neppe særlig praktisk.

Lisenstaker må etter CC avsnitt 3(a)(1)B i tillegg «indikere dersom [han] har endret det Lisensierte Materialet og beholde indikasjoner på tidligere endringer». Formålet med bestemmelsen er først og fremst å beskytte opphavers omdømme, og sikre at han ikke blir assosiert med modifiserte versjoner han ikke ønsker å bli assosiert med.³⁸ Kravet har imidlertid også en side til lisenstaker faktisk blir kreditert for de endringene han har gjort.³⁹ Regelen sørger videre for at man faktisk har oversikt over hvem som har bidratt til store prosjekter med mange bidragsyttere, for eksempel Wikipedia.⁴⁰

COAlition S synes å forutsette at en slik angivelse må være ganske inngående: «If changes are made when re-using licensed material, the CC BY license demands that such changes be clearly indicated».⁴¹ Dette kan imidlertid vanskelig utledes av lisensen. Ordlyden «indikere dersom» tilsier at det i utgangspunktet er tilstrekkelig at lisenstaker angir at han har endret det lisensierte materialet, og at det ikke er noen forutsetning at det angis hva som er endret. Ved bruk av deler av en lisensiert tekst i en annen tekst, er det etter lisensen tilstrekkelig at man angir at denne inneholder opphavers tekst. Om lisenstaker endrer teksten på andre måter, er det på samme måte tilstrekkelig at han angir at det har skjedd en endring, uten at det angis hva som er endret.

Dersom verket er gjort tilgjengelig i strid med respektretten i åvl. § 5 andre ledd, kan opphaver etter § 5 fjerde ledd derimot kreve «at det på en tilfredsstillende måte angis at endringene ikke skriver seg fra opphaveren». Bestemmelsen gir opphaver en valgt mellom å kreve å ikke bli navngitt, som redegjort for over, eller å kreve at endringene blir angitt. Formålet med bestemmelsen er å gi opphaver mulighet til å distansere seg fra krenkende bruk av verket uten å kreve at dette blir trukket tilbake eller lignende. Dette tilsier at en «tilfredsstillende» angivelse av at endringene ikke skriver seg fra opphaver forutsetter en helt konkret angivelse av hvilke endringer som er gjort og en presisering av at disse ikke kan tilskrives opphaver. Det sentrale i relasjon til akademisk publisering er her opphavers interesse i å ikke bli assosiert med fremstillinger som ikke er hans egne.

Kravet til «tilfredsstillende» angivelse av endringene i åvl. § 5 fjerde ledd går derfor åpenbart lenger enn kravet til å «indikere» hvilke endringer som er gjort etter CC avsnitt 3(a)(1)B. Dersom endringene som er gjort er i strid med respektretten etter § 5 andre ledd, kan opphaver derfor kreve at endringene blir angitt på en «tilfredsstillende» måte i samsvar med § 5 fjerde ledd.

³⁸ Jf. Kreutzer, Open Content 2014 s. 40.

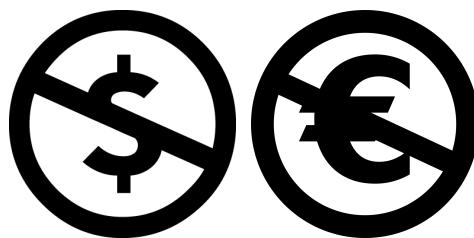
³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Rationale for the Revisions Made to the Plan S Principles and Implementation Guidance s. 6.

2.3.3 Forbud mot kommersiell utnyttelse

Tre av de seks CC-lisensene gir bare tillatelse til å fremstille eksemplarer av og tilgjengeliggjøre det lisensierte materialet for «IkkeKommersielle formål», jf. CC BY-NC, CC-BY-NC-SA og CC-BY-NC-ND avsnitt 1(a)(1)A og B.⁴² Dette vilkåret innebærer at det bare er gitt tillatelse til ikke-kommersiell bruk, mens lisenstaker selv har forbeholdt seg retten til å utnytte materialet kommersielt. Materiale som bare er lisensiert for ikke-kommersiell bruk merkes i enkelte tilfeller med ett av følgende tegn:



Hva som anses som «IkkeKommersiell» er nærmere definert i CC avsnitt 1(i): «IkkeKommersiell betyr i hovedsak ikke ment for, eller rettet inn mot, å oppnå en kommersiell fordel eller økonomisk godtgjørelse.» I dette ligger det etter ordlyden at utnyttelsen hovedsakelig ikke knytter seg til å oppnå en kommersiell fordel eller oppnå et vederlag i form av penger. Creative Commons utførte i 2008 og 2009 en større undersøkelse knyttet til hva amerikanske skapere og brukere av materiale som er tilgjengelig på internett oppfattet som ikke-kommersiell anvendelse.⁴³ Undersøkelsen konkluderer med at både brukere og frembringere generelt anser bruk der bruker tjener penger eller bruk som er knyttet til reklame online, for å være kommersiell. Bruk av ideelle organisasjoner og av privatpersoner eller bruk til veldedighet anses derimot som mindre kommersielt, men anses ikke nødvendigvis som ikke-kommersielt i alle sammenhenger.

Undersøkelsen gir uttrykk for hva brukere og skapere av verk som gjøres tilgjengelig på internett anser som ikke-kommersiell bruk. Den gir med dette uttrykk for en form for konsensus rundt hva brukere av ikke-kommersielle CC-lisenser kan forvente av lisensgivere mht. hvordan disse forstår lisensen. Rettslig sett må undersøkelsen imidlertid sies å ha begrenset verdi.⁴⁴ Det avgjørende for innholdet i en lisens rettslig sett, er lisensen selv, og eventuelle subjektive forutsetninger partene imellom, ikke hva

⁴² Jf. Creative Commons Navngivelse-Ikke-kommersiell (CC BY-NC); Creative Commons Navngivelse-Ikke-kommersiell-Del på samme vilkår (CC BY-NC-SA) og Creative Commons Navngivelse-Ikke-kommersiell-Ingen bearbeidelse (CC BY NC-ND).

⁴³ Defining «Noncommercial», A Study of How the Online Population Understands «Noncommercial Use», September 2009, http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf.

⁴⁴ Se tilsvarende, Kreutzer, Open Content 2014 s. 45.

brukere av CC-lisenser generelt mener om innholdet av lisensen. Det avgjørende er med andre ord en tolkning av «IkkeKommersiell».

Denne tolkningen reiser spørsmål om det er karakteren av virksomheten den som utnytter det lisensierte materialet, eller karakteren av den konkrete utnyttelsen har, som er avgjørende. Førstnevnte tolkning vil åpne for en form for «gruppeunntak», der virksomheter som i hovedsak ikke driver for å oppnå en kommersiell fordel eller for å oppnå vederlag i form av penger, anses som «ikke-kommersielle». Ideelle organisasjoner vil etter dette for eksempel som regel anses å ha et ikke-kommersielt formål. Ideelle organisasjoner vil likevel kunne utnytte materiale som er lisensiert under en CC-lisens med det formål å skaffe inntekter. En lisensiert film brukes for eksempel i en reklame for en innsamlingsaksjon eller et bilde trykkes på en t-skjorte som selges.

Ordlyden i CC avsnitt 2(a)(1)A som gir tillatelse til å «reprodusere og Dele det Lisensierte Materialet» (kursivert her), men bare for IkkeKommersielle formål, trekker imidlertid i retning at det er den konkrete anvendelsen, ikke det overordnede formålet med denne anvendelsen, som må være ikke-kommersiell. Dette støttes også av det formålet bak begrensningen til ikke-kommersiell bruk. Ved å lisensiere under en åpen lisens forbeholdt «ikke-kommersiell» bruk, skal rettighetshaver selv kunne forbeholde seg «kommersiell» utnyttelse, for eksempel ved eksemplarframstilling og etterfølgende salg. Slik utnyttelse vil imidlertid vanskeliggjøres dersom man forstår «IkkeKommersiell» som en form for gruppeunntak for anvendelse i virksomhet som har ikke-kommersielle formål. Det avgjørende kan derfor ikke være karakteren av virksomheten lisenstaker driver, men karakteren av den konkrete utnyttelsen av det lisensierte materialet. Dette fremgår nå også av Creative Commons' «ofte stilte spørsmål» (FAQ) som uttaler at

«CC's definition does not turn on the type of user: if you are a nonprofit or charitable organization, your use of an NC-licensed work could still run afoul of the NC restriction, and if you are a for-profit entity, your use of an NC-licensed work does not necessarily mean you have violated the term. Whether a use is commercial will depend on the specifics of the situation and the intentions of the user.»⁴⁵

Ordlyden i definisjonen av «IkkeKommersiell» – «i hovedsak ikke ment for, eller rettet inn mot, å oppnå en kommersiell fordel eller økonomisk godtgjørelse» – tilsier at «kommersiell» må forstås vidt. Åndsverkloven skiller på sin side mellom utnyttelse som skjer i «ervervsøyemed», se for eksempel §§ 26 og 40 og utnyttelse som er

⁴⁵ Creative Commons, Frequently Asked Questions, https://wiki.creativecommons.org/Frequently_Asked_Questions.

«ervervsmessig», se for eksempel §§ 37 og 43. En utnyttelse skjer i «ervervsøyemed» i alle tilfeller hvor det ytes et vederlag, selv om dette skjer til selvkost. For at en utnyttelse skal være «ervervsmessig» er det derimot en forutsetning bruken har et mål om økonomisk overskudd.⁴⁶ «IkkeKommersiell» i CC-lisensene må imidlertid forstås snevrere, da «økonomisk godtgjørelse» må forstås slik at enhver økonomisk godtgjørelse av en viss størrelse, uavhengig av om den bare dekker kostnader, må betraktes som kommersiell.

På bakgrunn av dette fremstår det som klart at en utnyttelse som skjer med formål om økonomisk overskudd alltid må anses som «kommersiell» etter Creative Commons-lisensene.⁴⁷ Dette vil typisk omfatte all bruk der det lisensiert verket gjøre tilgjengelig mot betaling med sikte på overskudd, for eksempel ved salg av en trykt bok eller tilgjengeliggjøring av en artikkel i en betalt abonnementsløsning. Også bruk som har en mer indirekte tilknytning til slik inntektsbringende virksomhet vil lett anses som «kommersiell». Et CC-lisensiert verk brukes for eksempel i promoteringen av en bedrift.

Bruk av privatpersoner i jobbsammenheng vil på samme måte lett anses som «kommersiell» pga. brukens tilknytning til inntektsbringende virksomhet. Bruk som har et mer privat preg, for eksempel tilgjengeliggjøring på en personlig blogg, vil derimot normalt anses som «IkkeKommersiell». Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom privatpersonen har inntekter gjennom siden, typisk i form av reklameinntekter, i alle fall dersom disse overstiger et visst beløp. Det er i slike tilfeller ikke nødvendigvis gitt at bruken anses som «IkkeKommersiell» bare fordi annonseinntektene bare går til dekning av kostnader og man ikke har noe formål om overskudd.

Hva angår bruk på universitet og høyskoler vil dette avhenge av om det er snakk om en offentlig eller privat institusjon og karakteren av bruken. All bruk i ordinær undervisningssammenheng for studenter ved offentlige undervisningsinstitusjoner som bare betaler studentavgift, må anses som ikke-kommersiell bruk. Dette vil være tilfellet uavhengig av karakteren av den nærmere bruken. Dersom det ytes vederlag for undervisningen, vil dette kunne stille seg annerledes. Dette innebærer at utnyttelse i undervisningen på private skoler som finansieres av skolepenger (f.eks. BI) ikke kan anses som «IkkeKommersiell». Tilsvarende kan utnyttelse i etterutdanning i regi av universitetet, hvor det ytes et vederlag, normalt ikke anses som «ikke-kommersiell».

Selv om bruk i undervisningsvirksomhet ved offentlige undervisningsinstitusjoner må anses som «IkkeKommersiell», er det ikke nødvendigvis tilfellet for annen bruk i institusjonens regi, for eksempel i promotering av universitetet overfor nye studenter. Slik bruk vil i ytterste konsekvens ha som formål å rekruttere studenter og skaffe undervisnings- og forskningsmidler, noe som trolig ikke kan anses som «IkkeKommersiell» utnyttelse.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 36. Se tilsvarende, Ot.prp. nr. 85 (1997-98) s. 32.

⁴⁷ Se tilsvarende, Kreutzer, Open Content 2014 s. 45.

At grensedragningen kan være vanskelig i tilfeller av semi-kommersiell utnyttelse illustreres av en avgjørelse fra Landgericht Köln legger i en avgjørelse fra 2014.⁴⁸ Saken omhandlet en fotograf som hadde tilgjengeliggjort et bilde under den tyske versjon 2.0 av CC BY-NC (Navngivelse-Ikke-kommersiell). Bildet ble deretter brukt som illustrasjonsbilde på nettsidene til en radiokanal til en offentlig kringkaster. I motsetning til senere lisenser inneholdt versjon 2.0 av CC BY-NC ingen definisjon av «IkkeKommersiell». I mangel på en slik definisjon, anså man at «IkkeKommersiell» måtte være begrenset til privat bruk. En slik forståelse av lisensen går nok riktignok for langt. En begrensning til privat bruk vil knapt gi lisenstaker større rett enn han allerede har etter opphavsrettslovgivningen, og vil gjøre bruken av NC-lisensene nærmest virkningsløs. Det er imidlertid diskutabelt i hvilken grad offentlige kringkastere kan anses som «IkkeKommersiell» etter Creative Commons lisensene, noe som illustrerer problemet med fastleggelsen av begrensningen til «IkkeKommersiell» bruk.

Oppsummert innebærer dette at vilkåret som begrenser bruk etter en Creative Commons-lisens til «IkkeKommersiell» bruk skal tolkes relativt snevert. Dette medfører at det ikke gis tillatelse til mesteparten av bruk som har en eller annen form for bruttoinntekt. Samtidig er det uklart hvor snevert vilkåret skal forstås. Denne uklarheten innebærer en viss risiko for at lisensen kan komme til å forby bruk som man normalt ikke vil oppfatte som kommersiell og som lisensgiver i realiteten ønsker å gi tillatelse til. For lisenstaker som er usikker på hvor langt vilkåret om «IkkeKommersiell» bruk rekker, vil denne usikkerheten lett kunne føre til at man velger å ikke anvende det lisensierte materialet.

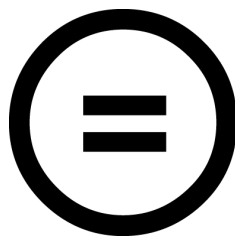
2.3.4 Ingen bearbeidelser

To av de seks CC-lisensene forbyr tilgjengeliggjøring av bearbeidelser av det lisensierte materialet.⁴⁹ Etter CC BY-ND og CC BY-NC-ND avsnitt 2(a)(1)B gis lisenstaker tillatelse til å «produsere og reprodusere, men ikke Dele, Bearbeidet Materiale» (kursivert her). Dette innebærer at lisenstaker gis tillatelse til å fremstille bearbeidelser av det lisensierte materialet, men ikke tillatelse til å tilgjengeliggjøre slike bearbeidelser utenfor en privat krets. Slik tilgjengeliggjøring kan bare skje av materialet i opprinnelig form.

⁴⁸ LG Köln 5.3.2014, 28 O 232/13. Se også Raab, «LG Köln setzt bei CC-Lizenzen nicht kommerzielle mit rein privater Nutzung gleich», MMR Aktuell 2014, 356907.<

⁴⁹ Creative Commons Navngivelse-Ingen bearbeidelse (CC BY-ND) og Creative Commons Navngivelse-Ikke-kommersiell-Ingen bearbeidelse (CC BY NC-ND).

Materiale som er lisensiert under en av de to CC-lisensene som ikke gir tillatelser til bearbeidelser, er i enkelte tilfeller merket med følgende tegn:



«Bearbeidet Materiale» defineres i CC § 1, a som «materiale ... som er avledet fra eller basert på det Lisensierte Materialet og hvor det Lisensierte Materialet er oversatt, forandret, arrangert, transformert eller på annen måte endret på en måte som krever tillatelse under Opphavsrett og Lignende Rettigheter som tilhører Lisensgiveren». I dette ligger det at lisenstaker bare gis tillatelse til å tilgjengeliggjøre det lisensierte materialet så lenge han ikke endrer dette på en måte som krever tillatelse fra rettighetshaver.

En bearbeidelse i opphavsrettslig forstand foreligger der en modifikasjon av verket er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsats. Bearbeider får da opphavsrett til sin bearbeidelse, jf. åvl. § 6 første ledd. Hvorvidt det foreligger en bearbeidelse i opphavsrettslig forstand er imidlertid ikke avgjørende for om det lisensierte materialet anses som «bearbeidet» etter CC avsnitt 1(a), da denne også omfatter endringer som ikke er originale. En øvre grense går uansett mot modifikasjoner som er så omfattende at det oppstår et selvstendig verk etter åvl. § 6 andre ledd. Utnyttelse av slike selvstendige verk krever ikke tillatelse fra rettighetshaver, og lisenstaker kan da utnytte dette uavhengig av vilkårene i lisensen.⁵⁰

Utgangspunktet er at alle endringer av selve teksten må anses som «bearbeidet materiale». Det typiske eksempelet på slik endring er oversettelse av teksten til et annet språk. «Bearbeidet materiale» omfatter imidlertid også all utklipp av deler av teksten for å benytte denne alene eller sammen med annen tekst og fjerning av deler av teksten. Derimot kan omformatering av teksten, for eksempel for å vise den på en nettside, normalt ikke anses som «bearbeidet materiale» så lenge selve teksten er uforandret. Slik omformatering kan for eksempel også omfatte formatering av fotnoter til sluttnoter. Slike endringer kan ikke anses som «bearbeidet materiale», i alle fall så lenge notene er umiddelbart tilgjengelig, for eksempel ved en lenke til den aktuelle sluttnoten eller ved at noten kommer opp i en egen boks når man fører musen over noten.

For andre typer verk enn litterære verk kan det riktignok oppstå grensespørsmål i tilfeller hvor lisenstaker anvender det lisensierte materialet sammen med annet materiale

⁵⁰ Se ovenfor i punkt 2.2.1.

uten at dette endres. Definisjonen i CC avsnitt 1(a) andre punktum angir for eksempel at bruk av lisensiert musikk og lydopptak anses som «bearbeidet materiale» dersom disse «er synkronisert i tidsbestemt forhold til et bevegelig bilde». Dette omfatter alle tilfeller der man i etterproduksjonen av en film legger på et CC-lisensiert lydspor. Ut over dette tilsier at CC BY-ND og CC BY NC-ND heller ikke gir tillatelse til at materialet blir satt inn i en vesentlig ny sammenheng. Dette vil for eksempel være tilfeller der en lisensiert film benyttes som del av en annen film, eller lisensierte bilder benyttes som del av en collage.

Dette er ikke fullt så praktisk ved bruk av akademiske artikler, fordi slik bruk i en annen sammenheng ofte vil forutsette at man endrer artikkelen. Man kan riktignok tenke seg tilfeller hvor en artikkel settes inn i en støtende sammenheng, for eksempel ved at en fagartikkel publiseres sammen med antisemittisk litteratur og påberopes til støtte for denne. Slik bruk endrer imidlertid ikke meningsinnholdet i teksten på samme måte som bruk av et bilde i en collage og lignende kan anses å endre dette når det settes inn i en annen sammenheng. Dette tilsier at lisensgiver i så fall må påtale slik bruk av tekst en i uendret form som en krenkelse av respektretten i åvl. § 5 andre ledd.⁵¹

Et særlig spørsmål oppstår ved såkalt tekst- og datautvinning («text and data mining»). Med dette menes automatisert analyse som brukes for å finne mønstre, sammenhenger og trender i store digitale datasett.⁵² Slike analyser forbindes gjerne med begreper som «big data». Prosessen bak tekst- og datautvinning består typisk i å (i) identifisere hvilke data som skal analyseres; (ii) kopiere dataene, ved å prosessere dem til et maskinlesbart format, eventuelt lagre dataene for videre behandling; (iii) ekstrahere relevante data; (iv) rekombinere dataene for å identifisere relevante mønstre.⁵³

Dersom dataene som behandles representerer åndsverk, innebærer dette at det på ett eller flere steder i denne prosessen fremstilles eksemplarer av verket. Det kan nok tenkes at enkelte deler av prosessen omfattes av unntaket for midlertidige eksemplarer i § 4. For alle praktiske formål innebærer imidlertid tekst- og datautvinning at det fremstilles eksemplar av verket etter åvl. § 3 første ledd bokstav a som forutsetter samtykke fra opphaver.

Tekst- og datautvinning innebærer i mange tilfeller også at det fremstilles bearbejdede versjoner av det lisensierte verket etter CC avsnitt 2(a)(1)B, jf. CC avsnitt(1)(a). CC BY-ND og CC BY-NC-ND avsnitt 2(a)(1)B tillater imidlertid at det fremstilles eksemplarer av modifiserte versjoner av verket. Dette innebærer at tekst- og datautvinning

⁵¹ Se nærmere ovenfor i punkt 2.2.2.3.

⁵² Jf. digitalmarkedsdirektivet (2019/790/EU) artikkel 2. nr. 2.

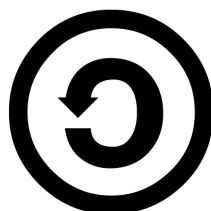
⁵³ Se Geiger m.fl., The exception for text and data mining (TDM) in the proposed directive on copyright in the digital single market – legal aspects, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2018-02 s. 5.

kan utføres på materiale som er lisensiert under CC BY-ND og CC BY-NC-ND. Det er først når de modifiserte versjonene gjøres tilgjengelig for allmennheten. Dette kan for eksempel skje ved at en sluttbruker som har gjennomført en dataanalyse også får presentert tekstutdrag fra det analyserte materialet. Creative Commons-lisensene som forbyr kommersiell bruk (CC BY-NC, CC-NC-SA og CC BY-NC-ND) forbyr i avsnitt 2(a)(1)A og B *både* tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling som har et kommersielt formål. Disse lisensene forbyr derfor i praksis kommersiell tekst- og datautvinning uavhengig av om de gir tillatelse til bearbeidelser.

Oppsummert innebærer dette at selve analysen av data som del av tekst- og datautvinning er uproblematisk under CC-lisenser som ikke gir tillatelse til bearbeidelser (ND). Kommersiell tekst- og dataanalyse er derimot ikke mulig under lisensene som forbyr kommersiell bruk (NC).

2.3.5 Gjensidighet

To av CC-lisensene tillater modifikasjoner som beskrevet ovenfor i punkt 2.3.3, men bare dersom tilgjengeliggjøring av modifikasjonen gjøres på samme vilkår.⁵⁴ Dette vilkåret om gjensidighet innebærer at lisenstaker må gi andre lisens til å utnytte sin modifikasjon under samme eller tilsvarende lisens han selv har fått tillatelse til å utnytte materialet under. I åpne lisenser for programvare (åpne programvarelisenser), betegnes slike gjensidighetsvilkår gjerne som copyleft-klausuler.⁵⁵ Materiale som er lisensiert under disse gjensidighetslisensene merkes i enkelte tilfeller med følgende tegn:



Kravet om gjensidighet er regulert i CC BY-SA og CC BY-NC-SA avsnitt 3(b): «[D]ersom Du deler Bearbeidet Materiale som Du har laget ... [må Du anvende] ... en Creative Commons-lisens med de samme Lisenselementene». Dette kan være den

⁵⁴ Creative Commons Navngivelse-Del på samme vilkår (CC BY-SA) og Creative Commons Navngivelse-Ikke-kommersiell-Del på samme vilkår (CC BY-NC-SA).

⁵⁵ Se nærmere, Kielland, «Copyleft», CompLex 7/2005.

samme lisensen, dvs. enten CC-BY-SA eller CC BY-NC-SA, eller en tidligere versjon av den samme lisensen.⁵⁶

Gjensidighetsvilkåret utløses av at lisenstaker gjør en modifikasjon tilgjengelig for allmennheten, jf. CC avsnitt 3(b) («dersom du deler»). Dette innebærer at lisenstaker fritt kan fremstille eksemplarer av bearbeidet materiale og tilgjengeliggjøre dette innenfor en privat krets. Det er først når bearbeidet materiale gjøres tilgjengelig for allmennheten, for eksempel ved at fysiske eksemplarer spres utenfor en privat krets eller materialet gjøres tilgjengelig på internett at vilkåret om gjensidighet slår inn.

2.4 Creative Commons-lisensene og opphavsrettens ideelle rettigheter

Etter CC avsnitt 2(b)1 fraskriver lisensgiver seg, i den grad det er mulig, retten til å påberope seg ideelle rettigheter i den grad dette er nødvendig for utnyttelse av det lisensierte materialet i henhold til lisensen. De ideelle rettighetene i åvl. § 5 er i utgangspunktet uoverdragelige, men kan likevel overdras dersom det er snakk om «bruk av verket som er avgrenset etter art og omfang», jf. § 5 tredje ledd.⁵⁷ Lærebokeeksempelet her er Østre Landsrets dom i U 1997/975 Ø (Three days of the Condor). Filmen «Three days of the Condor» hadde her blitt beskåret fra det opprinnelige 2,35:1-formatet til 4:3-format, slik at denne kunne fylle hele skjermen på datidens TVer (såkalt «panscanning»). Dette ble ansett som en krenkelse av respektretten til regissøren Sidney Pollack. Gjennom avtale var imidlertid produsenten berettiget til å klippe og redigere filmen til en egen tv-versjon av denne. På det aktuelle tidspunktet i 1975 var panscanning en vanlig fremgangsmåte for å tilpasse spillefilm til TV, og det fremsto da som en nærliggende mulighet at dette også ble gjort med «Tre dager for Condor». Bestemmelsene i avtalen som tillot utarbeidelse av en egen TV-versjon måtte anses som en bruk som var avgrenset etter art og omfang, og dette innebar at Pollack lovlig hadde akseptert at det ble fremstilt en panscannet versjon.

De fire Creative Commons-lisensene som tillater bearbeidelser gir på sin side tillatelse til alle endringer av verket som krever tillatelse fra opphaver. Dette kan åpenbart ikke anses som «bruk av verket som er avgrenset etter art og omfang». Lisensiering under en Creative Commons-lisens innebærer med andre ord ikke at opphaver har fraskrevet seg retten til å påtale krenkelser av respektretten etter åvl. § 5 andre ledd.

⁵⁶ I tillegg finnes det visse andre lisenser som er «kompatible» med disse lisensene og som man derfor også kan lisensiere under, jf. CC-BY-SA og CC BY-NC-SA § 1, a. Disse kompatible lisensene er listet opp på <https://creativecommons.org/share-your-work/licensing-considerations/compatible-licenses/>.

⁵⁷ Retten til å kreve ikke å bli navngitt eller at endringer blir tilfredsstillende angitt etter åvl. § 5 fjerde ledd er derimot uoverdragelig.

2.5 Oppsigelse og håndhevelse av lisenser for åpent innhold

Et første spørsmål er om opphaver som lisensgiver kan *si opp* lisensen. Opphaver kan naturligvis ta ned en artikkel fra nettet dersom han har lastet den opp selv. Spørsmålet her er om han også kan trekke tilbake lisensen overfor lisenstakere som allerede har lastet den ned og fått rettigheter etter en åpen lisens. Norsk rett har ikke, som visse andre europeiske land, regler om «droit de repentir» – der opphaver kan kalle opphavsretten tilbake mot at lisenstaker ytes økonomisk kompensasjon. Spørsmålet blir derfor utelukkende om lisensgiver avtalerettslig sett kan si opp lisensen. En tidsubegrenset avtale kan som hovedregel sies opp fra begge parter side dersom det ikke finnes holdepunkter for annet.⁵⁸ Det følger av CC avsnitt 2(a)(1) at lisensen som gis etter Creative Commons-lisensene er «ugjenkallelig». Formålet med lisensiering under en åpen lisens tilsier også at slike lisenser anses å være uoppsigelige.⁵⁹

Et annet spørsmål er derimot om lisensen opphører dersom *lisenstaker bryter vilkårene i lisensen*. Det følger av CC avsnitt 6(a) andre punktum at dersom lisenstaker «ikke overholder [vilkårene i lisensen] vil de rettigheter [som] er gitt under denne ... automatisk opphøre». Et slikt vilkårsbrudd kan for eksempel bestå i tilgjengeliggjøring av bearbeidelser under en av det to ND-lisensene eller manglende navngivelse. Det kreves ikke at bruddet på lisensen er av et visst omfang eller en viss grovhet. Det er heller ikke nødvendig at lisenstaker gis varsel om vilkårsbruddet og at dette vil føre til opphør – lisensen opphører automatisk som en følge av vilkårsbruddet. Et slikt brudd på vilkårene innebærer at lisenstaker ikke lenger har tillatelse til å bruke det lisensierte materialet. Etterfølgende bruk vil da innebære et opphavsrettsinngrep.

Dersom lisenstaker retter opp vilkårsbruddet, for eksempel ved å fjerne bearbeidelsen fra nettet eller sørge for at rettighetshaver blir navngitt, gjeninnsettes imidlertid lisensen, jf. CC avsnitt 6(b) første ledd nr. 1. Forutsetningen er at lisenstaker retter opp vilkårsbruddet innen 30 dager etter at han har blitt gjort kjent med overtredelsen. Avtalerettslig sett kan lisensgiver naturligvis også selv velge å gi ny lisens til tross for opphøret, noe som er presisert i CC § 6(b) første ledd nr. 2. Gjeninnsettelse av lisensen forhindrer imidlertid ikke at lisenstaker kan gjøre gjeldende sanksjoner som følge av vilkårsbruddet, jf. CC avsnitt 6(b) andre ledd.

Ut over dette vil brudd på vilkårene i Creative Commons-lisens i visse tilfeller utgjøre et direkte opphavsrettsinngrep.⁶⁰ Dette må i alle fall gjelde for brudd på som

⁵⁸ Jf. Rt. 1999 s. 1672 på s. 1680.

⁵⁹ Se tilsvarende mht. åpne programvarelisenser, Kielland, «Rettslige problemstillinger ved åpen programvare i norsk rett», Lov og Rett 2007 s. 422.

⁶⁰ Se nærmere om vilkårene i åpne programvarelisenser som opphavsrettslig virkende vilkår, Kielland, «Copleft» i CompLex 7/2005. Se generelt om opphavsrettslig virkende vilkår, Rognstad, Spredning av verkseksemplar 1999 s. 332-355.

forbudene mot bearbeidelser og kommersiell bruk og trolig også for vilkåret om gjensidighet.

Det kan også oppstå spørsmål om lisensgivers ansvar overfor lisenstaker. Hvis lisensgiver tilgjengeliggjør materiale som han ikke har rettigheter til under en åpen lisens, vil dette normalt innebære et inngrep i rettighetene til rette rettighetshaver. Det samme vil være tilfellet der lisensgiver bare er gitt en begrenset rett som han går ut over. Lisensgiver er for eksempel gitt tillatelse til å bruke en artikkel internt i en bedrift og legger denne ut på nett under en åpen lisens. På samme måte vil mottakere av materialet som bruker dette i den tro at den åpne lisensen er reell, begå et inngrep overfor den reelle rettighetshaver. Dette reiser spørsmål om lisensgivers ansvar for rettsmangel (vanhjemmel) overfor lisenstaker. Dette vil ikke bli behandlet nærmere i det følgende.⁶¹

2.6 Lovvalg

Verk som er lisensiert under Creative Commons-lisenser vil typisk gjøres tilgjengelig over internett, og dermed tilgjengeliggjøres fra ett land og potensielt være tilgjengelig over hele verden. Dette innebærer at det må foretas et lovvalg for å avgjøre hvilke(t) lands rett som skal anvendes på forholdet. Det må her skilles mellom spørsmål som knytter seg til selve opphavsrettighetene og spørsmål som knyttes til overdragelse av disse rettighetene gjennom avtale. Spørsmål som knytter seg til opphavsrettens økonomiske og ideelle rettigheters opphav, eksistens, omfang og rettsvirkninger reguleres av det man gjerne betegner som opphavsrettsstatuttet. Spørsmål som knytter seg til inngåelse, innhold og rettsvirkninger av en avtale om overdragelse av opphavsrettigheter reguleres av det man gjerne betegner som kontraktstatuttet. I samsvar med prinsippet om avtalefrihet kan lovvalget for lisensen som kontakt som hovedregel avtales. Lovvalget for opphavsretten kan derimot ikke avtales.

Opphavsrettsstatuttet har tradisjonelt vært ansett å utpeke landet hvor opphaver krever beskyttelse, den såkalte *lex loci protectionis*. Gitt at opphavsretten etter territorialitetsprinsippet i utgangspunktet anses å være begrenset til utnyttelse som skjer på den enkelte stats territorium, innebærer dette et lovvalg i favør av stedet hvor opphavsretten fysisk utnyttes. Dette volder imidlertid problemer der en handling som fysisk foretas i Norge også har virkninger i utlandet eller en handling i utlandet også har virkning i Norge, for eksempel ved tilgjengeliggjøring av verk på internett.

Det kan her være fristende å anvende et senderlandsprinsipp, hvor man anvender opphavsretten i landet hvor verket er tilgjengeliggjort fra slik man som hovedregel gjør

⁶¹ Se nærmere om vanhjemmel i åpne programvarelisenser, Kleiva, «Åpen programvare», *CompLex* 1/2009 s. 99-122.

for kringkastingssendinger.⁶² For tilgjengeliggjøring på internett kan det imidlertid være vanskelig å utpeke et slikt senderland. Er dette landet hvor den som laster opp verket fysisk befinner seg, et av flere land hvor servere verket er lagret på befinner seg eller landet hvor selskapet som står bak opplastingen er etablert?

Da fremstår mottakerlandets rett som et mer hensiktsmessig lovvalg. Dette vil være landet hvor verket treffet sitt publikum og gir grunnlag for en opplevelse av verket, og hvor opphavsmannens rett til verket derfor bør veies opp mot allmennhetens tilgang til det. Fra et nasjonalt ståsted fremstår mottakerlandets rett også som det mest attraktive lovvalget, først og fremst fordi dette for alle praktiske formål vil innebære at domstol-landets land (lex fori) legges til grunn.

En vesentlig innvending mot mottakerlandet som handlingsstedet er at dette i prinsippet gjør at en og samme handling reguleres av alle lands rett hvor man har tilgang til internett. Dette tilsier mottakerlandet bare utpekes som lovvalg dersom innholdet som formidlet er rettet mot det aktuelle landet. Dette legges til grunn av EU-domstolen i C-173/11 Football Dataco II, som gjaldt tilgjengeliggjøring av en database fra Tyskland for et engelsk publikum. EU-domstolen la her vekt på at databasen inneholdt opplysninger om fotballkamper i engelsk og skotsk liga, noe som måtte anses å ha særlig interesse i Storbritannia.⁶³ Videre ble det lagt vekt på at det tyske selskapet direkte hadde henvendt seg til britiske brukere, og at disse nettsidene var utformet på engelsk.⁶⁴ Dette vil innebære at åndsverkloven i alle fall er anvendelig i tilfeller hvor innholdet som tilgjengeliggjøres er rettet mot Norge.⁶⁵

Dette bør riktignok suppleres med en individualiserende metode, hvor lovvalget avgjøres etter en totalbedømmelse av hvilket land saksforholdet har nærmest tilknytning. Behovet for en slik supplerende regel vil primært oppstå i tilfeller hvor innholdet ikke er rettet mot bestemte land. I slike tilfeller vil avsenderlandet, mer konkret i form av avsenders bopel eller forretningssted, i mange tilfeller fremstå som det mest nærliggende lovvalget. Dette vil gjøre norsk opphavsrett til lovvalget også for tilgjengeliggjøring på internett hvor innholdet ikke er rettet mot en eller flere bestemte land.

I og med at Creative Commons-lisensene ikke inneholder lovvalgskalusuler, avgjøres lovvalget for lisensen som kontrakt av deklarasjonelle lovvalsregler. Norsk rett har tradisjonelt lagt til grunn at lovvalget i kontrakt bestemmes av den individualiserende metode, hvor man foretar en helhetsvurdering av alle de relevante tilknytningskriteriene i kontraktsforholdet. Romakonvensjonen om lovvalg i kontraktsforhold

⁶² For satellittsendinger har dette senderlandsprinsippet kommet til uttrykk i satellitt- og kabeldirektivet (Rdir. 93/83/EØF) artikkel art. 1 (2) , litra b).

⁶³ Jf. C-173/11 Football Dataco II, avsnitt 40.

⁶⁴ Jf. C-173/11 Football Dataco II, avsnitt 41-42.

⁶⁵ Jf. Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 556.

artikkel 4 nr. 1 angir spesifikke tilknytningskriterier for en rekke spesifiserte avtaler. Opphavsrettsavtaler er ikke blant disse, og reguleres da av artikkel 4 nr. 2, som angir at avtaler som ikke omfattes av nr. 1 skal reguleres av loven i landet hvor parten som presterer avtalens karakteristiske ytelse har sin bopel. Dette vil typisk være realdebitors bopel.⁶⁶

I opphavsrettsavtaler er det riktignok ikke alltid gitt hva som er den karakteristiske ytelsen, idet både overdragelsen av opphavsretten og en eventuell forpliktelse til å utnytte den vil utgjøre en realytelse. Åpne lisenser består i en enkel lisens til å utnytte det lisensierte verket. Lisenstaker påtar seg ingen plikter til å utnytte verket og det ytes normalt heller ikke vederlag for lisensen. De eneste pliktene lisenstaker i realiteten påtar seg er plikten til å navngi opphaver angi dersom han har endret det lisensierte materialet. To av CC-lisensene forutsetter riktignok at lisenstaker tilgjengeliggjør modifikasjoner på samme vilkåret. Dette kravet til gjensidighet gjelder bare der lisenstaker faktisk velger å tilgjengeliggjøre sin modifikasjon; han har ingen plikt til hverken å frembringe en modifikasjon eller til å tilgjengeliggjøre den. Den karakteristiske ytelsen under en åpen lisens må derfor anses å være lisensen til å utnytte verket. En åpen lisens vil derfor normalt ha sin nærmeste tilknytning til stedet hvor lisensgiver har sin bopel. Dette innebærer at om opphaver som lisensierer sitt verk under en åpen lisens har bopel i Norge, reguleres lisensen av norsk kontraktsrett.

2.7 Bruk av åpne lisenser ved akademisk publisering

2.7.1 Tilgjengeliggjøring under en åpen lisens som sådan

Åpen publisering av vitenskapelige verk fremstår i utgangspunktet som svært egnet for å oppnå formålet med økt tilgjengeliggjøring, da materialet ikke bare gjøres tilgjengelig, men gir også mottaker mulighet til videre tilgjengeliggjøring. Åpen publisering tar riktignok bort mye at det kommersielle potensialet til det som publiseres, i og med at materialet kan gjøres tilgjengelig av alle som ønsker det. Akademiske artikler har imidlertid i alle tilfeller et begrenset kommersielt potensiale for opphaver, fordi forskere som publiserer i norske og internasjonale tidsskrifter i mange tilfeller vil fraskrive seg disse rettighetene for å få artikkelen publisert. Forfatterne får dessuten bare i unntakstilfeller betalt for slik publisering, og i den grad det gis betaling er det i praksis bare snakk om en symbolsk sum.

⁶⁶ Jf. Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område 2013 s. 231 flg.

2.7.2 Tilgjengeliggjøring under en åpen lisens som gir tillatelse til kommersiell utnyttelse

Som redegjort for ovenfor i punkt 2.2.3 gir alle Creative Commons lisensene, med unntak av de tre NC-lisensene, tillatelse til kommersiell bruk av det lisensierte materialet. Dette innebærer at lisenstaker ikke bare gis tillatelse til å bruke og tilgjengeliggjøre det lisensierte materialet, men også til å gjøre dette med et kommersielt formål. Denne begrensningen knyttet til kommersiell utnyttelse av artikler og andre forskningsresultater synes umiddelbart å være velbegrunnet. I og med at materialet allerede er gjort tilgjengelig og mottakerne også er gitt lisens til selv å tilgjengeliggjøre dette, fremstår det ikke å være noen umiddelbar grunn til at materialet også skal kunne utnyttes kommersielt.

Formålet med å holde tilbake en utnyttelse ved lisensiering vil videre som regel være for å selv å kunne utnytte denne retten eller tillate andre å gjøre det. Lisensiering under en åpen lisens innebærer imidlertid at det lisensierte materialet gjøres åpent tilgjengelig på nett samtidig som mottakere av materialet gis tillatelse til å tilgjengeliggjøre det videre. Dette innebærer at potensialet for å utnytte materiale som er lisensiert under en åpen lisens generelt er lavt, fordi betalingsviljen for å betale for noe som allerede er gratis tilgjengelig på nett naturlig nok vil være liten. Grensene for hva som utgjør kommersiell utnyttelse etter Creative Commons-lisensene er imidlertid uklare.⁶⁷ Et forbud mot kommersiell utnyttelse vil derfor kunne motvirke bruk av materialet som har et visst kommersielt preg, men likevel ville vært ønskelig, for eksempel kommersiell tekst- og datautvinning.

Bruk av åpne lisenser som ikke gir tillatelse til kommersiell utnyttelse har derfor primært som formål å hindre andres kommersielle utnyttelse. Potensialet for slik kommersiell utnyttelse vil imidlertid være ganske begrenset. Man kan imidlertid tenke publisering av artikler som er lisensiert under åpne lisenser i trykte antologier. Mer aktuelt er nok tidsskriftbaser o.l. som publiserer materiale fra både åpne og lukkede kilder mot en abonnementsavgift. Det vil her ligge en merverdi i at mye materiale er samlet og organisert på ett sted.

2.7.3 Tilgjengeliggjøring under en åpen lisens som gir tillatelse bearbeidelser

Den mest omfattende av CC-lisensene CC BY, gir ikke bare tillatelse til å tilgjengeliggjøre det lisensierte materialet i opprinnelig form, men også til tilgjengeliggjøre endrede versjoner av dette.⁶⁸ Denne retten til å endre og bearbeide verket omfatter som forklart

⁶⁷ Se nærmere ovenfor i punkt 2.3.3.

⁶⁸ Det samme er tilfellet for CC BY-NC, men her er det derimot ikke gitt tillatelse til kommersiell bruk. Tilsvarende gjelder CC-BY-SA, men her er det en forutsetning at bearbeidelser lisensieres på samme vilkår og CC-BY-SA-NC, hvor det i tillegg ikke er gitt tillatelse til kommersiell bruk.

ovenfor i punkt 2.3.4 alle endringer, fra små rettelser, utklipp av deler, sette hele eller deler inn i en ny sammenheng til større omskrivninger og oversettelser.

Det er en sentral del av den akademiske integriteten at en forsker skal kunne stå inne for det han publiserer. Forskeren skal derimot ikke tillegges andre meninger enn de han selv har gitt uttrykk for. Andre skal heller ikke kunne ta æren for forskerens arbeid. I motsetning til skjønnlitterære verk som i stort omfang oversettes og bearbeides til bruk gjennom andre kunstformer som film og teater, lages det sjelden bearbeidede versjoner av vitenskapelige verk. Dette har gode grunner for seg. I motsetning til de fleste skjønnlitterære verk er det ved utnyttelse av vitenskapelige verk sentralt at meningsinnholdet gjengis så presist som mulig. Dette henger ikke bare sammen med at forfatteren av et vitenskapelig verk ikke skal bli assosiert med standpunkter han ikke står inne for, men også at han ikke ønsker at slike feilaktige standpunkter skal publiseres basert på hans verk. Det er etter dette ganske klart at muligheten for å frembringe bearbeidelser av forskningsartikler medfører en risiko for eksempelvis oppstyking, forkorting eller dårlige oversettelser av artikkelen, som kan komme i konflikt med hensynet til forfatters akademiske integritet.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om dette kan avhjelpes gjennom bestemmelser i Creative Commons-lisensene, opphavers ideelle rettigheter og forskningsetiske normer. Etter CC avsnitt 3(a)(1)B skal lisenstaker «indikere» endringer han har gjort i det lisensierte materialet. Som redegjort for ovenfor i punkt 2.3.2. innebærer dette neppe særlig mer enn å angi at det er gjort endringer og i høyden beskrive disse overfladisk. Dersom verket er gjort tilgjengelig i strid med respektretten i åvl. § 5 andre ledd, kan opphaver etter § 5 fjerde ledd imidlertid kreve «at det på en tilfredsstillende måte angis at endringene ikke skriver seg fra opphaveren». Som forklart ovenfor i punkt 2.3.2 går denne bestemmelsen lengre enn CC avsnitt 3(a)(1)B, og forutsetter en helt konkret angivelse av hvilke endringer som er gjort og en presisering av at disse ikke kan tilskrives opphaver.

Bestemmelsen forutsetter imidlertid at bruken er i strid med respektretten, og gir i praksis opphaver en valgett mellom å påtale en endring av verket som en krenkelse av respektretten etter § 5 andre ledd, eller å kreve ikke å bli navngitt eller at endringene blir angitt etter § 5 fjerde ledd. Det er imidlertid ikke helt klart hvor langt respektretten rekker ved endring av litterære verk. Det er i alle fall ikke gitt at enhver endring som en akademisk forfatter har grunn til å reagere på nødvendigvis innebærer en krenkelse av respektretten. Påberopelse av respektretten vil dessuten forutsette at utnyttelsen reguleres av norsk rett, eventuelt av et annet lands rett som beskytter opphavers ideelle rettigheter. På samme måte vil nok også forskningsetiske normer forutsette navngivelse og angivelse av endringer i større grad enn det som følger av lisensen.

Det kan riktignok innvendes at en god del av uønsket bearbeidelse som følge av lisensiering under en lisens som tillater dette, uansett vil være i strid med forskningsetiske normer. Det er imidlertid uklart hvor langt de forskningsetiske normene rekker. Det kan også være vanskelig å håndheve brudd på slike normer. Forskeren som blir utsatt for brudd blir i praksis også sittende med risikoen for å håndheve bruddet.

De forskningsetiske normene er dessuten ikke tilpasset en situasjon hvor det gis tillatelse til bearbeidelser. Forutsetningen for disse normene er at bruk av andres tekst i hovedsak er begrenset til sitater innenfor rammen av åvl. § 29. Etter denne sitatretten er gjengivelse av andres tekst i eget verk i praksis begrenset til korte gjengivelser som skal settes inn i en sammenheng. En tillatelse til alle former for bearbeidelser åpner derimot for gjengivelse av langt større mengder tekst uten at det stilles krav til at dette settes inn i en sammenheng. I tillegg gis det tillatelse til alt fra små rettelser til større omskrivninger, utklipp av deler av teksten og oversettelser. Når utgangspunktet er at dette er bruk det er gitt tillatelse til, vil de forskningsetiske normene potensielt også måtte tilpasse seg dette. På samme måte som etter respektretten i åvl. § 5 er det ganske klart at mer inngripende bruk vil kunne være i strid med forskningsetiske normer. Det er imidlertid like klart at langt fra enhver endring av det lisensierte materialet vil være i strid med slike normer.

Det kan videre stilles spørsmål om disse innvendingene avhjelpes av at man også krever at bearbeidelsen lisensieres under en åpen lisens. Slike gjensidighetsvilkår (SA – «Share Alike») forutsetter at bearbeidelsen også lisensieres under en åpen lisens. Dette innebærer at bearbeidelsen ikke kan «lukkes», men om den tilgjengeliggjøres må dette skje slik at også andre kan bearbeide bearbeidelsen videre. Det er imidlertid ikke dette som er problemet med å tillate bearbeidelser av vitenskapelige verk, men at retten til bearbeidelser overhodet gis. Innvendingene det er gjort rede for ovenfor avhjelpes derfor ikke ved bruk av en lisens med gjensidighetsvilkår.

Det eneste argumentet man da i realiteten står igjen med for å bruke lisenser som tillater bearbeidelser i akademisk publisering er da tilsynelatende at risikoen for urettmessig utnyttelse er liten. Selv om det ikke finnes undersøkelser som spesifikt har undersøkt dette, er det grunn å tro at dette medfører riktighet. Endel vitenskapelige verk lisensieres allerede under CC BY, og det er grunn til å tro at det aldri har blitt eller vil bli fremstilt bearbeidede versjoner av disse på grunnlag av lisensen.

Det er riktignok ikke hold i alle argumentene som har vært fremmet mot bruk av åpne lisenser som tillater bearbeidelser i akademisk sammenheng. Enkelte har hevdet at slik bruk tilsynelatende åpner for at andre aktører kan patentere oppfinnelser basert på slik forskning.⁶⁹ Patentering av en oppfinnelse forutsetter at oppfinnelsen er ny og skiller

⁶⁹ Se Carling m.fl., Plan S 2018 s. 42, med henvisning til Gudmund Hernes, «Åpen tilgang eller lukkede sinn», Dagens Næringsliv 13.11.2018, <https://www.dn.no/innlegg/iselin-nybo/john-arne-rotingeforskning/apen-tilgang-eller-lukkede-sinn/2-1-418588>.

seg vesentlig fra det som var kjent på søknadstidspunktet, jf. patl. § 2 første ledd. En oppfinnelse som direkte bygger på opplysninger i en publisert artikkel oppfyller med andre ord ikke dette nyhetskravet. Lisensiering under en CC-lisens som tillater bearbeidelser åpner derfor ikke for patentering basert på artikkelen, og synspunktet synes å bygge på en forveksling av opphavsrettigheter og patentrettigheter.

Oppsummert innebærer dette at det kan reises sterke innvendinger mot bruk av åpne lisenser som tillater bearbeidelser ved akademisk publisering eller annen tilgjengeliggjøring av forskningslitteratur: Åpne lisenser som tillater bearbeidelser er rett og slett lite kompatible med slik publisering.

2.8 Oppsummering

Creative Commons-lisensene gir svært vide tillatelser til bruk av det lisensierte materialet. Slik lisensiering innebærer imidlertid ikke at rettighetshaver fullt ut oppgir sine rettigheter til det lisensierte materialet. Tillatelsen til å utnytte materialet under en åpen lisens er derfor alltid underlagt visse begrensninger eller betinget av at den som utnytter materialet oppfyller visse vilkår.

En grunnforutsetning er at rettighetshaver navngis, og at det gjøres klart at materialet er lisensiert under en CC-lisens. Fire av de seks CC-lisensene legger begrensninger knyttet til modifikasjoner av det lisensierte materialet. To av disse forbyr modifikasjoner, og innebærer med andre ord at lisenstaker bare kan utnytte det lisensierte materialet i opprinnelig form, men ikke endre det. De to siste lisensene tillater modifikasjoner, men forutsetter at tilgjengeliggjøring av modifikasjonen også gjøres under en lisens som gir mottaker tilsvarende rettigheter.

Enkelte har hevdet at den mest omfattende Creative Commons-lisensen – CC BY – er i strid med norsk opphavsrett og de ideelle rettighetene etter åvl. § 5.⁷⁰ De ideelle rettighetene til respekt for verket og opphaver og retten til navngivelse etter åvl. § 5 første og andre ledd kan riktignok fraskrives dersom det er snakk om «bruk av verket som er avgrenset etter art og omfang», jf. åvl. § 5 tredje ledd. Creative Commons-lisensene innebærer imidlertid en ganske omfattende overdragelse, og innebærer derfor ikke at opphaver har fraskrevet seg retten til å påtale krenkelser av de ideelle rettighetene. Retten til å navngivelse og respekt for verket og opphaver vil derfor være i behold ved lisensiering under en CC-lisens.

CC-lisensene innebærer imidlertid en global lisens til å utnytte det lisensierte materialet. Ved utnyttelse utenfor Norge, som ikke reguleres av norsk opphavsrett, vil

⁷⁰ Se Forskerforbundet, Plan S – hva og hvorfor?, 18.3.2019, <https://www.forskerforbundet.no/nyheter/2019/plan-s-hva-og-hvorfor/> og Torvund, «Plan S strider mot akademisk frihet, ytringsfrihet og opphavsrett», Khrono 25.9.2018, <https://khrono.no/open-access-publisering-plan-s/plan-s-strider-mot-akademisk-frihet-ytringsfrihet-og-opphavsrett/238930>.

man ikke nødvendigvis ha de samme ideelle rettighetene som etter norsk rett. Det finnes da ingen bestemmelser i lisensen som gir et tilsvarende vern på kontraktsrettslig grunnlag. I den grad selve den kontraktsrettslige overdragelsen reguleres av norsk rett, noe den normalt vil gjøre dersom lisensgiver har bopel i Norge, kan man i teorien tenke seg anvendelse av norske avtalerettslige lempings- og ugyldighetsregler. Den mest aktuelle bestemmelsen her er trolig avtaleloven § 36. Det er imidlertid vanskelig å se for seg at lisensiering under en Creative Commons-lisens skal anses å være «urimelig» etter denne bestemmelsen.

3 Rettslige reguleringer av og pålegg om åpen publisering

3.1 Innledning

Om man ønsker åpen publisering av forskningsartikler er det mye man kan gjøre for å legge til rette for slik publisering. Slike tiltak kan for eksempel bestå i generelle oppfordringer til åpen publisering, lett tilgang til finansieringsordninger for egenbetaling for åpen publisering, avtaler med forlag som tillater åpen publisering uten egenbetaling, grunnfinansiering av norske tidsskrifter med åpen tilgang og andre ordninger som gjør det attraktivt å publisere med åpen tilgang. Dette reiser flere rettslige spørsmål, blant annet knyttet til klarering av rettigheter for å åpne for åpen publisering og avtalerettslige problemer knyttet til for eksempel «publiser og les»-avtaler. Dette er likevel spørsmål som ligger utenfor mandatet.

Det mandatet ber om svar på er om juridiske endringer er nødvendige for å nå målet om åpen tilgang, særlig hva angår hvordan forfatteren eller forskningsinstitusjonen kan beholde rettighetene som er nødvendige for å arkivere og tilgjengeliggjøre forskningsresultater. Som forklart ovenfor i punkt 1.2.3 og 1.2.4. vil forskeren ved tradisjonell publisering helt eller delvis overdra opphavsretten til det som publiseres til forlaget. Dersom det i tillegg til forlagsutgivelsen skal skje en åpen publisering av en versjon av artikkelen, for eksempel ved at denne egenarkiveres under en åpen lisens, er det en forutsetning at rettighetene til dette ikke overdras til forlaget. Dersom en artikkel skal publiseres i et åpent tidsskrift under en åpen lisens er det på samme måte en forutsetning at opphavsretten på forhånd ikke er overdratt.

Som det vil bli redegjort for nedenfor i punkt 3.2.1 ligger det under forskningsansattes akademiske frihet å selv velge hvordan deres forskningsresultater blir publisert. På samme måte har forskningsansatte opphavsrett til sine forskningsarbeider og denne går bare i svært begrenset grad over til forskningsinstitusjonen i kraft av arbeidsavtalen (punkt 3.2.2). Dette innebærer at det i utgangspunktet er opp til forskeren hvor han vil publisere sine forskningsarbeider og hvordan han vil disponere sin opphavsrett til disse.

Den forskningsansatte kan naturligvis frivillig velge å publisere sine forskningsresultater med åpen tilgang, og det oppstår da ikke et rettslig problem. Det er først når den forskningsansatte ønsker å publisere på annen måte at spørsmålet om å sikre at rettighetene til forskningsarbeidene ikke blir overdratt til forlag på en måte som hindrer tilgjengeliggjøring med åpen tilgang. Dette er imidlertid ikke bare et spørsmål om å

hindre at opphavsretten til forskningsarbeider i for stor grad blir overdratt. Åpen publisering forutsetter også at forskeren som opphaver selv overdrar deler av opphavsretten til forskningsarbeidene gjennom lisensiering under en åpen lisens.

Ønsker man å sikre at rettigheter til forskningsarbeider ikke overdras eksklusivt til forlag for publisering, reiser derfor spørsmål om ansatte i forskerstillinger kan *forpliktes til åpen publisering*, enten gjennom avtale eller gjennom pålegg fra forskningsinstitusjonen som arbeidsgiver eller en kombinasjon av disse.⁷¹ Konsekvensen av et brudd på et gyldig pålegg vil kunne være en advarsel fra arbeidsgiver eller i ytterste konsekvens, oppsigelse.

Dette reiser for det første spørsmål om Forskningsrådet kan stille publisering med åpen tilgang som vilkår for tildeling av finansiering av forskningsprosjekter (punkt 3.1). Slike avtaler om forskningsmidler inngås imidlertid mellom Forskningsrådet og institusjonen, noe som innebærer at forskere som leder eller deltar i det finansierte prosjektet ikke er part i avtalen. Dette reiser spørsmål om vilkår i avtalen mellom institusjonen og Forskningsrådet kan håndheves overfor forskerne. Institusjonene kan uansett ikke pålegges slik håndhevelse ut over en sanksjonering av brudd på kontrakten. De vil likevel ha en egeninteresse i å sørge for at slike avtaler blir oppfylt, blant annet med hensyn til institusjonens anseelse og mulighet for senere finansiering.

Regjeringen har imidlertid som mål at *alle* norske vitenskapelige artikler som er finansiert av offentlige midler skal være åpent tilgjengelige innen 2024. Dette reiser spørsmål for det andre spørsmål om ansatte i forskerstilling kan pålegges å sørge for at også annen forskningslitteratur de skriver innenfor stillingen kan publiseres med åpen tilgang. Dette kan enten skje ved at forskningsinstitusjonen overtar opphavsretten til artiklene for å sikre slik publisering (punkt 3.4), ved at forskerne pålegges å publisere i kanaler som tilbyr åpen tilgang (punkt 3.5) eller ved at forskerne pålegges å egenarkivere en versjon av den publiserte artikkelen under en åpen lisens (punkt 3.6).

Ansettelse i forskerstilling skiller seg fra endel andre arbeidsforhold på grunn av selvstendigheten i stillingen. Dette begrunnes først og fremst i den individuelle akademiske friheten forskere har til å velge emne, definere problemstilling og fastsette metode for sin forskning og til å avgjøre hvordan publisering skal skje (punkt 3.2.1). Dette gir seg også utslag i begrensninger knyttet til opphavsrettens overgang i arbeidsforhold ved forskningsinstitusjoner (punkt 3.2.2) og i forskningsinstitusjonens muligheter til å instruere ansatte i forskerstillinger (styringsretten) (punkt 3.2.3). Til sist vil ytringsfriheten i enkelte tilfeller utgjøre en skranke for slike pålegg. (punkt 3.2.4).

⁷¹ Et slikt pålegg kan også formuleres som et forbud mot publisering i kanaler som ikke tilbyr åpen publisering. Så lenge pålegget ikke innebærer et pålegg om publisering, slik at forskeren fritt kan velge om, hva og når han skal publisere, er realiteten imidlertid den samme: Den ansatte gis en instruks som begrenser hvor han kan publisere. Slike instruks vil i det følgende bli betegnet som et «pålegg».

Det vil riktignok også kunne være andre omstendigheter, både av rettslig og faktisk art, som kan være til hinder for å pålegge forskningsansatte å publisere med åpen tilgang. Disse vil primært knytte seg til manglende tilgang til åpen publisering i kanaler man ønsker og publisere i, begrenset tilgang til finansiering av slik publisering og faktiske hindringer knyttet til tilgang slik finansiering. Dette kan være fordi et prestisjefylt tidsskrift man ønsker å publisere i ikke tilbyr åpen publisering. Hvis aktuelle tidsskrift tilbyr åpen publisering mot betaling, kan vanskeligheter med å skaffe slik finansiering utgjøre en hindring for publisering i de kanaler man ønsker. Det kan også tenkes tilfeller hvor midler er tilgjengelig, men hvor man må gjennom tidkrevende prosess for å eventuelt få midler til slik publisering eller at de midler som finnes til åpen publisering er begrenset, og at institusjonen i slike tilfeller foretrekker publisering i tidsskrifter som tilbyr slik publisering til en lavere pris. Til sist kan publisering med åpen tilgang føre til at forskningsansatte mister mulighet til å søke på stipendordninger som forutsetter publisering som kan generere kollektive vederlagsmidler.⁷² Slike omstendigheter vil bare i begrenset grad bli berørt i det følgende.

3.2 Generelt om de rettslige rammene for reguleringer av og pålegg om åpen publisering

3.2.1 Akademisk frihet

Universitets- og høyskoleloven § 1-5 fastlegger institusjonenes faglige autonomi, og angir i første ledd første punktum at «[u]niversiteter og høyskoler skal fremme og verne akademisk frihet». Den individuelle akademiske friheten kommer til uttrykk i § 1-5 femte og sjette ledd. Etter femte ledd har den som er ansatt i forskerstilling «rett til å velge emne og metode for sin forskning eller sitt utviklingsarbeid innenfor de rammer som følger av ansettelsesforholdet eller særskilt avtale». Etter sjette ledd andre punktum har forskningsansatte videre «rett til å offentliggjøre sine resultater og skal sørge for at slik offentliggjøring skjer». Bestemmelsen innebærer at forskningsinstitusjoner som hovedregel ikke kan gripe inn i den enkeltes forskning og publiseringen av denne i kraft av å være arbeidsgiver.⁷³ Bestemmelsen legger med andre ord en arbeidsrettslig begrensning på styringsretten i universitets- og høyskolesektoren.

Universitets- og høyskoleloven gjelder ikke for instituttsektoren, helsesektoren og annen forskning utenfor universitetene og høyskolene.⁷⁴ Man må imidlertid legge til

⁷² Se for eksempel, Torvund, «Plan S strider mot akademisk frihet, ytringsfrihet og opphavsrett», Khrono 25.9.2018, <https://khrono.no/open-access-publisering-plan-s/plan-s-strider-mot-akademisk-frihet-ytringsfrihet-og-opphavsrett/238930>.

⁷³ Jf. NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 35.

⁷⁴ Endel forskningsansatte i helsesektoren har imidlertid i tillegg stillinger innenfor universitets- og høyskolesektoren.

grunn at det eksisterer lignende ulovfestede prinsipper om akademisk frihet knyttet til slike forskerstillinger. Slike forskerstillinger vil riktignok ha et mer «bundet» preg enn det som normalt er tilfellet for forskerstillinger på universitetene og høyskolene. Det kan derfor stilles spørsmål om disse prinsippene rekker fullt så langt som tilsvarende prinsippene om akademisk frihet i denne sektoren. Omfanget av en slik akademisk frihet utenfor universitets- og høyskolesektoren vil ikke bli drøftet nærmere her.

Underdal-utvalget, som sto bak NOU 2006:19 Akademisk frihet som dannet grunnlag for lovfesting av den individuelle akademiske friheten i uhl. § 1-5 i 2007, beskriver kjernen i den akademiske friheten slik:

«Regelens kjerne er en rett for den enkelte forsker til å velge emne, definere problemstilling og fastsette metode for sin forskning og til å avgjøre hvordan publisering skal skje. Denne ulovfestede regelen anses som en konsekvens av det vitenskapsideal som er utviklet som etisk og metodisk grunnlag for moderne forskning. Den er i første rekke begrunnet i at en slik frihet er påkrevd for at universiteter og høyskoler skal kunne innfri sitt formål og sine oppgaver ...»⁷⁵

Som utvalget påpeker er det «et grunnleggende forskningsetisk krav at den som vil være medlem av et større forskerfellesskap, må legge frem sine resultater og premissene for disse til kritisk vurdering av andre forskere», og at det bare er «forskningsresultater som er offentliggjort i overensstemmelse med fagets standarder for dette, [som] oppfyller det grunnleggende vitenskapelige krav om kritiserbarhet».⁷⁶ Offentliggjøring av forskningsresultater er også en sentral del av den plikten ansatte i forskerstillinger har til å forske, jf. uhl. § 1-5 sjette ledd andre punktum som gir forskningsansatte «rett til å offentliggjøre sine resultater og skal sørge for at slik offentliggjøring skjer».⁷⁷

Det kan imidlertid innvendes at åpen publisering både bidrar til å oppfylle undervisnings- og høyskolelovens overordnede formål og institusjonens plikter etter loven. Etter uhl. § 1-1 bokstav c er ett av lovens formål at institusjonene «formidler kunnskap om virksomheten og utbrer forståelse for prinsippet om faglig frihet og anvendelse av vitenskapelige og kunstneriske metoder og resultater, både i undervisningen av studenter, i egen virksomhet for øvrig og i offentlig forvaltning, kulturliv og næringsliv». Lovens § 1-3 bokstav d pålegger videre institusjonene å arbeide for å realisere lovens formål blant annet ved å «bidra til å spre og formidle resultater fra forskning og faglig og kunstnerisk utviklingsarbeid». Til sist pålegger § 1-5 sjette ledd institusjonene å

⁷⁵ NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 35.

⁷⁶ NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 46.

⁷⁷ Jf. NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 46.

«sørge for åpenhet om resultater fra forskning eller faglig eller kunstnerisk utviklingsarbeid».

Disse bestemmelsene innebærer imidlertid hverken at forskningsinstitusjonen kan pålegge sine ansatte å offentliggjøre bestemte arbeider eller forskningsresultater eller at dette skjer på et bestemt tidspunkt eller på en bestemt måte.⁷⁸ Når forskningsfriheten både innebærer at forskeren selv står fritt til å velge forskningstema og at forskningsresultatene skal være resultatet av et fritt og selvstendig arbeid, tilsier dette at forskeren også bør stå fritt til å bestemme når og hvordan han ønsker å formidle disse resultatene.⁷⁹

Ordlyden i uhl. § 1-5 sjette ledd andre punktum angir riktignok bare at forskningsansatte «har rett til å offentliggjøre sine resultater og skal sørge for at slik offentliggjøring skjer». Tatt på ordet sier ikke bestemmelsens første del om «rett» til offentliggjøring annet enn at forskeren ikke kan forhindres fra å publisere dersom han ønsker det. Plikten til å «sørge for at slik offentliggjøring skjer» trekker derimot klarere i retning av at forskeren også skal bestemme hvordan slik offentliggjøring skal skje.

Bakgrunnen for utformingen av bestemmelsen tilsier imidlertid at man ikke bør legge for mye i ordlyden. Utvalget hadde opprinnelig foreslått et femte ledd til § 1-5 hvor det ble angitt at forskningsansatte «har rett og plikt til å sørge for å offentliggjøre sine resultater».⁸⁰ Dette ble endret av departementet for at det ikke skulle fremstå som om forskningsansatte også har en produksjonsplikt.⁸¹ Forholdet til forskeren rett til å bestemme hvordan offentliggjøring skal skje er her ikke kommentert. Underdal-utvalget forutsetter imidlertid klart nok at en slik rett for forskeren til selv å velge tid og sted for offentliggjøring av forskningsresultater var en del av den eldre ulovfestede regelen, og at denne retten videreføres i uhl. § 1-5 sjette ledd. Denne retten må anses såpass sentral at det må forventes at departementet ville ha kommentert dette i proposisjonen dersom intensjonen var å legge en annen regel til grunn. Det må derfor legges til grunn at uhl. § 1-5 sjette ledd gir den enkelte forsker en rett til selv å bestemme hvordan offentliggjøring av hans forskningsresultater skal skje.

Kjernen i den akademiske friheten må anses ufravikelig (preseptorisk) i kontraktsrettslig forstand, slik at forskeren ikke kan fraskrive seg kjernen i disse rettighetene gjennom avtale.⁸² Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvor langt denne ufravikeligheten strekker seg. Det er klart at forskningsfriheten i noen grad vil kunne begrenses

⁷⁸ Jf. NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 46, Bernt, Universitets- og høyskoleloven 2016 s. 48, avsnitt 25.

⁷⁹ Se tilsvarende, «Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene», CompLex 1/2004.2004 s. 71-74.s. 111.

⁸⁰ NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 46.

⁸¹ Jf. Ot.prp.nr.67 (2006–2007) s. 14 og 20.

⁸² Jf. Giertsen, «Akademisk frihet vs. arbeidsgivers styringsrett», vedlegg 2 til NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 55.

gjennom avtale. Dette vil typisk kunne være tilfellet ved eksternfinansiert forskning, hvor finansieringen typisk forutsetter at det skal forskes innenfor et bestemt felt eller knyttet til en bestemt problemstilling. Innenfor rammene av dette vil den ansatte derimot stå fritt til å velge nærmere fremgangsmåte mv., og kan ikke instrueres nærmere om hvordan forskningen skal innrettes. Etter uhl. § 1-5 sjette ledd fjerde punktum kan institusjonens styre også samtykke til utsatt offentliggjøring av forskning når legitime hensyn tilsier det. Slik utsatt offentliggjøring vil ofte være begrunnet i at man skal kunne beskytte resultater av forskningen, typisk ved å søke patent på oppfinnelser.

Vurderingen av om den akademiske friheten kan begrenses gjennom avtale bør på bakgrunn av dette primært ta i betraktning hvor inngripende reguleringen er. Dette vil både kunne relatere seg til innholdet og omfanget av reguleringen. Hvis reguleringen innholdsmessig relaterer seg til kjernen av den akademiske friheten er det mer nærliggende å konstatere at reguleringen er uvirksom. På samme måte vil en generell regulering, som omfatter hele eller store deler av arbeidsforholdet, være mer inngripende enn en spesifikk avtale knyttet til et mer avgrenset prosjekt. Her vil også den forskningsansattes reelle muligheter til å la være å inngå avtalen også kunne være av betydning.

3.2.2 Opphavsrettens overgang i arbeidsforhold i forskerstillinger

Selv om et pålegg ikke begrenser forskningsansattes rett til å velge hvordan forskningsresultater skal publiseres eller på annen måte griper inn i den akademiske friheten, vil et pålegg om publisering i åpne tidsskrifter likevel innebære et pålegg om overdragelse av opphavsrett. Opphavsrett til åndsverk kan bare oppstå hos fysiske personer. Dersom andre enn forskeren som har skrevet et vitenskapelig verk skal ha rettigheter til dette, må det derfor skje en hel eller delvis overdragelse av rettighetene til verket. Hverken åndsverkloven eller universitets- og høyskoleloven gir bestemmelser om overdragelse av rettigheter fra ansatte i forskerstillinger. Slik rettighetsoverdragelse er heller ikke fastsatt i kollektive arbeidsavtaler.⁸³ Så vidt vites er det heller ikke vanlig med individuelle arbeidsavtaler som regulerer overgang av opphavsrettigheter i arbeidsforholdet.⁸⁴

De fleste universitet og høyskoler har imidlertid innført reglement for håndtering av ansattes rettigheter.⁸⁵ I den grad arbeidsavtalen viser til slike reglement, vil disse utgjøre

⁸³ Kollektive arbeidsavtaler – tariffavtaler – om overgang av rettigheter til åndsverk er derimot benyttet i mediesektoren.

⁸⁴ Forut for avgivelsen av sin andre innstilling i 2003 gjorde Immaterialrettsutvalget en undersøkelse blant representanter for de større universitetene og vitenskapelige høyskolene og enkelte andre institusjoner, hvor det også ble konkludert med at slike avtaler ikke var vanlige, se Immaterialrettsutvalget, «Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene», CompLex 1/2004.2004 s. 108, note 141.

⁸⁵ Se for eksempel Reglement om håndtering av ansattes rettigheter til forsknings- og arbeidsresultater ved Universitetet i Bergen, <https://regler.app.uib.no/regler/Del-2-Forskning-utdanning-og->

en del av denne i alle fall for ansatte som er ansatt etter at reglementet trådte i kraft. Disse reglementene innebærer imidlertid bare i begrenset grad overdragelse av opphavsrettigheter fra de ansatte til institusjonen. Reglene er også i stor grad en sammenfatning av de regler for slik overdragelse som uansett vil følge av forutsetninger ved ansettelsesforholdet. I den grad det i særlige tilfeller forutsettes at institusjonen skal få overdratt større rettigheter, forutsettes det i stor grad at det skal inngås individuelle avtaler om dette.

I mange tilfeller vil det ligge underforstått i et arbeidsforhold at arbeidsgiver skal overta visse rettigheter til å utnytte åndsverk som frembringes som en del av arbeidsforholdet. Det er for eksempel åpenbart at en avis får overdratt rett til å fremstille eksemplarer av og tilgjengeliggjøre journalistens artikler på nett og som en del av en trykt avis. Som det uttrykkes av Knoph: «[Når] avtalen nettopp går ut på at funksjonæren skal lage åndsverker, er det klart at prinsipalen får rett over dem i kraft av tjenesteforholdet».⁸⁶

Regelen innebærer imidlertid ikke en fullstendig overdragelse av opphavsretten til åndsverk som frembringes i arbeidsforhold. Arbeidsgiver «vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig hvis arbeidsavtalen skal nå sitt formål, men heller ikke mere».⁸⁷ Dette kan presiseres slik at arbeidsgiver overtar rett til åndsverket i det omfang dette er nødvendig for å utnytte verket i arbeidsgiverens normale virksomhet.⁸⁸ Dette synet utdypes av Kulturdepartementet i forarbeidene til endringen av åndsverkløven i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalen: «[O]pphavsrett til verk skapt i ansettelsesforhold, [vil] i mangel av annen avtale ... kunne anses overgått til arbeidsgiveren i den utstrekning det er nødvendig for at ansettelsesforholdet skal nå sitt formål og det dessuten er omfattet av arbeidstakerens oppgaver i arbeidsforholdet å skape slike verk.»⁸⁹

Regelen om opphavsrettens overgang i arbeidsforhold ble foreslått lovfestet i åndsverkløven § 71: «Opphavsrett til åndsverk som er skapt av en arbeidstaker går over til arbeidsgiveren i den utstrekning arbeidsforholdet forutsetter at det skapes åndsverk, og slik overgang er nødvendig og rimelig for at arbeidsforholdet skal nå sitt formål.»⁹⁰ I

formidling/2.1-Forskning/2.1.5-Formidling-og-forvaltning-av-forskningsresultater/Reglement-om-haandtering-av-ansattes-rettigheter-til-forsknings-og-arbeidsresultater-ved-Universitetet-i-Bergen.

⁸⁶ Knoph, Åndsretten 1936 s. 84.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Se Immaterialrettsutvalget, «Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene», CompLex 1/2004 s. 106.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 84 (1991-92) s. 21.

⁹⁰ Jf. Prop. 104 L (2015-2016) s. 255-258 og 336-337. Se tilsvarende forslaget i høringsutkastet § 5-6 første ledd første punktum: «Opphavsrett til verk som er skapt av arbeidstaker går med mindre annet er avtalt over til arbeidsgiver i den utstrekning det er nødvendig for at ansettelsesforholdet skal nå sitt formål», jf. Høringsnotat til forslag til ny åndsverkløve 2016 s. 274-277 og 350-352.

proposisjonen ble det i tillegg foreslått å lovfeste den tilsvarende regelen om opphavsrettens overgang i oppdragsforhold.⁹¹ Dette fikk flere av kunstnerorganisasjonene til å reagere, da man var redd for at en lovfesting av opphavsrettens overgang i oppdragsforhold kunne gjøre at verk skapt av selvstendige oppdragstakere ville gå over til oppdragsgiver i større grad enn tilfellet er i dag. Kulturkomiteen valgte derfor etter en samlet vurdering å ikke fremme proposisjonens forslag til § 71.⁹² Komiteen presiserte imidlertid at forslaget bare var ment være en kodifisering av gjeldende rett, og at gjeldende rett ikke skal tolkes som endret på bakgrunn av at forslaget trekkes.⁹³

I norsk og nordisk rett foreligger det en etablert sedvane om at rettigheter til forskningsarbeider som er skapt i arbeidsforhold ved offentlig universitet eller høyskole, ikke går over til arbeidsgiver.⁹⁴ Denne sedvanen har gode grunner for seg. Når forskningsfriheten både innebærer at forskeren selv står fritt til å velge forskningstema og at forskningsresultatene skal være resultatet av et fritt og selvstendig arbeid, tilsier dette at forskeren også bør stå fritt til å bestemme når og hvordan han ønsker å formidle disse resultatene.⁹⁵ Den enkelte forsker er i alle tilfeller nærmere til å vurdere når og hvordan forskningsresultatene skal formidles enn universitetet som institusjon.⁹⁶ Videre skiller forskningen ved universitetet seg fra andre arbeidsgivere hvor arbeidet består i å løse konkrete oppgaver knyttet til bedriftens virksomhet.⁹⁷ På denne måten skiller journalisten som skriver artikler for en avis seg vesentlig fra forskeren som skriver en artikkel eller en monografi.

Dette kan derimot stille seg annerledes ved oppdragsforskning og eksternfinansiert forskning, hvor institusjonen er engasjert av en ekstern oppdragsgiver til å utføre et forskningsprosjekt mot vederlag, eller får penger for å drive forskning på et bestemt område.⁹⁸ Finansieringen vil her typisk forutsette at det skal forskes innenfor et bestemt

⁹¹ Se nærmere nedenfor i punkt 3.2.

⁹² Jf. Innst. 258 L (2017-2018) s. 7.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Se Schaumburg-Müller «Videnskabeligt personales ophavsretlige stilling», NIR 1986 s. 286-289; Bing, «Akademiske forfatteres rettigheter til egne verk», Forskerforbundets skriftserie 2000 s. 12; Lund, «Immaterialretten og forskningen ved universiteter og høyskoler», NIR 2000 s. 621; Vigen, Arbeidstakers opphavsrett 2001 s. 64; Immaterialrettsutvalget, «Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene», CompLex 1/2004 s. 110; NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 39; Brinck-Jensen m.fl., Ansattes immaterielle rettigheter 2013 s. 39 og Schovsbo m.fl., Immaterialret 2015 s. 151.

⁹⁵ Se tilsvarende, Immaterialrettsutvalget, «Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene», CompLex 1/2004 s. 111.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Det samme vil gjelde private institusjoner som driver kommersiell oppdragsforskning, se tilsvarende, Vigen, Arbeidstakers opphavsrett 2001 s. 64.

felt eller knyttet til en bestemt problemstilling.⁹⁹ Innenfor rammene av dette vil den ansatte derimot stå fritt til å velge nærmere fremgangsmåte mv., og kan ikke instrueres nærmere om hvordan forskningen skal innrettes. Oppdragsgiver vil imidlertid i noen grad kunne bestemme form og tidspunkt for publisering. Det er likevel grenser for hva oppdragsgiver kan regulere. En forsker kan for eksempel ikke nektes å publisere resultater som er negative for oppdragsgiver.

Som en del av arbeidet vil ansatte ved universitetet også ofte skrive lærebøker som brukes i undervisningen. I utgangspunktet synes ikke begrunnelsen for at ansatte skal beholde rettighetene til forskningsarbeider å gjøre seg like sterkt gjeldende for lærebøker. Som Bing påpeker er det imidlertid ikke alltid lett å sonde mellom lærebøker og andre vitenskapelige og faglige fremstillinger.¹⁰⁰ Universitetsansatte har riktignok undervisningsplikt, men denne omfatter ikke plikt til å skrive lærebøker eller fremstille lignende undervisningsmateriale.¹⁰¹ Det er derfor ikke grunnlag for å anse at rettighetene til lærebøker og tilsvarende går over til universitetet som arbeidsgiver i større grad enn forskningsarbeider.¹⁰²

3.2.3 Forskningsinstitusjoners styringsrett

Rammene for ansatte i forsknings- og undervisningsstillinger ved universitet og høyskoler bestemmes av arbeidsavtalen og kollektive arbeidsavtaler (tariffavtaler). Disse må imidlertid utfylles gjennom det som betegnes som arbeidsgivers styringsrett, som angir arbeidsgivers ulovfestede kompetanse til å lede, fordele og kontrollere arbeidet.¹⁰³ Med grunnlag i denne styringsretten kan arbeidsgiver treffe visse ensidige beslutninger med virkning for arbeidstakers arbeidsplikt, som arbeidstaker må finne seg i dersom de ikke endrer «stillingens grunnpreg».¹⁰⁴ Arbeidsgiver kan imidlertid ikke ensidig regulere arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at stillingens grunnpreg blir et vesentlig annet enn det som direkte eller indirekte fremgår av arbeidsavtalen. Styringsretten overfor ansatte i forsknings- og undervisningsstillinger må imidlertid begrenses i lys av formålet med universitetets virksomhet og det særegne ved virksomheten og tradisjonene i universitets- og høyskolesektoren, slik disse formålene fremgår av uhl. § 1-1.

⁹⁹ Se nærmere NOU 2006:19 s. 24.

¹⁰⁰ Se Bing, «Akademiske forfatters rettigheter til egne verk», Forskerforbundets skriftserie 2000s. 9-10.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Se tilsvarende, op. cit. s. 10.

¹⁰³ Se Fougner, Endring i arbeidsforhold 2007 s. 24.

¹⁰⁴ Se Fougner, Endring i arbeidsforhold 2007 s. 15; Andersen, Fra arbeidslivets rett 1967 s. 101 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 241 og 250. Se derimot Fanebust, Oppsigelse i arbeidsforhold 2001 s. 34, som er mer reservert med hensyn til hvor klargjørende denne grunnpregsstandarden egentlig er, og Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 2006 s. 48 flg., som ser helt bort fra standarden.

Dette innebærer at styringsretten er svært begrenset i relasjon til de ansattes forskning. Forskningsfriheten innebærer at universitetet eller høyskolen som arbeidsgiver ikke kan instruere ansatte i forskerstillinger om hva de skal forske på, hvordan de skal formulere problemer i forskningen, hvilken metode som skal benyttes og hvilke resultater forskeren skal komme til. I noen grad vil retten til å velge hva det skal forskes på riktignok kunne begrenses gjennom avtale. Dette vil typisk kunne være tilfellet ved eksternfinansiert forskning, hvor finansieringen typisk forutsetter at det skal forskes innenfor et bestemt felt eller knyttet til en bestemt problemstilling. Innenfor rammene av dette vil den ansatte derimot stå fritt til å velge nærmere fremgangsmåte mv., og kan ikke instrueres nærmere om hvordan forskningen skal innrettes. Styringsretten i relasjon til undervisning og administrative spørsmål er derimot noe videre.¹⁰⁵

3.2.4 Menneskerettslige skranker

Til sist vil enkelte menneskerettslige regler utgjøre en skranke for hvor langt man går i å regulere forskningsansattes publiseringsmuligheter. Disse reglene vil både utgjøre en tolkningsfaktor ved tolkningen av eksisterende regler og sette rammer for hvor langt man kan gå i å lovregulere slik publisering. Her er det primært bestemmelsene om ytringsfrihet i Grl. § 100 og EMK artikkel 10 som vil være relevante. Etter Grl. § 100 andre ledd andre punktum kan ytringsfriheten riktignok begrenses gjennom «klart definerte grenser» og bare der «særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser». Tilsvarende kan ytringsfriheten etter EMK artikkel 10 nr. 2 begrenses når dette er «foreskrevet ved lov» og er «nødvendig i et demokratisk samfunn.

EUs charter for grunnleggende rettigheter har imidlertid også konkrete bestemmelser som beskytter forskningsfriheten og akademisk frihet i artikkel 13 nr. 2. I tillegg beskyttes immaterialrettigheter etter artikkel 17 nr. 2. EUs charter for grunnleggende rettigheter er imidlertid ikke gjort til en del av EØS-avtalen, og er derfor ikke direkte bindende for Norge. Norge har imidlertid gjennomført infosocdirektivet som er et av flere direktiver som beskytter opphavsretten. EU-domstolen legger i sine avgjørelser i C-469/17 Funke Medien og C-516/17 Spiegel til grunn at det skal gjøres en avveining mellom direktivets eneretter og avgrensningene av disse med grunnlag i charteret. Når Norge har gjennomført direktivet i norsk rett innebærer dette at man får bestemmelsene i charteret med «på kjøpet».¹⁰⁶ Infosocdirektivet regulerer imidlertid

¹⁰⁵ Se nærmere, Kielland, Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisning ved universitet og høyskoler 2018 s. 49 og Giertsen, «Akademisk frihet vs. arbeidsgivers styringsrett», vedlegg 2 til NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 53-56.

¹⁰⁶ Jf. Stenvik, «Kommentar til Høyesteretts kjennelse i Lovdata-saken (HR-2019-1725-A)», <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-hoyesteretts-kjennelse-i-lovdata-saken-HR-2019-1725-A>.

ikke overdragelse av opphavsrettigheter. EUs charter for grunnleggende rettigheter får derfor ikke direkte anvendelse på spørsmålet om overdragelse av rettigheter til forskningsartikler.

I praksis og teori har forholdet mellom ytringsfriheten og den akademiske friheten primært vært drøftet som et spørsmål om ansatte i undervisnings- og forskningsstillinger, i kraft av sin rolle som formidlere, bør ha et særlig vidt spillerom for frimodige ytringer.¹⁰⁷ Ytringsfrihetsspørsmål kan da oppstå der det legges begrensninger på forskningsansattes rett til å ytre seg eller hvor slike ytringer sanksjoneres i ettertid. Slike spørsmål kan også oppstå der det legges begrensninger på hvilket tidspunkt forskningsansatte kan publisere. Som forklart ovenfor i punkt 3.2.1 legger uhl. § 1-5 sjette ledd allerede begrensninger på institusjonens rett til å kreve utsatt publisering.

For spørsmålet om forskere som publiserer kan pålegges å publisere i kanaler som tilbyr åpen publisering, blir problemstillingen derimot en litt annen. Ytringsfriheten bygger i kjernen på en forutsetning om at all tilgjengelig informasjon er et gode, og at det er begrensninger i retten til å gjøre informasjon tilgjengelig som må begrunnes. I dette perspektivet er åpen publisering et ubetinget gode fordi det bidrar til å gjøre informasjon tilgjengelig for flere. Ytringsfriheten verner imidlertid også retten til ikke å ytre seg. Denne negative ytringsfriheten innebærer underforstått også til en viss grad en rett til å bestemme når, hvor og hvordan man ytrer seg.

3.3 Åpen publisering som vilkår for finansiering fra Forskningsrådet

Spørsmålet om ansatte i forskerstillinger kan forpliktes til åpen publisering reiser seg først som et spørsmål om Forskningsrådet og andre som finansierer forskning kan *stille publisering med åpen tilgang som et vilkår for tildeling av finansiering* av forskningsprosjekter. Et slikt vilkår kan forutsette egenarkivering under en åpen lisens, publisering i et abonnementsbasert tidsskrift som også tilbyr åpen publisering eller, i ytterste konsekvens, krav om publisering i et tidsskrift som bare publiserer artikler med åpen tilgang (såkalt gull åpen tilgang).¹⁰⁸ Det kan også tenkes en valgtrett, hvor man for eksempel kan velge mellom egenarkivering eller publisering i et åpent tidsskrift.

¹⁰⁷ Se for eksempel Giertsen, «Akademisk ytringsfrihet», vedlegg 1 til NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 50-52.

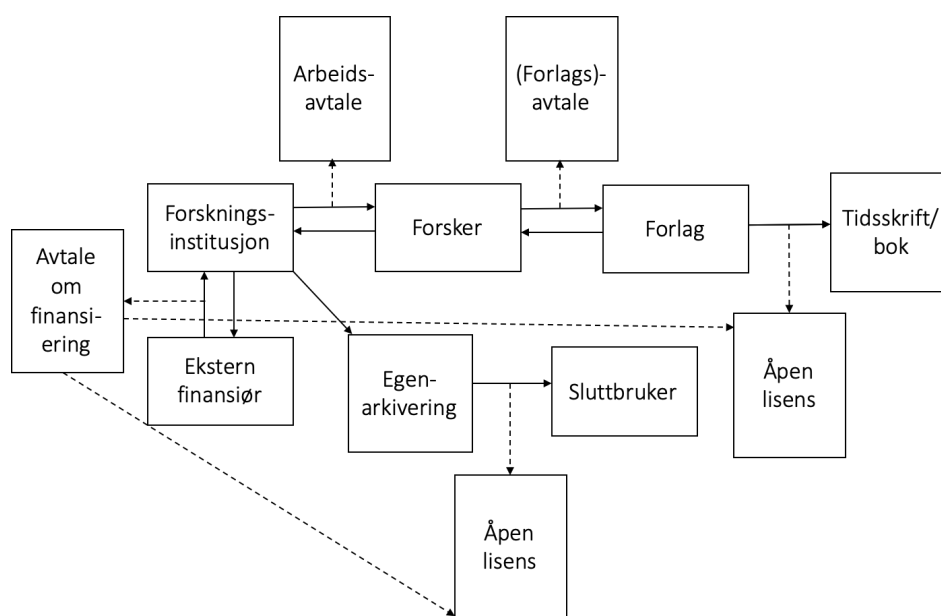
¹⁰⁸ Se nærmere, ovenfor i punkt 1.2.4.

Ved tildeling av midler fra Forskningsrådet inngås det en avtale mellom Forskningsrådet og institusjonen som mottar midlene. Dette avtalegrunnlaget består i praksis av Forskningsrådets generelle vilkår for FoU-prosjekter supplert med en mer spesifikk avtale som relaterer seg til det konkrete prosjektet.¹⁰⁹

Forskningsrådets generelle vilkår punkt 9.2 andre ledd angir i dag at

«[p]rosjektansvarlig skal arkivere en versjon av fagfellevurderte vitenskapelige artikler som bygger på forskning helt eller delvis finansiert av Forskningsrådet, i egnede, åpne digitale arkiv. Den arkiverte versjonen skal ha samme innhold og form som versjonen som tidsskriftet har publisert. Forpliktelsen gjelder ikke dersom åpen tilgang til den arkiverte versjonen kommer i konflikt med forfatters akademiske og juridiske rettigheter.»

Det er i en slik bestemmelse det vil være aktuelt å oppstille et krav til åpen publisering som et vilkår for mottak av forskningsmidler fra Forskningsrådet. ‘



Åpen tilgang som vilkår i avtale om forskningsfinansiering

Et slikt krav om åpen publisering innebærer imidlertid en potensiell begrensning på forskernes rett til å velge hvordan artikler som er resultat av forskningsprosjektet publiseres, fordi dette vil innebære at forskeren må velge bort tidsskrifter som ikke tilbyr slik

¹⁰⁹ Generelle vilkår for FoU-prosjekter, gjeldende fra 1.7.2018, tilgjengelig på <https://www.forskningsradet.no/contentassets/04801eac98844a7aa05976cd33654d33/generellevilk-rbokm-l20180.pdf/>.

publisering. En slik begrensning er rent faktisk trolig mindre ved et pålegg om egenarkivering under en egen lisens, men vil fortsatt innebære at forskeren må velge bort publisering i tidsskrifter som ikke tillater egenarkivering under en åpen lisens. Opphavsrettslig sett innebærer et pålegg om åpen publisering i begge tilfeller at forskeren må fraskrive seg rettigheter i henhold til den åpne lisensen.

Avtalerettslig innebærer tildeling av forskningsmidler fra Forskningsrådet en avtale mellom institusjonen og Forskningsrådet, hvor institusjonen mottar midlene mot at den blant annet påtar seg forpliktelser knyttet til innholdet og innretningen av forskningsprosjektet, publisering mv. Rettslig sett er det ingenting som hindrer forskningsinstitusjoner å påta seg en slik forpliktelse om at artikler som er resultatet av det finansierte prosjektet skal publiseres i en kanal som tilbyr åpen tilgang eller på annen måte sikrer at en versjon av artikler som publiseres kan gjøres tilgjengelig under en åpen lisens. En slik avtalebestemmelse kan ikke betraktes som «urimelig» etter avtl. § 36, og den rammes heller ikke av andre ugyldighets- eller lempingsregler.

Forskerne som er prosjektleder og deltakere i prosjektet er derimot ikke parter i avtalen mellom Forskningsrådet og institusjonen. Dette innebærer at de heller ikke er direkte bundet av avtalen mellom institusjonen og Forskningsrådet. Prosjektleder og andre forskere som bidrar til utforming av en søknad til Forskningsrådet vil imidlertid normalt være ganske tungt involvert i søknadsprosessen, og vil derfor være klar over at tildelingen gjøres på visse vilkår.

I mange tilfeller må en slik involvering i søknadsprosessen innebære at det implisitt inngås en avtale mellom institusjonen og prosjektleder knyttet til oppfyllelse av vilkårene i institusjonens avtale med Forskningsrådet. Slike avtaler kan riktignok sjelden anses å innebære resultatforpliktelser, hvor forskeren forplikter seg til å oppfylle vilkårene i avtalen. Slike avtaler må snarere anses som ytelsesforpliktelser (omsorgsforpliktelser), hvor forskeren forplikter seg til å etter beste evne arbeide for å oppfylle vilkårene i avtalen mellom institusjonen og Forskningsrådet. Hva som nærmere ligger i en slik ytelsesforpliktelse er spørsmål om avtaletolkning, og vil nok til en viss grad kunne avhenge av konkrete forhold. En slik avtale vil imidlertid innebære en lojalitetsforpliktelse. Forsker kan derfor neppe la være å publisere noe i løpet av forskningsprosjektet med henvisning til at arbeidet er uferdig, for deretter å forsøke å publisere det ferdige arbeidet uten åpen tilgang.

I slike tilfeller er det nok også nærliggende å si at forskerne som er involvert i søknaden også underforstått har påtatt seg en forpliktelse overfor Forskningsrådet. Det vil imidlertid være få reelle sanksjonsmuligheter for brudd på en slik avtale. Det samme vil riktignok være tilfellet for den forskningsansattes avtale med institusjonen. Denne avtalen vil imidlertid inngå om en mer formalisert del av arbeidsforholdet mellom institusjonen og forskeren. Håndhevelse gjennom forskningsinstitusjonen fremstår derfor som en mer hensiktsmessig tilnærming.

Forskningsprosjekter vil normalt også involvere andre som ikke er prosjektledere og som heller ikke har vært med på å utforme søknaden. Disse har derfor ikke samme grad av tilknytning til søknaden og søknadsprosessen. Slike deltakere i forskningsprosjektet bør likevel i mange tilfeller må anses å ha akseptert slike vilkår om åpen publisering overfor forskningsinstitusjonen, forutsatt at de har blitt gjort kjent med dem.

Som redegjort for ovenfor i punkt 3.2.1 må forskningsfriheten slik denne kommer til uttrykk i uhl. § 1-5 sjette ledd, anses å ha en preseptorisk kjerne. Dette inkluderer også forskernes rett til selv å velge hvor deres forskningsresultater skal publiseres. Om man befinner seg innenfor denne kjernen kan begrensninger i denne retten ikke rettsgyldig avtales. Dette har også en side til overdragelse av opphavsrett i arbeidsforhold. Underdal-utvalget uttaler i den forbindelse at et pålegg fra institusjonen om å publisere i bestemte kanaler vil kunne utgjøre et «inngrep i en opphavsmanns rådighet over sitt arbeid» som vil kunne være problematisk ut fra åndsrettslige prinsipper, og vil i alle fall kreve særskilt hjemmel i lov eller avtale.¹¹⁰

I hvilken grad man bør godta slike avtalte begrensninger i forskningsfriheten bør som redegjort ovenfor i punkt 3.2.1 primært ta i betraktning hvor inngripende reguleringen er. Omfanget av en avtale om forskningsfinansiering er begrenset til det konkrete prosjektet man mottar midler til, og vil derfor som regel være både tematisk og tidsmessig avgrenset. Det bør videre tas hensyn til graden av frivillighet ved avtaleinngåelsen, herunder om forskeren har tatt initiativet til og bidratt til inngåelsen av avtalen om finansiering. Dette vil som nevnt kjennetegne mange søknader om forskningsmidler, i den forstand at forskerne som skal utnytte midlene som regel har vært sentrale i valget av finansieringskilde og utformingen av søknaden. Videre vil en eventuell motytelse forskeren får ut over det som følger av ansettelsesavtalen, for eksempel i form av frikjøp og lignende, kunne være av betydning.

Disse omstendighetene tilsier samlet at et vilkår om åpen publisering i en avtale om forskningsfinansiering ikke griper inn i forskernes preseptive rett til selv å bestemme hvordan forskningsresultater publiseres. Dette vil være tilfellet uavhengig av om vilkåret forutsetter publisering i et tidsskrift som tilbyr åpen tilgang eller bare forutsetter egenarkivering under en åpen lisens. Tilsvarende må gjelde for andre involverte i prosjektet, forutsatt at de har blitt gjort kjent med vilkårene om publisering før de aksepterte å delta i prosjektet.

På generelt grunnlag kan det riktignok innvendes at Forskningsrådets stilling som en stor finansieringskilde for norsk forskning gjør at vilkårene Forskningsrådet stiller får en form for tvangskarakter, fordi forskere som ønsker finansiering i praksis har vanskelig for å finne andre finansieringskilder. Dette må imidlertid betraktes mer som et

¹¹⁰ NOU 2006:19 Akademisk frihet s. 46.

politisk argument som må tas i betraktning i vurderingen av om man bør oppstille slike vilkår og den nærmere utformingen av disse, ikke en rettslig skranke som er til hinder for å oppstille slike vilkår.

Selv om det kan avtales begrensninger i retten til å bestemme hvordan forskningsresultater publiseres, kan det likevel stilles spørsmål om *innholdet i enkelte vilkår i åpne lisenser griper inn i andre deler av den akademiske friheten* på en måte som gjør at de ikke rettsgyldig kan avtales. Som det er blitt gjort rede for ovenfor i punkt 2.7.1 og punkt 2.7.2 innebærer lisensiering under en åpen lisens i seg selv og lisensiering under en lisens som gir tillatelse til kommersiell bruk ingen store inngrep i den akademiske friheten. Lisensiering under en lisens som tillater alle former for bearbeidelser (punkt 2.7.3) åpner derimot for omfattede endringer av vitenskapelige verk som kan gjøre at man ikke har kontroll på hvilke endringer som skriver seg fra forskeren som opphaver. Som redegjort for ovenfor er en så vid overdragelse av retten til bearbeidelser lite kompatibel med akademisk publisering. Her er det heller ingen forskjell om man forutsetter publisering i et åpent tidsskrift eller bare lisensiering av en versjon av artikkelen under en åpen lisens, da det i begge tilfeller åpnes for omfattende bearbeidelser.

Når dette ses i sammenheng med at en så vid overdragelse av retten til bearbeidelser av vitenskapelige verk er ganske dårlig begrunnet, trekker dette i retning av at en slik overdragelse ikke rettsgyldig kan avtales mellom den forskningsansatte og forskningsinstitusjonen. Det trekker imidlertid i motsatt retning at en avtale om forskningsfinansiering inngås på et begrenset område og for en begrenset tidsperiode og på en måte hvor den forskningsansatte er ganske involvert i avtaleinngåelsen. Omfanget av den akademiske friheten i relasjon til slike vilkår er imidlertid lite drøftet, det er derfor vanskelig å gi et definitivt svar. Her skal det derfor bare påpekes at et vilkår om en så omfattende opphavsrettsoverdragelse ikke nødvendigvis kan håndheves overfor forskningsansatte.

3.4 Overdragelse av opphavsrett til forskningsartikler til institusjonen

Som redegjort for ovenfor i punkt 1.1 har regjeringen som mål at alle norske vitenskapelige artikler som er finansiert av offentlige midler, ikke bare de som springer ut av prosjekter som er finansiert av Forskningsrådet, skal være åpent tilgjengelige innen 2024. I ytterste konsekvens kan man da tenke seg at institusjonen krever overdragelse av opphavsretten til forskningsartikler for å sikre åpen publisering av disse. En slik løsning vil innebære at den forskningsansatte fratras sin opphavsrett til artikkelen, og at det i prinsippet er opp til institusjonen når og hvordan denne skal publiseres. Man kan imidlertid også tenke seg mellomløsninger hvor institusjonen får overdratt opphavsretten, men hvor den ansatte til en viss grad beholder kontroll med publiseringen.

Grunnlaget for et slikt krav om overdragelse kan enten være forskningsinstitusjonens styringsrett eller endring av ansettelsesavtalen. I begge tilfeller vil et slikt krav om overdragelse imidlertid gripe inn i forskningsansattes rett til selv å velge tid og sted for publisering av sine vitenskapelige verk etter uhl. § 1-5 sjette ledd. Retten til å selv kunne kontrollere opphavsretten til slike verk må anses som en så sentral del av retten til å velge publiseringskanal at den må anses som en preseptorisk regel. Et pålegg om slik overdragelse av opphavsretten vil derfor forutsette lovendring av uhl. § 1-5.

På tilsvarende måte vil et slikt krav være i strid med den etablerte sedvanen hvor ansatte i forskerstillinger beholder opphavsrettene til vitenskapelige verk slik det er redegjort for ovenfor i punkt 3.2.2. En slik overdragelse vil derfor forutsette endring av ansettelsesavtalen. En slik endring vil imidlertid bare kunne gjøres gjeldende ved nye ansettelser, men ikke for forskere som allerede er ansatt i forskerstillinger. En annen mulighet er en lovendring som for eksempel angir at opphavsretten til vitenskapelige artikler går over fra den forskningsansatte til institusjonen for å sikre åpen publisering av disse.

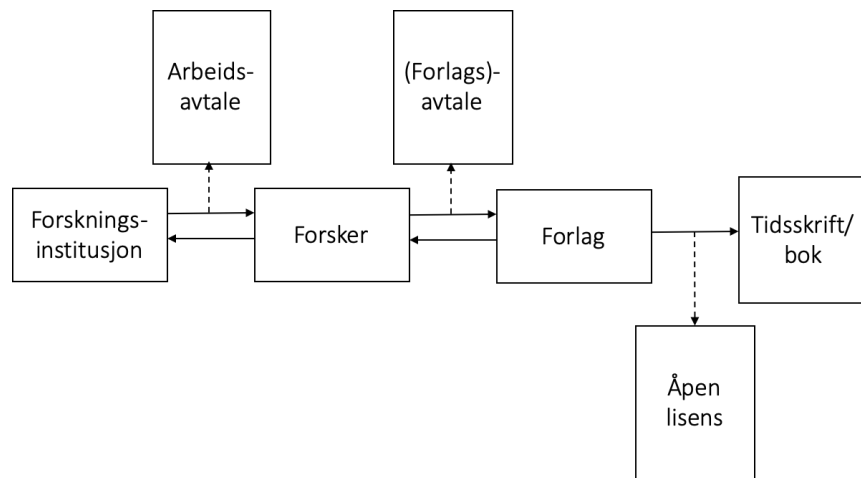
Det kan imidlertid stilles spørsmål om slike lovreguleringer, i alle fall delvis, vil kunne gripe inn i forskningsfriheten i en slik grad at den er vernet etter Grl. § 100 og EMK artikkel 10. Slik overdragelse fremstår uansett ikke som en mulighet som vurderes, og dette vil derfor ikke bli drøftet nærmere.

3.5 Pålegg om publisering i åpne tidsskrifter

Et mindre inngripende tiltak enn et krav om overdragelse av opphavsretten til forskningsartikler, er et pålegg om å publisere i tidsskrift som tilbyr åpen publisering. Mulige grunnlag for slike pålegg er for det første en endring av arbeidsavtalen til ansatte i forskerstillinger. En slik endring kan bare pålegges nye ansatte. For forskere som allerede er ansatt kan det i utgangspunktet inngås en endringsavtale, men dette vil forutsette samtykke. Der det ikke foreligger et slikt avtalegrunnlag kan det videre stilles spørsmål om slike pålegg kan gis med grunnlag i institusjonenes styringsrett.

Dette reiser for det første spørsmål om pålegg om publisering med åpen tilgang er i strid med den individuelle forskningsfriheten fordi den begrenser forskerens rett til selv å velge hvordan forskningsresultater skal publiseres. Som redegjort for ovenfor i punkt 3.2.1 ligger friheten til å bestemme hvor forskningsresultater skal publiseres i kjernen av den individuelle forskningsfriheten slik denne kommer til uttrykk i uhl. § 1-5 sjette ledd andre punktum. Denne friheten til selv å velge hvor man publiserer må betraktes som en sentral del av en avtale om ansettelse i en forskerstilling. Et slikt pålegg vil derfor være i strid med forutsetningene som ligger til grunn for ansettelse i forskerstillinger. Gitt den svært begrensede retten institusjonen har til å instruere i relasjon til de ansattes

forskning, må et påbud om publisering av den ansattes forskningsresultater i kanaler som tilbyr åpen tilgang anses å ligge utenfor styringsretten.



Forskningsinstitusjoners pålegg om publisering i åpne tidsskrifter

Et slikt pålegg vil derfor forutsette avtalegrunnlag i form av endring av ansettelsesavtalen. Som forklart ovenfor i punkt 3.2.1 må imidlertid kjernen i retten til å velge publiseringskanal anses å være preseptorisk, og kan dermed ikke fravikes ved avtale. I motsetning til konkrete avtaler om forskningsfinansiering som er behandlet ovenfor i punkt 3.4, er det her snakk om et generelt påbud om publisering i tidsskrifter som tilbyr åpen publisering. Dette må anses som et såpass stort inngrep i forskningsansattes rett til å selv bestemme hvor deres forskningsresultater skal publiseres at forskere som inngår en slik ansettelsesavtale ikke kan anses bundet av et slikt vilkår. Det samme vil måtte gjelde tilsvarende avtalebestemmelser som ikke er utformet som direkte pålegg, men som likevel gir institusjonen adgang til å gi slike pålegg under gitte omstendigheter.

Det kan riktignok innvendes at dersom tilgangen til åpen publisering blir bedre, slik at det er mulig å publisere åpent i de fleste aktuelle tidsskrift, vil dette innebære at man har en reell frihet til å velge publiseringskanal selv om man blir forhindret fra å publisere i enkelte tidsskrift. Spørsmålet kommer imidlertid først på spissen der en ansatt i forskerstilling forbys å publisere i en gitt kanal. Dersom åpen publisering er tilgjengelig fra de fleste store forlagene og for de fleste tidsskrift vil problemet naturligvis oppstå sjeldnere, men det endrer ikke innholdet i de rettslige vurderingene når problemstillingen først oppstår. Forskeren er fortsatt nærmest til å velge tidspunkt for publisering, hva som er et egnet publikum og dermed hvor artikkelen skal formidles. Et påbud om publisering i tidsskrift som tilbyr åpen publisering eller tillater egenarkivering under en åpen lisens, enten dette skjer i form av en instruks fra institusjonen som arbeidsgiver eller i form av en endring av arbeidsavtalen, krever derfor endring av universitets- og høyskoleloven.

Selv om slike pålegg ikke begrenser forskernes rett til selv å velge hvordan forskningsresultater skal publiseres, vil et pålegg om publisering i åpne tidsskrifter likevel innebære et pålegg om overdragelse av opphavsrett. Dette kan for eksempel være tilfellet der en artikkel først er publisert i et lukket tidsskrift, og det blir spørsmål om å egenarkivere en pre- eller postprint-versjon av artikkelen. Dette vil nok derfor være en problemstilling som er mest praktisk ved egenarkivering. Dette vil bli drøftet nedenfor i punkt 3.6. For fullstendighetens skyld skal problemstillingen også drøftes i relasjon til pålegg om publisering i åpne tidsskrifter. Denne problemstillingen vil imidlertid i praksis bare oppstå om man endrer universitets- og høyskoleloven, eller der det rent faktisk ikke foreligger begrensninger på forskerens valg av publiseringskanal.

I motsetning til tradisjonelle overdragelser i ansettelsesforhold ved forskningsinstitusjoner, hvor overdragelsen skjer til institusjonen, innebærer lisensiering under en åpen lisens ikke bare lisens til institusjonen, men til alle som får tilgang til artikkelen. Den underliggende realiteten er imidlertid den samme: Opphavsretten forutsettes å gå over i kraft av arbeidsforholdet. At også andre enn institusjonen er begünstiget etter lisensen er da uten betydning.

Forskningsinstitusjonens styringsrett vil her være begrenset på grunn av sedvanen om forskningsansattes opphavsrett til egne forskningsarbeider som er skapt i arbeidsforholdet. Spørsmålet er likevel om institusjonen som arbeidsgiver i enkelte tilfeller likevel kan kreve slik overdragelse etter styringsretten eller gjennom ansettelsesavtalen. Dette vil avhenge av innholdet i overdragelsen som pålegges.

Selv om lisensiering under en åpen lisens i praksis gjør at den forskningsansatte i praksis ikke kan utnytte verket kommersielt, er akademiske artikler uansett verk med begrenset kommersielt potensiale. I sum er det med andre ord snakk om et lite inngrep i forskningsansattes rettigheter. Gitt at den etablerte sedvanen om at opphavsretten til forskningsarbeider ikke går over til forskningsinstitusjonen som arbeidsgiver kan det imidlertid stilles spørsmål om et slikt pålegg ikke kan gis med grunnlag i styringsretten, og at dette derfor forutsetter endring av ansettelsesavtalen.

Som det er blitt gjort rede for ovenfor i punkt 2.3.3 gir alle Creative Commons lisensene, med unntak av de tre NC-lisensene, tillatelse til kommersiell bruk av det lisensierte verket. Dette innebærer at lisenstaker ikke bare gis tillatelse til å bruke og tilgjengeliggjøre det lisensierte materialet, men også til å gjøre dette med et kommersielt formål. Det kommersielle potensialet til et verk som er lisensiert under en åpen lisens er i utgangspunktet begrenset, og vilkåret som begrenser bruken til ikke-kommersiell bruk vil derfor primært ha som formål å hindre andres kommersielle bruk. Potensialet for slik kommersiell utnyttelse vil imidlertid være ganske begrenset. Man kan imidlertid tenke publisering av artikler som er lisensiert under åpne lisenser i trykte antologier. Da er det nok mer aktuelt med tilgjengeliggjøring i tidsskriftbaser o.l. som publiserer materiale fra

både åpne og lukkede kilder mot en abonnementsavgift. Det vil her ligge en merverdi i at mye materiale er samlet og organisert på ett sted.

Opphavers interesse i å kreve vederlag for slik bruk bør imidlertid veies opp mot institusjonens interesse i å sørge for åpenhet om forskningsresultater i samsvar med uhl. § 1-5 sjette ledd. Tatt i betraktning at forskers økonomiske interesse i å forbeholde seg retten til kommersiell bruk av vitenskapelige artikler normalt vil være helt marginal, tilsier dette at institusjonen må kunne pålegge åpen lisensiering av forskningsartikler under lisenser som tillater kommersiell bruk. På samme måte som ved lisensiering under en åpen lisens som sådan, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om den etablerte sedvanen at opphavsretten til forskningsarbeider ikke går over til forskningsinstitusjonen som arbeidsgiver likevel begrenser anvendelsen av styringsretten, og at et pålegg om lisensiering til kommersiell bruk derfor forutsetter endring av ansettelsesavtalen

I motsetning til lisensiering under en åpen lisens i seg selv og lisensiering under en lisens som gir tillatelse til kommersiell bruk ingen, innebærer derimot et pålegg om lisensiering som tillater bearbeidelser derimot relativt stort inngrep i forskningsansattes akademiske rettigheter. Som redegjort for ovenfor i punkt 2.7.3 åpner en slik lisens for omfattende endringer av vitenskapelige verk som forskeren bare i begrenset grad har kontroll over. Det er derfor ikke tvilsomt at pålegg om lisensiering under en slik lisens ikke kan gis med grunnlag i forskningsinstitusjoners styringsrett.

I motsetning til et vilkår om åpen publisering i en avtale om forskningsfinansiering, som både er tematisk og tidsmessig avgrenset, er et påbud om åpen publisering fra forskningsinstitusjonen helt generelt. Når dette ses i sammenheng med at det er vanskelig å gi en god begrunnelse for et pålegg om tillatelse til så vide bearbeidelser av vitenskapelige verk, tilsier dette at et slikt pålegg griper inn i den preseptoriske kjernen av den akademiske friheten. Dette innebærer at et slikt pålegg heller ikke rettsgyldig kan avtales. Et slikt pålegg vil derfor forutsette lovendring.

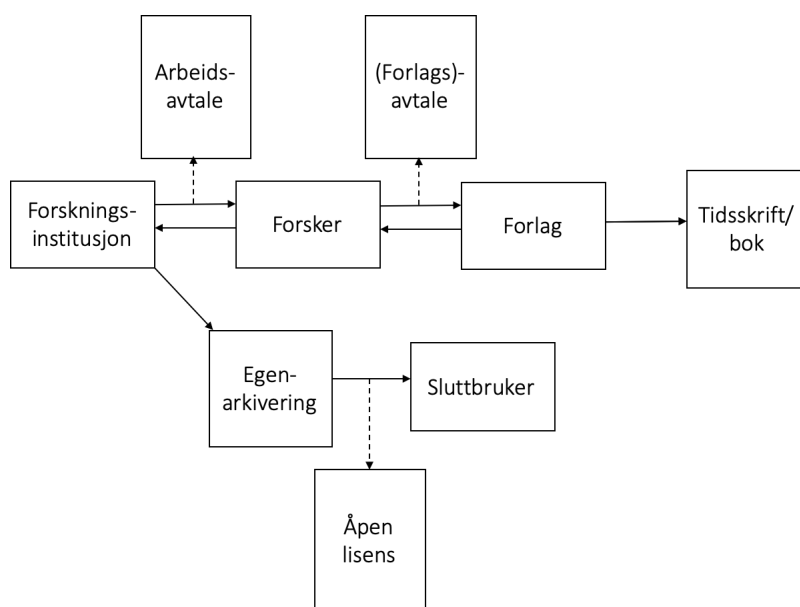
3.6 Pålegg om egenarkivering under en åpen lisens

Et mindre inngripende tiltak er et pålegg om egenarkivering av en versjon av den publiserte artikkelen under en åpen lisens. Dette tillater i prinsippet forskeren å publisere i de kanaler han ønsker. En forutsetning for slik egenarkivering er imidlertid at man sikrer at rettighetene til lisensiering under en åpen lisens ikke overdras til forlaget.¹¹¹ En slik lisensiering forutsetter på samme måte som ved publisering i et tidsskrift også en opphavsrettsoverdragelse som forskeren må samtykke til.

¹¹¹ Se nærmere ovenfor i punkt 1.2.3.

Som forklart ovenfor i punkt 3.2.1 fremgår det av uhl. §§ 1-3 og § 1-5 at en sentral del av forskningsinstitusjoner er formidling av resultater av institusjonens forskningsvirksomhet. Dette fremgår særlig av § 1-5 sjette ledd første punktum som pålegger institusjonene å «sørge for åpenhet om resultater fra forskning». Institusjonene har til en viss grad gjort dette gjennom egenarkivering av artikler mv. som er resultatet av forskning ved institusjonen i åpne vitenarkiver som Duo og Bora.

I og med at slike artikler allerede er publisert og har begrenset kommersiell verdi, innebærer et krav om slik egenarkivering av pre- og postprint-versjoner av publiserte artikler ikke noe egentlig innhugg i forfatterens opphavsrett. I lys av institusjonens plikt til formidling må institusjonen som hovedregel kunne pålegge slik egenarkivering av pre- og postprint-versjoner av publiserte artikler uten en åpen lisens.



Forskningsinstitusjoners pålegg om egenarkivering under en åpen lisens

Som redegjort for ovenfor i relasjon til pålegg om publisering i åpne tidsskrifter, innebærer lisensiering under en åpen lisens i seg selv et relativt lite inngrep i forskningsansattes rettigheter. I motsetning til ved publisering i åpne tidsskrifter, hvor forskningsansatte kan anses å ha en, riktignok liten, kommersiell interesse, er forskernes kommersielle interesse i å kunne kontrollere videre tilgjengeliggjøring av pre- og postprint-versjoner av en publisert artikkel i praksis er ikke-eksisterende. Når dette ses i sammenheng med forskningsinstitusjonens plikt i å sørge for åpenhet om forskningsresultater, bør et pålegg om egenarkivering under en åpen lisens i seg selv kunne gis på grunnlag av institusjonens styringsrett.

På samme måte som ved pålegg om publisering i et åpent tidsskrift kan forskeren sies å ha en marginal interesse i å forhindre kommersiell utnyttelse av artikkelen. I og

med at artikkelen allerede er publisert er denne interessen imidlertid enda mindre ved egenarkivering under en åpen lisens. Veid opp mot forskningsinstitusjonens plikt til å sørge for åpenhet om forskningsresultater i samsvar tilsier dette at bør et pålegg om egenarkivering under en åpen lisens som tillater kommersiell bruk også kunne gis på grunnlag av institusjonens styringsrett.

Dette stiller seg derimot annerledes for pålegg om egenarkivering under en åpen lisens som tillater bearbeidelser. Det gjør her ingen forskjell om det bare gis tillatelse til bearbeidelse av en tidligere versjon av artikkelen. Denne vil både i preprint- og postprint-versjon i praksis være såpass ferdig at en tillatelse til å bearbeide denne i samsvar med vilkårene i en åpen lisens vil innebære et vesentlig inngrep i forskerens akademiske rettigheter. Det er derfor ikke tvilsomt at et pålegg om lisensiering av upubliserte versjoner av en artikkel under en lisens som tillater bearbeidelser ikke kan gis med grunnlag i forskningsinstitusjoners styringsrett. På samme måte må et slikt pålegg anses å gripe inn i forskningsansattes akademiske frihet slik at det ikke rettsgyldig kan avtales.

4 Oppsummering og konklusjon

Åpen tilgang omfatter for første det som betegnes gratis åpen tilgang, hvor en forskningsartikkel kan lastes ned og leses privat, for eksempel ved at en versjon legges ut på nettet. Begrepet omfatter imidlertid også det som betegnes som fri åpen tilgang, hvor det gis ulike former for tillatelser til offentlig bruk, blant annet i form av en rett til å tilgjengeliggjøre artikkelen for andre.

Slik fri åpen tilgang forutsetter lisensiering under en åpen lisens. De mest kjente og mest brukte lisensene for åpent innhold er lisensene fra Creative Commons. I praksis er disse også de eneste lisensene det er aktuelt å bruke for åpen lisensiering av vitenskapelige verk. Mandatet ber om en vurdering av CC-lisenser opp mot norsk opphavsrett, med vekt på avklaring av spørsmål som har vært stilt i tilknytning til at Plan S-finansiene ikke tillater bruk av CC-BY-NC.

Alle Creative Commons-lisensene gir mottaker tillatelse til tilgjengeliggjøring av verkene som lisensieres. Denne retten til tilgjengeliggjøring innebærer riktignok at mye av det kommersielle potensialet til det som publiseres forsvinner. Dette fremstår imidlertid ikke som en vesentlig innvending ved publisering av vitenskapelige artikler, da disse uansett har begrenset kommersielt potensiale. Enkelte av Creative Commons-lisensene, inkludert CC BY, som er den foretrukne lisensen for publisering under Plan S, tillater imidlertid også tilgjengeliggjøring av endrede versjoner av den publiserte artikkelen. Dette omfatter alle endringer, fra små rettelser, utklipp av deler, sette hele eller deler inn i en ny sammenheng til større omskrivninger og oversettelser. Denne retten til å endre og bearbeide verket omfatter alle endringer, fra små rettelser, utklipp av deler, sette hele eller deler inn i en ny sammenheng til større omskrivninger og oversettelser. En så vid tillatelse til bearbeidelser åpner med andre ord for omfattede endringer av vitenskapelige verk som kan gjøre at man ikke har kontroll på hvilke endringer som skriver seg fra forskeren som opphaver.

Forutsatt at den opphavsrettslige utnyttelsen etter en åpen lisens reguleres av norsk rett, vil opphaver riktignok fortsatt ha sine ideelle rettigheter etter åvl. § 5 i behold. Dette omfatter rett til respekt for verket og en viss rett til at det angis at endringer av verket ikke skriver seg fra opphaver. Langt fra alle tilfeller av uønskede endringer av vitenskapelige verk vil imidlertid være i strid med respektretten.

Mandatet ber videre om svar på om juridiske endringer er nødvendige for å nå målet om åpen tilgang, særlig hva angår hvordan forfatteren eller forskningsinstitusjonen kan beholde rettighetene som er nødvendige for å arkivere og tilgjengeliggjøre forskningsresultater. Forskningsansatte har i utgangspunktet rett til å selv bestem-

me hvor de vil publisere sine forskningsarbeider og hvordan de vil disponere opphavsretten til disse. Ønsker man å sikre at rettigheter til forskningsarbeider ikke overdras eksklusivt til forlag for publisering for å sikre at disse kan publiseres med åpen tilgang, reiser derfor spørsmål om ansatte i forskerstillinger kan forpliktes til åpen publisering. Dette kan enten skje gjennom avtale eller gjennom pålegg fra forskningsinstitusjonen som arbeidsgiver eller en kombinasjon av disse.

Plan S forutsetter at offentlig finansiert forskning av konkrete forskningsprosjekter – deriblant forskning som finansieres av Forskningsrådet – skal publiseres med åpen tilgang. Det er her ingen rettslige hindre for at forskningsinstitusjoner kan inngå avtaler om forskningsfinansiering hvor det stilles vilkår om åpen publisering. Forskerne som er prosjektleder og deltakere i prosjektet er derimot ikke parter i slike avtaler, og er derfor heller ikke direkte bundet av vilkårene i dem. Som regel vil forskerne som søker om midler være så involvert i søknadsprosessen at dette i mange tilfeller vil innebære en underforstått avtale mellom institusjonen og prosjektleder knyttet til oppfyllelse av vilkårene i institusjonens avtale med Forskningsrådet. Slike avtaler vil inngå om en del av arbeidsforholdet mellom institusjonen og forskeren. Da slike avtaler er begrenset i tid og omfang til det enkelte forskningsprosjektet, kan de ikke anses å gripe inn i forskernes rett til selv å bestemme hvordan forskningsresultater publiseres.

Plan S forutsetter at publisering skal skje under den mest omfattende Creative Commons-lisensen CC BY. Denne gir tillatelse til alle former for bearbeidelser og åpner for omfattede endringer av vitenskapelige verk. Det kan her stilles spørsmål om krav om en slik overdragelse griper inn i forskernes akademiske rettigheter. Dette innebærer at et pålegg om lisensiering under en åpen lisens som gir tillatelse til bearbeidelser ikke nødvendigvis kan håndheves overfor forskningsansatte.

Regjeringens har videre som mål at alle norske vitenskapelige artikler som er finansiert av offentlige midler skal være åpent tilgjengelige innen 2024. Dersom dette ikke skjer frivillig, vil det forutsette at forskningsinstitusjonene gis pålegg til forskningsansatte om publisering i et åpent tidsskrift eller egenarkivering under en åpen lisens, enten i kraft av arbeidsgivers styringsrett eller gjennom endring av arbeidsavtalen. I den grad slike pålegg begrenser forskernes rett til selv å bestemme hvordan deres forskningsarbeider skal publiseres, vil dette innebære et inngrep i den akademiske friheten etter uhl. § 1-5 sjette ledd andre punktum. Pålegg som begrenser denne retten forutsetter derfor endring av universitets- og høyskoleloven.