

Opphavsrett og strømming av åndsverk

Internettbrukeres ansvar ved midlertidig eksemplarfremstilling

Kandidatnummer: 212518

Antall ord: 14 637



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2014

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Oppgavens problemstilling.....	3
1.2	Emnets aktualitet.....	4
1.3	Avgrensing.....	6
1.4	Rettskilder og metode.....	6
1.4.1	Folkerett og EU-rett.....	8
1.5	Den videre fremstillingen.....	8
2	Terminologi.....	9
2.1	Strømming, caching og RAM.....	9
2.2	Digitale åndsverk.....	9
2.3	Bruker.....	10
2.4	BitTorrent og datafiler.....	10
3	Opphavsmannens råderett jf. åvl. § 2.....	11
3.1	Bestemmelsens bakgrunn og omfang.....	11
3.2	Enerett til eksemplarfremstilling.....	13
3.2.1	Digitale eksemplarer.....	13
3.2.2	Begrepet “midlertidig eksemplar”.....	15
3.3	Opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring av åndsverk.....	15
3.3.1	Tilgjengeliggjøring på internett.....	16
3.4	Den videre fremstillingen.....	18
4	Unntak fra eneretten til midlertidig eksemplarfremstilling.....	19
4.1	Bakgrunnen for åvl. § 11a.....	19
4.2	Ordlyd og vilkår.....	20
4.3	Grunnlag for tolkning – åvl. § 11a.....	21
4.3.1	Nasjonal forståelse av vilkårene.....	21
4.3.2	EU-domstolens tolkning av direktivet.....	22
4.4	Kort oppsummering.....	24
5	Midlertidig eksemplarfremstilling etter åvl. § 11a.....	25
5.1	Visse midlertidige eksemplarer.....	25
5.2	Vilkåret “tilfeldig eller forbigående”.....	25
5.2.1	Tilfeldig.....	25
5.2.2	Forbigående.....	27
5.3	Vilkåret “integrrert og vesentlig del av en teknisk prosess”.....	30
5.4	Vilkåret “lovlig bruk av et verk”.....	31
5.4.1	Hva innebærer “lovlig bruk”?.....	31
5.4.2	Norske lovgiveres tolkning av “lovlig bruk”.....	32
5.4.3	Opphavsrettsdirektivet artikkel 5(1) litra b – ”A lawful use”.....	33

5.4.4	Opphavsmanns samtykke, eller bruk som ikke strider med lov	34
5.5	Vilkåret “selvstendig økonomisk betydning”	36
5.6	Oppsummering og veien videre.....	38
6	Tretrinnetesten.....	40
6.1	Bakgrunn og formål.....	40
6.1.1	(i) Visse spesielle tilfeller	41
6.1.2	(ii) Konflikt med den normal utnyttelse av verket.....	43
6.1.3	(iii) Ikke tilsidesette rettighetshavers legitime interesser	44
6.1.4	Tretrinnetestens betydning ved tolkning av § 11a, jf. artikkel 5(1).....	45
7	Avsluttende bemerkninger og konklusjon.....	47
	Litteraturliste.....	49

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling

Denne avhandlingen vil søke å drøfte og redegjøre for problemstillingen:

Internettbrukers ansvar ved strømming av åndsverk som er gjort tilgjengelig uten opphavsmannens samtykke, herunder norske lovgiveres tolkning av opphavsmannens enerett til midlertidig eksemplarfremstilling i lys av opphavsrettsdirektivet artikkel 5(1).

I forarbeidene til den siste endringen i åndsverkloven (åvl.) har Kulturdepartementet vurdert ulike former for ulovlig distribusjon av opphavsrettslig vernet materiell på nett, blant annet bruken av strømming. Her uttales det at overføringen av materiale i slike tilfeller skjer ”uten at det lagres en varig kopi lokalt hos brukeren, og det vil neppe skje en eksemplarfremstilling som omfattes av eneretten, jf. § 11a som unntar fremstilling av visse midlertidige eksemplarer. Den enkelte nettbruker som strømmer et verk til sin datamaskin, vil altså ikke begå ett opphavsrettsbrudd selv om verket er gjort tilgjengelig for slik bruk uten opphavsmannens samtykke”.¹

Opplastning og nedlasting av opphavsrettslig vernet materiale uten rettighetshavers tillatelse vil imidlertid være forbudt etter åndsverkloven.

Opphavsrettens kjernefunksjon er å gi de relevante rettighetshaverne til et åndsverk vern mot at verkets ideelle og økonomiske fundament misbrukes. Da strømming, i likhet med ulovlig nedlasting, benyttes til å skaffe tilgang til de samme åndsverkene, kan det reises spørsmål om hvorfor grensen oppstilles akkurat her. I denne avhandlingen vil jeg søke å belyse aktuelle problemstillinger som reises ved strømming av åndsverk fra ulovlige kilder på internett, i et forsøk på å finne svar på hvordan lovgivning skal tolkes.

¹ Prop. 65 L (2012–2013) punkt 2.2

1.2 Emnets aktualitet

I Norge viser statistikk at ulovlig nedlasting av multimedia har blitt betydelig redusert de siste årene,² samtidig har også lovverket blitt strengere, blant annet ved innføringen av kapittel 7a i åndsverkloven som tredde i kraft 1. juli 2013. Lovendringen åpner for innsyn i nordmenns nettbruk og åpner for muligheten til å kartlegge individer som begår opphavsrettsbrudd på internett. Videre kan internettleverandører bli pålagt å sperre tilgangen til enkelte websider for norske brukere.

Etterspørselen etter nettbasert underholdning har, til tross for strengere regelverk på fildelingsfronten, ikke blitt mindre. Nedlastingsstilbud, som for eksempel The Pirate Bay, er ikke lenger alene om å spre åndsverk uten tillatelse fra opphavsmannen. Mens bruken av nedlastingsteknologi har sunket, har strømming tatt over en rekke funksjoner som nedlasting tidligere har hatt, ved digital distribusjon og bruk av åndsverk via datamaskiner. Tidligere i år offentliggjorde Telenor for første gang statistikk på bredbåndsbruken i sitt fastnett. Her viste tallene at 60 prosent av brukernes bredbåndstrafikk benyttes til strømming.³

Strømming, eller streaming, er en teknologi som tillater avspilling av åndsverk som video eller musikk over internett gjennom en nettleser, hvor overføringen av verket gradvis mellomagres før det fremføres for tilskuer eller lytter.⁴ I forarbeidene til lovendringen som tredde i kraft i 2013 var strømming nevnt som en reel trussel for opphavsretten ved flere anledninger, men dette er også første gang teknologien nevnes med navn ved utarbeidelse av norsk lovgivning. Årsaken til dette kan være at strømmings-teknologien først de siste årene har nådd et nivå som gjør den attraktiv for flertallet av alminnelige internettbbrukere. Fremstillingen av midlertidige eksemplarer av åndsverk ved bruk av internett og datamaskiner er imidlertid behandlet i forbindelse med tidligere lovendringer.⁵ Flere av disse betraktningene vil være aktuelle ved vurderingen av strømmings-teknologien.

I forbindelse med utarbeidelsen av kapittel 7a i åndsverkloven ble det under høringen uttalt av NRK at *”Utviklingen de senere år har vist at nettkrenkelseser i stadig større grad foregår ved hjelp*

² Undersøkelse av Ipsos MediaCT for Norwaco, *Kopiering av opphavsrettslig beskyttet innhold i 2012*

³ Se <http://www.telenor.no> (Pressemelding)

⁴ Se avhandlingen, punkt 2.1

⁵ Ot.prp. nr. 85 (1997-98), Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

av streamingteknologi enn ved fildeling. NRK opplever dette med jevne mellomrom ved at tredjeparter tilgjengeliggjør NRKs produksjoner på egne nettstedet uten at det er innhentet samtykke til dette, eller ved at tilgjengeliggjøringen skjer via lenking som fører brukeren til NRKs egne nettsteder”⁶.

Behovet for å regulere digital bruk og distribusjon av åndsverk på nett har aldri vært større. Strømming er i ferd med å overta et marked som tidligere har vært dominert av CD, Blue-Ray/DVD og MP3, samt ulovlig nedlasting ved hjelp av BitTorrent.⁷ På lik linje med de eldre teknologier finnes det fordeler og bakdeler for opphavsmenn som ønsker å benytte seg av de nyeste distribusjonskanalene markedet har å tilby. Strømmings-teknologien gjør det mulig for virksomheter eller enkeltindivider som driver med profesjonell produksjon eller distribusjon av multimedia, å nå et bredere publikum. Samtidig vil produktene være lettere tilgjengelig for kunder ved at det kan spilles av umiddelbart via en nettleser. Så lenge en bruker oppholder seg et sted hvor det er tilgang til internett, vil vedkommende med et tastetrykk kunne få tilgang til de multimedieene som måtte ønskes. Med dette vil behovet for å anskaffe fysisk kopi av en DVD eller CD-plate forsvinne. Samtidig vil det for mange være overflødig å eie multimedia i form av datafiler som opptar lagringsplass på en datamaskins harddisk. Ved bruk av musikkjenester som Wimp og Spotify eller filmtjenester som Netflix eller HBO, muliggjør strømming en form for digital leie av et film eller musikk gjennom internett. Brukerne eier ikke en kopi av verkene, men har i stedet tilnærmet ubegrenset tilgang til det, så lenge de abonnerer på tjenesten som verket er underlagt.

De tjenestene som til nå er omtalt er alle eksempler på seriøse aktører som har inngått kontrakter med opphavsmennene bak multimedieproduktene de tilbyr. Disse vil omtales som lovlige tjenester eller kilder videre i oppgaven. Når det refereres til den eller de som har skapt verket vil begrepet opphavsmann bli anvendt. I de tilfeller hvor begrepet opphavsmann ikke også omfatter andre rettighetshavere vil dette presiseres.

Det finnes likevel en rekke tjenester på internett i dag som tilbyr de samme produktene, men uten å ha opphavsrettslig tillatelse til å gjøre dette tilgjengelig for allmenheten. Her kan brukere fritt

⁶ Prop. 65 L (2012-2013) punkt 6.4

⁷ Se avhandling, punkt 2.4

avspille opphavsrettslig materiell ved hjelp av strømming på sin egen datamaskin via en nettleser. I den videre fremstillingen vil disse tilbudene omtales som ulovlige tjenester eller kilder.

Da lovgiver konkluderer med at bruk av strømming ikke utgjør et opphavsrettsbrudd, oppstilles samtidig en helt klar grense for hvor langt opphavsmannens rettigheter på nett strekker seg. Dette er en grense som ikke nødvendigvis sier seg selv. Grunnet rask teknologisk utvikling har trenden ofte vært at jussen stadig blir strengere i et forsøk på å opprettholde kontrollen på nett. Dette underbygges av tilføyelsen av kapittel 7a i åndsverkloven. Da det i lov og forarbeider er presisert at opplasting og nedlasting av åndsverk er ulovlig, kan de stilles spørsmål om hvorfor lovgiver konkluderer med at brukerne av ulovlige strømmingstilbud ikke begår opphavsrettsbrudd.⁸

1.3 Avgrensing

Det er på det rene at ulovlig opplasting og nedlasting av opphavsrettslig materiell på internett strider med åvl. § 2.⁹ Dette gjelder også ved opplasting av verk til strømmingskilder som ikke er godkjent av opphavsmannen. Det er først og fremst brukerne av slike strømmingstilbud som vil være av størst betydning for denne avhandlingen. Overføringer som resulterer i midlertidige lagringer på en avsenders initiativ, og som ikke krever en aktiv handling fra en mottakende bruker, vil ikke behandles. Videre avgrenses oppgaven mot internettleverandørene, som er mellomledet som muliggjør overføring i nettverk på vegne av tredjeparter. Oppgaven handler om strømming av åndsverk og avgrenses mot andre former for midlertidig lagringer som kan oppstå ved bruk av datamaskiner eller internett. Av det materiell som kan strømmes ved hjelp av en datamaskin er det først og fremst musikkstykker og filmverk som vil bli brukt som eksempler på relevante åndsverk i denne avhandlingen.

1.4 Rettskilder og metode

Åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 (åvl.) er den aktuelle lovgivningen på opphavsrettens område og utgjør en sentrale kilden for avhandlingen. Oppgaven tar i all hovedsak for seg strømming av musikk- og filmverk; formater som er å anse som åndsverk etter åvl. § 1 annet ledd

⁸ Prop. 65 L (2012-2013)

⁹ Se avhandlingen, kapittel 3

nr. 4 og 5. Av særlig betydning for avhandlingen er åvl. § 11a da reglens bruksområde omfatter utnyttelsen av åndsverk ved hjelp av datamaskiner. Bestemmelsen er et unntak fra hovedregelen om opphavsmannen enerett til eksemplarfremstilling etter åvl. § 2.

Åndsverkloven har ved flere anledninger blitt justert for å tilpasse seg samfunnsendringer og teknologisk utvikling. Forarbeidene vil derfor kunne kaste lys over bakgrunnen for endringene og lovgivers intensjoner for disse. Her er derfor Prop. 65 L (2012–2013) en viktig kilde med hensyn til departementets uttalelse om at bruk av strømming ikke utgjør et opphavsrettsbrudd. Av størst betydning er likevel forarbeidene til åvl. § 11a, Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), da det er denne bestemmelsen lovgiver plasserer bruken av strømming under.

Unntaksbestemmelsen som oppstilles i åvl. § 11a springer ut fra Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet, eller Infosoc-direktivet (heretter opphavsrettsdirektivet).¹⁰ Direktivet retter særlig fokus på den teknologiske utviklingen og de utfordringer som dette medfører for opphavsretten på nett. Unntaket som oppstilles i åvl. § 11a er omtrent en ordrett gjengivelse av direktivets artikkel 5(1) og avgrenser opphavsmannens enerett ved fremstilling av midlertidige eksemplarer.¹¹ Direktivet og dets forarbeider vil derfor være relevante kilder.

EU-domstolen har en rettsskapende funksjon som innebærer å utfylle regelverket dersom det oppstår tolkningstvill.¹² Da forståelsen av felles regelverk i utgangspunktet skal være lik i EU og EØS, er Norge langt på vei bundet av denne rettsutviklingen ved tolkning av egen lovgivingen.¹³ Avgjørelser om forståelsen av artikkel 5(1) vil derfor kunne være sentrale ved tolkning av åvl. § 11a.

Tretrinns testen vil bli behandlet i avhandlingen da den er av betydning for unntaksbestemmelsen i opphavsrettsdirektivets artikkel 5(1), jf. artikkel 5(5). Til tross for at testen er inntatt i selve direktivet, har den sitt opphav i Bernkonvensjonen, og er videre inntatt i flere internasjonale

¹⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

¹¹ Gyldendal Rettsdata, lovkommentar § 11a, note (16) ved Rieber-Mohn

¹² NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU*, punkt 6.1

¹³ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett* 2011 s. 265

traktater. Det vil derfor kunne hevdes at relevante internasjonale konvensjoner kan være kilde til nærmere forståelse av bestemmelsen.

1.4.1 Folkerett og EU-rett

Det norske rettssystemet er bygget på et dualistisk prinsipp hvor norsk rett og folkerett er atskilt. Normalt vil også nasjonale rettskilder være av størst relevans ved tolkning av gjeldende rett.

Likevel presumeres norsk rett å samsvare med landets folkerettslige forpliktelser.¹⁴ Norge mottar fortløpende nye regelverk fra EU som må inntas i vår egen lovgivning. Gjennomføringen av EU-direktiv skjer derfor ofte raskt og departementet må i denne prosessen fortolke bestemmelser som de selv ikke har forfattet. De norske forarbeidene til disse lovverkene vil dermed ikke nødvendigvis være en like sterk rettskilde, særlig der EU-rettslige kilder kolliderer med departementets vurderinger.¹⁵ Videre er Norge forpliktet til å foreta en EØS-konform tolkning av de EU-direktiv landet er bundet av.¹⁶

1.5 Den videre fremstillingen

Før jeg gjennomfører en nærmere drøftelse av unntaket i åvl. 11a, er det hensiktsmessig å redegjøre for de generelle regler for opphavsmannens vern og enerett til sitt åndsverk etter hovedregelen i åvl. § 2. Det vil først foretas en gjennomgang av tekniske begreper som bidrar til en nærmere forståelse av de aktuelle brukstilfellene som vil vurderes opp mot åvl. § 11a.

¹⁴ NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU*, punkt 7.4

¹⁵ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett 2011* EØS-rett 2011 s. 265

¹⁶ NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU*, punkt 7.4

2 Terminologi

2.1 Strømming, caching og RAM

Strømming kan defineres som ”*kringkasting av digital lyd og video over et datanettverk, som kontinuerlige datastrømmer, der mottakeren hører lyden og ser videoen etter hvert som den kommer inn til klienten*”.¹⁷ Dette vil innebære at mottaker får tilgang til det strømmende åndsverket noe tid etter at det sendes fra stedet hvor datafilaterialet opprinnelig er lagret.

Forsinkelsen forhindrer at lyden eller bildet blir avbrutt under avspilling ved at datastrømmen ikke når frem i tide. Denne mellomagringen av data kalles gjerne for ”caching”. En datamaskin har som hovedregel et dedikert minne hvor slik midlertidig data oppbevares, og hvor lagringen skjer i det som kalles datamaskinens ”RAM” (Random Access Memory).¹⁸ I opphavsretten omtales ofte produktet som lagres under en slik prosess som et *midlertidig eksemplar*. Hva begrepet er ment å dekke i lovens forstand vil drøftes nærmere under punkt 2.2.

RAM utgjør egne minnekort som er atskilt fra resten av datamaskinens lagringsminne, og utgjør langt mindre lagringsplass enn den ordinære dataharddisken hvor brukeren har tilgang til sine datafiler. En bruker har som hovedregel ikke tilgang til å hente ut fullstendige, lesbare datafiler fra maskinens RAM, og det som lagres der slettes normalt etterhvert som ny informasjon strømmer inn eller maskinen slås av.¹⁹ Når jeg videre i oppgaven referer til denne prosessen, vil den omtales som ”mellomlagringer” eller ”midlertidig lagringer”.

2.2 Digitale åndsverk

Ved generell omtale av materiell som er gjenstand for strømming vil jeg benytte begrepet ”åndsverk” eller ”digitale åndsverk”. Dersom ikke annet er presisert vil all generell omtale av åndsverk omfatte både filmverk og musikkstykker.

¹⁷ Store norske leksikon online (Streaming)

¹⁸ Prop. 65 L (2012-2013) punkt 4.2

¹⁹ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) punkt 4.1

2.3 Bruker

En bruker som benytter seg av strømmings-teknologi via en nettleser for å skaffe tilgang til åndsverk fra ulovlige kilder, vil bli omtalt som ”bruker” i denne avhandlingen. Betegnelsen vil bli benyttet både for brukere av sertifiserte og usertifiserte strømmingskilder.

2.4 BitTorrent og datafiler

BitTorrent-teknologien og nedlasting av datafiler uten opphavsrettslig tillatelse vil i utgangspunktet ikke behandles i oppgaven. Likevel markerer ulovlig nedlasting et skille mellom hva lovgiver anser som brudd på opphavsretten og hva som ikke er det etter åndsverkloven. For å lettere kunne forstå hvorfor lovgiver har trukket denne linjen, er det praktisk å gi en innføring i hvordan teknologien fungerer.

Ved hjelp av BitTorrent kan nettbrukere laste ned datafiler på sin egen datamaskin. Det finnes en rekke måter å laste ned og dele filer via internett, men BitTorrent-teknologien en av de mest effektive og utbredte metodene.

I dag finnes det en rekke nettsider som gjør åndsverk tilgjengelig for nedlasting uten at det er innhentet tillatelse fra opphavsmannen. En opplaster kan for eksempel ha lagt ut en film- eller musikkfil på en slik side, som brukere ved hjelp av et dataprogram kan laste ned. Når datafilen lastes ned sendes denne til mottaker i flere deler. Disse delene sendes ut fra andre mottakere som enten forsøker å laste ned samme fil eller alt har gjort dette. På denne måten har samtlige mottakere ikke annet valg enn å delta i delingsprosessen frem til de har mottatt den fullstendige filen. Når nedlastingen er fullført vil delene ha blitt satt sammen igjen og utgjøre den endelige film- eller musikkfilen som ble valgt av mottaker til å begynne med. Sluttproduktet man sitter igjen med ved endt nedlasting er som hovedregel en eksakt kopi av den originale filen.²⁰

Nettbrukere som benytter seg av BitTorrent for å laste ned musikk og film i form av datafiler vil omtales som ”nedlastere”. Individuer som laster opp åndsverk og gjør dem tilgjengelig på websider til nedlasting eller strømming, vil omtales som ”opplaster”.

²⁰ Se www.bittorrent.com

3 Opphavsmannens råderett jf. åvl. § 2

3.1 Bestemmelsens bakgrunn og omfang

For å få opphavsrett må det først og fremst ha blitt skapt et åndsverk, jf. åvl. § 1. Foreligger det et slikt åndsverk vil skaperen ha vern etter åndsverkloven § 2. Bestemmelsen lyder som følger:

”Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i denne lov, enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk.

Som fremstilling av eksemplar regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket.

Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når

- a) eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten,*
- b) eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller*
- c) verket fremføres offentlig.*

Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket”.

Etter første ledd gis opphavsmannen to eksklusive rettigheter. For det første oppstiller loven en enerett til eksemplarfremstilling. For det andre gis opphavsmannen enerett til å gjøre sitt åndsverk tilgjengelig for allmennheten.

Åndsverkloven § 2 første ledd ble endret med virkning fra 1. juli 2005, for også å omfatte eneretten til å fremstille midlertidige eksemplarer i tråd med opphavsrettsdirektivet artikkel 2.²¹ Opphavsmannens enerett til midlertidig eksemplarfremstilling er tidligere lagt til grunn både i databasedirektivet²² og softwaredirektivet,²³ som begge er implementert i norsk lovgivning. I opphavsrettsdirektivet artikkel 2 legges det til grunn at retten også omfatter ordinære åndsverk

²¹ EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet)

²² EP/Rdir. 96/9 EF (Databasedirektivet)

²³ EP/Rdir. 2009/24 EF (Softwaredirektivet)

som for eksempel musikkstykker eller filmverk, samt enkelte andre nærstående rettigheter som tidligere var omfattet av utleiedirektivet artikkel 7.²⁴

Videre ble åvl. § 2 tredje ledd endret for å klargjøre hva det innebærer å gjøre et verk tilgjengelig for allmennheten. Fjerde ledd ble inntatt for å eksemplifisere hva som menes med offentlig fremføring.

Hensikten med bestemmelsen er å bidra til at opphavsmenn ikke blir rettsløs idet åndsverket gjøres kjent for allmennheten.²⁵ Her siktes det hovedsakelig til de økonomiske rettighetene til den som har skapt et verk. Opphavsmannen har retten til å benytte seg av sitt åndsverk som levebrød ved å kunne kreve vederlag for eksemplarer av det, eventuelt ved å la andre fremstille eksemplarer av det, selge det eller gjøre det tilgjengelig for allmennheten.²⁶ I juridisk litteratur deler Rognstad eneretten i to, én positiv og én negativ del. Den positive delen er opphavsmennes enerett til å råde over sitt åndsverk, mens den negative er retten til å nekte andre å ha råderett over verket.²⁷

Eneretten har også en viss tilknytting til ideelle rettigheter da opphavsmannen bestemmer om eller på hvilken måte åndsverket skal anvendes. Ideelle rettigheter omkring opphavsmannsvernet er særlig regulert i åvl. § 3, og vil ikke bli nærmere behandlet i denne avhandlingen.

Eksemplarframstillingsretten etter åvl. § 2 er generell i sin utforming, i motsetning til retten til å fremføre, spre og vise verket, som avgrenses til offentlig fremføring eller visning. Hovedregelen er at opphavsmannen har enerett til å råde over sitt verk på egne premisser og er vernet mot at andre bruker verket til egen økonomisk vinning uten tillatelse. Imidlertid oppstilles det i åndsverkloven kapittel 2 såkalte *låne-regler* som begrenser eneretten etter § 2. Etter åvl. § 12 åpnes det for adgang til å fremstille eksemplarer til privat bruk, så lenge dette ikke skjer i ervervsøyemed. Videre åpner regelen for at opphavsmenn kompenseres for denne bruken gjennom avsatte midler i statsbudsjettet. Adgangen til denne typen privat eksemplarframstilling

²⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.1

²⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 2.2

²⁶ Gyldendal Rettsdata, lovkommentar note 3, åvl. § 2

²⁷ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 150

er relativt generell, noe som blant annet skyldes lovtekniske hensyn.²⁸ I det følgende vil det redegjøres nærmere for opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling.

3.2 Enerett til eksemplarfremstilling

For å kunne forstå omfanget av eneretten til eksemplarfremstilling er det nødvendig å definere hva som inngår i eksemplarbegrepet etter åvl. § 2.

Fysiske eksemplarer, som for eksempel en ren kopi av verket, faller nokså klart inn under eksemplarbegrepet etter åvl. § 2. Slike eksemplarer vil antagelig ikke være problematisk å plassere, da disse kan manifestere seg i form av CD-plater, DVD-er eller lignende formater. Likevel er også andre former for mindre åpenbare gjengivelser eller kopier, omfattet av eksemplarbegrepet. Idet man beveger seg over til digitale formater vil det kunne bli vanskeligere å skille hva som kan anses for å være et eksemplar etter åvl. § 2 og hva som ikke er det.

3.2.1 Digitale eksemplarer

Etter opphavsrettsdirektivet artikkel 2 skal medlemsstatene ”*provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form...*”. Med ”reproduction” menes det samme som eksemplarfremstilling.

Lovendringene i 2005 medførte at begrepet ”midlertidige eksemplarer” ble inntatt i åvl. § 2 første ledd, og bestemmelsen ble da utvidet i tråd med opphavsrettsdirektivet artikkel 2.²⁹

I åvl. § 2 annet ledd, presiseres det at ”*som fremstilling av eksemplaret regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket*”. En slik innretning kan eksempelvis være en datamaskin i begrepets tradisjonelle forstand, men andre visningsverktøy som nettbrett og smarttelefoner har også slike gjengivelsesfunksjoner. Digitale kopier av åndsverk lagret på datamaskinens harddisk eller annet lagringsmedium som kan gjengi verket, vil til enhver tid være omfattet av bestemmelsen.³⁰

²⁸ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 150-151

²⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.4.1

³⁰ Prop. 65 L (2012–2013) punkt 2.2

Før tilføyelsen av begrepet *midlertidige eksemplarer* i åvl. § 2, var det likevel ikke et krav om såkalt permanent fiksering ved gjengivelse av verket for at det skulle omfattes av åvl. § 2 annet ledd. Lovgiver har imidlertid uttalt at det ”...etter gjeldende rett er et krav om at en fiksering av et verk skal ha en viss varighet og en viss selvstendighet, for at den skal anses å være omfattet av en enerett”.³¹ Allerede før tilføyelsen var det med andre ord en terskel for hva som kan karakteriseres som en midlertidig eksemplarfremstilling av et åndsverk.

Ved fremføring av et åndsverk ved bruk av strømming vil det lagres en kopi av verket i datamaskinens RAM, som brukeren normalt ikke har direkte tilgang til. Kopien vil normalt slettes av seg selv etter noe tid og vil derfor klart bære preg av å være midlertidig. Så lenge strømmingen gjennomføres uavbrutt medfører prosessen likevel en helhetlig, digital, fremstilling av verket før det slettes fra maskinens RAM.

Artikkel 2 er formulert for å favne vidt og direktivet tar sikte på å sikre vernet av immaterielle rettigheter på høyt nivå.³² Vernet er teknologinøytralt og omfatter eksemplarfremstillingen av åndsverk ved ethvert middel, i enhver form. Digitale kopier vil derfor i utgangspunktet være omfattet av dette vernet.

Opphavsrettsdirektivets artikkel 5(1) representerer en unntaksregel fra eksemplarfremstillingsretten etter artikkel 2, og ble inntatt i norsk lovgivning i form av åvl. § 11a. Bestemmelsen dekker fremstillingen av enkelte midlertidige eksemplarer av åndsverk som oppstår ved bruk av datamaskiner som av rent praktiske årsaker bør unntas fra eneretten. Det følger av direktivets fortale punkt 33 at fremskaffelsen av midlertidige eksemplarer ved bruk av browsing (nettlesing) og caching (mellomlagringer) skal unntas eneretten så lenge vilkårene i artikkel 5(1) oppfylles.³³ Midlertidig lagring eller caching i datamaskinens RAM inngår med andre ord i unntaket, noe som i prinsippet også kan se ut til å omfatte strømming. Unntaket som oppstilles i åvl. § 11a vil behandles nærmere under punkt 4 og omtales derfor ikke i detalj her.

Fra departementets side hevdes det at de midlertidig eksemplarfremstillingene som skjer ved strømming neppe omfattes av eneretten etter åvl. § 2, og at slike tilfeller faller inn under

³¹ Ot.prp. Nr. 85 (1997-1998) punkt 4.1.3

³² EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalen punkt 4

³³ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 153, jf. EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalen punkt 33

unntaksregelen i åvl. § 11a.³⁴ Noen nærmere forklaring på hvorfor dette utgjør et slikt eksemplar blir ikke gitt. Det oppstår her et behov for å presisere hva som menes med et midlertidig eksemplar.

3.2.2 Begrepet “midlertidig eksemplar”

Bestemmelse i åvl. § 2, jf. artikkel 2, tar sikte på å gi opphavsmenn og rettighetshavere et omfattende teknologinøytralt vern ved fremstillingen av åndsverk. Eksemplarfremstilling av film og musikk i form fysiske formater som DVD, CD eller nedlastbare datafiler er omfattet av vernet. Likevel er også begrepet ”midlertidige eksemplarer” inntatt i bestemmelsen. Når dette er sagt kan det være vanskelig å se et klart skille mellom tilfellene av midlertidige eksemplarfremstillinger som omfattes av åvl. § 2, jf. artikkel 2, og tilfeller som faller inn under åvl. § 11a, jf. artikkel 5(1). Noe definert skille ser heller ikke ut til å komme klart frem i direktivet eller i de norske bestemmelsene. Da vern etter åvl. § 2 er teknologinøytralt er det i utgangspunktet ikke noe i veien for at strømming kan falle inn under bestemmelsen. Andre rettskilder må imidlertid benyttes for å danne et klarere bilde av skillet. Disse vil behandles nærmere under kapittel 4 i avhandlingen.

3.3 Opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring av åndsverk

Åvl. § 2 første ledd gir opphavsmannen enerett til å gjøre sitt åndsverk tilgjengelig for allmennheten. Denne rettigheten må ses i lys av bestemmelsens tredje ledd, litra a til c, som lister opp eksempler på hva som anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten. Retten innebærer i utgangspunktet offentlig spredning, visning og fremføring av åndsverket. Dette trenger ikke nødvendigvis å betraktes som en uttømmende liste for hva som faller inn under betydningen av ”tilgjengeliggjøring for allmennheten”. I den såkalte Napster-saken gav Høyesterett uttrykk for at tredje ledd ikke var ment som noen legaldefinisjon på hva som falt inn under bestemmelsen.³⁵

I forbindelse med gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet oppstod det diskusjon rundt innføringen av en fjerde kategori under tilgjengeliggjøring for allmenheten. Det hele hadde sitt

³⁴ Prop. 65 L (2012-2013) punkt 6.4

³⁵ Rt. 2005 s. 41 (Napster.no)

opphav i direktivets artikkel 3(1), som igjen føres tilbake til WIPO Copyright artikkel 8. Spørsmålet var om opphavsmannen også skulle ha eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten, via tråd eller trådløst overføring, i tilfeller hvor brukere med tilgang til verket selv kunne bestemme visningstidspunktet.³⁶ Ved slike tilfeller av såkalt ”på forespørsel-rett” valgte de nordiske landene å gå ulike retninger. Norge og Danmark valgte å la slik overføring falle inn under fremføringsbegrepet, mens Sverige og Finland lot overføring til allmennheten være en egen kategori, med en tilsvarende innsnevring av fremføringsbegrepet.³⁷

Blant de tre kategoriene vi finner i åvl. § 2 tredje ledd er det litra c, ”fremføring”, som etter norsk lovgivning dekker det samme som overføringsbegrepet er ment å skulle omfatte. Tolkningen som er lagt til grunn i både norsk og dansk lovgivning avviker ifølge de norske forarbeidene ikke fra opphavsrettsdirektivet: *”Departementet har kommet til at overføring til allmennheten bør beholdes innenfor offentlig fremføring. Å innføre begrepet «overføring til allmennheten» som sideordnet til offentlig fremføring vil antakelig ikke utvide gjeldende rett, men departementet kan heller ikke se at det medfører noen større klarhet så lenge det tas inn en presisering om at overføring hører inn under offentlig fremføring”*.³⁸

I tråd med departementets uttalelse er en slik presisering inntatt i åvl. § 2 fjerde ledd ved lovendring i 2005. Her heter det at *”som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket”*. Endringen må ses i sammenheng med økt digitalisering og store datateknologiske fremskritt, hvor det har vært behov for å utvide og presisere grensene for opphavsmannens enerett. Til tross for overnevnte presisering kan det kanskje sies at forståelsen av offentlig fremføring strekkes langt, sammenliknet med andre land og internasjonale konvensjoner på området.

3.3.1 Tilgjengeliggjøring på internett

For å kunne oppstille en grense for hvor langt fremføringsretten strekker seg, må det først defineres hva det vil si å gjøre et åndsverk tilgjengelig for allmennheten. Til forskjell fra

³⁶ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 151

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.2.3.1.1

spredning etter litra a og visning etter litra b, forsvinner ikke eneretten til fremføring første gangen den benyttes.³⁹ Ved å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten vil også alle fremtidige fremføringer omfattes av opphavsmannens enerett, med unntak av tilfeller som faller inn under lånereglene etter åndsverkloven kapittel 2. I enkelte tilfeller kan det, til tross for reglene som oppstilles i kapittel 2, kunne være vanskelig å avgjøre hvor grensene for privat bruk skal trekkes og hva som til enhver tid er å anse som fremføring for allmennheten. Jeg vil likevel ikke problematisere dette noe nærmere her og de vises til juridisk teori for utdypende behandling av teamet. Avhandlingen behandler tilfeller hvor åndsverk er gjort tilgjengelig for allmennheten.

Etter åvl. § 2 fjerde ledd, sammenholdt med tredje ledd litra c, regnes overføringer i tråd eller trådløst til allmennheten som offentlig fremføring. Her inngår blant annet nettbasert overføring ved hjelp av strømmingsteknologi. I enkelte tilfeller aktiveres overføringer på en avsenders initiativ, mens andre ganger er det mottaker selv som må handle aktivt for å skaffe seg tilgang til åndsverket. Det sistnevnte fører oss tilbake til avhandlingens hovedtema, nemlig brukerne som aktiverer åndsverk på eget initiativ fra usertifiserte og dermed ulovlige strømmingstjenester. Som vi har vært inne på under punkt 3.2 faller slik bruk inn under reglene om eksemplarframstilling, og må ikke forveksles med fremføringsretten som ved strømming først og fremst omhandler selve tilgjengeliggjøringen av åndsverk.

Når et musikkstykke eller et filmverk gjøres tilgjengelig via strømming på en webside, uten opphavsmannens samtykke, er kanskje ikke begrepet *fremføring* helt passende. Det er likevel slik handlingen beskrives i norsk rett. Åndsverket fremføres i kraft av å gjøres tilgjengelig for allmenheten til fri bruk etter ønske, gjennom en nettleser. Når åndsverk gjøres tilgjengelig via websider som tilbyr avspilling ved hjelp av strømming, vil selve opplastningsprosessen bære preg av å være lik som ved bruk av BitTorrent. Også her vil det være behov for å ha et eksemplar av den digitale filen på egen datamaskin før den lastes opp på websiden og lagres på sidens servere. Uten tillatelse fra verkets skaper eller andre rettighetshavere vil slike handlinger være å anse som opphavsrettsbrudd i strid med åvl. § 2.

Som nevnt under punkt 2.1 i avhandlingen, er det innført et regelverk som åpner for muligheten til å få innsyn norske privatpersoners nettbruk, og på den måten kartlegge individer som begår

³⁹ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 179

opphavsrettsbrudd på nett. Videre kan internettleverandører pålegges å sperre tilgangen til enkelte websider for norske brukere. Regelverket oppstilles i åndsverkloven kapittel 7a, og bidrar til å øke opphavsmannens vern ved å gjøre det enklere å forfølge opphavsrettsbrudd på nett.

Reglene er utformet for å ramme både ulovlig opplasting og nedlasting, men vil også ha virkning der det foretas opplasting til strømmingskilder. Ved ulovlig nedlasting vil både den som gjør åndsverk tilgjengelig og brukere som benytter seg av tilgangen kunne risikere å bli oppdaget og sanksjonert.⁴⁰ Dette vil i prinsippet også være en effektiv måte å stanse bruken av ulovlig opplastede åndsverk da disse ikke lenger kan utnyttes dersom kilden til distribusjonen stanses.

3.4 Den videre fremstillingen

Opphavsmannen har som hovedregel enerett til midlertidig eksemplarframstilling av åndsverk etter åvl. § 2. Det foreligger likevel et unntak for visse tilfeller av midlertidige eksemplarer etter åvl. § 11a. Videre har det blitt gjort rede for opphavsmannens enerett til å gjøre midlertidige eksemplarer tilgjengelig for allmennheten, og at denne retten også er i behold på nett. I denne forbindelse presiseres det at opplastere som gjør åndsverk tilgjengelig via strømmingskilder, begår opphavsrettsbrudd. Brukerne av det opplastede verket vil derimot ikke gjøre noe ulovlig. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på unntaksregelen for eneretten til midlertidig eksemplarframstilling etter åvl. § 11a.

⁴⁰ Prop. 65 L (2012-2013) punkt 6.4

4 Unntak fra eneretten til midlertidig eksemplarframstilling

4.1 Bakgrunnen for åvl. § 11a

Åndsverkloven §11a ble inntatt i norsk lovgivning ved lovendring av 17. juni 2005 nr. 97. Dette er en nesten ordrett gjennomføring av opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) artikkel 5(1), men ses også i sammenheng med WIPO-traktatene som Norge er tilknyttet.⁴¹ Bestemmelsen er et unntak fra hovedregelen etter åvl. § 2, som gir opphavsmannen enerett til eksemplarframstilling.

Eneretten gjør seg gjeldende for midlertidige eksemplarer, men åvl. § 11a unntar visse midlertidige eksemplarer fra denne retten. Bestemmelsens mest aktuelle anvendelsesområde er digitale åndsverk som utnyttes ved hjelp av datamaskiner.

Som introdusert under punkt 2.1, omtales gjerne bestemmelsene i åndsverkloven kapittel 2 som låneregler. Reglene som oppstilles i kapittelet kan deles inn i tre grupper. Her skilles det for det første mellom ”låneregler” eller ”fribruksregler”, for det andre ”tvangslisensregler” og for det tredje ”avtalelisensregler”.⁴² De førstnevnte reglene gir rett til fri bruk av et åndsverk uten kostnader for den som benytter seg av det. Her er det heller ikke nødvendig å ha opphavsmannens eller andre rettighetshavers tillatelse til utnyttelse av verket. Er bruken tilknyttet ”tvangslisensregler” innebærer det at verket kan benyttes innenfor bestemte rammer hvor opphavsmannen har krav på vederlag for bruken. ”Avtalelisens” er en form for tvangslisens, men hvor dens virkning ikke gjør seg gjeldende umiddelbart og hvor skaperen av verket har en ”*en til tvangslisenssvarende avtale med en representativ norsk opphavsmannsorganisasjon på vedkommende område*”.⁴³

Innen norsk opphavsrett har det tradisjonelt ikke vært åpnet for en innskrenkede tolkning av unntaksbestemmelser i åndsverkloven kapittel 2. Den norske juristen og professoren i rettsvitenskap ved universitet i Oslo, Johan Knoph, gav i sin tid uttrykk for at opphavsrettens regler måtte anses som et resultat av ”*to likeverdige komponenter*”.⁴⁴ Her siktet Knoph til opphavsmannen og allmennheten. Eventuelle unntak til fordel for allmennheten måtte derfor ikke

⁴¹ Gyldendal lovkommentar, § 11a, note 16, ved Rieber-Mohn

⁴² Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 216

⁴³ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 217

⁴⁴ Knoph, *Åndsretten*, 1936 s. 124

tolkes strengere eller innskrenkende.⁴⁵ En slik forståelse er også fulgt opp av norske lovgivere i senere tid ved utarbeidelsen av åndsverklovgivningen.⁴⁶ Til tross for dette setter kanskje dagens teknologiske utvikling en slik forståelse på prøve. En restriktiv tolkning kan ha vært av større aktualitet da åndsverkloven av 1961 ble til, men også ved enkelte senere lovendringer i tiden før digitalisering og den datateknologiske utviklingen skjøt fart.⁴⁷

Unntaket som oppstilles i åvl. § 11a faller inn under kategorien låne- eller fribruksregler så lenge bestemmelsens vilkår er oppfylt. Dette innebærer at bruk som medfører fremstilling av denne typen midlertidige eksemplarer, ikke omfattes av opphavsmannens enerett til eksemplar-fremstilling etter åvl. § 2. Likevel vil opphavsmannen i utgangspunktet måtte gi sitt samtykke for at verket skal kunne gjøres tilgjengelig i den formen det her måtte dreie seg om. Det er kun eksemplarfremstilling som er omfattet av unntaket i åvl. §11a.

4.2 Ordlyd og vilkår

Vi har sett at åvl. § 11a åpner for å unnta enkelte midlertidige eksemplarfremstillinger fra opphavsmannens enerett. Først må imidlertid vilkårene i unntaket oppfylles. Bestemmelsen lyder som følger:

”Når tilfeldig eller forbigående fremstilling av midlertidige eksemplarer utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess som har til eneste formål å muliggjøre

a) lovlig bruk av et verk, eller

b) en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter,

omfattes slik eksemplarfremstilling ikke av eneretten etter § 2, med mindre den har selvstendig økonomisk betydning.

Bestemmelsen i første ledd gjelder ikke for datamaskinprogrammer og databaser”.

Etter norske forarbeider⁴⁸ legges det til grunn at fire kumulative vilkår må oppfylles for at unntaket skal gjøre seg gjeldende, mens det i EU-domstolens praksis legges til grunn fem. Dette

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ Se innst. 1950 s. 14

⁴⁷ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 219

⁴⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.1

skyldes at kravet om at det må foreligge et ”midlertidige eksemplar”, ikke oppstilles som et eget vilkår i norske lovforarbeider, men ser ut til å ha blitt slått sammen med kravet om at midlertidige eksemplarer må være ”flyktige eller tilfeldige”. Hvorvidt forskjellen er av vesentlig betydning ved tolkning av den norske bestemmelsen er tvilsomt. Som nevnt under punkt 1.4.1, vil EU-rettslige kilder kunne tillegges noe mer vekt ved tolkning av bestemmelser som er gjennomført i norsk rett der det oppstår kollisjon. Ved videre drøftelse av vilkårene vil jeg legge til grunn EU-rettens forståelse om at det foreligger fem vilkår, for å være sikker på at forskjellen ikke medfører nyanseskjeller ved tolkningen, og fordi den norske regelen har sitt utgangspunkt i artikkel 5(1).

For det første må det foreligge en midlertidig eksemplarfremstilling. For det andre må det midlertidige eksemplaret være tilfeldig eller forbigående. For det tredje må det utgjøre en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess, som for det fjerde enten medfører lovlig bruk av verket (litra a), eller åpner for en overføring av verket i nettverk mellom tredjeparter (litra b). For det femte må ikke overføringen har selvstendig økonomisk betydning.⁴⁹ Vilkårene er kumulative og må dessuten ses i sammenheng med tretrinnssteden, som oppstilles artikkel 5(5).

Det vil ikke gjennomføres en nærmere behandling av åvl. § 11a første ledd litra b, da avhandlingen avgrenses mot nettleverandørens medvirkningsansvar. Drøftelsen rettes mot litra a, ”lovlig bruk”, da vilkåret er av sentral betydning ved vurderingen av om brukerens eksemplarfremstilling omfattes av hovedregel eller unntak. Under avhandlingens kapittel 5 vil det foretas en nærmere tolkning av vilkårene i åvl. § 11a. Her vil jeg vurdere norske lovgiveres tolkning av artikkel 5(1) i lys av opphavsrettsdirektivets intensjoner, samt forsøke å redegjøre for nettbrukers stilling i lys av relevante rettskilder på området.

4.3 Grunnlag for tolkning – åvl. § 11a

4.3.1 Nasjonal forståelse av vilkårene

Det finnes knapt med norske rettskilder hvor tolkningen og anvendelsen av åvl. § 11a behandles. I forarbeidene legges det til grunn at caching er en komponent i prosessen som muliggjør ordinær

⁴⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.1

nettlesing og at slike mellomlagringer må tilfredsstillende vilkårene i åvl. § 11a. Det konkluderes med at strømming faller inn under unntaket og det legges til grunn at slik avspilling må anses som ”privat fremføring” av verket og dermed heller ikke er opphavsrettslig relevant.

Opphavsmannen er således ikke vernet av åvl. § 2 i tilfeller hvor hans verk strømmes av en bruker fra en ulovlig kilde.⁵⁰ Det er ikke foretatt noen nærmere drøftelse av de konsekvenser en slik konklusjon vil ha for opphavsmenn og rettighetshavere. De enkelte vilkårene i åvl. § 11a er kort vurdert, men på et svært generelt grunnlag.

4.3.2 EU-domstolens tolkning av direktivet

Opphavsrettsdirektivets fortale og forarbeider gir ikke fullstendige svar på hvordan artikkel 5(1) skal tolkes og er knappe i sine beskrivelser av vilkårene. Det finnes imidlertid rettspraksis fra EU-domstolen som kan bidra til en bedre forståelse av artikkelen og dermed åvl. § 11a. Relevante saker vil derfor presenteres før en nærmere tolkning av vilkårene gjennomføres.

I 2011 vurderte EU-domstolen i sak C-403/08 (heretter Premier League) hvorvidt rettighetshaverne til TV-sendingene av Premier League fotballkamper kunne nekte salg av satellitt-dekodere som gav brukere i andre land tilgang til å se kampene. Domstolen kom frem til at medlemslandene ville bryte med EU-trakten ved å ha et internt regelverk som forhindret at dekodere ble solgt eller benyttet i utlandet. Videre ble det lagt til grunn at bruken i dette tilfellet tilfredsstilte vilkårene i artikkel 5(1).⁵¹

I sak C-5/08 (heretter Infopaq I) fra 2009 tok EU-domstolen stilling til de tolknings spørsmål som var reist i dansk rett tilknyttet forståelsen av midlertidig reproduksjon (eksemplarframstilling) etter artikkel 2 og 5(1). I saken hadde Danske Dagbladets Forening gått til søksmål mot Infopaq International A/S som samlet inn og scannet nyhetsartikler fra aviser. Ved gjennomføringen av denne prosessen ble det lagret midlertidige kopifiler i et datasystem som Infopaq benyttet seg av. Deler av prosessen bestod imidlertid av at tekstbiter ble printet ut fra datamaskinen i papirform. I dette formatet ble det opp til brukeren selv hvor lenge eksemplaret bestod og kravet om at kopien

⁵⁰ Prop. 65 L (2012-2013) punkt 2.2

⁵¹ Case C-403/08 (Premier League)

var midlertidig var dermed ikke oppfylt i tråd med artikkel 5(1). Denne prosessen falt derfor inn under hovedregelen i artikkel 2.⁵²

Et annet aspekt ved saken tatt opp til vurdering i EU-domstolen i 2012. I sak C-302/10 (heretter Infopaq II) ble det vurdert hvorvidt Infopaq måtte ha rettighetshaverens godkjennelse ved bruken av en automatisk prosess som bestod i å skanne avisartikler og deretter konvertere disse til digitale filer. Her ble den nevnte reproduksjonsprosessen tolket i lys av direktivets artikkel 5(1) og tretrinnssteden inntatt 5(5). I dette tilfellet konkluderte domstolen med at de midlertidige reproduksjonene tilfredstilte vilkårene og var således ikke vernet av artikkel 2.⁵³

Tidligere i år har EU-domstolen i sak C-360/13 (Meltwater), etter anmodning fra britisk rett, tatt stilling til hvorvidt nettleasing i form av browsing faller inn under opphavsrettsdirektivet artikkel 5(1). I saken hadde den britiske organisasjonen NLA (The Licensing Agency) rettet søksmål mot den norsk etablerte medieovervåkningstjenesten Meltwater Group, som tilbød sine kunder å få tilsendt nyhetskollasjer med linker til avisartikler fra ulike nettbaserte nyhetssider. Det ble reist spørsmål om Meltwater lovlig kunne hente og tilby sine brukere nyhetsoverskrifter fra websider som opprinnelig tilbød innholdet, uten at disse sidene hadde samtykket til bruken. NLA hevdet at nyhetsbitene som ble distribuert var kopier som det kunne kreves at Meltwater og deres kunder betalte lisens for. Saken endte opp i den britiske høyesteretten (UK Supreme Court), som i motsetning til dens underinstanser, kom frem til at Meltwaters praksis var lovlig.⁵⁴

Det ble imidlertid fremmet ønske om en presisering omkring lovligheten av kundegruppens bruk knyttet opp mot direktivets artikkel 5(1). I EU-domstolens vurdering bekreftes avgjørelsen til britisk høyesterett, og det legges til grunn at Meltwaters kunder, og andre som foretar ordinær browsing, ikke risikerer å begå noe opphavsrettsbrudd ved denne bruken alene. Det understrekes at de midlertidige kopiene som oppstår når innholdet på en webside vises på brukerens dataskjerm og som lagres på datamaskinens cache, oppfyller vilkårene i artikkel 5(1).⁵⁵ Dette kan sies å være et steg i retning av at også flere former for midlertidige eksemplarfremstilling omfattes av unntaket da også disse lagres på tilsvarende måte.

⁵² Case C-5/08 (Infopaq I)

⁵³ Case C-302/10 (Infopaq II)

⁵⁴ UKSC 18 Public Relations Consultants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency, 2013

⁵⁵ Case C-360/13 (Meltwater)

4.4 Kort oppsummering

Norske lovgivere har tolket opphavsrettsdirektivets artikkel 5(1) og med det åvl. § 11a til å omfatte strømming. Tolkningstvil tilknyttet artikkelen har medført at ulike nasjonale domstoler har rettet sine spørsmål til EU-domstolen for nærmere avklaring av vilkårenes betydning. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på de enkelte vilkår i åvl. § 11a og trekke linjer til EU-domstolens praksis og andre relevante kilders tolkning av artikkel 5(1). De kumulative vilkårene som i det følgende vil bli behandlet, blir i EU-domstolens praksis ofte vurdert opp mot hverandre samlet, og i noen tilfeller i varierende rekkefølge. For ordens skyld vil jeg behandle dem kronologisk og vise til relevante linker mellom vilkårene.

5 Midlertidig eksemplarframstilling etter åvl. § 11a

5.1 Visse midlertidige eksemplarer

Sentralt for denne oppgaven er skillet mellom de midlertidige eksemplarene som faller inn under hovedregelen i åvl. § 2 og tilfeller som faller inn under § 11a. Dette er en forskjell som ikke sier seg selv når man leser de to bestemmelsene.

Overskriften til åvl. § 11a, ”visse midlertidige eksemplarer”, indikerer at det dreier seg om en snever unntaksbestemmelse. Som vist i punkt 3.1.1, faller alle former for nettleasing, herunder browsing og caching, utenfor opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling etter norsk rett. Hvilke tilfeller som eventuelt skulle falle inn under midlertidige eksemplarer etter åvl. § 2 er ikke nærmere presisert.

Det må, uavhengig av det nevnte skillet, legges til grunn at det uansett dreier seg om framstillinger som kan kategoriseres som midlertidige for at det første vilkåret skal være oppfylt. Deretter må en eventuell vurdering av om tilfellet faller inn under hovedregel eller unntak foretas.

5.2 Vilkaoret “tilfeldig eller forbigående”

Det andre vilkaoret oppstiller krav om at eksemplarframstillingen skal være ”tilfeldig” eller ”forbigående”. I de norske forarbeidene behandles dette i liten grad. Slik vilkaorene står ser de ut til å være likestilte, hvor det ene ikke skal tillegges mer eller mindre vekt enn det andre. EU-domstolen har i sin praksis gjennomført mer dyptgående tolkninger som det vil bli gått nærmere inn på under. Vilkaorene er også behandlet i EU-rettslig juridisk teori.

5.2.1 Tilfeldig

Etter normal språkforståelse gir begrepet ”tilfeldig” uttrykk for å være noe som kan skje uforskyldt, når som helst, og uten forvarsel. Norsk Språkråd definerer begrepet som noe ”*som kanskje skjer, vilkårlig, forbipasserende...*”.⁵⁶ Sett i sammenheng med åvl. § 11a ser ordlyden ut

⁵⁶ Se www.sprakradet.no

til å beskrive en prosess som den alminnelige internettbrukeren ikke selv har direkte kontroll over.

I de norske forarbeidene oppstilles det en knapp beskrivelse av vilkåret. Her uttrykkes det nokså generelt at *”«tilfeldig» viser til at lagringen skal bære preg av å være vilkårlig, samtidig som den i en viss grad også skal være uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet.”*⁵⁷ En spesielt presis anvisning på hvordan vilkåret skal tolkes kan ikke leses ut av beskrivelsen. Ved strømming lagres åndsverket på datamaskinens RAM etter en aktiv handling fra brukerne som setter i gang prosessen. Begrepet ”tilfeldig” ser ikke ut til å passe helt med norske lovgivers forståelse da den påbegynte strømmingsprosessen medfører lagringer som ikke kan sies å bære preg av å være vilkårlig, uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet.

Heller ikke fortalen til opphavsrettsdirektivet gir noen avklaring på hvordan ”incidental”-begrepet skal forstås.⁵⁸

I Premier League drøftes vilkåret ”transient” inngående uten ytterligere referanser til vilkåret, ”incidental”. Noe klart skille mellom disse to begrepene kan ikke leses ut fra saken og det kan vurderingen av ”transient” ser ut til å være den dominerende faktoren i vurderingen av dette vilkåret. Denne praksisen ser også ut til å være fulgt i ved domstolens behandling av Infopaq II.

I Meltwater nevnes ”incidental” avslutningsvis i et av premissene ved vurderingen av vilkåret ”transient”: *”It follows that the cached copies neither exist independently of, nor have a purpose independent of, the technological process at issue in the main proceedings and must, for that reason, be regarded as ‘incidental’”*.⁵⁹ Domstolen legger til grunn at filene som er lagret er en form for rester fra den teknologisk prosessen og derfor må anses som tilfeldige. Domstolens bruk av ”incidental” peker i retning av at i den grad vilkåret anvendes, inngår det i en samlet vurdering med vilkåret ”transient”.

I en forskningsrapport fra Universitetet i Amsterdam til EU-kommisjonen, om gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet i EU, kommenteres vilkåret kort. Her uttales det at *”according to the*

⁵⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 5

⁵⁸ EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet) fortalen punkt 33

⁵⁹ Case C-360/13 (Meltwater) premiss 50

*Oxford Dictionary, the term "incidental" must be understood as something "occurring or liable to occur in fortuitous or subordinate conjunctions with something else of which it forms no essential part; casual".*⁶⁰ Videre uttales det at *"The term "incidental" in article 5(1) of the Information Society Directive means that the copy must "have no significance from a copyright perspective" and comprises e.g. copies created in proxy servers and local caches of the computer systems. Such reproductions are covered by the exception as long as they are temporary.*"⁶¹ Det tas her utgangspunkt i den engelske definisjonen av begrepet. Dersom forståelsen som legges til grunn i rapporten er riktig vil den ikke samsvare med det norske begrepet "tilfeldig". Strømming utgjør en aktiv handling fra brukerens side som medfører at åndsverket lagres midlertidig på datamaskinen minne. Det er dermed ikke "tilfeldig" i ordets rette forstand.

Uavhengig av hvilken forståelse som er riktig må det konstateres at vilkåret "transient" er det sentrale utgangspunktet i EU-domstolens vurdering av det andre vilkåret i artikkel 5(1). Tolkingen som er lagt til grunn i norske forarbeider ser ut til å være knapp da den alene baserer seg på en definisjon av begrepet "tilfeldig" etter norske standarder. Her kan det være behov for en presisering for å unngå forvirring ved anvendelsen og tolkingen av åvl. § 11a.

5.2.2 Forbigående

Den ordinære forståelsen av begrepet "forbigående" tilsier at det dreier seg om noe som er kortvarig eller midlertidig.

I de norske forarbeidene heter det at *"«forbigående» innebærer krav med hensyn til lagringens potensielle varighet, som - avhengig av hvilken lagring det er snakk om og hvor i prosessen den skjer - i større eller mindre grad skal være tidsbegrenset.*"⁶² Denne lagringen skal fremstå som *flyktig, ubestendig eller forgjengelig.* Til tross for lovgivers egen konklusjon, sier det ikke seg selv at eksemplarfremstillingen og midlertidige lagringen som oppstår ved strømming faller inn under denne beskrivelsen. I likhet med beskrivelsen av vilkåret "tilfeldig" er forarbeidene knappe her.

⁶⁰ Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society (2007) s. 32

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.4.1

Direktivets fortale oppstiller ikke en klar definisjon av ”transient”. EU-domstolen har ved flere anledninger vurdert vilkåret. I Infopaq I uttaler domstolen følgende: ”...*the Court finds that an act can be held to be ‘transient’ within the meaning of the second condition laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29 only if its duration is limited to what is necessary for the **proper completion of the technological process** in question, it being understood that that process must be automated so that it deletes that act automatically, without human intervention, once its function of enabling the completion of such a process has come to an end*”⁶³ (Min utheving).

Den midlertidige kopiens eksistens må altså begrenses til den tid som er nødvendig for at prosessen som er satt i gang kan fullføres. I denne forbindelse må eksemplaret for det andre, slettes automatisk, uten menneskelig innblanding når prosessen er gjennomført og avsluttet.

Strømmingsprosessen som behandles i denne oppgaven avhenger av at en bruker setter den i gang.⁶⁴ Når strømming av et åndsverk settes i gang av brukeren vil verket lastes gradvis inn på datamaskinens minne. Når hele eller deler av verket ligger på minnet vil det kunne avspilles på brukerens skjerm og/eller lyttes til.

Hvor lenge verket potensielt kan være lagret før det slettes er ikke klart presisert i EU-domstolens praksis, men utgangspunktet må være at dette må skje kort tid etter at fremstillingen er gjennomført. I forbindelse med Infopaq I fremmet generaladvokaten sin forståelse av vilkåret og uttaler at ”*An act of reproduction is transient in my opinion where the reproduction only exists for a very short period... transient acts of reproduction are therefore temporary acts of reproduction which last for an exceptionally short time, which are ephemeral and which at the same time disappear after arising*”.⁶⁵

Hvor lenge et verk er lagret i datamaskinens minne vil variere. Et eksempel kan være at en bruker igangsetter lastingsprosessen uten å spille av verket umiddelbart, hvor det da blir liggende i minnet over lengre tid. I andre tilfeller vil et slikt scenario ikke være mulig i samme grad. I Premier League ble fotballkampene som ble vist gjennom satellittdekodere på TV-skjermer

⁶³ Case C-5/08 (Infopaq I) premiss 64

⁶⁴ Se avhandlingen punkt 1.3

⁶⁵ Case C-5/08 (Infopaq I) Generaladvokatens uttalelse, punkt 88

slettet i det kringkastingen var gjennomført.⁶⁶ Slike tilfeller vil dermed være forbigående og falle inn under unntaksbestemmelsen i artikkel 5(1). Strømming via en datamaskin vil likevel ikke nødvendigvis garantere umiddelbar sletting på samme måte. På den annen side kan det kanskje ikke sies å foreligge en ”...*proper completion of the technological process in question*...”⁶⁷ uten at verket også er ferdig avspilt på dataskjermen og deretter slettes.

Normalt vil ikke brukeren gjøre en aktiv handling for å rense minnet for det som måtte lagres på datamaskinens RAM, og sletting vil derfor skje uten menneskelig innblanding i prosessen. I beskrivelsen av ”transient” som fremgår i Infopaq I legger ikke EU-domstolen vekt på de handlinger som initierer selve eksemplarframstillingen, i dette tilfellet manuell innskanning av avisartikler. Fokuset rettes mot hva som skjer med filene når framstillingen er avsluttet og selve slettingsprosessen. Dette taler i retning av at det er verkets eksistens etter at framstillingen er fullført som må vektlegges, ikke hva brukeren har gjort for å starte selve prosessen. Ut fra dette perspektivet vil ikke en bruker som setter i gang en strømmingsprosess nødvendigvis gjøre et opphavsrettbrudd ved denne handlingen alene. Det er verkets eksistens i form av en kopi som ser ut til å være det ved vurderingen.

Det presiseres i Meltwater, jf. Infopaq II, at artikkel 5(1) ikke er til hinder for at den tekniske prosessen som gjennomføres innebærer menneskelig innblanding ved at den midlertidige reproduksjonen er igangsatt eller fullføres manuelt.⁶⁸ Dette innebærer at sletting kan skje ved menneskelig innblanding dersom dette er en manuell avslutning av bruken av den pågående tekniske prosessen.⁶⁹ Prosessen vil eksempelvis kunne avsluttes dersom en bruker forlater en et webside til fordel for en annen, hvor de midlertidige eksemplarene som er lagret fra det første websidebesøket slettes til fordel for de som fremstilles i forbindelse med det neste.

Når en bruker strømmer et åndsverk vil verket først lagres på datamaskinens RAM, hvor det deretter vil kunne spilles av eller vises på en dataskjerm. Dette bærer likhetstrekk med prosessen som gjennomføres ved nettlæsingen som omtales i Meltwater, da begge prosesser medfører midlertidige lagringer i datamaskinens cache.

⁶⁶ Case C-403/08 (Premier League)

⁶⁷ Case C-5/08 (Infopaq I) premiss 64

⁶⁸ Case C-360/13 (Meltwater) premiss 32, jf. Case C-302/10 (Infopaq II) premiss 32

⁶⁹ Case C-360/13 (Meltwater) premiss 41

Da prosessen er svært lik, eller kanskje tilnærmet identisk, kan det reises spørsmål om åndsverkens karakter er av betydning ved vurderingen av om det kan anses som ”transient”. I Meltwater blir den klassiske formen for browsing, eller nettløsing vurdert, hvor det dreier seg om distribusjon av artikler som kan leses på nett. Både ved slik nettløsing og ved strømming vil midlertidige filer skapes og lagres, men strømmede verks størrelse og karakter må antas å være mer markant. Det er likevel ikke noe som tilsier at vesensforskjeller ved verkene vil kunne medføre at de mister preg av å være ”transient”. Noe klart svar på dette kan heller ikke leses ut av dommen.

I Meltwater konkluderes det med at de kopiene som ble vist på skjerm og lagret i cachen måtte anses som ”incidental”, noe som også indikerer at strømming kan være omfattet av samme unntak som enklere former for midlertidig eksemplarfremstilling da begge prosesser foretas på lignende måte.

5.3 Vilkåret “integret og vesentlig del av en teknisk prosess”

Det tredje vilkåret som oppstilles er at det midlertidige eksemplaret må være en ”*integret og vesentlig del av en teknisk prosess*”.⁷⁰ Ordlyden taler for at det siktes til selve teknologien som fremstiller og muliggjør lagringen av det midlertidige eksemplaret.

I norske lovforarbeider fremgår det at ”*med teknisk prosess forstås summen av all aktivitet med relevant tilknytning til det aktuelle formål. Formålet vil eksempelvis være å muliggjøre overføring av verk i nettverk eller avspilling av verket ved hjelp av avspillingsprogramvare i sluttbrukers datamaskin.*”⁷¹ Det legges til grunn at uten den midlertidige eksemplarfremstillingen vil ikke avspillingen kunne gjennomføres, og må derfor være en integret og vesentlig del av den tekniske prosessen.

I Meltwater uttaler EU-domstolen vilkåret krever at to kriterier tilfredsstilles. For det første må ”*the acts of reproduction are carried out entirely in the context of the implementation of a technological process*”. For det andre må ”*the completion of those acts of reproduction is*

⁷⁰ Åndsverkloven § 11a første ledd

⁷¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.4.1

necessary, in that the technological process could not function correctly and efficiently without those acts".⁷² Det siste kriteriet benyttes i begge Infopaq-sakene og har sitt opphav i Infopaq I, men kommer svært klart til uttrykk i Meltwater.

Ved domstolens vurdering av det første kriteriet legges det til grunn at kopiene som vises på skjermen ved avspilling og kopier som lagres i datamaskinens cache må anses som en del av den pågående teknologiske prosessen. Til tross for at den prosessen det dreide seg om i saken ikke var avhengig av en midlertidig eksemplarframstilling, konkluderes det med at kopien likevel ville tilfredstille kravet i 5(1) ettersom prosessen ikke ville fungere "*correctly and efficiently*" uten framstillingen.⁷³

Dette innebærer at både prosesser som er helt avhengige av en eksemplarframstilling, samt de tilfeller hvor framstillingen gjør prosessen mer effektiv, vil være omfattet av unntaket.

Den teknologiske prosessen som vurderes i Meltwater dreier seg om framstilling av tekst og bilder, som ofte forbindes med ved ordinær browsing. Det fremstår som klart at de tilfeller som er avhengig av en slik midlertidige eksemplarframstilling for å muliggjøre den tekniske prosessen for bruk, er omfattet av unntaket.

Ved strømming er behovet for midlertidig lagring mer kapasitetskrevenende, da filmverk og musikkstykker er av annet format og størrelse enn tekst eller bildefiler. Er strømming omfattet av unntaket er sjansene likevel store for at det tredje vilkåret i artikkel 5(1) vil være oppfylt dersom EU-domstolens praksis legges til grunn.

5.4 Vilkaoret "lovlig bruk av et verk"

5.4.1 Hva innebærer "lovlig bruk"?

Er tre første vilkårene oppfylt må den midlertidige framstillingen likevel også ha som "*eneste formål å muliggjøre lovlig bruk av et verk*", jf. åvl. § 11a første ledd litra a.

⁷² Case C-360/13 (Meltwater) premiss 28

⁷³ Case C-360/13 (Meltwater) premiss 34

En normal forståelse av begrepet, ”lovlig bruk” gir inntrykk av en intensjon om vern mot urettmessig utnyttelse på mer enn ett område. Tar man vilkårene som er drøftet over med i betraktningen, kan det virke som det er den teknologiske skapelsesprosessen av eksemplaret som må være ”lovlig”. På den annen side kan det heller ikke utelukkes at den endelige sluttbruken av verket er ment å omfattes av ordlyden.

5.4.2 Norske lovgiveres tolkning av “lovlig bruk”

Norske lovgivere har konkludert med at internettbrukere som strømmer åndsverk fra en ulovlig kilde ikke begår noe lovbrudd da fremstillingene må falle inn under unntaket i åvl. § 11a.⁷⁴

For det første hevdes det at de midlertidige kopiene som oppstår ved strømming neppe utgjør eksemplarfremstilling som omfattes av eneretten. Med andre ord konkluderes det her med at fremstillingsprosessen ikke er avhengig av opphavsmannens samtykke. Lovgiver gir ikke noen nærmere begrunnelse for hvorfor kopiene som oppstår ved strømming omfattes av unntaket.⁷⁵

For det andre legges det til grunn at strømming skjer innenfor brukerens private sfære og utgjør handlinger uten opphavsrettslig relevans. I forarbeidene til åvl. § 11a er det lagt til grunn at vilkåret krever at de midlertidige eksemplarene kun fremstilles i sammenheng med lovlig bruk av verket, og det understrekes at *”bruken vil etter dette være lovlig om det foreligger samtykke, lov hjemmel eller om forholdet ikke omfattes av loven”*.⁷⁶ I denne forbindelse påpekes det at fremføringer innen det private området ikke er opphavsrettslig relevante, og midlertidige eksemplarer som måtte tilfredsstille de øvrige vilkår derfor må falle inn under unntaksbestemmelsen. Det presiseres videre at *”de midlertidige eksemplarer som oppstår i forbindelse med at en privat bruker lytter til en lydfil som er lagt ut på Internett, ikke vil være forbudte selv om lydfilen er lagt ut på nettet i strid med § 2”*.⁷⁷ Videre hevdes det at å lytte til et åndsverk i slike tilfeller ikke kan forbys da dette ikke omfattes av kravet til lovlig

⁷⁴ Prop. 65 L (2012-2013) punkt 2.2

⁷⁵ Prop. 65 L (2012-2013) punkt 2.2

⁷⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.4.1

⁷⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) kapittel 5, merknad til åvl. § 12

kopieringsgrunnlag.⁷⁸ Strømming av åndsverk som musikkstykker eller filmverk vil derfor være unntatt kravet om lovlig kopieringsgrunnlag etter åvl. § 12, jf. tredje ledd litra a og b.

Lovgiver går et steg lengre i sin tolkning av vilkåret og slår fast at unntaket også gjelder midlertidige eksemplarer som har oppstått på samme måte, men hvor fremføringen i tillegg skjer etter at tekniske beskyttelsessystemer er omgått.⁷⁹

Departementet går nokså langt i sin tolkning av hvilke tilfeller som faller inn under åvl. § 11a. Dersom tolkningen i forarbeidene legges til grunn vil tilsynelatende svært mange tilfeller av midlertidige eksemplarframstillinger dekkes av unntaket. Presiseringen av at ”midlertidig eksemplar” omfattes av åvl. § 2, vil i digital kontekst kunne virke tilnærmet meningsløs.

5.4.3 Opphavsrettsdirektivet artikkel 5(1) litra b – ”A lawful use”

Opphavsrettsdirektivets fortale oppstiller et sterkt vern for opphavsmannen og det heter at ”*any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation*”.⁸⁰ Retter man et mer helhetlig blikk på fortalen ser det likevel ut til at vurderingen av om bruken skal anses som lovlig beror på en interesseavveining . Det påpekes blant annet at ”*A fair balance of rights and interests between the different categories of rightholders, as well as between the different categories of rightholders and users of protected subject-matter must be safeguarded*”.⁸¹ Her åpnes det for en nyansert vurdering, hvor det må tas hensyn til både rettighetshaver og brukere. Tolkingen som legges til grunn i norske forarbeider kan nok ikke sies å være samkjørt med direktivets intensjoner på dette punktet.

Det fremgår av fortalen at dersom alle øvrige vilkår i artikkel 5(1) er tilfredsstillt vil unntaket omfatte ”*...acts which enable browsing as well as acts of caching to take place...*”.⁸² Hvor langt unntaket i slike tilfeller vil kunne strekkes, med hensyn til hovedregelen i artikkel 2, er likevel vanskelig å vurdere ut fra fortalen. Det oppstilles to alternative tilfeller hvor bruken må kunne

⁷⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) kapittel 5, merknad til åvl. § 12

⁷⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.4.1

⁸⁰ EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalen punkt 9

⁸¹ EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalen punkt 31

⁸² EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalen punkt 33

sies å være lovlig: ”A use should be considered lawful where it is **authorised by the rightholder or not restricted by law**”⁸³ (Min utheving). Noen forklaring på hvordan disse alternativene til ”lovlig bruk” skal forstås gis ikke her.

5.4.4 Opphavsmanns samtykke, eller bruk som ikke strider med lov

I enkelte tilfeller har et verk blitt lastet opp av opphavsmannen, eventuelt av noen som har fått et samtykke til å ta seg av opplastningen. Her kan det oppstå et skille mellom åndsverk som er lastet opp med eller uten tilgangssperre. Er et verk publisert på nettet uten noen form for sikring, kan det formodes at brukerens videre eksemplarfremstilling ikke utgjør brudd på eneretten.

Rognstad skriver at det ved browsing bør kunne sies å foreligge samtykke til videre eksemplarfremstilling i tilfeller hvor åndsverket er lagt ut uten å være sikret med tilgangssperre. Han stiller seg derimot skeptisk til forståelsen i norske lovforarbeider om at bruk av verk som sikers med tilgangssperrer også omfattes av åvl. § 11a. Uten avklaring fra EU tør han imidlertid ikke å komme med en sikker konklusjon.⁸⁴ I situasjoner hvor et verk i utgangspunktet er tilgjengeliggjort uten tillatelse vil poenget som regel være å gjøre verket tilgjengelig for brukerne å nå på enklest mulig måte. Brukers omgåelse av tilgangssperrer er dermed ikke et like aktuelt tema ved strømming.

Når et åndsverk er blitt lastet opp og tilgjengeliggjort for allmennheten uten opphavsmannens godkjenning, vil handlingen være i strid med eneretten etter åvl. § 2. Videre vil det heller ikke være avgitt samtykke til at nettbrukere kan strømme verket som er ulovlig tilgjengeliggjort. Etter et slikt perspektiv kan det virke som eneretten også bør oppstille vern mot sluttbrukerne. EU-domstolens praktisering av vilkåret ”a lawful use” ser ut til å peke i en annen retning.

I Premier League ble lovligheten av prosessen rundt eksemplarfremstillingen tillagt avgjørende vekt ved vurdering av vilkåret. Det forelå ingen lovgivning verken i EU eller i Storbritannia som tilsa at den aktuelle virksomheten var i strid med ”lawful use” av verket og det ble dermed konkludert med at vilkåret var oppfylt.⁸⁵ I forbindelse med saken uttalte generaladvokaten at

⁸³ EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalet punkt 33

⁸⁴ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 155

⁸⁵ Case C-403/08 (Premier League) premiss 171

*”...the lawfulness or otherwise of the act cannot be based on whether the rights-holder has given consent for the copies in question as such. Reproduction with the consent of the rights-holder does not require any exception”.*⁸⁶

I Infopaq II påpekte domstolen at det ikke forelå noe samtykke fra rettighetshaver til den aktuelle bruken. Likevel blir det understreket at det verken forelå restriksjoner i EUs egen lovgivning eller i dansk rett mot fremstillingen av det aktuelle filformatet virksomheten bedrev. Bruken kunne dermed ikke anses som ”unlawful”.⁸⁷

Til tross for at den omstridte bruken i begge sakene mangler samtykke fra opphavsmenn og rettighetshavere, blir eksemplarframstillingene rettfærdiggjort med at det ikke foreligger hjemmel som forbyr den aktuelle sluttbruken.

I Meltwater presiseres et viktig moment som også gjør seg gjeldende i de to sakene som er nevnt over. EU-domstolen foretar flere av de samme vurderingene som i Premier League og Infopaq II, men det understrekes at *”... the works are made available to internet users by the publishers of the websites, those publishers being required, under Article 3(1) of Directive 2001/29, to obtain authorisation from the copyright holders concerned, since that making available constitutes a communication to the public within the meaning of that article”.*⁸⁸ Videre uttaler domstolen at det i slike tilfeller *”...is no justification for requiring internet users to obtain another authorisation allowing them to avail themselves of the same communication as that already authorised by the copyright holder in question”.*⁸⁹

Fellesnevneren for de ovennevnte sakene er at den som gjorde verket tilgjengelig for allmenheten allerede hadde fått tillatelse til å gjøre dette fra en opphavsmann. Når fotballkampene ble vist på TV-skjermen hos sluttbrukeren eller artikkelen ble lest på dataskjermen ville de midlertidige eksemplarframstillingens som oppstod ikke trenge nok en godkjennelse fra rettighetshavere på nytt. Sakene gir likevel ikke et klart svar på om strømming fra kilder, hvor samtykke aldri har vært gitt, oppfyller vilkåret ”a lawful use” etter artikkel 5(1).

⁸⁶ Case C-403/08 (Premier League) Generaladvokatens uttalelse, punkt 89

⁸⁷ Case C-302/10 (Infopaq II) premiss 43-45

⁸⁸ Case C-360/13 (Meltwater) premiss 57

⁸⁹ Case C-360/13 (Meltwater) premiss 59

I engelsk høyesteretts gjennomgang av Meltwater, argumenteres det med at en uholdbar situasjon vil oppstå dersom bruken av opphavsrettslig beskyttet materiell på nettet begrenses ved lov i slike situasjoner.⁹⁰ Dette fordi brukere vil kunne risikere å havne på en webside med opphavsrettslig beskyttet materiell ved en tilfeldighet eller ved uhell. Det understrekes at det etter artikkel 5(1) ikke er noe i veien for å gå etter opplaster som ulovlig legger ut piratkopierte filmer eller musikk på nett, da disse er de mest åpenbare synderne.⁹¹

I de norske forarbeidene plasseres all browsing og caching-aktivitet under unntaket i åvl. § 11a. Strømming anses som ”lovlig bruk” uten en nærmere vurdering av hva bruken innebærer for verkets skaper eller hva brukeren oppnår ved slik utnyttelse. Det er heller ikke tatt stilling til de økonomiske konsekvensene som fri bruk av strømming av åndsverk vil kunne få for opphavsmenn og rettighetshavere. Departementets begrunnelse virker svak når det kommer til en vurdering av opphavsmannens rettigheter på dette punktet.

5.5 Vilkåret “selvstendig økonomisk betydning”

Det femte og siste vilkåret som oppstilles i unntaksbestemmelsen danner grunnlag for en økonomisk vurdering av det midlertidige eksemplaret som skapes. Dersom alle øvrige vilkår oppfylles vil eksemplarframstillingen unntas hovedregelen i åvl. § 2, ”*med mindre den har selvstendig økonomisk betydning*”, jf. åvl. § 11a. Som nevnt under punkt 2.1 over, er hovedformålet til åvl. § 2 å verne opphavsmannens rett til å skaffe seg økonomisk gevinst ved bruk av sitt skaperverk. Utgangspunktet vil være at andre som utnytter verket på denne måten eller skaffer seg tilgang til det uten tillatelse, begår et opphavsrettsbrudd. Her er derfor linken til vilkåret ”lovlig bruk” av særlig betydning.

Da sluttbrukere som strømmer åndsverk nyter fordelene ved å ikke måtte betale for å leie, kjøpe eller abonnere på tilgang til verket, kan det virke unaturlig å konkludere med at eksemplarframstillingene ikke utgjør en ”økonomisk betydning”. Opphavsmannen risikerer å tape den økonomisk gevinsten han ellers ville ha hatt, hver gang verket strømmes fra en ulovlig kilde. Hva

⁹⁰ UKSC 18 Public Relations Consultants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency, 2013 s. 21-22

⁹¹ UKSC 18 Public Relations Consultants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency, 2013 s. 21-22

som ligger i begrepet ”selvstendig” er derimot ikke gitt. En fullstendig tolkning av vilkåret lar seg ikke gjøre basert på ordlyden alene.

Departementet har i de norske forarbeidene lagt til grunn at vilkåret innebærer ”*at handlingen eller eksemplaret ikke kan ha økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre overføring i nettverk eller lovlig bruk av verket*”, noe som derfor ”... innebærer at eksemplaret verken kan ha slik økonomisk verdi for rettighetshaver, mellomledd, sluttbruker eller andre”.⁹² Dette ser ut til å være en bred tolkning av vilkåret. Videre konstaterer departementet kort at den midlertidige eksemplarframstillingen ikke må ha en økonomisk betydning ut over det som gjør den lovlig bruken av verket mulig, og at dette vilkåret må ses i sammenheng med tretrinnsstesten.⁹³ Tretrinnsstesten kommer vi tilbake til under kapittel 5.

I opphavsrettsdirektivet gir knapp veiledning på hvordan vilkåret ”*no independent economic significance*”, skal tolkes. Fortalen slår kort fast at ”*The acts of reproduction concerned should have no separate economic value on their own*”.⁹⁴ I fortalen avsnitt 33 understrekes det at ”*browsing*” og ”*caching*” er handlinger unntas opphavsmannens enerett. Dermed er det allerede i direktivteksten lagt til grunn at denne formen for midlertidige eksemplarer ikke har selvstendig økonomisk verdi.

I Premier League gir EU-domstolen en nærmere avklaring på hva som ligger i vilkåret. Her var det på det rene at de aktuelle reproduksjonshandlingene som en del av en teknisk prosess, muliggjorde tilgangen til det aktuelle beskyttede verket. Det understrekes at ”*Since the latter have an economic value, access to them necessarily has economic significance*”.⁹⁵ Domstolen slår likevel fast at ”*significance must also be independent in the sense that it goes beyond the economic advantage derived from mere reception of a broadcast containing protected works, that is to say, beyond the advantage derived from the mere picking up of the broadcast and its visual display*”.⁹⁶ Sluttbruker har dermed ikke mulighet til å kontrollere de midlertidige eksemplarene

⁹² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) punkt 3.1.4.1

⁹³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) kapittel 5, merknad til åvl. § 11a

⁹⁴ EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalen punkt 33

⁹⁵ Case C-403/08 (Premier League) premiss 174

⁹⁶ Case C-403/08 (Premier League) premiss 175

etter visningsprosessen, og vil således ikke kunne sies å ha oppnådd ”...an additional economic advantage...”.⁹⁷ På dette grunnlaget konkluderer domstolen med at det femte vilkåret er oppfylt.

Domstolen vurderer eksemplarets selvstendige økonomiske betydning ved å se på den teknologiske prosessen ved fremstilling, og visning av verket på en skjerm. Dersom denne ikke resulterer i gevinst for bruker utover den aktuelle eksemplar fremstilling og selve avspillingen, vil verket ikke ha selvstendig økonomisk betydning. Det tas med andre ord ikke hensyn til den eventuelle økonomiske gevinsten som bruker får ved å ikke betale for utnyttelsen av verket.

I Infopaq II refereres det til forståelsen som legges til grunn i Premier League. Det nevnes likevel at ”...an advantage derived from an act of temporary reproduction is distinct and separable if the author of that act is likely to make a profit due to the economic exploitation of the temporary reproductions themselves”. Det er imidlertid ikke gitt noen eksempler på hva en slik handling kan være. Her kan det kanskje også være vanskelig å se for seg at midlertidige eksemplar fremstillinger kan generere økonomisk gevinst og på samme tid ha som eneste formål å muliggjøre lovlig bruk av verket, jf. åvl. § 11a. Dette må i så fall bero på en teknologisk prosess som etter min kunnskap ennå ikke har sett dagens lys.

Det er vanskelig å se for seg at strømming av åndsverk vil utgjøre noen selvstendig økonomisk betydning etter domstolens vurdering. Brukeren vil i disse tilfellene heller ikke oppnå økonomisk gevinst utover den aktuelle eksemplar fremstilling og selve avspillingen av verket. I likhet med de nevnte dommene medfører ikke strømmingsprosessen at bruker får tilgang de midlertidige eksemplarene som lagres i datamaskinens RAM etter avspilling.

5.6 Oppsummering og veien videre

Så langt har jeg vurdert de fem kumulative vilkårene som oppstilles i åvl. § 11a, jf. artikkel 5(1). Betrachninger som er gjort er i stor grad påvirket av de vurderinger som går frem av EU-domstolens praksis. Likevel vil denne praksisen ha mye å si ved tolkningen og utfyllingen artikkel 5(1). Et siste krav som må oppfylles for at den aktuelle eksemplar fremstillingen skal kunne unntas fra eneretten, oppstilles i artikkel 5(5), hvor den såkalte tretrinns testen er inntatt.

⁹⁷ Case C-403/08 (Premier League) premiss 177

I det følgende vil det drøftes om åvl. § 11a kan sies å være forenelig med tretrinns-testens krav. I denne forbindelse vil det bli gått nærmere inn på hvordan testen vektlegges av EU-domstolens ved vurderingen av artikkel 5(1). Videre vil også internasjonale konvensjoner på opphavsrettens område være av interesse.

6 Tretrinnsatesten

6.1 Bakgrunn og formål

Tretrinnsatesten har sin opprinnelse i Bernkonvensjonen artikkel 9(2), og er senere inntatt i nyere internasjonale traktater som TRIPS, WCT og ikke minst i EUs opphavsrettsdirektiv gjennom artikkel 5(5). Dens funksjon er å danne en ramme for medlemslandenes spillerom til å oppstille nasjonale unntak for opphavsmannens enerett.⁹⁸ Åndsverkloven §§ 12 og 11a er eksempler på slike unntak i norsk lovgivning.

Til tross for at opphavsrettsdirektivet er inkorporert i norsk rett er tretrinnsatesten ikke blitt lovfestet. Departementet begrunner dette med at det vil være unødvendig da det ikke er *”tradisjon i norsk rett for å lovfeste alle prinsipper som lovttekster bygger på, og som gjeldende rett skal forstås med utgangspunkt i”*,⁹⁹ og det legges videre til grunn at testen fungerer som et verktøy for lovgiver. Det er et kjent prinsipp at norsk rett presumeres å være i tråd med våre folkerettslige forpliktelser.¹⁰⁰ Videre må Norge langt på vei kunne sies å ha akseptert testen gjennom EØS-avtalen. Til tross for at tretrinnsatesten ikke er inntatt i lovs form, taler det meste for at vi likevel er bundet av den gjennom våre internasjonale forpliktelser, både ved utforming av ny opphavsrettslovgivning og ved tolkningen av den.

Testen oppstiller tre kumulative vilkår, eller trinn, som setter rammene for hvilke unntak som kan oppstilles i den nasjonale lovgivning. For det første må regelverket gjelde for (i) *”visse spesielle tilfeller”* (*”certain special cases”*), for det andre må de ikke havne i konflikt med den (ii) *”normale utnyttelsen av verket”* (*”not conflict with a normal exploitation of the work”*) og for det tredje ikke på urimelig måte tilsidesette rettighetshavers (iii) *”legitime interesser”* (*”not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author”*).¹⁰¹

I det følgende vil jeg vurdere hvert av de tre trinnene. Da søket etter gjeldende rett i stor grad beror på de domstolskapte vurderingene av artikkel 5(1), vil det være naturlig å se på hvordan

⁹⁸ Ot. prp nr. 46 (2004-2005) punkt 3.4.1.2

⁹⁹ Ot. prp nr. 46 (2004-2005) punkt 3.4.1.2

¹⁰⁰ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 216

¹⁰¹ Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 215, Bernkonvensjonen artikkel 9(2)

EU-domstolen har anvendt tretrinns-testen i praksis. Testens betydning og anvendelse har i imidlertid vært et omdiskutert tema i EU-rettslig teori. Det vil derfor refereres til noen av tankene som er ytret om testen og dens fremtid i europeisk opphavsrett.

6.1.1 (i) Visse spesielle tilfeller

Ved første øyekast ser det ut til at ordlyden taler for en streng tolkning. Formuleringen ”*certain special cases*” virker som en ytterligere sikkerhetsventil for hva som slipper i gjennom unntaksbestemmelsen i artikkel 5(1). Bernkonvensjonen oppstiller de grunnleggende vilkårene for testen, men sier ikke noe om hvordan disse skal forstås utover dette.

Det påpekes i opphavsrettsdirektivets fortale at det må tas hensyn til ”*the new electronic environment*”¹⁰² ved anvendelse av unntak og begrensninger i opphavsmannens enerett. Dette kan medføre at enkelte unntak eller avgrensninger kanskje må innskrenkes enda mer for å kunne tilpasses nye utnyttelsesmuligheter. Det oppstilles tilsynelatende en snevrere adgang til å gjøre unntak fra eneretten i tilfeller hvor det dreier seg om digitale åndsverk.

Med henblikk til Infopaq I uttalte generaladvokaten, i forbindelse med Premier League at ”*the exception under Article 5(1) of Directive 2001/29 must be interpreted strictly because it derogates from the general principle established by Article 2*”. Det anføres videre at en streng tolkning må ses i sammenheng med artikkel 5(5).¹⁰³

I Infopaq II konkluderes det med at så lenge de midlertidige eksemplarframstillingene oppfyller vilkårene i artikkel 5(1), vil også trinn (ii) og (iii) være tilfredsstillende. Dette taler for at domstolen her anser alle tilfeller som vurderes etter artikkel 5(1) som *visse spesielle tilfeller*. Noen selvstendig vurdering av dette trinnet ser derfor ikke ut til å være nødvendig.¹⁰⁴ Dette bekreftes forøvrig i Meltwater, hvor det understrekes at kopiene som ble vist på skjermen og lagret på datamaskinens cache, utelukkende for å muliggjøre browsing, utgjorde et spesielt tilfelle.¹⁰⁵

¹⁰² EP/Rdir. 2001/29 EF (Opphavsrettsdirektivet), fortalen punkt 44

¹⁰³ Case C-403/08 (Premier League) Generaladvokatens uttalelse punkt 91, Case C-5/08 (Infopaq I) premiss 58

¹⁰⁴ Case C-302/10 (Infopaq II) premiss, 56

¹⁰⁵ Case C-360/13 (Meltwater) premiss, 55

EU-domstolens forståelse er kanskje ikke så fjern fra den norske, da overskriften til åvl. § 11a er ”*Visse midlertidige eksemplarer*”. Her oppstilles det en avgrensning allerede før man har kommet til bestemmelsens ordlyd, som det må antas at eksemplaret allerede oppfyller. Det foreligger imidlertid ingen kilder som kan bekrefte en slik forståelse og det er ikke videre kommentert i forarbeidene.

EU-domstolen foretar ingen isolert vurdering av vilkåret ”*certain special cases*”, men konkluderer med at det omtvistede tilfellet allerede oppfyller tretrinnsstestens første vilkår. ”Lovlig bruk” foreligger derfor allerede ved oppfyllelse artikkel 5(1) og noen videre vurdering av dette er ikke nødvendig. Domstolen kan kanskje sies å legge opp til en noe mer liberal tolkning enn det direktivets fortale gir inntrykk av.

WTO-panelet har lagt til grunn at det første trinnet betyr at ”*an exception or limitation in national legislation must be clearly defined*”.¹⁰⁶ Etter en slik forståelse ser det ikke ut til at unntaket skal danne grunnlag for tolkningstvill. Regelverket må være utformet slik at bruker og opphavsmenn har det klart for seg hvilke handlinger som er opphavsrettslig relevante og hvor eventuelle grenser for lovlig bruk oppstilles.

I EU-rettslig juridisk teori har det vært luftet tanker om en mer åpen tolkning av tretrinnsstesten, både på internasjonalt og nasjonalt nivå. Et samarbeid mellom en rekke akademikere, jurister og advokater fra en rekke sentrale land i EU resulterte i den såkalte ”*Declaration on a Balanced Interpretation of the Three-step test in Copyright law*”.¹⁰⁷ Her legges det til grunn at første trinn ikke er til hinder for at lovgivere introduserer ”*...open ended limitations and exceptions, so long as the scope of such limitations and exceptions is reasonably foreseeable*”.¹⁰⁸ Trinnet skal heller ikke være et hinder for at domstolen skal kunne anvende eksisterende begrensninger og unntak, eller å utvikle nye.¹⁰⁹ Det kan være vanskelig å danne seg et klart bilde av gjeldende rett ut ifra denne tilnærmingen, da den er nokså åpen. Det må likevel fremheves at unntakene må innen

¹⁰⁶ WTO-panelet: United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act. avsnitt 6.108

¹⁰⁷ EU Copyright Law: *A Commentary*, s. 444

¹⁰⁸ C. Geiger, R. Hilty, J. Griffiths, U. Suthersanen, 2008, *Declaration on a Balanced Interpretation of the Three-step test in Copyright law*, punkt 3, (a) og (b)

¹⁰⁹ *Ibid.*

rimelighets grenser være forutsigbare ("*foreseeable*"). Videre legges det opp til en balansert avveining av ulike parters interesser ved anvendelsen av tretrinns-testen.

Departementet har i de norske forarbeidene konkludert med at strømming av åndsverk fra ulovlig kilde er lovlig, fordi teknologien skaper midlertidige eksemplarer som ikke omfattes av opphavsmannens enerett. Grunnlaget for denne forståelsen beror på en kortfattet vurdering og det foreligger ingen balansert avveining av interesser. Det er kun strømmingsteknologien som vurderes, uten at det rettes fokus på opphavsmannens interesser eller at brukerens handling faktisk beror på utnyttelse av noen andres lovbrudd. Med en så uklar rettstilstand er argumentasjonen i forarbeidene for knapp.

6.1.2 (ii) Konflikt med den normal utnyttelse av verket

Unntaket skal ifølge det andre trinnet bare benyttes i tilfeller som ikke havner *i konflikt med den normale utnyttelsen av verket*. Det kan altså ikke oppstilles unntaksregler som har negativ virkning eller hindrer opphavsmannens ordinære anvendelse av verket. Ordlyden antyder at terskelen må oppstilles etter hva som må anses som "*normal*" utnyttelse.

EU-domstolen har i sine vurderinger ikke gått særlig inn på hva den "*normale utnyttelsen av verket*" innebærer, annet enn å kort legge til grunn at kravene også her må sies å være oppfylt så lenge vilkårene i artikkel 5(1) tilfredsstilles.

WTO-panelet har lagt til grunn at uttrykket "*normal exploitation*" betyr at noe utnyttes "*less than full use of an exclusive right*".¹¹⁰ Hva som innebærer full utnyttelse av verket vil vanligvis vurderes ut ifra hva det er rimelig å forvente at opphavsmann eller rettighetshavere benytter verket til.¹¹¹

Det kan forventes at musikere, filmskapere og andre som er involvert i slike prosesser tilbyr sitt verk gjennom moderne digitale tjenester. For disse aktørene er samarbeid med strømmingstjenester, som eksempelvis Spotify for musikk og Netflix for film, tilnærmet uunngåelig, ettersom tidligere formater som CD, DVD, men også mp3 og andre digitale

¹¹⁰ WTO-panelet: United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act. avsnitt 6.167

¹¹¹ WTO-panelet: United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act. avsnitt 6.168

filformater, er på vei ut fra markedet. De nevnte strømmingstjenestene muliggjør at betalende brukere kan strømme verket via sin datamaskin, og dermed utnytte verket på tilnærmet samme måte som tidligere. Teknologien har blitt en sentral del av den lovlige anvendte distribusjonen og bruk av åndsverk, noe statistikk bekrefter.¹¹² Strømming har er dermed blitt en kilde til opphavsmannens og andre rettighetshaveres økonomiske utnyttelse av åndsverk. Da det kan tjenes penger på at brukere strømmer verket lovlig, må det spørres om ikke strømming ut fra dette perspektivet må sies å være innenfor rammen til den *normale utnyttelsen av verket*. Er dette tilfelle, vil norske lovgiveres konklusjon være i strid med tretrinnssteden.

Når noen gjør et åndsverk tilgjengelig for andre nettbrukere å strømme, vil omfanget av brukere ofte kunne være svært stort, i noen tilfeller verdensomspennende. Det er forståelig at lovgiver ønsker å oppstille en grense for hvor langt eneretten skal strekke seg på internett. Et sted må likevel grensen gå. Hvorvidt denne bør oppstilles ved strømming av åndsverk fra usertifiserte kilder, er derimot noe usikkert da vi ser hvilke konsekvenser det vil ha for opphavsmannen og andre rettighetshavere.

De momentene som er nevnt over drøftes ikke i de norske forarbeidene, noe som medfører at konklusjonen som departementet legger til grunn ikke er helt overbevisende.

6.1.3 (iii) Ikke tilsidesette rettighetshavers legitime interesser

Etter det siste trinnet må unntaket (iii) ikke på urimelig måte tilsidesette rettighetshavers legitime interesser. Dette lyder i seg selv som et nokså generelt krav.

WTO-panelet understreker at for det første må den normale forståelsen av uttrykket "*prejudice*" som regel assosieres med "*damage, harm or injury*".¹¹³ For det andre påpekes det at begrepet "*not unreasonable*" oppstiller en noe høyere terskel enn noe som anses "*reasonable*". Det er forholdet mellom disse to momentene som må vurderes da det etter panelets oppfatning ikke foreligger tvil om opphavsmannens ønske om å tjene penger på sitt verk ("Legitimacy").¹¹⁴

¹¹² Se <http://www.telenor.no>

¹¹³ WTO-panelet: United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act. 6.225

¹¹⁴ WTO-panelet: United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act. 6.226

Som redegjort for under punkt 4.4.4, har EU-domstolen lagt til grunn at brukeren kan utføre browsing selv om dette innebærer skapelsen av midlertidige kopier uten opphavsmannens samtykke. Likevel har de fleste sakene som er nevnt i denne avhandlingen til felles at de omstridte verkene allerede hadde blitt godkjent til publikasjon av opphavsmenn eller rettighetshavere. I Meltwater understrekes det at rettighetshavers *legitime interesser* måtte sies å være ivaretatt nettopp som følge av dette.¹¹⁵ Domstolens forståelse av artikkel 5(1) sammenholdt med artikkel 5(5), kan tale for at grensen for opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling oppstilles ved alle former for nettlæsning. På den annen side gjelder ikke denne saken strømming, til tross for at caching-prosessen ved ordinær nettlæsning ligner.

6.1.4 Tretrinns-testens betydning ved tolkning av § 11a, jf. artikkel 5(1)

Tretrinns-testen er en sikkerhet for opphavsmannen ved opprettelsen av nasjonale unntak fra eneretten. Likevel kan det være noe tvil om den skal anses som en lettere påminnelse om rammen for slike begrensninger, eller fungere som et nåløy som oppstiller en streng terskel for de unntak som kan opprettes og hvordan disse må tolkes.

I internasjonal juridisk teori har det vært rettet kritikk mot den fremstillingen testen har fått i opphavsrettsdirektivet. I stedet for å legge grunnlag for helt klare og presiserte unntak, Senftleben foreslått at den bør anvendes for å danne tilstrekkelig fleksibilitet i den nasjonale opphavsrettslovgivningen.¹¹⁶ Som vist over, åpner ”the Declaration” for en mer åpen tolkning av testen i stedet for å la den danne grunnlag for ytterligere restriksjoner.¹¹⁷

EU-domstolen har i sin vurderingen integrert testen som en del av tolkningen av artikkel 5(1), og den ser derfor ikke ut til å være brukt som en forlengelse av de restriksjoner som allerede oppstilles gjennom de fem kumulative vilkårene. Oppfylles vilkårene i artikkel 5(1) vil dermed også 5(5) være oppfylt.

¹¹⁵ Case C-360/13 (Meltwater) premiss, 57-58

¹¹⁶ Martin Senftleben, 2010, *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation*

¹¹⁷ C. Geiger, R. Hilty, J. Griffiths, U. Suthersanen, 2008, *Declaration on a Balanced Interpretation of the Three-step test in Copyright law*

Norske lovgivere kan sies å ha vært noe raske i sin slutning vedrørende strømming, herunder tolkningen av rekkevidden til åndsverkloven § 11a. Men ettersom artikkel 5(5) ikke ser ut til å være anvendt som en ytterligere hindring utover vilkårene i 5(1), vil departementets konklusjon likevel ikke være uriktig på grunnlag av tretrinns testen.

7 Avsluttende bemerkninger og konklusjon

Den digitale rettsverden er komplisert og blir ikke enklere med stadig fremvekst av ny teknologi. Jeg har i avhandlingen søkt å belyse problemstillinger som reises ved strømming av åndsverk fra ulovlige kilder for å finne ut hvordan den norske lovgivningen skal tolkes. Drøftelsen av åvl. § 11a åpner for vurderinger av både teknologiske og moralske elementer ved slik bruk.

Rettskildene som er gjennomgått på tidspunktet for denne avhandlingen peker i retning av at den midlertidige eksemplarframstillingen som skjer ved bruk av strømming fra ulovlige kilder, faller inn under unntaket åvl. § 11a. En slik konklusjon støttes både av hensynet til allmennhetens normale bruk av internett og den teknologiske prosessen som muliggjør strømming i seg selv, sammenholdt med EU-domstolens tolkning av artikkel 5(1).¹¹⁸ Løsningen er forøvrig i tråd med forståelsen som legges til grunn i norske forarbeider, til tross for at begrunnelsen til departementet er knapp.¹¹⁹

Svakheter med en slik løsning vil være at opphavsmenn og rettighetshavere ikke vil ha mulighet til å rette sanksjoner mot den enkelte bruker da de midlertidige eksemplarene som skapes ved strømming faller utenfor vernet som oppstilles i åvl. § 2 og artikkel 2. Det kan reises spørsmål om en slik løsning er å gjøre samfunnsmoralen en bjørnetjeneste da brukere på denne måten fritt kan benytte seg av åndsverk som er lastet opp uten tillatelse. Sanksjonering av hver enkel bruker vil på den annen side være en upraktisk, tidkrevende og antageligvis svært kostbar løsning, noe som forøvrig gjenspeiles i det faktum at myndighetene ikke en gang makter å følge opp alle tilfeller av ulovlig nedlasting. Et annet resultat vil kunne medføre en svært usikker hverdag for det store flertall av alminnelige nettbrukere, da det ikke uten videre vil være enkelt å skille mellom hva som er et opphavsrettsbrudd og hva som ikke er det.

Det er likevel svært viktig at opphavsmannens rettigheter vernes i den digitale alderen som vi nå befinner oss i. Den beste måten å gjøre dette på er å se til kildene som utgjør selve roten til problemet. Dersom disse stanses vil heller ikke brukerne lenger være en problemstilling. Det er ingenting i veien for å sette i gang ytterligere tiltak i Norge da lovgivningen som gjør dette mulig

¹¹⁸ Case C-360/13 (Meltwater)

¹¹⁹ Prop. 65 L (2012–2013) punkt 2.2

allerede finnes.¹²⁰ Da åndsverklovgivningen på dette området er unison innad i EU/EØS, vil de enkelte medlemslandene ha samme rettslige utgangspunkt for å håndheve opphavsrettsbrudd internett. Dersom dette håndteres på nasjonalt nivå vil opphavsrettslig beskyttet materiell samtidig hindres fra å lekke ut til brukere på tvers av landegrenser. Mange stater er tilknyttet opphavsrettslige traktater, og et økt internasjonalt samarbeid utenfor EUs grenser vil antagelig også kunne være et bidrag i riktig retning ettersom problemstillingen i høyeste grad er global.

Videre har vi også sett at domstoler på nasjonalt nivå stiller seg bak en slik forståelse.¹²¹ I likhet med det syn som legges til grunn av departementet i norske forarbeider, uttalte også det tyske justisdepartementet at bruk av strømming ikke kan anses som et opphavsrettsbrudd, i motsetning til eksempelvis opplastning og nedlasting.¹²² I Japan ble en slik forståelse lagt til grunn allerede i 2012.¹²³ Frankrike og Danmark er eksempler på land som har begynt aktivt å slå ned på websider eller enkeltpersoner som tilbyr strømming av ulovlig tilgjengeliggjorte åndsverk.¹²⁴ Etter forespørsel fra østerisk rett tok EU-domstolen tidligere i år stilling til den nasjonale domstolens avgjørelse om å sperre tilgangen til nettsider som distribuerte opphavsrettslig materiell ulovlig. I sak C-314/12 opprettholder domstolen den østerrikske dommen.

Ettersom strømming er den nye dominerende teknologien for tilgjengeliggjøring og avspilling av åndsverk som musikk og film, vil bransjen måtte tilpasse seg på samme måte som de har gjort ved fremvekst av ny teknologi tidligere. Det finnes en rekke lovlige strømmingstilbud i dag og det vil antagelig bli flere i fremtiden. Ved fremveksten av slike tilbud, er det viktig at statene samtidig håndhever åndsverklovgivningen på en måte som beskytter rettigheter til åndsverk, og danner grunnlag for videre kreativ utvikling. I en slik prosess er det derfor essensielt å bekjempe strømmingskilder som strider med en slik visjon. Mye tyder imidlertid på at denne kampen allerede er i gang både i nasjonale domstoler og på EU-nivå.

¹²⁰ Åndsverkloven kapittel 7a

¹²¹ UKSC 18 Public Relations Consultants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency

¹²² Se <https://torrentfreak.com> (Viewing Pirated Streams is Not Illegal, German Govt Says)

¹²³ Se <http://www.bunka.go.jp/english> (Agency of Cultural Affairs, Government of Japan)

¹²⁴ Se <http://www.whitecase.com> (Articles: French Courts Ordered to Block and Delist 16 Streaming Websites), Københavns Byret, SS 3-33285/2012 (Danish Delight)

Litteraturliste

Norsk lovgivning

- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v (Åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

Norske forarbeider

- Ot. prp. Nr. 85 (1997-1998) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)
- Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer I åndsverkloven m.m.
- Prop. 65 L (2012-2013) Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsretten m.m. på Internett)

NOU

- NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU

Norsk rettspraksis

- Rt. 2005 s. 41 Napster.no

Litteratur

- Rognstad, Ole-Andreas i samarbeid med Birger Stuevold Lassen. *Opphavsrett* 1. utg. Oslo, 2009
- Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett* 3. utg. Oslo, 2011
- Guibault, Lucie, Westkamp og Rieber- Mohn. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society* Report to the European Commission, DG Internal Market. Amsterdam Law School, 2007 (Sitert fra <http://www.ssrn.com>)
- C. Geiger, R. Hilty, J. *Declaration: A Balanced* International Review of

Griffiths, U. Suthersanen	<i>Interpretation of the “Three-step test” in Copyright law</i>	Intellectual Property and Competition Law. Issue 6, 2008. Page 707-713. (sitert fra https://www.jipitec.eu)
Irini A. Stamatoudi , Paul Torremans	<i>EU Copyright Law: A Commentary</i>	UK, 2014
Rieber-Mohn, Thomas	<i>Gyldendal Rettsdata lovkommentar</i>	Åvl. § 11a, note (16)
Knoph, Ragnar	<i>Åndsretten</i>	Oslo, 1936
World Trade Organization - United States	<i>Section 110 (5) of the US Copyright Act</i>	WT/DS160/R 15. Juni, 2000
Senftleben, Martin	<i>The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation</i>	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, Vol. 1, No. 2, pp. 67-82, 2010 (sitert fra http://papers.ssrn.com)

EU-direktiver

EP/Rdir. 96/9 EF	Europaparlamentets- og rådsdirektivet av 11. Mars 1996 om rettslig vern av databaser (Databasedirektivet)
EP/Rdir. 2001/29 EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet (Opphavsrettsdirektivet)
EP/Rdir. 2009/24 EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av dataprogrammer (Softwaredirektivet)

EU-dommer

Case C-5/08	Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening	ECR 2009 I-6569
Joined Cases C-403/08 and C-429/08	Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA v QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm	ECR 2011 I-9083

	Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen & Karen Murphy v Media Protection Services Ltd	
Case C-302/10	Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening	ECLI:EU:C:2012:16
Case C-314/12	UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH	ECLI:EU:C:2014:192
Case C-360/13	Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd and Others	ECLI:EU:C:2014:1195

**Uttalelser fra
Generaladvokaten**

Joined Cases C-403/08 and C-429/08 (Opinion of Advocate General Kokott)	Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA v QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen & Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08)	ECLI:EU:C:2011:43
Case C-5/08 (Opinion of Advocate General Trstenjak)	Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (Infopaq I)	ECLI:EU:C:2009:89

Utenlandske dommer

Københavns Byret, SS 3-33285/2012	Danish Delight
UKSC 18 Public Relations Consulants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency (2013)	Meltwater

Konvensjoner og traktater

Bernkonvensjonen	The Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Bern 9. september 1886. (siteret fra http://www.wipo.int)
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Rights, Marrakesh, 15. april 1994
WCT	WIPO Copyright Treaty, Genève, 20. desember 1996

Statistikk

Telenor	Videostømming løfter bredbåndstrafikken, 2014 (http://www.mynewsdesk.com/no/telenor/pressreleases/videostromming-loeften-bredbaandstrafikken-1056884)
Ipsos MediaCT for Norwaco	Kopiering av opphavsrettslig beskyttet innhold, 2012 (http://www.norwaco.no)

Nettsider og artikler

Språkrådet	Definisjon: "Tilfeldig"	http://www.nob-ordbok.uio.no/perl/ordbok.cgi?OPP=tilfeldig&begge=+
White & Case	Artikkel: French Courts Ordered to Block and Delist 16 Streaming Websites (2014)	http://www.whitecase.com/articles-01102014/#.VIDJxKSG8o9
Torrentfreak	Artikkel: Articles: Viewing Pirated Streams is Not Illegal	https://torrentfreak.com/viewing-pirated-streams-is-not-illegal-german-govt-says-140109/
Store Norske Leksikon	Tema: Streaming	https://snl.no/streaming%2FIT
BitTorrent: Getsync	Tema: BitTorrent	http://www.getsync.com/how-it-works
Agency of Cultural Affairs, Government of Japan	Dokument: Q&A	http://www.bunka.go.jp/english