

**Adgangen til å fremstille midlertidige eksemplar uten
rettighetshaverens samtykke.**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 636
Leveringsfrist: 25.11.10

Til sammen 17745 ord

23.11.2010

Innholdsfortegnelse

1	Introduksjon	1
1.1	Innledning	1
1.2	Rettskilder og metode	3
1.2.1	Redegjørelse for relevante rettskilder	3
1.2.2	Tolkningen av opphavsrettsdirektivet	4
1.2.3	Betydningen av tretrinnsstesten	5
1.3	En nærmere angivelse av oppgavens tema	7
1.4	Eksemplarbegrepet	10
1.5	Relevante tekniske begreper	15
1.6	Presiseringer og avgrensninger	21
2	Åndsverkloven §11a	23
2.1	Introduksjon av vilkårene	23
2.2	Kort om bestemmelsens rettslige bakgrunn	24
2.3	Hvorvidt det er grunnlag for en streng tolkning av §11a	25
2.4	Reguleringen av datamaskinprogrammer og databaser	28
2.5	Den videre fremstilling	33
3	Visse midlertidige eksemplar	34
3.1	Tilfeldig eller forbigående	34
3.2	Integrert og vesentlig del av en teknisk prosess	38
3.3	Selvstendig økonomisk betydning	40
4	Sluttbruken	43
4.1	Innledning	43
4.2	Lovlig bruk	44
4.2.1	Når foreligger lovlig bruk?	44
4.2.2	Spørsmålet om tilgangskontroll	45
4.2.3	Forarbeidenes forståelse av hvilke handlinger som utgjør "lovlig bruk"	48
4.2.4	Vurdering	51
4.3	Nettverksoverføringer	55

4.3.1	Om vilkåret i §11a litra b	55
4.3.2	Forholdet til ehandelsloven	59
5	Opphavsrettsdirektivet art. 5.5	61
6	Avslutning	66
7	Litteraturliste	68

1 Introduksjon

1.1 Innledning

Oppgaven omhandler adgangen til å fremstille midlertidige eksemplar av opphavsrettsbeskyttet materiale. Den overordnede problemstilling kan dermed plasseres på opphavsrettens område. En redegjørelse for midlertidig eksemplarfremstilling kan *enten* fokusere på rettighetshaverens stilling *eller* allmennhetens adgang til å fremstille slike eksemplar. Formålet med denne oppgaven er i all hovedsak å fastlegge innholdet av åndsverkloven¹ §11a. Bestemmelsen regulerer allmennhetens adgang til å fremstille midlertidige eksemplar uten rettighetshaverens samtykke. Paragrafen er plassert i lovens kapittel 2, hvor man finner regler om avgrensning av eneretten.

Med ”rettighetshaver” menes den person har frembrakt noe som er beskyttet av reglene i åndsverkloven. Dette vil først og fremst være den som har opphavsrett til et verk. En slik enerett forutsetter at vilkårene for at det er skapt et åndsverk er oppfylt, jfr. åvl. §1. Loven regulerer likevel også en annen gruppe rettigheter i kapittel 5 – de nærstående rettigheter. Mange av bestemmelsene i dette kapittel gir §11a tilsvarende anvendelse. Dette gjelder §42, §43, §43a, §45 og §45a. Av denne grunn har jeg valgt å bruke begrepet ”rettighetshaveren” i den overordnede problemstilling, og ikke ”opphavsmannen”.²

Ved redegjørelsen av §11a er forståelsen av ”midlertidige eksemplar” sentral. I opphavsrettslig forstand omfatter uttrykket mer enn det som er tema i oppgaven. Det som skal behandles her, er de midlertidige lagringer som skjer ved behandling av åndsverk i

¹ Lov nr. 2/1961 om opphavsrett til åndsverk.

² I det følgende vil begrepene bli brukt noe om hverandre.

digitale nettverk og lokalt på en brukers datamaskin. Bakgrunnen for reguleringen av slike lagringer er den teknologiske utviklingen og dermed nye utnyttelsesmåter.

Midlertidige lagringer forstås som deler av en teknisk prosess som muliggjør en større bruk av verket. Denne større bruken, kan man godt beskrive som den ”normale” bruken. Med dette menes her å nyttiggjøre seg av verket i en digital kontekst, enten det er å lese en bok, avspille en låt eller lese en avisartikkel.

Ulike midlertidige lagringer og prosesser de er en del av, er i stor grad avgjørende for at man skal kunne utnytte informasjon så effektivt som mulig i en digital sammenheng. I takt med at det oppstår nye utnyttelsesmåter, blir det utviklet systemer og funksjoner som gjør selve utnyttelsen mer effektiv. I tillegg får man nye arenaer hvor den aktuelle bruken kan gjennomføres. Oppgaven her fokuserer på midlertidige lagringer i tilknytning til bruk av datamaskiner og Internett. Utviklingen av Internett fra tidlig 1990-tallet og deretter etableringen av det globale kommunikasjonssystem vi har i dag, har medført at man har fått en helt ny arena for distribusjon av åndsverk. Dette har kommet overraskende på mange, og kanskje særlig opphavsrettslovgivningen. Helt frem til i dag, har likevel enerettsbegrepene i åvl. §2 vært tøyelige nok til å ta inn i seg nye utnyttelsesmåter. Nå er det i §2(1) også hjemlet en enerett til *midlertidig* eksemplarfremstilling for opphavsmannen. For at det skal være mulig for brukere, og tjenesteytere som opptrer som mellommenn ved overføring av informasjon i nettverk, å opptre uten å krenke denne vide eneretten til eksemplarfremstilling, har man fått §11a.

Bestemmelsen i §11a gir kun adgang til å fremstille ”visse” midlertidige eksemplar, jfr. dens overskrift. Den skal omfatte de midlertidige lagringer som skjer ”av seg selv”, har kort varighet og som ikke har selvstendig betydning i den forstand at de truer opphavsmannens enerett.

1.2 Rettskilder og metode

1.2.1 Redegjørelse for relevante rettskilder

Det mest sentrale regelverket for oppgavens tema, er den norske *åndsverkloven* (åvl.). Denne har regler som blant annet fastsetter en enerett til opphavsmannen, oppstiller vilkår for hva som utgjør et åndsverk og gir hjemmel for avgrensninger til fordel for allmennheten. Det er en rekke ganger gjort endringer i loven. Relevant her er endringene i forbindelse med gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet. Disse ble innført ved lov nr. 97/2005, og trådte i kraft 01.07.05. Det ble da blant annet lovfestet en enerett til midlertidige eksemplarer i §2(1) og avgrensningen i §11a.

Av relevans for denne oppgave er også *opphavsrettsdirektivet*³. Dette ble vedtatt i 2001 og er hjemlet i TEUF⁴. Direktivet bygger på EUs Grønnpakke om opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet, og WIPO-traktatene.⁵ De aktuelle WIPO-traktatene er WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).⁶ Den norske åvl. §11a gjennomfører opphavsrettsdirektivet art. 5.1.

Også *e-handelsloven*⁷ bør nevnes. Loven inneholder regler som gjennomfører direktivet om elektronisk handel⁸. Direktivet har bestemmelser om ansvarsfrihet for tjenesteytere som overfører informasjon i nettverk, og ble gjennomført ved lov nr. 8/2004. Reglene om ansvarsfrihet i e-handelsloven supplerer §11a litra b om regulering av mellomleddets stilling ved overføringer i nettverk.

³ Dir. 2001/29/EC. Gerne kalt infosoc-direktivet (information society directive).

⁴ Traktaten om den Europeiske Unions Funksjon.

⁵ Opinion of the Economic and Social Committee, 1998, s 30.

⁶ Norge har ikke tiltrådt disse, men forventes å gjøre det, jfr. Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 10.

⁷ Lov nr. 35/2003 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

⁸ Dir. 2000/31/EC.

1.2.2 Tolkningen av opphavsrettsdirektivet

I dette avsnitt skal det gjennomgås noen særskilte rettskildefaktorer som er relevante ved tolkningen av opphavsrettsdirektivet, og dermed den norske bestemmelsen i §11a.

Ved siden av den gjennomførte direktivbestemmelsen⁹, kan man for det første ta i betraktning direktivets fortale. Alle rettsakter skal etter TEUF begrunnes¹⁰, så i fortalen finner man som regel hjemmelen for rettsakten og formålet med den. Som rettskildefaktor kan den ha stor betydning som bakgrunn for tolkning, og fyller noe av den samme funksjonen som forarbeidene gjør i norsk rettskildelære.¹¹

Det vil også være relevant å undersøke direktivets forarbeider. Noe forarbeider vil bli brukt i denne oppgave. Det er likevel slik at forarbeider til direktiver ikke har samme vekt ved tolkningen av den endelige tekst i EU-sammenheng, som i norsk rett.¹² Årsaken er blant annet at lovgivningsprosessen er annerledes, og resultatet er gjerne preget av kompromisser man kommer frem til etter forhandlinger.

En tredje rettskildefaktor som kan være til hjelp ved tolkningen, er relevant praksis. EU-domstolen anvender EU-reglene som er vedtatt av de kompetente organer. Den gir blant annet tolkningsuttalelser til nasjonale domstoler i forbindelse med en pågående sak i den aktuelle stat, jfr. TEUF art. 267. Domstolen avgjør ikke saken, men redegjør for hvordan fellesskapsretten er å forstå. Dette ender i en generell uttalelse, og det er opp til den nasjonale domstol å bruke den i sin avgjørelse. EU-domstolens sammensetning og hvorvidt den avgjør et konkret spørsmål eller ikke, har betydning for vekten av slik praksis.¹³

⁹ Med tanke på at §11a er en mer eller mindre ordrett gjengivelse av art. 5.1, vil ikke den gjennomførte direktivbestemmelsen gi særlig veiledning ved tolkningen her.

¹⁰ jfr. traktatens art. 296(2).

¹¹ Sejersted m.fl., 2. utgave (2004) s. 51.

¹² *ibid.* s. 54.

¹³ *ibid.* s. 214.

Før EU-domstolen kommer med den endelige uttalelsen, vil Generaladvokaten legge frem sitt forslag, jfr. TEUF art. 252(2). Dette er bare rådgivende, og den rettskildemessige vekt av slike forslag varierer.¹⁴ Generaladvokaten gjør en del juridisk grovarbeid, systematiserer og gir domstolen et alternativ. Dermed kan forslagene sammenlignes med rettsvitenskapen, som har samme funksjon. I norsk rett har rettsvitenskapen generelt liten vekt som rettskildefaktor, men kan likevel øve stor faktisk innflytelse.¹⁵ Det kan konkluderes med at forslagene kan være relevante å ta i betraktning for å forstå et EU-direktiv, men de er på ingen måte avgjørende i en tolkningsprosess. I denne oppgaven vil uttalelser av generaladvokaten anvendes som forklaring av det foreliggende tema, eventuelt som et forslag til en løsning der det ikke finnes veiledning i andre relevante rettskildefaktorer.

1.2.3 Betydningen av tretrinns testen

Et rettskildespørsmål som oppstår i denne oppgaven, er om man *ved anvendelsen* av en norsk lovbestemmelse er forpliktet til å ta i betraktning den såkalte tretrinns testen.¹⁶

Problemstillingen oppstår på grunn av opphavsrettsdirektivet art. 5.5. Kriteriene i testen er her tatt inn som en generell ramme for alle unntak direktivet hjemler.¹⁷ Tretrinns testen er for øvrig også oppstilt i Bernkonvensjonen, jfr. dens art. 9.2.¹⁸ Norge er formelt bundet av begge regelverk.

¹⁴ Sejersted m.fl., 2. utgave (2004) s. 131.

¹⁵ Eckhoff, 5. utgave (2001) s. 270.

¹⁶ I dette avsnitt skal kun det prinsipielle spørsmålet vurderes. En nærmere redegjørelse for kriterienes anvendelse ved vurderingen av midlertidige eksemplarer etter åvl. §11a, og hvordan man eventuelt skal foreta en slik vurdering, kommer i kapittel 5.

¹⁷ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 29.

¹⁸ I tillegg finnes den i WCT, WPPT og TRIPS.

Testen har altså en konvensjonsrettslig bakgrunn, og den må derfor anses som en internasjonal forpliktelse, jfr. også opphavsrettsdirektivets fortale, avsnitt 44. De norske forarbeidene til gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet bekrefter dette når det uttales at testen i dag inngår "... som en internasjonalt anerkjent ramme for nasjonal handlefrihet når det gjelder adgangen til å gjøre unntak fra eneretten. Tretrinns testen er som navnet tilsier et prinsipp alle nasjonale unntak skal kunne testes mot."¹⁹

Fordi tretrinns testen kan gjenfinnes i flere overnasjonale regelverk, er det egentlig feil å snakke om testen i entall.²⁰ Dette fordi at det "(f)ormelt sett dreier (...) seg om en rekke konvensjonsspesifikke regler som i prinsippet er uavhengige av hverandre. Og selv om de helt åpenbart er bygget opp over samme lest, kan det påvises visse mindre ordlydsforskjeller mellom de ulike versjonene."²¹ Aktuell for drøftelsen her er opphavsrettsdirektivets formulering i art. 5.5. Når det tales om "tretrinns testen", er det denne det vises til.

Art. 5.5 sier at unntak etter art. 5 kun skal gjelde i visse spesielle tilfeller, de må ikke stride mot den normale utnyttelse av verket, og de må ikke innebære urimelig skade for rettighetshaverens legitime interesser. Umiddelbart ser det ut til at kriteriene er rettet mot lovgiver. Testen er altså relevant som skranke for *lovgiver* ved lovfesting av avgrensingsregler i nasjonal rett. Dette er bekreftet ved lovrevisjonen i 2005. Det ble da, av enkelte høringsinstanser, tatt opp spørsmålet om å ta testen inn i åndsverkloven. Departementet avsto fra dette, med bakgrunn i at 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", og at testen i utgangspunktet er "et verktøy for lovgiver".²²

¹⁹ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 30.

²⁰ Rieber-Mohn (2010) s. 2.

²¹ *ibid.* s. 2. Samme sted sies det likevel at det er "vanskelig å finne holdepunkter (for) at 'testens' materielle innhold skulle variere fra konvensjon til konvensjon."

²² Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 30.

Selv om dette er utgangspunktet, kan det anføres at konvensjonsforpliktelser som Norge har påtatt seg, setter grenser for rekkevidden av de ulike avgrensingsreglene. Dermed vil slike forpliktelser kunne få betydning også for den som skal anvende reglene. Rettsgrunnlag for en slik slutning kan man finne i prinsippet om at norsk rett presumeres å stemme overens med Norges folkerettslige forpliktelser. Når det gjelder bestemmelsen i direktivets art. 5.5, kan man i tillegg finne støtte for synspunktet i det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning.²³ Det er derfor et visst grunnlag for å konkludere med at art. 5.5 også har relevans for den som skal anvende den norske bestemmelsen.

1.3 En nærmere angivelse av oppgavens tema

Hovedtemaet i oppgaven er reguleringen av midlertidige eksemplarer som oppstår i digital sammenheng, herunder hvordan bestemmelsen i §11a skal forstås. Dette er en av de bestemmelser som gir adgang til å utføre enerettsbelagte handlinger, uten at det kreves samtykke fra opphavsmannen. Den hviler da på en forutsetning om at det er i samfunnets interesse å ha en slik lovfestet adgang. Dette har sin bakgrunn i åndsverklovens oppbygning – loven bygger på en interesseavveining mellom opphavsmannens interesser i å beskytte sitt verk, og samfunnets interesser i å nyttiggjøre seg av de verk som er skapt. Synspunktet om balanse er bekreftet i forarbeidene til gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet, hvor det er uttalt at det er ”... lagt vekt på å *oppretholde den etablerte balanse*” mellom disse interessene (min kursivering).²⁴

Midlertidige eksemplarer eller lagringer, tjener et viktig formål i det digitale liv. De oppstår, blant annet, for å effektivisere nettverksoverføringer og for å gjøre tilgangen til informasjon som ligger ute på nettet hurtigere. I tillegg utgjør de en viktig del av prosessen ved kjøring av en program i en datamaskin. Lagringene skjer mens brukeren venter på tilgang til den

²³ Rognstad (2009) s. 216.

²⁴ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 5.

fullstendige informasjonen han har sendt en forespørsel om, og er ikke synlige for ham. Den fullstendige informasjonen kan eksempelvis være et åndsverk. For brukeren vil da den endelige bruken av åndsverket være det sentrale.

Opphavsmannens interesse er produksjon, distribusjon og overdragelse av verket for å oppnå økonomisk innvinning. Det er derfor viktig at han har mulighet til å kontrollere *slike* handlinger, for at ikke andre skal kunne berike seg på hans skapende innsats. Dette fremgår av opphavsrettens begrunnelse, jfr. grunnleggende rettferdighets- eller rimelighetssynspunkter.²⁵

Dermed er det ikke sagt at den vide eneretten til alle *midlertidige* lagringer i §2(1) kan begrunnes i samme hensyn. Det at opphavsmannen har full kontroll over alle slike prosesser som inkluderer hans verk, kan gjøre at det blir vanskelig å gjennomføre dem. En slik kontroll kan også få konsekvenser for utvikling av nye og mer effektive systemer for overføring av informasjon i nettverk. Dette fordi de aktuelle brukere og tjenesteytere blir pålagt retningslinjer om arten av de midlertidige lagringer som lovlig kan utføres.

På denne bakgrunn oppstår det spørsmål om begrunnelsen for opphavsretten støtter en enerett til midlertidig eksemplarframstilling, som i stor grad omhandler tekniske prosesser. I denne forbindelse kan man se på et annet hensyn, nemlig opphavsrettens incentivfunksjon – eneretten er viktig for at andre skal ha motivasjon til egen produksjon. Det kan anføres at en enerett og adgang til full kontroll over midlertidige lagringer, ikke umiddelbart skaper incentiv til å skape nye verk.

I den situasjonen vi har nå, med uttrykkelig regulering av midlertidige lagringer, er det likevel slik at §11a kan sies å virke nøytraliserende på uønskede konsekvenser av den vide eksemplarframstillingsretten. En slik konsekvens er at grensen mellom tilgjengeliggjøringsretten og retten til midlertidig eksemplarframstilling ikke er klar, altså

²⁵ Rognstad (2009) s. 31.

at enerettene overlapper hverandre.²⁶ En slik overlapping kan føre til at rettighetsklarering blir en vanskelig oppgave for de som er involvert.²⁷ Synspunktet er at §11a kan gjøre dette skillet klarere. Dersom det er tilfellet, oppfylder bestemmelsen viktige formål. Og selv om vilkårene i §11a er vanskelig tilgjengelige, kan man ved å lese disse i sammenheng med reguleringen av eneretten, forstå noe av bakgrunnen for bestemmelsen: Midlertidige lagringer har stor kommersiell interesse. I forarbeidene til opphavsrettsdirektivet, om art. 2, er det uttalt at

”... the Information Society will only be encouraged if rightholders can control what will ultimately be the only commercial use of their works online, which will largely be through the making and usage of temporary or transient copies.”²⁸

De lagringene som skal være omfattet av §11a, og som derfor er avgrenset fra eneretten, kan ikke ha en slik betydning for opphavsmannen.

Ved behandlingen av oppgavens tema, oppstår dermed spørsmålet om hvordan man nå skal foreta balansevurderingen i opphavsretten. Nye utnyttelsesmuligheter medfører behov for ny regulering. I en slik prosess vil det være nødvendig å lovfeste hensiktsmessige løsninger. Handlinger som krever midlertidige lagringer, foretas av mange mennesker hver dag, og spesielt brukerne vil ha behov for å vite hva som er lov. Vanskeligheter oppstår når man skal regulere noe så utpreget teknisk, slik det er gjort i §11a. Et synspunkt er at ”... dagens opphavsrettslige regulering lett leder oss bort fra den reelle verksutnyttelsen som skjer og inn i diskusjoner om tekniske spørsmål som burde vært saken uvedkommende.”²⁹

²⁶ IVIR, Final Report (2007) s. 24.

²⁷ I.c.

²⁸ Opinion of the Economic and Social Committee, 1998, s. 31.

²⁹ Rognstad, NIR 2009 s. 531, på side 535.

Intensjonen om balanse mellom de ulike interesser i en digital kontekst, kan formuleres slik:

”The protection of copyright should not on the one hand prevent the normal functioning and the development of new technologies, but on the other hand it is necessary to ensure an adequate protection of copyright in the information society. Technological development allows in fact faster and easier reproduction of works, for which reason protection of copyright must adapt to this technological development.”³⁰

1.4 Eksemplarbegrepet

Det fremgår av bestemmelsen i åvl. §2(1) at opphavsmannen har enerett til å råde over verket ved å ”fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det (...) i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk”. Umiddelbart ser man at eksemplarbegrepet er gitt en vid definisjon. Etter annet ledd regnes også ”overføring til innretning som kan gjengi verket”, som fremstilling av eksemplar.

Tidligere ble eneretten beskrevet i loven som en rett til ”mangfoldiggjøring”. Det var først i loven av 1961 at man endret begrepet til ”eksemplarfremstilling”. Årsaken til endringen var at man ønsket å understreke at fremstilling av kun noen få eller ett enkelt eksemplar, også omfattes av eneretten.³¹

I EU-direktivene brukes uttrykket ”reproduksjon”³², jfr. eksempelvis opphavsrettsdirektivet art. 2. Begrepet er beskrevet slik av generaladvokaten: ”... I believe that ‘reproduction’ of a work can be defined as fixation of the work in a given information medium.”³³

³⁰ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 1.

³¹ Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 15.

³² Dette er synonymt med det norske begrepet ”eksemplarfremstilling”.

Det som er relevant her, er selve eksemplarbegrepet. Definisjonen av hva som utgjør et eksemplar har med tiden blitt utvidet, særlig på grunn av den nye digitale kontekst. For å forstå reguleringen av midlertidige eksemplar, er det hensiktsmessig å se noe på utviklingen av eksemplarbegrepet.

I tidligere tider var det kun aktuelt å medta fysiske eksemplarer i begrepet, eksempelvis bøker, malerier, skulpturer mv. Dette er former av verket som gir en umiddelbar opplevelse av det.

Etter hvert som man fikk tilgang til kassettpillere, båndopptakere og fjernsyn mv., ble det mulig å fremstille en annen form for eksemplar. Det er da særlig de analoge eksemplar man snakker om. Etter åvl. §2(2) regnes som fremstilling av eksemplar også ”overføring til innretning som kan gjengi verket”. Formuleringen ble gjennomført ved den åndsverkloven vi har i dag. Formålet var, for tydelighetens skyld, å vise at enhver fremstillingsmåte omfattes, ikke bare fremstilling av originaleksemplaret.³⁴ Man ønsket å la begrepet også omfatte ”... ethvert annet ytre hjelpemiddel som er egnet til å formidle opplevelse av åndsverket”³⁵.

Det er uttalt at formuleringen i §2(2) ”henspiller på de såkalte ’middelbare eksemplar’, dvs. eksemplar der verksinnholdet ikke kan iakttas umiddelbart.”³⁶ Dette i motsetning til de som er nevnt ovenfor, slik som malerier, bøker og skulpturer.

³³ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 56.

³⁴ Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 15.

³⁵ I.c.

³⁶ Rognstad (2009) s. 152.

Eksemplarbegrepet er dermed teknologi- og medienøytralt³⁷, og formuleringen i annet ledd vil i dag eksempelvis omfatte en cd eller dvd – et musikk- eller filmverk er plassert på enheten, og denne kan gjengi verket ved avspilling. Forarbeidene nevnte som eksempel ”opptak, direkte og indirekte, på grammofonplater, lydbånd og fjernsynsinnretninger.”³⁸ Formuleringen gir også rom for å medta elektroniske eksemplarer i datamaskiner under det samme begrepet.³⁹ Slike datamaskiner kan for eksempel være mp3-spillere og mobiltelefoner.

Etter hvert ble det behov for å inkludere også digitale eksemplarer. På grunn av utviklingen av datamaskiner og Internett, ble det mulig å lagre verkene i sin helhet også i slikt format. Dersom man sammenligner med tidligere utnyttelsesmåter, er det spesielt kopieringsmuligheten som ble større ved de digitale lagringene. Man kan nå kopiere på en enklere måte, og kopiene er av like god kvalitet som originalen. På grunn av den utstrakte interaktivitet på nettet, kan man i tillegg spre de kopierte eksemplarene raskt mellom seg.

Det siste skritt i utviklingen, er utvidelsen av eksemplarbegrepet slik at det også omfatter midlertidige eksemplarer. I 2005 ble dette lovfestet i åvl. §2(1). Bakgrunnen var gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet art. 2. Uttalelser i forarbeidene til gjennomføringen fremhever likevel at slike eksemplarer var omfattet av eneretten også før presiseringen kom inn i loven, og det henvises deretter til forarbeidene som angår gjennomføringen av databasedirektivet.⁴⁰ Her foretas det en gjennomgang av gjeldende rett på det tidspunkt, med tanke på eksemplarbegrepet.⁴¹ Gjennomgangen viser at den rettslige situasjonen ikke var så klar som lovgiver forutsatte i 2005. Dette illustreres av utvalgte uttalelser fra høringen som ble gjennomført ved lovfesting av reglene i

³⁷ Rognstad (2009) s. 152.

³⁸ Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 15.

³⁹ Rognstad (2009) s. 152.

⁴⁰ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 15.

⁴¹ Ot.prp.nr. 85 (1997-1998) s. 14 flg.

databasedirektivet.⁴² Departementet uttalte blant annet at ”... fikseringen må ha en viss varighet og selvstendighet for å være en enerettshandling etter §2.”⁴³ Både mellomlagringer som skjer ved nettverksoverføringer og lagringer som skjer ved en brukers konsultering av et digitalt tilgjengelig verk, ble omtalt som ”... sideordnede, tilfeldige og flyktige fikseringer ...” som ”... ikke utgjør eksemplar i opphavsrettslig forstand.”⁴⁴ Det var altså åpnet for at midlertidige eksemplar var omfattet av eneretten, men ikke i like stort omfang som lovgiver forutsatte senere i 2005.

Teknikken som blir brukt for å muliggjøre digital utnyttelse, forutsetter fremstilling av midlertidige kopier.⁴⁵ Et eksempel på slik digital utnyttelse er online ”fremføring” av et verk, eksempelvis streaming. De midlertidige kopiene fremstilles normalt kun for å muliggjøre selve fremføringen – sluttbruken. Nå som man har hjemmel for slike lagringer i §2(1) er det klart at også disse omfattes av eksemplarbegrepet.

Tidligere var det slik at rettighetshaveren kunne kontrollere handlinger som produksjon, salg og publisering gjennom enerettighetene fastsatt i §2. Situasjonen kan beskrives slik at rettighetshaveren hadde adgang til å kontrollere andres tilgjengeliggjøring av verket. Spesielt etter utvidelsen av eksemplarbegrepet, slik at det også omfatter midlertidige, digitale lagringer, har det vært en diskusjon om opphavsmannen nå i realiteten har en rett til å kontrollere brukernes tilgang til verket.⁴⁶ Rettighetshaveren legger for eksempel ut en

⁴² Ot.prp.nr. 85 (1997-1998) s. 14 og 15.

⁴³ *ibid.* s. 15.

⁴⁴ *l.c.*

⁴⁵ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 16.

⁴⁶ Gjerne kalt en ”access control right” (tilgangskontroll). Om diskusjonen, se blant annet rapporten fra ALAI-konferansen i 2001: ALAI 2001 USA (2002), What is the Appropriate Scope of Copyright in a World of Technological Protections?, Subpart 1: The New or Evolving ”Access Right”, s. 281-373, samt Thomas Heide: EIPR. 2001 s. 469-477 og Jane

musikkfil på nettet. En bruker ønsker å spille av denne på sin maskin. Når forespørselen om dette iverksettes, vil det skje midlertidige lagringer som jobber for å få frem verket i sin helhet for ham. Fordi opphavsmannen har en enerett til disse lagringene, kan man si at han kontrollerer brukerens tilgang til verket. Det er jo de midlertidige lagringene som muliggjør tilgangen som brukeren ønsker. En slik rett gir rettighetshaveren mulighet til kontroll av bruken av verket, også etter første tilgjengeliggjøring.

Spørsmålet om tilgangskontroll var blant annet et tema på ALAI-konferansen i 2001, og i rapporten finner man en rekke artikler om dette, skrevet av ulike personer.⁴⁷ I innledningen til temaet er det forklart noe om diskusjonen. Der uttales det at "... legal control over access may be retrieved (...) through the doctrine of 'temporary copies' made in computer memory or in the course of digital transmissions. As a result, copyright laws that prohibit unauthorized temporary reproductions might be viewed as establishing an access right."⁴⁸

Det er vel først og fremst hvor rettighetshaveren anvender et såkalt teknisk beskyttelsessystem, at man tenker på en rett til å kontrollere tilgang. Et slikt system fungerer som en lås som kun kan åpnes etter tillatelse fra den som har eneretten, og det er forbudt å omgå den, jfr. eksempelvis åvl. §53a. Det er likevel anført at "... the notion of access right is not limited to situations in which there is implemented an actual control mechanism (...)." ⁴⁹ Dermed vil en enerett til midlertidige eksemplar muligens kunne utgjøre en rett til kontroll av brukerens tilgang til et verk i en digital kontekst.

C. Ginsburg: From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law (2000).

⁴⁷ ALAI 2001 USA (2002) s. 281-373.

⁴⁸ Questionnaire prepared by Jon Bing, Introduction, ALAI 2001 USA (2002) s. 282.

⁴⁹ Bing (2002) s. 298.

1.5 Relevante tekniske begreper

Vilkårene i §11a viser til prosesser som i stor grad skjer automatisk i et nettverk. For å kunne relatere bestemmelsen til det faktiske den er ment å regulere, kreves forståelse av forskjellige typer midlertidige lagringer som skjer ved digital behandling av åndsverk. I dette avsnitt skal det forklares ulike begreper som brukes om midlertidige lagringer, herunder hvordan disse lagringene faktisk oppstår og fungerer, samt hvilket formål de tjener.

Avsnittet bekrefter at eksemplarbegrepet i åvl. §2 har fått en litt annen rekkevidde enn det som var aktuelt da loven ble til. Eneretten til midlertidige eksemplar medfører at opphavsmannen i utgangspunktet kan kontrollere de lagringer som er beskrevet nedenfor.

Behandling av åndsverk digitalt, kan skje både online og offline. Ved *online* behandling, foregår aktiviteten gjennom Internett, herunder på det såkalte ”world wide web”. Dette er den engelske betegnelsen på det globale informasjonsrom som gjør ulik informasjon tilgjengelig over Internett.⁵⁰ Informasjonen på www vises ved hjelp av en webside. For å få tilgang til websiden, trenger man et program i en datamaskin som kalles ”nettleaser” (web browser). Eksempler på slike nettlesere er Microsoft Explorer, Safari og Firefox.

Ved *offline* behandling skjer aktiviteten utenfor internett, og lokalt innenfor den aktuelle brukers datamaskin. Et eksempel på slik behandling av åndsverk, er kjøring av et datamaskinprogram etter man har plassert programmet i maskinen, eksempelvis ved en CD-ROM.

Det kan være hensiktsmessig å gi en forklaring av begrepet ”klient”. Ved bruk av internett gjennom en nettleaser, skjer det forespørsler fra brukeren fordi han ønsker en viss informasjon. Dette kan for eksempel skje ved at man skriver inn en URL⁵¹ i nettleaserens

⁵⁰ <http://no.wikipedia.org/wiki/Www> (27.09.10).

⁵¹ Uniform Resource Locator. Dette er et dokument adresse på internett.

adressefelt. ”Hjemmet” til denne forespørselen, er den datamaskin som forespørselen kommer fra – klienten. Idet forespørselen er besvart og informasjonen er kommet opp på skjermen, kan man lese det som står på den aktuelle nettside. Dette kalles nettlesing (browsing).

For å få tilgang til www, og dermed mulighet til å innhente informasjon ved hjelp av en nettleser, må man ha internetttilgang. Dette leveres av ulike nettverksoperatører, eksempelvis Telenor og Netcom. Ved en forespørsel om informasjon i nettverk, skjer det overføringer⁵² fra sender til mottaker. Det er slike tjenesteytere⁵³ som nevnt, som foretar overføringene av informasjon, ved at de tilbyr tilgang til nettet. Overføringene skjer gjennom kanaler av ulike typer. Som eksempel kan nevnes satelitter og lokale kabelnett.⁵⁴ All informasjon som overføres, må være i digital form.

I en overføring, blir informasjonen transportert gjennom forskjellige ”pakker”. For å kunne opprette og opprettholde kontakt mellom datamaskiner gjennom nettet, slik at informasjon kan bli utvekslet, anvendes to ulike ”protokoller”.⁵⁵ Disse blir kalt Transmissions Control Protocol (TCP) og Internet Protocol (IP).⁵⁶ Dette er standardiserte prosedyrer som sørger for at pakkestrømmer kommer frem til riktige destinasjoner, og at overført informasjon kommer frem slik den ble sendt, altså korrekt.⁵⁷ IP er en protokoll som gir informasjon om adressene til datamaskinene på nettet, slik at avsendermaskinen vet hvor den skal adressere dataene.⁵⁸ Protokollen som kalles TCP jobber for at informasjonen som kommer frem er

⁵² Også kalt ”transporter”.

⁵³ De kalles gjerne ISP – ”internet service provider”, jfr. Jørgensen (2008) s. 65.

⁵⁴ http://no.wikipedia.org/wiki/Internett#Overf.C3.B8ring_av_informasjon (28.09.10).

⁵⁵ Jørgensen (2008) s. 57.

⁵⁶ l.c.

⁵⁷ <http://no.wikipedia.org/wiki/Internett#Overf.C3.B8ringsnettet> (28.09.10).

⁵⁸ Jørgensen (2008) s. 57.

den samme som ble sendt.⁵⁹ Dette er viktig fordi de ulike ”pakkene” ikke nødvendigvis sendes i samme rute.

Ved oversendelse av disse pakkene, kan det forekomme forsinkelser. TCP bruker, for å forhindre at data blir borte, en såkalt ”buffer”.⁶⁰ Her kan derfor nevnes de apparater som kalles ”routere”. Dette er datamaskiner som er programmert til å formidle en overføring gjennom ulike kanaler. Overføringsnettene som transporterer informasjon i internett består av ulike kanaler knyttet sammen av slike routere til et maskenett.⁶¹ Den anvendte bufferen, er et område som befinner seg hos mottakermaskinen, og dette kan være en slik router. Den gjør det mulig å lagre informasjonen midlertidig inntil den kan bli sendt videre, eksempelvis hvis noen av pakkene i en transport er forsinket. Formålet med bufferen er å forsikre at informasjonsstrømmen er jevn og nøyaktig.⁶² Informasjonen som ligger i bufferen blir byttet ut kontinuerlig – når en pakke blir sendt videre, kommer det nye data inn.⁶³

Det neste begrep som krever forklaring er ”server”, eller tjener. Dette er en maskin som har blitt konfigurert til å dele sine ressurser og kjøre applikasjoner for andre maskiner.⁶⁴ En server kan ha ulike funksjoner, men det som er aktuelt her, er dens funksjon som midlertidig lagringsplass. Mer konkret er det her relevant å nevne såkalte ”proxyservere”. Dette er en server som står mellom en klientapplikasjon, eksempelvis en nettleser, og hovedserveren.⁶⁵ Den fungerer slik at den ”... intercepts all requests to the real server to

⁵⁹ Jørgensen (2008) s. 57.

⁶⁰ *ibid.* s. 58.

⁶¹ <http://no.wikipedia.org/wiki/Internett#Overf.C3.B8ringsnett> (28.09.10).

⁶² Jørgensen (2008) s. 58.

⁶³ *l.c.*

⁶⁴ *ibid.* s. 34.

⁶⁵ http://www.webopedia.com/TERM/P/proxy_server.html (28.09.10).

see if it can fulfill the request itself. If not, it forwards the request to the real server.”⁶⁶ Med slike ”requests” menes forespørsler om informasjon fra en klient, gjennom en nettleser. Proxyserveren sjekker altså først om den selv kan oppfylle forespørselen. Dette kan den gjøre på grunn av funksjonen som midlertidig lagringsplass. Midlertidige lagringer som skjer i proxyserveren kalles ”cache”-lagringer.⁶⁷ Det er uttalt om slike typer tjenester at ”(m)ed de overføringshastigheter for data som er tilgjengelig for det store antall internettbrukere (...) ville fraværet av proxy-caching-tjenestene føre til overbelastning av internettinfrastrukturen som helhet, og internett ville slutte å fungere ordentlig.”⁶⁸

For å forstå hvilket formål proxyserveren skal oppfylle, er det hensiktsmessig å nevne dens to vanlige funksjoner. Den har *for det første* en sikkerhetsfunksjon.⁶⁹ Med dette menes at den kan brukes til å sile forespørsler gjennom sitt filter. Det kan for eksempel være slik at en bedrift har et ønske om å stenge tilgangen til enkelte websider.⁷⁰ Da bestemmer proxyserveren om forespørselen skal besvares positivt eller ikke. *For det annet* vil serveren forbedre overføringshastigheten.⁷¹ Det er fordi den oppretter en lokal kopi av alle websider som er besøkt. Serveren sparer altså resultater av alle forespørsler i en viss tid.⁷² Dette medfører at hovedserveren slipper å motta alle forespørsler som kommer. Som eksempel kan nevnes et universitetsnettverk. På nettverket til UiO kan flere tusen klienter være pålogget samtidig, og i tillegg besøke samme nettside. Dersom den aktuelle nettside er lagret i cache-minnet i nettets proxyserver, fordi den er besøkt før, unngår man at hovedserveren blir overbelastet, og at forespørselen tar lang tid å besvare. Dermed vil disse

⁶⁶ http://www.webopedia.com/TERM/P/proxy_server.html (28.09.10).

⁶⁷ Begrepet ”caching” brukes om forskjellige typer midlertidige lagringer, og er dermed ikke et entydig begrep.

⁶⁸ Balstad (2002) s. 21.

⁶⁹ Jørgensen (2008) s. 58.

⁷⁰ http://www.webopedia.com/TERM/P/proxy_server.html (28.09.10).

⁷¹ Jørgensen (2008) s. 58.

⁷² http://www.webopedia.com/TERM/P/proxy_server.html (28.09.10).

lagringene øke transportenes hastighet, fordi proxyserveren sender en "cached" kopi av siden. Denne kopien vil ligge i en server nærmere klienten, og ikke i den opprinnelige nettsidens server. Dette minsker belastningen på nettet, i tillegg til at det går fortere og er mer effektivt.⁷³ Brukeren vil ikke merke forskjell på om han får tilsendt den opprinnelige siden eller en kopi, forutsatt at oppdateringen av informasjonen i cache-kopien skjer i samme takt som oppdatering av hovedsiden.

En annen form for "caching", er den som kalles "browsercaching".⁷⁴ Slike lagringer gjøres av en nettleser. Lagringene skjer, i motsetning til ved cache-lagring i proxyserveren, lokalt og er kun tilgjengelig for brukeren av den aktuelle datamaskin, ikke for et helt nettverk.⁷⁵

Med tanke på all informasjon som er samlet på internett, og vanskeligheten med å finne frem uten den riktige URL, har søkemotorene en viktig funksjon. Disse gjør det mulig å foreta søk ved hjelp av enkeltord. Etter man har gjort dette, presenterer søkemotoren resultatene av søket. Resultatene vises som såkalte linker. Ved å klikke på disse, kommer man til den siden som linken viser til.

Man kan skille mellom driften av søkemotorer og produksjonen av linker. Sistnevnte er ikke tema her, idet linker er aktuelle i forbindelse med drøftelsen av hva som omfattes av eneretten til "tilgjengeliggjøring for almenheten", jfr. åvl. §2(1). Når det gjelder selve

⁷³ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 7.

⁷⁴ Kan være klientcaching eller minnescaching, jfr. Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 7 og note 2, hvor det uttales: "Ved klientcaching sparer den såkalte webleseren (et dataprogram for henting og visning av informasjon via world wide web) de sist åpnede sidene på brukerens harddisk (sekundærminnet), slik at disse sidene raskt kan hentes opp når brukeren trykker på 'tilbaketasten'. Minnescachingen innebærer at sidene lagres i primærminnet istedenfor på harddisken."

⁷⁵ Jørgensen (2008) s. 60.

driften av søkemotorer, kan man skille mellom indekseringen de foretar og cache-lagringene. Det vil føre for langt å gjennomgå søkemotorenes indeks og selve indekseringsprosessen. Det skal bare nevnes at indeksen er nødvendig for å gjøre innhentet data søkbar på en effektiv måte.⁷⁶ Søkemotorene innhenter data ved hjelp av en søkerobot. Dette er et program som samler data fra nettsider på internett. Dataene blir funnet ved hjelp av sidenes respektive URL's.⁷⁷

Det er ikke alle søkemotorer som lagrer i cache, men dersom dette gjøres, er lagringene på flere måter annerledes enn de som er beskrevet ovenfor om proxyservere. En viktig forskjell er den potensielle lagringstiden. Lagringen som foretas av søkemotorene vil bare bli oppdatert når søkerobotene besøker den aktuelle nettsiden igjen.⁷⁸ Nettaviser vil bli besøkt regelmessig, og dermed vil lagringen bli oppdatert. For andre nettsider, som ikke blir besøkt like ofte, kan det potensielt ligge utdatert eller fjernet informasjon i søkemotorens cache. Lagringene skjer, på samme måte som ved proxyservere, ikke ved en lokal kopi, men ved kopier på servere som alle brukere har tilgang til. Ved søkemotorenes lagringer, får den aktuelle nettsiden en egen URL som er forskjellig fra den opprinnelige.⁷⁹ Dette medfører at brukerne ser at de får opp en cache-lagring, og ikke den opprinnelige siden lagret på hovedsidens server. Også her er det forskjell på proxy-cache og browser-cache på den ene side, og cache foretatt av søkemotorene på den annen. Ved de førstnevnte, vil brukerne ikke legge merke til prosessen.

Til slutt kan nevnes at søkemotorenes cache-lagringer ikke er nødvendige for å gjøre driften mer effektiv – de er mer av praktisk karakter.⁸⁰ Dette i motsetning til proxyserverens lagringer, som er avgjørende for effektiviteten av nettverksoverføringer.

⁷⁶ Jørgensen (2008) s. 33.

⁷⁷ *ibid.* s. 34.

⁷⁸ *ibid.* s. 61.

⁷⁹ En opprinnelig URL kan eksempelvis være www.vg.no.

⁸⁰ Jørgensen (2008) s. 85.

Det skal også nevnes en type lagring som skjer i maskinens RAM.⁸¹ Dette er en form for lagringsplass som gir tilgang til alle de lagrede dataene i vilkårlig rekkefølge.⁸² RAM brukes ofte om maskinens hovedminne, som er den delen av minnet i en datamaskin der prosesser ligger klare for kjøring av et program.⁸³ En datamaskin har altså selv et hurtigminne, og lagringer som skjer her, kalles også cache. De blir slettet når maskinen skrus av⁸⁴, og er dermed midlertidige. Dette i motsetning til informasjon som blir lagret på maskinens harddisk – denne forsvinner ikke når maskinen skrus av⁸⁵.

1.6 Presiseringer og avgrensninger

I åndsverklovens kapittel 2 er det som nevnt oppstilt en rekke avgrensingsbestemmelser. Bestemmelsen i §12 er en av disse. Denne gir adgang til eksemplarframstilling til privat bruk når det ikke skjer i ervervsøyemed. Bestemmelsen medfører at den generelle eksemplarframstillingsretten i §2 er avgrenset til kun å gjelde utenfor det private område.⁸⁶ Det vil si at mye av den midlertidige eksemplarframstilling etter §11a dekkes av §12.⁸⁷ Sistnevnte bestemmelse har likevel et annet formål enn §11a, og den gjelder kun framstilling av ”enkelte eksemplar”. Vilkårene i §12 er derfor ikke lett anvendelige ved vurderingen av midlertidige lagringer. I tillegg vil bestemmelsen kun være relevant der den midlertidige eksemplarframstillingen ikke kan hjemles i §11a. I denne oppgave skal det ikke foretas noen vurdering av midlertidige lagringer etter §12.

⁸¹ Random Access Memory.

⁸² <http://no.wikipedia.org/wiki/RAM> (28.09.10).

⁸³ <http://no.wikipedia.org/wiki/RAM> (28.09.10).

⁸⁴ http://no.wikipedia.org/wiki/RAM#Hovedminnets_oppgaver (29.09.10).

⁸⁵ <http://no.wikipedia.org/wiki/Harddisk> (29.09.10).

⁸⁶ Dette likevel med betydelige modifikasjoner.

⁸⁷ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 16.

Det er ovenfor nevnt noe om eneretten til ”tilgjengeliggjøring for almenheten”, jfr. §2(1). Dette var i forbindelse med plassering av tema, herunder ved synspunktet om at §11a kan medvirke til at skillet mellom enerettene blir klarere. Denne andre formen for enerett nevnes her først og fremst for oversiktens skyld, men også for å få frem at den har kvaliteter som grenser til eksemplarframstillingsretten i den digitale kontekst. Med synspunktet om at skillet er uklart, menes mer konkret skillet mellom eneretten til midlertidige eksemplarer og overføringsretten, herunder retten til såkalte ”på forespørsel-tjenester”. Sistnevnte inngår i fremføringsbegrepet etter. åvl. §2(3) litra c, jfr. §2(4). Dette begrepet er hjemmel for tilgjengeliggjøringshandlinger som ikke involverer fysiske eksemplarer.⁸⁸ Skillet blir uklart på grunn av den vide eneretten til midlertidige eksemplarer, og de uklare grensene for overføringsretten⁸⁹. En overføring i nettverk vil eksempelvis involvere både framstilling av midlertidige eksemplarer og tilgjengeliggjøringshandlinger.

Ved vurderingen av vilkåret om nettverksoverføringer i §11a litra b, er det relevant å si noe om bestemmelsene i ehandelsloven. Denne loven oppstiller regler om ansvarsfrihet for tjenesteytere som foretar midlertidige lagringer ved slike overføringer, jfr. §§16-18. I denne oppgaven skal det ikke foretas noen vurdering av vilkårene i de aktuelle bestemmelsene. Fokuset er i stedet å plassere de relevante reglene i forhold til åvl. §11a.

⁸⁸ I motsetning til visningsbegrepet i litra b som er avgrenset i den forstand at den kun gjelder visning av nettopp slike eksemplarer.

⁸⁹ Det at grensene for overføringsretten ikke er klar, bekreftes av diskusjonen om hvordan man skal plassere linker i den gjeldende opphavsrettslovgivningen.

2 Åndsverkloven §11a

2.1 Introduksjon av vilkårene

Åvl. §11a(1) oppstiller flere vilkår som må være oppfylt for at en eksemplarframstilling skal omfattes av bestemmelsen. Den taler om "... tilfeldig eller forbigående framstilling av midlertidig eksemplar". Disse må utgjøre en "integrert og vesentlig del av en teknisk prosess" som har til eneste formål å muliggjøre *enten* "lovlig bruk av et verk" *eller* "en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter". Lagringen omfattes av bestemmelsen dersom disse vilkår er oppfylt, med mindre den har "selvstendig økonomisk betydning".

Man ser umiddelbart at det ikke er meningen å gi en vid adgang til slike handlinger uten rettighetshavers samtykke.

Bestemmelsen gir ikke selv kriterier for hvordan man skal skille mellom midlertidige og permanente eksemplarer. Det gjør heller ikke opphavsrettsdirektivet art. 5.1. Denne forutsetter bare at midlertidige eksemplarer er "limited in time."⁹⁰ Det er likevel klart at §11a ikke omfatter alle typer midlertidige eksemplarer, jfr. bestemmelsens overskrift. Dette fremgår også av bestemmelsens ordlyd, idet den bruker uttrykkene "tilfeldig" eller "forbigående" for å beskrive nærmere de midlertidige lagringer som paragrafen regulerer.

Fordi det er oppstilt en rekke krav til de midlertidige eksemplarer som omfattes av bestemmelsen, kan det være hensiktsmessig å vite hvordan man skal foreta vurderingen. For det første er det slik at vilkårene er kumulative – alle må være oppfylt for at den midlertidige lagringen skal være omfattet.⁹¹ For det annet skal man ved vurderingen gjøre et skille mellom de midlertidige eksemplarer, og det formål de jobber for å muliggjøre. Dette er bekreftet i generaladvokatens uttalelse, i forbindelse med den såkalte Infopac-saken:

⁹⁰ Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1024, avsnitt 11.5.16.

⁹¹ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 16 og Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 55.

”In the analysis of the basis of Article 5(1) of Directive 2001/29, it is always necessary to distinguish between temporary acts of reproduction and the final form of use of a given work which these temporary acts of reproduction make possible. That distinction will be particularly important for the analysis of the third condition of Article 5(1), pursuant to which temporary acts of reproduction must enable lawful use of the work.”⁹²

Et eksempel på dette skillet, i forhold til faktiske prosesser, er cache-lagring i proxyservere som muliggjør overføringer i nettverk. Her er den endelige bruken selve overføringen, og cache-lagringene er de midlertidige eksemplarer som muliggjør denne.

Samme skille gjøres i denne oppgavens fremstilling av §11a. Dette kan være mer oversiktlig. I tillegg vil det illustrere forskjellen mellom de midlertidige eksemplarer og den endelige bruken.

2.2 Kort om bestemmelsens rettslige bakgrunn

EU har lenge, gjennom ulike direktiver, utvist aktivitet på opphavsrettsfeltet. Det er over tid vedtatt en rekke direktiver for å harmonisere reglene innenfor det indre marked. Den 22.05.01 ble opphavsrettsdirektivet vedtatt. Formålet var å tilpasse reglene til den digitale utviklingen. Direktivets fortale, avsnitt 4, sier at ”(t)echnological development has multiplied and diversified the vectors for creation, production and exploitation.” Det var dermed nødvendig, ikke å endre begreper eller innføre nye regler, men å gjøre reglene ”... adapted and supplemented to respond adequately to economic realities such as new forms of exploitation.”⁹³ Opphavsrettsdirektivet harmoniserer blant annet eneretten til reproduksjon av verk og arbeider, jfr. art. 2. I art. 5 er det oppstilt diverse regler om

⁹² Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 67.

⁹³ Fortalens avsnitt 4.

allmennhetens adgang til utnyttelse av beskyttede arbeider uten rettighetshaverens samtykke.

Art. 5.1 har vært foreslått med noe ulike formuleringer. Tidlig i prosessen hadde man ikke med kravene om *tilfeldig eller forbigående* midlertidig eksemplar, det var ikke krav om at de måtte utgjøre en *vesentlig* del av en teknisk prosess, og det var ikke nevnt noe om midlertidige lagringer *som muliggjør overføringer* i nettverk.⁹⁴ Disse vilkårene kom inn senere.⁹⁵ Fortalens avsnitt 33 gjentar vilkårene som er oppstilt i bestemmelsen, men gir også noe veiledning om hvilke typer lagringer som er omfattet, dersom alle vilkårene er oppfylt. Dette gjelder blant annet de som muliggjør "... browsing as well as acts of caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently ...".

For EØS-landene er direktivet tatt inn i EØS-avtalen. Forberedelser til gjennomføring av direktivet i nasjonal rett skjedde i et samarbeid mellom de nordiske land, og man har søkt å komme frem til felles løsninger.⁹⁶ De sentrale norske forarbeider til gjennomføringen, er Ot.prp. nr. 46 (2004-2005).

2.3 Hvorvidt det er grunnlag for en streng tolkning av §11a

I mange regelverk er bestemmelser tilsvarende de man finner i åvl. kapittel 2 omtalt som unntak fra eneretten, blant annet i våre nordiske naboland. Dette til forskjell fra den norske åndsverkloven, som omtaler disse bestemmelsene som "avgrensning av opphavsretten ...". Det er uttalt under Stortingets behandling av loven at avgrensningsreglene hviler på "et like sikkert rettspolitisk grunnlag som opphavsmannens enerett" og at det ikke kan "...

⁹⁴ Se Proposal, 1997 s. 11.

⁹⁵ Se Amended proposal, 1999 s. 12.

⁹⁶ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 13.

oppstilles noen alminnelig regel om at bestemmelsene i kapittel 2 skal tolkes innskrenkende eller strengt.⁹⁷

Spørsmålet er om det er grunnlag for en annen konklusjon.

Problemstillingen er relevant, for det første, på grunn av den tekniske utviklingen. Det er uttalt at en restriktiv tolkning kan være mer passende i dag enn da loven ble gitt.⁹⁸ Dette på grunn av de utnyttelsesmuligheter som er tilgjengelige i digitale nett.

For det annet kan det gjennomførte direktivets forutsetninger tilsi en strengere tolkning enn det som er forutsatt i nasjonal rett. Overskriften til art. 5 i opphavsrettsdirektivet omtaler reglene i denne bestemmelsen som ”exceptions and limitations”⁹⁹. Bestemmelsen i art. 5.1 om midlertidige eksemplar er et obligatorisk unntak for alle medlemsstater, jfr. formuleringen ”... *shall be exempted* from the reproduction right provided for in Article 2 (min kursivering).” Man kan altså ikke unnlate å implementere dette unntak. Formålet med direktivet er å harmonisere medlemsstatenes lovgivning for å oppnå likt beskyttelsesnivå i alle land. Utviklingen av informasjonssamfunnet, med større mulighet for spredning av verk over landegrensler, krever at man har visshet om hvilke regler som gjelder.

Når det gjelder tolkningen av vilkårene i art. 5.1, er det uttalt at

*”... it should be borne in mind that, according to settled case-law, the provisions of a directive which derogate from a general principle established by that directive must be interpreted strictly”*¹⁰⁰

⁹⁷ Innst. O. XI (1960-61) s. 17-18.

⁹⁸ Rognstad (2009) s. 219.

⁹⁹ Dansk: ”undtagelser og indskrænkninger”.

¹⁰⁰ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 56.

Deretter konstateres det at

”(t)his holds true for the exemption provided for in Article 5(1) of Directive 2001/29, which is a derogation from the general principle established by that directive, namely the requirement of authorisation from the rightholder for any reproduction of a protected work.”¹⁰¹

Det er altså slik at art. 5.1 bygger på et generelt prinsipp, etablert av direktivet. Dette er prinsippet om at det kreves autorisasjon fra opphavsmannen for enhver eksemplarfremstilling av et verk. Bestemmelser som er utledet av slike prinsipper, skal etter praksis tolkes ”strictly”.

Dette kan tale for at også §11a skal tolkes slik. Det er også i norsk rett fastsatt en vid eksemplarfremstillingsrett, slik at opphavsmannen har tilfredsstillende beskyttelse for sitt verk. Man kan i alle fall konstatere at bestemmelsen ikke skal tolkes slik at den omfatter mer enn det som er i samsvar med formålet. Dette bekreftes av ytterligere en retningslinje om tolkningen:

”In accordance with recitals 4, 6 and 21 in the preamble to Directive 2001/29, the conditions laid down in Article 5(1) thereof must also be interpreted in the light of the need for legal certainty for authors with regard to the protection of their works.”¹⁰²

Fortalens avsnitt 4 taler om viktigheten av harmonisering for å oppnå økt rettssikkerhet og et høyt beskyttelsesnivå på dette området. I avsnitt 6 er det nevnt ulike konsekvenser av en manglende harmonisering, og avsnitt 21 understreker viktigheten av en vid reproduksjonsrett. Som nevnt ovenfor vil en harmonisering medføre visshet om hvilke regler som gjelder, og art. 5.1 skal tolkes i lys av dette.

¹⁰¹ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 57.

¹⁰² *ibid.*, avsnitt 59.

Avsnitt 44 i opphavsrettsdirektivets fortale kan også nevnes. Her fremgår det at medlemsstatenes avgrensingsbestemmelser burde "... duly reflect the increased economic impact that such exceptions and limitations may have in the context of the new electronic environment." Avsnittet omhandler tretrinns-testen, og kan muligens anses rettet mot lovgiver. Likevel må dette hensynet være relevant også ved tolkningen av en avgrensingsbestemmelse som § 11a.

Det kan dermed se ut til at det er grunnlag for en strengere tolkning av § 11a enn det som normalt følger av norsk rett. Paragraf 11a gjennomfører art. 5.1 og må forstås på bakgrunn av dette. Tolkningsresultatet må ivareta de prinsipper som direktivbestemmelsen er utledet av, og det må oppnå de relevante formål. De norske forarbeidenes forutsetninger vil normalt ha stor vekt ved anvendelsen av en nasjonal bestemmelse. Det kan likevel anføres at bakgrunnen til § 11a her må være avgjørende, og at direktivets retningslinjer dermed er mest tungtveiende. Dersom man tolker § 11a strengt, oppstiller man ikke en alminnelig regel om at bestemmelsene i kapittel 2 skal tolkes slik, sml. forarbeidenes uttalelse som er sitert ovenfor. I tillegg må det legges vekt på synspunktet om nye utnyttelsesmåter på grunn av utviklingen, herunder at slik utnyttelse krever rettighetshaverens samtykke. Konklusjonen er at tolkningen av den norske paragrafen, og dens rekkevidde, må bestemmes ut fra de formål og prinsipper som direktivet fastsetter.

2.4 Reguleringen av datamaskinprogrammer og databaser

Bestemmelsen i § 11a gjelder ikke for datamaskinprogrammer og databaser, jfr. § 11a(2). Bakgrunnen for unntaket er at opphavsrettsdirektivet ikke berører gjeldende fellesskapsbestemmelser om nettopp slike typer verk, jfr. art. 1.2. Reguleringen av datamaskinprogrammer og databaser finner man i EDB-direktivet¹⁰³ og databasedirektivet¹⁰⁴. Unntak fra eneretten til midlertidig eksemplarframstilling av slike

¹⁰³ Dir. 91/250/EEC.

¹⁰⁴ Dir. 96/9/EC.

verk, er oppstilt i EDB-direktivet art. 5 og databasedirektivet art. 6. Åvl. §39h skal ha samme innhold som disse reglene.

Som angitt i innledningsavsnittet, omhandler oppgaven hovedsakelig §11a. Det er likevel hensiktsmessig med en gjennomgang av hovedtrekkene i reglene om vern av datamaskinprogrammer og databaser. Dette for å få en forståelse av adgangen til å fremstille midlertidige eksemplar av slike arbeider uten rettighetshaverens samtykke, jfr. også oppgavens hovedproblemstilling.

Det er uttalt i forarbeidene at de aktuelle reglene i EDB- og databasedirektivet dekker alternativet i §11a om ”lovlig bruk”, og at gjennomføringen av ansvarsfriehtsreglene i ehandelsloven avhjelper mangel på særskilt avgrensningsbestemmelse for fremstilling av midlertidige eksemplar ved nettverksoverføring av slike verk.¹⁰⁵ Samme sted konstateres det at løsningen samsvarer med det som er foreslått, eller allerede gjennomført, i de øvrige nordiske land. Uttalelsen medfører at det er ehandelsreglene som er relevante ved avgjørelsen av et mellomledds ansvar for overføring av datamaskinprogrammer og databaser i nettverk, og ikke §11a litra b.

Drøftelsen av adgangen til å fremstille midlertidige eksemplar av datamaskinprogrammer og databaser, uten rettighetshaverens samtykke, vil skje med utgangspunkt i åvl. §39h.

Bestemmelsen finner man i kapittel 3 om opphavsrettens overgang. De tilsvarende reglene i de nordiske land, er plassert i kapittel 2 om avgrensning av eneretten.¹⁰⁶ På bakgrunn av denne ulikhet i plassering, er det hevdet at man kan se reglene fra to synsvinkler. For det første som ”presumpsjonsregler om hva en avtale om bruk av datamaskinprogrammer gir brukeren rett til” eller, for det andre, som ”avgrensninger av eneretten.”¹⁰⁷ Hvis man ser på

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 18.

¹⁰⁶ Rognstad (2009) s. 355.

¹⁰⁷ l.c.

EDB- og databasedirektivet, er de tilsvarende reglene omtalt som ”exceptions to the restricted acts”. I tillegg er det i forarbeidene til gjennomføringen av EDB-direktivet uttalt at ”forslaget innebærer en *begrensning* i opphavsmannens enerett (min kursivering).”¹⁰⁸ På den annen side, ble bestemmelsens plassering likevel beholdt – den ble ikke flyttet over til kapittel 2 om avgrensingsreglene. Her vil de aktuelle reglene bli vurdert som avgrensninger av eneretten, på samme måte som §11a.

Paragraf 39h er omtalt som en ”legal lisens” som tilkommer ”den som har rett til å bruke” det aktuelle verket eller arbeidet. Det er anført at dette henspiller på en som har tillatelse fra rettighetshaveren eller rett til bruk etter lovgivningen.¹⁰⁹ Formuleringen er anvendt både i reglene om datamaskinprogrammer og om databaser. Den skal forstås på samme måte ved begge typer verk.¹¹⁰

Først skal reglene om *datamaskinprogrammer* gjennomgås. Det vil føre for langt å forklare hva dette er og hvordan slike frembringelser fungerer. Her kan bare konstateres at et datamaskinprogram gjør det mulig å styre en datamaskin slik at den utfører bestemte oppgaver.¹¹¹

Bestemmelsen i §39h har i første til tredje ledd regler om tillatt bruk av slike programmer. Med tanke på at oppgaven omhandler adgangen til midlertidig eksemplarframstilling, er det §39h(1) som er aktuell. Denne oppstiller, for ”den som har rett til å bruke” programmet, en adgang til å ”fremstille eksemplar”¹¹² av det. Dette gjelder ”i den utstrekning det er nødvendig for å bruke programmet i samsvar med dets formål ...”. Bestemmelsen skal ha det samme reelle innhold som EDB-direktivet art. 5.1. Denne fastsetter at handlingene som

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 84 (1991-1992) s. 22.

¹⁰⁹ Rognstad (2009) s. 355.

¹¹⁰ *ibid.* s. 360.

¹¹¹ Ot.prp.nr. 33 (1989-1990) s. 4.

¹¹² Adgangen til endring og bearbeidelse vil ikke bli gjennomgått her.

er nevnt i direktivets art. 4 litra a og b, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i avtale, ikke krever tillatelse fra rettighetshaver når de er nødvendige for at man skal kunne utnytte programmet etter dets formål.¹¹³ Direktivet oppstiller i art. 4 litra a en enerett til varig og midlertidig eksemplarframstilling, slik som åvl. §2(1).

Paragraf 39h(1) gir altså en adgang til å fremstille midlertidige eksemplarer. Dette er lov i den utstrekning framstillingen er nødvendig for å bruke programmet i samsvar med dets formål. Det er uttalt i forarbeidene at "(o)pphavsmannens enerett til eksemplarframstilling av sitt verk (kopiering), må undergis visse begrensninger når det gjelder datamaskinprogrammer for å muliggjøre slik teknisk kopiering gjennom f.eks. kjøring av programmet som er nødvendig for å kunne bruke det."¹¹⁴ Videre er det anført at bestemmelsen ikke gir hjemmel for "kopiering/mangfoldiggjøring for å utvide utnyttelsesområdet for brukeren."¹¹⁵ I EDB-direktivets forord fremgår det av avsnitt 17 at "... the exclusive rights of the author to prevent the unauthorized reproduction of his work have to be subject to a limited exception in the case of a computer program to allow the reproduction *technically necessary* for the user of that program by the lawful acquirer (min kursivering)."

Databaser er regulert i §39h(4). En database er i forarbeidene definert som "... en systematisert samling av opplysninger som kan gjenfinnes etter en bestemt struktur."¹¹⁶ Et eksempel er telefonkatalogen – en systematisert samling av opplysninger, oppstilt slik at det er enkelt for brukeren å finne frem.

Etter §39h(4) er "den som har rett til å bruke" en database gitt adgang til å "foreta slike handlinger som er nødvendige for tilgang til databasens innhold og normal utnyttelse av

¹¹³ Dette gjelder for den som rettmessig har ervervet programmet.

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 84 (1991-1992) s. 22.

¹¹⁵ *ibid.* s. 23.

¹¹⁶ Ot.prp.nr. 85 (1997-1998) s. 7.

denne”. Med tanke på henvisningen i §43(5), gjelder retten etter §39h(4) både for databaser som åndsverk etter §1, og for databaser sui generis.

I databasedirektivets art. 6.1 er det for brukeren av en database, i visse tilfeller, gitt hjemmel til å foreta handlinger som fremgår av art. 5. I art. 5 litra a er eneretten til midlertidig eksemplarframstilling oppstilt. Etter den norske §39h(4) er det kun angitt at det er adgang til ”handling som er nødvendig” for de oppstilte formål, uten noen nærmere henvisning til midlertidig eksemplarframstilling, slik som i direktivet. Det er anført at hva som er ”nødvendig”, må avgjøres konkret, men at det typiske vil være ”den midlertidige eksemplarframstillingen som er teknisk nødvendig for å bruke databasen, samt nedlasting på harddisk.”¹¹⁷ Dette er også bekreftet i forarbeidene. Her er det uttalt at brukeren, avhengig av den bruksrett han har fått, vil ”... ha adgang til å foreta i utgangspunktet enerettsbelagte handlinger som for eksempel eksemplarframstilling dersom dette er nødvendig for å kunne bruke databasen i samsvar med formålet.”¹¹⁸ Dermed vil en midlertidig eksemplarframstilling være relevant som ”nødvendig” handling etter den norske bestemmelsen.

En sammenligning av de nevnte regler i §39h og bestemmelsen i §11a, viser at begge gir adgang til framstilling av midlertidige eksemplarer som er nødvendig for å oppfylle en form for sluttbruk – et større formål. I §11a er dette beskrevet slik at de midlertidige eksemplarer må ha som ”eneste formål å muliggjøre lovlig bruk av et verk.” Likevel vil kravene i §11a om at de midlertidige eksemplarer må være tilfeldige eller forbigående, samt utgjøre en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess, tale for at §11a er snevrere enn reguleringen av datamaskinprogrammer og databaser. Paragraf 39h(1) og (4) begrenser ikke adgangen til midlertidig eksemplarframstilling på samme måte.

¹¹⁷ Rognstad (2009) s. 360.

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 85 (1997-1998) s. 40.

2.5 Den videre fremstilling

I oppgavens videre fremstilling, skal det redegjøres nærmere for vilkårene i §11a. Kapittel 3 om ” visse midlertidige eksemplar” omhandler de ulike kriteriene som karakteriserer *lagringene* som omfattes av bestemmelsen. I kapittel 4 gjennomgås den relevante *sluttbruken* som lagringene må ha som eneste formål å muliggjøre. Og i kapittel 5 skal betydningen av opphavsrettsdirektivet art. 5.5 drøftes.

3 Visse midlertidige eksemplar

3.1 Tilfeldig eller forbigående

Spørsmålet er hva som utgjør en tilfeldig eller forbigående fremstilling av midlertidige eksemplar.

Umiddelbart får man inntrykk av at de aktuelle eksemplarene må være uten noen egentlig betydning for rettighetshaveren. Et midlertidig eksemplar som er tilfeldig, vil være uten betydning i den forstand at det oppstår av seg selv uten at en brukers handlinger har innvirkning på det. Når det gjelder forbigående, tenker man på et mer kortvarig eksemplar.

Forarbeidene sier at ordet ”*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.”¹¹⁹ De tilfeldige eksemplarene trenger ikke å være forbigående, jfr. formuleringen ”eller”, men de må være midlertidige.

Når det gjelder vilkåret om ”forbigående”, er det i opphavsrettsdirektivet anvendt ordet ”transient”¹²⁰ for å beskrive det samme. Dette begrepet tilsier en kort varighet i tid, kortere enn ”tilfeldig”. En sammenligning viser altså at sistnevnte kan være en lagring som varer i lenger tid enn en ”forbigående” lagring. Men den kan likevel ikke ha selvstendig betydning, slik at den truer opphavsmannens enerett. Med dette menes at den ikke kan være planlagt eller regelmessig i den forstand at den kan fungere for seg selv. Synspunktet bekreftes av at de tilfeldige lagringer ikke må ha noen ”particular significance from a copyright perspective.”¹²¹

Forarbeidene sier, om uttrykket ”*forbigående*”, at dette ”... innebærer krav med hensyn til lagringens potensielle varighet, som – avhengig av hvilken lagring det er snakk om og hvor

¹¹⁹ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 16.

¹²⁰ Dansk: ”flygtig”.

¹²¹ IVIR, Final Report (2007) s. 32.

i prosessen den skjer – i større eller mindre grad skal være tidsbegrenset. Lagringen må således fremstå som flyktig, ubestendig eller forgjengelig.”¹²² Begrepet ”forbigående” fokuserer dermed mer på tid enn kriteriet ”tilfeldig”, som i stedet henviser til lagringens mangel på selvstendig betydning.

Om det tilsvarende begrepet ”transient” i art. 5.1 er det anført at lagringen må være ”... of particularly short duration, such as several micro microseconds...”, og at den må være av en slik art at den blir ”automatically erased in the course of new users or at the end of the working session.”¹²³

På denne bakgrunn kan man si at et midlertidig eksemplar, for å kunne anses som ”forbigående”, må være av veldig kort varighet og det må bli automatisk slettet når man avslutter maskinen.

Dette bekreftes i den såkalte Infopac-saken¹²⁴ i EU-domstolen. Her er begrepet ”transient” vurdert i forhold til ”scanning” av nyhetsartikler. Det ble uttalt at den forbigående lagringen ikke må gå utover det som er nødvendig for å fullføre den tekniske prosessen.¹²⁵ Dette konstaterte man på grunnlag av de generelle prinsipper som er nevnt i avsnitt 57 og 58 i avgjørelsen.¹²⁶ For det første, prinsippet om at handlinger som omfattes av eneretten til eksemplarfremstilling, krever opphavsmannens samtykke. Og for det andre, prinsippet om at unntaket i art. 5.1 må tolkes i lys av tretrinns-testen som er oppstilt i art. 5.5.

Det fremholdes dermed at

¹²² Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 16.

¹²³ Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1025, avsnitt 11.5.16.

¹²⁴ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening.

¹²⁵ *ibid.*, avsnitt 61.

¹²⁶ *l.c.*

”...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.”¹²⁷

Lagringen må altså ikke vare lenger enn det som er nødvendig for fullføringen av prosessen, og den må bli slettet automatisk etter den har utført sin funksjon. Det legges vekt på at menneskers handlinger ikke er avgjørende for lagringen, prosessen eller slettingen av det aktuelle forbigående eksemplaret. Dette med tanke på rettslig sikkerhet for rettighetshavere.¹²⁸ Dersom en bruker bestemmer hvorvidt en lagring skal bli slettet eller ikke, har man ingen sikkerhet for at slettingen faktisk blir utført. Dette faktum, uttales det, har støtte i fortalens avsnitt 33, hvor det er nevnt eksempler på ulike formål som den forbigående lagring kan muliggjøre, eksempelvis browsing.¹²⁹ Poenget er at lagringer som muliggjør nettlæsning, og selve prosessen, skal skje uten menneskers innblanding. De må oppstå automatisk, og bli slettet automatisk etter oppgaven er fullført.

Generaladvokaten fokuserer på tidsperspektivet og uttaler i sitt forslag til domstolen at

”(a)n act of reproduction is transient in my opinion where the reproduction only exists for a very short period. Of course, the question which immediately arises is what the difference is between a transient act of reproduction and a temporary act of reproduction. In my view, the difference is that a transient act of reproduction lasts for a very brief period while a temporary act of reproduction can last for a longer period. Transient acts of reproduction are therefore temporary acts of reproduction which last for an exceptionally short time,

¹²⁷ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 64.

¹²⁸ *ibid.*, avsnitt 62.

¹²⁹ *ibid.*, avsnitt 63.

which are ephemeral and which at the same time disappear after arising. The duration of temporary acts of reproduction is certainly limited in time but can be longer than the duration of transient acts of reproduction. It is of course very difficult, if not completely impossible, to determine exactly from the outset for how long a reproduction must exist for it to be definable as transient; that must be determined on a case-by-case basis and taking into account all of the circumstances of the case."¹³⁰

Det man ser, etter denne gjennomgangen, er at det vanskelig å angi akkurat hva begrepene omfatter i et gitt tilfelle. Dette er gjelder kanskje først og fremst for avgjørelsen av hva som utgjør et "forbigående", midlertidig eksemplar. Noen øvre tidsgrense for hvor lang tid disse lagringene kan vare, har man jo ikke. Likevel er det slik at avsnitt 33 i direktivets fortale oppstiller en presumsjon for hvilke typer handlinger bestemmelsen skal omfatte. Og som ellers, må spørsmålet om en lagring omfattes av §11a avgjøres ut fra de opplysninger man har i det enkelte tilfellet. Det er vanskelig å oppstille faste retningslinjer for en slik avgjørelse.

Når det vurderes om et eksemplar er tilfeldig eller forbigående, fokuserer man på hvilken fiksering som skjer, herunder om lagringen har en slik varighet og selvstendighet at den faller utenfor det som er tillatt etter §11a. Et eksempel på en *forbigående* lagring, er den som oppstår i en router ved nettverksoverføringer. Informasjonspakkene som kommer inn i denne bufferen blir etter kort tid sendt videre til mottakeren.

I forhold til denne IP/TCP-prosessen kan det også gis et eksempel på en *tilfeldig* lagring. Det er informasjonstrafikken¹³¹ som avgjør om routeren er i bruk. Og dersom den er i bruk, skjer det midlertidige lagringer av de pakker som mottas her. Dermed kan det hevdes at

¹³⁰ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 81.

¹³¹ Med informasjonstrafikk menes hvor mye informasjon som går inn og ut av bufferen.

disse lagringene også er tilfeldige. Dette fordi de er vilkårlige, ikke planlagte eller regelmessige.

3.2 Integrert og vesentlig del av en teknisk prosess

Det fremgår av §11a at de midlertidige eksemplarene, enten de er tilfeldige eller forbigående, må utgjøre ”en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess”. Vilkåret bekrefter at de midlertidige lagringene som er gjennomgått ovenfor ikke kan ha noen betydning for seg selv. Det er anført at formuleringen ”... aims at describing the ’technical’ or ’automatic’ nature of the envisaged acts of reproduction that are not directly achieved by human beings and are inevitable.”¹³²

Spørsmålet her er hva det vil si at de midlertidige eksemplarene utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess.

Forarbeidene konstaterer at ”(m)ed teknisk prosess forstås summen av all aktivitet med relevant tilknytning til det aktuelle formål.”¹³³ Når det her tales om formålet, menes den sluttbruken som er oppstilt i §11a litra a og b.

De midlertidige eksemplarene må, for det første, utgjøre ”en integrert del” av denne tekniske prosessen. Dette kan beskrives slik at eksemplarene ikke kan være ”... separated from the technological process.”¹³⁴ De midlertidige lagringene må altså ikke kunne opptre alene, utenfor denne prosessen. For det annet, må de utgjøre ”en vesentlig del” av den. Dermed er det et krav om at den tekniske prosessen ikke kan fungere, eller fungere ordentlig, med mindre de tilfeldige eller forbigående, midlertidige lagringene oppstår.¹³⁵

¹³² Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1025, avsnitt 11.5.17.

¹³³ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 17.

¹³⁴ Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1025, avsnitt 11.5.17.

¹³⁵ l.c.

Ordlyden tilsier altså at de midlertidige lagringene og den tekniske prosessen ikke kan skilles fra hverandre.

Et spørsmål som har vært diskutert er hvorvidt det kreves at de midlertidige eksemplarene, for å være omfattet, må utgjøre en *nødvendighet* for den aktuelle tekniske prosessen. Spørsmålet har oppstått ved tolkningen av opphavsrettsdirektivet art. 5.1, og er relevant ved tolkningen av §11a.

Problemstillingen kan formuleres slik:

”... whether the act of reproduction constitutes an integral and essential part of a technological process only when that act is a necessary element of the technological process and therefore without which that technological process would not be possible, or whether other acts which are not a necessary element of that technological process also fall within that category.”¹³⁶

Forarbeidene til §11a nevner ikke noe om denne problemstillingen.

Generaladvokaten mener at det ikke kreves en slik streng tolkning.¹³⁷ Dermed trenger de midlertidige lagringene ikke å være en *nødvendig* del av den tekniske prosessen, for å utgjøre en ”integrert og vesentlig del”.¹³⁸ Det samme kan da anføres for åvl. §11a.

Konklusjonen er at de midlertidige eksemplarene må utgjøre selve prosessen, de må være en vesentlig del av den og de må ikke kunne fungere alene.

¹³⁶ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 93.

¹³⁷ *ibid.*, avsnitt 94.

¹³⁸ Jfr. også IVIR, Final Report (2007) s. 33.

Det er vanskelig å gi et bilde av hvilke faktiske prosesser som tilsvarer den rettslige beskrivelsen. En nærmere avklaring av dette vilkåret kan komme etter EU-domstolens behandling av sak C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening.¹³⁹

3.3 Selvstendig økonomisk betydning

Dette er ofte omtalt som bestemmelsens fjerde vilkår. Det behandles her likevel før vilkårene oppstilt i bestemmelsens litra a og b. Ut fra ordlyden i §11a knytter kravet seg til selve eksemplarframstillingen. Det er da naturlig at det behandles i delen om disse.

Spørsmålet er når den tilfeldige eller forbigående, midlertidige eksemplarframstillingen kan sies å være uten selvstendig økonomisk betydning.

Også dette vilkåret gir en beskrivelse av hvilke midlertidige eksemplarer som bestemmelsen omfatter. Ut fra ordlyden er det de lagringer som ikke vil true opphavsmannens rett til økonomisk innvinning. Fortalen, jfr. dens avsnitt 33, sier at de midlertidige eksemplarene som er omfattet av bestemmelsen "... should have no separate economic value on their own."

Dette er bekreftet i forarbeidene til direktivets art. 5.1:

"The test is whether the temporary reproduction has no 'independent economic significance': it should perhaps be made clear that the independent economic significance in question is independent economic significance to the use of the work in question, not to its transmission."¹⁴⁰

¹³⁹ Dansk Højesteret har på ny inngitt spørsmål til EU-domstolen i forbindelse med Infopac-saken. Spørsmålene gjelder for øvrig også vilkårene om "lovlig bruk" og manglende selvstendig økonomisk betydning, samt direktivets art. 5.5. Noe avklaring kan dermed også komme for disse kravene.

¹⁴⁰ Opinion of the Economic and Social Committee, 1998, s. 32.

De norske forarbeidene forklarer vilkåret slik at eksemplarframstillingen ikke kan "... ha økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre overføring i nettverk eller lovlig bruk av verket."¹⁴¹ Samme sted sies det at vilkåret må ses i sammenheng med den såkalte tretrinns testen. I tillegg er det til forklaring nevnt at kravet om manglende selvstendig økonomisk betydning, innebærer at eksemplaret verken kan ha slik betydning for rettighetshaver, mellomledd, sluttbruker eller andre.¹⁴²

Art. 5.1 i opphavsrettsdirektivet sier at eksemplarframstillingen ikke kan ha selvstendig økonomisk "verdi". Den norske §11a skal ha samme innhold som direktivbestemmelsen. Vilkaeret er begge steder vagt og gir rom for tolkning, og det er ikke gitt noen ytterligere veiledning i direktivet utover det man finner i fortalens avsnitt 33. Generaladvokaten sier om tolkningen at "(i)t is appropriate (...) to clarify what is meant by stating that a given act of reproduction has economic significance, what is meant by stating that that economic significance is independent, and the person in respect of which that act of reproduction must have independent economic significance."¹⁴³

Den midlertidige eksemplarframstillingen vil ha "økonomisk betydning" når den medfører en økonomisk fordel for den som utfører handlingen, eksempelvis "... a profit or a reduction in costs, an increase in productivity or similar advantages."¹⁴⁴ En bruker kan altså ikke med hjemmel i §11a foreta midlertidige lagringer som eksempelvis medfører økonomisk fortjeneste eller reduksjon av kostnader for ham.

¹⁴¹ Ot.prp.nr 46 (2004-2005) s. 141.

¹⁴² *ibid.* s. 17.

¹⁴³ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 124.

¹⁴⁴ *ibid.*, avsnitt 125.

Om ”selvstendig” økonomisk betydning, sier generaladvokaten at ”(t)he key issue in determining whether that economic significance is independent is in my opinion whether the economic advantages stem from the temporary acts of reproduction.”¹⁴⁵ Den aktuelle brukeren må faktisk foreta den midlertidige eksemplarfremstillingen og oppnå en fordel som stammer fra denne. Fordelen skjer da ved at brukeren utnytter den midlertidige eksemplarfremstillingen til å utføre en handling som skaper økonomisk vinning. Videre er det ikke nok at det kun foreligger *mulighet* til å oppnå konkret økonomisk fordel ved eksemplarfremstillingen – den aktuelle parten må *faktisk* ha oppnådd fordelen *ved* å utføre den aktuelle handlingen.¹⁴⁶

Et eksempel på midlertidige eksemplarer som ikke har selvstendig økonomisk betydning, er de lagringene som forekommer i en buffer, eller router.¹⁴⁷ Som nevnt tidligere, blir informasjonen i overføringer sendt i forskjellige pakker. Disse pakkene med informasjon må settes sammen igjen på riktig måte, for at mottakeren skal få frem det han har sendt forespørsel om. De ulike pakkene vil ikke gi noen mening alene, og har derfor ingen selvstendig økonomisk betydning eller verdi.

¹⁴⁵ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 126.

¹⁴⁶ *l.c.*

¹⁴⁷ Jørgensen (2008) s. 64.

4 Sluttbruken

4.1 Innledning

Etter §11a, må *den tekniske prosessen* ha som eneste formål å muliggjøre enten ”lovlig bruk av et verk”¹⁴⁸ eller ”en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter”¹⁴⁹.

Ordlyden er litt annerledes enn i opphavsrettsdirektivet art. 5.1. Denne taler om at det er *de midlertidige eksemplarene* som må ha til eneste formål å muliggjøre den aktuelle bruk som er oppregnet i litra a og b. Det reelle innhold skal uansett være det samme. Med tanke på at de midlertidige eksemplarene skal være en integrert og vesentlig del av den tekniske prosessen, vil det ikke spille noen rolle, ordlydsmessig, om formålene i litra a og b tilsynelatende er knyttet den tekniske prosessen, eller eksemplarene som bestemmelsen taler om.

Det at de midlertidige eksemplarene må ha ”som eneste formål” å muliggjøre bruken som eksplisitt er nevnt i litra a og b, betyr naturligvis at de *ikke* kan ha noen *annen* hensikt.

Det er uttalt, med tanke på bestemmelsens kompleksitet i forhold til krav om teknisk kunnskap, at nøkkelen til å forstå §11a ligger i angivelsen av formålet eller sluttbruken i litra a og b¹⁵⁰. Man kan si at disse vilkårene reflekterer ”the accessory function of the act of reproduction to be exempted.”¹⁵¹ Hensikten med bestemmelsen er jo å unnta fra eneretten midlertidige lagringer, som kun er av teknisk karakter, og som fungerer som hjelpemidler til å gjennomføre en ”større bruk” av verket. Det er denne sluttbruken som er temaet i det følgende.

¹⁴⁸ Litra a.

¹⁴⁹ Litra b.

¹⁵⁰ Rognstad (2009) s. 153.

¹⁵¹ Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1025, avsnitt 11.5.18.

4.2 Lovlig bruk

4.2.1 Når foreligger lovlig bruk?

Det ser ut til at dette kravet viser til kriterier utenfor bestemmelsen selv, og at §11a ikke selv er relevant ved avgjørelsen av om noe utgjør lovlig bruk etter de opphavsrettslige regler. I stedet finner man ulike bestemmelser i åndsverkloven kapittel 2, som oppstiller bruksregler for situasjoner hvor samfunnet kan nyttiggjøre seg av et verk uten samtykke fra opphavsmannen.

Forarbeidene sier at kravet innebærer at det i loven *ikke må eksistere noe forbud* mot den aktuelle bruk, eller at *rettighetshaver har gitt samtykke* til bruken¹⁵². Av opphavsrettsdirektivets fortale, avsnitt 33, fremgår at "(a) use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law".

På denne bakgrunn kan det konstateres at kravet om lovlig bruk viser til rettslige normer utenfor bestemmelsen selv.¹⁵³ Dermed gjør ikke §11a noen endring i andre avgrensingsbestemmelser – kravet i litra a kan ikke gjøre en bruk lovlig når den ellers er ulovlig. Vilkåret hjemler ikke den aktuelle bruken, men beskriver kun hvilken sluttbruk de midlertidige eksemplarene må ha som eneste formål å muliggjøre. Et eksempel er eksemplarframstilling til privat bruk, som er hjemlet i §12. En slik handling vil være en form for "lovlig bruk av et verk" etter §11a. Dette fordi handlingen er hjemlet i en avgrensingsbestemmelse slik som forarbeidene og direktivet foreskriver. Kravet om lovlig bruk påvirker ikke selv lovligheten av en eksemplarframstilling til privat bruk, det viser kun til at en slik handling er et relevant formål, eller en relevant sluttbruk.

Kravet om at det ikke må eksistere noe lovforbud anses tilfredsstilt, ut fra forarbeidenes forutsetninger, i de tilfeller hvor forholdet ikke omfattes av opphavsmannens enerett og der

¹⁵² Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 17.

¹⁵³ Jfr. også IVIR, Final Report (2007) s. 34.

det finnes hjemmel for handlingen i en avgrensningsbestemmelse.¹⁵⁴ Det vil si at dersom eksemplarframstilling fra internett – nedlasting – er tillatt etter åvl. §12, vil de midlertidige eksemplarene som fremstilles i forbindelse med denne nedlastingen være omfattet av §11a, forutsatt at resten av vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

Når det gjelder *kravet om at det må foreligge samtykke* fra opphavsmannen, er det ikke gitt noen retningslinjer i direktivets fortale eller i de norske forarbeider. Et eksplisitt samtykke er selvsagt omfattet. Det er anført at også implisitt samtykke har betydning.¹⁵⁵ Et eksempel på dette, er tilfellet hvor opphavsmannen selv har lastet opp et verk på nettet uten sperre. Synspunktet kan formuleres slik:

*”To knowingly upload protected content (e.g. a digitized work) onto an open web-page will in most cases be regarded as an implicit consent – or authorization, in the words of Recital 33 – to others downloading it. In such a case, the downloading would be regarded as a lawful use in the sense of article 5(1).”*¹⁵⁶

Konklusjonen er at lovlig bruk foreligger når man har samtykke fra opphavsmannen, og når handlingen er lovlig etter en av åndsverklovens avgrensningsregler, eventuelt regler utenfor åndsverkloven.

4.2.2 Spørsmålet om tilgangskontroll

Det er uttalt at den ovenfor nevnte forståelsen av lovlig bruk ”avspeiler at eneretten til midlertidig eksemplarframstilling innebærer en rett for opphavsmannen til å kontrollere andres *tilgang* til verket (access control right) i den digitale kontekst, og ikke bare andres

¹⁵⁴ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 17.

¹⁵⁵ Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1026, avsnitt 11.5.19.

¹⁵⁶ IVIR, Final Report (2007) s. 34.

tilgjengeliggjøring av det.”¹⁵⁷ Dette synspunktet kan anføres til fordel for at opphavsrettsdirektivet forutsetter en rett til kontroll av brukerens tilgang til verket.

Diskusjonen om tilgangskontroll er nevnt tidligere i oppgaven, i avsnittet om eksemplarbegrepet. Her skal bakgrunnen for diskusjonen og noen av synspunktene gjennomgås.

Diskusjonen har oppstått på grunn av den nye digitale kontekst. I WCT og WPPT ble det oppstilt regler om overføring til allmennheten¹⁵⁸ og om tekniske beskyttelsessystemer, herunder rettslig beskyttelse av slike systemer i form av omgåelsesforbud¹⁵⁹. Opphavsrettsdirektivet gjennomfører disse konvensjonene, og gir i tillegg en enerett til midlertidige eksemplarer. Reguleringen har også etter hvert blitt implementert i nasjonale rettssystemer.

Det er ikke uttrykkelig nevnt i disse reglene at rettighetshaveren nå har en rett til kontroll av tilgang, men de gir nye rettigheter som skal sikre at hans økonomiske interesser ikke blir truet på grunn av nye utnyttelsesmåter. I artikkelen ”The ’Access Right’ in the United States” fra ALAI-konferansen¹⁶⁰, anføres det at rettighetshaveren, før den digitale utviklingen ”... could prevent access to the work in most forms and most circumstances, through the practical ability to control its material embodiment (...)”.¹⁶¹ Samme sted er det nevnt et eksempel på et slikt tilfelle: Når et verk ble fremført ”live”, kunne rettighetshaveren kontrollere tilgangen ved å kreve billett. Etter den digitale utviklingen, hevdes det, er muligheten til å kontrollere tilgang ikke lenger tilstede, og uautorisert tilgang

¹⁵⁷ Rognstad (2009) s. 154.

¹⁵⁸ ”communication to the public”, jfr. WCT art. 6 og WPPT art. 10.

¹⁵⁹ Jfr. WCT art. 11 og WPPT art. 18.

¹⁶⁰ Perlmutter (2002) s. 368-372.

¹⁶¹ *ibid.* s. 369.

er nå mer til skade for rettighetshaveren.¹⁶² I tillegg har utviklingen skapt ”... new format and delivery possibilities that would not be economical without access control.”¹⁶³ Av disse grunner kan det være behov for en rett til kontroll av brukerens tilgang til et verk.

Det foreligger en del ulike synspunkter om temaet. Thomas Heide hevder at ”... the traditional rights under copyright have not contained and still do not contain an 'access right' and that the issue of the 'access right' is instead one of characterisation.”¹⁶⁴

Jane C. Ginsburg anfører på den annen side at ”... in the digital environment, the 'exclusive Right' (...) is not only a 'copy'- right, but an access right...”¹⁶⁵ I tillegg sier hun at ”... when the exploitation of works shifts from having copies to directly experiencing the content of the work, the author's ability to control access becomes crucial.”¹⁶⁶

For Norges del er det mulig at en tilgangskontroll-rett følger av opphavsrettsdirektivets regulering, jfr. også synspunktet om dette ovenfor. Det fremgår av direktivets art. 5.1 at rettighetshaveren skal ha enerett til de handlinger som har selvstendig økonomisk betydning. Som nevnt tidligere, er det vanskelig å se hvordan midlertidige lagringer og tekniske prosesser kan ha slik økonomisk betydning for ham. Midlertidige lagringer vil i utgangspunktet ikke ha noen egentlig betydning for rettighetshaver, idet hans hovedinteresse ligger i å oppnå økonomisk inntjening ved produksjon, publisering og overdragelse av eksemplaret. Annerledes er det hvis man anser eneretten til midlertidige lagringer for å være en tilgangskontroll-rett. Det ser ut til at vilkåret om manglende selvstendig økonomisk betydning i art. 5.1, oppstiller en presumsjon for at midlertidige

¹⁶² Perlmutter (2002) s. 370.

¹⁶³ *ibid.* s. 371.

¹⁶⁴ Heide (2001) s. 469.

¹⁶⁵ Ginsburg (2000) s. 3. Uttalelsen gjelder diskusjonen om tilgangskontroll i en US-kontekst.

¹⁶⁶ *ibid.* s. 3.

lagringer faktisk har slik betydning. Og det kan hevdes at en reell økonomisk betydning kun foreligger dersom det er gitt en rett til kontroll av tilgang.

Det finnes mange meninger om temaet, og spørsmålet er ikke avklart. Formålet her er ikke å komme frem til en klar konklusjon, men å presentere diskusjonen og ulike synspunkter. De holdepunkter som er nevnt ovenfor vil være relevante for en drøftelse av hvorvidt forarbeidene uttalelser om ”lovlig bruk”, er i samsvar med en slik potensiell rett.

4.2.3 Forarbeidene forståelse av hvilke handlinger som utgjør ”lovlig bruk”

I det følgende skal den norske lovgiverens uttalelser om forståelsen av ”lovlig bruk” gjennomgås. Formålet er å undersøke om de stemmer overens med opphavsrettsdirektivet, herunder intensjonen bak dets art. 5.1.

Når forarbeidene presiserer hva som ligger i ”lovlig bruk”, knytter de vurderingen til hvilke handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante.¹⁶⁷ Dette utledes tilsynelatende av fortalens beskrivelse av hvordan dette kravet skal forstås. Etter det er konstatert hvordan fortalen forklarer ”lovlig bruk”, gis det eksempler på hva som omfattes, ut fra uttrykket ”opphavsrettslig relevante handlinger”.¹⁶⁸

Uttrykket ble brukt ved gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet art. 6 og dermed som forklaring av bestemmelsen i åvl. §53a(1). Denne taler om forbud mot omgåelse av såkalte effektive tekniske beskyttelsessystemer. Slike systemer benyttes av rettighetshavere for å kontrollere bruken av sine verk. Hva som utgjør et slikt system, rettslig sett, er definert i opphavsrettsdirektivet art. 6.3.¹⁶⁹ Bestemmelsen i §53a(1) sier at det er forbudt å omgå systemene dersom de benyttes av rettighetshaverne for å kontrollere ”eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten”. Med ”opphavsrettslig relevante handlinger”

¹⁶⁷ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 17.

¹⁶⁸ I.c.

¹⁶⁹ Definisjonen vil ikke bli gjennomgått her.

menes da disse enerettsbeføyelser. Det uttales i forarbeidene til gjennomføringen at ”(a)vgrensningen mht. opphavsrettslig relevante handlinger har sin bakgrunn i direktivet artikkel 6.3 første punktum, hvor vernet av de tekniske beskyttelsessystemer knyttes til de systemer som under sin normale funksjon skal hindre eller begrense handlinger som rettighetshaver ikke har gitt tillatelse til.”¹⁷⁰

Som eksempel på en handling som vil utgjøre ”lovlig bruk” etter §11a, ut fra karakteriseringen om ”opphavsrettslig relevante handlinger”, nevner forarbeidene fremføring innenfor det private området. Det anføres at disse handlinger ”... kjennetegnes ved at de ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter, og om de øvrige vilkår er oppfylt, vil unntaket omfatte de midlertidige eksemplarer som fremstilles i forbindelse med slik bruk. Nettlesing (‘browsing’) utgjør i denne sammenheng en ‘lovlig bruk’.”¹⁷¹

Eneretten til tilgjengeliggjøring ”for allmennheten” i §2(1), herunder ”offentlig” fremføring i §2(3) litra c, er avgrenset slik at den kun gjelder *utenfor* det private området. Nettlesing er én måte å utføre ”fremføring” på, jfr. §2(4). En slik handling, *innenfor* det private området, vil da ikke omfattes av eneretten, og må på bakgrunn av dette, ifølge forarbeidene, anses som ”lovlig bruk” etter §11a.

For det andre nevnes det avspilling av verk innenfor det private området, etter at det tekniske beskyttelsessystem som eksemplaret er utstyrt med, er omgått. Om dette anføres at ”(d)et kan etter loven være tillatt å omgå beskyttelsessystemer som hindrer avspilling innenfor det private området, og under enhver omstendighet utgjør ikke denne avspillingen en opphavsrettslig relevant handling.”¹⁷²

¹⁷⁰ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 116.

¹⁷¹ *ibid.* s. 17.

¹⁷² *l.c.*

Avspilling av et verk, vil også være en fremføringshandling. Dersom avspillingen er utført innenfor det private området, vil heller ikke den omfattes av eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten. Tillatelsen til å omgå et effektivt teknisk beskyttelsessystem som er omtalt i forarbeidene, finner man i åvl. §53a(3), annet punktum. Det fremgår her at bestemmelsen i første ledd, om forbud mot omgåelse, ikke skal være til hinder for ”privat brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr”. Bakgrunnen for denne tillatelsen var problemet med at omgåelsesvernet også omfatter kopibeskyttelse, og at slik beskyttelse kunne være til hinder for privat avspilling på ”relevant utstyr”.¹⁷³

Fordi det i visse tilfeller er lov til å omgå et slikt system for å muliggjøre avspilling innenfor det private område, anser forarbeidene en slik avspilling som lovlig bruk.

Etter denne gjennomgangen, kan det se ut til at vurderingen om opphavsrettslig relevans, nærmere bestemt er utledet av lovgivers forutsetning om at lovlig bruk foreligger når ”... forholdet ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter ...”¹⁷⁴ Ovenfor er det konkludert med at kravet om lovlig bruk etter direktivet er oppfylt, enten hvis man har samtykke fra rettighetshaver, eller når handlingen omfattes av åndsverklovens avgrensingsregler. Dermed er det mulig at forarbeidenes forutsetninger svikter allerede her. På den annen side fremgår det av direktivets fortale, jfr. avsnitt 33, at lovlig bruk foreligger når den aktuelle handlingen ikke er ”restricted by law”¹⁷⁵. Det kan anføres at dette kravet er oppfylt når nettlæsning og avspilling skjer innenfor det private området. Dette fordi opphavsretten ikke skal regulere private handlinger. Likevel kan det være slik at intensjonen bak art. 5.1 tilsier en annen forståelse. Spørsmålet skal drøftes i neste avsnitt.

¹⁷³ Rognstad (2009) s. 384.

¹⁷⁴ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 17.

¹⁷⁵ Dansk: ”ikke (...) undergivet lovmæssige restriktioner”.

Det kan konkluderes med at *lovgiver* forstår direktivet slik at *nettleasing* innenfor det private området utgjør lovlig bruk etter art. 5.1 litra b, herunder §11a litra a. Det forutsettes, for det annet, at *avspilling* innenfor det private område, også etter brudd på et teknisk beskyttelsessystem, skal anses som lovlig bruk. I det følgende ses det bort fra spørsmålet om lovligheten av selve bruddet på den tekniske sperren.

4.2.4 Vurdering

Det er hevdet at forarbeidenes uttalelser henger sammen med hvordan man på norsk lovgiverhold har forstått opphavsrettsdirektivets bestemmelser om vern av tekniske beskyttelsessystemer, men at det ikke er gitt at de bygger på en riktig forståelse av direktivet og dermed den norske lovteksten.¹⁷⁶ Resonnementet er at "(b)ehovet for å anvende §11a oppstår på grunn av at en handling faller inn under eneretten til midlertidig eksemplarframstilling", og at "(d)et virker noe underlig om lovligheten av denne bruken kan forklares med at nettleasingen *også* kan klassifiseres som privat fremføring."¹⁷⁷

Handlingene som er nevnt i forarbeidene, omfattes tilsynelatende ikke av eneretten, fordi det dreier seg om nettleasing og avspilling *innenfor det private området*. Handlingene er ikke uttrykkelig regulert i §11a. Det er likevel slik at denne bruken, i den digitale kontekst, forutsetter framstilling av midlertidige eksemplarer. Dermed faller handlingene, i praksis, inn under den opphavsrettslige reguleringssfæren¹⁷⁸, og man må foreta en vurdering av dem i forhold til vilkåret om lovlig bruk. Av denne grunn oppstår det spørsmål om det er relevant å avgjøre lovlig bruk ut fra en vurdering av om en handling omfattes av eneretten, eller ikke.

¹⁷⁶ Rognstad (2009) s. 154.

¹⁷⁷ l.c.

¹⁷⁸ Rognstad, NIR 2009 s. 531, på side 532.

Poenget er at den norske §11a skal ha det samme reelle innhold som direktivets art. 5.1. Spørsmålet er om forarbeidenes uttalelser stemmer overens med opphavsrettsdirektivets forutsetninger, herunder intensjonen bak reguleringen i art. 5.1.

Først skal det konstateres at dette ikke er et spørsmål om direktivbestemmelsen er gjennomført uriktig. Som nevnt er §11a en mer eller mindre ordrett gjengivelse av art. 5.1. Det foreligger dermed et tolkningsproblem – et rettskildespørsmål.

Avspilling innenfor det private område vil være tillatt i en analog kontekst, fordi det ikke skjer eksemplarframstilling eller annet inngrep i eneretten. Ved digital utnyttelse er situasjonen en annen. Med tanke på at nettlæsning og avspilling forutsetter at det fremstilles midlertidige eksemplarer, omfattes denne utnyttelsen av eksemplarframstillingsretten etter §2. Bestemmelsen i §11a må dermed vurderes, og det vil da ikke være avgjørende om handlingen også utgjør privat fremføring. Det er anført at den norske lovgiver har ”... søkt en teknologinøytral løsning ved å gå inn for at lesning og avspilling skal være tillatt i digital sammenheng på samme måte som ved analog bruk.”

Det kan nevnes at det ikke oppstår noe problem i de tilfeller hvor rettighetshaver legger ut et verk på internett uten noen sperre. En slik handling må anses å innebære samtykke til en normal bruk av verket. Som nevnt ovenfor skal ”lovlig bruk” forstås slik at også implisitt samtykke omfattes. Og en normal bruk må sies å omfatte privat nettlæsning. På denne bakgrunn, finner man en viss støtte for forarbeidenes uttalelser. Og med tanke på at fortalens avsnitt 33 selv sier at bestemmelsen i art. 5.1 er ment å dekke ”browsing” dersom alle vilkårene er oppfylt, kan forarbeidenes uttalelser om at nettlæsning er en form for lovlig bruk, også ha en viss støtte her. I tillegg er det slik at bruken i stor grad vil være hjemlet i bestemmelsen om i åvl. §12 om eksemplarframstilling til privat bruk.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Rognstad (2009) s. 155.

Grunnen til at man kan stille spørsmålsteget ved forarbeidernes uttalelser, er at det ikke foretas noe skille mellom lovlig og ulovlig materiale. I merknadene til de enkelte bestemmelsene, er det uttalt at "(k)ravet om lovlig kopieringsgrunnlag (...) gjelder ikke for § 11a. De midlertidige eksemplare som oppstår i forbindelse med nettlæsning eller annen bruk som ikke er opphavsrettslig relevant, vil således ikke utgjøre en ulovlig bruk selv om kilden (kopieringsgrunnlaget) til disse midlertidige eksemplarene er ulovlig."¹⁸⁰ Følgen av lovgivers resonnement må da være "... at lesning og avspilling av verk og annet opphavsrettsbeskyttet materiale skal være tillatt også i en digital kontekst, selv om materialet er gjort tilgjengelig uten rettighetshaverens samtykke."¹⁸¹

Spørsmålet er om opphavsrettsdirektivet gir adgang til avspilling og nettlæsning av ulovlig materiale.

Situasjonen endrer seg når det er en annen enn rettighetshaver som har gitt tilgang til verket. Eksempler er utlegging av verk på nettstedet YouTube eller brudd på en tilgangssperre som anvendes av rettighetshaveren.¹⁸² I slike tilfeller har rettighetshaveren ikke gitt samtykke til bruken, noe som er en forutsetning for at kravet om lovlig bruk skal være oppfylt etter art. 5.1. Det fremgår således ikke av direktivet at det skal være tillatt med avspilling og nettlæsning av ulovlig materiale.

Etter dette kan det konstateres at man har holdepunkter for at forarbeidernes uttalelser ikke er i overensstemmelse med direktivets forutsetninger, og intensjonen bak art. 5.1. Opphavsrettsdirektivet oppstiller regler for beskyttelse av opphavsretten i en ny digital kontekst. En negativ konsekvens av utviklingen er en mer utstrakt mulighet til utnyttelse av verk uten rettighetshaverens samtykke. Det ser ut til at forarbeidernes forståelse av "lovlig bruk", baseres på forutsetningen om at kravet er oppfylt der en handling ikke omfattes av

¹⁸⁰ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 141.

¹⁸¹ Rogstad, NIR 2009 s. 531, på side 533.

¹⁸² l.c.

eneretten. Ut fra en slik forståelse kan man selvsagt konstatere ”lovlig bruk” der nettlensing eller avspilling utføres innenfor det private området. Men det er ikke nødvendigvis i samsvar med art. 5.1 å tolke ”lovlig bruk” på denne måten. Man har heller ingen sikkerhet for at direktivet gir adgang til slike handlinger, når de er basert på ulovlig materiale. Det kan også anføres at forarbeidenes forståelse vil kunne komme i konflikt med en eventuell tilgangskontroll-rett. Dette fordi en slik rett forutsetter samtykke til enhver verkstilgang, også etter den første tilgjengeliggjøring. Unntak gjelder selvsagt for handlinger som dekkes av åvl. §12 om eksemplarframstilling til privat bruk. Denne bestemmelsen omfatter imidlertid ikke tilgang til ulovlig utlagte verk eller arbeider, jfr. §12(4).

Å formulere en konklusjon er vanskelig. En endelig avklaring bør komme fra EU-domstolen. Det vil være hensiktsmessig å få fastsatt hva som er tillatt av handlinger som nettlensing og avspilling, blant annet med tanke på brukernes behov for forutberegnelighet.

Et spørsmål som kan oppstå, er hvordan man skal anvende vilkåret om lovlig bruk i en situasjon hvor nasjonale forarbeider ikke er i samsvar med intensjonen bak det gjennomførte direktiv. Spørsmålet vil få relevans dersom EU-domstolen kommer til at uttalelsene i forarbeidene er basert på en feil tolkning av direktivet.

I norsk rett utgjør forarbeidene en viktig veiledning ved tolkningen av en lovbestemmelse. I mange tilfeller kan lovteksten være knapp, og man utfyller derfor bestemmelsens innhold og formål gjennom forarbeidene til loven. Samme situasjon har man i dette tilfellet – det forklares utenfor loven hvordan kravet om ”lovlig bruk” skal forstås. Det som skaper problemer er det faktum at §11a gjennomfører en overnasjonal bestemmelse som har sitt eget formål, forarbeider og fortale. Den norske bestemmelsen skal ikke fravike disse faktorer.

Det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning medfører at nasjonale domstoler må strekke seg langt for å tolke den norske lovbestemmelsen i samsvar med et

direktiv. Prinsippet er utviklet gjennom flere avgjørelser av EF-domstolen¹⁸³ med grunnlag i lojalitetsplikten etter EU-retten.¹⁸⁴

Det er uttalt at domstolene, ved en direktivkonform fortolkning også må ”åsidosätta nationella förarbeten som ger uttryck åt en motsatt tolkning av nationell rätt än vad det bakomliggande direktivet påbjuder.”¹⁸⁵

For Norge, som ikke er medlem av EU, kan man finne grunnlag for slik tolkning i lojalitetsplikten, jfr. EØS-avtalens art. 3, i prinsippet om rettsenhet i forhold til EU-retten, jfr. art. 6, samt i EØS-avtalens fortale. Av fortalen fremgår det at plikten også er rettet mot domstolene, jfr. bemerkningene om at ”... avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale ...” Og etter art. 6 skal EØS-rettens bestemmelser tolkes i samsvar med avgjørelser som er truffet av EF-domstolen før EØS-avtalen ble undertegnet. Det er antatt at dette også gjelder alminnelige tolkningsprinsipper, eksempelvis prinsippet om direktivkonform fortolkning.¹⁸⁶ Bestemmelsene finner man i hoveddelen til EØS-avtalen. Denne delen av avtalen gjelder etter EØS-loven §1 som norsk lov.

4.3 Nettverksoverføringer

4.3.1 Om vilkåret i §11a litra b

Det annet alternativ, er vilkåret om at de midlertidige eksemplarene må ha som eneste formål å muliggjøre ”en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter”,

¹⁸³ Nå: EU-domstolen.

¹⁸⁴ Eksempelvis sakene C-14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, C-106/89 Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA og C-91/92 Paola Faccini Dori v Recreb Srl.

¹⁸⁵ Axhamn (2007) s. 154-155.

¹⁸⁶ Rt. 2000 s. 1811, på side 1828.

jfr. §11a litra b. Dersom de midlertidige lagringer utelukkende består med denne sluttbruken, og oppfyller de andre vilkårene i bestemmelsen, vil de omfattes av §11a.

Unntaket som angår nettverksoverføringer er alternativt til litra a om ”lovlig bruk”, jfr. ”eller”. Det vil si at det ikke er krav om at eventuelle verk som overføres skal være lovlig utlagt¹⁸⁷ eller at bruken som overføringene muliggjør, skal være lovlig.

Det er likevel slik at opphavsrettsdirektivet art. 8.3 gir rettighetshaverne adgang til å legge ned forbud mot mellomledd, hvis tjenester anvendes av tredjemann til å krenke opphavsrettigheter eller beslektede rettigheter. Bestemmelsen førte ikke til noen lovendring i norsk rett ved implementeringen av direktivet.¹⁸⁸ Den kan til gjengjeld ikke umiddelbart anvendes, idet den forutsetter at det foreligger et selvstendig rettsgrunnlag for at mellomleddets påståtte krenkelse skal kunne bringes til opphør – bestemmelsen gir ikke selv et slikt rettsgrunnlag.¹⁸⁹

Spørsmålet er for det første hva som utgjør en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter.

Når det gjelder ”nettverk”, kan dette være internett eller ”... other wired (such as telephone) or wireless communication networks.”¹⁹⁰

¹⁸⁷ Rognstad (2009) s. 154.

¹⁸⁸ TAHER-2009-96202 (Asker og Bærum tingrett), avsnitt 4 under ”Rettens bemerkninger”. Saken gjaldt krav mot Telenor om midlertidig forføyning for å blokkere kundenes adgang til nettjenesten ”The Pirate Bay”.

¹⁸⁹ TAHER-2009-96202 (Asker og Bærum tingrett), avsnitt 5 under ”Rettens bemerkninger” .

¹⁹⁰ Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1025, avsnitt 11.5.18.

Vilkåret regulerer situasjonen til et mellomledd, og har til hensikt å sikre at disse ikke blir holdt ansvarlig for innholdet i det som overføres. Med ”mellomledd” menes de som utelukkende forestår transport av data mellom maskiner ved nettverksoverføringer.¹⁹¹ De er ”... access and service providers that enable or facilitate internet and like transmissions, such as routers and proxy servers, but they do not include senders or recipients who communicate over such networks, content providers, or host providers.”¹⁹²

Tredjeparten er eksempelvis den som setter i gang en forespørsel gjennom sin nettleser, altså en klient.

En overføring i nettverk vil da kunne være transport av informasjon mellom to brukere, foretatt av en nettverksoperatør.

Spørsmålet er så hvilke typer midlertidige lagringer som omfattes av bestemmelsen, i forhold til vilkåret om nettverksoverføringer.

Bakgrunnen for unntaket er selvsagt at nettverksoverføringer forutsetter fremstilling av midlertidige eksemplar.¹⁹³ Det er anført at ”... det i en del av disse tilfellene ville være uhensiktsmessig om denne eksemplarfremstillingen skulle være omfattet av opphavsmannens enerett. Dette er ikke bare av hensyn til at den mellomleddvirksomhet som drives av nettverksoperatører og internettilbydere ikke skal gripe inn i opphavsmannens enerett, men også av hensyn til disse midlertidige eksemplarenes natur: Om vilkårene etter §11a er oppfylt, står ikke retten til å fremstille disse eksemplarene i noe konkurranseforhold til opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling for øvrig.”¹⁹⁴

¹⁹¹ Rognstad (2009) s. 153 og 154.

¹⁹² Walter/Von Lewinsky (2010) s. 1025-1016, avsnitt 11.5.18.

¹⁹³ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 17.

¹⁹⁴ l.c.

Opphavsrettsdirektivets fortale, avsnitt 33, gir noe forklaring om hva som er ment med vilkåret. Det fremgår her at bestemmelsen omfatter lagringer ”... which enable transmission systems to function efficiently...”. Dette forutsatt at mellommannen verken endrer informasjonen, eller griper inn i den lovlige bruk av teknologien som er alminnelig anerkjent og anvendt av industrien, med det formål å skaffe seg data om anvendelsen av informasjonen.

I tillegg vil tilfellet der opphavsrettslig vernet materiale mellomlagres i forbindelse med – og som en forutsetning for – transport i nettverk, være omfattet.¹⁹⁵

Etter denne gjennomgangen kan det konstateres at bestemmelsen for det første skal omfatte de lagringer som gjør at overføringen kan skje. Dette fordi at nettverksoperatøren som stiller nettverket til disposisjon, ikke skal anses å foreta en selvstendig eksemplarframstilling ved overføringen, og dermed krenke eneretten. For det andre omfattes lagringer som gjør overføringssystemene mer effektive.

Forarbeidene til direktivet gir et eksempel på en faktisk situasjon som vilkåret er ment å dekke, samtidig som det opplyses om noe av hensikten med bestemmelsen:

”This is designed to ensure that the incidental storage of copies of the work on, for example, intermediate computer servers between a web-server and the computer running a web-browser used by an end-user is exempted.”¹⁹⁶

Det ser ut til at direktivets forarbeider her beskriver de lagringer som skjer i proxyservere ved overføringer i nettverk. En slik server vil befinne seg mellom web-serveren og ”the computer running a web-browser”. Proxyserveren sjekker i sine cache-lagring om den kan oppfylle forespørselen fra klienten. En slik lagring vil utgjøre en ”incidental storage”

¹⁹⁵ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 17.

¹⁹⁶ Opinion of the Economic and Social Committee, 1998, s. 32.

som det nevnes ovenfor. Den aktuelle ISP kan dermed ved sine overføringer foreta lagringer som dette, forutsatt at kravene til de midlertidige eksemplar er oppfylt. Den ”incidental storage” som er beskrevet ovenfor, vil både muliggjøre overføringer og effektivisere disse.

4.3.2 Forholdet til ehandelsloven

Ovenfor er det vurdert hvilke midlertidige eksemplar som omfattes av §11a, herunder hvordan bestemmelsens litra b skal forstås. Implisitt reguleres der også mellomleddets *ansvar*, for så vidt gjelder opphavsrettslig vernet innhold, ved overføringer av de aktuelle data. Både der sluttbruker fremstiller eksemplar og der mellomledd gjør det som ledd i transporten, skal dette kunne skje uten klarering og uten risiko for etterfølgende ansvar, dersom vilkårene om midlertidighet i §11a er oppfylt.¹⁹⁷

I ehandelsloven¹⁹⁸ finner man regler om ansvarsfrihet for visse mellomlagringstjenester. Ansvarsfriheten gjelder både erstatningsrettslig og strafferettslig ansvar.¹⁹⁹ De aktuelle bestemmelsene i loven gir på visse vilkår ansvarsfrihet for mellomledd som forestår transport av innhold i digitale nettverk.²⁰⁰ Med dette ser man sammenhengen med åvl. §11a litra b. Reglene i ehandelsloven gjennomfører EU-direktivet om elektronisk handel²⁰¹, og angår også overføring av opphavsrettslig vernet innhold. De er dermed relevante for vurderingen av hvilket ansvar mellomleddet kan ilegges, der vernet innhold er formidlet i strid med den opphavsrettslige enerett.²⁰² Sammenhengen mellom reglene er bekreftet i forarbeidene til opphavsrettsdirektivet art. 5.1:

¹⁹⁷ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 18.

¹⁹⁸ Lov av 25.03.2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

¹⁹⁹ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 9.

²⁰⁰ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 18.

²⁰¹ Dir. 2000/31/EC.

²⁰² Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 18.

“This Article most closely overlaps with the pending Commission proposal on liability, which will harmonise across the Community issues of liability for on-line activities. The copyright rules are not necessarily the proper approach to resolving service provider liability issues, because they extend wider than intellectual property issues, but the two Directives should be closely associated and it is desirable that the liability Directive be agreed as soon as possible after this one, if the two cannot proceed in tandem.”²⁰³

Bestemmelsene i ehandelsdirektivet om ansvarsfrihet, er oppstilt i art. 12-14. De ble gjennomført i norsk rett ved endringer i ehandelsloven som trådte i kraft 01.03.04, jfr. §§16-18.

Det kan være hensiktsmessig å si noe om forholdet mellom §11a og ehandelsreglene. Det er klart at åvl. §11a kun er relevant innenfor opphavsrettens område. Hvis alle vilkårene i denne bestemmelsen er oppfylt, trenger man ikke å ta i betraktning reglene i ehandelsloven. De sistnevnte reglene gjelder, på den annen side, horisontalt – de omfatter all type innhold. Ehandelsreglene har derfor selvstendig betydning der de midlertidige lagringer som foretas i forbindelse med overføringen, ikke oppfyller vilkårene i §11a. I slike tilfeller vil mellomledet krenke eneretten til midlertidig eksemplarframstilling, og det vil være relevant å vurdere hvorvidt det likevel kan konstateres ansvarsfrihet, etter reglene i ehandelsloven.

²⁰³ Opinion of the Economic and Social Committee, 1998, s. 32.

5 Opphavsrettsdirektivet art. 5.5

Spørsmålet er om man må foreta en vurdering av art. 5.5 ved avgjørelsen av om vilkårene i åvl. §11a er oppfylt.²⁰⁴

Det er uttalt i direktivets fortale at

”(w)hen *applying* the exceptions and limitations provided for in this Directive, they should be exercised in accordance with international obligations (min kursivering).”²⁰⁵

Deretter gjengis kriteriene i tretrinnssteden. I den danske oversettelsen brukes ordet ”anvendes”. Dette kan tale for at direktivet forutsetter at man også *ved anvendelsen* av art. 5.1, herunder §11a, skal ta i betraktning kriteriene i art. 5.5.

I Infopac-saken²⁰⁶ er bestemmelsen i art. 5.5 nevnt i innledningen av tolkningsuttalelsen avgitt av EF-domstolen, jfr. avsnitt 10. I innledningen blir det som regel gjennomgått relevante avsnitt i fortalen, samt bestemmelser som er aktuelle ved vurderingen av de foreliggende spørsmål. Art. 5.5 ble nevnt fordi den nasjonale domstolen stilte spørsmål om de handlingene som Infopac utførte, oppfyller kriteriene i tretrinnssteden.²⁰⁷ Spørsmålet om art. 5.5 ble ikke vurdert. Dette på grunn av de konklusjonene man kom frem til ved vurderingen av art. 5.1, jfr. avsnitt 75 i uttalelsen. Fordi de kumulative vilkårene i denne bestemmelsen ikke ble ansett oppfylt, var det altså ikke nødvendig å vurdere tretrinnssteden.

²⁰⁴ Spørsmålet drøftes i et eget kapittel fordi en vurdering av art. 5.5 vil knytte seg til både de midlertidige eksemplarene og sluttbruken.

²⁰⁵ Fortalens avsnitt 44.

²⁰⁶ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening.

²⁰⁷ Spørsmålene er oppstilt i avsnitt 26. Relevant her er spørsmål 13.

Art. 5.5 ble derimot vurdert av Generaladvokaten i forslaget til EU-domstolen.²⁰⁸ Som nevnt tidligere kan slike forslag, i en rettskildemessig kontekst, sammenlignes med rettsvitenskapen. Generaladvokaten gjør det juridiske grovarbeidet med systematisering av det relevante stoffet, og uttalelsen kan være opplysende. Det er likevel kun et forslag til EU-domstolen, og er ikke bindende for den. I tillegg angår Infopac-saken en forespørsel om tolkningsuttalelse fra en nasjonal domstol. Slike tolkningsuttalelser avgjør heller ikke den konkrete saken.

Generaladvokatens vurderinger om tretrinns testen i art. 5.5 er tatt med her for å beskrive hvordan dette spørsmålet *kan* løses. Dette også fordi EU-domstolen mest sannsynlig hadde vurdert temaet dersom forholdene hadde ligget til rette for det. Det kan for øvrig nevnes at den danske Højesteret har inngitt en ny forespørsel om tolkningsuttalelse fra EU-domstolen i Infopac-saken.²⁰⁹ Et av spørsmålene angår direktivets art. 5.5.

Generaladvokaten mener at art. 5.5 skal vurderes i de tilfellene hvor vilkårene i art. 5.1 er oppfylt. Med dette menes at bestemmelsen i 5.5 oppstiller et ekstra sett med vilkår som også må være oppfylt, for at de konkrete handlingene skal omfattes av art. 5.1:

”Given that I have already established during the analysis of the conditions provided for in Article 5(1) of Directive 2001/29 that the acts of reproduction in the present case do not fulfil the conditions of that article of the Directive, in principle it is not necessary to investigate whether those acts of reproduction fulfil the conditions provided for in Article 5(5). Article 5(5) of Directive 2001/29 in fact sets out additional conditions which acts

²⁰⁸ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse av 12. februar 2009.

²⁰⁹ Se sak C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening.

of reproduction must fulfil, if they fulfil the conditions provided for in Article 5(1)(min utheving).²¹⁰

Det blir etter denne uttalelsen vurdert hvorvidt handlingene – dersom den nasjonale domstolen finner at de er i samsvar med art. 5.1 – går klar av tretrinnsstestens kriterier.²¹¹

Ved vurderingen av art. 5.5, skal det trekkes samme skille som ved tolkningen av art. 5.1²¹², mellom selve sluttbruken, og de midlertidige eksemplarene som har til eneste formål å gjøre sluttbruken mulig. Dersom sluttbruken eksempelvis utgjør lovlig bruk etter art. 5.1 litra b, skal det foretas en vurdering av om den lovlige bruken er i samsvar med art. 5.5.

Det uttales at

”(o)nly then would the condition of lawful use provided for in Article 5(1) of the Directive actually be fulfilled.”²¹³

Etter dette blir det sagt at:

”It is only when that condition is fulfilled – along with all of the other conditions provided for in Article 5(1) of Directive 2001/29 – that one can examine whether the conditions of Article 5(5) of the Directive are also fulfilled by the acts of reproduction which enable that final use.”²¹⁴

²¹⁰ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse, avsnitt 132.

²¹¹ *ibid.*, avsnitt 134-142.

²¹² *ibid.*, avsnitt 133.

²¹³ *l.c.*

²¹⁴ *l.c.*

Til slutt skal man altså vurdere om *de midlertidige eksemplarene* oppfyller kriteriene i art. 5.5.

Dette kan tale for at man, i hvert fall under vilkåret om ”lovlig bruk”, skal ta i betraktning tretrinnsstestens kriterier. Det var dette alternativet som ble vurdert i Infopac-saken.

Uttalelsene ovenfor relaterer seg til art. 5.1 i direktivet, men det kan anføres at de også vil ha relevans for §11a, med tanke på at direktivbestemmelsen er gjennomført her.

I forbindelse med forklaring av ”selvstendig økonomisk betydning”, uttaler den norske lovgiver at ”(v)ilkåret må ses i sammenheng med den såkalte tretrinnsstesten.”²¹⁵ Dermed vil testens kriterier også ha relevans ved vurderingen av dette vilkår. Art. 5.5 har som funksjon at den skal begrense hvilke unntak som blir gjort i opphavsmannens enerett, og fokuserer nettopp på den økonomiske betydningen eneretten har. Man kan eksempelvis ta kriteriet i testen om at en innskrenkning ikke skal stride mot en normal utnyttelse av verket. Det kan se ut som om dette overlapper med vilkåret om manglende selvstendig økonomisk betydning. Dersom en eksemplarframstilling mangler slik betydning, vil den heller ikke være i strid med den normale utnyttelsen av verket – en normal utnyttelse for opphavsmannen vil jo være å bringe verket ut til allmennheten for å oppnå økonomisk innvinning.

Til slutt kan det gjentas at også presumsjonsprinsippet og EØS-prinsippet om direktivkonform fortolkning, gir støtte for at man tar testen i betraktning ved tolkningen.

Situasjonen er dermed at EU-domstolen anså spørsmålet som relevant. I tillegg har den norske lovgiveren uttalt at testen er relevant ved vurderingen av manglende selvstendig økonomisk betydning, og generaladvokaten har gjennomgått hvordan en konkret vurdering av art. 5.5 burde gjøres. Det er likevel anført at tretrinnsstesten ”neppe sier stort mer enn det som *i alle tilfelle* må anses som vektige momenter så vel ved utformingen som ved

²¹⁵ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 141.

tolkningen av reglene.”²¹⁶ Samtidig er det et synspunkt at når alle vilkårene i art. 5.1, herunder §11a, er oppfylt, vil testens kriterier også være oppfylt.²¹⁷ Dette er et mulig resultat etter en sammenligning av vilkårene i art. 5.1 og 5.5. En slik vurdering skal ikke foretas her, men synspunktet taler for at det ikke er nødvendig å anvende art. 5.5, idet kriteriene ikke gir noe veiledning utover det man finner i §11a. Det vil nok være hensiktsmessig å vente på en endelig avklaring fra EU-domstolen, likevel slik at man har testens kriterier i bakhodet ved vurderingen av §11a.

²¹⁶ Rognstad (2009) s. 216.

²¹⁷ Jørgensen (2008) s. 64.

6 Avslutning

Formålet har vært å redegjøre for adgangen til å fremstille midlertidige eksemplar uten rettighetshaverens samtykke. Det er i all hovedsak lagt vekt på bestemmelsen i åvl. §11a, jfr. oppgavens innledning. En fremstilling av §11a krever likevel mer enn bare en forståelse av de rettslige vilkårene. Derfor er det også redegjort for eksemplarbegrepet og ulike faktiske prosesser som skjer ved digital behandling av åndsverk. Og fordi §11a gjennomfører opphavsrettsdirektivet art. 5.1, har det vært nødvendig å søke veiledning i ulike rettskildefaktorer som er relevante ved tolkningen av direktivet.

Med tanke på at reguleringen av midlertidige, digitale lagringer har en internasjonal bakgrunn, er også diskusjonen om en rett til kontroll av tilgang presentert. Om diskusjonen skal det konstateres at de ulike synspunktene gjerne gjenspeiler de interessene som deltakerne representerer. Midlertidige lagringer har kommersiell interesse, og for en stor underholdningsindustri vil da en tilgangskontroll-rett være en god løsning på de ”problemene” som den digitale utviklingen har ført med seg.

Etter gjennomgangen av vilkårene i §11a, kan det anføres at fokuset i opphavsretten er flyttet fra å beskytte opphavsmannen mot at noen oppnår fordeler på bakgrunn av hans innsats, til en regulering av tekniske prosesser som de fleste har lite kunnskap om, og egentlig interesse i. Når jeg snakker om egentlig interesse, mener jeg i forhold til en utnyttelse av åndsverket. Det er klart at man har interesse i at det finnes prosesser som gjør overføringssystemer med effektive. Poenget er at det ikke nødvendigvis er hensiktsmessig å regulere alle former for tekniske prosesser som oppstår, jfr. også synspunktet om dette i beskrivelsen av oppgavens tema. Et eksempel på en viktig funksjon som til en viss grad er påvirket av reguleringen om midlertidige eksemplar, er søkemotorene. Driften av disse er viktig for at internett skal være en effektiv kilde til informasjon. Dersom søkemotorene ikke får utført sin oppgave så effektivt som mulig, eller ikke i det hele tatt, sier det seg selv at hensikten med Internett – som er et globalt forum for informasjon – ikke oppfylles til det fulle.

Situasjonen er likevel nå at vi har en slik regulering. For brukerne, som §11a er rettet mot, kan nok reguleringen fremstå som uklar. Som det er nevnt i forbindelse med drøftelsen av vilkårene i §11a, er det ofte vanskelig å fastslå akkurat hvilke midlertidige lagringer, herunder faktiske prosesser, som er omfattet av bestemmelsen. Dette gjelder også for ”dagligdagse” handlinger som nettlesing og avspilling av verk som er lagt ut på nettet. Det ser ut til at bestemmelsen i §11a ikke skaper den forutberegnelighet som er ønskelig. Åndsverkloven bygger på en balanse mellom rettighetshaverens og allmennhetens interesser. Et synspunkt er at allmennhetens interesser kun blir tilgodesett dersom man har *klare* regler for hvilke handlinger som kan utføres uten rettighetshaverens samtykke.

Alt i alt er dette kun spørsmål om en hensiktsmessig utforming av opphavsrettens regler. Det ble allerede i 2005 annonsert at man ønsket en revisjon av åndsverklovens bestemmelser, samt en redigering av lovens struktur, blant annet for å ”... gjøre lovverket enklere å forstå og finne frem i.”²¹⁸ Dermed kan det tenkes at man etter hvert får en regulering som også brukerne kan forholde seg til.

²¹⁸ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 9.

7 Litteraturliste

Lover

1961 – lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk (Åndsverkloven).

2003 – lov av 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (Ehandelsloven).

Forarbeider

Norske:

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

Ot.prp. nr. 33 (1989-1990) – Om lov om endringer i åndsverkloven (opphavsrett og EDB).

Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) – Om lov om endringer i lov 12. mai 1961 nr.2 om opphavsrett til åndsverk m.v og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen.

Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) – Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU direktiv om rettslig vern av databaser).

Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) – Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

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

Innst. O. XI (1960-61) – Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk.

Til opphavsrettsdirektivet

Proposal, 1997 – Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, Com 97/0628 Final OJ C 108/1998 P 6.

Opinion of the Economic and Social Committee, 1998 – Opinion of the Economic and social Committee in the Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ C 407/1998 P 30.

Amended proposal, 1999 – Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, Com 99/0250 Final OJ C 180/1999 P 6.

Internasjonale traktater og konvensjoner

TEUF – Traktaten om den Europeiske Unions Funksjon (engelsk: "Treaty on the Functioning of the European Union"). Endret fra "Treaty establishing the European Community" ved Lisboa-traktaten av 13.12.07.

Bernkonvensjonen – the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Bern, 09.09.1886.

WCT – WIPO Copyright Treaty, Genève, 20.12.1996.

WPPT – WIPO Performances and Phonograms Treaty, Genève, 20.12.96.

TRIPS – Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh, 15.04.1994.

EU-direktiver

Dir. 2001/29/EC (Opphavsrettsdirektivet) – Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

Dir. 96/9/EC (Databasedirektivet) – Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

Dir. 91/250/EEC (EDB-direktivet) – Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

Dir. 2000/31/EC (Ehandelsdirektivet) – Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

Norsk rettspraksis

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger).

TAHER-2009-96202: Asker og Bærum tingrett, kjennelse av 06.11.2009 (Telenor). Fra Lovdata.

EF-domstolen

Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening – Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 July 2009 (Reference for a preliminary ruling from the Højesteret , Denmark).

Publisert: OJ C 220 of 12.09.2009, p.7.

Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, generaladvokatens uttalelse – Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 12 February 2009 (Reference for a preliminary ruling from the Højesteret, Denmark).

Publisert: OJ C 220 of 12.09.2009, p.7.

C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening – Reference for a preliminary ruling from the Højesteret (Denmark), lodged on 18 June 2010.

Publisert: OJ C 221, 14.8.2010, p. 31.

Sak C-106/89 Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA – Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 13 November 1990 (Reference for a preliminary ruling: Juzgado de Primera Instancia e Instruccion no 1 de Oviedo - Spain).
Publisert: European Court reports (ECR) 1990 Page I-04135.

Sak C-14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen – Judgment of the Court of 10 April 1984 (Reference for a preliminary ruling: Arbeitsgericht Hamm - Germany).
Publisert: European Court reports (ECR) 1984 Page 01891.

Sak C-91/92 Paola Faccini Dori v Recreb Srl. – Judgment of the Court of 14 July 1994 (Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Firenze - Italy).
Publisert: European Court reports (ECR) 1994 Page I-03325.

Rapporter/studier

IVIR, Final Report (2007) – Institute for Information law, University of Amsterdam: ”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”, Final Report, Part 1, 2007.

Finnes på: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm

ALAI 2001 USA (2002) – Columbia University, School of Law, New York City: ALAI 2001 USA, Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Adjuncts and Alternatives to Copyright (2002). Redaktører: Jane C. Ginsburg, June M. Besek.

Bøker

Rognstad (2009) – Ole-Andreas Rognstad, i samarbeid med Birger Stuevold Lassen: Opphavsrett, Oslo, 2009.

Eckhoff, 5.utgave (2001) – Torstein Eckhoff, 5. utgave ved Jan Helgesen: Rettskildelære, Oslo, 2001.

Walter/Von Lewinsky (2010) – Michel M. Walter og Silke Von Lewinsky: European Copyright Law - A Commentary, Oxford, 2010.

Sejersted m.fl. 2. utgave (2004) – Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad: EØS-rett, 2. utgave, Oslo, 2004.

Hefte / del av serie

Jørgensen (2008) – Ingvild Jørgensen: "Internet search engines' collecting and processing of web pages – from the perspective of copyright law". Oslo, Senter for rettsinformatikk's skriftserie, 2008 (Complex 1/08).

Balstad (2002) – Just Balstad: "Digitale mellomledds ansvar for videreformidling av ytringer". Senter for rettsinformatikk's skriftserie, 2002 (Complex 7/02). Fra Lovdata.

Juridiske artikler

Axhamn (2007) – Johan Axhamn: "EG-domstolen tolkar begreppet överföring till allmänheten". Nordiskt immateriellt rättsskydd (NIR) 2007 nr. 2 s. 148.

Rognstad, NIR 2009 s. 531 – Ole-Andreas Rognstad: "Opphavsrettens innhold i en multimedieverden - om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi". Nordiskt immateriellt rättsskydd (NIR) 2009 nr. 6 s. 531.

Rieber-Mohn (2010) – Thomas Rieber-Mohn: "Digital privatkopiering og venners venner". Lov og Data 2010 nr. 102 s. 1.

Heide (2001) – Thomas Heide: "Copyright in the E.U. and the United States: what is 'access right'?", European Intellectual Property Review (EIPR) 2001, 23(10), s. 469.

Ginsburg (2000) – Jane C. Ginsburg: "From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law". Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper Number 8, New York 2000.
Finnes på: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493

Questionnaire prepared by Jon Bing, Introduction, ALAI 2001 USA (2002) s. 282 – Jon Bing: "The New or Evolving 'Access Right'", Questionnaire prepared by Jon Bing, Introduction. ALAI 2001 USA, Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Adjuncts and Alternatives to Copyright (2002), s. 282-283.

Bing (2002) – Jon Bing: "The New or Evolving 'Access Right'", General Report, ALAI 2001 USA, Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Adjuncts and Alternatives to Copyright (2002), s. 288-315.

Perlmutter (2002) – Shira Perlmutter: "The 'Access Right' in the United States". ALAI 2001 USA, Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001, Adjuncts and Alternatives to Copyright (2002), s. 368-372.

Internettsider

<http://www.wikipedia.org>

<http://www.webopedia.com>

