

EKSEMPLARFREMSTILLING TIL PRIVAT BRUK

Med fokus på begrensninger i retten til privat kopiering av åndsverk

Kandidatnr: 286

Veileder: Ole-Andreas Rognstad

Høsten 2004

Til sammen 17999 ord

25. november 2004

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	PROBLEMSTILLINGER	1
1.2	BAKGRUNNEN FOR OPPGAVEN	2
1.3	TERMINOLOGI OG AVKLARING AV BEGREPER	3
1.4	METODE OG RETTSKILDER	3
1.4.1	NORDISK RETT	3
1.4.2	INTERNASJONAL RETT	4
1.4.3	NÆRMERE OM TOLKNING AV § 12 I LYS AV DEN TEKNOLOGISKE UTVIKLINGEN	5
2	<u>HENSYN BAK § 12</u>	8
2.1	INNLEDNING	8
2.2	OPPHAVSMANNENS ENERETT	8
2.3	SAMFUNNETS BEHOV FOR BRUK AV VERNEDE VERK	9
2.4	RETNINGSLINJER VED AVVEINING AV DE ULIKE HENSYN	10
2.5	TEKNOLOGIENS PÅVIRKNING PÅ § 12	11
2.5.1	FORRYKKET BALANSE	11
2.5.2	BØR DET INNFØRES ET FORBUD MOT DIGITAL KOPIERING TIL PRIVAT BRUK?	12
3	<u>ENKELTE EKSEMPLAR</u>	19
3.1	GIR § 12 RETT TIL Å TA MINST ÉN KOPIT?	19
3.1.1	LEGALITETSPRINSIPPET SOM SKRANKE VED TOLKNINGEN	19
3.1.2	KAN § 12 TOLKES ULIKT I HENHOLDSVIS STRAFFE- OG SIVILRETTLIGE TVISTER?	21
3.2	HVOR MANGE EKSEMPLARER KAN FREMSTILLES UTEN Å KOMME I STRID MED OPPHAVSMANNENS ENERETT?	23
3.2.1	VERKETS SÅRBARHET FOR KOPIERING	24
3.2.2	EKSEMPLARETS ART	27
3.2.3	KOPIERINGSMETODEN	28
3.2.4	FORMÅLET MED KOPIERINGEN	29
3.2.5	BALANSEPRINSIPPET	30
3.2.6	INTERNASJONALE FORPLIKTELSE	31

3.2.7	OPPSUMMERING	32
3.3	HAR BEGREPET ”ENKELTE EKSEMPLAR” FÅTT NYTT INNHOLD?	32
4	<u>KOPIERINGSGRUNNLAGET</u>	<u>36</u>
4.1	KREVER § 12 AT KOPIERING SKJER FRA ET ORIGINALEKSEMPLAR?	36
4.2	FORUTSETTER § 12 ET LOVLIG KOPIERINGSGRUNNLAG?	37
4.2.1	INNLEDNING	37
4.2.2	KAN ET KRAV TIL LOVLIG KOPIERINGSGRUNNLAG INNFORTOLKES I § 12?	38
4.2.3	KAN § 12 TOLKES ULIKT I HENHOLDSVIS STRAFFE- OG SIVILRETTLIGE TVISTER?	42
4.3	ER RETTEN TIL FREMSTILLING FRA ULOVLIG KOPIERINGSGRUNNLAG I STRID MED TRETRINNS-TESTEN?	44
4.3.1	INNLEDNING	44
4.3.2	OPPFYLLER § 12 KRAVET TIL Å VÆRE ”ET VISST SPESIELT TILFELLE”?	45
4.3.3	ER KOPIERINGEN I KONFLIKT MED NORMAL UTNYTTING AV VERKET?	47
4.3.4	UTGJØR KOPIERINGEN ET URIMELIG INNGREP I RETTIGHETSHAVERS INTERESSER?	52
4.3.5	OPPSUMMERING	55
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>

1 Innledning

1.1 Problemstillinger

Åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 (åvl) § 12 gir rett til kopiering av åndsverk til privat bruk, men det er en rekke begrensninger på omfanget av eksemplarframstillingen. Oppgavens overordnede problemstilling er hvilke begrensninger som gjelder for slik kopiering. En begrensning ligger i ordlydens krav om at det kun kan fremstilles ”enkelte eksemplar”. Det er også et spørsmål om det i bestemmelsen må innfortolkes nærmere krav til kopieringsgrunnlaget, eller om privatpersoner fritt kan kopiere det de finner.

Oppgavens kapittel 2 utgjør et overordnet nivå i oppgaven. Her behandles de ulike hensyn som ligger bak avveiningen mellom eneretten i § 2 og samfunnets rett til privat eksemplarframstilling i § 12. Bakgrunnen for kapitlet om hensyn er at § 12 er en rettslig standard, som gir rom for skjønnsmessige vurderinger. Ved tolkningen av privat brukbestemmelsen trer derfor hensynene frem som et sentralt tolkningsargument. De senere år har kopieringsteknikken, som er bakteppet for § 12, gjennomgått en rivende utvikling og derfor endret balansen mellom de ulike interesser. Et spørsmål som tas opp er om prinsippet om balanse mellom rettighetshaver og samfunn innebærer at § 12 bør fortolkes annerledes i dag enn da loven ble vedtatt.

I kapittel 3 behandles begrepet ”enkelte eksemplar”. For enkelte sårbare verksarter kan muligheten til å fremstille selv én hel kopi av verket innebære et drastisk inngrep i eneretten. Dette reiser spørsmålet om det uansett verksart alltid er tillatt å fremstille én hel kopi av verket. Det tas også opp om det er mulig å tolke begrepet forskjellig avhengig av om det er en sivilrettslig eller strafferettslig tvist. Muligheten til rask, enkel og billig framstilling av kopier uten generasjonstap, reiser også spørsmål om innholdet i begrepet ”enkelte eksemplar” er annerledes i dag, enn da loven kom til.

I kapittel 4 drøfter oppgaven om § 12 stiller nærmere krav til kopieringsgrunnlaget, eller om eksemplarframstilling kan skje uavhengig av hvordan verkseksemplaret er fremskaffet. Det første spørsmålet er om bestemmelsen gir rett til seriekopiering, det vil

si om det kan fremstilles kopier av kopier. Det vurderes også om det i § 12 kan innfortolkes et krav til lovlig kopieringsgrunnlag. Til slutt blir forholdet mellom § 12 og internasjonal rett tatt opp. Spørsmålet er om § 12 går klar av den såkalte tretrinns-testen.

Tolkning av bestemmelsen i lys av ny teknologi er avgjørende for hvilke av bestemmelsens vilkår som behandles i oppgaven. Vilkåret ”til privat bruk” innebærer at privatkopiering kun kan skje til bruk innenfor den nære krets av familie og venner.¹ Også fremstilling for bruk i andre lukkede *private* kretser, slik som foreninger eller arbeidsplasser, kan skje med hjemmel i § 12.² I tillegg er det innfortolket en viss rett til å fremstille kopier av verk til *personlig* yrkesmessig bruk. Oppgaven vil ikke utrede begrepet ”til privat bruk”, men forutsetter at vilkåret er oppfylt. Begrunnelsen for å avgrense mot en utredning av dette vilkåret, er at oppgaven fokuserer på tolkningen av § 12 i lys av den teknologiske utvikling som har skjedd etter lovens vedtakelse. Begrepet ”til privat bruk” blir trolig ikke blir påvirket av den teknologiske utvikling i samme grad som for eksempel ”enkelte eksemplarer”, som er direkte påvirket av den digitale fremstillingsteknikk.

Jeg vil også avgrense mot unntakene i § 12 annet og tredje ledd. Begrunnelsen for denne avgrensningen er at lovgiver her allerede har vurdert de omhandlede verksartene i lys av nye kopieringsteknikker og verksartenes sårbarhet som følge av dette. Unntakene i annet og tredje ledd kan likevel bli trukket inn til illustrasjon.

1.2 Bakgrunnen for oppgaven

Utgangspunktet etter åvl er at opphavsmannen har en enerett til utnyttelse av sitt verk på bekostning av samfunnets rett til utnyttelse, jf åvl § 2 første ledd. Fordi det i utgangspunktet er forbudt for andre enn opphavsmannen å utnytte verket, kalles åvl en forbudslov. Opphavsmannens enerett er imidlertid avgrenset på flere områder. For å medvirke til balanse mellom eneretten og samfunnet, gir lovens § 12 rett til eksemplarfremstilling til privat bruk. § 12 er en såkalt fri bruk-bestemmelse, fordi den gir fysiske personer rett til å fremstille verkseksemplarer både vederlagsfritt og uten opphavsmannens samtykke.

¹ Rognstad, forelesninger våren 2003, som viser til Knoph.

I tiden etter at gjeldende åndsverklov ble vedtatt i 1961 har nye teknikker i høy grad utvidet mulighetene til å frembringe og utnytte åndsverk. Bruk av digital teknikk gjør at kopiering nå kan skje enkelt, billig og uten generasjonstap. Med dette har potensialet for privat eksemplarframstilling økt, til fortrengsel for opphavsmannens enerett. En undergraving av eneretten kan som ytterste konsekvens resultere i mangel på kulturelt mangfold i samfunnet. Utviklingen reiser derfor spørsmålet om § 12 må fortolkes annerledes i dag enn da loven ble vedtatt, for å sikre fortsatt balanse i avveiningen mellom opphavsmannen og samfunnet.

1.3 Terminologi og avklaring av begreper

Opphavsmannen selv utnytter sjelden egenhendig sitt verk, men overlater de fleste utnyttelsesformer til andre.³ I oppgaven vil jeg derfor i tillegg til “opphavsmannen” benytte begrepet rettighetshaver. Rettighetshaver er den som skaper verket eller den som ved overdragelse etter åvl § 39 får rett til å råde over verket.

Avgrensningene i åvl kapittel 2 vil også bli omtalt som ”lånereglene”. Retten til privat eksemplarframstilling ble tidligere regulert i § 11. Åvl endret rekkefølgen på paragrafene ved lovendring av 2. juni 1995 nr. 27, slik at rettigheten nå reguleres av § 12. I oppgaven henviser jeg konsekvent til § 12, med mindre det er et sitat som gjengis. Bestemmelsen vil også bli omtalt som privat bruk-bestemmelsen.

1.4 Metode og rettskilder

1.4.1 Nordisk rett

Immaterialretten er lovbestemt og den viktigste rettskilde er lovgivningen og fortolkningsbidrag knyttet til loven. Oppgaven tar derfor utgangspunkt i ordlyden i åvl § 12 første ledd, som har vært uforandret siden lovens vedtakelse i 1961. Fordi åndsverkloven er en straffelov, er legalitetsprinsippet en viktig skranke for tolkningen. Det strafferettslige legalitetsprinsipp er forankret i Grunnloven § 96.

² NOU 1983:35 28.

³ NU 1973:21 side 53.

Et viktig fortolkningsbidrag til loven er lovmotivene, som er av felles-nordisk beskaffenhet.⁴ Rettsenheten fører til at også rettskilder som knytter seg til de øvrige nordiske opphavsrettslovene er relevante for tolkningen av åvl.⁵ Privat bruk-bestemmelsen har imidlertid tradisjonelt vært tolket snevrere i de øvrige nordiske land enn i Norge, noe som fører til at nordiske rettskilder må benyttes med varsomhet ved tolkningen. Også forarbeider som knytter seg til den tidligere lov om åndsverk av 6.juni 1930 nr. 17, kan ha relevans ved tolkningen av § 12⁶, men vekten av slutningene påvirkes av de faktiske forhold er betydelig endret i årenes løp. De opphavsrettslige prinsipper kan likevel ha stor vekt.

Domsavgjørelser vil også være relevant ved tolkningen av bestemmelsen, men det foreligger lite rettspraksis knyttet til § 12. Det domsmaterialet som eksisterer vil bli vurdert underveis. I tillegg kan både norsk og nordisk juridisk teori være av interesse ved fortolknningen av § 12.

Oppgaven vil også se hen til reelle hensyn ved tolkningen av § 12 første ledd. Privat bruk-bestemmelsen er en rettslig standard som rommer en rekke nyanser og avveininger, derfor er hensynene bak bestemmelsen et *sentralt* tolkningsargument. Det hensynet som i sterkest grad gjør seg gjeldende, er at forutsetningen bak privat bruk-bestemmelsen er drastisk endret siden lovens vedtakelse. Bruken av digital teknikk har medført at balansen i det som tidligere var en fornuftig rettslig avveining mellom opphavsmannen og samfunnet nå er forrykket. Et viktig reelt hensyn ved tolkningen er derfor å forsøke å få tolkningsresultater som kan sikre en fortsatt balanse mellom de ulike interesser.

1.4.2 Internasjonal rett

Som ledd i ønsket om et fruktbart samkvem på tvers av landegrensler, har Norge ratifisert en rekke globale avtaler om opphavsrett av betydning ved tolkningen av § 12.

⁴ Koktvedgaard, 2002, side 32.

⁵ Høringsutkast av 2.april 2003 side 14.

⁶ Innst. O. XI (1960-61) side 6.

Den viktigste avtalen er Bernkonvensjonen, heretter omtalt som BKV.⁷ Andre avtaler som har betydning for oppgaven her er TRIPS-avtalen⁸ og WIPO Copyright Treaty.⁹ Også på europeisk plan har det foregått et omfattende samarbeid mellom statene, først i regi av Europarådet, siden i regi av EU.¹⁰ For Norges del betyr det at vi som EØS-stat er forpliktet til å gjennomføre EU-direktiver i norsk rett. Sluttsteinen i denne utviklingen er direktiv 2001/29/EF, heretter kalt infosoc-direktivet.¹¹

Den viktigste internasjonale begrensningen på § 12 er den såkalte tretrinns-testen, som setter ramme for hvilke inngrep lovgiver kan gjøre i rettighetshavernes enerett. Fordi § 12 er utformet med sikte på å være forenlig med internasjonal rett, kan tretrinns-testen påvirke tolkningen av privat bruk-bestemmelsen.¹²

For å klarlegge innholdet i tretrinns-testen er særlig Wienkonvensjonen¹³ artikkel 31 og 32 av interesse. Artikkene inneholder bestemmelser av allmenn gyldighet. Ved tolkningen er ordlyden det sentrale utgangspunkt, fordi suverenitetsprinsippet tilsier at statene i utgangspunktet ikke kan anses bundet av annet enn det de uttrykkelig har samtykket i.¹⁴ Tretrinns-testen må videre ses i lys av avtalens formål og kontekst. Forarbeidene til bestemmelsen kan benyttes som et tilleggsargument for å bekrefte det resultat som følger av ordlyden, eller eventuelt å fastsette innholdet når ordlyden for eksempel er uklar eller tvetydig.¹⁵

1.4.3 Nærmere om tolkning av § 12 i lys av den teknologiske utviklingen

I Norge har det vært tradisjon for å betrakte interessene til henholdsvis rettighetshaver og samfunn som likeverdige. Lovmotivene bekrefter dette ved å vise til Knoph, som uttaler at ”de positive reglene om opphavsretten kommer (...) til å bli resultatanten av to

⁷ Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques. Paris, 1886 med senere endringer, senest i Stockholm 1967 og i Paris 1971.

⁸ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1995.

⁹ World Intellectual Property Organisation Copyright Treaty, 1996.

¹⁰ Kjøttvedgaard, 2002, side 23.

¹¹ Direktiv 2001/29 EF av 22. mai 2001 om opphavsrett i informasjonssamfunnet.

¹² Ot. prp. nr. 26 (1959-60) Lov om opphavsrett til åndsverk, side 30.

¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties of 23.05.1969.

¹⁴ Wienkonvensjonens art 31.1 og Ruud, Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald, 1997, side 25.

¹⁵ Utgangspunktet er at traktatforarbeid spiller en mindre rolle i folkeretten enn hva lovforarbeid gjør i norsk rett. Suverenitetsprinsippet medfører at ordlyden har stor betydning i internasjonale avtaler. Norsk

likeverdige komponenter, tanken på opphavsmannen og tanken på allmennheten, og som et naturlig uttrykk for dette er Åndsverklovens to første kapitler bygget opp. Enhver tanke på at reglene i kap. II er unntak, som må tolkes strengt eller endog ”innskrenkende” må derfor være utelukket”.¹⁶ Kapitteloverskriften til åvl kapittel 2 ble videre endret for ”på en klar og utvetydig måte [gi] uttrykk for det (..) prinsipp: at allmennhetens rett til åndsverkene bygger på et like sikkert og selvstendig grunnlag som opphavsmannens egen rett”.¹⁷

I eldre tid medførte ikke frigivelse av hele den private sfære fra opphavsrettslige bånd noe følbart tap for rettighetshaverne. Grunnen er at privatpersoners frihet til å kopiere åndsverk hadde sine naturlige og praktiske begrensninger. Motivene fremhever at den teknologiske utvikling har utvidet mulighetene til å frembringe og utnytte åndsverk, noe som har påvirket rettighetshavernes og brukernes situasjon vesentlig.¹⁸ Nå kan privatpersoner forholdsvis rimelig og uten større arbeidsinnsats fremstille eksemplarer av åndsverk. Det har også blitt tatt i bruk nye teknikker som muliggjør nye former for utnytting av verk.¹⁹ Et eksempel er spredningsverktøyet internett, som innebærer at verk kan utbres til et stort antall private brukere. Den teknologiske utvikling har samtidig endret § 12s praktiske innhold.²⁰ Selv om lovmotivene hevder at lånereglene *ikke* skal tolkes innskrenkende, kan prinsippet om balanse i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn likevel føre til at § 12 i dag må tolkes innskrenkende. I forarbeidene er det for øvrig inntatt en reservasjon mot en for vid tolkning av privat bruk-bestemmelsen, ved uttalelsen om at bestemmelsen ikke rekker så langt som til å tillate kopieringsvirksomhet i regulær økonomisk konkurranse med opphavsmennene.²¹

Det er fremhevet at en del av den kopieringen som skjer befinner seg i grenseområdet for § 12.²² Det er også uttalt at den omfattende frie bruk som i dag finner sted er ”klart i strid med de prinsipper vår lovgivning bygger på, og også med de intensjoner som

lovgivningsteknikk, med kortfattede lovbestemmelser som utdypes og forklares i forarbeidene, er ikke like akseptabel i internasjonal rett.

¹⁶ Knoph, 1930 side 124.

¹⁷ Innst. O. XI (1960-61) side 17-18.

¹⁸ Ot. prp. nr. 34 (1987-88) side 3.

¹⁹ NOU 1983:35 side 34.

²⁰ Koftvedgaard, 2002, side 145.

²¹ Innst. O. XI (1960-61) side 18.

²² NOU 1983:35 side 34.

ligger til grunn for de internasjonale konvensjoner på området”.²³ Den teknologiske utviklingen i samfunnet har samtidig gjort det vanskeligere å finne en rimelig og hensiktsmessig balanse mellom rettighetshavernes og allmennhetens interesser.²⁴

Ved tolkningen av § 12 må det tas hensyn til at den teknologiske utvikling har medført en radikal økning i omfanget av privatkopiering.²⁵ I lys av ny teknologi fører balanseprinsippet til at grensene mellom interesser til henholdsvis rettighetshaver og samfunn må utredes nærmere.²⁶ I de nordiske opphavsrettsutvalg og kommisjoner har det vært tilslutning til at privat bruk-bestemmelsen skulle ”strammes opp”.²⁷ I forbindelse med gjennomføringen av infosoc-direktivet er det også fremmet forslag om en rekke nye innstramminger i åvl. En tolkning av rettskildene i lys av teknologiske fremskritt kan derfor gi støtte for en innskrenkende tolkning av § 12.

²³ NOU 1988:22 side 17.

²⁴ Ot. prp. nr. 34 (1987-88) side 13.

²⁵ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

²⁶ Ot. prp. nr. 34 (1987-88) side 14.

²⁷ Erskov, 1997 side 85.

2 Hensyn bak § 12

2.1 Innledning

§ 12 er en vidt utformet regel, som gir rom for skjønn. Dette innebærer at hensynene bak bestemmelsen er et sentralt tolkningsargument. I kapitlet her ser vi nærmere på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved tolkning av privat bruk-bestemmelsen.

2.2 Opphavsmannens enerett

De nordiske lovene om opphavsrett bygger på grunntanken om at rettssystemet bør verne åndsverk i alle dets uttrykksformer.²⁸ Formålet med eneretten er å verne opphavsmannens praktisk-økonomiske og ideelle interesser.²⁹

Et viktig hensyn bak eneretten er å sikre individuell rettferdighet for skaperne av åndsverk. Dette hensynet kan uttrykkes med Boufflers prinsipp: "S'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée".³⁰ Den som skaper et åndsverk, bør med andre ord selv få høste fruktene.

Hensynet til å fremme åndsproduksjon i samfunnet er et annet viktig hensyn som trekkes frem. Ved å verne resultatet av åndelig produksjon fremmer man samtidig slike aktiviteter og gir det nødvendige grunnlaget for rettighetshavernes virksomhet. Eneretten er også en forutsetning for de investeringer som må gjøres for at ulike typer av verk skal kunne gis ut.³¹

Mot disse individuelle og kulturpolitiske interesser står samfunnets interesse i å kunne benytte et verk.³²

²⁸ NU 1973:21 side 39.

²⁹ Olsson, 1998, side 135.

³⁰ Forarbeidene til den franske patentlov av 1791.

³¹ SOU 1983:65 side 95.

³² Olsson, 1998, side 135.

2.3 Samfunnets behov for bruk av vernede verk

Et klassisk prinsipp bak § 12 er at opphavsretten stanser ved døren til det private hjem, og innebærer at hele den private sfære - hjemmet, familie- og vennekretsen - er unntatt fra opphavsrettslige bånd.³³ Begrunnelsen for dette er at en uinnskrenket enerett for opphavsmannen kan ”støte an mot hensynet til privatlivets fred og den enkeltes personlige integritet”.³⁴ Hensynet til eksemplar-eiers eiendomsrett kan også begrunne innskrenkninger i eneretten.³⁵ Dette hensynet tilsier at den som eier et eksemplar, bør kunne kopiere eksemplaret til privat bruk.

Et annet hensyn som er trukket fram for å begrense eneretten, er at det eksisterer et betydelig praktisk behov for å kunne ta avskrifter og andre kopier til privat bruk.³⁶

Innskrenkninger i eneretten kan også begrunnes i praktiske kontrollhensyn. Den kopiering som skjer i private sfærer til privat bruk er umulig å kontrollere. Praktiske kontrollhensyn tilsier derfor at den private sfære holdes fri fra opphavsrettslige bånd, fordi et lovforbud nærmest ville være ineffektivt.³⁷ På sikt er det en risiko for at lovregler som ikke etterleves kan bidra til en generell undergraving av respekten for opphavsrettslig lovgivning. Dette fremheves også i nyere lovmotiver.³⁸

Et annet hensyn som er trukket fram er at privat eksemplarfremstilling utgjør et ubetydelig inngrep i rettighetshavernes enerett. Det er uttalt at privatkopiering som regel ligger på siden av opphavsmannens normale muligheter for å utnytte sitt verk og derfor ikke kan anses som et urimelig inngrep i eneretten.³⁹ Olsson har uttalt seg i samme retning, men tar likevel et visst forbehold når han uttaler at dette gjaldt ”åtminstone tidigare”.⁴⁰ Uttalelsen i svensk teori må uansett ses i lys av at privat bruk-bestemmelsen i svensk rett er tolket snevrere enn den norske bestemmelsen, se punkt 1.5 over. Generelt vil dette hensynet også være påvirket av utviklingen de senere år, som innebærer at privat eksemplarfremstilling nettopp kan medføre betydelige inngrep i

³³ Koftvedgaard, 2002, side 145.

³⁴ NOU 1983:35 og Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 48.

³⁵ Dansk Udkast nr. 2 fra 1957, side 23.

³⁶ NU 1973:21 side 64.

³⁷ Dansk Udkast nr. 2 fra 1957, side 24.

³⁸ Høringsutkast av 2.april 2003 side 29-30.

³⁹ NU 1973:21 side 64.

⁴⁰ Olsson, 1998, side 142.

eneretten. For eksempel kan praksisen med kopiering av musikkverk som lastes ned fra internett, tyde på at privat eksemplarframstilling i noen tilfeller skjer til betydelig fortrengsel for rettighetshavernes interesser.

Hensynet til ytringsfriheten og den offentlige debatt, samt hensynet til forskningen utgjør også en del av begrunnelsen for retten til privatkopiering. Tanken er at kopier av vernede verk kan benyttes til å fremme opplysning og debatt.⁴¹ I tillegg bygger rettighetshavere på sin kulturarv når de skaper sine verk og det hevdes at det ikke er urimelig at deres ideer kan formidles til samfunnet og bidra til videre utvikling. Det er hevdet at privatkopiering kan bidra til å utbre slike ideer. Også nordiske utredninger fremhever at avgrensning av eneretten er nødvendig av kulturelle grunner,⁴² ved at ideer som formidles kan bidra til fremvekst av nye åndsverk.

2.4 Retningslinjer ved avveining av de ulike hensyn

For å få til en rimelig balanse mellom rettighetshavers enerett og samfunnets behov, må de ulike hensyn (i punkt 2.1 og 2.2) veies mot hverandre.

Det finnes flere retningslinjer for avveiningen av eneretten i § 2 mot retten til privat eksemplarframstilling i § 12. For det første er prinsippet om balanse en viktig retningslinje. Det er blant annet uttalt at når eneretten og hensynet til samfunnet står mot hverandre må ”resultatet her som ellers søkes i kompromissets tegn”.⁴³

Balanseprinsippet er også uttrykt ved at allmennhetens rett til åndsverkene ”bygger på et like sikkert og selvstendig grunnlag som opphavsmannens egen rett”.⁴⁴ Prinsippet går ut på at rettighetshavernes interesser må avveies mot allmenne behov for å benytte vernede verk. Lovmotivene har uttalt at bruk av ny teknologi kan innebære at § 12s rekkevidde blir en annen enn det som var tilsiktet.⁴⁵ Når ny teknologi har endret den opprinnelige balansen mellom rettighetshaver og samfunn, må grensene mellom de nevnte interesser utredes nærmere for å bestemme innholdet i § 12.⁴⁶

⁴¹ NOU 1983:35 side 36.

⁴² NU 1973:21 side 39.

⁴³ Innst. O. XI (1960-61) side 4.

⁴⁴ Innst. O. XI (1960-61) side 18.

⁴⁵ NOU 1983:35, side 19.

En annen retningslinje ved avveiningen er at § 12 ikke må tolkes slik at den private eksemplarframstilling helt fortrenger rettighetshavernes egne økonomiske interesser. En slik retningslinje følger naturlig av prinsippet om balanse, men er likevel fremhevet i motivene ved uttalelsen om at ”bestemmelsen [må] tolkes under hensyn til dens lovgivningsmessige begrunnelse, og den rekker ikke så langt som til å tillate en kopieringsvirksomhet som kommer til å virke som regulær økonomisk konkurranse med opphavsmennene”.⁴⁷ Også Norges internasjonale forpliktelser støtter en slik retningslinje.⁴⁸

Videre er Norges internasjonale forpliktelser en viktig retningslinje ved avveiningen av de ulike hensyn. Tretrinns-testen oppstiller begrensninger på hvilke inngrep lovgiver kan gjøre i eneretten. I lys av den teknologiske utvikling har det i de nordiske opphavsrettsutvalg og kommisjoner vært tilslutning til en ”innstramming” av privat bruk-bestemmelsen.⁴⁹ I forbindelse med gjennomføringen av infosoc-direktivet er det også fremmet konkrete forslag om innstramminger i åvl.⁵⁰ Retningslinjen kan være et argument for en innskrenkende tolkning av § 12.

2.5 Teknologiens påvirkning på § 12

2.5.1 Forrykket balanse

Norske forarbeider fremhever at den digitale tid skaper nye utfordringer, fordi den gir muligheter for både bruk og misbruk på en helt annen måte enn tidligere. Et åndsverk i digital form er enklere å kopiere i et stort antall eksemplar på kort tid og kopiene blir like bra som originalen. Videre er for eksempel pc blitt allemannseie i vårt samfunn, og enhver pc er samtidig en kopieringsmaskin. Denne utviklingen har samtidig økt mulighetene for misbruk.⁵¹ ”Ved bruk av den nyere teknologi forekommer utvilsomt en utstrakt ulovlig utnyttelse av vernede verk (...)”.⁵²

⁴⁶ Ot. prp. nr. 34 (1987-88) side 14.

⁴⁷ Innst. O. XI (1960-61) side 18.

⁴⁸ BKV art. 9.2, TRIPS art. 13, WCT art 10 og Infosoc-direktivets art 5.5.

⁴⁹ Erskov, 1997 side 85.

⁵⁰ Høringsutkast av 2. april 2003 side 95, med forslag til § 11 nytt tredje ledd.

⁵¹ Høringsutkast av 2.april 2003 side 7.

⁵² NOU 1983:35, side 19.

En konsekvens av utviklingen er at rettighetshaverne i stor grad har mistet kontrollen over hvordan og i hvilke sammenhenger deres verk utnyttes, noe som påvirker det økonomiske utbyttet av arbeidet med å skape et verk. Også produsentene påvirkes, fordi situasjonen skaper usikkerhet i forhold til lønnsomheten av investeringer. Dette rammer først og fremst de sektorer der det økonomiske utbyttet også tidligere var knapt. En risiko som følge av utviklingen er at det for eksempel kan bli økonomisk umulig å gi ut visse vitenskapelige tidsskrifter. Også på musikkområdet kan en lignende utvikling observeres. Smalere musikkverk finansieres ofte av de bredere verk. Når privatkopiering skjer i stor utstrekning, påvirkes musikksalget, og muligheten for å finansiere smalere og ofte kulturpolitisk betydelige verk minsker.⁵³ Hensynet til å fremme åndsproduksjonen i samfunnet, som i punkt 2.1 fremheves som et viktig hensyn bak eneretten, kan tilsi at retten til privatkopiering bør begrenses. Som en konsekvens av teknologisamfunnets fremvekst, kan det derfor bli nødvendig å finne en ny balanse i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn. Avsnittet her vil ta opp spørsmål de lege ferenda.

2.5.2 Bør det innføres et forbud mot digital kopiering til privat bruk?

Utgangspunktet i norsk rett er som nevnt at det skal være balanse i forholdet mellom eneretten og retten til privat eksemplarfremstilling.

Problemstillingen er derfor om den nåværende adgang til digital eksemplarfremstilling medfører et så stort inngrep i rettighetshavernes enerett at det bør innføres et totalforbud. Spørsmålet er mer konkret om det generelt eller for enkelte verkstyper foreligger en så stor fare for å skade opphavsmannens interesser at det bør innføres et totalforbud mot digital kopiering.

Det første spørsmålet er om et slikt forbud bør innføres generelt eller om det bør sondres i forhold til verksarter.

⁵³ SOU 1983:65 side 97.

Norske forarbeider har fremhevet at § 12, som retter seg mot allmennheten, bør utformes slik at den blir forståelig for folk flest.⁵⁴ Dette hensynet kan tale for å innføre et totalforbud heller enn et forbud mot digital kopiering av visse verkstyper. Et generelt forbud vil muligens også være enklere å kommunisere til samfunnet, noe som vil øke forståelsen for grensene mellom tillatt og ulovlig privatkopiering. Rettstekniske hensyn trekker dermed i retning av at det ikke bør sondres mellom ulike verksarter. Et mothensyn er at det i norsk rett i dag allerede er innført et forbud mot digital kopiering av enkelte verksarter i § 12 annet og tredje ledd. Rettstekniske hensyn kan derfor ikke tale avgjørende imot en sontring mellom ulike verkstyper.

Lovmotivene diskuterer fremstilling av eksemplarer i maskinlesbar form og uttaler i den forbindelse at det kan være vanskelig å innføre en kategorisering av verk ut fra hva slags type verk det gjelder. Det fremheves også at en eventuell lovregulering først bør skje når man erfarer hvordan ny teknologi faktisk tas i bruk.⁵⁵ Uttalelsen kan tas til inntekt for at et eventuelt forbud kun bør gjelde for enkelte verksarter, ved forutsetningen om at den nye teknologien påvirker den enkelte verksart i ulik grad.

I forbindelse med spørsmålet om hvor mange eksemplarer som kan fremstilles, fremhever lovmotivene at verkets sårbarhet for kopiering er et moment av betydning.⁵⁶ Sårbarheten påvirkes blant annet av om kopien gjengir verket i samme form som eksemplaret det fremstilles fra.⁵⁷ Ved digital kopiering fremstilles verket i nøyaktig samme form som kopieringsgrunnlaget, uten noen forringelse av kvaliteten. Digital kopiering innebærer med andre ord at sårbarheten øker, noe som kan trekke i retning av at et forbud bør gjelde alle typer verk. På den annen side forutsetter forarbeidene at verksartenes sårbarhet varierer, noe som kan innebære at et forbud eventuelt bør begrenses til de mest sårbare arter av verk.

Danmark innførte et totalforbud mot digital kopiering i 1995. I 2001 ble forbudet lempet på, ved at privatpersoner i begrenset utstrekning fikk tillatelse til digital kopiering til bruk innenfor husstanden. Begrunnelsen for lovendringen var at bruk av

⁵⁴ NOU 1983:35 side 42.

⁵⁵ NOU 1988:22 side 52.

⁵⁶ NOU 1983:35 side 29, Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

⁵⁷ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

internett og andre digitale medier er blitt en del av folks hverdag.⁵⁸ Bak denne begrunnelsen ligger trolig hensynet til at det ikke er mulig å kontrollere privatsfæren, og at et forbud som ikke etterleves på sikt kan bidra til å undergrave respekten for opphavsrettslig lovverk. Ved lovendringen ble det vurdert om forbudet skulle fjernes helt, men det ble ansett for vidtgående å gjennomføre full likestilling mellom digital og analog kopiering. Lempingen av det generelle forbudet mot digital kopiering i Danmark, bør være et sterkt argument mot å innføre et generelt forbud her i landet. Både hensynet til å bevare rettsenheten i de nordiske land, samt den danske begrunnelsen for å lempe forbudet, bør være avgjørende. Lovgiver bør likevel vurdere muligheten for å begrense retten til digital kopiering til kun personlig bruk innenfor husstanden.

Spørsmålet er videre om det bør innføres et forbud mot digital kopiering av enkelte verksarter. Vurderingsnormen er om enkelte verkstyper er så sårbare for digital kopiering at det foreligger en fare for å skade opphavsmannens interesser og om denne sårbarheten oppveier de sterke mothensyn som gjør seg gjeldende.

Ved å innføre et forbud mot digital kopiering av enkelte verksarter, skjer det en kriminalisering av handlinger som i dag er tillatte. Allmenne kriminalpolitiske hensyn tilsier at man bør ha tungtveiende grunner for å gjennomføre dette.

Viktige samfunnsmessige hensyn, som hensynet til videre utvikling av vår kulturarv, samt hensynet til allmennopplysning, tilsier at allmennheten på fornuftige vilkår gis mulighet til kopiering av åndsverk,⁵⁹ herunder ved bruk av digitale teknikker. Også det faktum at åndsverk blir ”skapt for å oppleves og brukes”,⁶⁰ kan være et argument for at private til en viss grad skal ha anledning til å digitalkopiere åndsverk. Ved privat eksemplarframstilling bør det være anledning til å benytte seg av teknikker som i dag er allment utbredt i samfunnet. Når slike kopieringsteknikker benyttes i samfunnet til andre formål enn privatkopiering, er det naturlig at teknikken også kan benyttes ved framstilling av verk til privat bruk.

⁵⁸ Dansk lovforslag nr. L 141 av 10.01.01.

⁵⁹ Høringsutkast av 2.april 2003 side 7.

⁶⁰ Intervju med Astri M. Lund, Kopinors årsmagasin 2001.

Også det faktum at svært mange hjem for eksempel har en pc, med den følge at det er svært enkelt å digitalkopiere verk innen den private sfære, tilsier at det ikke bør innføres et forbud mot digital kopiering. Kontrolltekniske hensyn taler imot å innføre et slikt forbud, fordi det uansett er umulig å kontrollere om forbudet etterleves. I forbindelse med innføring av det generelle forbudet mot kopiering av skulptur, ble det likevel hevdet at ”vanskelighetene ved å håndheve en absolutt regel på dette området er neppe større enn for flere andre av lovens regler”.⁶¹ Uttalelsen gjelder håndheving av et generelt kopieringsforbud, ikke et forbud mot digital kopiering. Når det gjelder digital kopiering, vil det være spesielt vanskelig å kontrollere om forbudet etterleves, fordi slik kopiering er svært enkelt å utføre også innen den helt private sfære. Håndhevingen blir vanskeliggjort ved at nyere teknologi i langt større utstrekning muliggjør utnyttelse av verk på måter som det er vanskelig eller umulig å kontrollere.⁶² Håndhevingen kan videre støte an mot hensynet til privatlivets fred og den enkeltes personlige integritet. I tillegg er det usikkert hvor langt et slikt forbud vil vinne aksept og bli respektert av allmennheten.⁶³ Vanskeligheter med håndheving av et forbud ble fremhevet i forbindelse med innføringen av forbudet mot digital kopiering av dataprogrammer. ”Verdiene av et forbud vil derfor primært ligge i den oppdragende virkning det ville ha”. Men det kan også ha en annen effekt. ”Innføringen av et forbud som folk innser at de kan overtre nærmest risikofritt, vil kunne få negative konsekvenser for den alminnelige lovlydighet og respekt for loven”.⁶⁴ Kontrolltekniske hensyn kan derfor tale imot et forbud mot digital kopiering.

På den annen side ble det i forbindelse med nevnte forbud hevdet at et forbud kunne bli allment akseptert. Motivene hevder at et forbud kan bli akseptert av allmennheten, fordi gevinsten ved slik kopiering er så overveldende i forhold til hva det koster å kjøpe en ekstra kopi, at kopieringen her lettere vil bli oppfattet som urimelig enn hva tilfellet er for sammenlignbare kopieringsformer for lyd- og bildeopptak.⁶⁵ Uttalelser i forarbeidene sett under ett tyder på at kontrolltekniske hensyn isolert sett ikke kan tale avgjørende imot et forbud mot digital kopiering av enkelte sårbare verksarter. Også det faktum at det i norsk rett i dag er innført forbud mot digital kopiering av enkelte

⁶¹ NU 1973:21 side 74, NOU 1983:35 side 44.

⁶² NOU 1983:35 side 19.

⁶³ NOU 1983:35 side 36.

⁶⁴ Ot. prp. nr. 33 (1989-90) side 21.

⁶⁵ Ot. prp. nr. 33 (1989-90) side 21.

verksarter, tyder på at et slikt forbud bør kunne innføres også for andre særlig sårbare verksarter.

Flere momenter støtter innføring av et forbud mot digital kopiering av visse verksarter. Det uttales i forarbeidene at det fra samfunnets side er viktig å sikre rettighetshavere vederlag for bruk av deres verk. ”Dette sikrer dem et økonomisk utkomme som stimulerer til fortsatt kreativ innsats på området, noe som er grunnleggende for den videre samfunnsutvikling”.⁶⁶ I norsk teori fremheves videre rimeligheten av at den som skaper et verk, i stor grad får kontrollere bruken av det og får de økonomiske fordelene av at verket blir brukt.⁶⁷ I dagens samfunn muliggjør digital teknologi rimelig og rask distribusjon til mange mottakere. Når dette skjer uten rettighetshavernes samtykke, kan det gi rettighetshaverne store økonomiske tap. For eksempel er det ikke uvanlig at musikkfiler som er ulovlig utlagt på nettet kopieres og lastes ned til privat bruk. En stor utfordring er også mer systematisk og profesjonelt initiert utnyttning uten rettighetshavernes godkjenning av musikk på nettet, for eksempel i form av fildelingsprogrammer.⁶⁸ Utviklingen reiser spørsmål om omfanget av privatkopiering generelt skader opphavsmannens normale utnyttning av verket eller på en urimelig måte forhindrer opphavsmannens legitime utnyttning av eget verk. Hvis digital kopiering blir så utbredt at det truer eksistensgrunnlaget for visse kunstarter, er dette et sterkt argument for å innføre et digitalkopieringsforbud.

Rettighetshavernes syn er at for eksempel musikalske verk er en verkstype som er spesielt sårbar for kopiering. Begrunnelsen er at selv om en produktiv komponist eller tekstforfatter kanskje lager 500 sanger gjennom et liv, er det kun mulig å tjene penger på kanskje fem av sangene. Det er tilstrekkelig at én av disse sangene blir lagt ut på én internettside uten avtale, for at inntektsmulighetene til rettighetshaveren skal bli svekket.⁶⁹ Synker salget alt for mye på grunn av privat eksemplarframstilling, vil det minske rettighetshavernes vilje og evne til å gi ut musikk.⁷⁰ En uhemmet privatkopiering undergraver komponistenes muligheter til å gi ut musikk og truer

⁶⁶ Høringsutkast av 2.april 2003 side 6.

⁶⁷ Bing, 1993, side 2.

⁶⁸ Høringsutkast av 2.april 2003 side 9.

⁶⁹ Intervju med Eyvind Skeie, Kopinors hjemmeside.

⁷⁰ SOU 1983:65 side 111.

fremtidig skapende virksomhet.⁷¹ Rettighetshavernes syn er at musikkverk er spesielt sårbare fordi verkene lett lar seg kopiere. Internett er i tillegg et meget kraftfullt spredningsverktøy, fordi det har hele verden som nedslagsfelt. Hensynet til fortsatt fremme av musikalske verk trekker derfor i retning av at retten til digital eksemplarframstilling bør begrenses. De samme hensyn kan gjøre seg gjeldende også i forhold til andre sårbare verksarter.

I forbindelse med innføringen av forbudet mot privat framstilling av maskinlesbare eksemplarer av datamaskinprogram er synet at denne verkstypen er sårbar for kopiering sammenlignet med andre verkstyper. Men sammenligner vi dataprogram og for eksempel musikkverk, vil det for begge verkstyper være enkelt å utføre selve kopieringen. Forarbeidene har uttalt at ”enhver datamaskin vil samtidig være en kopieringsmaskin”.⁷² I tillegg vil kopien være like lett å bruke og umulig å skille fra originalen, med mindre man ser hen til merking av diskett eller lignende som særpreger et utgitt eksemplar av programmet. Selv om uttalelsene direkte gjelder datamaskinprogrammer, vil det samme kunne sies om musikkverk. Den sårbarheten som kjennetegner verksarter som i dag er beskyttet mot digital kopiering, kan med andre ord også være tilstede ved andre arter av verk. Slik sårbarhet er et moment for innføring av forbud mot digital kopiering også av andre verksarter.

Ved digital kopiering av dataprogrammer er det er stor forskjell i pris på en tom diskett og en diskett som representerer et utgitt eksemplar av verket.⁷³ Forarbeidene uttaler at denne differansen ”er av en helt annen størrelsesorden enn forholdet mellom pris på en uinnspilt og innspilt kassett. I dag kopieres også musikk digitalt, så det er mange paralleller mellom dataprogrammer og musikkverk. Men prisforskjellen mellom en autorisert cd og en uinnspilt cd er mindre enn forholdet mellom et tomt lagringsmedium og et autorisert eksemplar av et dataprogram. Dette kan innebære at musikkverk ikke kan anses like sårbare som dataprogrammer. Her foreligger det med andre ord en ulikhet mellom henholdsvis datamaskinprogrammer og musikkverk, som kan rettferdiggjøre at verkstypene er behandlet ulikt i norsk rett.

⁷¹ Intervju med Leif A. Dramstad, Kopinors hjemmeside.

⁷² Ot. prp. nr. 33 (1989-90) side 18.

⁷³ Ot. prp. nr. 33 (1989-90) side 18.

På den annen side kan også det økonomiske tapet for rettighetshavere til musikkverk bli omfattende, og hensynet til individuell rettferdighet trekker i retning av at forbud bør innføres. Uttalelsen i lovmotivet falt dessuten lenge før digital kopiering av musikk nådde dagens omfang, noe som svekker den konkrete sammenligningen mellom kassett versus diskett. Generelt kan det trekkes ut av forarbeidene at i tilfeller der kopieringen er enkel å utføre, samtidig som den fører til et stort økonomisk tap for rettighetshaverne, foreligger forhold som trekker i retning av at forbud bør innføres.

Bruk av digital teknikk kan medføre at anvendelsen av gjeldende rett om privat eksemplarframstilling skader opphavsmannens normale utnytting av verket eller på en urimelig måte forhindrer opphavsmannens legitime utnytting av eget verk. Er det en risiko for slik fortrensel av opphavsmannen, kan privatkopieringen være i strid med våre konvensjonsforpliktelser. Hensynet til å etterleve våre konvensjonsforpliktelser kan dermed tilsi at det for enkelte sårbare verksarter bør innføres et forbud mot digital kopiering.

3 Enkelte eksemplar

3.1 Gir § 12 rett til å ta minst én kopi?

3.1.1 Legalitetsprinsippet som skranke ved tolkningen

Problemstillingen er om uttrykket ”enkelte eksemplar” innebærer at det alltid er anledning til å fremstille en hel kopi av et verk.

Ordlyden i § 12 setter grensen for antall eksemplar som kan kopieres til ”enkelte eksemplar”. Uttrykket er ikke nærmere definert i lovteksten. Isolert sett trekker likevel ordlyden i retning av at brukeren kan fremstille et helt eksemplar, når ordlyden sier ”enkelte eksemplar” og ikke begrenser retten til ”deler av et verk”.

Forarbeidene legger derimot opp til en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, se punkt 3.2 nedenfor. I tillegg inneholder forarbeidene en reservasjon mot at det alltid skal være tillatt å fremstille ett helt eksemplar, jf uttalelsen om ”hvor stor del av et verk (...) som kan fremstilles”. Motivene sier videre at det normalt bare vil være adgang til å kopiere et fåtall eksemplar, i en del tilfeller bare ett enkelt eksemplar, eventuelt også *begrenset til del av et verk*. Et vesentlig moment ved vurderingen vil være i hvilken utstrekning kopieringen kan skade opphavsmannens interesser. Forarbeidene har blant annet uttalt at ”det normalt ikke [vil] være adgang til for personlig bruk å fremstille selv én enkelt kopi av en hel bok eller et tidsskrift som er å få i handelen”.⁷⁴ Disse gjentatte reservasjonene i lovmotivene trekker isolert sett i retning av at det ikke nødvendigvis er tillatt å fremstille én hel kopi av et verk til privat bruk.

Norges internasjonale forpliktelser er også en viktig retningslinje ved tolkningen av begrepet, og det er uttalt at § 12 skal være i samsvar med tretrinns-testen.⁷⁵ Hva som ligger i uttrykket ”enkelte eksemplar” må derfor ses i lys av at tretrinns-testen kun tillater innskrenkninger i opphavsmannens enerett når dette kan skje uten å gjøre

⁷⁴ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

inngrep i den normale utnytting av verket og heller ikke på urimelig måte fortrenge opphavsmannens legitime interesser.⁷⁶ Overholdelse av våre internasjonale forpliktelser kan innebære at begrepet ”enkelte eksemplarer” må tolkes innskrenkende i gitte situasjoner. En slik tolkning er i tråd med uttalelser i de nordiske opphavsrettsutvalg og kommisjoner, hvor det har vært tilslutning til en ”innstramning” av privat brukbestemmelsen.⁷⁷ Hensynet til å overholde våre internasjonale forpliktelser trekker i retning av at det ikke alltid er tillatt å fremstille én hel kopi av et gitt verk.

Wagle og Ødegaard hevder at det må skje en skjønnsmessig vurdering i det enkelte kopieringstilfellet og at utgangspunktet ved vurderingen er opphavsmannens interesser.⁷⁸ Uttalelsen åpner for at den teknologiske utviklingen kan påvirke tolkningen av § 12. Teorien utelukker dermed ikke at ordlyden i § 12 må tolkes innskrenkende, slik at det ikke alltid er tillatt å fremstille én hel kopi av et verk. Forfatterne uttaler likevel ikke dette synet eksplisitt, noe som påvirker rettskildens vekt.

Åvl hviler på prinsippet om balanse i forholdet mellom opphavsmann og samfunn, og den digitale teknologien truer med å forrykke denne balansen. Hensynet til å opprettholde balansen, trekker i retning av at § 12 må forstås slik at det ikke alltid er tillatt å fremstille én hel kopi av et gitt verk. Også retningslinjen om at den private eksemplarfremstilling ikke helt må fortrenge rettighetshavernes økonomiske interesser, trekker i samme retning, fordi § 12 ikke bør tolkes slik at privatkopieringen skjer i økonomisk konkurranse med opphavsmennene.⁷⁹ Reelle hensyn i form av balanseprinsippet taler dermed for å tolke ordlyden innskrenkende, slik at det ikke nødvendigvis er tillatt å fremstille én hel kopi av et verk. Hensynet trekker i samme retning som både forarbeidene, internasjonale forpliktelser og juridisk teori.

I motsatt retning trekker det faktum at åvl er en straffelov. I lys av Grunnlovens § 96 og legalitetsprinsippet bør det fremgå eksplisitt dersom det ikke skal være tillatt å fremstille et helt eksemplar av et gitt verk. Det er betenkelig dersom privatpersoner kan straffes for eksemplarfremstilling som de etter lovens ordlyd tror de er berettiget til.

⁷⁵ Høringsutkast av 2. april 2003 side 14.

⁷⁶ Infosoc-direktivet art 5.5, BKV art 9.2, WCT art 10 og TRIPS art 13.

⁷⁷ Erskov, 1997 side 85.

⁷⁸ Wagle og Ødegaard, 1997, side 294.

⁷⁹ Innst. O. XI (1960-61) side 18.

”Betenkelighetene er større jo mer tyngende inngrep det dreier seg om”.⁸⁰ Straffebudet i åvl § 54.1 (a) gir hjemmel for å idømme bøter eller fengsel inntil 3 måneder. Foreligger det særlig skjerpene forhold og overtredelsen er forsettlig, er straffen bøter eller fengsel inntil tre år.⁸¹ Konsekvensen av inngrep i eneretten, også uaktsomme forgåelser, kan med andre ord få alvorlige konsekvenser. Dette tilsier at man må være forsiktig med en innskrenkende tolkning av begrepet ”enkelte eksemplar”.

I samme retning som legalitetsprinsippet trekker hensynet til forutsigbarhet for enkeltindivider som kan risikere straff. Dette er samtidig et viktig hensyn bak legalitetsprinsippet. § 12 er en bestemmelse som er ment å skulle forstås av allmennheten, og det er betenkelig om begrepet ”enkelte eksemplar” ikke i alle tilfeller gir tillatelse til å fremstille én hel kopi av et verk. Dette reelle hensynet tilsier forsiktighet med å tolke ordlyden innskrenkende.

Rettskildene trekker i ulik retning når det gjelder spørsmålet om det alltid er anledning til å ta én hel kopi av et verk. Avveiningen påvirkes av at vi befinner oss på legalitetsprinsippets område, fordi dette betyr at ordlyden i bestemmelsen får tung vekt. Ordlyden må likevel veies mot klare uttalelser i forarbeidene, internasjonale forpliktelser og i tillegg sterke reelle hensyn. Når enkeltindivider risikerer straff ved overtredelse, er det veldig viktig med forutsigbarhet. Ordlyden støttes derfor både av dette reelle hensynet, samt legalitetsprinsippet. Sistnevnte prinsipp er av grunnlovs rang, og har høy vekt. Det totale rettskildebildet tilsier at loven må tolkes på ordet, slik at det alltid vil være adgang til å ta én hel kopi av et verk til privat bruk. Dersom en slik tolkning er i strid med Norges internasjonale forpliktelser, bør det skje en lovendring for å endre gjeldende rett.

3.1.2 Kan § 12 tolkes ulikt i henholdsvis straffe- og sivilrettslige tvister?

Som vi har sett trekker rettskildene i ulik retning når det gjelder spørsmålet om det alltid er anledning til å ta én hel kopi av et verk. Det er særlig legalitetsprinsippet som taler avgjørende imot en innskrenkende tolkning av § 12. På denne bakgrunn oppstår

⁸⁰ Eckhoff, 1997, side 125.

⁸¹ Åvl § 54.3.

spørsmålet om § 12 kan tolkes forskjellig avhengig av om det gjelder en strafferettslig eller sivilrettslig tvist.

Også i sivile tvister skal det en del til før uttalelser i forarbeidene kan gå foran en klar ordlyd, men det vil i disse sakene være større rom for å se hen til reservasjoner i lovmotivene.

Ordlyden i § 12 gir ingen veiledning for spørsmålet om det kan sondres, men ordlyden er et argument for at det alltid er tillatt å fremstille én hel kopi av et verk. Indirekte er dermed ordlyden et argument imot å innføre en sontring.

Uttalelser i lovmotivene kan imidlertid tas til inntekt for et skille mellom strafferettslige og sivilrettslige tvister. Det er uttalt at man har benyttet ordet ”ulovlig handling” istedenfor ordet ”forseelse”, for å gjøre det klart at erstatningsansvaret *ikke* er betinget av straffansvar.⁸² Dette støttes av senere uttalelser om at det ikke er nødvendig med straffansvar for at erstatningsansvar skal kunne ilegges.⁸³ Ileggelse av erstatningsansvar ved sivilrettslige tvister, innebærer med andre ord ikke nødvendigvis at privatpersonen også risikerer straff. Legalitetsprinsippet står langt svakere på det sivilrettslige området, enn når lovovertrædelser er belagt med straff. En sontring vil bidra til en bedre etterlevelse av våre internasjonale forpliktelser i sivile tvister. Samtidig er muligheten til å begrense kopieringsretten i særlige tilfeller, slik at det ikke skal være adgang til å ta én hel kopi av en sårbar verkstype, helt i tråd med uttalelser i forarbeidene, se drøftelsen ovenfor.

Et motargument mot skillet er at rettsstilstanden vil bli nokså uoversiktlig, på et rettsområde som er komplisert nok fra før, dersom man skal ha to ulike tolkninger for hvert rettsspørsmål som oppstår. Motargumentet styrkes av at § 12 er en bestemmelse som retter seg til folk flest, og en komplisert bestemmelse vil derfor være uheldig. Rettstekniske hensyn er dermed et motargument for en ellers bra løsning.

Avveining må foretas mellom på den ene siden lovens ordlyd og retstekniske hensyn, mot klare uttalelser i forarbeidene på at innskrenkende tolkning av § 12 skal foretas i

⁸² Ot. prp. nr. 26 (1959-60) side 110.

særlige tilfeller, støttet av uttalelser i motivene på at det kan sondres mellom sivilrettslige og strafferettslige tvister. Prinsippet om balanse i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn kan også tale for et skille, fordi en slik løsning vil innebære en styrking av eneretten for sårbare verksarter på sivilrettslige områder. I tillegg er hensynet til overholdelse av våre internasjonale forpliktelser et sterkt argument som trekker i samme retning som balanseprinsippet og lovmotiver. Rettskildesituasjonen tilsier at det bør sondres mellom sivile og strafferettslige tvister.

3.2 Hvor mange eksemplarer kan fremstilles uten å komme i strid med opphavsmannens enerett?

Problemstillingen er hva begrepet ”enkelte eksemplar” innebærer, nærmere hvor mange kopier en privatperson i et gitt tilfelle kan fremstille i medhold av § 12.

Ordlyden i bestemmelsen gir rett til å fremstille ”enkelte eksemplar”, men gir ingen nærmere veiledning for hva dette innebærer med hensyn til antall tillatte kopier. Erskov hevder at begrepet ”enkelte eksemplar” er en rettslig standard som har voldt store problemer i praksis.⁸⁴

Norske forarbeider uttaler at antall eksemplar som kan fremstilles beror på verkets art, hvordan verket tidligere er blitt offentliggjort, hvor mange originaleksemplar eller utgitte eksemplar som finnes, hvilken kopieringsmetode som benyttes, om hele eller kun deler av verket kopieres, og hvordan kopiene skal benyttes.⁸⁵ Dette bekreftes i senere motiver, som i tillegg til nevnte momenter, trekker frem verkets omfang og om kopien gjengir verket i samme form som kopieringsgrunnlaget.⁸⁶ Forarbeidene gir dermed heller ikke noe klart svar på hvor mange eksemplarer som kan fremstilles, men har som utgangspunkt at det skal skje en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle.

Den nordiske komiteen uttaler at det kunne hatt sin fordel å tallfeste hvor mange kopier som kan fremstilles. På grunn av de ulike verkstyper og ulike situasjoner som kan oppstå, avslutter likevel komiteen med å anbefale at det fleksible uttrykket ’enkelte

⁸³ Ot. prp. nr. 34 (1987-88) side 57.

⁸⁴ Erskov 1997 side 84.

⁸⁵ NOU 1983:35 side 29.

eksemplar' beholdes. I likhet med norske forarbeider uttaler de nordiske motivene at uttrykket "enkelte eksemplar" får ulik betydning i ulike sammenhenger.⁸⁷ Uttalelsene i nordiske forarbeider legger altså opp til en konkret skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfellet.

Sijthoff mener at lovgiveren bruker det fleksible uttrykket "enkelte" for å gi rom for konkrete vurderinger. Hun hevder også at opphavsrettsutvalget legger opp til at det kun skal være tillatt å kopiere et fåtall eksemplarer, og i en del tilfeller kun ett enkelt eksemplar, eventuelt også begrenset til en del av et verk.⁸⁸

Hva uttrykket "enkelte eksemplar" innebærer, varierer altså med omstendighetene. Norske lovmotiver gir lite veiledning for en mer konkret vurdering av de ulike verksarter. Jeg vil derfor i det følgende også trekke frem uttalelser fra svenske og danske lovmotiver, for å klarlegge hvilke momenter som kan ha betydning for det antall eksemplarer som kan fremstilles. De ulike momenter glir over i hverandre, men jeg har etter beste evne forsøkt å foreta en inndeling;

3.2.1 Verkets sårbarhet for kopiering

Et moment i vurderingen er hva slags verk det skal fremstilles eksemplarer fra. Sårbarheten for kopiering varierer fra verksart til verksart, og en generell retningslinje er at jo mer sårbart verket er, jo færre kopier er det tillatt å fremstille i medhold av privat bruk-bestemmelsen. Retningslinjen kan utledes av balanseprinsippet og prinsippet om at privat eksemplarfremstilling ikke må skje i konkurranse med rettighetshaveren, se punkt 2.3 over. En god norm for tolkningen er med andre ord å vurdere verkets sårbarhet for kopiering.

Forarbeidene uttaler at verkets sårbarhet blant annet påvirkes av verkets art, hvordan verket tidligere er blitt offentliggjort og hvor mange originaleksemplarer eller utgitte eksemplarer som finnes.⁸⁹ Den nordiske opphavsrettskomiteen har samme syn, og uttaler

⁸⁶ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

⁸⁷ NU 1973:21 side 69.

⁸⁸ Sijthoff, 1989, side 109.

⁸⁹ NOU 1983:35 side 29 og Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

at også verkets økonomiske verdi, samt hva som er den normale formen for utnyttelse av tilsvarende verk, er relevante momenter.⁹⁰

Det uttales videre at musikkverk er *spesielt* sårbare for kopiering, og at det ved kopiering i form av båndinnspilling normalt ikke kan fremstilles mer enn én kopi.⁹¹ Uttalelsen falt på en tid da analog kopiering var metoden for å fremstille eksemplarer av musikkverk. I dagens samfunn foregår kopiering av musikkverk i digital form, noe som har økt musikkverks sårbarhet for kopiering. Sårbarheten forsterkes av muligheten til spredning av verket over hele verden via internett. Som følge av den teknologiske utvikling og verksartenes økte sårbarhet for kopiering, er det et spørsmål om § 12 nå må tolkes innskrenkende. Se nærmere om dette i punkt 3.3 nedenfor.

Svenske motiver trekker også frem musikkverk, samt verk av billedkunst og filmverk, som spesielt sårbare, og fremhever at grensen for antall kopier fra slike verk må trekkes snevert.⁹² Danske motiver er på samme linje når det fremheves at det fra filmverk, videogrammer og musikkverk kun kan fremstilles et fåtall kopier. Kopieres hele verket, vil mer enn én kopi normalt ikke være tillatt. Også skjønnlitterære verk blir ansett som spesielt sårbare, og ved kopiering av en hel roman, bør grensen for kopiering være i størrelsesordenen en til to kopier.⁹³ Olsson hevder at begrensningen til høyst et par kopier gjelder for "ekklusivare" skjønnlitteratur eller musikalske verk, som for eksempel notehefter. Videre gjelder det samme antallet kopier ved fremstilling av "bandinspelningar och bildband".⁹⁴ Erskov uttaler at det innenfor rammene av § 12 ikke bør kunne fremstilles atskillige eksemplarer av en hel bok. Samtidig kritiserer hun oppfatningen om at litterære verk ikke er særlig sårbare sammenlignet med billedkunstverk og noter.⁹⁵ Kritikken illustrerer at det er vage grenser mellom verkstypene og deres sårbarhet.

Svenske lovmotiver kommenterer at når det ikke finnes noen begrensning i loven angående spørsmålet om det er tillatt å kopiere en hel bok eller andre lignende verk, så

⁹⁰ NU 1973:21 side 69-70.

⁹¹ NU 1973:21 side 70.

⁹² SOU 1983:65 side 103.

⁹³ Dansk delbetænkning, København 1986, side 40.

⁹⁴ Olsson, 1998, side 149.

⁹⁵ Erskov, 1997 side 89.

vil vurderingen bero på omstendighetene i det enkelte tilfellet og hensikten med kopieringen.⁹⁶ I forbindelse med den svenske implementeringen av infococ-direktivet ble det foreslått en begrensning i retten til å kopiere litterære verk.⁹⁷ Ved lovendring som trådte i kraft 1. januar 2004 er det i URL § 12 første ledd annet punktum inntatt følgende begrensning: ”såvitt gäller litterära verk får dock exemplarframställningen endast avse begränsade delar av verk eller sådana verk av begränsat omfång”. Det er ikke foreslått tilsvarende begrensninger i forbindelse med gjennomføringen av direktivet i norsk rett.⁹⁸ I Norge er det tradisjon for å oppstille begrensninger i forarbeidene, men uten at det legges føringer på tolkningen i selve lovteksten. Det er derfor uklart om de samme begrensningene vil gjelde i norsk rett. Ved tolkning av åvl er legalitetsprinsippet en sterk skranke, slik at begrensninger i motivene ikke alltid kan få gjennomslag. Som følge av dette bør lovgiver sørge for å lovfeste ønskede begrensninger.

Danske motiver uttaler videre at vilkåret ”enkelte eksemplar” har et snevert innhold for verksarter hvor det er oppstilt forbud mot bruk av fremmed hjelp i § 12.3. For eksempel kan det for kunstneriske gjengivelser av kunstverk normalt ikke fremstilles mer enn én kopi.⁹⁹ Svenske forarbeider uttaler at verk av billedkunst kan være så særpreget at originalverket ikke tåler at det fremstilles kopier til privat bruk. ”Risken för banalisering och förflackning av den direkt genom originalverket förmedlade konstupplevelsen ligger här nära”.¹⁰⁰ Det gjentas i senere motiver at et originalverk av billedkunst i mange tilfeller ikke tåler at det tas én eneste kopi.¹⁰¹

Når det gjelder verk som er *alminnelig sårbare* for kopiering er det hevdet at det kan fremstilles omkring fem eller seks kopier av verket. Danske forarbeider fremhever for eksempel at det fra en artikkel eller et kapittel i en bok, trolig vil være tillatt å fremstille omlag fem eller seks kopier.

⁹⁶ SOU 1983:65 side 103.

⁹⁷ Ds 2003: 35.

⁹⁸ Høringsutkast av 2. april 2003.

⁹⁹ Dansk delbetænkning, København 1986, side 40.

¹⁰⁰ SOU 1956: 25 side 182.

¹⁰¹ SOU 1988:31 side 60.

Både norske og nordiske motiver fremhever at det kan fremstilles et titalls eksemplarer av *ikke-sårbare verk*.¹⁰² Norske forarbeider konkretiserer ikke-sårbare verk ved sin uttalelse om at det kan fremstilles et ganske betydelig antall kopier av bordviser til et selskap.¹⁰³ Svenske motiver presiserer at det er uten betydning for opphavsmannen om en sang som allerede er trykket i flere tusen eksemplarer og er allment kjent, kopieres opp i noen titalls eksemplarer til en privat fest.¹⁰⁴ Olsson hevder generelt at det er tillatt å fremstille opptil et titalls eksemplarer av verk som er trykket i opplag på flere tusen.¹⁰⁵ Uttalelsene tyder på at verket i slike tilfeller ikke betraktes som særlig sårbart for ytterligere kopiering. Det fremheves også at fremstilling av mer enn et titalls eksemplarer til privat bruk vil stride mot det språklige innhold i uttrykket ”enkelte”.¹⁰⁶ Det finnes dermed en øvre grense for antall kopier som kan fremstilles i medhold av privat bruk-bestemmelsen. På bakgrunn av den tekniske utviklingen kan det settes spørsmålstegn ved om det fremdeles er rimelig å tillate et så stort antall som opptil et titalls kopier. Se nærmere om dette i punkt 3.3 nedenfor.

3.2.2 Eksemplarets art

Et annet moment i vurderingen er om hele eller kun deler av verket kopieres.¹⁰⁷ Også den nordiske opphavsrettskomiteen trekker frem dette momentet.¹⁰⁸ Utgangspunktet er at jo større del av et verk som ønskes kopiert, jo færre antall kopier kan fremstilles. Dette er nært knyttet til verkets sårbarhet, for jo større del av verket som kopieres, jo mer sårbart er verket for kopieringen. Kopiering som kun skjer fra deler av et verk, minsker verkets sårbarhet, og påvirker derfor antallet kopier som kan fremstilles. I motsetning til norske motiver uttaler svenske motiver dette eksplisitt, ved uttalelsen om at når det kopieres fra deler av et verk, så vil det være anledning til å fremstille et noe større antall eksemplarer.¹⁰⁹ Forklaringen på at sårbarheten til verket minsker når det kun kopieres fra deler av verket, er at slik kopiering sjelden virker i regulær økonomisk konkurranse med opphavsmannen. Alternativet til å skrive av et dikt fra en bok, er ofte

¹⁰² NOU 1983:35 side 29 og NU 1973:21 side 70.

¹⁰³ NOU 1983:35 side 29.

¹⁰⁴ SOU 1956: 25 side 182 og SOU 1988:31 side 60.

¹⁰⁵ Olsson, 1998, side 149.

¹⁰⁶ SOU 1956: 25 side 182.

¹⁰⁷ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

¹⁰⁸ NU 1973:21 side 69-70.

¹⁰⁹ SOU 1983:65 side 103.

ikke å kjøpe hele diktsamlingen. Denne form for kopiering fører dermed ofte ikke til noe økonomisk tap for rettighetshaveren.

3.2.3 Kopieringsmetoden

Kopieringsmetoden er også et moment i vurderingen, det vil si om kopien fremstilles i samme eller annen form enn kopieringsgrunnlaget. Sårbarheten til et verk kan forsterkes hvis kopien gjengir verket i samme form som eksemplaret det fremstilles fra.¹¹⁰

Bakgrunnen for dette er at en kopi som er i samme form som kopieringsgrunnlaget, kan skape forvekslingsfare mellom kopi og original. Kunstverk er på dette punktet ansett som en særlig sårbar verksart, og det er derfor innført forbud mot visse former for kopiering av kunstverk, når eksemplaret kan oppfattes som originaleksemplar.¹¹¹ En annen begrunnelse er at kopier som gjengir verket i samme form som kopieringsgrunnlaget oftere erstatter kjøp av autoriserte kopier, slik at kopieringen skjer i økonomisk konkurranse med rettighetshaver. Hvor mange eksemplarer som kan fremstilles beror derfor på hvilken kopieringsmetode som benyttes.¹¹² Også den nordiske utredningen fremhever dette momentet.¹¹³

Kopieringsmetoden har videre betydning for hvor enkelt det er å kopiere et verk. Bruk av digital kopiering innebærer at verket enkelt, hurtig og billig kan kopieres i et stort antall eksemplarer. Kombinert med et effektivt spredningsverktøy som internett, risikerer rettighetshaverne ulovlige inngrep i sine interesser. I norske forarbeider uttales det i tilknytning til dette at det ved maskinell overføring med sikte på elektronisk lagring, vil ofte hele verket bli gjengitt på det maskinlesbare eksemplaret. Det gjelder også verk av stort omfang. Slik fremstilling av eksemplarer av mer omfattende verk kan gjennomgående ikke anses tillatt etter § 12.¹¹⁴

I dansk rett ble det i 1995 innført et totalforbud mot digital kopiering. Innføringen av forbudet illustrerer at digital kopiering blir ansett å utgjøre et stort inngrep i rettighetshavernes interesser. Forbudet ble for øvrig lempet på i 2001 da det ble tillatt å

¹¹⁰ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

¹¹¹ § 12.2 (d).

¹¹² NOU 1983:35 side 29 og Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 38.

¹¹³ NU 1973:21 side 69-70.

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 46.

foreta slik digital kopiering til personlig bruk innenfor husstanden. Lovendringen innebærer at det i dansk rett nå gis begrenset adgang til kopiering i digital form *til personlig bruk*. Oppfatningen er altså i dansk rett at digital kopiering øker verksartenes sårbarhet i så stor grad, at det kun er tillatt å benytte denne kopieringsmetoden til bruk for fremstilleren selv eller dennes husstand, slik at eksemplarene ikke fysisk må spres utenfor husstandssfæren. Kopiene kan heller ikke spres til venner og bekjente via email.¹¹⁵ Også i norsk rett blir digital kopiering ansett å øke verksartenes sårbarhet for kopiering, noe som får betydning for antall kopier som kan fremstilles i medhold av § 12.

3.2.4 Formålet med kopieringen

Behovet den private brukeren har for å kopiere et verk og formålet med kopieringen er også momenter som må trekkes inn for å bestemme hvor mange eksemplarer som kan fremstilles. Den nordiske komiteen fremhever dette ved uttalelsen om at det må ses hen til hva kopiene skal brukes til.¹¹⁶

Norske lovmotiver gir et konkret eksempel på at det i enkelte sammenhenger kan aksepteres kopiering i et ganske betydelig antall eksemplarer, for eksempel av bordviser til allsang på en privat fest.¹¹⁷

Danske forarbeider fremhever at det ligger en generell begrensning i at det tillatte antall kopier følger av det formål kopiene skal tjene. Det må kun fremstilles et så stort antall kopier, som er nødvendige til den aktuelle, konkrete bruk.¹¹⁸ Uttalelsen støttes av Koktvedgaards uttalelse om at ”eksemplarene ikke [er] ’enkelte’, hvis der produceres en større mengde, end der er behov for af hensyn til den rent personlige brug”. Videre uttaler han at ”i den nuværende formulering og på basis af de omfattende forarbejder (...), er det således klart, at bestemmelsen er temmelig snæver..”¹¹⁹

¹¹⁵ Lovforslag nr. L 141 av 10.01.01.

¹¹⁶ NU 1973:21 side 69-70.

¹¹⁷ NOU 1983:35 side 29.

¹¹⁸ Dansk delbetænkning, København 1986, side 40.

¹¹⁹ Koktvedgaard, 2002 side 146.

Hvor mange eksemplarer den private bruker har behov for er dermed en veiledende norm for hvor mange kopier som kan fremstilles. I normaltillfellene er 'enkelte eksemplarer' et par stykker, men § 12 gir rom for å gå vesentlig høyere hvis det foreligger *særlige* behov. Den nordiske opphavsrettskomiteen uttaler at det i et konkret tilfelle må ses hen til i hvor stor grad verket er tilgjengelig i handelen.¹²⁰ Det sistnevnte momentet kan si noe om behovet for kopiering. Dreier det seg om et verk som privatpersonen ikke kan få tak i ved kjøp eller på annen måte, vil kopieringsadgangen etter § 12 være videre enn ellers. Men her som ellers må også andre momenter trekkes inn.

3.2.5 Balanseprinsippet

Brukerens behov for kopiering må avveies mot hvor stort inngrep i rettighetshavernes interesser kopieringen fører til. Den nordiske opphavsrettskomité uttaler at § 12s formål kan trekkes inn som en retningslinje ved tolkningen av begrepet "enkelte eksemplar". Et viktig formål med bestemmelsen er å verne opphavsmannen mot at tillatt privat eksemplarfremstilling får et altfor stort omfang.¹²¹ Formålet peker dermed på prinsippet om balanse mellom rettighetshaver og samfunn.

Er verket særlig sårbart for kopiering, vil balanseprinsippet tilsi at begrepet "enkelte eksemplar" må forstås snevert. I tilfeller der verket ikke er særlig sårbart for kopiering, kan kopieringsmetoden medføre en risiko for inngrep i rettighetshavernes interesser, noe som igjen påvirker antallet eksemplarer som kan fremstilles. Prinsippet om balanse fører til at de ulike momenter i forarbeidene, nevnt innledningsvis i punkt 3.2, må trekkes inn i en helhetsvurdering, med sikte på å komme fram til en fornuftig avveining av rettighetshavernes og samfunnets interesser.

Norske lovmotiver fremhever at fremstillingen "lett [får] et mer ervervsmessig preg så snart det blir tale om fremstilling av et større antall eksemplar. Dette vilkår innebærer en meget viktig begrensning av retten etter § 11, første ledd".¹²² En begrensning ligger også i vilkåret "privat bruk", fordi kopiering i et stort antall eksemplar vanligvis ikke vil

¹²⁰ NU 1973:21 side 69-70.

¹²¹ NU 1973:21 side 69.

¹²² Ot. prp. nr. 26 (1959-60) side 32.

kunne betraktes som kopiering til privat bruk.¹²³ Stortingskomiteen har videre presisert at § 12 ikke rekker så langt som til å tillate en kopieringsvirksomhet som kommer til å virke i regulær økonomisk konkurranse med opphavsmannen.¹²⁴ I uttalelsene ligger klare rammer for rekkevidden av retten til eksemplarfremstilling etter § 12. Denne siste uttalelsen er en svært sentral retningslinje for tolkningen av begrepet ”enkelte eksemplarer”. En tolkning av begrepet kan altså ikke gi rett til å fremstille et så stort antall kopier at fremstillingen skjer til fortrengsel for rettighetshavers økonomiske interesser.

3.2.6 Internasjonale forpliktelser

Ved tolkningen av § 12 kan Norges internasjonale forpliktelser være en relevant tolkningsfaktor, særlig den såkalte tretrinns-testen. Det er hevdet at BKV art 9.2 er en regel for innholdet i lovgivning, ikke en norm som skal anvendes direkte på de enkelte tilfeller av kopiering.¹²⁵ Spørsmålet er derfor om tretrinns-testen er relevant ved tolkningen av begrepet ”enkelte eksemplarer”.

Ordlyden i BKV art 9.2 uttaler kun at “it shall be a matter for legislation in the countries to permit the reproduction of such works”. Dette kan bety at tretrinns-testen kun retter seg mot lovgiver, og at testen ikke er ment som en tolkningsfaktor ved konkrete avgjørelser av unntakenes rekkevidde. På den annen side kan bestemmelsen betraktes som en skranke for inngrep i eneretten, og i en slik sammenheng kan bestemmelsen direkte påvirke tolkningen av intern lov.

Norske lovmotiver har videre uttalt at § 12 er utformet med sikte på å være forenlig med våre internasjonale forpliktelser. Det fremheves at tretrinns-testen er relevant ved tolkningen, og at innskrenkningene i åvl forutsettes å være forenlig med BKV.¹²⁶ De nordiske lovmotiver støtter dette synet.¹²⁷ Også nye norske lovmotiver bekrefter at alle unntak som gjøres fra eneretten skal være i samsvar med tretrinns-testen.¹²⁸ Uttalelsene tilsier at tretrinns-testen er et relevant tolkningsargument ved tolkningen av begrepet ”enkelte eksemplarer”.

¹²³ NOU 1983:35 side 29.

¹²⁴ Innst. O. XI (1960-61) side 18.

¹²⁵ NOU 1983:35 side 36.

¹²⁶ Ot. prp. nr. 26 (1959-60) side 30.

¹²⁷ NU 1973:21 side 69.

Ved tolkningen av begrepet ”enkelte eksemplar” bør kopieringen begrenses til det antall eksemplar som verken skader opphavsmannens normale utnytting eller gjør et urimelig inngrep i hans legitime interesser.¹²⁹ De nordiske lovforarbeider uttaler at BKV art 9.2 setter rammer for den tillatte kopieringen, slik at kopiering kan gjøres fritt kun dersom det dreier seg om et *mindre antall* eksemplarer. Fremstilles et større antall eksemplarer, må opphavsmannens enerett føre til at det er nødvendig med en økonomisk kompensasjon til opphavsmannen.¹³⁰ Våre internasjonale forpliktelser legger med andre ord føringer på tolkningen av § 12, og kan i et konkret tilfelle sette ramme for antallet kopier som kan fremstilles.

3.2.7 Oppsummering

Gjennomgangen av de ulike momenter i vurderingen viser at innholdet i begrepet ”enkelte eksemplar” varierer. For å avgjøre hvor mange kopier som kan fremstilles i et konkret tilfelle, må det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering basert på de nevnte momenter. En overordnet norm for tolkningen er verkets sårbarhet for kopiering, fordi denne sårbarheten kan bidra til å forrykke balansen i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn. Det bør derfor særlig ses hen til å oppnå tolkningsresultater som bidrar til å opprettholde en rimelig avveining mellom de ulike hensyn nevnt i kapittel 2.

3.3 Har begrepet ”enkelte eksemplar” fått nytt innhold?

Som vi har sett varierer innholdet i begrepet ”enkelte eksemplar”. Det er særlig verkets sårbarhet som har betydning for hvor mange kopier som kan fremstilles. De teknologiske fremskritt har økt verksartenes sårbarhet for kopiering. Problemstillingen er derfor om begrepet ”enkelte eksemplar” har et snevrere innhold i dag.

Uttalelsene i forarbeidene falt på en tid da det antall eksemplarer som de tar til orde for, ikke innebar et urimelig inngrep i eneretten. I lys av teknologisamfunnets fremvekst kan den samme tolkningen av begrepet i dag, føre til en drastisk endring i balansen mellom rettighetshaver og samfunn. Utviklingen kan true både prinsippet om balanse og

¹²⁸ Høringsutkast av 2.april 2003 side 14.

¹²⁹ BKV art 9.2.

prinsippet om at privat eksemplarfremstilling ikke skal skje til fortrengsel for rettighetshavernes økonomiske interesser, se retningslinjer for tolkningen i punkt 2.3 over. Vekten av konkrete uttalelser i forarbeidene om antallet kopier som kan fremstilles i medhold av § 12, påvirkes derfor av at de faktiske omstendigheter et svært annerledes nå enn da uttalelsene fant sted. Ser man motivuttalelsene i lys av samfunnsutviklingen med fremvekst av nye teknikker for utnyttelse av verk, svekkes vekten av uttalelsene.

Reelle hensyn går i ulik retning når det gjelder tolkningen av privat bruk-bestemmelsen. Det er flere mothensyn mot en ny mer innskrenket tolkning. Et hensyn som taler imot en slik endring er at det kan være vanskelig å kommunisere en tolkningsendring til allmennheten og få til en faktisk etterlevelse av bestemmelsens nye innhold. Også praktiske kontrollhensyn kan tale imot en endring, ved at det er vanskelig å kontrollere etterlevelsen av en innsnevring av bestemmelsen. Teknologiens fremskritt har gjort at privatpersoner i dag enkelt kan kopiere verk i privatsfæren, noe som nærmest umuliggjør håndheving av en tolkningsendring. Endres begrepet ”enkelte eksemplar” uten at endringen respekteres, er det som tidligere nevnt en fare for en generell undergraving av respekten for åvl på sikt. På den annen side kan en tolkningsendring kanskje bli møtt med forståelse i samfunnet, sett i lys av de nye teknikkers inngrep i eneretten.

Prinsippet om balanse er en retningslinje ved tolkningen av begrepet ”enkelte eksemplar”, og innebærer at rettighetshavernes interesser må avveies mot allmenne behov for å benytte vernede verk. Fordi bruk av ny teknologi har forrykket balansen mellom de ulike interesser, trekker prinsippet i retning av at begrepet bør tolkes innskrenkende. Dette støttes av uttalelser i lovmotivene som fremhever at ny teknologi kan innebære at rekkevidden og virkningene av § 12 blir andre enn de som var forutsatt eller tilsiktet.¹³¹ Også retningslinjen om at privat bruk-bestemmelsen ikke må tolkes slik at kopieringen fortrenger rettighetshavernes egne økonomiske interesser, tilsier at de faktiske endringer i samfunnet får betydning ved fastlegging av innholdet i ”enkelte eksemplar”.

¹³⁰ NU 1973:21 side 66.

Norges internasjonale forpliktelser kan videre få betydning ved tolkningen av begrepet. Tretrinns-testen innebærer at antallet eksemplarer som fremstilles ikke må skade den normale utnyttningen av verket og heller ikke på urimelig måte tilsidesette rettighetshavers legitime interesser.¹³² Testen kan altså føre til at innholdet i begrepet ”enkelte eksemplarer” må tolkes innskrenkende i et konkret tilfelle, for eksempel slik at antallet eksemplarer som kan fremstilles, snevres inn. Som et svar på at den teknologiske utvikling har endret § 12s praktiske innhold, hevder Erskov at de nordiske opphavsrettsutvalg og kommisjoner har tatt til orde for en ”innstramning” av bestemmelsen.¹³³ Videre er det som et ledd i gjennomføringen av infosoc-direktivet i norsk rett foreslått innskrenkninger i retten til privat eksemplarfremstilling. Samtidig er det fremhevet at alle unntak fra eneretten skal være i samsvar med tretrinns-testen.¹³⁴ Heller ikke infosoc-direktivet gir et klart svar på hvor mange kopier som kan fremstilles, men direktivet vektlegger en rimelig balanse i forholdet mellom interessene til brukere av verk og rettighetshavere til åndsverk.

I forbindelse med gjennomføringen av direktivet i svensk rett er uttrykket ”enstaka” eksemplarer erstattet med ”ett fåtal”. Det uttales at endringen klargjør at det antall eksemplarer som tillates etter bestemmelsen er begrenset. Det språklige innholdet i det nye uttrykket innebærer at det er tillatt å fremstille ”avsevärt färre exemplar” enn motivuttalelsene ved lovens tilblivelse gir rett til i visse situasjoner. Lovendringen innebærer at antallet kopier som kan fremstilles nå generelt blir mer begrenset enn tidligere.¹³⁵ Det norske høringsutkastet har ikke noe tilsvarende endringsforslag for norsk åvl, men den svenske endringen bidrar til å illustrere at uttrykket ”enkelte eksemplarer” er snevret inn på grunn av at den teknologiske utvikling har økt verksartenes sårbarhet. Selv om dette er en svensk motivuttalelse, kan det være at de samme slutninger kan trekkes i norsk rett. Som nevnt i punkt 3.2.1 er det likevel ønskelig at begrensninger på kopieringsretten inntas i den norske lovteksten, fordi begrensninger som kun uttrykkes i forarbeidene skaper en usikker rettssituasjon.

¹³¹ NOU 1983:35, side 19.

¹³² BKV art. 9.2, TRIPS art. 13, WCT art 10 og Infococ-direktivets art 5.5.

¹³³ Erskov, 1997 side 85, som ikke viser til hvor uttalelsene er hentet fra.

¹³⁴ Høringsutkast av 2. april 2003 side 14.

¹³⁵ Ds 2003:35.

Praktiske kontrollhensyn og faren for at en innskrenkende tolkning av begrepet ”enkelte eksemplar” ikke blir etterlevd i praksis, er altså de sterkeste argumenter imot en tolkningsendring. Når det gjelder uttalelsene i forarbeidene om det konkrete antall eksemplarer som kan fremstilles i medhold av § 12, så falt disse før teknologisamfunnet førte til en drastisk endring i balansen mellom rettighetshaver og samfunn. Vekten av motivuttalelsene påvirkes derfor av at forutsetningene bak § 12 på denne måten er forandret. De allmenne prinsipper som er kommet til uttrykk i forarbeidene gjennom balanseprinsippet og retningslinjen om at § 12 ikke må tolkes slik at den private eksemplarfremstilling helt fortrenger rettighetshavernes egne økonomiske interesser, vil fortsatt ha stor vekt. Både balanseprinsippet, prinsippet om at fremstillingen ikke skal skje i økonomisk konkurranse med rettighetshaveren og Norges internasjonale forpliktelser taler for en innskrenkende tolkning av begrepet ”enkelte eksemplar”. Den totale rettskildesituasjonen tilsier at en tolkning av begrepet ”enkelte eksemplar” gir rett til å fremstille færre kopier i dag enn tidligere.

4 Kopieringsgrunnlaget

4.1 Krever § 12 at kopiering skjer fra et originaleksemplar?

Det første spørsmålet er om kopiering i medhold av § 12 krever at grunnlaget for eksemplarframstillingen skal være et originalverk eller en autorisert kopi av verket. Bakgrunnen for problemstillingen er at et positivt svar her delvis vil gjøre spørsmålet om lovlig kopieringsgrunnlag i punkt 4.2, til et spørsmål av teoretisk interesse.

Problemstillingen er om en kopi av et verk kan danne grunnlag for ytterligere eksemplarframstilling, slik at det med hjemmel i § 12 kan skje såkalt seriekopiering. Seriekopiering er for eksempel når person A tar en kopi av en sang, og person B låner As kopi og fremstiller en kopi av sangen. I motsetning til punktene nedenfor, forutsetter jeg i punktet her at kopieringen skjer fra en lovlig kopi.

Ordlyden i § 12 har ikke noe eksplisitt krav om at kopien skal fremstilles fra et originalverk, men krever kun at det dreier seg om et ”offentliggjort verk”. Ordlyden sier videre om kopier som fremstilles i medhold av bestemmelsen at de ”ikke [må] utnyttes i annet øyemed”. Av en antitetisk tolkning av ordlyden i § 12 første ledd 2. punktum, følger da at det kan tas kopier av kopier, så lenge det er ”til privat bruk”.

Denne tolkningen støttes av uttalelser i forarbeidene, som først uttaler at for at ”framstilling av eksemplar av et verk skal være tillatt, må dette skje til privat bruk”. Forarbeidene benytter her ordet ”verk”, noe som kan bety ”originalverk”, men uttrykket kan også bety et ’eksemplar av verket’. Videre uttales det at ”avskriften, kopien, fotografiet eller lydbåndet kan (...) ikke brukes offentlig eller utnyttes direkte eller indirekte i ervervsmessig øyemed, for eksempel til salg eller bytte”.¹³⁶ En antitetisk slutning fra denne siste uttalelsen, innebærer at bruk av eksemplaret til ”privat bruk” er tillatt. Kopiering kan dermed foretas på grunnlag av en kopi, dersom eksemplarframstillingen ellers oppfyller vilkårene i § 12.

¹³⁶ Ot. prp. nr. 26 (1959-60) side 31-32.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om det etter teknologisamfunnets fremvekst fremdeles er rimelig å tillate slik seriekopiering. Seriekopiering kan i dag innebære et stort inngrep i rettighetshavernes enerett, for eksempel ved hjelp av et spredningsverktøy som internett, fordi det er en økt fare for at privat eksemplarfremstilling skjer til fortrengsel for rettighetshaverens økonomiske interesser. Hensynet til å opprettholde en rimelig balanse i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn, trekker derfor i retning av at seriekopiering bør begrenses. Et mothensyn er prinsippet om at eneretten ikke gjelder innenfor den private sfære. Tanken er at privatsfæren skal være unntatt fra enerett, for å unngå krenking av den personlige integritet. Det er i tillegg vanskelig å kontrollere etterlevelsen av en begrensning eller et forbud mot seriekopiering, noe som innebærer en risiko for undergraving av respekten for det opphavsrettslige lovverk. Disse hensyn er nærmere behandlet i punkt 2.2 ovenfor.

Det faktum at åvl er en straffelov, innebærer at et eventuelt forbud mot seriekopiering bør fremgå eksplisitt av § 12. Lovskravet, foranket i Grunnloven § 96, trekker derfor i samme retning som bestemmelsens ordlyd, forarbeider og praktiske kontrollhensyn.

En tolkning av § 12 innebærer etter dette at det ikke er noe krav til at kopiering må skje fra et originalverk eller en autorisert kopi av verket. En kopi av et verk kan dermed benyttes til å fremstille nye kopier, så lenge hver enkelt som kopierer oppfyller vilkårene i § 12.

4.2 Forutsetter § 12 et lovlig kopieringsgrunnlag?

4.2.1 Innledning

Problemstillingen er om § 12 forutsetter et lovlig kopieringsgrunnlag, eller om bestemmelsen gir adgang til å fremstille kopier på grunnlag av ulovlige verkseksemplarer.

Spørsmålet er mer presist om § 12 for det første gir adgang til eksemplarfremstilling, når verkseksemplaret som danner grunnlag for kopien, er fremstilt eller utnyttet i strid

med § 12 og dermed innebærer en krenkelse av eneretten i § 2. Et eksempel på dette er når det til privat bruk fremstilles eksemplarer fra et piratkopiert verk, det vil si et verk som er fremstilt og solgt med fortjeneste uten tillatelse fra rettighetshaver. Ved et positivt svar på spørsmålet som ble reist i punkt 4.1, ville spørsmålet om et lovlig kopieringsgrunnlag kun hatt teoretisk interesse i denne forbindelse.

For det andre er spørsmålet om § 12 gir adgang til eksemplarframstilling, når verkseksemplaret som danner grunnlag for kopien er gjort tilgjengelig for allmennheten i strid med § 2. Et eksempel på sistnevnte problemstilling er når et musikkverk er ulovlig utlagt på internett¹³⁷ og en privatperson laster ned et verkseksemplar til privat bruk.

Hvis verket som sådan ikke er tilgjengeliggjort med opphavsmannens samtykke, kan det ikke lovlig fremstilles eksemplarer med hjemmel i § 12 første ledd. Vilkåret ”offentliggjort verk” i § 12 innebærer at verket med samtykke fra opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten.¹³⁸ Jeg forutsetter derfor at selve verket er offentliggjort med rettighetshavers samtykke, men at verkseksemplaret som ønskes kopiert er tilgjengeliggjort uten dennes samtykke.

4.2.2 Kan et krav til lovlig kopieringsgrunnlag innfortolkes i § 12?

Som vi har sett krever ikke lovteksten at verkseksemplaret skal være offentliggjort med opphavsmannens samtykke. I det praktiske liv er det kjent at særlig eksemplarer av musikkverk i stor utstrekning gjøres tilgjengelig på internett, uten tillatelse fra rettighetshaver. Problemstillingen er derfor om et krav til lovligheten av kopieringsgrunnlaget kan utledes av en tolkning av privat bruk-bestemmelsen.

Både ordlyden i § 12 og de norske forarbeidene til bestemmelsen er tause med hensyn til om eksemplarframstilling til privat bruk krever et lovlig kopieringsgrunnlag. Spørsmålet er om denne tausheten skyldes en stilltiende oppfatning om at man

¹³⁷ Det å legge et musikkverk ut på internett innebærer å stille verket til rådighet for andre internettbrukere og er en handling som krever tillatelse fra rettighetshaveren etter åndsverkloven § 2.1.

¹³⁸ Åvl § 12.1 jf § 8.1.

naturligvis ikke kan fremstille en lovlig kopi, hvis grunnlaget for kopien er et ulovlig verkseksemplar.¹³⁹

Det er foreslått å innføre et krav om lovlig kopieringsgrunnlag i norsk rett.¹⁴⁰ Ny § 11.3 skal etter forslaget lyde: ”Det er ikke tillatt å fremstille eksemplar etter avgrensingsbestemmelsene i dette kapittel på grunnlag av et eksemplar av verket som er fremstilt eller gjort tilgjengelig for allmennheten i strid med § 2.¹⁴¹ Forslaget innebærer at det skal være et eksplisitt krav til lovlig kopieringsgrunnlag.¹⁴² Forslaget kan tolkes på to ulike måter; Det kan enten innebære at det før lovendring finner sted ikke er noe krav til lovligheten av kopieringsgrunnlaget. På den annen side kan forslaget innebære at lovgiver har et ønske om å lovfeste et tolkningsresultat som allerede er forankret i § 12. Særlig sett i lys av det før nevnte legalitetsprinsippet kan lovfesting av et slikt tolkningsresultat virke rimelig.

Schønning har hevdet at kopiering fra ulovlige eksemplarer nærmest kan oppfattes som ”ophavsretligt hæleri, der ikke bør nyde retsordenens beskyttelse”.¹⁴³ Dansk rett har siden innført et uttrykkelig krav om lovlig kopieringsgrunnlag, ved lovendring som trådte i kraft 17.12.02.¹⁴⁴ Hensynet til å opprettholde nordisk rettsenhet trekker i retning av at det også i norsk rett bør stilles krav til lovligheten av kopieringsgrunnlaget.

Flere norske underrettsdommer belyser problemstillingen. I en sivil sak fra Sør-Gudbrandsdal tingrett av 22. januar 2003 uttaler retten at den ”ikke [kan] se at det er grunnlag for å tolke § 12 innskrenkende, slik at [bestemmelsen] forutsetter at kopieringen skjer fra et lovlig fremstilt eksemplar”.¹⁴⁵ Retten uttaler videre at ”åndsverkloven § 12 gjelder uansett hvilken måte eksemplaret som benyttes til kopiering, er fremskaffet på, verken åndsverkloven eller forarbeidene til denne, gjør noe skille i så måte”.¹⁴⁶ Retten finner etter dette ikke grunn til å tolke ordlyden i § 12

¹³⁹ Schønning, 2000, side 502.

¹⁴⁰ Høringsutkast av 2. april 2003, side 4.

¹⁴¹ Høringsutkast av 2.april 2003, side 95.

¹⁴² Høringsutkast av 2.april 2003, side 76.

¹⁴³ Schønning, 2000, side 502-503.

¹⁴⁴ Dansk OHL § 11.3.

¹⁴⁵ Dom publisert i TSGUD-2002-00203, utskrift fra internett, side 14.

¹⁴⁶ TSGUD-2002-00203, utskrift fra internett, side 14, som viser til Wagle og Ødegaard, Opphavsrett i en digital verden, 2002 side 292.

innskrenkende.¹⁴⁷ Dommen er senere kommentert av Rognstad, som uttaler at dommen kan forsvares ut fra mangel på støtte i lovtekst og forarbeider. Han uttaler også at tretrinns-testen i BKV art 9.2 er et motargument mot domsresultatet.¹⁴⁸

Den nevnte tingrettsdom ble anket til Eidsivating lagmannsrett, som behandlet saken 3.mars 2004.¹⁴⁹ Dommen behandler ikke direkte spørsmålet om den tiltalte har fremstilt ulovlige eksemplarer.¹⁵⁰ Men retten vurderer om lenking til ulovlige musikkfiler på nettet innebærer medvirkning til straffbar overtredelse av åndsverkloven, ved at verkene gjøres tilgjengelig for allmennheten. Retten uttaler i den forbindelse at lenkingen kan anses som ”medvirkning til nedlasterens handling. Slik nedlasting til privat bruk er ikke straffbart”.¹⁵¹ Retten slår med andre ord fast at § 12 ikke krever et lovlig kopieringsgrunnlag, men begrunner ikke standpunktet nærmere. Fordi avgjørelsen ikke er begrunnet, har uttalelsen lavere rettskildemessig vekt enn om standpunktet hadde vært velbegrunnet. Avgjørelsen er for øvrig anket inn for Høyesterett, og er derfor ikke rettskraftig. Dommen kan likevel illustrere vanskeligheten med å innføre et krav til lovligheten av kopieringsgrunnlaget, når et slikt krav ikke fremgår av lovens ordlyd.

”DVD-Jon”-dommen fra Borgarting lagmannsrett av 22. desember 2003 gjelder direkte omgåelse av kopieringssperre på opphavsrettslig beskyttet materiale.¹⁵² Om forholdet til åvl uttaler retten at ”forarbeidene og Bernkonvensjonen art 9 gir anvisning på en interesseavveining, men i denne saken er det tolkningen av § 12 som ledd i en straffbarhetsvurdering som er temaet, og i en slik sammenheng må den ubetingede form ordlyden har fått, etter lagmannsrettens vurdering, tillegges stor vekt”.¹⁵³ Anken fra Økokrim forkastes og dommen er enstemmig. Av dommen kan det trekkes ut at legalitetsprinsippet har særlig høy vekt i straffesaker, og at det derfor skal mye til før ordlyden kan tolkes innskrenkende når det dreier seg om et spørsmål om straff.

Domsavgjørelsene som er gjengitt utgjør et argument for at det ikke er noe krav om lovlig kopieringsgrunnlag etter § 12. Det må bemerkes at spørsmålet ikke er avgjort av

¹⁴⁷ TSGUD-2002-00203, utskrift fra internett, side 14.

¹⁴⁸ Rognstad, forelesninger våren 2003, disposisjon pkt 8 og 9.

¹⁴⁹ Dom publisert i LE-2003-00482.

¹⁵⁰ Dom LE-2003-00482, utskrift fra internett, side 3.

¹⁵¹ Dom LE-2003-00482, utskrift fra internett, side 5.

¹⁵² RG-2004-414.

Høyesterett, og at lagmannsrettenes og tingrettenes avgjørelser ikke har så stor autoritet som Høyesterett.¹⁵⁴

I eldre juridisk teori, som direkte gjelder tolkningen av 1930-lovens § 4 om privat eksemplarframstilling, uttaler Lassen at ”selv om snekkeren hadde stjålet bildene ville han ha kopieringsrett etter § 4, slik at ettermalingen ikke ville være en krenkelse av opphavsretten”.¹⁵⁵ Med andre ord sies det her at retten til privat eksemplarframstilling er uavhengig av hvordan verkseksemplaret er fremskaffet. Også i nyere juridisk litteratur finnes uttalelser i samme retning. Sijthoff uttaler at ”det fins verken i loven eller forarbeidene antydning til at det spiller noen rolle for anvendeligheten av § 11 hvordan eksemplaret for kopiering er skaffet til veie”.¹⁵⁶ Videre uttaler Wagle og Ødegaard at ”åndsverkloven § 12 gjelder uansett hvilken måte eksemplaret som benyttes til kopiering, er skaffet på. Verken åndsverkloven eller forarbeidene til denne, gjør noe skille i så måte”.¹⁵⁷ Også uttalelser i svensk teori går i samme retning, når Olsson uttaler at det å lagre eller skrive ut vernede verk fra internett som regel innebærer eksemplarframstilling til privat bruk og at det som utgangspunkt er tillatt så lenge kopien anvendes til privat bruk.¹⁵⁸

Den svenske Högsta domstolen har avgjort en sak som kan være av interesse for spørsmålet, selv om avgjørelsen direkte gjelder svensk URL § 47.¹⁵⁹ Domstolen uttaler at det ”saknar... betydelse om framförandet sker av en olovligen framställd kopia av en upptagning”.¹⁶⁰ Dommen illustrerer at det i svensk rett ikke blir innfortolket et krav om lovlig kopieringsgrunnlag, når et slikt krav mangler i lovens ordlyd. Dette kan være et argument for at det heller ikke i norsk rett kan innfortolkes et slikt krav, fordi det ikke ennå i norsk rett er lovfestet et krav til lovlig kopieringsgrunnlag. I svensk rett ble et slikt krav innført 01.01.04.

¹⁵³ RG-2004-414, utskrift fra Lovdata, side 4.

¹⁵⁴ Eckhoff, 1997, side 160.

¹⁵⁵ Lassen, 1960, side 168.

¹⁵⁶ Sijthoff, 1989, side 110.

¹⁵⁷ Wagle og Ødegaard, 1997, side 292.

¹⁵⁸ Olsson, 1998, side 150.

¹⁵⁹ NJA 2000 side 292.

¹⁶⁰ Ds 2003:35, som siterer fra dommen.

Selv om ordlyden og forarbeidene er tause, samt at et krav til lovligheten av fremstillingsgrunnlaget avvises i underrettspraksis, kan det stilles spørsmål ved om det etter teknologisamfunnets fremvekst fremdeles er rimelig å tillate kopiering fra rettsstridig eksemplar. Når musikkverk i stor utstrekning kopieres fra internett, til tross for at verkseksemplarene er gjort tilgjengelig uten tillatelse fra rettighetshaver, skjer kopieringen i økonomisk konkurranse med rettighetshaverne. Når lovmotivene uttaler at en del av den kopieringen som skjer befinner seg i grenseområdet for § 12¹⁶¹, kan det være slik kopiering det siktes til. Det er også fremhevet at den omfattende frie bruk som i dag finner sted er ”klart i strid med de prinsipper vår lovgivning bygger på, og også med de intensjoner som ligger til grunn for de internasjonale konvensjoner på området”.¹⁶² Hensynet til å gjenopprette balansen mellom rettighetshaver og samfunn trekker i retning av at et krav til lovlig fremstillingsgrunnlag må innfortolkes i privat bruk-bestemmelsen.

Hensyn som taler imot å innfortolke et slikt krav, er at det er vanskelig å håndheve en slik forståelse av § 12. På den annen side kan en tydelig markering fra lovgivers side av at det ikke er akseptabelt å benytte seg av et ulovlig kopieringsgrunnlag, kanskje bli møtt med forståelse i samfunnet.¹⁶³ Et klart standpunkt kan også bidra til å skape holdninger blant folk flest, ved å tydeliggjøre viktigheten av at rettighetshaverne selv skal få høste fruktene av sitt arbeid og sine investeringer.

Legalitetsprinsippet, forankret i Grunnloven § 96, utgjør en skranke for tolkningen. I lys av at åvl er en straffelov, bør det fremgå eksplisitt hvis noe skal være ulovlig. Dette er et sterkt argument mot å kriminalisere privatkopiering, når den ulovlige handling ikke fremgår eksplisitt av lovteksten. Det totale rettskildetilsier at det ikke er noe krav til lovligheten av kopieringsgrunnlaget.

4.2.3 Kan § 12 tolkes ulikt i henholdsvis straffe- og sivilrettslige tvister?

I forbindelse med innføring av et krav om lovlig kopieringsgrunnlag i svensk rett uttales det at rettsstilstanden frem til lovfestingen har vært uklar, men at det trolig i straffesaker

¹⁶¹ NOU 1983:35 side 34.

¹⁶² NOU 1988:22 side 17.

¹⁶³ Ds 2003:35.

ikke har vært noe krav om et lovlig kopieringsgrunnlag.¹⁶⁴ Uttalelsen antyder at et slikt krav *kan* ha vært gjeldende svensk rett i sivile saker også før lovfestingen.

Problemstillingen er derfor om det i norsk rett kan innføres en sontring mellom sivil- og strafferettslige tvister.

Jeg viser til drøftelsen om innføring av en sontring etter tvistens art i punkt 3.1.2.

Drøftelsen her skiller seg fra nevnte drøftelse ved at forarbeidene er tause når det gjelder et krav om lovlig kopieringsgrunnlag. Denne rettskilden er dermed *ikke* et argument for å innføre en sontring. I tillegg må det bemerkes at underrettsdommen som er sitert i punkt 4.2.2 avviser at det kan innfortolkes et krav til kopieringsgrunnlaget, selv om angjeldende sak er en *sivil* tvist.¹⁶⁵ Dommen er ikke rettskraftig.

Legalitetsprinsippet, forankret i Grunnloven § 96, er et mothensyn mot å innfortolke et krav om lovlig kopieringsgrunnlag i § 12, men dette prinsippet har som nevnt ikke like stor vekt dersom individet kun risikerer erstatningsansvar, ikke straff.

Avveining må skje mellom lovens ordlyd og retstekniske hensyn, som taler *imot* en sontring og balanseprinsippet som taler *for* å innføre en sontring, fordi innføring av et krav til kopieringsgrunnlaget vil styrke eneretten på det sivilrettslige området. I samme retning som balanseprinsippet trekker motivenes uttalelse om at det kan sondres mellom sivilrettslige og strafferettslige tvister. Også forslaget om å innføre et krav om lovlig kopieringsgrunnlag kan tale for en sontring.¹⁶⁶ Trolig er fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag i strid med våre internasjonale forpliktelser, se drøftelsen i punkt 4.3 nedenfor. Det totale rettskildebildet tilsier at det må innføres en sontring mellom straffe- og sivilrettslige tvister.

¹⁶⁴ Ds 2003:35.

¹⁶⁵ Publisert i TSGUD-2002-00203, utskrift fra internett, side 14.

¹⁶⁶ Høringsutkast av 2.april 2003, side 95.

4.3 Er retten til fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag i strid med tretrinns-testen?

4.3.1 Innledning

Som vi har sett er det tillatt å fremstille eksemplarer fra ulovlige kopieringsgrunnlag. Slik privatkopiering kan innebære et drastisk inngrep i eneretten, og gir samtidig unntaket i åvl § 12 stor rekkevidde. På denne bakgrunn er hovedproblemstillingen om § 12 på dette punkt er i strid med tretrinns-testen.

Først en kort presentasjon av testen; Tretrinns-testen er en internasjonal bestemmelse som setter rammer for hvilke unntak lovgiver kan gjøre fra rettighetshavernes enerett. Testen er nedfelt både i BKV art 9.2, TRIPS art 13 og WCT art 10.2 og infosoc-direktivets art 5.5. De tre sistnevnte bestemmelser ligger innenfor det Norge allerede er forpliktet til etter BKV. I fremstillingen henviser jeg derfor kun til BKV art 9, med mindre det er grunn til å trekke frem de andre konvensjonsbestemmelsene.

Etter BKV art 9.1 er utgangspunktet at opphavsmannen har en enerett til å fremstille eksemplar av sitt verk ”in any manner or form”. Bestemmelsen tilsvarer den norske § 2. I art 9.2 angis i hvilke tilfeller konvensjonslandene kan gjøre unntak fra utgangspunktet.¹⁶⁷ Testen går i tre trinn, derav navnet tretrinns-testen. For det første kan unntak kun gjøres i ”certain special cases”. For det andre må ikke unntaket “conflict with a normal exploitation of the work”. Det tredje kravet er at lovgiver må forsikre seg om at innskrenkningen ikke ”unreasonably prejudice the legitimate interests of the author/ right holder”. Erskov uttaler at BKV art 9 er ”elastisk i metermål”, men det er bedre enn ikke å ha noen retningslinjer.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Den offisielle tekst i art 9 første og annet ledd lyder:

1. Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

2. It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

¹⁶⁸ Erskov, 1997 side 85.

4.3.2 Oppfyller § 12 kravet til å være "et visst spesielt tilfelle"?

BKV art 9.2 slår fast at unntak fra eneretten kan gjøres i "certain special cases". Dette er testens første trinn. Spørsmålet er derfor om tolkningen av åvl § 12, som gir rom for fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag i det omfang som skjer i dag, oppfyller vilkåret om å være et slikt visst spesielt tilfelle.

Ordlyden i art 9.2 gir ingen nærmere veiledning for hva som ligger i begrepet "visse spesielle tilfeller". Det språklige innholdet i vilkåret kan likevel tyde på at det må utvises en viss forsiktighet med hensyn til å tillate avgrensninger i eneretten.

I rapporten som ble utarbeidet i forbindelse med Stockholm-konferansen i 1967, heretter kun omtalt som rapporten, er det uttalt at "åndsverklovens § 11 om fremstilling av eksemplarer til privat bruk, er klart hjemlet i Stockholmstekstens art 9.2".¹⁶⁹ Uttalelsen innebærer at åvl § 12 i hvert fall opprinnelig oppfylte vilkåret. Spørsmålet er om § 12 fremdeles er et "visst spesielt tilfelle", og dermed oppfyller testens første trinn.

I norsk teori hevdes det at vilkåret om at inngrep kun kan gjøres i "visse spesielle tilfelle", kun krever at eksemplarfremstillingen er innenfor de krav som medlemsstaten oppstiller i sin interne lovgivning. Dersom denne oppfatningen kan legges til grunn, innebærer det at dagens tolkning av § 12, går klar av testens første vilkår, fordi kopiering fra ulovlige verkseksemplarer er hjemlet i § 12, se punkt 4.2.2 over.

Uttalelser i svenske lovmotiver går i motsatt retning, ved at det i forbindelse med gjennomgangen av rapporten uttales at innholdet i uttrykket "certain special cases" er begrenset, ved at uttrykket ikke kan gis en tolkning som tillater at man innfører innskrenkninger i så mange og betydningsfulle tilfeller at den samlede effekten blir lik et generelt tvangslisenssystem.¹⁷⁰ Uttalelsen innebærer en oppfatning om at det i hvert fall kan stilles nærmere krav til innholdet i unntakene, og at det ikke er tilstrekkelig til å utgjøre et "visst spesielt tilfelle" at kopieringen er hjemlet i intern lovgivning.

¹⁶⁹ Rapport fra diplomatisk konferanse i Stockholm, 1967, side 22.

¹⁷⁰ SOU 1988:33 side 81.

Ved utarbeidingen av US Copyright Act, section 110 (5) uttalte WTO Panel at uttrykket ”visse spesielle tilfelle” kan bety at lovgivning som gjør innskrenkninger i eneretten må være *klart definert*.¹⁷¹ Dette støttes av Reinbothe og von Lewinski, som hevder at ”unspecified wholesale limitations or exceptions are not permitted”. Nasjonal rett må etter deres syn inneholde tilstrekkelig spesifisering som kan identifisere de tilfellene som kan tillate en innskrenkning i eneretten. Generelle og vage begrensninger i eneretten er ikke tillatt.¹⁷² En slik oppfatning innebærer ikke nødvendigvis at § 12 *ikke* oppfyller kravet i testens første trinn, selv om bestemmelsen har et noe uklart omfang ved å tillate kopiering fra ulovlige verkseksemplar. Bak uttalelsen ligger trolig en forutsetning om at det er en lovgiveroppgave å avgjøre hva som skal anses å være ”visse spesielle tilfelle”.

Senftleben hevder på den annen side at det *ikke* er nødvendig med klart definerte innskrenkninger i eneretten for å oppfylle kravet. Senftleben hevder at innskrenkninger i eneretten ikke trenger å være presise og klart definerte i lovgivningen, men at det er tilstrekkelig at domstolene foretar en nærmere fastsetting av de enkelte innskrenkninger.¹⁷³ Begrunnelsen for at det ikke er behov for klart definerte unntak, er at en slik streng linje sjelden er nødvendig ved bruk av tretrinns-testen, fordi testen legger opp til en skjønnsmessig helhetsvurdering. Tanken er at en vag ordlyd i større grad kan gi rom for rimelige løsninger.¹⁷⁴ Senftleben forutsetter altså at avgjørelsen av innholdet i begrepet ”visse spesielle tilfelle” skal avgjøres innenfor den enkelte stat.

Til oppsummering kan det sies at rapporten tidligere har slått fast at åvl § 12 oppfyller kravet i testens første trinn. Det kan være usikkert om dette også gjelder bestemmelsens nåværende drastiske inngrep i eneretten, men trolig er det tilstrekkelig at omfanget av fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag er hjemlet i § 12. Norsk teori hevder et slikt syn, og det er også forutsatt i utenlandsk teori. Også suverenitetsprinsippet som reelt hensyn trekker i retning av at det er en god løsning å overlate til den enkelte stat hva som skal anses å være ”et visst spesielt tilfelle”. Fordi retten til å fremstille eksemplar

¹⁷¹ WTO Panel- Copyright 2000, § 6.108.

¹⁷² Senftleben, 2004, som viser til Reinbothe og von Lewinski, 2002, side 124.

¹⁷³ Senftleben, 2004, side 137.

¹⁷⁴ Senftleben, 2004, side 136.

fra ulovlig kopieringsgrunnlag i dag er hjemlet i § 12, oppfyller bestemmelsen kravet til å være et ”visst spesielt tilfelle”.

4.3.3 Er kopieringen i konflikt med normal utnytting av verket?

Som vi har sett går fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag klar av testens første trinn. Vi skal her se nærmere på testens andre trinn. Problemstillingen er om kopiering fra ulovlig verkeksemplar skader opphavsmannens normale utnytting av verket.

Ordlyden i BKV art 9.2 uttaler at inngrep i eneretten ikke må ”conflict with a normal exploitation of the work”, men gir ingen nærmere veiledning for hva dette innebærer. Rapporten uttaler i tilknytning til vilkåret at mange land ønsket en spesifisering av de enkelte tilfelle hvor gjengivelse uten opphavsmannens samtykke skulle være tillatt, men at det til slutt ble oppnådd enighet om at art 9 skulle være en generell og elastisk regel.¹⁷⁵

Rapporten fra Stockholmskonferansen har fastslått at “if it is considered that reproduction conflicts with the normal exploitation of the work, reproduction is not permitted at all”.¹⁷⁶ Hvis fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag kommer i konflikt med rettighetshavers normale utnytting av verket, vil kopieringen altså være i strid med tretrinns-testen.

Det er tidligere slått fast at åvl § 12 går av tretrinns-testen¹⁷⁷, noe som er et argument for at bestemmelsen heller ikke i dag kan anses å være i konflikt med opphavsmannens normale utnytting av verket.

En retningslinje for tolkningen av begrepet ”normal utnytting” er rapportens uttalelse om at det er et prinsipp at ”all forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance, must be reserved to the authors”.¹⁷⁸ Retningslinjen innebærer at utnyttelse som har “betraktelig” økonomisk

¹⁷⁵ Rapport fra diplomatisk konferanse i Stockholm, 1967, side 13.

¹⁷⁶ Report on the Work of the Main Committee I, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm 1967, Punkt 85.

¹⁷⁷ Rapport fra diplomatisk konferanse i Stockholm, 1967, side 22.

¹⁷⁸ Senftleben, 2004 side 177 som viser til Doc. S/1, Records 1967, 112.

eller praktisk viktighet skal være forbeholdt rettighetshaver. Nedlasting fra internett til privat bruk kan i stor grad erstatte kjøp av autoriserte verkseksemplarer. Dette trekker i retning av at kopiering fra rettstridig verkseksemplar kan være i strid med testens andre trinn, fordi slik kopiering i stor grad kan fortrenge rettighetshavers økonomiske interesser.

Rapportens uttalelse er videre et argument for en normativ tilnæringsmåte, ved den innskutte bisetningen ”or are likely to acquire”. Uttalelsen kan innebære at det ikke bare er nåværende former for utnytting, men også potensielle fremtidige bruksmåter, som skal tas i betraktning.¹⁷⁹ Senftleben fremhever at ordet “normal” kan bety ordinær eller vanlig, og dermed vise til den erfaringsmessig regulære utnytting. Begrepet kan også ha et normativt innhold, som innebærer at det settes en viss standard for hva slags utnytting som bør forbeholdes rettighetshaver.¹⁸⁰ Denne sistnevnte tilnæringsmåten favner også utnyttingsmåter som rettighetshaver kanskje ikke har tatt i bruk, men som likevel bør være forbeholdt ham.

En normativ tilnæringsmåte gir begrepet ”normal utnytting” et dynamisk element. Sondringen har særlig interesse på grunn av teknologiens utvikling, som har resultert i bruk av nye inngripende kopieringsteknikker. Senftleben hevder at en normativ forståelse av begrepet også støttes av WTO Panel, som har trukket liknende konklusjoner.¹⁸¹ Videre hevder han at hvis den normative tilnæringsmåten legges til grunn, vil begrepet ”normal utnytting” dekke både nåværende og fremtidige bruksmåter, som har eller kan komme til å ha *betraktelig* økonomisk eller praktisk betydning.¹⁸² En normativ forståelse trekker samtidig i retning av at den utnytting som i dag er omfattet av § 12, kan tenkes å stride mot testens andre trinn, selv om privat bruk-bestemmelsen opprinnelig ble ansett å være innenfor rammen av BKV art 9.2.

Angående omfanget av eksemplarframstillingen uttaler rapporten at hvis et lite antall kopier blir fremstilt, kan kopieringen være tillatt, særlig hvis kopiene fremstilles til individuell bruk. Hvis eksemplarframstillingen produserer et veldig stort antall kopier,

¹⁷⁹ Senftleben, 2004 side 178.

¹⁸⁰ Senftleben, 2004, side 168.

¹⁸¹ Senftleben, 2004 side 178 som viser til WTO Panel – Copyright 2000, § 6.180.

¹⁸² Senftleben, 2004 side 179.

vil fremstillingen ikke være tillatt, fordi den kommer i konflikt med en normal utnytting av verket.¹⁸³ Det siste utsagnet trekker i retning av at kopiering fra ulovlig verkseksemplar kan innebære en fortregning av rettighetshavers økonomiske interesser og dermed være i strid med testens trinn to. Det er særlig den teknologiske utviklings utvidelse av kopieringsmulighetene, kombinert med internett som spredningsverktøy, som kan innebære en slik fortregning. Digitale kopier fremstilles uten generasjonstap, og kopiene kan dermed lett erstatte kjøp av autoriserte kopier. Særlig privat kopiering av musikkverk som er ulovlig utlagt på internett, kan innebære en trussel mot rettighetshavernes inntjening. Omfanget slik kopiering har fått de senere år, trekker sterkt i retning av at fremstillingen kommer i konflikt med rettighetshavers ”normale utnytting”.

Et formål bak art 9 er å balansere interessene til henholdsvis rettighetshaver og samfunnet. Formålet fremkommer ved å se rettighetshavers enerett i art 9.1, mot retten til å gjøre begrensninger i art 9.2. Når det gjelder kopiering fra rettsstridig eksemplar, så innebærer internett en risiko for bruk av åndsverk som helt fortrenger rettighetshavernes enerett. Det skal ikke mer til enn at én person legger ut et verkseksemplar på sin hjemmeside, så kan tusenvis av brukere fremstille kopier til privat bruk. På grunnlag av ett ulovlig eksemplar vil dermed tusenvis av privatkopier kunne fremstilles. Slik utnytting vil være i direkte konkurranse med autoriserte utnyttelser, også fordi rettighetshavere innen musikk, film og litteratur i økende grad selger verk via internett. Når § 12 gir rett til å fremstille kopier til privat bruk av verkseksemplarer som er lagt ut på internett uten rettighetshavernes tillatelse, vil det i sterk grad undergrave det opphavsrettslige vern. Balansen mellom rettighetshaver og allmennhet vil dermed bli forrykket. Et tolkningsresultat som ser hen til tretrinns-testens formål trekker dermed i retning av at privat eksemplarfremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag er i konflikt med rettighetshavers ”normale utnytting”.

Senftleben fremhever at den normative retningslinje i et digitalt perspektiv ikke kan innebære at alle former for utnytting av åndsverk faller inn under begrepet ”normal utnytting”. Han avviser at nye utnyttingsmåter som følge av digital teknologi kan lede til den forståelsen at normal utnytting favner nesten alle bruks- og utnyttingsmåter for

¹⁸³ Senftleben, 2004 side 182 som viser til Report on the work of the main committee I, Records 1967,

åndsverk.¹⁸⁴ En slik forståelse tilbakevises også av Heide, som mener at et slikt syn vil transformere tretrinns-testen til en ett-trinns-test.¹⁸⁵ Senftleben konkluderer med at ”normal utnyttning” ikke kan være likestilt med full bruk av alle enerettigheter. Begrepet ”normal utnyttning” vil etter hans syn utgjøre noe mindre enn full bruk av alle enerettigheter.¹⁸⁶ Det hevdes videre at som veiledning for hva slags inngrep som kan gjøres i eneretten, må man finne rammen for begrepet ”normal utnyttning” ved å balansere interessene til henholdsvis rettighetshaver og samfunnet.¹⁸⁷ Hvis balanseteorien kan legges til grunn, trekker denne som nevnt i retning av at fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag er i konflikt med rettighetshavers normale utnyttning av verket.

I forbindelse med gjennomføringen av infosoc-direktivet i norsk rett er det foreslått et nytt tredje ledd i § 11, med et eksplisitt forbud mot privat eksemplarfremstilling på grunnlag av et eksemplar som er fremstilt eller gjort tilgjengelig for allmennheten i strid med åvl § 2.¹⁸⁸ Både dansk og svensk rett har i samme forbindelse innført et eksplisitt krav om at kopiering bare kan skje fra lovlig fremstillingsgrunnlag. Den foreslåtte norske lovendringen, samt innføringen av et slikt krav i svensk og dansk rett, kan tyde på at tretrinns-testen etter infosoc-direktivet forutsetter at grunnlaget for eksemplarfremstillingen skal være et *lovlig* kopieringsgrunnlag. Bakgrunnen kan i så fall være at kopiering fra rettsstridig eksemplar anses å komme i konflikt med opphavsmannens normale utnyttning av verket. Et motargument er at ordlyden i direktivet ikke direkte foreskriver et krav til lovligheten av kopieringsgrunnlaget.

Rognstad hevder at et krav om lovlig kopieringsgrunnlag kan være i tråd med direktivets tretrinns-test, selv om direktivet *ikke* direkte foreskriver en slik bestemmelse.¹⁸⁹ Han uttaler også at tretrinns-testen er et argument for å innføre et krav om lovlig kopieringsgrunnlag.¹⁹⁰ Uttalelsen trekker i retning av at den nåværende tolkningspraksis, hvor § 12 anses å gi grunnlag også for eksemplarfremstilling fra

1145-1146.

¹⁸⁴ Senftleben, 2004 side 181.

¹⁸⁵ Senftleben, 2004 side 181, som viser til Heide, 1999 side 106.

¹⁸⁶ Senftleben, 2004 side 181-182, som viser til WTO Panel – Copyright 2000, § 6.167.

¹⁸⁷ Senftleben, 2004 side 182.

¹⁸⁸ Høringsutkast av 2.april 2003, side 95.

¹⁸⁹ Rognstad, NIR, 2003, side 10.

¹⁹⁰ Rognstad, forelesninger våren 2003, disposisjon pkt 8 og 9.

ulovlig kopieringsgrunnlag, kommer i konflikt med rettighetshavers normale utnyttning av verket.

Svenske lovmotiver uttaler at testens andre trinn tar sikte på å ramme situasjoner der ”intrånget blir så allvarligt att det normala utnyttjandet i sig risikerar att urholkas eller helt omöjliggöras”. Motivene uttrykker videre at eksemplarframstilling for det første kan komme i konflikt med normal utnyttning av verket hvis den som kopierer gjør det kommersielt eller benytter en metode av kommersiell karakter. For det andre kan det stride mot kriteriet dersom eksemplarframstilling skjer systematisk eller benyttes *kollektivt*, det vil si om et verk fremstilles i et stort antall eksemplarer. Det føyes til at det i visse tilfeller kan være tilstrekkelig med et fåtall eksemplarer.¹⁹¹ Uttalelsen tyder på at det skal en del til før bruken er i strid med ”normal utnyttning”. Når det gjelder internett så kan det argumenteres for at spredning av verk mellom ulike private brukere, har mye til felles med kollektiv utnyttning. Dette er i så fall et sterkt argument for at bruken er i strid med testens andre trinn.

Avslutningsvis kan det sies at det er flere argumenter som taler *imot* at framstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag er i strid med testens andre trinn. Rapporten har eksplisitt uttalt at åvl § 12 ikke er i strid med testen, selv om uttalelsens vekt trolig er noe redusert som følge av at den teknologiske utvikling drastisk har endret de faktiske forhold.

Videre kan uttalelsen om at ikke alle former for utnyttning skal forbeholdes rettighetshaver være et argument imot at kopieringen skal anses å stride mot tretrinns-testen. Når det gjelder ordlyden i art 9, så gir ikke denne noen veiledning til avgjørelsen av spørsmålet, bortsett fra at sammenhengen i bestemmelsen tilsier at det skal være en viss balanse i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn. Dette hensynet trekker i retning av at kopiering fra rettstridig grunnlag kan anses å være i strid med testens andre trinn. Rapportens normative retningslinje trekker i samme retning, ved at eneretten også kan omfatte *nye* former for utnyttning. Denne retningslinjen kan tyde på at spredning av verkseksemplarer på internett bør være forbeholdt rettighetshaver. Et sterkt argument er også det norske forslaget om å innføre et krav om lovlig kopieringsgrunnlag. Forslaget er jo fremsatt som ledd i etterlevelsen av tretrinns-testen. En samlet avveining av

¹⁹¹ SOU 1988:31 side 81.

rettskildene innebærer at kopiering fra ulovlig kopieringsgrunnlag er i strid med rettighetshavers normale utnyttning av verket.

4.3.4 Utgjør kopieringen et urimelig inngrep i rettighetshavers interesser?

Det er slått fast at fremstilling fra rettsstridig eksemplar er i strid med testens andre trinn. Testens tre trinn er alternative, slik at kopieringen dermed er ulovlig i henhold til Norges internasjonale forpliktelser. For å illustrere testens tredje trinn, er problemstillingen i dette punktet om kopieringen *i tillegg* på urimelig måte tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser.

Ordlyden i BKV art 9.2 uttaler at unntaket i intern lov ikke må ”unreasonably prejudice the legitimate interests of the author”, uten at ordlyden gir noen nærmere forklaring på hva dette innebærer. En ren språklig forståelse av ordlyden tyder likevel på at det er den kvalifiserte fortrensel av rettighetshaver som rammes av testens tredje trinn.

Verken ordlyden i art 9.2 eller rapporten gir noen klar definisjon på når en fortrensel blir urimelig.

Av rapporten fremgår det at kopieringen ikke nødvendigvis anses som en urimelig fortrensel av opphavsmannens legitime interesser, selv om fremstillingen skjer *uten* vederlag til opphavsmannen.¹⁹² Dette innebærer at testens tredje trinn i utgangspunktet ikke krever kompensasjon til rettighetshaver for kopieringen av hans verk, noe kopiering etter § 12 for øvrig heller ikke gir.

Når det gjelder spørsmålet om hvor mye som skal til før fremstillingen på urimelig måte tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser, gir ikke rapporten noen særlig veiledning. Men § 12 er tidligere vurdert å gå klar av tretrinns-testen, noe som er et argument for at kopiering fra ulovlig eksemplar *ikke* innebærer en ulovlig tilsidesetting av rettighetshavers legitime interesser.

¹⁹² Rapport fra Stockholmskonferansen, side 1145 flg.

I forbindelse med gjennomføringen av infosoc-direktivet uttales det at en videreføring av åvl § 12 i henhold til direktivet er betinget av at rettighetshaverne gis en rimelig kompensasjon.¹⁹³ Ordlyden i direktivets art 5.2 (b) forutsetter tilsynelatende alltid vederlag til opphavsmannen, ved uttrykket ”forudsat at rettighetshaverne modtager en rimelig kompensasjon”.¹⁹⁴ Forhandlingene i forbindelse med bestemmelsens tilblivelse fører likevel til en antagelse om at gjennomføringen kan skje slik at vederlag kreves der hvor behovet er sterkest.¹⁹⁵ Uttalelsen er relevant i forhold til tretrinns-testen i direktivets art 5.5, som er en skranke for hva slags unntak som kan gjøres i eneretten. Forutsetningen om kompensasjon til rettighetshaver kan tyde på at omfanget av privatkopiering i dag anses å tilsidesette rettighetshavers legitime interesser på en urimelig måte.

Wagle og Ødegaard hevder at den teknologiske utvikling kan føre til at privatkopiering til slutt gjør et så stort inngrep i rettighetshavernes enerett at kopieringen vil falle utenfor art 9.2. Det er særlig digital eksemplarfremstilling forfatterne har i tankene. Uttalelsen forutsetter at slik kopiering kan komme til å tilsidesette opphavsmannens interesser på urimelig måte, og er derfor et argument for at kopiering fra rettsstridig grunnlag er i strid med testens tredje trinn.¹⁹⁶

Senftleben hevder at det tredje kriteriet reduserer relevante interesser til interesser som er ”legitime”, noe som innebærer at ikke enhver interesse skal tas i betraktning. Selv om det dreier seg om en legitim interesse, er det likevel akseptabelt å gjøre inngrep i interessen, så lenge det ikke skjer til urimelig fortrenghet av rettighetshaver. Testens tredje trinn sonderer med andre ord mellom tillatte, rimelige inngrep og ulovlig urimelig tilsidesetting av eneretten.¹⁹⁷ Testens tredje trinn har dermed to elementer. For det første er relevante interesser begrenset til interesser som kvalifiserer til å være legitime. Tilsidesettingen av disse interessene er videre forbudt hvis fortrengheten når et urimelig nivå. Begge elementer hevdes å peke i samme retning, nemlig mot å oppnå balanse i

¹⁹³ Høringsutkast av 2.april 2003 side 29.

¹⁹⁴ Infosocdirektivet artikkel 5.2 (b).

¹⁹⁵ Direktivets fortale (35).

¹⁹⁶ Wagle og Ødegaard, 1997, side 302.

¹⁹⁷ Senftleben, 2004, side 210.

forholdet mellom rettighetshaver og samfunn.¹⁹⁸ Balanseprinsippet følger også av formålet med art 9, se punkt 4.3.3.

Spørsmålet er derfor om for eksempel digital kopiering av verk ved bruk av internett bør være forbeholdt rettighetshaver som en legitim interesse. Videre er spørsmålet om denne eventuelle legitime interesse blir urimelig tilsidesatt ved dagens omfang av kopiering.¹⁹⁹ Vurderingen må foretas i lys av hva som er en rimelig balanse i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn. Det kan hevdes at privatpersoner i stor grad oppnår besparelser gjennom å bruke kopier i stedet for autoriserte eksemplarer av et verk. Fremstillingen er dermed blitt en ny måte for økonomisk utnyttning av verket, muligens til stor økonomisk skade for rettighetshaver. Dette tyder på at denne form for utnyttning burde vært forbeholdt rettighetshaverne.

Videre er det hevdet at innholdet i begrepet ”legitim” viser til interesser som er positivt vernet i lovgivning.²⁰⁰ Begrepet kan på den annen side også vise til et mer normativt innhold, ved å peke på hvilke interesser som bør vernes i lys av de hensyn som begrunner eneretten.²⁰¹ Fordi det i dag er tillatt i norsk rett å fremstille verk fra ulovlig kopieringsgrunnlag, vil den første forståelsen innebære at kopieringen *ikke* er vernet som en legitim interesse for rettighetshaver. Ved den normative tilnæringsmåten kan resultatet bli motsatt, fordi fremstillingens økonomiske verdi tilsier at slik kopiering bør vernes som legitim interesse.

Senftleben hevder at for å unngå en urimelig tilsidesetting må det betales en rimelig kompensasjon til rettighetshaver.²⁰² Både rapporten og norske motiver bekrefter at det ved slik betaling skal mer til før utnyttningen anses urimelig.²⁰³ Videre uttaler Erskov at den internasjonale tendensen går i retning av at det skal betales også for den lovlige privatkopiering.²⁰⁴ Åvl § 12 gir ikke rettighetshaver noe krav på kompensasjon, noe som trekker i retning av at kopiering fra ulovlig verkseksemplar kan innebære en urimelig tilsidesetting av rettighetshavers legitime interesser.

¹⁹⁸ Senftleben, 2004, side 226.

¹⁹⁹ Senftleben, 2004, side 227.

²⁰⁰ WTO Panel- Copyright 2000, §6.227.

²⁰¹ WTO Panel- Copyright 2000, §6.224.

²⁰² Senftleben, 2004, side 234.

²⁰³ Rapport fra diplomatisk konferanse i Stockholm, 1967, side 13 og Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 22.

Avslutningsvis kan det sies at rapportuttalelsen om at § 12 *ikke* strider mot tretrinns-testen er et argument som taler imot at fremstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag er i strid med testens tredje trinn. Uttalelsens vekt er som nevnt redusert fordi teknologiske fremskritt har endret de faktiske forhold. Ordlyden i art 9 gir ikke noen veiledning til avgjørelsen av spørsmålet, men sammenhengen i bestemmelsen tilsier at det skal være balanse i forholdet mellom rettighetshaver og samfunn. Som vi har sett kan kopiering fra ulovlig verkseksemplar erstatte kjøp av autoriserte kopier og dermed gi rettighetshaveren store økonomiske tap. Balanseprinsippet trekker derfor sterkt i retning av at kopiering fra rettstridig grunnlag kan anses å være i strid med testens tredje trinn. Også norske motivuttalelser og juridisk teori trekker i retning av at slik kopiering kan tilsidesette opphavsmannens legitime interesser på en urimelig måte. Avveiningen av rettskildene innebærer at kopiering fra ulovlig kopieringsgrunnlag på urimelig måte tilsidesetter rettighetshavers legitime interesser.

4.3.5 Oppsummering

Som vi har sett er kopiering fra ulovlig verkseksemplar i strid med tretrinns-testen. På denne bakgrunn er problemstillingen om § 12 må tolkes innskrenkende for å sikre en etterlevelse av Norges internasjonale forpliktelser.

Drøftelsen i punkt 4.2.2 viser at legalitetsprinsippet er en sterk skranke ved tolkningen. Selv om etterlevelsen av våre internasjonale forpliktelser er et viktig argument, vil legalitetsprinsippet med sin Grunnlovsforankring veie tyngre, i hvert fall i strafferettslige tvister.

Problemstillingen er om det i sivile saker må innfortolkes et krav om lovlig kopieringsgrunnlag i § 12.

Jeg viser til drøftelsen i punkt 4.2.3 over. Som nevnt står legalitetsprinsippet langt svakere på det sivilrettslige området, enn når lovovertrедelser er belagt med straff. Innfortolkning av et krav om lovlig kopieringsgrunnlag vil bidra til en bedre etterlevelse

²⁰⁴ Erskov, 1997 side 81.

av våre internasjonale forpliktelser i sivile tvister. Også forslaget om å innføre et slikt krav er et argument for å tolke § 12 innskrenkende.²⁰⁵ Rettskildene tilsier at det i sivile tvister kan innfortolkes et krav om lovlig kopieringsgrunnlag.

²⁰⁵ Høringsutkast av 2.april 2003, side 95.

5 Litteraturliste

Lover

Grunnloven § 96.

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

Rettspraksis

Eidsivating lagmannsrett, dom av 2004-03-03

Borgarting lagmannsrett, dom av 2003-12-22, publisert i RG-2004-414

Sør-Gudbrandsdal tingrett, dom av 2003-01-22

NJA 2000 side 292.

Konvensjoner

Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraire et artistique. Paris, 1886 med senere endringer, senest i Stockholm 1967 og i Paris 1971, artikkel 9.

Vienna convention on the law of treaties of 23.05.1969, artikkel 31, 32 og 33.

TRIPS-avtalen (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights). WTO, 1993, artikkel 13

WIPO Copyright Treaty art 10.

EU/ EØS-rett

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af opphavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

Norske forarbeider

Innstilling til Lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk, Oslo 1950, avgitt ved kgl. res. av 24. februar 1939.

Ot. prp. nr. 26 (1959-60) Lov om opphavsrett til åndsverk.

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

NOU 1983:35 Endringer i åndsverkloven m.v.

Ot. prp. nr. 34 (1987-88) Om lov om endringer i åndsverkloven mm.

NOU 1988:22 Endringer i åndsverkloven m.v.

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

Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m

Høringsutkast av 2.april 2003 fra Kultur- og kirke departementet med forslag til endringer i lov 12.mai 1961 nr.2 (åndsverkloven) og i lov 14.desember 1956 nr.4 om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v. (fondsloven).

Utenlandske forarbeider

SOU 1956: 25 Upphövsmannarätt till litterära och konstnärliga verk.

Diplomatisk konferanse i Stockholm 11. juni til 14. juli 1967 vedrørende revisjon av Bernkonvensjonen til beskyttelse av litterære og kunstneriske verk og

Pariskonvensjonen til beskyttelse av den industrielle eiendomsrett. Rapport til Det Kgl.

Utenriksdepartement fra Den norske delegasjon, oppnevnt ved Det Kgl.

Utenriksdepartements beslutning av 7. juni 1967.

NU 1973:21 Upphovsrätt I, Fotokopiering och bandinspelning, särskilt inom undervisningsverksamhet

SOU 1983:65 Översyn av upphovsrättslagstiftningen; Delbetänkande 2 som behandlar närstående rättigheter, enskilt bruk och videogram.

SOU 1988:31 Översyn av upphovsrättslagstiftningen; Delbetänkande 4 som behandlar enskilt bruk, institutionell exemplarframställning.

Svensk Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället, genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m, unummerert utskrift fra www.regeringen.se

Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948, København 1951.

Udkast nr. 2 fra Undervisningsministeriet, København 1957.

Dansk lovforslag, Folketingsåret 1959-60.

Betænkning over I. Forslag til lov om ophavsretten til litterærer og kunstneriske værker og II. Forslag til lov om retten til fotografiske billeder, Folketinget 1960-61 (2. samling).

Billedret. 6. delbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen, København 1986.

Revision af ophavsretslovgivningen. Slutbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen, København 1990.

Dansk forslag til lov om ændring af ophavsretsloven nr. L 141 av 10.01.01.

Dansk lov om ændring af ophavsretsloven (gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.) av 17. desember 2002.

Dansk lovforslag av 8. oktober 2003 Lov om ændring af ophavsretsloven (revision af blankbåndsordningen, kopiering til privat brug m.v.).

Litteratur

Bing, Jon. Menneskers verk- om åndsverk, opphavsrett og kopiering, Oslo 1993.

Bing, Jon. Rettslige konsekvenser av digitalisering: Rettighetsadministrasjon og redaktøransvar i digitale nett. Oslo, 1994.

Boe, Erik. Innføring I Juss Juridisk tenkning og rettskildelære. Oslo, 1996.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 4. utgave ved Jan Helgesen. Oslo, 1997.

Erskov, Grethe. Underminering af litterære værkers ophavsrettlige beskyttelse ved en udvidet adgang til fri udnyttelse m.v. i den nye danske ophavsretslov. NIR 1997/80

Koktvedgaard, Mogens. Lærebog i Immaterialret. 6.utg. København, 2002.

Lassen, Birger Stuevold. En snekker på galeien- og to malerier i arresten. Tfr 1960/158.

Lassen, Birger Stuevold. Om tolkning av opphavsrettslige låneregler. NIR 1979/172.

Lassen, Birger Stuevold. Studiemateriale i opphavsrett og tilgrensende rettsområder. 2.utgave. Oslo, 1984.

Lassen, Birger Stuevold. Åndsretten i Knophs oversikt over Norges rett. 11. utgave, Oslo 1994, side 504-541.

Lassen, Birger Stuevold. Internasjonal opphavsrett. En innføring. Oslo, 1995.

Ljungman, Seve. Att tolka upphovsrättslagen, i ord och ton, STIM under 50 år 1923-1973, Stockholm 1973 side 35 flg.

Lund, Torben. Ophavsretten. Lovene af 31. maj 1961 om Ophavsrett og fotografibeskyttelse med kommentarer. København, 1961.

Olsson, Henry. Copyright- Svensk och internationell upphovsrätt. 6. upplagan, Stockholm 1998.

Olsson, Henry. Upphovsrätt och implementeringen av Infosoc-direktivet, utskrift fra internett, utgivelsested og årstall ikke oppgitt.

Reinbothe, J og S von Lewinski. The WIPO treaties 1996- The WIPO copyright treaty and the WIPO Performances and Phonograms treaty- commentary and Legal analysis, Butterworths, 2002.

Rognstad, Ole-Andreas. Opphavsrett. Nytt i privatretten nr. 2/ 2003.

Rognstad, Ole-Andreas. Norsk og utenlandsk praksis om ansvar knyttet til bruk av hyperlinker. ("pekere"). Nytt i privatretten nr. 4/2003.

Rognstad, Ole-Andreas. Fragmenter til en lærebok i opphavsrett. Oslo, 2004.

Ruud, Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald. Utvalgte emner i folkeretten. Metode- miljø- havrett- handel. Oslo, 1997.

Schønning, Peter. Lovlige kopier av ulovlige eksemplarer. Tidsskrift for forretningsjuss nr. 4/2000.

Schønning, Peter. Ophavsretsloven med kommentarer. 3. utgave. København, 2003.

Senfleben, Martin. Copyright, limitations and the three step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law. Haag, 2004.

Steen, Therese. Eksemplarframstilling av litterære verk til privat bruk. Oslo? CompLex nr 1/97.

Stray, Anne Lise Sijthoff. Opphavsretten. Oslo, 1989.

Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard jr. Opphavsrett i en digital verden. Oslo 1997.

Forelesninger og foredrag

Forelesninger i opphavs-, kunstner-, og fotografirett våren 2003.

Annet

Innlegg i Aftenposten 11. juni 2001 av adm. dir. John-Willy Rudolph, Kopinor.

Intervju med Kopinors faste juridiske rådgiver Astri M. Lund, publisert i Kopinors Årsmagasin 2001.

Intervju med nestleder i NOPA Norsk forening for komponister og tekstforfattere

Eyvind Skeie og leder i Norsk Musikkforleggerforening Leif A. Dramstad, publisert på Kopinors hjemmesider 7.mai 2002.

