

Utvalgte opphavsrettslige spørsmål ved digitalisering av bøker

Kandidatnummer: 556

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17.276 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon	1
1.2	Bakgrunn	2
1.3	Oppgavens siktemål og struktur	4
1.4	Avgrensninger	5
1.5	Litt om rettskildene	6
<u>2</u>	<u>DIGITALISERING SOM EKSEMPLARFREMSTILLING</u>	<u>8</u>
2.1	Hva er digitalisering?	8
2.2	Eksemplarbegrepet	9
2.3	Om kravet til fasthet og selvstendighet	10
2.4	Åvl. § 2 andre ledd	12
2.5	Unntaket for visse midlertidige reproduksjonshandlinger	14
2.6	Er skjermbildet et eksemplar av verket?	17
2.7	Hvor stor del av verket må kopieres for at det skal anses som et eksemplar?	18
<u>3</u>	<u>DIGITALISERING SOM TILGJENGELIGGJØRING</u>	<u>21</u>
3.1	Innledning	21
3.2	Spredning	21

3.3	Visning	23
3.4	Fremføring	23
4	<u>GOOGLE BOOK SEARCH</u>	<u>26</u>
4.1	Innledning	26
4.2	Google Books Library Project	27
4.3	Litt om den amerikanske «fair use»	30
5	<u>NASJONALBIBLIOTEKET</u>	<u>33</u>
5.1	Innledning	33
5.2	Åvl. § 16, med forskrifter	34
5.2.1	Eksempлярfremstilling	35
5.2.2	Tilgjengeliggjøring	37
5.3	Spesielt om pliktavlevert materiale	39
6	<u>SITATRETTE</u>	<u>41</u>
6.1	Nødvendigheten av regler om sitat	41
6.2	Sitat, sitere	42
6.3	Øvre og nedre grense	43
6.4	De øvrige vilkår	44
6.5	Sitatretten i forhold til opphavsrettsdirektivet	45
6.6	Hva med søkemotorenes bruk?	47
7	<u>FORELDRELØSE VERK</u>	<u>50</u>

7.1	Utgangspunktet etter norsk rett	50
7.2	Foreldreløse verk	50
7.3	Registre som løsning	53
7.4	Lovregler som løsning	54
7.5	Avtalelisens som løsning	56
<u>8</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>62</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATUR</u>	<u>A</u>
9.1	Bøker	A
9.2	Elektroniske dokumenter	A
9.3	Forarbeider	B

1 Innledning

1.1 Introduksjon

Den argentinske forfatteren Jorge Luis Borges beskriver i novellen «Biblioteket i Babel» en bygning der alle tenkelige bokstavkombinasjoner finnes i bokform. De fleste består naturlig nok av meningsløse bokstavrekker, men mellom disse finnes også alle *ordentlige* bøker som noensinne er skrevet. Høsten 2004 går jeg rundt i alle bokhandlene jeg vet om og leter etter nettopp novellene til Borges, som jeg har fått anbefalt. Det viser seg imidlertid at de ikke har vært i handelen på flere år, og at de lenge har vært utsolgt fra forlaget.

Selv om det ikke kan ha vært meningen da novellen ble utgitt i samlingen «Ficciones» i 1956, kan Borges' bibliotek i dag tjene som en allegori på det amerikanske dataselskapet Googles visjoner for fremtidens internett. Google har satt seg som mål å gjøre hele verdenslitteraturen søkbar gjennom sin søkemotor. Arbeidet er allerede godt i gang, og om jeg i dag navigerer meg frem til *books.google.com* og søker på «Jorge Luis Borges», får jeg øyeblikkelig opp flere treff på «Ficciones». Ved å klikke meg videre, kan jeg bla gjennom noen sider av boken på dataskjermen min, på samme måte som jeg kunne ha gjort med et fysisk eksemplar i bokhandelen. Jeg får også automatisk generert lenker til internettbokhandler der jeg kan kjøpe boken.

I utgangspunktet en vinn-vinn-situasjon, skulle man tro, der både forfattere og lesere vil kunne dra nytte av et markedssted som fremstår nærmest ubegrenset i forhold til bokhandlenes mer og mer bestselgerorienterte innkjøpspolitikk. Men hvordan stiller lovreglene seg til dette? Google blir møtt med skepsis både blant forfattere, forlag og bokhandlere, og har både i Europa og USA blitt saksøkt for brudd på opphavsretten.

1.2 Bakgrunn

De senere års tekniske utvikling har ført med seg nye muligheter, og store utfordringer, innenfor opphavsrettsområdet. Et åndsverk kjennetegnes gjerne ved at selve innholdet er overordnet det medium det har kommet til uttrykk gjennom. Dette gjør åndsverk godt egnet for digitalisering, og dermed også særlig sårbart for ulovlig kopiering og distribusjon. Digital reproduksjon innebærer i motsetning til analog kopiering ingen kvalitetsforringelse, og er dessuten både enklere og mindre kostbart. Når kapasitet på lagringsmedia og hastighet på nettoppkobling samtidig er gjenstand for stadige forbedringer, gjør dette at potensialet for tilgjengeliggjøring via datamaskinbaserte nettverk i dag langt på vei er ubegrenset. Dette kan gi store økonomiske tap for rettighetshaverne der det skjer uten deres samtykke.

Problemet har til nå særlig gjort seg gjeldende innenfor musikkindustrien, men også digitalisering av bøker har i det siste tiltrukket seg mye medieoppmerksomhet i forbindelse med større digitaliseringsprosjekter. Disse prosjektene skiller seg fra oppstusset rundt e-boken ved årtusenskiftet, bl.a. ved at det nå er snakk om å anvende selve nettet uten bruk av ytterligere hjelpemidler, som de mindre brukervennlige leseplatene og e-bokleserne. E-boken viste at opplevelsen av å lese en litterær tekst er sterkere knyttet til det fysiske mediet (boken) enn det avspilling av musikk er. Faren for privat misbruk ved digitalisering av bøker er derfor, i alle fall foreløpig, lite reell. De store digitaliseringsprosjektene har imidlertid blitt møtt med skepsis både i bokbransjen og blant litteraturinteresserte. Digitalisering på et slikt nivå vil, som denne oppgaven viser, raskt true opphavsmannens interesser og rett til egen utnyttelse av verket.

Opphavsretten til åndsverk reguleres i Norge av åndsverkloven¹, og innebærer en enerett for opphavsmannen til å råde over verket på to måter: For det første gjelder det retten til å fremstille eksemplar av verket, og for det andre retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Loven gjennomgikk i 2005 nokså omfattende endringer i forbindelse med

¹ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 nr. 2.

implementeringen av EUs opphavsrettsdirektiv.² Endringene innebar blant annet en utvidelse av opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling, der et av hovedpunktene var at både varige og midlertidige eksemplarer nå skulle dekkes av eneretten. Dette var nødvendig for å møte de nye problemstillingene som hadde oppstått omkring midlertidige lagringer i forbindelse med bruk av åndsverk i datamaskiner. Bestemmelsen som nå er kommet til uttrykk i åvl. § 2 definerer eneretten til eksemplarfremstilling som en rett til å «fremstille varig eller midlertidig eksemplar av [verket]». Av andre ledd fremgår det dessuten at «overføring til innretning som kan gjengi verket» skal regnes som fremstilling.

Slik regelen er utformet vil så godt som enhver bruk av åndsverk i datamaskiner nå falle inn under åvl. § 2. Dette ville innebære tildels store innskrenkninger i mulighetene til å utnytte den moderne teknologien effektivt dersom regelen hadde vært helt uten avgrensninger. Opphavsrettsdirektivet, som i følge fortalen (2) er vedtatt for å «fremme utviklingen av informasjonssamfunnet i Europa»³, inneholder derfor en slik avgrensningsregel. I fortalen (33) uttales det at

«Eneretten til reproduksjon bør omfattes av et unntak for å tillate visse handlinger med midlertidig reproduksjon som er flyktige eller tilfeldige, som utgjør en integrert og avgjørende del av en teknologisk prosess og utføres bare med det formål å muliggjøre enten effektiv overføring i et nett mellom tredjemenn fra en mellommann, eller rettmessig bruk av et verk eller annet vernet arbeid».

Også for eneretten til tilgjengeliggjøring innebærer gjennomføringen av direktivet endringer. Den såkalte *overføringsretten* i art. 3 ble etter en del diskusjon innlemmet i retten til offentlig fremføring. Enhver tilgjengeliggjøring av åndsverk i digitale nett vil etter det nye fjerde ledd i åvl. § 2 klassifiseres som fremføring. Det vide fremføringsbegrepet

² Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet.

³ Sitatene er gjengitt etter den uoffisielle norske oversettelsen.

understrekes også av en innsnevring av visningsbegrepet i § 2 tredje ledd, bokstav b. Visning omfatter nå kun offentlig visning *uten bruk av tekniske hjelpemidler*.

Disse reglene etterlater en del spørsmål både når det gjelder eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring. Den digitale teknologien innebærer at verkseksemplar ikke lenger behøver å være fysiske gjenstander. Dette utfordrer forestillingen om hva som skal ligge i eksemplarbegrepet, både når det gjelder det tradisjonelle kravet til fasthet og selvstendighet, og hva som skal regnes som en nødvendig og integrert del av en teknisk prosess. Med andre ord: Hva skal til for at vi skal ha å gjøre med det Mogens Koktvedgaard kaller et «*ophavsretlig relevant exemplar*»?⁴ Digitalisering av åndsverk har dessuten gjort det nødvendig å omdefinere noen av begrepene som regulerer retten til tilgjengeliggjøring av verket, med tanke på å klargjøre hva som skal regnes som visning og hva som er fremføring, jf. ovenfor. Skillet har betydning fordi retten til offentlig fremføring er knyttet til verket som sådan, ikke selve eksemplaret, og dermed ikke konsumeres.⁵

1.3 Oppgavens siktemål og struktur

Det mest ambisiøse digitaliseringsprosjektet for bøker er i dag utvilsomt Google Book Search (tidligere Google Print), der den uttalte målsetningen er å gjøre all verdens informasjon søkbar og nyttig ved blant annet å digitalisere hele verdenslitteraturen. Ved hjelp av Googles søkemotor på Internett⁶, vil brukere over hele verden kunne søke gjennom det fullstendige innholdet i de bøkene Google har digitalisert og inkludert i sine databaser. I Norge har Nasjonalbiblioteket sett det som sin oppgave å digitalisere sine boksamlinger for å ivareta sitt mål om å bevare den norske kulturarv.

Jeg vil i denne oppgaven først gi en generell fremstilling av opphavsmannens to eneretter; retten til eksemplarfremstilling og retten til tilgjengeliggjøring, sett i lys av den digitale

⁴ Koktvedgaard, s. 112.

⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 20.

⁶ <http://books.google.com>.

utviklingen. Utgangspunktet vil være den utforming bestemmelsene etter implementeringen av opphavsrettsdirektivet har fått i den norske åndsverkloven, men der disse avviker fra direktivet vil jeg også se på hva forskjellene betyr i praksis, samt gå til de norske forarbeidene for å se om disse er tilsiktet. Jeg vil deretter benytte de to nevnte digitaliseringsprosjektene til å illustrere noen av de problemstillingene denne avhandlingen reiser. Til slutt vil jeg vie litt ekstra plass til sitatretten og de såkalte foreldreløse verk; to rettslige fenomener som i forbindelse med digitalisering av bøker på flere måter har fått fornyet interesse.

1.4 Avgrensninger

Lovendringene i 2005 innebar ikke bare en gjennomføring av opphavsrettsdirektivet, men også enkelte andre endringer. I hovedsak dreide de relativt omfattende endringene seg om 1) enerettens innhold, 2) avgrensningene av eneretten, 3) utøvende kunstnere og film- og fonogramprodusenters rettigheter og 4) vern for tekniske beskyttelsessystemer.⁷ Jeg går ikke inn på disse endringene i større grad enn det den ovenfor skisserte problemstillingen krever. Dette betyr at avgrensningsreglene mot eksemplarfremstilling til privat bruk i § 12 faller utenfor, og det samme gjelder de nærstående rettigheter i åvl. kapittel 5.

Reglene om vern av tekniske beskyttelsessystemer i direktivet art. 6 vil ikke bli behandlet, ettersom jeg ikke kan se at dette har noen relevans i forhold til bøker. En bok i seg selv er ikke et teknisk medium, slik som f.eks. en cd-plate, og de beskyttelsesmekanismer man eventuelt skulle utstyre boken med, vil neppe kunne baseres på *teknologi*, i alle fall ikke innen overskuelig fremtid.

Sanksjonslæren faller også utenfor denne oppgavens rammer.

⁷ Rognstad, Ole-Andreas; *Store endringer i åndsverkloven*,
<http://www.justorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=24&ArtKey=336>.

Åvl. § 3 inneholder regler om opphavsmannens ideelle rettigheter; retten til å bli navngitt i tråd med god skikk, samt retten til å motsette seg krenkende bruk av verket. Det har vært hevdet at de tekniske bearbeidelsesmetodene vil kunne medføre en risiko for at brukeren mister respekten for verkets identitet. Forarbeidene til åndsverkloven advarer mot at «kilden og opphavsmannens navn ikke vil bli angitt eller at opplysningene om dette ikke følger verket ved bruken».⁸ Faren er, heter det, «betydelig». Jeg finner likevel av plasshensyn å måtte avgrense mot nærmere behandling av de ideelle rettigheter i denne oppgaven.

1.5 Litt om rettskildene

Den viktigste rettskilden på området er åndsverkloven. Loven forsøker å gi uttrykk for en rimelig avveining av hensynet til at opphavsmannen skal kunne ha kontroll med og kreve vederlag for bruken av sitt verk, og hensynet til at allmennheten på fornuftige vilkår gis adgang til åndsverkene. For tolkningen av åndsverkloven må man naturlig nok ta utgangspunkt i den alminnelige juridiske metode som følger av norsk rettskildelære. Man må imidlertid huske at enkelte av lovens bestemmelser er generelt utformet med tanke på tidligere former for utnyttelse av åndsverk, og kan fremstå som noe uklare ved anvendelse på ny teknologi. Det er derfor nyttig også å lese forarbeider. I denne oppgaven vil hovedfokuset ligge på forarbeidene i forbindelse med implementeringen av opphavsrettsdirektivet; Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) og Innst.O.nr.103 (2004-2005).

Det nordiske samarbeid på opphavsrettens område har tradisjoner helt tilbake til 1930-tallet, og i forbindelse med implementeringen av direktivet fremhevet departementet⁹ at det ennå er av «sentral betydning ... å bevare nordisk rettsenhet i så stor grad som mulig».¹⁰ Direktivet ble gjennomført i dansk rett i desember 2002, og det kan i visse tilfeller være interessant å se hen til dansk teori og praksis for å belyse enkelte problemstillinger som

⁸ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995), s. 45 og 46.

⁹ Det kongelige kultur- og kirkedepartement.

¹⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 12.

ennå ikke har rukket å bli behandlet så grundig i Norge. Jeg vil imidlertid gjøre oppmerksom på at det bare er direktivets generelle målsetning som er bindende for det enkelte medlemsland, og at formen og midlene for gjennomføringen er opp til staten selv.¹¹ Det er derfor ikke gitt at det innenfor direktivets rammer ikke kan forekomme forskjeller også mellom de nordiske landene.

Målsetningen med direktivet er å harmonisere medlemslandenes lovgivning på området for opphavsrett og nærstående rettigheter. Direktivet hjemler mulighet for en rekke nasjonale unntak fra eneretten. For digital utnyttelse er listen over unntak uttømmende. Blant unntakene er bare ett obligatorisk; nemlig unntaket for visse midlertidige kopier. Da direktivet ble gjort til en del av EØS-avtalen 9. juli 2004¹² innebar dette en forpliktelse for Norge til å gjennomføre direktivet i nasjonal rett. Gjennomføringen medførte som nevnt en rekke endringer i åndsverkloven, med det resultat at noen problemstillinger ble løst, mens andre oppsto. Jeg vil med denne oppgaven forsøke å avklare noen av de viktigste spørsmålene som har betydning for digitalisering av bøker.

¹¹ EØS-avtalen art. 7.

¹² Vedlegg XVII om opphavsrett, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004.

2 Digitalisering som eksemplarfremstilling

2.1 Hva er digitalisering?

Å digitalisere betyr i denne sammenhengen å overføre en tekst fra en fysisk bokside til maskinlesbar form. Dette foregår vanligvis slik at en skanner leser papirsiden optisk, og at den deretter kan lagres på datamaskinen som en bildefil. Denne teknikken innebærer at også skrukker, tegninger, flekker osv. på arket kommer med i den digitaliserte formen av teksten, idet resultatet blir en rent fotografisk gjengivelse av boksiden. Den digitaliserte teksten kan ikke endres direkte i et tekstbehandlingsprogram, men som helhet kan den likevel manipuleres i et bildebehandlingsprogram.¹³

Moderne OCR-teknologi gir også mulighet til å hente selve tekstinnholdet fra digitaliserte tekstsider.¹⁴ Slik teknologi er i hovedsak utviklet med tanke på såkalte storskaladigitaliseringsprosjekter, slik som digitalisering av hele bibliotekssamlinger, og er en nødvendighet for å kunne gjennomføre effektive *søk* i det digitaliserte materialet. Dette er noe jeg kommer tilbake til senere.

Omgjøring av en bok til maskinlesbar form åpner for andre og mer vidtgående former for utnyttelse enn det en papirutgave gjør. Den digitale kopien vil med dagens teknikk gjennomgående være av høy kvalitet, det digitale eksemplaret vil lett kunne reproduseres, og ettersom det ikke skjer noe generasjonstap ved kopiering av digitale tegn, vil disse kopiene bli identiske med originalen. Eksemplaret er lett å oppbevare; det tar ikke opp fysisk plass, og det forringes heller ikke med tiden.

Digital eksemplarfremstilling er i utgangspunktet underlagt opphavsmannens enerett på samme måte som analog kopiering.

¹³ Wagle og Ødegaard, s. 62.

¹⁴ *Søketeknologi anvendt i digitale bibliotek*,

http://www.nb.no/content/download/1802/15449/version/2/file/5_soketeknologi.pdf.

2.2 Eksemplarbegrepet

Eneretten til å fremstille eksemplar av verket omtales ofte som opphavsrettens kjerneområde, og den er også bakgrunn for rettens internasjonale navn, copyright. De ytre rammene for reglene er trukket opp gjennom en rekke internasjonale forpliktelser, for eksempel Bernkonvensjonen¹⁵, som i artikkel 9 (1) definerer retten slik:

«Opphavsmenn til litterære og kunstneriske verk som vernes etter nærværende konvensjon, nyter enerett til å tillate reproduksjon av disse verk, på enhver måte og i enhver form.»¹⁶

Konvensjonen anvender begrepet «reproduksjon» uten å definere nærmere hva som ligger i dette, utover at «ethvert lyd- eller billedopptak» etter artikkelens tredje ledd skal omfattes. Dette gir liten generell veiledning, og innebærer at medlemslandene må stå mer eller mindre fritt til å velge hva de vil legge i begrepet.¹⁷

I Norge er regelen formulert slik at opphavsmannen i åvl. § 2 første ledd gis en enerett til å fremstille *eksemplar* av verket. Heller ikke vår lovtekst gir mer enn et par stikkordsmessige bidrag til å klarlegge eksemplarbegrepet, og det finnes sparsomt med uttalelser i norske forarbeider som definerer eller problematiserer begrepet, antakelig fordi de typiske former for verkseksemplar synes å ha fremstått som nokså opplagte.¹⁸ Det er forsåvidt symptomatisk at forarbeidene peker på at «[o]verføring i datanettverk av verk og arbeider skaper behov for en presisering av hva som skal regnes som et (elektronisk) eksemplar»¹⁹,

¹⁵ Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk fra 1886.

¹⁶ Norsk oversettelse ved Astri M. Lund.

¹⁷ Wagle og Ødegaard, s. 152.

¹⁸ Rognstad (1999), s. 46.

¹⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 10.

uten at dette forsøkes oppnådd på annen måte enn ved rett og slett å presisere at eneretten omfatter «både varige og midlertidige eksemplar».

I teorien har det vært antatt at det for å foreligge en eksemplarfremstilling i alle fall må skje en fiksering av en viss varighet og med en viss selvstendighet. Dette kravet vil jeg se nærmere på nedenfor i pkt. 2.3. Kravet til fiksering må imidlertid holdes atskilt fra det kravet om at verket har kommet til en ytre realitet og ha en viss blivende karakter som er et av tre grunnvilkår for at en frembringelse i det hele tatt er å anse som et *åndsverk*.²⁰ Om en forfatter fremfører et nyskrevet dikt muntlig vil dette være nok til at diktet må anses som et åndsverk etter åvl. § 1, men likevel for flyktig til å kunne regnes som et eksemplar etter § 2. At eksemplarbegrepet således er snevrere enn selve åndsverksbegrepet er et naturlig utslag av prinsippet om at opphavsretten ikke begrenser seg til det enkelte eksemplar, men knytter seg til *åndsproduktet som immaterielt gode*.²¹

Selv om det ikke kan leses direkte ut av lovteksten, er det sikker rett at ikke *hele* verket behøver å være fiksert for at det skal foreligge en eksemplarfremstilling. Eneretten omfatter f.eks. også å kopiere noen sider av en bok. Her er det imidlertid klart at det må trekkes en nedre grense. Dette vil jeg se på nedenfor i pkt. 2.7.

2.3 Om kravet til fasthet og selvstendighet

Kravet til fasthet og selvstendighet knytter seg til selve fikseringen av verket, og antyder en nedre grense mot de helt flyktige reproduksjonene. Den teknologiske utvikling har de siste årene særlig aktualisert spørsmålet i forhold til de midlertidige fremstillingene som skjer i forbindelse med tekniske prosesser. Koktvedgaard formulerer det slik: «Medens det er klart, at eksemplarfremstilling i digital form omfattes af eneretten, er det mindre klart, om fikseringen af værket bør have en vis selvstendig karakter, eller om rent flygtige og tilfældige fikseringer, der finder sted som led i en sammenhengende teknisk proces, og

²⁰ Rognstad (2004), s. 18 flg.

²¹ Lassen (2004), s. 481.

som er accessoriske i forhold til det endelige resultat, fx skærmmvisning af et digitalt værk, skal anses som eksemplarframstilling».²²

Problemstillingen har vært drøftet på globalt nivå, blant annet i forbindelse med WIPO²³-forhandlingene i 1996 som førte frem til WCT²⁴. Noen høyere grad av enighet kunne man imidlertid ikke komme til, og problemstillingen ble først løst for EUs vedkommende ved opphavsrettsdirektivet, nærmere bestemt dettes art. 5.1. Bestemmelsen gjør et unntak fra eneretten for visse midlertidige eksemplarer, se nedenfor pkt. 2.5. Hovedregelen etter direktivet art. 2 er at opphavsmenn og nærstående rettighetshavere har enerett til eksemplarframstilling «direkte eller indirekte, midlertidig eller varig ... ved ethvert middel og i enhver form, helt eller delvis».

Resultatet av implementeringen av direktivet i norsk rett ble bl.a. en endring i den opprinnelige ordlyden i åvl. § 2 første ledd for å gjennomføre kravet om at eneretten skulle omfatte retten til å fremstille «varige» og «midlertidige» eksemplarer. Lovendringen var ment både å skulle presisere og styrke enerettene på enkelte punkter²⁵, uten at det går klart frem i *hvor stor grad* innføringen av begrepet «midlertidig eksemplar» innebærer en utvidelse av eksemplarbegrepet eller bare en presisering av allerede gjeldende rett.

Wagle og Ødegaard skriver for eksempel allerede i 1997 at det «ikke [er] et krav om varig fiksering slik at *også midlertidig fiksering* omfattes av begrepet, men et krav om en viss varighet (min kursivering)».²⁶

Ettersom bestemmelsen ennå er ny i norsk rett, finnes det få relevante rettskilder som tar spørsmålet direkte opp til behandling. I Danmark ble direktivet imidlertid implementert i 2002, og hos Kockvedgaard hevdes dette å ha medført en «viktig utvidelse af eksemplar-

²² Kockvedgaard, s. 113.

²³ World Intellectual Property Organization.

²⁴ WIPO Copyright Treaty (1996).

²⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 10.

²⁶ Wagle og Ødegaard, s. 154.

retten i forhold til tidligere, hvor det ble antaget, at visse former for flygtige og tilfældige fikseringer i forbindelse med transmission af værker, f.eks. via Internettet, ikke var omfattet af eksemplarretten. Det er de utvivlsomt nu». ²⁷ Endringen av åvl. § 2 første ledd må sees i sammenheng med det nevnte unntaket for visse midlertidige eksemplar som resulterte i en ny § 11a. Departementet fremholdt at unntaket innebærer at det «følger motsetningsvis ... at alle andre midlertidige eksemplar er omfattet av eneretten». ²⁸ En tolkning tilsvarende den danske må dermed også kunne sies å gi uttrykk for rettstilstanden i Norge.

2.4 Åvl. § 2 andre ledd

En praktisk viktig regel i forhold til digitalisering, er at også «overføring til innretning som kan gjengi verket» etter åvl. § 2 andre ledd regnes som eksemplarfremstilling. Dette åpner for en videre forståelse av eksemplarbegrepet enn kun de synbare kopier (f.eks. trykte bøker). Lagring av digitale verk på harddisk eller cd-plate vil ikke være synlig før det tilkobles en datamaskin som kan fremstille verket. Forholdet vil likevel falle inn under § 2 andre ledd, ettersom det har skjedd en overføring til innretning som *kan* gjengi verket. Det er ikke noe krav at slik gjengivelse faktisk skjer.

Regelen innebærer at det rettslig sett foreligger et eksemplar av boken idet det er opprettet en datafil som kan gjengi innholdet, enten det dreier seg om et rent tekstdokument eller en mer fotografisk gjengivelse f.eks. i pdf-format. Man kan spørre seg om det spiller noen rolle hvorvidt datafilen *lagres* på maskinens harddisk eller om den kun forblir midlertidig oppbevart i arbeidsminnet (RAM). ²⁹ Av Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) fremgår det på s. 14 at

²⁷ Koktvedgaard, s. 114.

²⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 16.

²⁹ RAM er en forkortelse for Random Access Memory, og betegner det man på norsk ofte kaller maskinens arbeidsminne. Lagring av data i maskinens RAM skiller seg fra lagring på harddisken eller andre permanente lagringsmedia ved at informasjonen kun eksisterer så lenge maskinen har strømtilførsel. Informasjonen kan ikke hentes frem igjen etter at maskinen har vært slått av. For en mer detaljert teknisk fremstilling vises til Wagle og Ødegaard, s. 508 flg.

«[e]neretten til eksemplarfremstilling [også] omfatter overføring av verket til et lagringsmedium som kan gjengi det, jf åndsverkloven § 2 andre ledd. Det betyr at overføring til et digitalt lagringsmedium, f eks harddisken på egen datamaskin eller en diskett, vil utgjøre en fremstilling av et eksemplar». Uttalelsen konsentrerer seg som vi ser utelukkende om de permanente formene for lagringsmedium, slik som harddisk og diskett, uten at departementet tar stilling til de mer flyktige måtene å oppbevare et dokument på.

Problemstillingen har bl.a. blitt behandlet av Therese Steen, som understreker at «lagring i arbeidsminnet gir tilstrekkelig grunnlag for å fremstille ytterligere eksemplar av verket. Man kan f.eks. ta en utskrift, legge verket over på diskett eller hente det frem fra en annen datamaskin i nettverk. Disse tekniske muligheter ved lagringen medfører at verket *kan gjengis* i henhold til § 2 andre ledd».³⁰ Etter en nærmere gjennomgang av norske og utenlandske rettskilder, heller hun mot at lagring i RAM innebærer en eksemplarfremstilling i lovens forstand, selv om det på daværende tidspunkt (1996) ikke kunne gis noe sikkert svar på spørsmålet.

Steen velger i sin avhandling å vinkle problemstillingen inn mot begrepet «innretning», og hvorvidt lagring i RAM tilfredsstiller de krav som måtte ligge i dette begrepet. Ole-Andreas Rognstad mener denne problemstillingen er *forfeilet*, idet spørsmålet ikke er hvorvidt selve innretningen oppfyller noen krav til bestandighet og varighet, men om den *verksgjengivelse* som innretningen *frembringer* er bestandig og varig nok til å utgjøre et eksemplar i lovens forstand.³¹ Innvendingen må sies å være berettiget, og støttes dessuten av Karnov³² i note (4) om åvl. § 2 andre ledd. Her fremgår det at «i tillegg til mer konvensjonelle eksemplarer som grammofoon og kassettpiller, er også en datamaskin eller et datamaskinlesbart medium en *innretning* som kan gjengi verket. Herunder datamaskinens internminne (RAM). Hvis det først foreligger en *fiksering*, vil det foreligge et eksemplar uansett hvilket medium verket fikseres i og uansett om det kan oppleves direkte eller kun via tekniske virkemidler (mine kursivering)». Vurderingstemaet blir altså hvorvidt det foreligger en

³⁰ Steen, s. 13.

³¹ Rognstad (1999), fotnote 91 på s. 48.

³² Norsk Lovkommentar. Hovedredaktører: Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland.

<http://www.rechtsdata.no/NLK/>.

«fiksering». Uttalelsen ovenfor sidestiller for øvrig begrepet med «eksemplar», uten å tilføre spesielt mye til forståelsen av innholdet.

Oppfatningen i dag synes å være at lagring i RAM er en konstant nok fiksering til at vi har å gjøre med et eksemplar i lovens forstand.³³ Det er i alle fall nærliggende å tolke opphavsrettsdirektivet i denne retning, jf. den vide formuleringen av reproduksjonsretten i art. 2. De uheldige konsekvensene en så omfattende enerett eventuelt ville medføre, kompenseres ved det obligatoriske unntaket for visse midlertidige reproduksjonshandlinger i direktivets art. 5.

2.5 Unntaket for visse midlertidige reproduksjonshandlinger

Digital bruk av åndsverk baserer seg på teknikker som ofte forutsetter fremstilling av midlertidige kopier. Dette har skapt nye opphavsrettslige komplikasjoner mht. hvor langt eneretten til eksemplarfremstilling skal rekke. Direktivets art. 5.1 inneholder et obligatorisk unntak som avgrenser eneretten mot visse midlertidige eksemplar. Hensikten er i følge departementet å «sikre at eneretten ikke er til hinder for at globale nettverk skal fungere effektivt».³⁴ Bestemmelsen ble i åvl. gjentatt i en ny § 11a som er formulert tett opp mot ordlyden i direktivet. Det reelle omfang av eneretten til eksemplarfremstilling fremgår i norsk rett dermed av åvl. § 2 sammenholdt med § 11a.

Ved digitalisering av bøker vil det på flere tidspunkt i prosessen kunne reises spørsmål ved hvorvidt det har skjedd en eksemplarfremstilling i rettslig forstand. Roger Clarke har i artikkelen *Gurgling Sounds* om Google forsøkt å oppsummere dette slik:

«This undertaking involves at least the following steps that can be argued to breach copyright:

- scanning the physical work involves the making of a copy;

³³ Se f.eks. Wagle og Ødegaard, s. 169.

³⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 12.

- extracting the text from the scanned image represents the making of a further copy and/or an adaptation;
- some of the content is reproduced in an index;
- some of the content is reproduced and served to users of the search engine;
- and
- a further copy is made and provided to the library whose book was scanned.»³⁵

Disse punktene viser hvordan digitalisering av bøker utfordrer det tradisjonelle eksemplarbegrepet. Teksten blir ved skanneprosessen skilt fra boken, men selve verket fortsetter å eksistere i mindre håndfaste, digitale former. Forholdets lovlighet avhenger av innskrenkningen i direktivets art. 5.1. Direktivet stiller opp fire kumulative vilkår for at fremstillingen av de midlertidige eksemplarer skal være unntatt fra opphavsmannens enerett: De midlertidige eksemplarene må være «flyktige eller tilfeldige», de skal utgjøre «en integrert og vesentlig del av en teknologisk prosess», de skal utelukkende ha til formål å muliggjøre enten «overføring i nettverk mellom tredjemenn foretatt av en mellommann» eller en «rettmessig bruk» av verk, og de skal ikke ha «noen selvstendig økonomisk betydning». Dersom disse vilkårene er oppfylt, skal unntaket ifølge fortalen (33) sikre at nettlæsning («browsing») og mellomlagring («caching») kan skje uten hinder av eneretten til eksemplarfremstilling.

Ved implementeringen av direktivet i norsk lov oppsto det noe usikkerhet rundt kravet til midlertidighet. Høringsutkastet kunne forstås slik at det også var meningen å unnta tilfeldige fremstillinger som *ikke* var av midlertidig karakter. Antipiratgruppen var blant de som uttrykte skepsis til en slik regel, bl.a. fordi det ville innebære en «uthuling av opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling».³⁶ Usikkerheten skyldtes nok mer en språklig misforståelse enn en reell uenighet, for departementet svarte med å endre ordlyden slik at det ikke skulle være noen tvil om at «det bare er de 'midlertidige' eksemplarer som omfattes

³⁵ Clarke, Roger; *Gurgling Sounds*, <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/II/Gurgle0604.html>.

³⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 16.

av unntaket».³⁷ Med «midlertidig» mente departementet imidlertid at eksemplaret som fremstilles må være forbigående *eller* tilfeldig.³⁸ Man kan jo spørre seg hvor stor virkning endringen av ordlyden fikk når man opererer med en slik definisjon av «midlertidig».

Dette er uansett bare det første av fire vilkår som kan utledes av åvl. § 11a. For å være unntatt fra eneretten må fremstillingen for det andre utgjøre en «integrert og vesentlig del av en teknisk prosess». Dette må oppfattes som et strengt krav; uttalelser i forarbeidene kan tolkes slik at det er et vilkår at den tekniske prosessen ikke skal «være mulig uten denne midlertidige eksemplarframstillingen».³⁹ Det tredje vilkår er at eksemplarframstillingen utelukkende må ha til formål å muliggjøre enten et mellomledds overføring av verk i nettverk mellom tredjemenn eller en lovlig bruk av verk i nettverk. Det forutsettes naturlig nok at bruken dette relaterer seg til er lovlig, noe som etter direktivets fortale (33) innebærer enten at rettighetshaver må gi samtykke eller at det ikke eksisterer noe forbud mot den aktuelle bruk. Bruken vil etter dette altså være lovlig om forholdet ikke omfattes av loven.⁴⁰ Til slutt er det også et krav om at de midlertidige eksemplarer ikke kan ha selvstendig økonomisk verdi.

Spørsmålet blir nå hvordan Clarkes liste over potensielle brudd på opphavsretten skal leses i lys av disse reglene. For det første punktet, *scanning the physical work*, virker det klart at det er snakk om en regulær eksemplarframstilling etter § 2. Det aktuelle eksemplar er ikke – heller ikke om det bare oppbevares i RAM, jf. ovenfor – av en slik midlertidig karakter at unntaket i § 11a kan gjøres gjeldende. Det samme må gjelde for det andre punktet, *extracting the text from the scanned image*, der det altså er snakk om å fremstille en avledet kopi i et format som gjør datamaskinen i stand til å lese de enkelte bokstaver. Indekseringen, som punkt tre dreier seg om, innebærer at dataene kategoriseres på en slik måte at søkemotorene kan respondere raskt på brukerens søk. Her er det kanskje mindre

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. s. 17.

⁴⁰ Ibid.

naturlig å snakke om en eksemplarframstilling, men rent teknisk er det det som skjer. Indeksen er imidlertid av en permanent art, og det kan neppe være snakk om et midlertidig eksemplar etter § 11a. Derimot kan det være mer tvilsomt hvordan man skal plassere den reproduksjonen som skjer som respons på brukerens søk. Her skjer det en framstilling basert på de tilfeldige ordene brukeren søker etter, og ettersom søkemotoren nullstilles for hvert nye søk, er framstillingen også av en midlertidig karakter. Framstillingen er videre en forutsetning for at søkemotoren skal kunne fungere. Gode grunner tilsier dermed at denne typen eksemplarframstilling er unntatt fra eneretten med hjemmel i § 11a. Når det gjelder Google Book Search, som artikkelen til Clarke refererer til, vil bruken imidlertid kunne være avskåret av andre grunner: Som jeg kommer nærmere tilbake til nedenfor i kapittel 4, er ikke Googles søkemotor nødvendigvis et verktøy kun for *lovlig* bruk.

2.6 Er skjermbildet et eksemplar av verket?

Wagle og Ødegaard gir en presis utdyping av denne problemstillingen: Et skjermbilde oppstår ved at «en elektronstråle lyser opp de enkelte bildeelementene i skjermen. Lysstyrken i bildeelementene forsvinner fort, men elektronstrålen sveiper over skjermen mange ganger hvert sekund slik at det ser ut for brukeren som om skjermen lyser med konstant styrke. Er denne framstillingen et eksemplar av verket?»⁴¹

Spørsmålet blir altså om selve skjermbildet kan representere et selvstendig eksemplar i tillegg til det eksemplaret som eksisterer i form av en datafil i maskinens harddisk eller på andre lagringsmedia. Her er det nok ikke grunnlag for å skille mellom visning på en dataskjerm og en tv-skjerm, der sistnevnte lenge har versert i juridisk teori som et eksempel på en framstilling som er for flyktig til å regnes som et eksemplar.⁴² Hovedargumentet må være det rent tekniske, at selve skjermbildet vil forsvinne idet man fjerner kilden, enten det skjer ved at man sletter datafilen eller kutter forbindelsen mellom datamaskinens

⁴¹ Wagle og Ødegaard, s. 172.

⁴² Se f.eks. Stray Vyrje, s. 198.

skjermkort og dataskjermen. Gjeldende rett må derfor være at skjermbildet er for flyktig til å regnes som et eksemplar.⁴³

2.7 Hvor stor del av verket må kopieres for at det skal anses som et eksemplar? Eneretten til eksemplarfremstilling omfatter som nevnt i pkt. 2.1 også delvis reproduksjon. Dermed oppstår det spørsmål om hvor stor del av verket som må fremstilles for at denne retten er krenket.

Reproduksjonsretten er i direktivet art. 2 formulert som en enerett til «å tillate eller forby direkte eller indirekte, midlertidig eller varig produksjon, ved ethvert middel og i enhver form, helt eller delvis». Formuleringen *helt eller delvis* ble ikke gjentatt i den norske lovteksten, uten at bakgrunnen for dette går frem av forarbeidene. Departementet nøyer seg med innledningsvis å slå fast at dette er direktivets måte å definere retten på, uten å komme tilbake til dette senere.⁴⁴ Grunnen må antakelig være at presiseringen for departementet fremsto overflødig i og med at bestemmelsen omfatter «varig og midlertidig eksemplar» samt «overføring til innretning som kan gjengi verket». Likevel kunne en mer direktivtro ordlyd e.m.m. bidratt ytterligere til å klarlegge eksemplarbegrepet.

På samme måte som i plagiatvurderingen, er det her viktig å skille mellom de vernede og de ikke-vernede elementene et verk består av. De enkelte ord og bokstaver som en bok er satt sammen av er eksempler på slike ikke-vernede elementer. En reproduksjon av enkeltord vil i utgangspunktet ikke være å regne som en krenkende eksemplarfremstilling, det avgjørende må være hva som totalt er kopiert. Generelt kan det anføres at hvis delen som kopieres inneholder en utforming som har bidratt til at verket som helhet har oppfylt kravet til verkshøyde, så er kopieringen av denne delen en krenkelse av opphavsretten til dette verket.⁴⁵ På den måten blir det avgjørende om «et tilstrekkelig antall av de

⁴³ Bing, s. 88.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 15.

⁴⁵ Wagle og Ødegaard, s. 173.

individuelle trekkene som opphavsrettsbeskyttelsen knytter seg til kan gjenkjennes» i reproduksjonen.⁴⁶

Et av nøkkelbegrepene i vurderingen av om et verk tilfredsstillende oppfyller kravene til verkshøyde, er om det i tilstrekkelig grad er et resultat av opphavsmannens individuelle og skapende innsats. En reproduksjon vil dermed være en eksemplarframstilling så lenge man kan gjenfinne spor av denne innsatsen i det reproduserte. For en romans vedkommende kan man operere med detaljinndeling i kapitler, avsnitt, setninger, ord og bokstaver. Det vil normalt ikke være tvilsomt at kapitler, og også avsnitt, isolert sett vil kunne sees på som åndsverk. Hvorvidt enkeltsetninger vil kunne inneha åndsverk-kvalitet er mer tvilsomt. Her må det imidlertid være rom for konkrete vurderinger, ettersom setningene i en roman i visse tilfeller kan være både lange og kunstnerisk oppbygd. En setning alene kan f.eks. utgjøre et helt avsnitt. Det blir derfor for lett å la rettsreglene hvile kun på grammatiske regler.

En kjent dom fra Danmark berørte problemstillingen i forhold til en romantittel. Tvisten gjaldt Ernest Hemingways «For Whom The Bell Tolls?», og hvorvidt oversetteren kunne påberope seg enerett til bruk av den danske oversettelsen «Hvem ringer klokkerne for?». Her dreide det seg altså kun om fire ord og et spørsmålstegn, men Højesteret kom likevel til at tittelen ga uttrykk for et «individuell og skapende åndsarbeide» i en slik grad at den måtte være beskyttet (UfR 1951, s. 725). Rognstad antar at denne dommen etter norsk oppfatning setter grensen for lavt.⁴⁷

Et aktuelt eksempel kan illustrere at problemstillingen ikke er upraktisk: Da forfatteren Rune Angell-Jacobsen høsten 2006 ga ut kriminalromanen «Abel Ek – en statsråds død» på Juritzen forlag, skapte det reaksjoner, ettersom dikteren Jan Erik Vold tidligere hadde brukt det samme navnet i sin diktsamling «En som het Abel Ek» fra 1988. Forfatterforeningen mente at Vold måtte ha enerett til å bruke navnet, og henvendte seg til Juritzen for å få forlaget til å endre navn på Angell-Jacobsens krimhelt. Jeg kjenner ikke til utfallet av saken, men slik jeg ser det ville det være å strekke eneretten

⁴⁶ Stray Vyrje, s. 199.

⁴⁷ Rognstad (2004), s. 31.

for langt dersom man ga Forfatterforeningen medhold her. Noe annet ville det naturligvis vært dersom det hadde dreid seg om en romanfigur *som sådan*. En fiktiv figurs personlighet og karakter vil jo ofte være uttrykk for en tildels omfattende åndsinnsetning fra forfatteren.

For poesi gir det mindre mening å knytte vurderingene til begreper som kapittel og avsnitt, ettersom poesi sjelden er inndelt på denne måten. Rent grammatisk kan et dikt ofte kun bestå av én setning, og det kan ligge betydelig arbeid bak hvert enkelt ordvalg og setnings-sammenstillingen. Dette illustrerer både nødvendigheten av en konkret vurdering og vanskeligheten i å operere med et skjematisk regelsett. Selv om det nok skal mye til innenfor tradisjonell prosa, tydeliggjør poesien at en enkelt setning likevel kan tenkes å ha tilstrekkelig åndsverk-kvalitet til å kvalifisere som eksemplar – og dermed også utgjøre en eksemplarfremstilling som ligger under opphavsmannens enerett.

3 Digitalisering som tilgjengeliggjøring

3.1 Innledning

Åvl. § 2 gir opphavsmannen enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Retten tilsvarer opphavsrettsdirektivet art. 3 om rett til offentlig fremføring av verk og rett til å gjøre andre vernede arbeider tilgjengelig for allmennheten, samt art. 4 om spredningsretten. Eneretten er i norsk lov presisert til å omfatte tre kategorier av handlinger: Spredning, visning og fremføring. Retten er begrenset på den måten at den kun gjelder overfor allmennheten. Dette er en annen formulering enn den opprinnelige, der det var tale om en enerett til tilgjengeliggjøring utenfor det private område. Endringen innebærer imidlertid ingen realitetsforskjell, ettersom «verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når det gjøres tilgjengelig utenfor det private område».⁴⁸

3.2 Spredning

Retten til å spre verket til allmennheten fungerer selvstendig i forhold til reproduksjonsretten på den måten at opphavsmannen kan tillate fremstilling av eksemplarer og samtidig nekte offentlig spredning av disse. Verket spres når ett eller flere eksemplarer frembys for salg, utleie, utlån eller på annen måte spres, jf. åvl. § 2 tredje ledd. I forarbeidene understrekes det at lovens spredningsbegrep også er ment å skulle omfatte overdragelse av *ett* eksemplar til *en* enkelt person.⁴⁹

Å gjøre verkseksemplarer tilgjengelig i et nettverk som er åpent for allmennheten, typisk Internett, vil være tilgjengeliggjøring i lovens forstand. Teorien har vært noe sprikende i synet på om denne typen tilgjengeliggjøring skal klassifiseres som spredning, visning eller

⁴⁸ Norsk Lovkommentar, åvl. § 2, note (3).

⁴⁹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960), s. 19.

fremføring. For å konstatere *utgivelse* i nettverk, er det tilstrekkelig at ett eksemplar er gjort tilgjengelig. Begrunnelsen er at dette er nok til å tilfredsstille etterspørselen, siden eksemplaret kan være grunnlag for et ubegrenset antall kopier.⁵⁰ Vurderingstemaet i utgivelsesspørsmålet er ellers såpass sammenfallende for det som er tema for spredningsretten, at Wagle og Ødegaard velger å ta dette til inntekt for at publisering av ett eksemplar i et nettverk «forholdsvis klart ... anses som spredning av verket».⁵¹

Ut fra en hverdagslig språkbruk kan det likevel virke litt merkelig å snakke om spredning av eksemplar når det faktisk gjelder spredning av digitale tegn og ikke fysiske eksemplar. Spredningsretten har tradisjonelt vært sett på som knyttet til eksemplaret, og ikke verket som sådan.⁵² Dessuten vil mottakere sitte igjen med et annet eksemplar enn det som ble lagt tilgjengelig på nettet. Peter Schönning mener at spredningsbegrepet derfor kun omfatter eksemplarer i fysisk eller materiell form, og ikke overføring av verk i digitale nett o.l.⁵³

Rognstad peker på de forskjeller det faktisk er mellom digitale overføringer og spredning av fysiske eksemplarer. Ved digital overføring disponerer man teknisk sett ikke over eksemplarer, men data som gjør det mulig for mottakeren å fremstille *egne* eksemplarer. Dette vil man lett overse ved å klassifisere begge disse situasjoner som spredning.⁵⁴ Dette synet støttes av internasjonale konvensjoner, bl.a. direktivet art. 4 (jf. fortalen (28)). Status etter norsk rett i dag er derfor at spredningsretten kun omfatter besittelsesoverføring av fysiske eksemplar.⁵⁵ Digitale overføringer behandles som fremføring, jf. nedenfor i pkt. 3.4.

⁵⁰ NOU 1986: 18, s. 21.

⁵¹ Wagle og Ødegaard, s. 179.

⁵² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 20.

⁵³ Schönning, s. 132.

⁵⁴ Rognstad (2004), s. 80. Se også *Rognstad* i Festskrift til Mogens Koktvedgaard på s. 455-457.

⁵⁵ *Ibid.*

3.3 Visning

Visningsbegrepet omfatter visning av et verkseksemplar «offentlig uten bruk av tekniske virkemidler», jf. åvl. § 2 tredje ledd, bokstav b. Visningsbegrepet knytter seg altså til de fysiske eksemplarer av verket, og har dermed begrenset betydning for verk i digitalisert form. Wagle og Ødegaard nevner situasjonen der et digitalt verk overføres på trykt medium, illustrert ved utskrift av et datamaskinprogramms kildekode på papir eller annet materiale.⁵⁶ Fremvisning av kildekoden vil da kunne være en offentlig visning av datamaskinprogrammet. For bøkernes vedkommende vil et tilsvarende resonnement bli noe konstruert, ettersom bokens «kildekode» jo er bokstavene i teksten består av. En fremstilling av disse vil dermed i praksis ikke skille seg fra ordinær analog eksemplarfremstilling.

Ved å understreke at visning bare omfatter bruk uten hjelp av tekniske virkemidler oppnådde departementet å fjerne den tvil som tidligere verserte omkring «skjermbildets rettslige natur». Det var tidligere antatt at å vise et stillbilde av et litterært verk, f.eks. en bokside, på film eller fjernsyn, var å betrakte som visning av verket.⁵⁷ En naturlig analogi ville være å anta at det samme måtte gjelde for et bilde på en dataskjerm. Etter någjeldende regler vil alt dette være å regne som fremføring. Endringen var viktig fordi adgangen til offentlig visning av verk som hovedregel er fri, jf. konsumpsjonsregelen i åvl. § 20, mens adgangen til offentlig fremføring av verket er begrenset.

3.4 Fremføring

I forbindelse med gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet ble det diskutert hvorvidt tilgjengeliggjøring av verk i digitale nettverk uttrykkelig skulle angis som en del av det allerede eksisterende fremføringsbegrepet, eller om det skulle innføres en ny type beføyelse. Blant høringsinstansene stilte IFPI⁵⁸, FONO og GramArt seg positive til å innføre begrepet *tilrådighetsstillelse til allmenheten* som en egen underkategori til tilgjengeliggjøring i åvl. § 2. IFPI uttalte bl.a. at:

⁵⁶ Wagle og Ødegaard, s. 180.

⁵⁷ Ibid. s. 181.

⁵⁸ International Federation of the Phonographic Industry.

«IFPI oppfatter det som lite heldig at denne retten sorteres inn under kategorien offentlig fremføring. Tilrådighetsstillelse (via nettet) har en helt annen karakter enn tradisjonell offentlig fremføring. Mange forventer også at området vil bli så omfattende at det vil forsvare etablering av en særegen rett, likestilt med offentlig fremføring og visning.»⁵⁹

Departementet delte ikke denne oppfatningen, og foreslo en mindre detaljert løsning ettersom

«... innføring av underkategorien 'tilrådighetsstillelse for allmennheten' ikke uten videre vil medføre den ønskede klargjøring, men skape usikkerhet om dette vernet strekker seg lenger enn det som i dag dekkes av tilgjengeliggjøring for allmennheten.»⁶⁰

Advokatforeningen og Antipiratgruppen mente at en bedre løsning ville være å innføre *overføring til allmennheten* som et tillegg til «offentlig fremføring». Dette bl.a. for å reservere fremføringsbegrepet for tilfeller der det skjer en *live* fremføring for et tilstedeværende publikum. En lignende løsning er valgt i Sverige, med det resultat at begrepet «fremføring» i større grad sammenfaller med det man etter naturlig språkbruk vil assosiere det med. Antipiratgruppen mener dette kunne bidra til å unngå

«... de vansker mange har hatt med å forstå at det å gjøre et musikkverk tilgjengelig i et digitalt nett, er å betrakte som 'fremføring' av musikkverket. Dette er nok særlig begrunnet i at mange ut i fra en naturlig språklig forståelse av begrepet 'fremføring' forbinder dette med en live-fremføring eller en avspilling av et opptak, med andre ord noe som kan høres eller ses».⁶¹

⁵⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 21.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

Departementet sa seg heller ikke enig i dette, og mente at en slik sideordning av begrepene «overføring til allmennheten» og «offentlig fremføring» ikke ville medføre noen større klarhet. I stedet gikk departementet inn for at overføring til allmennheten skulle *inngå* i begrepet «offentlig fremføring». Det ble dessuten lagt vekt på den allerede vel etablerte oppfatning av innholdet i fremføringsbegrepet og hensynet til ikke å lage kompliserte overgangsordninger i forhold til eksisterende avtaler på området. Resultatet av dette er at all tilgjengeliggjøring av åndsverk i digitale nett regnes som fremføring. En bok kan ikke gjøres tilgjengelig på denne måten uten opphavsmannens samtykke.

Departementet er i sin argumentasjon opptatt av klarhet. Det er derfor paradoksalt at de valgte den løsningen som etter mitt syn samsvarer minst med den vanlige språklige oppfatning. Løsningen innebærer også at det norske fremføringsbegrepet utvides ytterligere i forhold til det som i opphavsrettlige konvensjoner benevnes som «public performance». Den kortsiktige gevinsten er nok antakelig størst ved ikke å innføre en ny beføyelse i ordlyden, ettersom man da unngår en del nye avgrensninger og tolkninger. På lengre sikt tror jeg imidlertid innføring av «overføring til allmennheten» som sidestilt med «offentlig fremføring» ville gitt en klarere regel.

4 Google Book Search

4.1 Innledning

En søkemotor kan sies å fungere for Internett omtrent på samme måte som et stikkordregister for en bok: Ved hjelp av ett eller flere søkeord kan du finne frem til en lenke som tar deg videre til et nettsted der du kanskje kan finne det du er ute etter. Dette gjelder all type informasjon som finnes på nettet, enten det dreier seg om ren tekst, bilder, lyd- eller videofiler. For å kunne tilby en slik tjeneste, er Google, og andre aktører som driver lignende søkemotorer, avhengig av først å *indeksere* det materialet det skal søkes i. Dette skjer ved at en såkalt *web-spider* kopierer alt innholdet i sidene inn på store tjenermaskiner. Innholdet blir videre lagret og, etter ulike prinsipper jeg ikke kan gå inn på her, katalogisert og gjort lesbare for søkemaskinene.⁶² Det er ikke tvil om at den type reproduksjon som skjer ved indekseringen er å regne som eksemplarframstilling i juridisk forstand, jf. ovenfor i pkt. 2.5.

Allerede her ser vi hvorfor Google raskt havner i opphavsrettslige problemer: Det finnes ingen hjemmel for slik eksemplarframstilling. Når åvl. § 2 gir opphavsmannen enerett til eksemplarframstilling, innebærer det at andre ikke kan fremstille eksemplarer – i noen slags form – uten at opphavsmannen har gitt samtykke til dette. Et samtykke må imidlertid ikke nødvendigvis være gitt eksplisitt. Derfor har det i forbindelse med de ordinære søkemotorene vært argumentert med at man ved å gjøre informasjon tilgjengelig på Internett, må anses for implisitt å ha gitt samtykke til en viss bruk som i utgangspunktet ligger innenfor opphavsmannens enerett. Olav Torvund mener at et slikt samtykke i prinsippet vil kunne strekkes langt nok til å godta den eksemplarframstillingen som skjer

⁶² For mer informasjon, se f.eks. http://en.wikipedia.org/wiki/Index_%28search_engine%29.

ved indeksering, blant annet fordi det finnes relativt enkle grep opphavsmannen kan gjøre for å hindre at materialet blir indeksert.⁶³

Uansett om man vil anse en opphavsmann som har publisert sine verk på nettet for å ha samtykket til at disse samles inn og indekseres av en søkemotor, er det åpenbart at den som kun har publisert sitt verk i en *god gammeldags bok av papir* ikke har samtykket til noe slikt. Man har ingen avgrensingsregler i norsk rett, eller så vidt kan sees i europeisk rett forøvrig, som er dekkende for det digitaliseringsarbeidet Google er i ferd med å utsette verdenslitteraturen for. Google Book Search må derfor i første rekke basere seg på avtaler med rettighetshaver eller utløpt vernetid. Dette er begrensninger Google bare delvis har vært villig til å føye seg etter.

For å kunne nå sitt mål om å digitalisere hele verdenslitteraturen, er Google avhengig av fysisk tilgang til enorme mengder med bøker. Disse blir hovedsaklig skaffet til veie på en av to måter: Google Books Partner Program innebærer at Google inngår avtaler med forlag og forfattere om å inkludere deres bøker i søkemassen. Google Books Library Project innebærer at Google inngår avtaler med biblioteker om digitalisering av deres samlinger. Forutsatt at avtalen inngås med riktig rettighetshaver, byr ikke den første ordningen på spesielle opphavsrettslige problemer. Jeg vil derfor fokusere på biblioteksprosjektet i det kommende, ettersom denne modellen har blitt møtt med tildels sterke reaksjoner.

4.2 Google Books Library Project

Library Project innebærer at biblioteker verden over inngår avtaler med Google om digitalisering av sine samlinger. I skrivende stund er ingen skandinaviske biblioteker med i dette prosjektet, men anerkjente universiteter som f.eks. Michigan, Harvard, Stanford og Oxford har alle stilt sine samlinger til disposisjon for Google.

⁶³ Torvund, Olav; *Google og opphavsrett*, http://www.torvund.net/artikler/google_opphavsrett.asp.

Googles ambisjon er å lage en *forbedret kortkatalog over verdens bøker*.⁶⁴ Dette innebærer at så mange bibliotekssamlinger som mulig blir gjort digitalt søkbare, slik at en bruker ved å taste inn en søketerm vil kunne få opp basisinformasjon om boken, på samme måte som i en vanlig kortkatalog, i tillegg til «noen setninger av søketermen deres i sammenheng».⁶⁵ Google ser ut til i stor grad å la det være opp til de deltakende biblioteker selv å avgjøre hvilke deler av sine samlinger de ønsker å bidra med. Dette har ført til en del ulikheter fra bibliotek til bibliotek, der de fleste har begrenset avtalen til kun å omfatte bøker vernetiden har løpt ut for. I USA har imidlertid Googles avtale med universitetsbiblioteket ved University of Michigan skapt furore og ført til søksmål (jf. nedenfor i pkt. 4.3), ettersom denne avtalen går ut på at *hele* bibliotekets samling skal digitaliseres, dvs. også de bøkene som ennå er under opphavsrettslig beskyttelse.

Dette reiser ikke bare spørsmål ved Googles rett til å skanne bøker uten først å innhente samtykke fra opphavsmannen, men også ved bibliotekenes rett til å inngå slike avtaler om utnyttelse av verkene. I den norske åvl. § 19 fremgår det av første ledd at åndsverks-eksemplarer som er solgt eller overdratt på annen måte fritt kan lånes ut til allmennheten. Bestemmelsen hviler på det kulturpolitiske hensyn at man ikke ønsker at opphavsmennene skal kunne gripe inn i adgangen til å stille åndsverk til rådighet på offentlige biblioteker eller andre utlånsinstitusjoner. Utgangspunktet er noe annet enn det som fremgår av EUs utleiedirektiv der også eneretten til utlån tilfaller opphavsmannen. Direktivet åpner likevel i art. 5.1 for at medlemslandene skal kunne innskrenke denne retten «forutsatt at i det minste opphavsmennene mottar vederlag for slikt utlån».

I prinsippet foreligger det ingen begrensning i *hvem* bibliotekene kan låne sine bøker ut til, eller hvor stor del av samlingen den enkelte kan låne. Hvordan den enkelte låntaker innen låneperioden utnytter verket, ligger heller ikke hos bibliotekene å kontrollere, og eventuelle kopieringer vil vel her uansett ofte kunne dekkes av regelen om privat eksemplar-fremstilling i åvl. § 12. For slike «utlånsavtaler» som det er snakk om i forbindelse med

⁶⁴ *Google Book Search vanlige spørsmål*, <http://books.google.no/googlebooks/common.html>.

⁶⁵ Ibid.

Google Books Library Project, fremstår det nokså åpenbart at de kulturpolitiske grunner for å holde utlånet fritt ikke står like sterkt. Man kan tvert i mot hevde at ettersom en av grunnene for å unnta maskinlesbare dataprogrammer fra bestemmelsen er at disse er særlig sårbare for kopiering⁶⁶, må en avtale som nettopp *går ut på* å kopiere åndsverk over til maskinlesbar form falle utenfor hovedregelen om utlånsfrihet. Google tilbyr dessuten bibliotekene som deltar minst ett digitalt eksemplar av boken tilbake, slik at man i en viss forstand snakker om en gjenytelse som kan åpne for å betrakte forholdet som *utleie*. Utleie av åndsverk kan ikke skje uten opphavsmannens samtykke, jf. åvl. § 19 andre ledd.

Det må være klart at Google på grunnlag av avtaler med biblioteker ikke kan digitalisere annet enn de bøkene som er falt i det fri. Avtalene kan ikke gi noen selvstendig hjemmel til å digitalisere, men vil fungere som rene leveringsavtaler for bøker som ikke er beskyttet. Å anslå om et verk er falt i det fri kan imidlertid være mer komplisert enn det ved første øyekast kan virke. Utgangspunktet etter åvl. § 40 første punktum er at det må ha gått 70 år fra utløpet av opphavsmannens dødsår. Det er i visse tilfeller ikke tilstrekkelig å finne forfatterens dødsår. Er verket oversatt, vil oversetteren kunne ha sin selvstendige beskyttelse intakt dersom hun ennå er i live eller ikke har vært død i 70 år, selv om originalverket skulle være falt i det fri. I omvendt fall, dersom originalens opphavsmann skulle overleve oversetteren, vil oversettelsen imidlertid ikke falle i det fri før det har gått 70 år fra utløpet av den originale opphavsmannens dødsår, jf. tilfellet med operetten «Flaggermusen» i Rt. 1957, s. 275.

En enkelt bokside kan representere opptil flere opphavsmenns rettigheter. Man kan for eksempel tenke seg en side i en barnesangbok, der både tekstforfatter, komponist, arrangør og illustratør kan ha levert selvstendige bidrag. For å digitalisere denne siden, må rettighetene avklares med hver enkelt av opphavsmennene. Det kan også spørres om selve satsbildet nyter beskyttelse. Kocktvedgaard betviler at et forlag egentlig har noen slik enerett, men innad i bransjen ser det likevel ut til å være en alminnelig oppfatning at man

⁶⁶ NOU 1986:18, s. 15.

respekterer hverandres investeringer i satsbildet.⁶⁷ I norsk rett anerkjente man en nokså omfattende satsbeskyttelse i forbindelse med fotokopiering, jf. den prinsipielle voldgiftskjennelsen av 14.01.85. Her ble det ikke lagt til grunn noe krav om at satsen fortsatt skulle ha aktuell markedsverdi, slik Kocktvedgaard antar at det må gjøres etter dansk rett.⁶⁸ Hvorvidt et slikt krav vil gjøre seg gjeldende i forbindelse med skanning og digitalisering av et foreliggende satsbilde, er imidlertid uklart.

Når Google på grunnlag av avtaler med biblioteker først kopierer alt innholdet i beskyttede bøker inn i sine databaser og deretter tilgjengeliggjør et utdrag («snippet») i respons til brukerens søk, virker det etter min mening klart at Google begår to brudd på opphavsretten. Google forsvarer seg med at handlingene faller inn under den amerikanske regelen om *fair use*. For sammenhengens skyld vil jeg raskt forsøke å skissere opp hva denne regelen innebærer. I pkt. 6.6 vil jeg vurdere forholdet opp mot sitatretten, som i denne sammenhengen fremstår som den nærmeste norske parallellen til *fair use*.

4.3 Litt om den amerikanske «fair use»

Fair use er en konstruksjon i amerikansk rett som på visse vilkår tillater bruk av åndsverk uten samtykke fra opphavsmannen. Regelen hviler for såvidt på de samme hensyn som de mer spesifiserte avgrensingsreglene i norsk rett – å sikre at også allmennhetens behov for tilgang til vernede verk ivaretas – men har fått et mer generelt uttrykk enn hos oss. Fair use tar først og fremst sikte på å åpne for sitater eller små utdrag i nyhetsinnslag, undervisningsøyemed, private sammenhenger, etc.⁶⁹

Når Google tilbyr brukerne små tekstutdrag som svar på et søk i en av sine søkemotorer, argumenterer de for at dette er «fair use». Så lenge et slikt utdrag dekkes av «fair use», må

⁶⁷ Kocktvedgaard, s. 188-189.

⁶⁸ Ibid. s. 189.

⁶⁹ US Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. § 107. Lovteksten finnes tilgjengelig på:
http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode17/uscode17_usc_sec_17_00000107----000-.html.

det etter Googles mening også være tillatt å fremstille de fullstendige eksemplarene som ligger til grunn for indekseringen. Eric Schmidt fra Google skriver blant annet at: «the use we make of books we scan through the Library Project is consistent with the Copyright Act, whose 'fair use' balancing of the rights of copyright-holders with the public benefits of free expression and innovation allows a wide range of activity, from book quotations in reviews to parodies of pop songs – all without copyright-holder permission».⁷⁰ Det Schmidt ser ut til å glemme, er Googles økonomiske egeninteresse i sitt digitaliseringsprosjekt; både ved reklameinntekter på samme måte som ved vanlige Googlesøk og ved å knytte nettbrukerne tettere til merkevaren Google. Dette er et av argumentene som etter lovteksten klart taler i mot at Googles bruk av åndsverk er «fair use». Konflikten har forøvrig medført at Google har blitt saksøkt av både The Authors Guild of America og Association of American Publishers, dette er saker som i skrivende stund ennå verserer i det amerikanske rettsapparatet.

Sakene retter seg mot Googles biblioteksprosjekt, og særlig avtalen Google har inngått med universitetsbiblioteket ved University of Michigan. Avtalen skal ifølge saksøkernes påstand gå ut på at Google skanner hver eneste bok fra Michigans samlinger, uten hensyn til om disse er under opphavsrettslig vern eller om utgiver (eller andre rettighetshavere) motsetter seg at boken deltar i prosjektet. President i Association of American Publishers (AAC), Patricia Schroeder, har uttalt at både forleggere og forfattere ser nytteverdien i Googles søkemotorer og anerkjenner at et prosjekt som Google Book Search kan være en viktig ressurs, men «the bottom line is that under its current plan Google is seeking to make millions of dollars by freeloading on the talent and property of authors and publishers».⁷¹

Schmidt erklærer at ingen skal tvinges til å delta i Googles boksøk mot sin vilje. Om man ikke ønsker å la Google bruke sin bok, er imidlertid forfatteren eller forlaget selv nødt til å kontakte Google og be om at boken utelates. Boken vil da bli fjernet fra databasene, og ingen skade er etter Googles syn skjedd. Google ser gjennomgående ut til å følge prinsippet

⁷⁰ Schmidt, Eric. *Books of Revelation*. <http://googleblog.blogspot.com/2005/10/point-of-google-print.html>.

⁷¹ *Major Book Publishers Sue Google for Digitizing Copyrighted Books*, <http://www.techlawjournal.com/topstories/2005/20051019.asp>.

om at det er lettere å be om tilgivelse enn å be om tillatelse. Dette er et prinsipp det etter min mening er svært betenkelig å la et multinasjonalt, kommersielt selskap som Google få lov til å operere etter.

5 Nasjonalbiblioteket

5.1 Innledning

Nasjonalbiblioteket er en av institusjonene som er satt til å ta i mot det materiale som omfattes av pliktavleveringsloven.⁷² Formålet med loven er å sikre avlevering av dokumenter som vitner om norsk kultur- og samfunnsliv, som kildemateriale både for nåtid og ettertid.⁷³ Reglene innebærer at de aktuelle rettighetshaverne er forpliktet til å gi fra seg et visst antall eksemplar vederlagsfritt. Dette gjør at det pliktavleverte materialet må behandles etter andre prinsipper enn materiale som er skaffet på vanlig måte. I tillegg til det pliktavleverte materialet, forvalter Nasjonalbiblioteket eldre samlinger overtatt bl.a. fra Universitetet i Oslo, samt andre dokumenter og samlinger som er blitt kjøpt, donert eller på annen måte innlemmet i samlingene.

Nasjonalbiblioteket har som uttalt målsetning å bevare sitt materiale i et tusenårsperspektiv. Dette innebærer, ifølge Nasjonalbibliotekets internettsider, også en storstilt digitalisering av samlingene.

«Nasjonalbibliotekets samling rommer 4.700.000 aviser, 1.300.000 bilder, 450.000 bøker, 250.000 timer film, 2.000 hyllemeter håndskrifter, 180.000 kart, 2.500 lydbøker, 80.000 timer musikk, 40.000 plakater, 1.000.000 timer radio, 850.000 tidsskrift, 1.900.000 småtrykk.

I årene som kommer blir alt digitalisert og søkbart på Internett.»⁷⁴

I Stortingsmeldingen om bibliotek, arkiv og museer i en IKT tid (St.meld. nr. 22 for 1999-2000), beskrives hvordan ikke bare bevaring, men også kunnskapsformidling og

⁷² Lov om avleveringsplikt for allment tilgjengelige dokument av 9. juni 1989 nr. 32.

⁷³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 82.

⁷⁴ Forsidetekst, <http://www.nb.no>.

informasjon er viktige elementer i disse institusjonenes virksomhet. I denne sammenheng pekes det på at det vil oppstå et ønske om å ta i bruk de nye teknologiske muligheter som finnes for tilgjengeliggjøring/formidling. Dette behovet kom klart til uttrykk under arbeidet med revisjon av forskriftene til åvl. § 16.

5.2 Åvl. § 16, med forskrifter

Åvl. § 16 er en forskriftshjemmel som hjemler fri bruk av åndsverk for arkiv, bibliotek og museer m.v. («ABM-institusjonene»). Bestemmelsen har en teknologinøytral ordlyd, og dekker både eksemplarframstilling til nærmere definerte formål og den spredning «som er nødvendig for at regelen skal kunne tjene formålet».⁷⁵ Opphavsrettsdirektivet gir i art. 5.2 (c) adgang til unntak for «spesifikke» reproduksjonshandlinger i offentlige bibliotek, undervisningsinstitusjoner, museer og arkiv. Det forutsettes ikke at det gis kompensasjon til rettighetshaveren, men det er et krav at bruken ikke har til formål å oppnå direkte eller indirekte økonomisk eller kommersiell fordel. Når det gjelder retten til å gjøre verk tilgjengelig gir direktivet art. 5.3 (n) slik hjemmel for verk i samlingene på terminaler i lokalene til institusjoner som er omfattet av art. 5.2.

I skrivende stund er gjeldende forskrift til åvl. § 16 den som ble gitt 21. desember 2001. På bakgrunn av lovendringene ved gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet, er det foreslått visse endringer også i forskriftene. Høringsutkast ble sendt ut fra Kulturdepartementet i januar 2007, med høringsfrist 16. mars.⁷⁶

⁷⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 72.

⁷⁶ Høringsutkast om endring av forskrift til åndsverkloven.

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/kkd/hdk/2007/0002/ddd/pdfv/303697-6967-hoeringsnotat-andsverk.pdf>.

5.2.1 Eksemplarframstilling

Lovendringen i 2005 innebar bare én endring i ordlyden til åvl. § 16: Det ble innført et krav om at adgangen til eksemplarframstilling ikke skal gjelde for ervervsmessig (kommersiell) bruk. Kravet tilsvarer opphavsrettsdirektivet art. 5.2 (c) der den formålsbestemte eksemplarframstilling i bibliotek etc. er betinget av at den «ikke er til noen direkte eller indirekte økonomisk eller kommersiell fordel». Kravet om at bruken ikke må være ervervsmessig skal tolkes slik at det *vil* være tillatt med eksemplarframstilling til selvkost eller mot symbolsk betaling, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 36-37. Det kan spørres hvor heldig denne løsningen er. Når reglene ikke er til hinder for at eksemplarframstilleren tar betaling for kopieringen, kan det oppfattes slik at de heller ikke utelukker en viss indirekte økonomisk fordel, og i så fall vil det være i strid med direktivet. Det åpnes i alle fall for en vanskelig grensedragnings mellom hva som er indirekte og hva som bare er symbolsk. I høringen advarer Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening (NFF) om faren for at «enkelte bestemmelser om fri bruk derved kan resultere i et eksemplarframstillingsomfang som er uforenlig med direktivets artikkel 5.5». ⁷⁷ Også Universitets- og høgskolerådet (UHR) mener at eksempelet med symbolsk betaling er «egnet til å misforstås» ⁷⁸, selv om de sier seg enig i departementets forståelse av hva som ligger i uttrykket «kommersielt» i direktivet.

Departementet har likevel valgt å holde fast på sin tolkning, blant annet under henvisning til at begrepet «ervervsmessig» ikke har den samme rekkevidde som uttrykket «ervervsøyemed» i f.eks. åvl. § 21. I praksis har «ervervsøyemed» blitt tolket så vidt at det også har omfattet tilfeller der det tas en symbolsk inngangsbetaling, mens det altså ikke er meningen at en symbolsk betaling skal medføre at aktiviteten etter § 16 skal regnes som «ervervsmessig». Det vil etter departementets oppfatning være i tråd med direktivet å tillate betaling, så lenge formålet ikke er å gå med økonomisk overskudd. Etter høringsutkastet vil lovkravet om at bruken ikke skal være ervervsmessig nå gjennomføres i forskriften.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s.37.

⁷⁸ Ibid.

Hovedregelen om eksemplarfremstilling er etter gjeldende forskrift § 1-2 første ledd at det kun er adgang til å fremstille eksemplar i samme format som originaleksemplaret, med mindre annet er særskilt angitt. Digitalisering av ikke-digitalt materiale er betinget av at det søkes særskilt om dette. Formatlikhet vil fortsatt være utgangspunktet etter høringsutkastet om endringer i forskriften, men departementet ønsker å utvide adgangen for ABM-institusjonene til å digitalisere samlingene. Det påpekes at digitalisering av beskyttede verk innen ABM-institusjonene er nødvendig for effektiv konservering og bevaring for ettertiden, og dessuten for å forenkle og forbedre betjeningen av lånere og brukere. Samtidig understrekes det at utgangspunktet etter åndsverkloven er at eksemplarfremstillingen ikke skal være av en slik art at den kommer i nevneverdig økonomisk konkurranse med opphavsmennene.

I høringsutkastet om forskriften tas det sikte på å fjerne det nåværende krav om at det kun er adgang til å digitalisere samlingene etter særskilt søknad. I stedet formuleres det noen generelle retningslinjer for adgangen til å digitalisere i en ny § 1-4. Av første ledd andre punktum fremgår at når det nå gis anledning til å fremstille eksemplar i andre format enn originaleksemplaret (herunder maskinlesbare eksemplar), gjøres dette betinget av at det skjer til plass-, konserverings- eller sikringsformål, der tilsvarende eksemplar ikke kan skaffes i handelen eller fra utgiver, importør eller produsent. Regelen om at eksemplarfremstilling kun kan skje ut fra et eksemplar institusjonen har i egen samling, videreføres også i det nye utkastet. En kopi utlevert f.eks. ved fjernlån fra en annen institusjon kan ikke benyttes som grunnlag for ytterligere kopiering.

I høringsutkastet legges det videre opp til at Nasjonalbiblioteket skal få en særlig hjemmel for digitalisering for bevaringshensyn, jr. § 1-4 tredje ledd. Regelen fremstår, slik den er utformet i utkastet, ikke å ha særlig stor selvstendig betydning ved siden av den generelle hjemmelen i paragrafens første ledd. I begge tilfeller er det et vilkår at digitaliseringen skjer for konserverings- og sikringsformål, og at eksemplaret finnes i institusjonens samlinger. Kravet om at slikt eksemplar ikke må kunne skaffes på utsalgssted eller fra utgiver,

importør eller produsent, er imidlertid ikke gjentatt i tredje ledd, og så vidt kan sees ut fra lovteksten, er det dette som utgjør Nasjonalbibliotekets nye privilegium. Etter motivene skal bestemmelsen «muliggjøre at Nasjonalbiblioteket fritt kan velge de format som etter en faglig vurdering er de beste for å ivareta Nasjonalbibliotekets særlige bevaringsoppdrag». Nasjonalbiblioteket har stilt seg positive til den nye forskriften.⁷⁹

5.2.2 Tilgjengeliggjøring

Åvl. § 16 andre ledd gir ABM-institusjonene adgang til å gjøre verk i egen samling tilgjengelig på terminaler for enkeltpersoner til forsknings- eller private studieformål. Hensikten er å gjøre det mulig for enkeltpersoner å konsultere institusjonens digitale og digitaliserte samlinger innenfor de samme fysiske rammer som tidligere, men likevel kunne nyttiggjøre seg ny teknologi som kan forenkle tilgangen.⁸⁰ I høringsutkastet presiseres det at bestemmelsen ikke gir selvstendig hjemmel for å digitalisere verk som ønskes tilgjengeliggjort, bortsett fra slik særskilt eksemplarframstilling som er nødvendig for å legge eksemplaret ut på den interne server til institusjonen. Det er i utgangspunktet også et krav at verket er *utgitt*, men såfremt det ikke foreligger bestemte avtalevilkår som hindrer det, åpnes det også for tilgjengeliggjøring av offentliggjorte verk (som *ikke* har vært utgitt). I slike tilfeller påpekes det at vedkommende institusjon har et særlig ansvar for å kartlegge de eventuelle avtalemessige hindringene før man gjør verket tilgjengelig.

Kravet om at bruken bare kan skje i «egne lokaler», jf. § 16 andre ledd, har skapt en del usikkerhet mht. hvor langt begrepet rekker. Av motivene til endringene i åvl. fremgår det at begrepet skal tolkes restriktivt, blant annet av hensyn til tretrinnsresten i Bernkonvensjonen art. 9 (2). Det vil f.eks. være en bruk *utenfor* rammen i § 16 dersom en undervisningsinstitusjon legger relevant pensummateriale fra eget bibliotek ut på internt nett for studentenes tilgang på lesesalen. Samlingen kan likevel gjøres tilgjengelig i ulike

⁷⁹ <http://www.nb.no/content/download/1824/15578/version/1/file/Høringsuttalelse-nye%20forskrifter%20åvl.doc>.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 74.

filialer av samme institusjon. Grensedragningen mellom hva som er den samme og ikke den samme institusjon, vil dermed i enkelte tilfeller bli skjønnsmessig og bero på hva som etter en alminnelig språklig forståelse utgjør institusjonens bibliotek. Departementet fremhever at hovedvekten skal legges på hva som utgjør en «forvaltningsmessig og eiermessig enhet», og ikke om institusjonen er spredt på ulike fysiske steder.⁸¹

Nasjonalbibliotekets avdelinger i Oslo og i Rana vil etter dette regnes som én institusjon, tross den geografiske avstanden.

Grunnen til at man legger så pass strenge restriksjoner på adgangen til å tilgjengeliggjøre det digitaliserte materialet, er at faren for nedlasting til digitale bærere eller utskrifter initiert av bruker, fryktes økt. Dette vil igjen raskt komme i konflikt med eneretten, og innebære en spredning som «går langt utenfor bibliotekenes rolle som formidlere innenfor rammen av de rettigheter som skal respekteres».⁸² Departementet påpeker at adgangen til digitalisering av samlingene verken er gitt for å lette privates kopiering eller for å øke muligheten for eksemplarspredning. Formålet skal være enkeltpersoners mulighet til egenstudium av åndsverk i samlingene, jf. «forskningsformål eller private studieformål» i § 16 andre ledd. Hvor stor praktisk betydning en slik formålsbestemmelse vil få, gjenstår naturligvis å se. Man kan neppe kreve at institusjonen kontrollerer den enkeltes bruk og formål med bruken i noe større grad enn det man tradisjonelt har gjort ved fysisk utlån av åndsverk til bruk i biblioteket.

Ved Stortingsbehandlingen av Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) ble det lagt til grunn at det skal være mulig å ta papirutskrift av det materialet som gjøres tilgjengelig på terminaler i henhold til § 16 andre ledd, på samme måte som vanlig fotokopiering. Proposisjonen understreker likevel at slik utskrift ikke kan skje på brukers initiativ. Det kreves at «dersom biblioteket har terminaler med skrivertilgang for å kunne ta privatbrukskopier av materiale fra Internett, skal det avsperras for bruk av disse forsåvidt gjelder kopiering fra bibliotekets

⁸¹ Ibid. s. 81.

⁸² Ibid.

egen, digitaliserte samling».⁸³ Av høringsutkastet til ny forskrift til § 16, fremgår det imidlertid etter § 1-9 tredje ledd at bruker skal kunne ta en papirutskrift til eie av det tilgjengeliggjorte materiale som er på skjermen, i samme utstrekning som det er anledning til å ta fotokopi. Her nevnes det ikke noe om initiativ. Det gjøres derimot klart at institusjonen har et ansvar for å påse at brukeren ikke kan ta en privat, *digital* kopi, f.eks. ved kopiering over på en minnepinne. Det bør nevnes at åvl. § 12 hjemler eksemplar-fremstilling til privat bruk. I denne sammenhengen kan regelen likevel ikke bety annet enn at biblioteket kan låne ut *originaleksempelret* i samlingen, og at låneren slik kan benytte utstyr biblioteket har stilt til rådighet for slik kopiering i samsvar med de øvrige vilkårene i § 12.

5.3 Spesielt om pliktavlevert materiale

Som nevnt innledningsvis, gjør spesielle hensyn seg gjeldende for bruken av pliktavlevert materiale. De problemene jeg har behandlet overfor, stilles ytterligere på spissen, ettersom det her dreier seg om materiale som rettighetshaver er forpliktet til å avse vederlagsfritt. Likevel er det viktig at det materiale som avgis kan benyttes innenfor pliktavleveringslovens formål, og departementet utelukker ikke bruk av ny teknologi for å lette dette, så lenge hensynet til eneretten ivaretas.

I forbindelse med endringene i åvl. uttalte Nasjonalbiblioteket i høringen bl.a.:

«Bevaring for ettertiden er imidlertid kun ett av formålene med pliktavleveringsloven. Et annet viktig formål er at materiale gjøres tilgjengelig som 'kjeldemateriale for forskning og dokumentasjon'. Nasjonalbiblioteket har en nasjonal formidlingsplikt m.h.t. det pliktavleverte materiale og ser det som en viktig, lovpålagt, samfunnsoppgave at forskere gis tilgang til dette materialet på best mulig måte.»⁸⁴

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid. s. 82.

Departementet anerkjente at nye digitale distribusjonsmåter og nettverk gir et helt annet potensial for utveksling og deling av samlinger og innhold, men repliserte kvikt at «[d]ette potensial skal først og fremst realiseres av de som har rettigheter til innholdet, ikke de som forvalter innhold på grunnlag av unntaksbestemmelser».⁸⁵ Bruk av pliktavlevert materiale må derfor skje innen klart avgrensede rammer. Departementet viste i den anledning til en uttalelse i NOU: 1984: 3 der det bl.a. heter:

«Institusjonar som tek vare på avleveringspliktig materiale er forplikta til å stå vakt om opphavsretten. Dei kan påleggjast å ta imot materiale på vilkår som avgrensar tilgjengen ytterligare. I alle høve kan institusjonane ikkje stilla dokument til rådvelde for publikum i strid med opphavsretten. Dei må berre brukast til forskning, studiar og dokumentasjon – dersom ikkje noko anna er særskilt avtalt.» (s. 23)

Med dette som utgangspunkt, mente departementet at også pliktavlevert materiale må kunne digitaliseres, og at det også skal kunne utleveres kopier til utlån, der dette er «særlig begrunnet, og for å betjene de særskilte, snevre angitte formål som er nevnt i pliktavleveringsloven». Det ble imidlertid ikke nevnt noe om dette i lovteksten til åvl. § 16, idet departementet mente at de nærmere regler måtte vurderes ved revisjon av forskriftene. Av høringsutkastet til forskriften går det frem av § 1-8 første punkt at adgangen til å fremstille eksemplar av pliktavlevert materiale utvides til også å omfatte digitalisering. Kravet er som før at det gjelder åndsverk «som de ikke har i sine samlinger, når slikt eksemplar ikke kan skaffes på utsalgssted eller fra utgiver, importør eller produsent». I tillegg vises det til de formål som er angitt i pliktavleveringsloven, og det stilles som vilkår at fremstillingen skjer i tråd med disse. Tilgjengeliggjøring vil etter § 1-8 andre punkt bare kunne skje i institusjonens egne lokaler. Tredje punkt inneholder en regel om fjernlån i forskningsøyemed.

⁸⁵ Ibid.

6 Sitatretten

6.1 Nødvendigheten av regler om sitat

Google har i USA forsøkt å forsvare sin bruk av åndsverk ved å vise til reglene om fair use, jf. ovenfor i pkt. 4.3. Noen direkte ekvivalent til fair use finnes ikke i norsk lovgivning.

Google forsøker derfor også å hjemle virksomheten sin i det som i de fleste europeiske land fremstår som den nærmeste parallellen til fair use, nemlig sitatretten.⁸⁶

Sitatretten inngår i de såkalte «lånereglene» der det gjøres visse innskrenkninger i opphavsmannens eneretter. Dette er, slik Kocktvedgaard formulerer det, nødvendig for å skape en «korrekt samfundsmæssig afbalancering af det ophavsretlige system», ettersom opphavsretten «ellers ville blive en utålelig byrde for samfundet, såvel praktisk som principielt, fx vedrørende informationsfriheden».⁸⁷ At retten til å sitere fra beskyttede åndsverk er nødvendig for å sikre den alminnelige diskusjonsfrihet, er nokså selvsagt. Det har imidlertid vært delte meninger i den juridiske teori om hvor langt man skal kunne trekke retten. Når Knoph betrakter sitatretten som en «uskyldig nyttesrett» for allmennheten som «i virkeligheten heller ikke er generende for opphavsmannen»⁸⁸ er det klart at han ikke treffer helt: Også der den siterte angrer på utsagnet og finner det plagsomt og slett ikke så uskyldig å få det trukket frem, vil sitatretten naturligvis kunne gjelde.⁸⁹ Heller ikke Olav Lids formulering om at «formålet med sitatretten var å fremja ei sakleg

⁸⁶ Band, Jonathan; *The Google Print Library Project*, <http://www.policybandwidth.com/doc/googleprint.pdf>: «While the copyright laws of most countries might not be so generous as to allow the reproduction of an entire book, almost all copyright laws do permit short quotations. These exceptions for quotations should be sufficient to protect Google's transmission of Library Project search results to users.»

⁸⁷ Kocktvedgaard, s. 158.

⁸⁸ Knoph, s. 125.

⁸⁹ Rognstad (2004), s. 112.

orientering om emne av kulturell, religiøs, politisk eller liknande ålmenn interesse»⁹⁰ fører langt nok. Det har aldri vært meningen å begrense sitatretten til bare å gjelde overfor eller til fordel for uttalelser av allmenn interesse, eller stille som vilkår at orienteringen den siterende tilsikter å gi skal være saklig.⁹¹

6.2 Sitat, sitere

Åvl. § 22 bestemmer at det er «tillatt å sitere fra et offentliggjort verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger». Loven gir utover dette ingen definisjon av hva et sitat er, og heller ikke forarbeidene gir noen presis veiledning. I motivene til loven av 1930 hevdes det at den «nødvendige – og tilstrekkelige – begrensning av retten, ligger i ordet 'citere'». ⁹² Dette ble også gjentatt i forarbeidene til loven av 1961. Det skulle dermed ha formodningene mot seg at man tillater gjengivelser som overstiger det man etter vanlig språkbruk vil kalle «sitat». Det er imidlertid klart at ordet «sitere» ikke alene er avgjørende for rettens utstrekning. Andre momenter kan føre til at man tøyer begrepet relativt langt ut over det man til daglig legger i det.

Det er på det rene at begrepet dekker både eksemplarframstilling og fremføring, visning og spredning av sitatene utenfor det private område.⁹³ Når en bruker gjør innholdet i en bok maskinlesbart, f.eks. ved skanning, eller ved manuelt å skrive teksten inn i et tekstbehandlingsprogram, er dette en eksemplarframstilling som på visse vilkår vil kunne hjemles i sitatretten. I lovteksten skilles det ikke mellom eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring i forhold til sitatretten, slik at vurderingstemaene blir de samme for begge typer handling. Jeg finner det derfor mest hensiktsmessig heller ikke å forsøke å konstruere noe slikt skille her.

⁹⁰ Lid, s. 465.

⁹¹ Rognstad *op. cit.* s. 113.

⁹² Innst. 1925 s. 57.

⁹³ Stray Vyrje, s. 247.

6.3 Øvre og nedre grense

Det er vanskelig å gi noen presis definisjon av sitatrettens rekkevidde. Under lovarbeidet ble det fra opphavsmennenes side uttrykket ønske om at det burde settes en øvre grense for sitatenes lengde. Departementet tok ikke dette til følge, da de mente at det ville være både urimelig og uhensiktsmessig om loven skulle inneholde en slik begrensning til antall ord eller linjer. Man endte altså i stedet opp med en mer skjønnsmessig løsning, der det til syvende og sist blir opp til domstolene å trekke grensen. Haakon Aakre mener imidlertid at «ytterpunktene er klare».⁹⁴ Gjengivelser av et slikt omfang at de klart oppfyller kravene til å være et selvstendig åndsverk, befinner seg etter hans syn over grensen for hva som kan tillates som sitat. Med kravene til å være et selvstendig åndsverk menes først og fremst at opphavsmannens originale og individuelt pregede åndsvirksomhet kommer til uttrykk. Aakre nevner i denne forbindelse gjengivelse av en halv side fra en roman som eksempel på at grensen for sitat er overskredet. Rognstad minner samtidig om at det må «anses som sikker rett at man – dersom vilkårene for lovlig sitat for øvrig er oppfylt – etter omstendighetene kan la et sitat omfatte et verk *i dets helhet* (min kursivering)».⁹⁵ Det vises bl.a. til en dom fra Borgarting lagmannsrett (RG 1997 s. 390) der retten tolker lovens uttrykk «sitere fra» slik at det ikke «avskjærer ... adgangen til – så lenge formålet er lojalt – å gjengi kortere verk in extenso». Grensedragningen må altså foretas etter en vurdering av om gjengivelsen er foretatt i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger. En slik helhetsvurdering kan slå ulikt ut for forhold som i utgangspunktet virker like: Aakre mener f.eks. at et kort dikt må kunne gjengis i en anmeldelse av en diktsamling.⁹⁶ Gjengivelsen av et fullstendig dikt i en dagsavis under overskriften *Godt sagt* vil imidlertid etter Magnus Stray Vyrjes mening ikke være tillatt.⁹⁷

Heller ikke den nedre grensen er enkel å trekke. Stray Vyrje peker på at de korteste sitatene «naturligvis ofte ... i seg selv er for kort[e] til å ha verkshøyde og derved kan gjengis

⁹⁴ Aakre, s. 20.

⁹⁵ Rognstad, *op. cit.* s. 115.

⁹⁶ Aakre, s. 30.

⁹⁷ Stray Vyrje, s. 249.

uavhengig av sitatretten eller opphavsmannens samtykke». ⁹⁸ Eksempler på dette er de enkelte ord og bokstaver i et verk. ⁹⁹ Selv om det naturligvis ikke er behov for hjemmel for å gjengi elementer som ikke er omfattet av opphavsrett, kan det likevel i enkelte tilfeller slå uheldig ut å operere med et krav om at fragmentet må ha verkshøyde. Kravet har vært kritisert i svensk rett, der bl.a. Gunnar Karnell har advart mot at verkshøydekravet tar fokus bort fra sammenligningen av verk og fragment slik at man kan komme til å vurdere fragmentet isolert. ¹⁰⁰ Problemet kommer imidlertid først på spissen der fragmentet er blitt endret, og kanskje inkorporert i endret form i et nytt åndsverk, jf. Aakre s. 24 flg. Jeg anser det dermed å ligge utenfor denne oppgavens rammer å forfølge det videre.

Den nedre grense for sitat kan ved første øyekast virke som en litt unødvendig teoretisk konstruksjon, ettersom elementer som befinner seg *under* grensen jo ikke har verkshøyde og således kan benyttes fritt. Og idet vi er over den nedre grensen, er det jo et sitat, og bruken er på samme måte fri. Spørsmålet blir om det finnes en slags buffer-sone mellom dette, der et fragment ikke oppfyller vilkårene til å være sitat, men likevel har verkshøyde og er beskyttet. Vil man med andre ord kunne konstatere ulovlig bruk fordi sitatet er for *kort*? Jeg har vanskelig for å se at dette kan bli tilfelle ut i fra en rent kvantitativ vurdering. En gjengivelse som er så kort at det ikke er lojalt mot meningen i det siterte, vil imidlertid kunne rammes av de øvrige vilkårene.

6.4 De øvrige vilkår

§ 22 tillater kun sitater fra *offentliggjorte* verk. Dette er et vilkår som går igjen i nesten alle lånereglene i åvl. kapittel 2. Vilkåret innebærer at det f.eks. er forbudt å sitere fra private brev, eller slik som i Bjørneboe-kjennelsen fra 1984: fra forfatterens uferdige selvbiografi som ble funnet etter hans død. Hva som nærmere ligger i «offentliggjort» fremgår av legaldefinisjonen i åvl. § 8. Det avgjørende er om verket er gjort tilgjengelig med samtykke

⁹⁸ Ibid. s. 248.

⁹⁹ Aakre, s. 20.

¹⁰⁰ NIR 1995 s. 242.

av opphavsmannen. Med tanke på situasjonen for bøker, vil det som regel ikke være tvil om at verk som inngår i bibliotekers samlinger er offentliggjorte. For verk som tilhører de såkalte foreldreløse verk kan det imidlertid oppstå usikkerhet. Her fører problemene med å identifisere og lokalisere forfatteren ikke bare til vanskeligheter med å få samtykke til sin egen bruk av verket, men også usikkerhet omkring hvorvidt forfatteren i det hele tatt har samtykket til at verket ble tilgjengeliggjort. Jeg drøfter den såkalte «orphan works-situasjonen» mer inngående i oppgavens kap. 7.

Begrepet «god skikk» gir ikke i seg selv særlig veiledning omkring sitatrettens utstrekning, men åpner opp for at det kan (og skal) tas hensyn til den allment utbredte norm for hva som er akseptabel sitatbruk. Regelen er dermed elastisk i forhold til ulike områder der det har utviklet seg sedvaner for sitatbruk, f.eks. innen presse. Begrepet antyder også et lojalitetskrav, på den måten at et sitat bør være tro mot meningen det har i sin opprinnelige kontekst. Birger Stuevold Lassen har gitt en grei retningslinje for hvordan begrepet kan oppfattes: «Det som skikkelige, innsiktsfulle og ansvarsfulle folk anser som redelig og all right bruk av andres åndsverk, må anses som en bruk i samsvar med god skikk».¹⁰¹ Vilkåret må ses i sammenheng med kravet om at sitat kun er tillatt «i den utstrekning formålet betinger». Det er her først og fremst formålet med det konkrete sitat man viser til.

6.5 Sitatretten i forhold til opphavsrettsdirektivet

Da opphavsrettsdirektivet ble publisert i 2001 skapte det en del usikkerhet angående hvilken virkning det ville ha for norsk retts vedkommende. Forslaget til direktiv av 10.12.1997 og det endrede forslag fra 21.05.1999 listet opp forholdsvis få «låneregler» i art. 5.3 a-e, og det ble uttrykt bekymring for at direktivet i for stor grad begrenset brukernes rettigheter, jf. NOU 1999:27 s. 136.¹⁰² Direktivforslaget ville, slik det da forelå, tvinge gjennom en innsnevring i norsk lovgivning, bl.a. i forhold til sitatretten. Forslaget tok ikke sikte på å tillate sitater som ikke var ledd i en dagsaktuell hendelse eller del av en kritikk

¹⁰¹ Lassen (1998), s. 18.

¹⁰² Aakre, s. 119.

eller anmeldelse. Sitater i forbindelse med et dokumentarprogram som ikke har dagsaktuell interesse ville f.eks. falle utenfor unntaksbestemmelsen i direktivet.¹⁰³

I etterkant av dette ble antall låneregler i direktivforslaget økt, og i det vedtatte direktiv finnes det nå 15 unntak fra retten til reproduksjon og tilgjengeliggjøring, jf. art. 5.3 a-o. Direktivets harmoniserende effekt har definitivt tapt mye på dette, men samtidig vil faren for inngrep i ytringsfriheten være betydelig mindre. I direktivet er det spesielt art. 5.3 d som har betydning for sitatretten. Der fastlås det at medlemslandene kan lovfeste unntak i enerettene

«når det dreier seg om sitater for formål som f.eks. kritikk eller anmeldelse, forutsatt at de angår et verk eller andre vernet arbeid som allerede rettmessig er gjort tilgjengelig for allmennheten, at kilden, herunder opphavsmannens navn, oppgis, med mindre dette viser seg å være umulig, og at bruken av dem er i samsvar med god praksis og i den utstrekning som er berettiget ut fra det formål som skal oppnås».

Implementeringen av direktivet førte ikke til vanskeligheter i Danmark som har den samme regelen om sitatrett som oss. Dette til tross for at «direktivet anvender en lidt anden formulering».¹⁰⁴ Det siktes her antakelig til begrepene «kritikk eller anmeldelse» som nok kan virke noe snevrere enn det ulovfestede nordiske mottoet om å ivareta *den alminnelige diskusjonsfrihet*. En eventuell forskjell ville imidlertid ikke nødvendiggjøre noen endring i lovteksten, men grensene måtte trekkes opp i forarbeidene.¹⁰⁵ Så vidt jeg kan se av forarbeidene til endringene i åndsverkloven, fant ikke departementet dette nødvendig ved implementeringen av direktivet i norsk rett.

¹⁰³ Kyrre Eggen i særskilt vedlegg nr. 1 til NOU 1999:27, s. 279.

¹⁰⁴ Kocktvedgaard, s. 173.

¹⁰⁵ Aakre, s. 123.

6.6 Hva med søkemotorenes bruk?

Verken Google eller Nasjonalbiblioteket har noen generell hjemmel til å tilgjengeliggjøre åndsverk uten samtykke fra opphavsmannen. Spørsmålet blir om sitatretten kan hjemle den type tilgjengeliggjøring som følger av søkemotorenes respons på søket. Søkemotoren fungerer noe forenklet sagt slik at en bruker ved å taste inn et eller flere søkeord, kan søke gjennom det fullstendige tekstinholdet i alle de digitaliserte bøkene. Googles modell¹⁰⁶ vil for de vernede verk respondere med basisinformasjon om boken, i tillegg til «noen setninger av søketermen deres i sammenheng».¹⁰⁷ Det er altså disse løsrevne setningene Google mener må kunne hjemles i sitatretten.

De opphavsrettslige eneretter er i utgangspunktet de samme på Internett som ellers. Det er de ulike åndsverk som er vernet, og Internett er bare et nytt medium for disse.¹⁰⁸ Fragmentene som kommer opp i søkemotorens skjermbilde, må derfor behandles på samme måte som om de hadde vært trykt i en bok. For Google Book Search vil disse fragmentene kvantitativt sett befinne seg innenfor de ovenfor skisserte grensene for sitat. Spørsmålet blir derfor om sitatbruken kan sies å være i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet krever.

Et viktig poeng er hvilken sammenheng sitatet inngår i. Rognstad skiller her mellom sammenstilling av *antologier*, som ikke kan hjemles i § 22, og *leksika*, som vil kunne hjemles i bestemmelsen.¹⁰⁹ Under forutsetning av at verket har et opplegg av «klart leksikalt karakter (sic)», mener han også at de rene *sitateleksika* vil kunne godkjennes. Om dette skriver han videre at:

¹⁰⁶ Nasjonalbiblioteket har så vidt jeg har sett ikke kommet frem til noen endelig modell for sin søkemotor. Når det gjelder vernede verk, vil de imidlertid (i motsetning til Google) ikke tilgjengeliggjøre utdrag uten at det foreligger avtale med opphavsmannen. Det har dermed ikke vært behov for å påberope seg sitatretten for Nasjonalbibliotekets vedkommende.

¹⁰⁷ *Google Book Search vanlige spørsmål*, <http://books.google.no/googlebooks/common.html>.

¹⁰⁸ Wagle og Ødegaard jr., s. 98.

¹⁰⁹ Rognstad (2004), s. 118.

«Det vil være nettopp verkets karakter av *informerende oppslagsverk* som gjør sitatbruken lovlig her, og stoffordningen må ha et klart preg av at dette, og bare dette, er formålet. Redigeres verket helt eller delvis etter andre retningslinjer – tematiske, estetiske etc. – vil det nærme seg antologiformen, og sitatenes lovlighet blir raskt tvilsom.»¹¹⁰

En søkemotor er naturligvis noe helt andre enn et leksikon, og en sammenligning kan kanskje virke noe konstruert. Ser vi på argumentasjonen til Rognstad, finnes det likevel interessante likhetstrekk: En søkemotor fungerer som et digitalt *oppslagsverk*, der fragmentet fra det vernede verk ikke gjengis etter noen andre retningslinjer enn å illustrere bokens relevans i forhold til det brukeren er ute etter. Sitatet gjengis sånn sett ikke i større utstrekning enn det formålet krever.

Sitatet inngår imidlertid ikke som «led i et større værk» slik Kocktvedgaard mener typisk må ligge i kravet om formålsrelevans.¹¹¹ Verksfragmentet vil sammen med basisinformasjon om selve boken (forlag, utgivelsesår, etc.) alene utgjøre søkerresultatet. Utgangspunktet etter Kocktvedgaards syn er at «[n]øgne partielle gengivelser af andres værker ... normalt ikke [er] lovlig citering».¹¹² Rognstad inntar imidlertid et annet standpunkt idet han mener at det sett i lys av det praktiske behov for mange sitattypers vedkommende må kunne sies at «*hovedregelen* bør være at løsrevet sitat er tillatt», riktignok forutsatt at «det verken kan true opphavsmannens økonomiske eller ideelle rettigheter».¹¹³ Dette illustrerer hvordan en elastisk regel som åvl. § 22 gjør det vanskelig å trekke generelle grenser, og det avgjørende må bli om det løsrevne sitat tilfredsstillende kraver til god skikk og formålsutstrekning.

¹¹⁰ Ibid. s. 118.

¹¹¹ Kocktvedgaard, s. 175-176.

¹¹² Ibid. s. 176.

¹¹³ Rognstad, *op. cit.* s. 116.

Hvor lojalt sitatet er mot meningsinnholdet i verket det hentes fra, beror for søkemotorene kun på tilfeldigheter, ettersom fragmentet velges ut som en helautomatisk respons på de ord brukeren måtte bestemme seg for å søke på. Generelt vil fragmentet neppe kunne uttrykke noe særlig mer enn at forfatteren av boken har benyttet de ordene brukeren spesifikt har søkt etter. Slik sett vil utdraget i de fleste tilfeller fremstå temmelig ubrukelig i forhold til å uttrykke eller illustrere en *meningsytring*, og den legislative begrunnelsen for å tillate sitat er dermed tilsvarende svakere. I tillegg til dette kommer Googles mer eller mindre indirekte økonomiske fordel i bruken av verkene, både som en markedsføring av eget merkenavn og økte annonseinntekter. Det har i norsk rettspraksis blitt konstatert at bruk av verksfragmenter i reklameøyemed «ligger markert utenfor den sentrale begrunnelse for sitatretten».¹¹⁴ Selv om Google Book Search ikke kan karakteriseres direkte som reklame, må den kommersielle siden ved bruken tas i betraktning i helhetsvurderingen. I forarbeidene til loven av 1961 ble det nevnt at «gjennom sedvane er det ... fastlagt at i visse henseender er et utpreget ervervsmessig formål til hinder for at sitatretten kan påberopes».¹¹⁵ Min mening er derfor at sitatretten ikke hjemler søkemotorenes bruk av bøkene i forbindelse med de aktuelle digitaliseringsprosjektene.

¹¹⁴ *Hertervigsaken*, NIR 1995, s. 687.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960), s. 39.

7 Foreldreløse verk

7.1 Utgangspunktet etter norsk rett

Et verk som blir *offentliggjort* uten opphavsmannens navn, allment kjente dekknavn eller merke, har beskyttelse i 70 år etter utløpet av det år da verket først ble offentliggjort, jf. åvl. § 41 første ledd. Dersom opphavsmannens identitet i løpet av dette tidsrommet blir gjort kjent etter reglene i § 7, inntreer det samme vern som etter hovedregelen i § 40, det vil si at vernetiden regnes fra utløpet av opphavsmannens dødsår. Det samme gjelder dersom det blir opplyst at han døde før verket ble offentliggjort, jf. § 41 andre ledd.

Er verket *ikke offentliggjort*, samtidig som opphavsmannen er ukjent, står man i prinsippet overfor en evigvarende opphavsrett.¹¹⁶ For å unngå de mest uheldige konsekvenser av dette (for eksempel at nyoppdagede verdifulle verker av for lengst avdøde - men anonyme - mestre, ikke skal kunne offentliggjøres), inneholder § 41 første ledd, tredje punktum en regel om at opphavsretten i slike tilfeller varer i 70 år etter utgangen av det år hvor verket ble skapt.

Alle disse reglene er som vi ser avhengig av et minimum av opplysninger om opphavsmannen; enten tidspunkt for offentliggjørelse, opphavsmannens dødsår eller angivelse av når verket ble skapt.

7.2 Foreldreløse verk

I noen land er det praksis at innehavere av opphavsretter registrerer opplysninger om rettighetene inn i et offentlig register. I USA har man for eksempel et Copyright Office der slike opplysninger blir ført inn. I tillegg til registrering var det inntil 1989 et vilkår for

¹¹⁶ Kocktvedgaard, s. 184.

beskyttelse i USA at man påførte verket copyright-merking (©).¹¹⁷ Dette ble mer eller mindre avskaffet for at landet skulle kunne tiltre Bernkonvensjonen, som i Art. 5 (2) slår fast at

«The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality ... »

Innen Bernunionen – dermed også i Norge – er det i dag *ingen formaliteter*, det vil si at selve rettsvervelsen (i motsetning til f.eks. innenfor patentretten) er formfri, den oppstår uten videre i og med skapelsen av verket.¹¹⁸ Det avgjørende blir altså om verket oppfyller kravene som ligger i selve åndsverkbegrepet (f.eks. verkshøydekravet), og retten kan dermed godt inntre mens verket ennå befinner seg på et skissestadiet, og uavhengig av om opphavsmannen noen gang anser verket som ferdigstilt. Opphavsrettigheter behøver heller ikke å bekjentgjøres, de er «tause rettigheter», og opphavsmannens navn kan holdes hemmelig.¹¹⁹

Et slikt system innebærer at den som ønsker å benytte et åndsverk som ikke er hans eget, eksempelvis ved digitalisering, selv må undersøke om verket er beskyttet, og om så er tilfelle også finne frem til rettighetshaveren. Rettighetshaveren lar seg ofte oppspore, men det hender også at vedkommende ikke er så lett å identifisere og lokalisere. Det er i slike situasjoner man internasjonalt har gitt verket navnet *orphan work*, foreldreløst verk. Brukeren må enten la være å benytte verket eller ta sjansen på at det går bra. En i utgangspunktet ønskelig og verdifull bruk av verket kan dermed bli avskåret, selv om det ikke nødvendigvis foreligger noen uenighet mellom opphavsmannen og den som ønsker å bruke verket.

¹¹⁷ Sijthoff Stray, s. 89 og TfR 1961 s. 36.

¹¹⁸ Bernkonvensjonen regulerer utelukkende forholdet mellom et land og utenlandske opphavsmenn, slik at det i prinsippet ikke ville være konvensjonsstridig for en medlemsstat å operere med formkrav for sine egne opphavsmenn. Jeg kjenner imidlertid ikke til at noen av unionsstatene har slike krav i dag.

¹¹⁹ Sijthoff Stray, s. 89.

Mange av de verkene som i dag ligger ubrukte kan representere skjulte verdier. Et eksempel er filmen *It's a Wonderful Life* som tapte penger da den først ble vist, og som ble ignorert av sine originale rettighetshavere. Da eierne mislyktes i å fornye rettighetene i 1970, ble filmen vist på amerikansk fjernsyn, og i dag er den en familieklassiker som dessuten er verdt millioner i reklameinntekter. Boken *The Secret Garden* ble etter utløpet av vernetiden gjort om til film, musikal, kokebok, CD-rom versjon, etc. For verk som er under beskyttelse, og rettighetshaveren ikke lar seg oppspore, er dette verdier som man ikke får utnyttet.¹²⁰

For bøker er det stort sett greit å finne frem til rettighetshaverne så lenge boken er kommersielt tilgjengelig. Når boken faller ut av markedet, kan det være vanskeligere å spore opp den nødvendige informasjonen. Undersøkelser viser at bare 2 % av alle åndsverk som er beskyttet, er tilgjengelig kommersielt. I 1930 ble 10 027 bøker gitt ut i USA, men bare 174 av dem var fremdeles på markedet i 2001. The British Library anslår 40 % av alle trykte verker for å være foreldreløse verk.¹²¹ Google opererer med en modell der 75 % eller mer av en typisk bibliotekssamling består av verk med ukjent opphavsrettslig status.¹²² For de verdensomspennende bokdigitaliseringsprosjektene utgjør dette et betydelig problem som det ennå ikke er funnet noen tilfredsstillende løsning på.

Disse tallene virker dramatisk høye, sett med norske øyne. Flere kilder, deriblant The American Society for Information Science and Technology (ASIS&T), bekrefter imidlertid tallene: «The orphan works problem is huge because only 4% of books are in print, and more than 75% are in a 'twilight zone' – they may be in print but they are not for sale because the rights have reverted to the author. Or they may be in the public domain, but we do not know for certain – only 20% are known for certain to be in the public domain».¹²³ I Norge har spørsmålet fått lite oppmerksomhet, og omfanget har heller ikke vært forsøkt beregnet i noen særlig grad.

¹²⁰ The Gowers Review of Intellectual Property, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/583/91/pbr06_gowers_report_755.pdf, s. 70.

¹²¹ Alle tallene er hentet fra The Gowers Review of Intellectual Property, s. 69.

¹²² Sjef for Google Book Search i Europa, Midtøsten og Asia, Jens Redmer, på seminaret *Digitalisering: muligheter og utfordringer*, arrangert av Bokhandlerforeningen, Oslo 26.01.2007.

¹²³ Hahn, Trudi Bellardo, *Impacts of Mass Digitization Projects on Libraries and Information Policy*. <http://www.asis.org/Bulletin/Oct-06/hahn.html>.

The US Copyright Office presenterte i januar 2006 en omfattende rapport¹²⁴ om orphan works-problemet. Rapporten baserer seg på en lang rekke tilbakemeldinger på en offentlig forespørsel, og forsøker ut i fra dette å identifisere og kartlegge problemene rundt foreldreløse verk. Problemene kan ifølge rapporten destilleres ned til fire hovedårsaker:

«(1) inadequate identifying information on a copy of the work itself; (2) inadequate information about copyright ownership because of a change of ownership or a change in the circumstances of the owner; (3) limitations of existing copyright ownership information sources; and (4) difficulties researching copyright information.»¹²⁵

Rapporten kommer også med flere forslag til hvordan man skal kunne håndtere situasjonen. Hovedmålet må være å øke mulighetene for at en bruker kan finne den relevante rettighetshaveren og forhandle frem en frivillig avtale. Dette kan skje både ved å endre loven, og ved andre tiltak som ikke krever lovendring.

7.3 Registre som løsning

Til sistnevnte kategori hører forslagene om å opprette flere og bedre systemer for registrering av rettigheter. I USA finnes registeret til The Copyright Office over rettigheter etter 1978 tilgjengelig on-line. Et av forslagene er å utvide dette tilbudet til også å omfatte opptegnelser fra før 1978. Andre foreslår egne databaser med informasjon om alle verk som har falt i det fri, og mekanismer som gjør at det kan publiseres lister over verk som *er i ferd med* å falle i det fri. Problemet med disse forslagene er at det naturligvis ikke hjelper å gjøre slike registre mer tilgjengelige dersom selve innholdet i dem er mangelfullt. Forslagene innebærer strengt tatt heller ikke at man *løser* problemet med foreldreløse verk,

¹²⁴ The US Copyright Office, *Report on Orphan Works*, <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>.

¹²⁵ Ibid. s. 2.

men snarere at man *reducerer* antall tilfeller. Der det likevel skulle oppstå komplikasjoner med å få tak i rettighetshaveren, vil man stå på like bar bakke som i dag.

I Storbritannia ble det i desember 2006 offentliggjort en rapport kalt The Gowers Review of Intellectual Property. Rapporten ser bl.a. på problemene rundt orphan works fra et europeisk perspektiv. Det pekes på at slike nevnte registre over opphavsrettigheter fort vil kunne komme i konflikt med Bernkonvensjonens krav om formfrihet dersom registreringen gjøres obligatorisk. Registreringen må dermed eventuelt være frivillig, noe som igjen vil gå ut over omfanget av opplysninger som blir registrert. Gowers Review anbefaler likevel at UK Patent Office oppretter et slikt frivillig register, «where rights owners could deposit information as to their location and their named estate, or to provide a portal service for users to access existing private registration scheme».¹²⁶ I Norge har problemstillingen foreløpig vært lite diskutert; oppfatningen ser ut til å være at prinsippet om formfrihet er et viktig prinsipp, og at man av den grunn ikke ser det spesielt ønskelig å innføre ordninger med registrering av rettigheter, selv om disse gjøres frivillig. Noe praktisk behov for dette har det vel egentlig heller ikke vært.

I denne forbindelse kan det vises til forlagsregisterloven av 20. juni 1882, som åpnet adgang til mot betaling av 1 krone til Universitetets kasse å få registrert «hvad der er af Betydning for Stiftelsen eller Bevarelsen» av opphavsrettigheter. Loven ble opphevet i 1939, etter at en undersøkelse hadde vist at registeret kun inneholdt *åtte* innføringer, den siste foretatt i 1910.

7.4 Lovregler som løsning

The US Copyright Office's rapport inneholder også forslag som innebærer endring av någjeldende lover. For det første gjelder det å lovfeste noen kriterier for *hva* som faktisk skal regnes som et foreldreløst verk. Et grunnleggende utgangspunkt for en slik definisjon, må være at brukeren har søkt etter informasjon om rettighetshaveren og at dette søket har resultert i at eieren ikke ble lokalisert. Man må altså avgrense mot de tilfeller der

¹²⁶ The Gowers Review of Intellectual Property, s. 72.

rettighetshaveren faktisk blir lokalisert, men brukeren ikke oppnår kontakt: Eneretten til å råde over verket innebærer ingen plikt for opphavsmannen til å besvare de henvendelser han måtte få. Der søket virkelig resulterer i at rettighetshaveren ikke blir lokalisert, oppstår det imidlertid spørsmål omkring hvor stor innsats man skal kreve at brukeren legger i dette søket før man eventuelt anerkjenner verket som foreldreløst. Rapporten skiller her mellom en såkalt *case-by-case*-løsning og en mer uttømmende, standardisert løsning. Spørsmålet er med andre ord hvor smidige regler man skal gå inn for.

Et moment man bør ta i betraktning, er at standarden vil måtte variere forholdsvis mye avhengig av hvilken type verk det er snakk om. Dette taler for en mer elastisk, *case-by-case*-orientert regel, der listen må legges etter en helhetsvurdering av det enkelte tilfelle. I tillegg fremheves det i rapporten at en mer formell regel, der situasjonen søkes regulert etter en uttømmende liste med detaljerte vilkår, lett ville føre til at opphavsmannen i praksis vil bli nødt til å foreta seg positive handlinger for å ivareta sine rettigheter. National Music Publishers' Associations (NMPA) frykter at en slik bestemmelse ville medføre at «every owner as a practical matter [would] be required to keep contact information publicly available in order to avoid having his or her works become subject to the orphan work provision». ¹²⁷ Man kunne innvende at det rimeligste ville være å legge byrden for å sørge for denne typen informasjon på den som er nærmest til å bære den, nemlig rettighetshaverne selv. Men, som NMPA videre konkluderer, ville dette medføre «a dramatic reversal of the current copyright regime» der kravet om formfrihet står sterkt, og en slik løsning ville dessuten vært problematisk i forhold til internasjonale konvensjoner.

Rapporten faller ned på en svært generell standard for *a reasonably diligent search* der det gis noen retningslinjer for hvor omfattende søket må være før man vil anse verket som foreldreløst. Relevante momenter i helhetsvurderingen vil være mengden informasjon på selve verkseksemplaret, hvorvidt verket har vært offentliggjort, verkets reelle eller anslåtte alder, hvorvidt informasjon om rettighetene finnes i offentlige registre, om opphavsmannen

¹²⁷ The US Copyright Office, *Report on Orphan Works*, s. 72.

ennå er i live eller om rettighetshavende foretak eksisterer, om det finnes dokumentasjon angående eventuelle rettighetsoverganger, hvilken type bruk det er snakk om; f.eks. om bruken er ervervsmessig, og hvor inngripende den er i forhold til det opprinnelige åndsverket. Om man etter en slik vurdering (som på mange måter kan minne om vurderingene rundt *fair use*, jf. ovenfor i pkt. 4.3) kommer frem til at brukeren har gjort tilstrekkelig for å forsøke å kartlegge de nødvendige opplysninger selv om resultatet ikke førte frem, skal brukeren kunne påberope seg at verket var foreldreløst dersom rettighetshaveren senere skulle dukker opp. Dette vil bl.a. spille inn på reglene om sanksjon, noe at jeg dessverre ikke finner plass til å gå nærmere inn på her.

En slik lovregulering vil, uansett hvor bredt formulert den er, innebære en innskrenkning i opphavsmannens enerett. Adgangen til å avvike fra hovedregelen om enerett for opphavsmannen til å råde over verket, er uttømmende regulert i opphavsrettsdirektivet art. 5. Så vidt jeg kan se, åpner ikke direktivet for å fastsette unntak for foreldreløse verk, i alle fall ikke i tilfeller med kommersiell utnyttelse. Det pågår imidlertid diskusjoner på europeisk nivå om å introdusere nye rammer som tillater medlemsstatene å finne løsninger på orphan works-problemet. The Gowers Review anbefaler Storbritannias regjering å samarbeide med medlemsstatene for å utvide direktivet til å tillate et unntak for orphan works.¹²⁸ Inntil videre vil man måtte innhente samtykke fra opphavsmannen om man ønsker å utnytte beskyttede verk ut over de rammene øvrige lånerettigheter setter, f.eks. ved å digitalisere bøker, om man ikke velger å *ta sjansen*, da.

7.5 Avtalelisens som løsning

I tilfeller der opphavsmannen ikke lar seg identifisere eller lokalisere, fremstår avtalelisensordningen som en mulig løsning. En avtalelisens er en rettslig konstruksjon som innebærer at hvis man har en avtale med en organisasjon som representerer en vesentlig del av opphavsmennene til de verk som brukes i Norge, så gir loven denne avtalen virkning også for rettighetshavere som *ikke* er representert gjennom organisasjonen, jf. åvl. § 36.

¹²⁸ The Gowers Review of Intellectual Property, Recommendation 13, s. 71.

Loven åpner dermed for avtaler om bruk av åndsverk uten samtykke fra rettighetshaveren, men bare når avtalen gjelder bruk som kan omfattes av en avtalelisensbestemmelse, og organisasjonen er godkjent av departementet til å inngå avtaler for slik bruk.

Det eksisterer i dag en bestemmelse i åvl. § 16a som hjemler at arkiv, biblioteker og museer kan inngå avtaler med avtalelisensvirkning både om eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring av verk, dersom vilkårene i § 36 er oppfylt. Bestemmelsen ble innført ved lovendringen i 2005, og er ment som et supplement til forskriftshjemmelen i § 16.¹²⁹ Så vidt jeg kjenner til, har Nasjonalbiblioteket foreløpig ikke benyttet seg av hjemmelen, bl.a. fordi de ønsker å avvente den nye forskriften til fribruksregelen i § 16 som for tiden er under utredning. Man kan imidlertid se for seg at en svært vidstrakt bruk kan komme til å springe ut av en avtalelisensavtale etter § 16a. NRK kan f.eks. på grunnlag av § 30 inngå avtale med Den norske forfatterforening om å kringkaste verker av foreningens medlemmer. Denne avtalen vil utløse en rett til å sende verk også av ikke-medlemmer, i prinsippet fra alle verdens skjønnlitterære forfattere.¹³⁰

§ 16a er bredt formulert, og åpner som nevnt både for å «fremstille eksemplarer» og «gjøre slike verk tilgjengelig for allmennheten». Begrensningene som følger av ordlyden, er at det må dreie seg om *utgitte verk* som institusjonen har i *sine egne samlinger*. Det fremgår imidlertid ikke om eksemplarfremstillingen også dekker overføring til andre formater, eller om hovedregelen her på samme måte som i § 16 skal være at eksemplaret bare kan fremstilles i samme form som originaleksemplaret, jf. ovenfor i pkt. 5.2.1. Av forarbeidene fremgår det at det fra «så vel rettighetshaver- som brukersiden er ... generelt støtte til en utvidelse av avtalelisenser til å gjelde for digital eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring».¹³¹ Departementet var enig i at det i visse tilfeller burde åpnes for å «ta i bruk ny teknologi for eksemplarfremstilling og utlevering/tilgjengeliggjøring av

¹²⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 85: «Hjemmelen i § 16a kommer i tillegg til, og vil kunne gi andre muligheter for eksemplarfremstilling enn det loven gir i dag».

¹³⁰ Gisle, Jon (red.), s. 29.

¹³¹ Innst.O.nr. 103 (2004-2005), s. 13.

eksemplar fra bibliotek i større utstrekning enn det § 16 vil gi anledning til».¹³² Det ble i denne sammenheng vist til direktivet art. 5.3 (n) som kun åpner for slik bruk på stedet i institusjonens lokaler. Avtalelisenshjemmelen er ment å skulle åpne for bruk *ut over* dette, «slik at partene gis en mulighet til å ta i bruk ny teknologi der hvor dette kan skje på en måte som de selv finner betryggende og fornuftig».¹³³ Høringsutkastet forutsatte med dette at partene selv kunne ta hensyn til tilgjengelig teknologi til enhver tid, og etablere fleksible løsninger så langt dette kan forenes med en rimelig sikkerhet om at dette er en fordel for både bibliotekene, brukerne og rettighetshaverne. Hjemmelen ble ikke begrenset i forhold til type verk, til del av verket, eller i forhold til på hvilken måte og hvor verket skulle kunne gjøres tilgjengelig. Begrunnelsen var at man mente slike begrensninger over tid ville kunne hindre «en fornuftig utnyttelse av de muligheter som kan utvikles på området».¹³⁴ Pliktavlevert materiale omfattes imidlertid ikke av hjemmelen.

Bestemmelsen sier ikke noe om til hvilke formål hjemmelen for avtalelisens eventuelt skal avgrenses, og det ble i høringen reist spørsmål ved om det var meningen å også tillate *dokumentasjonstjenester*, noe som vil innebære at man tillater en mer systematisk kopieringsvirksomhet (typisk ved å digitalisere hele samlinger av bøker). Departementet uttaler at det bør være opp til rettighetshaverne innenfor det enkelte område om dette er aktuelt å tillate gjennom en avtalelisensavtale.¹³⁵ Hjemmelen vil derfor også dekke slik bruk.

I forbindelse med den ekspansjonsfase for avtalelisensene som bl.a. § 16a kan sees som et uttrykk for, maner Ole-Andreas Rognstad til refleksjon omkring «rettmessigheten og hensiktsmessigheten av å ha avtalelisenser i alle sammenhenger der det melder seg et behov for avgrensning av rettighetene».¹³⁶ Selv om (den særnordiske) avtalelisensordningen er en «klareringsform [som også] har vunnet aksept på internasjonalt

¹³² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 74.

¹³³ Ibid. s. 75.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid. s. 84.

¹³⁶ Rognstad, *Avtalelisenser*, s. 151.

nivå»¹³⁷, er det grunn til å minne om «de begrensninger konvensjonsforpliktelsene representerer for friheten til å etablere ordninger om avgrensninger av opphavsmannens enerett».¹³⁸

Bernkonvensjonen foreskriver i art. 11 bis en enerett til *overføring* av litterære og kunstneriske verk til allmennheten. Det er forbeholdt unionslandene å fastsette vilkårene for utøvelse av rettigheter, men ikke å gjøre inngrep i ideelle rettigheter eller i opphavsmannens rett til å motta et rimelig vederlag («equitable remuneration»). Avtalelisens må dermed forutsette at opphavsmannen får et «rimelig vederlag» der bruken innebærer overføring til allmennheten gjennom trådløs primærutsending, videresending gjennom tråd eller trådløst og videreoverføring gjennom høyttalere eller tilsvarende innretninger (slik § 16a åpner for at man kan avtale). Departementet har vært klar over dette, men har etter min mening ikke tatt tilstrekkelig hensyn til konvensjonen idet bruken av vederlag etter § 16a «naturlig nok i langt større grad vil være regulert i den inngåtte avtalen»¹³⁹ enn for de strengere regulerte avtalelisensene, som f.eks. hjemmelen for kringkastingsbruk i § 30. Dette innebærer, så vidt jeg kan se, at det etter åvl *kan* avtales vederlagsfri bruk, og dette er i så fall «bindende også for rettighetshavere som ikke representeres av organisasjonen», jf. § 37 første ledd. Utenforstående rettighetshaver må selv fremsette et krav, og er dessuten pålagt bevisbyrden for å sannsynliggjøre at hans verk er brukt etter § 36, for at det skal oppstå plikt til å utbetale ham vederlag, jf. § 37 andre ledd. Kravet må dessuten fremsettes innen tre år etter utløpet av det år bruken fant sted, jf. § 37 andre ledd, andre punktum.

For adgangen til å regulere *eksemplarframstilling* ved avtalelisens, gjelder «tretrinnsstesten» i Bernkonvensjonen art. 9 (2). Adgangen til å gjøre unntak fra opphavsmannens enerett begrenses her til å gjelde kun i visse spesielle tilfeller, samtidig som bruken ikke må skade normal utnyttelse av verket og ikke på urimelig måte tilsidesette opphavsmannens legitime

¹³⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 47.

¹³⁸ Rognstad, *op. cit.* s. 155.

¹³⁹ Innst.O.nr. 103 (2004-2005), s. 13.

interesser. Opphavsrettsdirektivet tar ikke uttrykkelig stilling til avtalelisenser, bortsett fra en noe knapp uttalelse i fortalen (18) der det heter at direktivet ikke berører ordninger i medlemsstater *om forvaltning av rettigheter*, så som avtalelisenser («extended collective licenses»). Uttalelsen tilsikter etter ordlyden utvilsomt ordninger der kollektive forvaltningsavtaler utvides til å gjelde andre rettighetshavere. Man kan imidlertid ikke ta for gitt at det skal legges de samme vilkår til grunn for at en ordning skal anses som «extended collective license» som man etter nordiske regler opererer med for avtalelisens. Rettighetsavgrensingen er videre regulert i art. 5, og det er også i direktivet tatt inn en «tretrinnsstest» i art. 5.5.

Rognstad mener at den internasjonale regulering som her er skissert opp, neppe kan «sies å gi en blankofullmakt til å ha den type avtalelisens man ønsker på de områder man finner for godt».¹⁴⁰ Spesielt oppleves regelen i åvl. § 37 andre ledd som problematisk. Regelen sikrer ikke, eller vanskeliggjør i alle fall, at rettighetshaveren virkelig får individuelt vederlag, slik Bernkonvensjonen krever. På samme måte kan man spørre om det etter internasjonale bestemmelser er tillatt å operere med avtalelisenser som ikke gir rett for den utenforstående til å nedlegge forbud mot bruk (jf. åvl. § 36).

Det er usikkert hvorvidt de internasjonale forpliktelser legger føringer på kravet til representativitet. Åvl. § 38a ble i 2005 endret slik at kravet til organisasjonen det kan inngås avtale etter § 36 med, nå er at den representerer en «vesentlig del av opphavsmennene til de verk som brukes i Norge».¹⁴¹ Dette for å imøtekomme EU-/EØS-rettslige forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Man kan for såvidt spørre om vi med denne løsningen virkelig unngår forbudet.¹⁴² Det er neppe mulig å gi noe klart svar på disse spørsmålene. Rognstad utelukker ikke at ordningene kan bli utfordret for EF-domstolen, spesielt i forhold til opphavsrettsdirektivet. Man kan også se for seg at andre

¹⁴⁰ Rognstad, *op. cit.* s. 157.

¹⁴¹ Før lovendringen var ordlyden at organisasjonen måtte «representere en vesentlig del av norske opphavsmenn».

¹⁴² Rognstad, *op. cit.* s. 157.

stater kan reise sak for tvisteløsningsorganene under WTO med påstand om at de norske/nordiske avtalelisensene ikke tilfredsstillter kravene under tretrinns testen i TRIPS¹⁴³ art. 13.

¹⁴³ The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

8 Avslutning

Jeg har med denne oppgaven forsøkt å belyse noen av de viktigste opphavsrettslige problemstillingene ved digitalisering av bøker. Flere av dem er forholdsvis nye i norsk rett, og det har tidvis vært vanskelig å finne relevante kilder å basere drøftelsene på. Mangelen på innsiktsfull juridisk behandling av temaet kan nok også være noe av forklaringen bak den tildels opphausete oppmerksomheten spesielt Google Book Search har fått i norske medier denne våren. I så måte håper jeg denne oppgaven kan bidra til å gi debatten litt fastere rammer.

Situasjonen rundt foreldreløse verk fortjener å bli tatt mer på alvor i Norge. Det foreligger relativt omfattende rapporter om dette både i USA og Storbritannia, mens fenomenet ennå er lite behandlet her i landet. Dette skyldes antakelig at USA og Storbritannia opererer med et langt høyere straffnivå for brudd på opphavsretten enn det vi gjør. Vi har imidlertid ikke noen bedre *avklaring* av den rettslige situasjonen i Norge av den grunn.

Ser vi på digitalisering av bøker i et litt større perspektiv, inngår dette som en naturlig – og irreversibel – del av den generelle utviklingen mot et stadig mer digitalt samfunn.

Nasjonale og internasjonale regler har måttet forholde seg til dette, og vil også i tiden fremover være nødt til å være våken for de raske omveltningene. De problemer jeg har behandlet i denne oppgaven fremstår ikke som uløselige. Mye av usikkerheten skyldes nok først og fremst det velkjente fenomenet at den teknologiske utviklingen går raskere enn den juridiske. Det er viktig å holde fast ved de grunnleggende avveininger mellom opphavs-
mannens og samfunnets interesser når nye områder skal lovreguleres. Dette gjelder ikke minst der store, kommersielle selskaper som Google kommer inn i bildet. Sørges det for at forfatterne og forlagene rettigheter tas godt nok vare på, bør digitalisering av bøker hilses velkommen, både av forfattere og av lesere over hele verden.

9 Litteratur

9.1 Bøker

Bing, Jon; *Opphavsrett og edb*, Oslo 1985

Gisle, Jon (red.); *Jusleksikon*, Oslo 2005

Koktvedgaard, Mogens; *Lærebog i immaterialret*, 7. utgave, København 2005

Knoph, Ragnar; *Åndsretten*, Oslo 1936

Lassen, Birger Stuevold; *De opphavsrettslige lånereglens avgrensning eneretten ved utnyttelse/sammenstilling av deler av verk og prestasjoner i «multimedia»-sammenheng – særlig med henblikk på sitatrettens utstrekning*, Oslo 1998

Lassen, Birger Stuevold; *Åndsretten I: Knophs oversikt over Norges rett*. 12. utg. Oslo, 2004

Lid, Olav; *Sitatretten*, Syn og segn, Oslo 1958

Rognstad, Ole-Andreas; *Spredning av verkseksemplar*, Oslo 1999

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

Schønning, Peter; *Ophavsretsloven med kommentarer*, København 1995

Sijthoff Stray, Anne Lise; *Opphavsretten*, Oslo 1989

Steen, Therese; *Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk*, Oslo 1997

Stray Vyrje, Magnus; *Opphavsrettens ABC*, Oslo 1987

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

Aakre, Haakon; *Retten til å sitere fra åndsverk*, Bergen 2002

9.2 Elektroniske dokumenter

Band, Jonathan; *The Google Print Library Project*, <http://www.policybandwidth.com/doc/googleprint.pdf> (24.04.07)

Clarke, Roger; *Gurgling Sounds*, <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/>

II/Gurgle0604.html (24.04.07)

The Gowers Review of Intellectual Property, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/583/91/pbr06_gowers_report_755.pdf (24.04.07)

Hahn, Trudi Bellardo; *Impacts of Mass Digitization Projects on Libraries and Information Policy*, <http://www.asis.org/Bulletin/Oct-06/hahn.html> (24.04.07)

Høringsutkast om endring av forskrift til åndsverkloven, <http://www.regjeringen.no/upload/kilde/kkd/hdk/2007/0002/ddd/pdfv/303697-6967-hoeringsnotat-andsverk.pdf> (24.04.07)

Major Book Publishers Sue Google for Digitizing Copyrighted Books, <http://www.techlawjournal.com/topstories/2005/20051019.asp> (24.04.07)

NB21; *Søketeknologi anvendt i digitale bibliotek*, http://www.nb.no/content/download/1802/15449/version/2/file/5_soketeknologi.pdf (24.04.07)

Rognstad, Ole-Andreas; *Avtalelisenser*, <http://www.jus.uio.no/ifp/markedsrett/publikasjoner/avtalelisenser.pdf> (24.04.07)

Rognstad, Ole-Andreas; *Store endringer i åndsverkloven*, <http://www.justorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=24&ArtKey=336> (24.04.07)

Schmidt, Eric; *Books of Revelation*. <http://googleblog.blogspot.com/2005/10/point-of-google-print.html> (24.04.07)

Torvund, Olav; *Google og opphavsrett*, http://www.torvund.net/artikler/google_opphavsrett.asp (24.04.2007; artikkelen er midlertidig fjernet grunnet omlegging av sidene)

The US Copyright Office; *Report on Orphan Works*, <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf> (24.04.07)

9.3 Forarbeider

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)

NOU 1984: 3

NOU 1986: 18

Ot.prp. nr. 15 (1994-1995)

Ot.prp. nr. 85 (1997-1998)

Innst.O.nr.103 (2004-2005) Innstilling fra familie- kultur- og administrasjonskomiteen om
lov om endringer i åndsverkloven m.m.

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