

Eksemplarfremstilling av musikkverk til privat bruk i fildelingsnettverk – en oversikt

En fremstilling av adgangen til privat eksemplarfremstilling av musikkverk med særlig vekt på endringene i åndsverksloven av 17. juni 2005.

Kandidatnummer: 518

Leveringsfrist: 25.04.07

Til sammen 15 290 ord

19.10.2007

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Emnet og bakgrunn for fremstillingen: | 1 |
| 1.2 | Formål | 4 |
| 1.3 | Terminologi | 4 |
| 1.4 | Hvordan brukeren får tilgang til musikk i digitale nettverk | 5 |
| 1.4.1 | Særlig om fildelingsnettverk | 6 |
| 1.4.2 | Hvordan peer to peer-nettverkene fungerer | 6 |
| 1.5 | Problemstillinger og den videre fremstilling | 7 |
| 1.5.1 | Problemstillinger | 7 |
| 1.5.2 | Den videre fremstilling | 7 |
| 1.5.3 | Avgrensninger | 8 |
| 1.5.4 | Presiseringer | 9 |
| 1.6 | Metode og rettskilder: | 10 |
| <u>2</u> | <u>OPPHAVSMANNENS ENERETT TIL EKSEMPLARFREMSTILLING:</u> | <u>12</u> |
| 2.1 | Hensyn og bakgrunn for åndsverkslovens § 2 | 13 |
| 2.2 | Innholdet av eneretten til eksemplarframstilling | 14 |
| 2.3 | Eneretten i et digitalt perspektiv | 15 |
| 2.4 | Midlertidige eksemplarer som faller utenfor opphavsmannens enerett | 17 |
| 2.4.1 | Nærmere om kravet "lovlig bruk" | 18 |
| 2.5 | Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten | 19 |
| 2.6 | Konklusjon | 19 |

| | | |
|-----------------|--|-----------|
| <u>3</u> | <u>PRIVATBRUKSKOPIERING</u> | 20 |
| 3.1 | Hensyn og bakgrunn bak åvl. § 12 | 20 |
| 3.2 | Kriteriene for eksemplarframstilling til privat bruk i digitale sammenhenger | 22 |
| 3.3 | Forbudet mot bruk av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering av musikkverk | 24 |
| 3.4 | Konklusjon | 24 |
| <u>4</u> | <u>KRAVET OM LOVLIG KOPIERINGSGRUNNLAG</u> | 25 |
| 4.1 | Hensyn og bakgrunn bak § 12, 4 ledd | 26 |
| 4.2 | Det nærmere innholdet av åvl. § 12 fjerde ledd | 28 |
| 4.2.1 | Gjengivelse av verket | 28 |
| 4.2.2 | ”I strid med § 2” | 29 |
| 4.2.3 | Nærmere om begrepet ”tilgjengeliggjøring for allmennheten” | 31 |
| 4.2.4 | Verket fremføres offentlig | 31 |
| 4.2.5 | Forholdet mellom allmennheten og den private sfære | 34 |
| 4.2.6 | Særlig om forholdet mellom åvl. § 12 fjerde ledd og åvl. § 11 a | 34 |
| 4.3 | Eksemplarframstilling på grunnlag av omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer | 36 |
| 4.4 | Teknisk beskyttelsessystem | 37 |
| 4.5 | ”Gjenstand for” eller er ”et resultat av” omgåelse av vernede teknisk beskyttelsessystem | 39 |
| 4.6 | Unntaket for avspilling på relevant avspillingsutstyr | 40 |
| 4.7 | Konklusjon | 42 |
| <u>5</u> | <u>RETTSFØLGER AV ULOVLIG KOPIERINGSGRUNNLAG</u> | 42 |
| 5.1 | Straffespørsmålet | 42 |
| 5.2 | Erstatningsspørsmålet | 44 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 5.3 | Inndragning | 45 |
| 6 | <u>KONKLUSJON OG OPPSUMMERING</u> | 45 |
| 7 | <u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u> | A |
| 8 | <u>LITTERATURLISTE</u> | B |
| | <u>ESKELAND, STÅLE STRAFFERETT. 2.UTGAVE. OSLO 2006.-ISBN 82-02-24604-0</u> | B |

1 Innledning

1.1 Emnet og bakgrunn for fremstillingen

Målet for denne fremstillingen er å vurdere de rettslige sidene ved eksemplarfremstilling av musikkverk til privat bruk sett i lys av de endringene som ble inntatt i lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk den 17. juni 2005. Fremstillingen vil redegjøre for hvilke problemstillinger eksemplarfremstilling til privat bruk av musikkverk reiser i dagens digitale samfunn. Jeg vil særlig fokusere på privatkopiering i fildelingsnettverk. Målsetningen for fremstillingen vil således være å peke på hvilke begrensninger lovendringen av 2005 har medført hva gjelder handlinger brukere av musikkverk kan foreta seg når de fremstiller eksemplarer av åndsverk til privat bruk i digitale sammenhenger de lege lata, og hvilke spørsmål som fremdeles er uavklarte.

Den 17. juni. 2005 vedtok Stortinget en rekke endringer i lov om opphavsrett til åndsverk m. v. av 12. mai 1961 nr. 2 (åvl.) Endringene hadde hovedsaklig sin bakgrunn i gjennomføringen av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet (opphavsrettsdirektivet).¹ Endringene omfattet en del forandringer hva angår adgangen til eksemplarfremstilling av åndsverk til privat bruk. Blant de viktigste endringene var en utvidelse av opphavsmannens enerettigheter etter åndsverkslovens § 2 til også å gjelde midlertidige eksemplarer, og en innføring av et krav om lovlig kopieringsgrunnlag ved kopiering av åndsverk til privat bruk i § 12 fjerde ledd. Disse lovendringene var i all hovedsak et resultat av den tilgjengeliggjøringen av åndsverk som har skjedd i digitale medier de siste årene.² I dagens digitale mediebilde er åndsverk tilgjengelige hvor enn vi snur oss. Nedlasting til privat bruk av musikkfiler i fildelingsprogrammer som er lagt ut ulovlig foregår i

¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 5

² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 8

stadig større grad. At det er ulovlig å tilgjengeliggjøre opphavsrettsbeskyttede åndsverk for allmennheten uten rettighetshaveres samtykke er et juridisk spørsmål som ikke er særlig kontroversiell. Dette krenker opphavsmennes rådighet over verket, og kan føre til store økonomiske tap hos rettighetshaverne. Rettighetshavere til åndsverk har i stor grad både økonomiske så vel som kunstneriske interesser knyttet til, og forbundet med utnyttelsen av sine verk. Disse interessene er lovfestet i åndsverkskloven. Reglene som er gitt til vern av rettighetshaverne er viktige fordi de sikrer et inntektsgrunnlag for denne yrkesgruppen. I 2003 utgjorde eksempelvis inntektene for norske opphavsmenn og utøvende kunstnere i overkant av 300 millioner norske kroner.³ En lovregulert beskyttelse av opphavsmennes og utøvende kunstners rettigheter er således en forutsetning for fortsatt kreativ innsats fra kunstnere. Uten slike reguleringer vil heller ikke plateselskap og produsenter ha muligheten til å tjene penger på plateinnspillinger og utgivelser.

Mot rettighetshavernes interesser står den enkelte brukers interesse i å ha tilgang til, og å kunne disponere over åndsverk. Selv om rettighetshaverne har et sterkt vern etter loven har man avgrenset opphavsretten til ikke å gjelde innenfor den private sfære. Opphavsretten stopper således ved inngangsdøren til privatpersoners hjem.⁴ Hensynet til privatlivets fred begrunner dette. Andre grunner til avgrensningen er at eventuelle opphavsrettslige brudd i private hjem er vanskelig å forhindre, og i mange tilfeller for dyrt til at det er formålstjenlig å forfølge. Dette har resultert i regler som gir adgang til fri bruk av åndsverk, det vil si å kunne disponere over åndsverk uten rettighetshavers samtykke, og uten å måtte betale vederlag for den bruken som skjer privat. Den digitale revolusjon, med fremveksten av internett har medført en situasjon der man kan få tilgang til åndsverk raskt og i store antall. Videre er det blitt langt vanskeligere å hindre at dette skjer der man ikke har en lovlig tilgang til verket. Det er ingen tvil om at denne utstrakte digitale kopieringen har medført at eksemplarframstilling til privat bruk nå innebærer en konkurranse med opphavsmannens økonomiske rettigheter som er langt mer reell enn det som var tilfelle da åndsverksloven først ble vedtatt i 1961. Særlig gjelder dette for åndsverk som faller innenfor underhold-

³ St. meld. Nr. 22 (2004-2005) s. 83

⁴ Mogens Koktvedgaard "Lærebog i immaterialret" 7. utg. s. 164

ningskategorien. Man ser at de digitale kopiene ofte har den samme kvaliteten som originalverket, og dette medfører at man kan få like god utnyttelse av en kopi som man kan få av et originaleksemplar.

Musikkbransjen er kanskje den bransjen som har vært mest sårbar for den digitale revolusjonen. Overføringen av musikkverk til digitale format er uten tvil den mest radikale endringen som har skjedd siden oppfinnelsen av LP-er og CD-er. Bransjen viser stadig til synkende platesalg og sviktende omsetning.⁵ Det er derfor ikke vanskelig å forstå at digital eksemplarframstilling ved nedlasting av musikk kan utfordre en platebransje som må sies å være drevet etter noe foreldede prinsipper hva angår distribusjon og tilgjengelighet. Platebransjen har på bakgrunn av denne utviklingen etter hvert også forsøkt å drive kommersielt over Internett ved å selge musikkfiler direkte på nett. Eksempler på dette er Apples I-tunes og Microsofts Zune. Dette er nettsteder som tilbyr digitale eksemplarer av åndsverk helt lovlig mot betaling. Disse nettstedene har likevel startet i motbakke da de alternativer som allerede finnes for distribusjon av musikkofte tilbyr nedlasting av musikk helt gratis, og uten restriksjoner på hva gjelder bruken av verket etter at det er lastet ned.

Omfanget av digital kopieringsvirksomhet, på både lovlig og ulovlig basis, er vanskelig å fastslå noe generelt da det meste foregår i de private hjem. Men ser man eksempelvis på digital framstilling gjennom nettverk, altså fildeling, er det lite tvilsomt at dette er svært utbredt i Norge. Et forskningsprosjekt ved Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (NTNU), Pandoraundersøkelsen,⁶ konkluderer med at så mange som 8 av 10 unge under 25 år bruker fildelingsprogrammer for å laste ned musikk. Av disse er det igjen rundt 70 prosent som benytter seg av nedlasting fordi de da slipper å betale for musikken. Dette innebærer at det er stor sannsynlighet for at det foregår omfattende nedlasting som skjer i strid med åndsverkslovens regler.

⁵ [online] Tilgang: <http://www.ifpi.no/>

⁶ Pandoraundersøkelsen 2005: Bruk av musikk og internett blant ungdom i Trondheim

1.2 Formål

Opphavsretten er en relativt komplisert juridisk disiplin. Reglene er utpreget tekniske, og til dels uoversiktlige. Den raske teknologiske utviklingen medfører at reglene er i stadig endring. Som regel skjer den teknologiske utviklingen først, mens regler som skal regulere den nye situasjonen kommer i etterkant. Det kan også tenkes at den teknologiske utviklingen gjør at reglene kommer på plass før man har oversikten over implikasjonen av den nye teknologien. Videre er opphavsretten i stor grad internasjonal, og dette medfører et regelsett som i stor grad bygger på eller er begrunnet i utenlandske rettskilder. Bakgrunnen for at reglene er som de er kan også ofte være vanskelig tilgjengelig. De fleste mennesker er likevel nesten dagligdags i situasjoner som berører opphavsrettslige problemstillinger. Privatbrukskopiering av åndsverk er nok en av de mer dagligdagse slike situasjoner, og kanskje særlig når det gjelder musikk i fildelingsnettverk. Tall fra Pandoraundersøkelsen tyder på at det er god kjennskap til lovverket angående hva som er tillatt ved nedlasting av musikk.. Over tre fjerdedeler av de spurte oppgir i undersøkelsen at de har god kjennskap til hva som er lovlig eller ikke lovlig innenfor området.⁷ Dette henger imidlertid dårlig sammen med det som fremkommer angående de faktiske tall for nedlasting i undersøkelsen, jfr. ovenfor. Om dette tyder på at kunnskapen faktisk er tilstede, men at man velger å bryte loven er det ikke grunnlag for å si noe om på bakgrunn av undersøkelsen. En annen, og kanskje mer plausibel grunn er at kjennskapen til lovverket kanskje ikke er så god som de spurte i undersøkelsen gir uttrykk for. Det kan også tenkes at det er kjennskap til opphavsretten, men ikke til detaljene i reguleringen. Formålet med denne fremstillingen er derfor å gi en oversikt over hvilke regler som gjelder på området per i dag, og hvorfor det er slik.

1.3 Terminologi

Begrepet *eksemplarframstilling* vil brukes gjennomgående i hele fremstillingen. Dette er en opphavsrettslig samlebetegnelse og omfatter kopiering, reproduksjon og mangfoldiggjørelse av åndsverk.⁸ Disse begrepene brukes derfor synonymt med eksemplarframstilling. I fremstillingen brukes begrepet *åndsverk*. Under tiden vil også formen ”verket” brukes.

⁷ Pandoraundersøkelsen s. 36

⁸ Wagle og Ødegaard ”Opphavsrett i en digital verden” s. 153

Denne fremstillingen vil knytte seg til musikkverk. Når det i denne fremstillingen brukes begrepet åndsverk, er det derfor musikkverk det siktes til. Musikkverk er omfattet av beskyttede åndsverk i åvl. § 1. Det følger av § 1, annet ledd nr. 4.⁹ At en fremstilling er *digital* referer både til måten eksemplaret er fremstilt, og hvordan det kan oppleves. Digital eksemplarframstilling innebærer altså at et åndsverk enten omgjøres til, eller er omgjort til, binære tegn som kun kan leses av dertil egnet utstyr. Slikt utstyr vil i praksis være datamaskiner.¹⁰ I fremstillingen benyttes uttrykket *rettighetshaveren*. I opphavsretten skiller man mellom opphavsmannen, som er opphav til selve åndsverket, og innehavere av nærstående rettigheter, jfr. åvl. kapittel 5. Det praktiske for den problemstilling som her behandles, er utøvende musikers jfr. åvl. § 42 og plateselskapenes rettigheter jfr. åvl. §45. Når begrepet rettighetshaver brukes, referere det derfor både til opphavsmenn og innehavere av nærstående rettigheter.

1.4 Hvordan brukeren får tilgang til musikk i digitale nettverk

I digitale nettverk finnes det to måter å få tilgang til musikk. For det første kan man laste ned filer for lagring på egen harddisk, for senere å spille av disse i et egnet program. Dette kan gjøres enten ved å laste ned fra servere eller gjennom et såkalt fildelingsnettverk. For det andre kan man foreta såkalt "streaming" av musikk. Streaming er kringkasting over Internett, og innebærer at man kan få adgang til audiobasert informasjon. Teknologien som benyttes sørger for at brukeren slipper å laste ned filen til harddisken for fullstendig lagring for å kunne spille den av. Vi skiller mellom såkalt streaming gjennom "webcasts" og streaming gjennom "on demand-tjenester".¹¹ Med webcasts menes formidling av et innhold som er forhåndsbestemt av avsender. Webradio er således den vanligste formen for webcasts når det gjelder musikk. Dette innebærer eksempelvis musikk som starter opp ved at man aksesserer en webside. Med on-demand streaming siktes til overføringer som brukeren selv setter i gang. Det skal bemerkes i denne sammenheng at det ikke er særlig vanskelig å spille inn streamet musikk for lagring på harddisk. Dette kan gjøres forholdsvis enkelt

⁹ For en nærmere redegjørelse av hva som skal til for at et åndsverk skal være vernet av åvl., se eksempelvis Rognstad: "Fragmenter til en lærebok i åndsverk" s. 16 – 44.

¹⁰ Therese Steen "Eksemplarframstilling av litterære verk til privat bruk" s. 4

¹¹ Øyvind Berge "Platekontrakten – eksklusive overdragelser av utøverens rettigheter til eksemplarframstilling og spredning.

gjennom programmer som spiller inn audiosignalene etter hvert som de lastes ned på brukerens datamaskin.

1.4.1 Særlig om fildelingsnettverk

Med fildeling menes i denne sammenheng å utveksle informasjon mellom datamaskiner i fildelingsnettverk. Fildeling kan være nedlasting, det vil si kopiering av filer til lagringsmedium som bruker selv besitter på egen harddisk, og opplasting som innebærer å muliggjøre at andre brukere kan kopiere filer fra brukerens harddisk til eget lagringsmedium. Fildeling foregår i såkalte fildelingsnettverk. Man har et fildelingsnettverk når man har to eller flere brukere som bruker samme programvare, og har innhold på lagringsmedium som er tilgjengelig for de andre brukerne¹², normalt harddisken.¹³ Fildelingsnettverket kan også være lokalt, det vil si nettverk der datamaskinene ikke er koblet sammen gjennom internettforbindelse, men gjennom lokale forbindelser.

1.4.2 Hvordan peer to peer-nettverkene fungerer

Den vanligste teknologien for nedlasting er såkalt peer-to-peer-teknologi (p2p). Peer-to-peer-nettverkene er mangeartede, de bruker til dels noe ulik teknologi som gir seg utslag i at selve fildelingen foregår noe ulikt i de forskjellige nettverkene. Hovedprinsippet vil være at p2p-nettverk åpner for direkte kommunikasjon mellom brukere i et nettverk uten å måtte gå innom sentrale servere. Dette innebærer at deltakerne i nettverket er likestilte, det vil si at deres oppgaver i nettverket er de samme. De ulike datamaskinene opptrer da både som klienter, det vil si at de bruker nettverket for å tilegne seg data, og som tjenere ved at de tilbyr data. Nedlasting i p2p-nettverk gjøres ved direkte kommunikasjon mellom to eller flere datamaskiner som er i nærheten av hverandre, og som er koblet til Internett. I et slikt fildelingsnettverk stiger antallet filer som er tilgjengelige med antall brukere og hyppigheten i utvekslingen av filer. Særlig vil man få den virkningen at de mest populære filene vil være tilgjengelig hos mange, og at de vil finnes et sted geografisk nært brukeren slik at nedlastingen vil gå raskere.

¹² Det avgrenses i denne sammenheng mot nettverk der informasjonen som deles er tilgjengelig på en server.

¹³ En harddisk er datamaskinens hovedlagringsmedium der varig informasjon lagres. Med at informasjonen er varig menes i denne sammenheng at den ikke forsvinner ved at datamaskinen slås av.

Når man laster ned musikk i et p2p-nettverk gjøres dette vanligvis ved at man benytter seg av et program som gir adgang til et nettverk, og deretter søker i dette programmet etter den filen man ønsker. Får man ”treff”, det vil si at noen annen i nettverket har filen tilgjengelig kan man så laste denne ned på sin egen harddisk ved å klikke på treffet man har fått. Programmet kobler så til den aktuelle datamaskinen, og det fremstilles en kopi av den filen man søkte etter på bakgrunn av den informasjon man mottar.

1.5 Problemstillinger og den videre fremstilling

1.5.1 Problemstillinger

Den første problemstillingen går ut på om den eksemplarframstilling som skjer i fil-delingsnettverk og andre former for å få tilgang til musikk over Internett reguleres av åndsverksloven. Problemstilling nummer to knytter seg til hvilke regler som gjelder ved eksemplarframstilling av åndsverk til privat bruk i digitale nettverk. Utgangspunktet for denne problemstillingen er opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling etter § 2 avl. 2. Eneretten er imidlertid avgrenset av retten til eksemplarframstilling til privat bruk etter samme lovs § 12. Grensedragningen mellom opphavsmannens enerett og retten til privatbrukskopiering volder særlige vanskelige spørsmål i en digital medie verden. Den tredje problemstillingen vil knytte seg til hva som ligger i kravet til lovlig kopieringsgrunnlag ved eksemplarframstilling til privat bruk etter § 12 fjerde ledd. Dette leder til en redegjørelse for hvor hva som er tillatt eller ikke etter denne bestemmelsen. Den fjerde problemstillingen retter seg mot hvilke rettsfølger en bruker som benytter seg av et ulovlig kopieringsgrunnlag kan bli stilt overfor, nærmere bestemt straff- og erstatningsansvar.

1.5.2 Den videre fremstilling

Til å begynne med vil jeg foreta en redegjørelse for åndsverkslovens eksemplarbegrep og dens anvendelse på digital kopiering i pkt. 2. Utgangspunktet er opphavsmannens enerett etter avl. § 2. Dette medfører en redegjørelse for innholdet av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling i digitale nettverk. I forlengelsen av dette vil også de nærstående rettigheter som utøvende musikere har etter § 42 og produsenter etter 45 behandles. Videre

vil det redegjøres for særlige midlertidige eksemplarer av åndsverk som er unntatt fra opphavsmannens enerett etter § 11 a, og de særlige problemstillinger slike eksemplarer medfører ved fildeling i datanettverk.

Under pkt. 3. vil det redegjøres for opphavsrettens grense mot eksemplarframstilling til privat bruk etter åvl. § 12. De ulike kriteriene for at en eksemplarframstilling skal falle innenfor privatbrukskriteriet vil således bli behandlet her. Jeg vil deretter, under pkt. 4, ta for meg kravet til lovlig kopieringsgrunnlag i åvl. § 12 fjerde ledd. Framstillingen under pkt. 4 vil innebære en nærmere redegjørelse for hva ulovlig kopieringsgrunnlag i åvl. § 12 fjerde ledd innebærer. Jeg vil gjennomgå de forskjellige formene for kopieringsgrunnlag som bestemmelsen regulerer, og det nærmere innhold av vilkårene i § 12 fjerde ledd. Dette inkluderer en analyse av hvorvidt innføringen av lovlig kopieringsgrunnlag har medført en endring i hva en bruker kan gjøre ved eksemplarframstilling til privat bruk, og hva disse endringene består i. Jeg vil så i pkt. 5 gjennomgå hvilke rettsfølger brudd på bestemmelsen i § 12 fjerde ledd kan medføre. De rettsfølger som kan inntre ved bruk av ulovlige kopieringsgrunnlag er både straff- og erstatningsansvar, jfr. åvl. §§ 54-55. Jeg vil derfor også gjennomgå de enkelte betingelsene som må være oppfylt for at henholdsvis straff- og erstatningsansvar skal kunne ilegges. I pkt. 6 vil jeg konkludere og oppsummere på bakgrunn av det jeg er kommet frem til.

1.6 Avgrensninger

I relasjon til lovendringene av 17. juni 2005, understrekes det i denne oppgaven kun er endringer som berører retten til eksemplarframstilling for privat bruk som skal behandles i denne sammenheng. De problemstillingene som knytter seg til fildeling i framstillingen retter seg som en følge av dette mot eksemplarframstilling til privat bruk. Dette innebærer at det bare er de rettslige sidene ved *nedlasting* av opphavsrettslig beskyttet materiale som behandles. Det avgrenses derfor mot å tilgjengeliggjøring av åndsverk i fildelingsnettverk ved såkalt opplasting. Det avgrenses videre mot juridiske problemstillinger som knytter seg til downloading av åndsverk lagret på servere idet det følger av oppgavens tema at det bare er p2p-nettverk som behandles. Ettersom det er adgangen til privat eksemplarframstilling som skal holdes opp mot opphavsmannens enerett vil ikke åndsverkslovens kapittel 3 ("Opp-

havsrettens overgang”), 4 (”Opphavsrettens vernetid) og 6 (”Forskjellige bestemmelser”) behandles. Reglene i kapittel 5 (”Andre rettigheter”) om de vil trekkes inn i den grad det er nødvendig på grunn av rettighetene til utøvende musikere, produsenter og plateselskaper. Reglene om sanksjoner i kapittel 7 (Straff, erstatning og inndragning) vil behandles for å belyse hvilke rettsfølger som er aktuelle, og hvilke sanksjoner en lovovertreder risikerer å bli utsatt for. Ved at oppgaven er ment å ta for seg digital eksemplarframstilling til privat bruk i et *opphavsrettslig* perspektiv vil spørsmål som måtte oppstå i relasjon til andre nærliggende rettsområder falle utenfor. Eksempler på dette er spørsmål knyttet til kontraktsrett og personvern utenfor. Plasshensyn vil måtte begrense fremstillingens omfang.

1.6.1 Presiseringer

Det presiseres at det er *beskyttede åndsverk* som behandles i fremstillingen. Verk som ikke er omfattet av åndsverksloven, eller der opphavsmannen har gitt avkall på sine rettigheter vil således ikke berøres av denne redegjørelsen.¹⁴ Det samme gjelder for åndsverk der vernetiden på 70 år er utløpt, jfr. åvl. § 40, slik at det fritt kan brukes av alle. I den moderne underholdningsbransjen er det svært vanlig at opphavsrettigheter og utøvende musikeres rettigheter overdras til andre som forvalter rettighetene for dem. Innen musikkbransjen er dette kanskje snarere hovedregelen enn unntaket. I Norge forvaltes ofte opphavsrettighetene av kollektive organisasjoner som TONO¹⁵ på vegne av komponistene når det gjelder bruken av musikkverk utenfor det private området.¹⁶ Disse gir plateselskapene tillatelse til utnyttelse av verkene. Det avgrenses mot nærmere problemer knyttet til rettighetsoverdragelse og rettighetsforvaltning. Jeg vil likevel påpeke at den som trer inn i opphavsmannens rettigheter utøver hans rettigheter så langt det følger av avtalen mellom rettighetshaveren og dens suksessorer.¹⁷

¹⁴ Om de nærmere vilkår for opphavsrettsbeskyttelse etter åvl. se Rognstad ”Fragmenter til en Lærebok i opphavsrett” 2004 s. 16 – 44.

¹⁵ [Online] Tilgang: <http://www.tono.no>

¹⁶ Wagle og Ødegaard s. 59

¹⁷ Schönning s. 62-63

1.7 Metode og rettskilder

Når det nærmere innhold av reglene for digital eksemplarframstilling til privat bruk skal fastlegges tar jeg utgangspunkt i den lovtolkningsprosessen som følger av alminnelig juridisk metode. De relevante bestemmelsene i åndsverkslovens ordlyd slik den foreligger etter endringene av 17. juni 2005 vil dermed gjøre utgangspunktet for framstillingen. I skrivende stund finnes det ingen norske høyesterettsdommer som direkte angår digital eksemplarframstilling av musikkverk til privat bruk. Forarbeidene til lovendringene, som er en del av Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) om forslag til endringer av åndsverksloven, inneholder en til dels utførlig redegjørelse angående hvordan de nye bestemmelsene skal forstås. Også forarbeidene til den originale utgaven av åndsverksloven, og forarbeider til de endringer av åndsverksloven som har funnet sted etter dette vil være relevant. Rettspraksis i henhold til bestemmelser som videreføres vil dermed ha relevans.

Den publiserte juridiske litteraturen som finnes rundt lovendringene er relativt sparsom, og består av en håndfull spredte artikler. I tillegg finnes de kommentarer som er gitt i Norsk Lovkommentar av henholdsvis Ole-Andreas Rognstad, Andreas Galtung og Magnus Stray Vyrje. Jeg har under arbeidet med framstillingen hatt tilgang til et upublisert manus skrevet av Ole-Andreas Rognstad, professor ved det juridiske fakultet ved Universitet i Oslo. Dette manuset inneholder en oppdatert framstilling av de opphavsrettslige problemstillinger i forhold til digitale medier, der også lovendringen fra 2005 er behandlet.

Lovendringen av 2005 kom som et resultat av innføringen av EUs direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001, det såkalte Infosoc-direktivet. Direktivets uttalte formål er å skape harmonisering av medlemsstatenes lovgivning på området for opphavsrett og nærstående rettigheter. Man ønsket gjennom direktivet å skape rettslig klarhet når det gjelder utnyttelse av beskyttede åndsverk og arbeider der disse foreligger i digital form.¹⁸ Norge er forpliktet til å gjennomføre dette direktivet i norsk lov i henhold til EØS- avtalen.

¹⁸ Ot prp. nr. 46 (2004-2005) s. 11

På opphavsrettens område har det tradisjonelt vært et omfattende fellesnordisk samarbeid. Vår åndsverkslov er i stor grad samsvarende med den øvrige åndsverkslovgivningen i de nordiske land. Et formål med loven av 1961 var å oppnå størst mulig grad av nordisk rettsenhet.¹⁹ Målsetningen har like fullt gyldighet i dag, og er særlig påpekt også i forarbeidene til lovendringen av 2005.²⁰ Dette hensynet er også vektlagt i rettspraksis se for eksempel Rt. 2005 s. 41- Napster. Høyesterett uttalte her at ” Åndsverkloven har sin bakgrunn i nordisk samarbeid, og hensynet til nordisk rettsenhet har betydning for vurderingen av vår sak.” Hensynet til nordisk rettsenhet er videre fremhevet i nordisk rettslitteratur.²¹ EUs opphavsrettsdirektiv er gjennomført i dansk lovgivning i 2002.²² I Sverige ble det samme gjort i 2005.²³ Følgelig vil lovgivning, rettspraksis, forarbeider og juridisk teori fra de andre nordiske landene også kunne være av betydning.

Også folkerettslige traktater og konvensjoner som Norge er medlem av eller har tiltrådt har betydning for fastleggelsen av norsk rett. Av internasjonale forpliktelser finnes også rene folkerettslige forpliktelser. Den viktigste av disse hva angår opphavsretten er Bernkonvensjonen, tiltrådt av Norge den 13. desember 1896, med senere endringer. Konvensjonsteksten regulerer ikke et lands forhold til sine egne opphavsmenn, men et lands forpliktelser til å verne verk av opphavsmenn fra andre konvensjonsland og verk av opphavsmenn som ikke er undersätter av noe unionsland, dersom verket publiseres første gang i et land som er omfattet av konvensjonen.²⁴ Bernkonvensjonen hjemler, blant annet, adgangen til unntak fra opphavsmannens enerett i nasjonal lovgivning. Dette er regulert i konvensjonens artikkel 9 (2). Denne adgangen er omtalt som ”tretrinnsstenen”²⁵ Tretrinnsstenen innebærer, som navnet bærer preg av, at et unntak fra opphavsmannens enerett må oppfylle tre vilkår. Det første vilkåret foreskriver at slike unntak kun kan gjelde ”spesielle og avgrensede tilfelle.” For det andre må disse unntakene ”ikke skade den normale utnyttelse av verket.” Og

¹⁹ Se for eksempel Inst. O. XI (1960-61) s. 2

²⁰ Se Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 12

²¹ Se f. eks. Schönning s. 73 – 77, Olsson s. 29-30

²² Lov nr. 1051 af 17.12.2002 om ændring av ophavsretsloven.

²³ Lag 2005: 359

²⁴ Rognstad s. 2.

²⁵ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 29

endelig vil det tredje vilkåret kreve at et slikt unntak ”ikke på urimelig måte tilsidesette opphavsmannens legitime interesser.”²⁶ Bernkonvensjonens stilling i norsk rett er ikke behandlet av domstolene. Etter presumpsjonsprinsippet er det likevel slik at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser som er påtatt.²⁷ Konvensjonen vil således få betydning ved fastleggelsen av innholdet i norsk rett. Videre finnes World Intellectual Property Organization`s traktat om opphavsrett (WCT) og traktat om fremføringer og fonogrammer (WPPT). Ved lovendringen i 2005 er det åpnet for at også disse traktatene skal tiltres av Norge, men dette ikke ennå ikke skjedd i skrivende stund.

Reelle hensyn står sentralt ved mange av de spørsmål som drøftes i denne fremstillingen. Særlig er balansen mellom rettighetshaveres interesse i å ha kontroll med sine åndsverk og allmennhetens interesse i at flest mulig får tilgang til slike verk en avveining som berører grunnleggende rettigheter hos både opphavsmenn og privatpersoner. Den teknologiske utviklingen og dens konsekvenser har helt klart reist nye problemstillinger som lovgiver har måttet ta stilling til. Det samme har de folkerettslige forpliktelsene Norge har påtatt seg gjennom blant annet Bernkonvensjonen og EØS-avtalen. På den annen side står retten til privatlivets fred svært sterkt, og en innskrenkning av privatbruksbegrepet med påfølgende trusler om straff og erstatning reiser er derfor ikke uproblematisk. Når det åpnes i lovgivningen for å kunne forfølge økonomiske interesser for rettighetshaverne inn i de private hjem oppstår spørsmålet om rettighetshaverne har for sterke rettigheter. Kontroversen rundt konsesjonen som ble gitt av Datatilsynet til Advokatfirmaet Simonsen for å overvåke trafikk i fildelingsnettverk er et eksempel på dette.²⁸

2 Opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling

²⁶ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 29

²⁷ Presumpsjonsprinsippet bygger på at man ønsker å tilpasse rettsanvendelsen slik at den er forenlig med våre folkerettslige forpliktelser. Se for eksempel Rt. 2000 s. 1811

²⁸ Tidsavgrenset konsesjon gitt til Advokatfirmaet Simonsen av datatilsynet.

Det følger av åvl. § 2 første ledd at opphavsmannen har enerett til eksemplarfremstilling.

§ 2 første ledd lyder:

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

Det er opphavsmannen som har opphavsretten til verket. Det følger av åvl. § 1 første ledd. Eneretten har to sider, og kan på mange måter sammenlignes med eiendomsretten når det gjelder rettighetshavers mulighet til å forføyde over den. Opphavsmannen kan selv råde over sitt verk positivt ved eksempelvis å disponere over rettigheter knyttet til dette. Motsetningsvis kan opphavsmannen forby andre å råde over verket uten hans tillatelse.²⁹

2.1 Hensyn og bakgrunn for åndsverkslovens § 2

Opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling er et grunnleggende opphavsrettslig prinsipp. Det er foruten å ha hjemmel i åndsverkslovens § 2 hjemlet i Bernkonvensjonens art. 9, avsnitt 1, og i opphavsrettsdirektivet art. 2. Bakgrunnen for en slik enerett kommer av at man ved skapelsen av et åndsverk ikke kan råde over en fysisk håndgripelig ting. Lovgiver har derfor valgt å la rådigheten knytte seg til bestemte måter å råde over verket på.³⁰ Åndsverkslovens § 2 vil således bestemme hvilke økonomiske enerettigheter opphavsmannen til et verk har. Eneretten sikrer opphavsmannen økonomisk kompensasjon ved utnyttelse av verket når det fremstilles kopier av det. Retten er altså først og fremst av økonomisk art..³¹

²⁹ Rognstad, upublisert manus.

³⁰ Knoph, Ragnar: Oversikt over Norges rett, 12. utg. Oslo, 2004 s. 468

³¹ Rognstad, upublisert manus.

2.2 Innholdet av eneretten til eksemplarframstilling

Opphavsmannen har altså enerett til å framstille eksemplarer av verket sitt, jfr åvl. § 2 første ledd. Eneretten til eksemplarframstilling har tradisjonelt vært en veldig viktig rett for opphavsmannen siden verksutnyttelse i stor grad har vært, og nok fortsatt er, knyttet til eksemplarer. Eksemplarframstilling er en måte å råde over et åndsverk på som medfører mangfoldiggjøring av det, typisk kopiering eller reproduksjon. For musikkens område vil dette også innebære lydfesting og mekanisering.³² At opphavsmannen har en enerett innebærer at han har mulighet til å selv framstille eksemplarer av verket sitt. Denne retten gjelder både ved første gangs framstilling så vel som ethvert senere tilfelle der verket gjøres tilgjengelig for allmenheten.³³ Videre, og langt mer praktisk i med tanke på den moderne underholdningsbransjen, er at han kan overdra denne retten til andre med muligheten for økonomisk vederlag. Åvl. § 39 gir opphavsmannen rett til helt eller delvis å overdra sin rett til å råde over åndsverket økonomisk.

Eksemplarframstillingsbegrepet omfatter både varige og midlertidige eksemplarer, jfr. åvl. § 2. For at det skal foreligge en eksemplarframstilling av et verk må kopien eller reproduksjonen være tilstrekkelig lik originalen til å gi den samme bevissthetsopplevelsen hos motakeren.³⁴ Videre må de ha en karakter av selvstendighet i den betydning at de må være egnet til å gi en selvstendig opplevelse av verket. Det må det skje en viss fiksering av verket. Med fiksering menes at eksemplaret må manifestere seg på en eller annen måte, eller på en eller annen måte komme til uttrykk. Så lenge det foreligger en fiksering vil det foreligge et eksemplar, uansett medium og hvorvidt verket kan oppleves direkte eller bare gjennom tekniske hjelpemidler.³⁵ Det er likevel ikke ethvert uttrykk som tilfredsstillende kravene til fiksering. Et speilbilde vil for eksempel ikke inneha den nødvendige fiksering på grunn av dets forgjengelighet.³⁶

³² Schönning s. 139

³³ Schönning s. 137

³⁴ Therese Steen, Eksemplarframstilling av litterære verk til privat bruk s. 12

³⁵ Norsk lovkommentar [Online] Tilgang: <http://www.norsklovkommentar.no>

³⁶ Rognstad s. 164 med videre henvisninger.

2.3 Eneretten i et digitalt perspektiv

Digitaliseringen av åndsverk har medført at man har fått en situasjon der åndsverk i stor grad ikke lenger er knyttet til fysiske eksemplarer. Dette reiser spørsmålet om hvorvidt den informasjonsutvekslingen som skjer ved overføring i digitale nettverk omfattes av eksemplarbegrepet i åndsverksloven. § 2 annet ledd utvider som uttrykket eksemplarframstilling til også å gjelde overføring til ”innretning” som ”kan gjengi verket.” Begrepet ”innretning” er et vidtrekkende begrep, og det er antatt at dette dekker så vel konvensjonelle innretninger som eksempelvis CD-er til lagringsenheter på data og maskinlesbare medium.³⁷ Avgjørende er derfor hvorvidt den innretningen det skjer en overføring til kan ”gjengi verket.”

Når man bruker åndsverk i datamaskiner omgjøres disse, som foran nevnt, til binære tegn som kun kan leses av en datamaskin. Disse binære tegn kan således settes sammen i enten uendret eller i endret form. For musikkverk er vanlig at disse satt sammen til ulike former for lydfile. Dette kan være såkalte MP3-filer, eller andre formater som eksempelvis WMA³⁸ eller AAC³⁹. Ved å bruke programvare på datamaskinen som kan lese slike lydformat og omformere de binære tallene om til lyd vil det utvilsomt ha en overføring til en innretning som ”kan gjengi verket.” Dette kan skje enten ved kopiering fra fysisk bærer av åndsverket, eksempelvis fra en CD til datamaskin eller gjennom utveksling av informasjon fra datamaskin til datamaskin. Ved omdannelse fra CD-format til eksempelvis MP3-filer komprimeres innholdet på en CD for eksempel ned til 1: 12,⁴⁰ noe som gjør at den bruker langt mindre plass på lagringsmediet. Eneretten til eksemplarframstilling omfatter også framstilling av eksemplarer i annen teknikk, jfr. åvl. § 2 første ledd. Det er derfor ikke tvilsomt at et åndsverk som er lagret på en CD og som kopieres til en MP3-fil eller et annet lydformat dermed vil være underlagt opphavsmannens enerett. Eneretten gjelder også for hel eller delvis reproduksjon.⁴¹ Ved streaming og nedlasting kan det tenkes at man ikke

³⁷ Norsk lovkommentar [Online] Tilgang: <http://www.norsklovkommentar.no>

³⁸ Windows Media Audio. WMA er Microsofts standard digitale lydformat.

³⁹ Advanced Audio Coding. AAC er Apples standard digitale lydformat.

⁴⁰ Koftvedgaard, s. 113

⁴¹ Wagle og Ødeggard s. 172

mottar hele filen. Det er antatt at dersom det opprinnelige verket kan identifiseres ved hjelp av den delen som er kopiert, har det skjedd en eksemplarframstilling.⁴² Og dette er altså selv om hele verket ikke foreligger. For musikkverk vil det gjerne ikke behøves mer enn noen sekunder før et verk kan identifiseres. Dette må innebære at det ikke skal særlig mer enn en kort sekvens av en sang eller et musikkstykke før det har skjedd en eksemplarframstilling.

Det følger av § 2 at både ”varige” og ”midlertidige eksemplarer” er omfattet. Med varige eksemplarer menes i denne sammenheng at det er filer som lagres på datamaskinens harddisk eventuell annen lagringsenhet som er varig. Midlertidige eksemplarer ble omfattet av § 2 ved endringen i 2005, og er begrunnet i opphavsrettsdirektivets art. 2. At midlertidige eksemplarer er omfattet får stor betydning i digitale sammenhenger. Med midlertidige eksemplarer sikter man først og fremst til framstillinger som er såpass uselvstendige og forgjengelige at de ikke kan sies å være varige. Typiske eksempler på dette er eksemplarer som fremstilles i datamaskinens minne dvs. RAM⁴³ og cache.⁴⁴ Dersom en bruker ønsker å aksessere et åndsverk på sin datamaskin starter han opp et program som kan lese den filen som åndsverket er omgjort til, eksempelvis en MP3-fil. Alle programmer som startes må, for å kunne eksekveres, lastes inn i datamaskinens minne. De eksemplarframstillinger som skjer i datamaskinens minne, går imidlertid tapt når datamaskinen skrur av. Ved streaming av musikk skjer overføringen kun til datamaskinens hurtigminne, og lagres ikke på harddisken.

Eksemplarbegrepet er således, som vist foran, både teknologi- og medienøytralt.⁴⁵ Dette innebærer at enhver måte som benyttes for å framstille et eksemplar er omfattet, og også ethvert nytt uttrykk et eksemplar måtte manifestere seg i. Eksemplarbegrepet er altså ikke begrenset til fysiske eksemplarer. I den digitaliserte medie verden er bindingen mellom verk

⁴² Wagle og Ødegaard s. 173

⁴³ Random Access Memory. Dette er minnet i en datamaskin der de aktive prosesser ligger klare for kjøring av et program i maskinen.

⁴⁴ En datamaskins kjørende programmer ligger i hovedhukommelsen RAM. Under kjøring flyttes de aktive instruksjonene og dataene kontinuerlig over i hurtigminnet, slik at prosessoren kan hente dem derifra.

⁴⁵ Ot.prp 46 (004-2005) s. 3

og eksemplarer ikke like tydelig som ved tradisjonelle fysiske bærere som eksempelvis cd-er. Det medienøytrale begrepet gjør dermed at rene digitale fremstillinger er omfattet av loven. Dette er presisert i forarbeidene til endringene i åndsverksloven.⁴⁶

2.4 Midlertidige eksemplarer som faller utenfor opphavsmannens enerett

Det følger av åvl. § 2 at eneretten gjelder med de begrensninger som følger av loven. Åndsverksloven § 11 a avgrensner opphavsmannens enerett for enkelte former for midlertidige eksemplarer som er så vidt flyktige eller integrerte i andre sammenhenger at det gjelder særlige regler for dem, jfr. åvl. § 11 a. Bestemmelsen skal tolkes antitetisk, dvs. at alle midlertidige eksemplarer som ikke dekkes av åvl. § 11 a er underlagt opphavsmannens enerett.⁴⁷ Denne regelen kom også inn ved lovendringen i 2005, og er et resultat av EUs opphavsrettsdirektiv, og følger av art. 5.1 sammenholdt med direktivets forale pkt. 33. Åvl. § 11 a regulerer således midlertidige eksemplarfremstillinger der denne enten er ”tilfeldig eller forbigående,” jfr. første ledd første alternativ, eller ”utgjør en vesentlig del av en teknisk prosess som har til eneste formål å muliggjøre,” jfr. første ledd annet alternativ., enten ”en lovlig bruk av verket,” jfr. litra. a), ”en overføring i nettverk på vegne av tredjeparter” jfr. litra b), og som endelig ”ikke har selvstendig økonomisk betydning,” jfr. § 11 a, siste ledd.⁴⁸ I all hovedsak snakker man her om eksemplarfremstillinger som er resultat av lovlig bruk av verket, digitale eksemplarer som fremstilles på vegne av tredjeparter, og fremstillinger som ikke har selvstendig økonomisk betydning.⁴⁹ I denne fremstillingen vil kun de rettslige sidene ved eksemplarfremstilling til privat bruk behandles. Mellomlagringer som skjer på vegne av tredjeparter etter åvl. § 11 a bokstav b) faller derfor utenfor, og vil derfor ikke behandles nærmere.

Begrunnelsen for reglene om midlertidige eksemplarer som er unntatt fra opphavsmannens enerett er først og fremst at opphavsmannens enerett ikke skal være så omfattende at det hindrer en normal utnyttelse av internett, og åndsverk som brukeren har anskaffet på lovlig

⁴⁶ Ot.prp. 46 (2004-2005) s. 16

⁴⁷ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16.

⁴⁸ Rognstad, upublisert manus

⁴⁹ Rognstad, upublisert manus.

måte.⁵⁰ Det teknologinøytrale eksemplarbegrepet medfører at all behandling av åndsverk i datamaskiner medfører eksemplarframstilling, og er således underlagt opphavsmannens enerett etter åvl. § 2. Dersom man eksempelvis surfer på nettet, eller spiller av en CD på datamaskinen, vil det oppstå midlertidige eksemplarer i dataens minne dvs. RAM som er dataens vanlige minne, eller cache som er hurtigminnet. Dette er midlertidige eksemplarer som forsvinner når man slår av datamaskinen.

2.4.1 Nærmere om kravet ”lovlig bruk”

Det er særlig alternativ a), i åvl. 11 a, kravet om ”lovlig bruk,” som har betydning når det gjelder avgrensningen av opphavsmannens enerett i forhold til bruker som fremstiller eksemplarer til privat bruk. Med ”lovlig bruk” menes bruk som skissert ovenfor under pkt. 2, en bruk der rettighetshaveren har gitt sitt samtykke eller der det følger i medhold av andre lovbestemmelser at en slik bruk er tillatt, eventuelt at forholdet ikke reguleres av loven.⁵¹ Begrepet er også definert på samme måte i fortalen til opphavsrettsdirektivet pkt. 33.

Av forarbeidene følger det at handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante ikke omfattes av åvl. § 2.⁵² Dette er eksemplarframstilling og fremføring innenfor det private området. I den forbindelse er det eksplisitt nevnt i forarbeidene at nettlesning til privat bruk er omfattet av åvl. § 11 a.⁵³ Når man benytter seg av en nettleser, bruker man et program som gjør at man kan vise for eksempel tekst, bilder, og annen informasjon som ligger på en webside på brukerens egen datamaskin. Det er ingen tvil at det teknologinøytrale eksemplarbegrepet medfører at man foretar en eksemplarframstilling når man surfer på internett, og aksesserer diverse nettsider. Vanligvis vil en slik eksemplarframstilling som skjer kreve samtykke av opphavsmannen etter åvl. § 2, eventuelt kunne gjøres i medhold av samme lovs § 12, men dette behøves altså ikke etter åvl. § 11 a. Det følger imidlertid ikke klart av forarbeidene hvorvidt eksemplarframstilling som skjer på bakgrunn av streaming er omfattet av unntaket. I forarbeidene sies det at midlertidige eksemplarer som oppstår i forbindel-

⁵⁰ Olsson s. 143

⁵¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17

⁵² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17

⁵³ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17

se med avspilling av verk innenfor det private området omfattes av bestemmelsen⁵⁴. Det må likevel antas at streaming også er omfattet av ordlyden, når dette gjøres til privat bruk. De streamede eksemplarene har begrenset varighet, og lagres stort sett bare i maskinens minne. Dette vil imidlertid problematiseres ytterligere under pkt. 4.8. nedenfor.

2.5 Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten

For ordens skyld skal det nevnes at det følger av åvl. § 2 at opphavsmannen også har enerett når det gjelder å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Det samme har også utøvende musikere og plateselskap etter henholdsvis åvl. §§ 42 og 45. Det følger også av åvl. § 2, første ledd at opphavsmannen har enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Med å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten menes enhver måte allmennheten får adgang til å bli kjent med verket. I relasjon til eksemplarfremstilling til privat bruk, vil eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten kun ha betydning som et ulovlig kopieringsgrunnlag etter åvl. § 12, fjerde ledd. Det vil derfor gjøres nærmere rede for dette begrepet og dets betydning nedenfor under pkt. 5.2.2 flg.

2.6 Konklusjon

Når en bruker benytter seg av fildelingsnettverk for å laste ned eller høre på musikk, reguleres denne handlingen av åndsverksloven. Det følger av åvl. §§ 2, 42 og 45 at det er rettighetshaverne som har enerett til eksemplarfremstilling. Eneretten gjelder helt klart for varige eksemplarer, både der de fremstilles helt og delvis, og uansett hvilken teknikk de måtte oppstå i. Det vil si at for å laste ned for lagring på harddisk vil dette kreve at rettighetshaverne har samtykket til slik eksemplarfremstilling. Rettighetshavernes enerett er imidlertid begrenset av eksemplarer som faller inn under unntaket i åvl. § 11 a. Det er derfor noe uklart hvorvidt en bruker som lytter til musikk ved streaming trenger opphavsmannens samtykke for å gjøre dette.

⁵⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17

3 Privatbrukskopiering

Eneretten til eksemplarframstilling for opphavsmannen gjelder med de begrensninger som følger av åndsverksloven, jf. § 2, første ledd. En begrensning av eneretten finnes i lovens § 12, som omhandler eksemplarframstilling til privat bruk. Også de nærstående rettigheter er avgrenset av åvl. § 12. Dette følger av åvl. §§ 42 og 45 siste ledd. Åvl. § 12 er en av de såkalte "lånereglene" som finnes i åndsverksloven. Begrepet "låneregel" innebærer kort fortalt at man låner av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling på visse vilkår. "Lånereglene" er mangeartede, og har forskjellige formål og virkninger. En undergruppe av lånereglene er lovreguleringer om fri bruk av åndsverk. De omhandler adgangen til å benytte åndsverk uten samtykke fra opphavsmannen.⁵⁵ Regelen i åvl. § 12 er et eksempel på dette.

Åndsverksloven § 12 første ledd, første pkt. lyder:

"Når det ikke skjer i ervervsøyemed, kan enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk."

Det er ikke av alle typer åndsverk det kan fremstilles eksemplarer til privat bruk. Dette følger av åvl. § 12, annet ledd, litra a) til d). Disse vil således ikke behandles i denne fremstillingen. For musikkverk kan dette gjøres, selv om dette ikke kan gjøres ved fremmed hjelp jfr. § 12 tredje ledd. Eksemplarframstilling etter åvl. § 12 har det samme innholdet som etter åvl. § 2, jfr. ovenfor under pkt. 2. Det vil si at eksemplarframstilling innebærer så vel kopiering ved nedlasting i fildelingsnettverk og avspilling av musikk gjennom streaming.

3.1 Hensyn og bakgrunn bak åvl. § 12

Det sentrale med åvl. § 12 er at eksemplarframstillingen må skje til privat bruk. Dette gjør altså at den eneretten som opphavsmannen er gitt etter åvl. § 2 begrenses til å skje utenfor det private område. Retten til privatbrukskopiering vil være en avveining mellom opp-

⁵⁵ Begrepet lånereglene er hentet fra upublisert manus av Rognstad.

havsmannens økonomiske interesse på den ene side, og hensynet til privatlivets fred på den annen side. Det følger så vel av Bernkonvensjonen artikkel 9.2 som opphavsdirektivet artikkel 5.2 bokstav (b), at det er adgang til å gjøre unntak fra opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling for kopiering til privat bruk. Dersom det skal gjøres unntak fra opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling i lovgivningen må disse unntakene være innenfor rammene av den foran nevnte tretrinns-testen, jfr. konvensjonens artikkel 9.2 og direktivets artikkel 5.3. Den teknologiske utviklingen har imidlertid muliggjort en tilgjengeliggjøring av åndsverk som gjør at man kan få tilgang til nesten ethvert verk i sin egen stue. Videre har man fått stadig bedre utstyr som medfører at man lett kan fremstille teknisk perfekte kopier, svært enkelt og i stort omfang. Idet brukere av åndsverk kan fremstille egne kopier gratis fremfor å kjøpe åndsverket blir spørsmålet om man etter hvert utfordrer opphavsmannens økonomiske rettigheter stadig mer presserende. På tross av dette har man likevel ønsket å beholde adgangen til kopiering til privat bruk.⁵⁶ Dette har resultert i begrensninger i adgangen til privat eksemplarframstilling i digitale sammenhenger nå innført i § 12 fjerde ledd, se nedenfor under pkt. 4.

Videre er adgangen til privat eksemplarframstilling avhjulpet med en kompensasjonsordning for opphavsmenn og innehavere av nærstående rettigheter. Med lovendringen ble det også innført en ordning der opphavsmenn og innehavere av nærstående rettigheter skal motta kompensasjon for den kopiering som finner sted til privat bruk. Denne endringen er også begrunnet i opphavsrettsdirektivet artikkel 5.2 bokstav (b). Reguleringen er inntatt i åvl. § 12, og skal skje over statsbudsjettet, jfr. første ledd, tredje punktum. Ordningen skal kompensere for den tapte inntekten som opphavsmenn og innehavere av nærstående rettigheter har som følge av eksemplarframstilling til privat bruk. Det følger likevel forutsetningsvis av bestemmelsens systematikk at denne ordningen kun dekker det som er definert som lovlig eksemplarframstilling etter åvl. § 12. En slik ordning vil altså ikke kunne kompensere for den ulovlige eksemplarframstillingen som skjer ved bruk av peer 2 peer-nettverk. Det tapet som måtte oppstå på grunn av ulovlig kopieringsvirksomhet vil således ikke være omfattet. Hvorvidt en slik ordning er egnet til å fullt ut dekke det tapet som opp-

⁵⁶ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 43

står hos rettighetshaverne er imidlertid svært vanskelig å si noe sikkert om. Dette skyldes at det er vanskelig å fastslå noe om hvor omfattende privatkopiering er, og at det derfor er vanskelig å fastslå rettighetshavernes reelle tap.

3.2 Kriteriene for eksemplarfremstilling til privat bruk i digitale sammenhenger

Inngangskriteriet for privatbrukskopiering vil være hvorvidt en eksemplarfremstilling er til ”privat bruk” eller ikke. Dette samme må gjelde der man laster ned i fildelingsnettverk eller foretar avspilling i form av streaming. Med privatbruk siktes til bruk foretatt av privatpersoner.⁵⁷ Som et utgangspunkt vil privat bruk være den bruk som skjer innenfor en persons familie og vennekrets. Men privatsfæren er etter åvl. § 12 videre, slik at også andre lukkede kretser der det finnes personlige tilknytningspunkter mellom deltakerne er omfattet.⁵⁸ Det er imidlertid klart at en spredning til allmennheten klart vil falle utenfor.⁵⁹ Graden av personlige tilknytning er også vektlagt i rettspraksis, jfr. Rt. 1991 s. 1296 – ”Pornovideo,” der det ble uttalt at kopiering etter § 12 kan skje til ”personlige venner, og kanskje også i noe større utstrekning.” Man må altså kunne gå ut fra at det er adgang for en privatperson å laste ned musikk og bruke denne i sitt eget hjem. Den vil også kunne spilles av for og deles med familie og personlige venner.

En slik definisjonen åpner for at man da lett kan fremstille store antall av eksemplarer på lovlig måte. Man kan jo tenke seg at man har en stor slekt, at man bor i et større bokollektiv eller har svært mange venner som man regner som personlige. Dersom alle personene i denne kretsen benytter seg av eksemplaret som brukeren har anskaffet er det er ikke vanskelig å tenke seg at man lett vil kunne komme i konflikt med opphavsmannens økonomiske interesser, særlig der dette er gjort uten hans samtykke. Dermed vil en for omfattende adgang til privatbrukskopiering lett kunne stride mot tretrinns-testen. I digitale sammenhenger foregår jo slik kopiering praktisk talt gratis. Det er imidlertid antatt at når det gjelder adgangen til å ta digitale kopier til privat bruk, er denne sterkt begrenset.⁶⁰ I den danske opp-

⁵⁷ Juridiske personer kan således ikke fremstille eksemplarer etter § 12, se Schönning s. 247

⁵⁸ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 38

⁵⁹ Schönning s. 247

⁶⁰ Rognstad, upublisert manus.

havsrettslovgivningen er adgangen til digital kopiering begrenset til kun å gjelde for den private personlige bruk, dvs. han selv eller hans husstand, jfr. danske opphavsrettslov § 12, stk. 2 nr. 5.

Åndsverksloven § 12 oppstiller videre en rekke krav for at en eksemplarframstilling til privat bruk skal være hjemlet i bestemmelsen. For det første kan dette ikke skje i ervervsøyemed, jfr. åvl. § 12 første ledd første punktum.⁶¹ Videre kan ikke disse utnyttes ”i annet øyemed,” jfr. annet punktum. Man kan altså ikke benytte en privat eksemplarframstilling utenfor den private krets. Kun ”enkelte eksemplarer” kan fremstilles, jfr. første punktum. Dette innebærer en kvantitativ grense på hvor mange eksemplarer som kan fremstilles. Det er ikke angitt noen nærmere grense for hva som ligger i dette kriteriet i loven, og noen klargjøring av begrepet finnes heller ikke i rettspraksis. Ser man eksempelvis på den svenske loven, er det tilsvarende uttrykk formulert som ”ett eller några få eksemplar.”⁶² I forarbeidene til en tidligere lovendring, Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) uttales det imidlertid på s. 15 at ”Hvor stor del av et verk og antall eksemplar som kan fremstilles, vil bero på omstendighetene i det konkrete tilfelle - bl.a. hva slags verk det er tale om, verkets omfang, hvor stor del av verket som gjengis på eksemplaret, arten av det eksemplar som fremstilles og om eksemplaret gjengir verket i samme form som gjengivelsen det fremstilles fra, og hva slags bruk det tas sikte på.” For eksemplarframstilling av musikkverk der man har hele sanger eller album av nesten like god kvalitet som originalen, må det antas at antallet etter dette derfor må være begrenset.

Endelig er det et vilkår etter åvl. § 12 at verket må være ”offentliggjort,” jfr. § 12 første ledd første pkt. Hva som ligger i begrepet offentliggjort følger av åvl. § 8. Det følger av § 8 at et verk er offentliggjort når ”et rimelig antall av verket med samtykke av opphavsmannen er brakt i handelen, eller på annen måte er spredt blant allmennheten. Ved spørsmålet om når et verk er offentliggjort i digital sammenheng er det lagt til grunn at verket er of-

⁶¹ I relasjon til denne framstillingen må det antas at kriteriet har liten betydning. Det vil neppe være noe ervervsmessig økonomisk motiv involvert ved eksemplarframstilling til privat bruk.

⁶²SFS 1960:729

fentliggjort når det foreligger mulighet for å kopiere fra det.⁶³ Det vil altså innebære at det foreligger en publisering på nettet med et samtykke til offentliggjøring fra opphavsmannen. Dette gjelder enten eksemplarframstilling uttrykkelig er tillatt, eller der det følger implisitt. Det er heller ikke av betydning hvorvidt det er knyttet vilkår som for eksempel vederlag for framstillingen.⁶⁴

3.3 Forbudet mot bruk av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering av musikkverk

Ved lovendringen av juni 2005 ble det innført en begrensning når det gjelder eksemplarframstilling til privat bruk av spesielle typer åndsverk. Praktisk viktig i denne sammenheng er begrensningen som ble innført for musikkverk i åvl. § 12 tredje ledd bokstav a). Etter denne endringen er det ikke lenger lov å la seg bistå av fremmed hjelp ved eksemplarframstilling selv når denne er utelukkende til privat bruk. Dette vil ikke bare omfatte personlig og teknisk bistand av personer som er utenfor ens privatsfære, men også ved bruk av kopieringsutstyr som er skaffet til veie utenfor privatsfæren,⁶⁵ eksempelvis ved å låne en datamaskin fra noen som er utenfor ens privatsfære. Det vil for eksempel da ikke være tillatt å laste ned en musikkfil for varig lagring på utstyr tilhørende biblioteket. På en undervisningsinstitusjons datamaskiner er spørsmålet tvilsomt⁶⁶, selv om dette er til privat bruk og lovens øvrige vilkår etter åvl. § 12 er oppfylt.⁶⁷ For streaming vil bruk av fremmed hjelp sannsynligvis være tillatt etter åvl. § 11 a i alle fall når man har en lovlig tilgang til verket jfr. 11 a, litra a).

3.4 Konklusjon

Selv om det er rettighetshaverne til et åndsverk som har eneretten til eksemplarframstilling er deres enerett begrenset av åvl. § 12. Privatpersoner kan fremstille eksemplarer til privat bruk på visse vilkår. Nedlasting i fildelingsnettverk og streaming av musikkverk er tillatt i de tilfeller der man er innenfor de kriterier som følger av åvl. § 12. En reservasjon i rela-

⁶³ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 36

⁶⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 36

⁶⁵ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 39-40

⁶⁶ Innst. O. nr.103 (2004-2005) Stortinget.no. [Online] Tilgang: <http://www.stortinget.no/inno/2004/200405-103-002.html>

⁶⁷ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 41

sjon til § 12 gjøres imidlertid ved at slik eksemplarfremstilling også er betinget av et lovlig kopieringsgrunnlag, jfr. pkt. 5 nedenfor.

4 Kravet om lovlig kopieringsgrunnlag

Som vi ser av fremstillingen hittil er det altså en relativt vid adgang til å fremstille eksemplarer til privat bruk. Denne retten er imidlertid underlagt en del begrensninger. Særlig gjelder dette for digital eksemplarfremstilling.

§ 12 fjerde ledd lyder:

”Det er ikke tillatt å fremstille eksemplar etter denne paragraf på grunnlag av en gjengivelse av verket i strid med § 2, eller på grunnlag av et eksemplar som har vært gjenstand for eller er resultat av en omgåelse av vernede tekniske beskyttelsessystemer, med mindre slik eksemplarfremstilling er nødvendig etter § 53 a, fjerde ledd andre punktum.”

Bestemmelsen omfatter det som i forarbeidene omtales som ”lovlig kopieringsgrunnlag.”⁶⁸ I realiteten snakker man her ikke om kopiering i snever forstand, men all eksemplarfremstilling, med unntak av åvl. § 11 a-eksemplarer.⁶⁹ Eksemplarfremstilling til privat bruk etter åvl. § 12 er altså være betinget av en lovlig adgang til verket foreligger.⁷⁰ Bestemmelsen regulerer to ting; For det første er det ikke tillat med eksemplarfremstilling til privat bruk dersom kopieringsgrunnlaget strider mot opphavsmannens enerett etter åvl. § 2. For det andre er slik eksemplarfremstilling ikke tillatt der man kopierer fra et resultat av en omgåelse av innlagte tekniske beskyttelsessystemer som skal hindre adgangen til verket, eller omgår en slik ved kopieringen. Dette kan likevel gjøres dersom det er for å spille av verket

⁶⁸ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 30

⁶⁹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 30

⁷⁰ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 30

på såkalt ”relevant avspillingsutstyr.” Det kan diskuteres hvorvidt alternativet angående omgåelse av beskyttelsessystem har selvstendig betydning, idet det neppe vil kunne fremstilles eksemplarer som ikke strider mot åvl. § 2 samtidig. Det er eksempelvis ikke et slikt alternativ i den svenske åndsverksloven.⁷¹

Videre skal det påpekes at kravet om lovlig kopieringsgrunnlag ikke gjelder for åndsverksloven § 11 a, jfr. pkt. 2.5 ovenfor. Dersom det skulle oppstå midlertidige eksemplarer ved eksempelvis nettlesning eller annen bruk som faller innenfor åvl. § 11 a, vil dette altså ikke utgjøre en ulovlig bruk.⁷²

4.1 Hensyn og bakgrunn bak § 12, 4 ledd

På samme måte som åvl § 12 er regelen i § 12 fjerde ledd et resultat av en avveining mellom retten til kopiering til privat bruk og opphavsmannens enerett til økonomisk utnyttelse av et åndsverk. Her har imidlertid hensynet til rettighetshavere veid atskillig tyngre enn allmennhetens interesse i utnyttelse av åndsverk. Kravet er innført som følge av gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet. Det er ikke noe eksplisitt krav i opphavsrettsdirektivet om lovlig kopieringsgrunnlag. Av direktivets artikkel 5.5 forutsettes det likevel at de unntak og avgrensninger som fastsettes i nasjonal lovgivning fra opphavsmannens enerett ikke må komme i konflikt med tretrinnssteden. Kravet om lovlig kopieringsgrunnlag er dermed den norske løsningen for å beholde adgangen til privatbrukskopiering, samtidig som man ønsker å etterleve de internasjonale forpliktelsene. Videre følger det av direktivets artikkel 6 at man plikter å ha lovgivning som sikrer vern av tekniske beskyttelsessystemer som kopi- eller tilgangskontroll.

Før innføringen av åvl. § 12 fjerde ledd fantes det ingen lovbestemmelse som regulerte forholdet eksplisitt. Det var da antatt at så lenge eksemplarfremstillingen var til privat bruk, spilte det ingen rolle hvorvidt den kilden man kopierte fra var lovlig eller ikke. Innføringen av åvl. § 12 fjerde ledd, avgjorde således et prinsipielt rettsspørsmål av mer generell art i

⁷¹SFS 1960:729

⁷²Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 141

norsk opphavsrett, nemlig hvorvidt det var adgang til eksemplarframstilling til privatbruk av ulovlig utlagt materiale.⁷³ Det er imidlertid noe omstridt hvorvidt innføringen av bestemmelsen om lovlig kopieringsgrunnlag var så nyskapende som departementet hevdet. Selv om dette var departementets syn⁷⁴, var det hevdet fra flere hold at man måtte innfor- tolke et krav om lovlig kopieringsgrunnlag i norsk rett som følge av tretrinns- testen. I dansk opphavsrett, som i all hovedsak er lik den norske, er dette særlig hevdet av Schönning.⁷⁵

Åndsverksloven § 12 fjerde ledd er et altså et unntak fra bestemmelsen i åvl. § 12, om eksemplarframstilling til privat bruk. Mens § 12 regulerer lovlig privatbrukskopiering, lister fjerde ledd opp tilfeller der slik eksemplarframstilling er ulovlig. Man har sett det som nødvendig at opphavsretten ikke skal være så omfattende at man kan blande seg inn i hva som skjer i de private hjem med hjemmel i lov. Dette kan for det første være praktisk vanskelig å kontrollere. Videre vil et forbud mot privat kopiering kunne ”støte an mot privatlivets fred og den enkelte persons integritet.”⁷⁶ Å skulle forfølge opphavsrettsbrudd som skjer innenfor den private sfære har dessuten vært ansett for å være uformålstjenlig på grunn av de høye kostnadene dette innebærer.⁷⁷ Det har likevel vært fremholdt at når man skal fastlegge rekkevidden av lånereglene, som åvl. § 12 er et eksempel på, er det et sentralt poeng at man ikke gir rom for utnyttelse av åndsverk som i stor grad går på bekostning av opphavsmannens økonomiske rettigheter, eller slik virksomhet som åpner for konkurranse med ham.⁷⁸ Dette følger dessuten av tretrinns- testen. Denne begrensningen gjelder så vel opphavsmannen som eventuelle utgivere av et verk som dermed også har økonomiske rettigheter knyttet til utnyttelsen av verket. Den muligheten man har i en digital medie- verden for utnyttelse av åndsverk, gjør at dette er en problemstilling som er av langt større betydning enn den har vært tidligere. Særlig har det vært fremholdt fra musikkbransjen at det at vernet for rettighetshavere har vært for svakt. Det har vært hevdet at rettighetshavere går glipp av økonomisk kompensasjon som følge av ulovlig nedlasting i peer 2 peer- nett-

⁷³ Rognstad, upublisert manus.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 30

⁷⁵ Schönning 2000 s. 231

⁷⁶ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 48.

⁷⁷ Jane Ginsburg an Yves Gaubiac ”Private copying in the Digital Environment s. 149 – 150.

⁷⁸ Innst. O. XI 1960-61. s.18-24.

verk.⁷⁹ Hvorvidt dette er reelt eller om slik aktivitet skaper oppmerksomhet rundt åndsverket og genererer nye markeder slik forkjemperne for fri fildeling og kopiering hevder, er det vanskelig å si noe sikkert om.

Man har ved innføringen av kravet om lovlig kopieringsgrunnlag gjort et inngrep i retten til privatbrukskopiering.⁸⁰ Brudd på bestemmelsen er nå sanksjonert med erstatning og straff. Siden kopiering til privatbruk er utstrakt, og i stor grad gjøres uten bruk av det som nå er et lovbestemt tillatt kopieringsgrunnlag, har det vært anført at mange mer eller mindre frivillig ender opp som lovbrytere. Dette har vært forsøkt avhjulpet med å innføre et krav om forsett ved ileggelse av erstatnings- og straffansvar, slik at terskelen for å ilegge sanksjoner settes høyere. Hvorvidt en løsning med erstatning og straffansvar for kopiering til privat bruk er i tråd med den allmenne rettsoppfatning synes usikkert. Det kan her også spørres om en slik løsning kan medføre at borgerne mister den nødvendige respekten for lovverket som er ønskelig i et demokratisk samfunn. Videre kan det spørres hvor reelt det vil være å forfølge privatpersoner som kun kopierer til eget bruk.

4.2 Det nærmere innholdet av åvl. § 12 fjerde ledd

4.2.1 Gjengivelse av verket

Det følger av åvl. § 12 fjerde ledd at dersom en eksemplarframstilling bygger på en ”gjengivelse av verket som strider mot åvl. § 2,” vil dette være et ulovlig kopieringsgrunnlag. Det må således avgjøres hva en gjengivelse i strid med åvl. § 2 vil innebære. Åvl. § 12 fjerde ledd bruker formuleringen ”gjengivelse av verket i strid med § 2.” Bruken av uttrykket ”gjengivelse” er et resultat av en bevisst handling fra lovgivers side.⁸¹ Man har valgt dette uttrykket fordi det har vært ønskelig å ikke bare ramme kopieringsgrunnlag i form av eksemplarer som er ulovlige. Man har valgt formuleringen ble brukt men også omfatte eksemplarframstilling som skjer på grunnlag av ulovlige gjengivelser som ikke er knyttet til

⁷⁹ [Online] Tilgang: <http://www.ifpi.no/>

⁸⁰ Rognstad, upublisert manus.

⁸¹ Rognstad, upublisert manus.

eksemplarer som eksempelvis ulovlige direkteoverførte kringkastingssendinger som streaming og ”web – casts.”⁸²

4.2.2 ”I strid med § 2”

Videre er det et vilkår for at det skal foreligge lovlig kopieringsgrunnlag at eksemplarfremstillingen ikke må ”stride mot opphavsmannens rett etter § 2,” jfr. § åvl. 12 fjerde ledd.

Som vi har sett ovenfor under pkt. 2, har rettighetshaverne eneretten til eksemplarfremstilling. I dette ligger det at det er innenfor deres rett å kontrollere hvem som fremstiller eksemplarer av verket, med unntak av hva som skjer innenfor det private området. Opphavsmannen eller annen rettighetshaver må enten gi sitt samtykke til at verket kan deles, eventuelt at eksemplar må kunne fremstilles i medhold av privatbruksbestemmelsen i åvl. § 12, jfr. pkt. 3.2 ovenfor. Det er altså et lovlig kopieringsgrunnlag dersom den eksemplarfremstillingen som skjer gjøres med samtykke av opphavsmannen etter åvl. § 2, og på samme måte gjelder dette for musikere og produsenter etter hhv. åvl. §§ 42 og 45. Videre vil kravet om lovlig kopieringsgrunnlag heller ikke gjøre noen begrensninger i retten til å kunne fremstille kopier til privat bruk av lovlig ervervede eksemplarer innenfor de øvrige grensene av åndsverksloven. § 12. Åvl. § 12 fjerde ledd, første alternativ, regulerer dermed de situasjoner der det ikke er gitt noe samtykke til eksemplarfremstilling, og det heller ikke kan gjøres i medhold av § 12.

Tradisjonelt har åndsverk, og kanskje spesielt musikkverk vært knyttet til fysiske eksemplarer, med CD-er og LP-er som de fysiske bærere av åndsverk som fortsatt har praktisk og økonomisk betydning per i dag. Det er helt klart at fysiske eksemplarer er omfattet av kravet om lovlig kopieringsgrunnlag i åvl. § 12 fjerde ledd. Et ulovlig kopieringsgrunnlag kan således være et eksemplar i den betydning at det er et fysisk eksemplar. Slike er for eksempel ulovlig kopierte CD-er, og andre ulovlig fremstilte fysiske bærere av verket. I relasjon til kravet om lovlig kopieringsgrunnlag er man imidlertid ikke avhengig av å ha tilgang til et fysisk eksemplar. Det kan tenkes situasjoner der man får tilgang til et ulovlig eksemplar

⁸² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 32

uten at dette er knyttet til fysiske eksemplarer. I digitale sammenhenger er mulighetene for å tilgjengeliggjøre åndsverk uten tilknytning til fysiske bærere svært mange. Man har de ulovlige eksemplarene som stammer fra fildelingsnettverk, streaming og kringkastinger. Interaktive samtalefora gir ofte mulighet for å utveksle data brukerne imellom. Åndsverk kan også sendes som vedlegg til e-post. Det er ingen tvil om at slike situasjoner også er omfattet av åvl. § 12 fjerde ledd.

Kravet om lovlig kopieringsgrunnlag har i tillegg en annen side. I tillegg til å ha eneretten til eksemplarfremstilling har også opphavsmannen eneretten til å ”gjøre verket tilgjengelig for allmennheten,” jfr. åvl. § 2. Dette gjelder både helt eller delvis, det vil si om man får tilgang til hele verket eller bare deler av det. Også innehavere av de nærstående rettigheter har enerettigheter til å gjøre sine prestasjoner tilgjengelig for allmennheten.⁸³ Dette ble innført ved lovendringen i 2005 og bygger på opphavsdirektivets art 3.1 og 3.2. På samme måte som for eksemplarfremstillingsretten reguleres dette for musikere av åvl. § 42, mens plateselskapenes rett reguleres av § 45. Rettighetshaverne har altså enerett til å råde over allmennhetens tilgang til deres verk. Etter ordlyden i åvl. § 12 fjerde ledd er det bare opphavsmannens enerett etter § 2 som er omfattet. Det følger likevel av både åvl. §§ 42 og 45 respektive siste ledd at flere av åndsverklovens bestemmelser får tilsvarende anvendelse for disse rettighetene, herunder åvl. § 12 fjerde ledd. I relasjon til kravet om ulovlig kopieringsgrunnlag har eneretten til tilgjengeliggjøring stor betydning fordi det å fremstille eksemplarer på bakgrunn av en tilgjengeliggjøring som strider mot opphavsmannens enerett også vil utgjøre et ulovlig kopieringsgrunnlag etter åvl. § 12.fjerde ledd.

Det må derfor avgjøres hva en tilgjengeliggjøring i strid med opphavsmannens enerett innebærer. Ved lovendringen i 2005 ble det innført et nytt fjerde ledd i § 2 som lyder:

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

⁸³ Det avgrenses her mot såkalte etterligninger, dvs. coverlåter etc.

Det er bare tilgjengeliggjøring for "allmennheten," som er underlagt opphavsmannens enerett. En tilgjengeliggjøring innenfor den private sfære vil være hjemlet i § åvl. 12. Om det foreligger ulovlig kopieringsgrunnlag, knytter seg altså til hvorvidt verket er gjort tilgjengelig for allmennheten i strid med § 2.

4.2.3 Nærmere om begrepet "tilgjengeliggjøring for allmennheten"

Man kan dele begrepet "tilgjengeliggjøring for allmennheten" i tre kategorier. Det dekker for det første, "spredning av eksemplarer," jfr. tredje ledd, bokstav a). Videre dekker det "offentlig visning uten bruk av tekniske hjelpemidler," jfr. bokstav b). Og endelig "offentlig fremføring av verket," jfr. bokstav c). Når det gjelder de ulike formene for tilgjengeliggjøring for allmennheten er det klart at alle formene ikke har praktisk betydning for kravet om lovlig kopieringsgrunnlag i digitale sammenhenger. bokstav a) omhandler de tilfeller der "eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten" I forarbeidene til endringene i åndsverksloven i 2005, ble det gjort klart at litra a) kun gjelder for spredning av åndsverk som manifesterer seg i fysiske eksemplarer.⁸⁴ Jeg vil derfor avgrense mot situasjoner som innebærer spredning av fysiske eksemplarer i den videre fremstillingen. bokstav b) omhandler offentlig fremføring av verk uten bruk av tekniske hjelpemidler. Digital eksemplarframstilling innebærer bruk av datamaskiner. Da dette utvilsomt er tekniske hjelpemidler, faller juridiske problemstillinger i relasjon til bokstav b), utenfor fremstillingen her.

4.2.4 Verket fremføres offentlig

Åvl. § 2, tredje ledd bruker uttrykket "verket fremføres offentlig." Det er altså offentlig fremføring av verket for allmennheten som er underlagt opphavsmannens enerett, kalt fremføringsretten.⁸⁵ I likhet med eneretten til eksemplarframstilling er også denne retten begrunnet i opphavsmannens økonomiske interesser.⁸⁶ Rettighetshaverne har altså muligheten til å få økonomisk kompensasjon for at andre skal kunne gjøre verket tilgjengelig for

⁸⁴ Ot.prp. nr 46 (2004-2005) s. 27

⁸⁵ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 20

⁸⁶ [Online] Tilgang: <http://www.norsklovkommentar.no>

allmennheten. Det som videre er spesielt for overføringsretten er at den, i motsetning til de to andre formene for tilgjengeliggjøring, sprednings- og visningsretten, ikke er utsatt for konsumpsjon. Med konsumpsjon menes at eneretten går tapt ved første gangs avhendelse.⁸⁷ Rettighetshaverne mister med dette ikke sin rett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten i relasjon til offentlig fremføring på samme måte som han mister den når det gjelder sprednings- og visningsretten.

Uttrykket ”verket fremføres offentlig” favner langt bredere enn en naturlig språklig forståelse av ordlyden skulle tilsi.⁸⁸ I åvl. § 2 fjerde ledd er det gitt eksempler på hva dette kan innebære, og lyder ”...kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelt selv kan velge tid eller sted for tilgang til verket.” Det er helt klart at begrepet ”overføring i tråd eller trådløst nettverk” omfatter overføring i datanettverk, eksempelvis på Internett eller i andre typer datanettverk. Dette er ment å være eksempler på måter et åndsverk kan gjøres tilgjengelig på, og skal ikke tolkes uttømmende.⁸⁹

Når man snakker om tilgjengeliggjøring som skjer gjennom indirekte visning gjennom tekniske hjelpemidler snakker man om distanseoverføringer.⁹⁰ Det kan skilles mellom kringkasting og overføring som skjer ved at mottakeren selv er aktiv, og setter i gang overføring. Dette vil i praksis omfatte alle måter man kan få tilgang til et åndsverk gjennom Internett som downloading, streaming og webcasts. Også andre tråd eller trådløse nettverk vil være omfattet av ordlyden. Under denne formen vil de tilfeller der verksformidlingen skjer på brukerens eget initiativ også omfattes. Dette følger av uttrykket ”den enkelte selv kan velge tid eller sted,” jfr. åvl. § 2 fjerde ledd.

Det kan således settes spørsmål ved hvilket tidspunkt en tilgjengeliggjøring kan sies å ha funnet sted. Når man kobler seg på et fildelingsnettverk vil de andre brukerne ha mulighet

⁸⁷ Rognstad, upublisert manus.

⁸⁸ Rognstad, upublisert manus.

⁸⁹ [Online] Tilgang: <http://www.norsklovkommentar.no>

⁹⁰ Rognstad, upublisert manus.

til å laste ned fra datamaskinen som kobles på. Det følger av åvl. § 2, siste ledd at offentlig fremføring også omfatter at verket stilles ”til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid eller sted for tilgang til verket.” I Rt. 2005 s. 41 – Napster uttalte Høyesterett angående hvorvidt en tilgjengeliggjøring finner sted i åndsverkslovens forstand at det; ”Avgjørende må være hvordan teknikken virker - om og hvordan tilgang gis,” jfr. premiss nr. 47. Skjæringspunktet for når en tilgjengeliggjøring i fildelingsnettverk finner sted vil dermed være når man åpner for at andre kan søke seg frem til og laste ned et åndsverk som finnes på brukerens egen harddisk. Dette må være det samme enten man kobler seg på et nettverk der man laster ned til harddisk eller gir noen brukere mulighet for å koble seg på en webcast eller igangsette en streaming.

Det er helt klart at en deling av en fil i et fildelingsnettverk kan medføre en tilgjengeliggjøring for allmennheten i strid med åvl. § 2. Det vil således være en ulovlig eksemplarframstilling etter åvl. § 12 fjerde ledd dersom man laster ned en slik fil uten samtykke. At opphavsmannen har enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten innebærer også at det legges begrensninger på de eksemplarer som en bruker har fremstilt lovlig til privat bruk. Dersom man har fremstilt et eksemplar i medhold av privatbruksbestemmelsen i åvl. § 12, kan man ikke gjøre denne tilgjengelig i et fildelingsnettverk der allmennheten har adgang. Dette vil helt klart stride mot opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2, og således utgjøre et ulovlig kopieringsgrunnlag etter åvl. § 12 fjerde ledd.

Det er imidlertid ikke bare gjennom nedlasting av åndsverk i fildelingsnettverk at det kan forekomme en tilgjengeliggjøring for allmennheten som er i strid med opphavsmannens enerett. Også ulovlige webcasts, streaming og andre former for tilgjengeliggjøring som skjer gjennom nettet vil være omfattet dersom de er i strid med opphavsmannens enerett etter åvl. § 2. Det vil likevel ikke være slik at den som får tilgang til enhver form for ulovlig utlagt materiale vil foreta en ulovlig kopiering. De midlertidige eksemplarene er jo unntatt etter åvl. § 11 a. Slike eksemplarer er spesifikt unntatt opphavsmannens enerett

4.2.5 Forholdet mellom allmennheten og den private sfære

Det følger som sagt av åndsverksloven § 2, tredje ledd at rettighetshaverne har eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten og offentlig fremføring. Denne bestemmelsen regulerer altså det som skjer i p2p-nettverk så lenge det skjer en kringkasting i tråd eller trådløst til "allmennheten." jfr. fjerde ledd. Det kan likevel ikke være slik at enhver handling i et p2p-nettverk medfører at verket fremføres offentlig for allmennheten. I fildelingsnettverk vil jo brukerne ha tilgjengelig materiale som kan lastes ned av andre brukere i nettverket. Det sentrale kriteriet for hvorvidt en eksemplarframstilling i et fildelingsnettverk er ulovlig vil nettopp være hvorvidt det her foreligger en gjengivelse gjort tilgjengelig for allmennheten eller ikke. Hvor grensen vil gå i de ulike tilfeller er vanskelig å forutsi. For åpne nettverk der hvem som helst kan skaffe seg tilgang ved å installere programvare og koble seg til må det antas at det skjer en slik tilgjengeliggjøring for allmennheten. For lukkede fildelingsnettverk blir dette vanskeligere. Mange nettverk er opprettet med adgangskriterier, eller det kan tenkes at brukerne har personlige relasjoner. Det er da ikke gitt at det skjer en tilgjengeliggjøring overfor allmennheten. Antagelig vil denne grensen måtte trekkes på samme måte som ved den personlige sfære ved eksemplarframstilling til privat bruk, jfr. ovenfor under pkt. 3.2. Det er i denne sammenheng også viktig å merke seg at adgangen til å fremstille digitale eksemplarer til privat bruk er sterkt begrenset som vi har sett under pkt. 3.2. Dette må kanskje også gjelde når det gjelder overføring i digitale nettverk.

4.2.6 Særlig om forholdet mellom åvl. § 12 fjerde ledd og åvl. § 11 a

Unntaket fra opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling i åvl. § 11 a medfører at man kan fremstille midlertidige eksemplarer uten opphavsmannens samtykke, jfr. pkt. 2.4. Det er ikke noe krav om lovlig kopieringsgrunnlag etter åvl. § 12 fjerde ledd når man fremstiller eksemplarer som faller inn under åvl. § 11 a.⁹¹ Dette betyr at når man fremstiller eksemplarer til privat bruk som faller inn under åvl. § 11 a er man altså ikke avhengig av en lovlig tilgang til verket. I forarbeidene står det på s. 33: "Om det f.eks. ved nettlesning oppstår midlertidige eksemplarer som omfattes av § 11a, vil altså ikke dette være i strid med kravet om lovlig kopieringsgrunnlag *selv om grunnlaget for kopiering er gjengitt strid med*

⁹¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

§ 2.⁹² (Min utheving.) For materiale som er gjort tilgjengelig med samtykke av opphavsmannen, er dette i realiteten ikke noe stort problem. Når det derimot gjelder eksemplarfremstilling av ulovlig utlagt materiale er et slikt unntak fra opphavsmannens enerett ikke helt uproblematisk. Å fritt kunne fremstille eksemplarer av slikt materiale etter åvl. § 11 a vil lett kunne komme i strid med tretrinns-testen, og en slik forståelse er i strid med opphavsdirektivet.⁹³ Enda mer oppsiktsvekkende er det nok at det i forarbeidene sies rett ut at en omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer for å muliggjøre avspilling innenfor det private området er tillatt i medhold av åvl. § 11 a, og at slike handlinger ikke utgjør en opphavsrettslig relevant handling.⁹⁴ Poenget med utvidelsen av opphavsmannens enerett etter åvl. § 2 er jo å sikre opphavsmannen kontroll med hvem som har tilgang til verket hans, særlig i digitale sammenhenger. Det er antatt at den riktige løsningen basert på opphavsdirektivet innebærer at man må ha opphavsmannens samtykke for nettløsning.⁹⁵ Dette vil da også måtte gjelde for streaming og webcasts.

Eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten er ikke begrenset av de midlertidige eksemplarer etter åvl. § 11 a. De praktiske problemene som oppstår i forbindelse med eksemplarfremstilling som er skissert ovenfor under pkt. 2.5. gjør seg ikke gjeldende for tilgjengeliggjøring for allmennheten. Videre ville jo en slik regulering frata rettighetshaverne muligheten til å kunne skaffe seg inntekter ved at musikken deres ble spilt i webradio og lignende. Det vil likevel følge av det som er sagt ovenfor at også når en bruker fremstiller et eksemplar på bakgrunn av et verk som er gjort tilgjengelig i strid med opphavsmannens enerett etter § 2, at denne vil falle utenfor opphavsmannens enerett etter § 11 a, jfr. pkt. 2.5 ovenfor.

⁹² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

⁹³ [Online] Tilgang: <http://www.norsklovkommentar.no>

⁹⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17

⁹⁵ [Online] Tilgang: <http://www.norsklovkommentar.no>

4.3 Eksemplarfremstilling på grunnlag av omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer

Det følger av åvl. § 12 fjerde ledd, annet alternativ at det heller ikke er lov å fremstille eksemplarer på grunnlag av et eksemplar som har vært gjenstand for, eller som er resultat av, en omgåelse av et teknisk beskyttelsessystem.

Åndsverksloven § 12 fjerde ledd annet alternativ lyder:

[Det er ikke tillatt å fremstille eksemplarer] ...”på grunnlag av et eksemplar som har vært gjenstand for eller er resultat av en omgåelse av vernede tekniske beskyttelsessystemer, med mindre slik eksemplarfremstilling er nødvendig etter § 53a tredje ledd andre punktum.”

De siste årene har man sett en stadig større bruk av forskjellige måter å beskytte åndsverk mot uautorisert utnyttelse av musikkverk eksempelvis kopisperrer,⁹⁶ og digital rights management, (DRM).⁹⁷ Opphavsrettsdirektivets artikkel 6 nr. 1, krever vern av tekniske av tekniske beskyttelsessystemer. Dette er altså bakgrunnen for åvl. § 12 fjerde ledd annet alternativ. Det åpnes likevel for å kunne utforme nasjonale unntaksbestemmelser fra kravet om vern. Dette er altså gjort i § åvl. 53 a annet ledd. Det er fremhevet av flere at man gjennom unntaket i åvl. § 53 a annet ledd tøyde bestemmelsen i opphavsdirektivet art. 6 langt.⁹⁸

Som vi har sett ovenfor er det rettighetshaverne som har enerett til å råde over sine verk og arbeider, med de begrensninger som følger av loven. Dette innebærer at de har adgang til å bestemme hvorvidt, og i hvilket omfang disse skal kunne utnyttes. Eksempelvis ønsker rettighetshaverne at det bare skal kunne fremstilles et visst antall eksemplarer, eller de har

⁹⁶ Brukes for å forhindre uautorisert bruk av f.eks. musikk. PCWorlds dataleksikon [Online] Tilgang: <http://dataleksikon.idg.no/>

⁹⁷ Betegnelse på teknologier som brukes for å forhindre piratkopiering av musikk, video, dokumenter eller andre former for digitale data. PCWorlds Dataleksikon [Online] Tilgang: <http://dataleksikon.idg.no/>

⁹⁸ Bing, Jon. ”MP3-loven” Lovdata, LoD-2005-082-18.

inngått avtaler om at deres verk kun kan brukes i sammenheng med bestemte typer teknologi. Bruken av tekniske beskyttelsessystemer har altså som formål å hindre både ulovlig tilgang til og spredning. Bruken av kopisperrer og DRM er således et utslag av rettighetshavernes enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten.⁹⁹ De supplerer den tradisjonelle opphavsrettslige lovbeskyttelse. Dette fordi de angår den faktiske måten man kan få adgang til og utnytte åndsverk.¹⁰⁰

4.4 Teknisk beskyttelsessystem

Det må således avgjøres om DRM og kopisperrer faller inn under begrepet tekniske beskyttelsessystemer. I § 12 fjerde ledd snakker man om forbudet om å omgå ”tekniske beskyttelsessystemer.” Loven har ingen nærmere definisjon av hva som menes med dette. Forarbeidene viser til opphavsrettsdirektivets art. 6.3. Etter direktivets art. 6.3 omfatter dette ”enhver teknologi, innretning eller komponent, som anvendes i tilknytning til verk eller arbeider for nærmere angitt formål.” Med ”tekniske beskyttelsessystem” menes altså systemer som er lagt inn i eksemplarer av åndsverk for å forhindre eller begrense kopiering. Bestemmelsen må videre sees i sammenheng med § 53 a som omhandler et generelt vern for ”effektive” tekniske beskyttelsessystemer. Etter § 53 a er tekniske beskyttelsessystemer en ”beskyttelse som rettighetshaveren eller annen han har gitt samtykke, benytter for å kontrollere eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten av vernet verk.” Etter opphavsdirektivets art. 6.1 skal lovgivningen beskytte ”effektive” tekniske beskyttelsessystemer. At et beskyttelsessystem er effektivt vil innebære at det oppfyller beskyttelsesformålet, jfr. direktivets art. 6.3 i.f. I følge forarbeidene til 12. 4, ledd legges det til grunn at det ikke legges store krav til systemet, men systemets formål til en viss grad må oppfylles for at det skal være vernet. Slike systemer trenger eksempelvis ikke være så effektive at de er nærmest umulige å omgå.¹⁰¹

Av forarbeidene følger det at det skilles mellom tekniske beskyttelsessystemer som anvendes for å kontrollere eksemplarfremstilling og å hindre tilgjengeliggjøring for allmennheten

⁹⁹ Innst. O. nr. 103 (2004-2005) [Online] Tilgang: <http://www.stortinget.no/inno/2004/200405-103-002.html>

¹⁰⁰ Koktevdgaard s. 190

¹⁰¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115

og ,systemer som anvendes for å hindre handlinger som ikke er opphavsrettslige relevante.¹⁰² Det er bare de systemene som hindrer eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten som er tekniske beskyttelsessystemer i lovens forstand.¹⁰³ Med at en handling ikke er opphavsrettslig relevant menes handlinger som faller innenfor den private sfære, det vil si at eksemplarfremstilling og fremføring som er dekket av privatbrukskriteriet i § 12. Dette gir imidlertid ikke noe særlig godt svar på hva man har anledning til å foreta seg idet de aller fleste tekniske beskyttelsessystemer virker slik at de hindrer eksemplarfremstilling som sådan og dermed vil hindre både opphavsrettslige handlinger som er opphavsrettslig relevante, og de som ikke er det.

Definisjonen gjelder uavhengig av hvorvidt beskyttelsen anvendes på et verk som manifesterer seg i et fysisk eksemplar eller ikke.¹⁰⁴ Det er altså utvilsomt at det gjelder for eksempelvis MP3-filer. Det må også antas at kryptering¹⁰⁵ av streamede overføringer som vanskeliggjør opptak av disse også må være omfattet av begrepet. DRM-lisensen kan blant annet bestemme om filer som inneholder åndsverk kan overføres fra en PC til en annen, evt. en CD eller MP3-spiller og hvor mange ganger dette kan gjøres. Det er helt klart at slike beskyttelsessystemer som man fant på de første kopibeskyttede CD-ene, der man enkelt kunne omgå kopisperren ved eksempelvis å holde inne ctrl og shift -tastene mens man lukket spillerskuffen, eller ved hjelp av en sprittusj ikke oppfyller lovens krav.¹⁰⁶ Et eksemplar som fremstilles på denne måten vil således ikke utgjøre et ulovlig eksemplar, og vil heller ikke utgjøre et ulovlig kopieringsgrunnlag senere. Når det gjelder de systemene som ikke er så enkle at enhver person kan bryte disse uten tekniske kunnskaper må vurderingen av hvorvidt de er effektive knyttes til hvorvidt deres formål, altså å beskytte verket mot uautorisert tilgang med mer, til en viss grad oppfylles. Det er ikke spesielt teknisk krevende å endre eller fjerne en DRM-lisens. En bruker med en viss datakyndighet vil kunne

¹⁰² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 117

¹⁰³ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118

¹⁰⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115

¹⁰⁵ Kryptering er en prosess der informasjon modifiseres for å hindre uvedkommende i å lese informasjonen. For å lese teksten må prosessen reverseres (informasjonen dekrypteres). PCWorlds Dataleksikon [Online]

Tilgang: <http://dataleksikon.idg.no/>

¹⁰⁶ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115

klare dette relativt enkelt. Men alle brukere av digitale medier vil neppe ha slik kunnskap. Det derfor kunne antas at dette er en type beskyttelse som i alle fall til en viss grad oppfyller beskyttelsesformålet og således er vernet av bestemmelsen.

De digitale beskyttelsessystemene er utsatt for stadig kritikk. Motstanderne fremhever særlig at disse systemene egentlig bare rammer forbrukere uten særlig teknisk kompetanse, og således ikke når sine tilsiktede formål. Forbrukerombudet har eksempelvis gått hardt ut mot bruken av DRM, og hevdet at bruken av DRM er i strid med preseptoriske forbrukerrettigheter.¹⁰⁷ Helt nylig har eksempelvis plateselskapet EMI valgt å tilby hele sin katalog uten slike beskyttelsessystemer¹⁰⁸ ved salg gjennom I-tunes.¹⁰⁹ Den praktiske betydningen for DRM er derfor noe usikker når det gjelder musikk som selges digitalt. Det gjenstår likevel å se hvordan de andre internasjonale plateselskapene vil forholde seg til denne beslutningen og om de vil følge etter. Og det må antas at DRM fortsatt vil benyttes ved streaming og på denne måten fortsatt ha stor betydning.

4.5 "Gjenstand for" eller er "et resultat av" omgåelse av vernede teknisk beskyttelsessystem

§ 12 fjerde ledd inneholder to alternativer. Det er altså to typer av ulovlige kopieringsgrunnlag som kan utledes av omgåelsesalternativet. For det første er det eksemplarer som er gjenstand for et vernet beskyttelsessystem. Dette er de opprinnelige beskyttede eksemplarene. De kan altså ikke benyttes som kopieringsgrunnlag med unntak av det som måtte følge av § 53 a, dvs. for avspilling på relevant avspillingsutstyr, se under i pkt. 4.7. Utover det som følger av denne bestemmelsen kan de altså ikke brukes som kopieringsgrunnlag. For det andre omfattes eksemplarer som er et resultat av omgåelse av et slikt system. Dette er de eksemplarene der beskyttelsen er fjernet eller ikke lenger virksom på andre måter. Man kan tenke seg modifisering og liknende. Dette kan heller ikke brukes som kopieringsgrunnlag Med omgåelse menes blant annet å fjerne av koder eller dekryptering av

¹⁰⁷ Forbrukerombudets brev til I-tunes [Online] Tilgang: http://www.forbrukerombudet.no/asset/2406/1/2406_1.pdf

¹⁰⁸ [Online] Tilgang: <http://www.emigroup.com/Press/2007/press18.htm>

¹⁰⁹ [Online] Tilgang: <http://www.apple.com/pr/library/2007/04/02itunes.html>

drm-lisenser.¹¹⁰ Når man snakker om omgåelse av teknisk beskyttelsessystem siktes det til måter å fremstille eksemplarer på tross av et teknisk beskyttelsessystem. For å gjøre dette vil man gjerne benytte seg av såkalte ”omgåelsesverktøy.” Med omgåelsesverktøy sikker man til innretninger, produkter, komponenter eller tjenester som tilbys eller ytes i forbindelse med omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer.¹¹¹ Etter § 53 a er det ikke noe forbud mot å eie slike systemer. Heller ikke i relasjon til omgåelsesforbudet er det knyttet noe krav om lovlig kopieringsgrunnlag.¹¹²

4.6 Unntaket for avspilling på relevant avspillingsutstyr

Det er likevel ikke enhver omgåelse av de tekniske beskyttelsessystemer som er ulovlig. Etter § 12 4. ledd kan det gjøres dersom det er nødvendig etter § 53 a tredje ledd, annet punktum. Etter § 53 a annet pkt. vil det være adgang til en slik omgåelse dersom det er nødvendig for at en privat bruker skal kunne aksessere lovlig tilegnet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr. Unntaket er således først og fremst begrunnet i forbrukerhensyn.¹¹³

Det er ikke tvilsomt at de tekniske beskyttelsessystemene og DRM vil kunne gi utslag som kan synes urimelige. Velkjent er eksempelvis problemet fra et par år tilbake da man befant seg i en situasjon der kopibeskyttede CD-er ikke fungerte på enkelte typer CD-spillere i datamaskiner. En mer dagsaktuell problemstilling er at I-tunes og andre aktører som selger musikk over nettet, låser eksemplarene deres til bestemte former for avspillingsutstyr.

Det må således avgjøres hva som ”i alminnelighet er å anse som relevant avspillingsutstyr.” I forarbeidene er det presisert at relevanskravet er strengt.¹¹⁴ Det ble hevdet fra departementets side at en MP3-spiller ikke ville være et relevant avspillingsutstyr for musikk kjøpt på en CD.¹¹⁵ Dette skapte imidlertid så mye debatt at man endret lovteksten fra ”anses som

¹¹⁰ Koftvedgaard s. 190

¹¹¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 120

¹¹² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

¹¹³ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 156

¹¹⁵ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119

relevant avspillingsutstyr” til ”i alminnelighet er å anse som relevant avspillingsutstyr.” Og det ble i denne debatten spesifikt påpekt at en MP3-spiller er å anse som et relevant avspillingsutstyr.¹¹⁶ I skrivende stund kommer de aller fleste nye CD-utgivelser uten slik kopisperre. Uten slike kopisperrer vil det være lovlig å kopiere en slik CD til MP3-spilleren i medhold av § 12. Det samme må nok også gjelde for de kopisperrer som er så enkle å omgå at de ikke utgjør noe effektivt teknisk beskyttelsessystem i lovens forstand, jfr. det som er sagt ovenfor under pkt.

Et annet tilfelle er der formatet åndsverket foreligger i er ganske likt, men digital rettighetsinformasjon ”låser” verket til avspilling på bestemte spillere eller begrenser adgangen til avspilling og kopiering. Eksempelet med I-tunes er velkjent. Ved kjøp av musikk fra I-tunes vil det følge av avtalen at det foreligger en rekke begrensninger når det gjelder avspillingsutstyr og til å fremstille eksemplarer.¹¹⁷ Blant annet gjør disse filenes format, Advanced Audio Coding (AAC) at de ikke kan spilles av på spillere som ikke støtter dette formatet. Formatet er imidlertid ganske likt MP3 og fungerer i all hovedsak på samme måten. Det er forholdsvis enkelt å fjerne en slik kopisperre ved å brenne en CD med AAC, som man så kopierer på nytt til harddisken i MP3-format.

Det følger av forarbeidene at andre spillere enn det som følger av avtalen ikke er å anse som relevant avspillingsutstyr.¹¹⁸ Det må derfor i disse tilfellene antas at man foretar en eksemplarfremstilling i strid med § 12 fjerde ledd. Begrunnelsen for dette er at man foretar en eksemplarfremstilling i strid med rettighetshaverens enerett. Spørsmålet er imidlertid ikke avklart, og det må således være opp til domstolene å avgjøre hvorvidt ulike digitale spillere er å anse som ”relevant avspillingsutstyr” Det vises likevel også i denne sammenheng til det som er sagt ovenfor angående I-tunes.

Et særlig poeng knytter seg også til de eksemplarer som kan fremstilles etter § 53 a, tredje ledd etter bestemmelsen om at man kan omgå for å få spilt verket på relevant avspillingsut-

¹¹⁶ Innst. O. nr. 103 (2004-2005) s. 38-39

¹¹⁷ <http://www.apple.com/legal/itunes/no/service.html>

¹¹⁸ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 157

styr. Et slikt eksemplar kan ikke benyttes som kopieringsgrunnlag etter at dette har skjedd, det vil utover det som er nødvendig for avspillingen¹¹⁹

4.7 Konklusjon

Sammenfatningsvis kan man tolke kravet om lovlig kopieringsgrunnlag slik at det avgjørende for hvorvidt det foreligger et lovlig kopieringsgrunnlag avhenger av hvorvidt man har skaffet seg en lovlig tilgang til verket. Men dette gjelder ikke i alle tilfeller. Vi ser at kravet ikke gjelder for eksemplarfremstilling som faller inn under de midlertidige eksemplarer etter åvl. § 11a. Kravet er heller ikke entydig, og de ulike tilfellene må derfor bedømmes hver for seg.

5 Rettsfølger av ulovlig kopieringsgrunnlag

Ved innføringen av kravet om lovlig kopieringsgrunnlag i § 12 fjerde ledd ble overtredelse av bestemmelsen sanksjonert med mulighet for å ilegge straff- og erstatningsansvar. Man ønsket å avklare rettstilstanden, og samtidig åpne for rettslig forfølgning av brukere som i stor grad benytter ulovlige kopieringsgrunnlag og som dermed også bidrar til den ulovlige distribusjonen som skjer i fildelingsnettverk.¹²⁰ Man så imidlertid betenkeligheter med å kriminalisere en slik atferd. Nettopp med tanke på denne bestemmelsen ble skyldkravet derfor endret fra uaktsomhet til forsett.¹²¹ Lovendringen av 2005 medførte at overtredelse av bestemmelsene om lovlig kopieringsgrunnlag både ble gjort straffbar og erstatningsbetingede.

5.1 Straffespørsmålet

Det følger av åndsverkslovens § 54 første jfr. tredje ledd at overtredelse av bestemmelsen kan belegges med straff, jfr. ordlyden ; ”Med bøter eller fengsel inntil 3 måneder straffes

¹¹⁹ Ot. prp. nr. 46 (2004 -2005) s. 142, jfr. s. 32

¹²⁰ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

¹²¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

den som forsettlig eller uaktsom bryter denne lov ved; å overtre bestemmelsert gitt til vern for opphavsretten i eller i medhold av 1. og 2. kapittel. Ved overtredelse av bestemmelsen i § 12 fjerde ledd, gjelder første ledd i paragrafen her likevel bare dersom handlingen er forsettlig.

Etter åvl. § 54 annet ledd er det kun brudd på samme lovs § 12 fjerde ledd som er gjort forsettlig som kan straffes. Det var et særlig rettspolitisk poeng å gjøre straffetrusselen betinget av forsett.¹²² Dette forsettskravet skyldes nok at ulovlig kopiering er svært utbredt og at man ikke ønsker å ramme dem som måtte gjøre dette uaktsomt.¹²³ For at det skal foreligge forsett må alle de objektive momenter i gjerningsbeskrivelsen være oppfylt. I relasjon til eksemplarframstilling må derfor gjerningsmannen være klar over at han foretar en eksemplarframstilling. Videre må han ha utvist forsett. I relasjon til eksemplarframstilling må dette innebære at han enten anser det som sikkert eller overveiende sannsynlig at kopieringsgrunnlaget strider mot opphavsmannens enerett eller at det er fremstilt på grunnlag av en ulovlig omgåelse av en kopisperre.¹²⁴

Det må kunne hevdes at forsettskravet antagelig vil kunne være vanskelig å statuere. Det følger av forarbeidene at det ikke pålegges noen særlig undersøkelsesplikt for en bruker når det gjelder lovligheten av et eksemplar han bruker som kopieringsgrunnlag.¹²⁵

Man vil nok undertiden kunne ha positiv kunnskap om at kilden man kopierer fra er ulovlig, eller at det må holdes for overveiende sannsynlig at slik kunnskap foreligger. Og det kan tenkes at man vil kunne anse det som overveiende sannsynlig. I forarbeidene vises det til nettsider av mer eller mindre tvilsom karakter der man lett kan forveksle siden med legitime og autoriserte sider. Når et helt album av en velkjent internasjonal artist eksempelvis ligger tilgjengelig i sin helhet før det er i salg i butikken bør man vel kanskje kunne spørre seg selv om det ikke er stor sannsynlighet for at dette ikke utgjør et lovlig kopieringsgrunnlag.

¹²² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

¹²³ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

¹²⁴ Nærmere om begrepet forsett se eksempelvis Ståle Eskeland: "Strafferett" 2. utg. 2006 s. 267-277

¹²⁵ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

Et annet og kanskje viktigere moment ved vurderingen av forsettet som for øvrig ikke er nevnt i forarbeidene er den vidtgående adgangen andre enn brukeren selv har til å manipulere rettighetsinformasjon i digitale sammenhenger. Man kan eksempelvis enkelt fjerne både teknisk rettighetsinformasjon og også enkelt forandre navnet på filer som inneholder beskyttede åndsverk, slik at det kan være vanskelig for en bruker av et fildelingsnettverk å vite hvorvidt den filen han laster ned er et lovlig eksemplar eller ikke.

Også medvirkning til brudd på bestemmelsen om lovlig kopieringsgrunnlag vil kunne rammes av åndsverksloven § 54, jfr. ordlyden.¹²⁶

Hvor reelt et straffeansvar er for bruk av ulovlig kopieringsgrunnlag er vanskelig å si. Det har i skrivende stund ikke vært behandlet i rettspraksis. Etter forarbeidene er innføringen av straffansvar først og fremst gjort for å avklare rettstilstanden.¹²⁷ Det sies imidlertid også at det skal legges bedre til rette for å kunne straffe driver utstrakt ulovlig kopiering og som således bidrar til overvåking, i utstrakt bruk, og som derfor bidrar til ulovlig tilgjengeliggjøring.¹²⁸ Når man ser at det er gitt konsesjon til å overvåke nettrafikk for å konstatere opphavsbrudd, jfr. ovenfor, er det derfor ikke utenkelig at dette vil kunne skje.

5.2 Erstatningsspørsmålet

Etter åndsverkslovens § 55 kan også erstatning idømmes ved overtredelse av samme lovs § 54. Erstatningen skal utmåles etter vanlige erstatningsrettslige regler for skade. Med vanlige erstatningsrettslige regler for skade sikter man til reglene som finnes i Lov om skadeerstatning av 13. juni 1969 nr. 26 (skl.) samt de ulovfestede erstatningsrettlige prinsipper. Det er et viktig poeng å merke seg at det kun er forsettlig overtredelse av avl. § 55 som kan utløse erstatningsansvar. Hovedregelen i norsk erstatningsrett er at uaktsomhet er tilstrekkelig for å fastslå erstatningsansvar.¹²⁹

¹²⁶ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

¹²⁷ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 34

¹²⁸ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 33

¹²⁹Knoph, s. 426

Etter alminnelig erstatningsrett skal skadelidte kompenseres fullt ut for skaden. Etter § åvl. § 55 annet ledd kan erstatningen fastsettes etter den nettofortjenesten som skadevolder har hatt. Forarbeidene taler imidlertid imot dette, siden denne bestemmelsen er myntet på situasjoner der gjerningsmannen har hatt en nettofortjeneste ved omsetning av verk.¹³⁰ Det finnes ingen rettspraksis i skrivende stund som berører erstatning som følge av bruk av ulovlig kopieringsgrunnlag etter åvl. § 12 fjerde ledd ved eksemplarfremstilling til privat bruk. Den praksis som finnes knytter seg til ulovlig tilgjengeliggjøring for andre, og ikke ulovlig eksemplarfremstilling til eget bruk. I teorien er det fremholdt at vederlagsordningen må gjelde dersom det ikke kan påvises større tap.¹³¹ Begrunnelsen for den dette er årsakssammenheng mellom unnlåtelsen av å hente tillatelse og, og tapet av vederlaget. Når det fremstilles eksemplarer på bakgrunn av ulovlige kopieringsgrunnlag mister rettighetshaverne en mulighet for økonomisk utbyttet. Om et slikt synspunkt kan være aktuelt å bruke i forbindelse med ulovlig kopieringsgrunnlag gjenstår å se i rettspraksis.

5.3 Inndragning

Etter åndsverksloven. § 56 kan rettighetshaver kreve inndratt ulovlige eksemplarer. Dette gjelder i motsetning til åvl. §§ 54 og 55 også ved uaktsomhet.¹³²

6 Konklusjon og oppsummering

Innledningsvis var den overordnede problemstilling for denne fremstillingen å gi en oversikt over hvilke handlinger en privat bruker kan foreta seg når han fremstiller eksemplarer til privat bruk i fildelingsnettverk. Dette har bare lyktes delvis. Rettskildene på området er få, og relativt vage. Mange av begrepene i åndsverksloven har ikke noe klart eller entydig innhold. Få av spørsmålene som oppstår i relasjon til privatbrukskopiering av åndsverk er

¹³⁰ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 35

¹³¹ Wagle og Ødegaard s. 397

¹³² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 35

løst i rettspraksis. Lovendringens kontroversielle tilblivelse og den heftige debatten som fulgte i forkant av endringen tilsier at det er en lov som vel reiser like mange problemer som den avklarer. Departementet uttrykker også selv at åndsverksloven har behov for full gjennomgang.¹³³

Retten til privatkopiering er ikke selvsagt. Den er i hovedsak et utslag av en tålt bruk som kommer som en følge av at det ikke er formålstjenlig å skulle forfølge opphavsrettsbruddbrudd innenfor den private sfære, sammen med at man har ønsket at det som skjer innenfor hjemmet fire vegger ikke skal være underlagt opphavsrettslig regulering. Den teknologiske utviklingen har imidlertid endret på dette. Ved å flytte nesten all tilgang til åndsverk direkte inn i folks private hjem via Internett ser man at de tradisjonelle distribusjonskanaler kommer til kort. Men dette kan også åpne for nye markeder ved at brukere som gjennom tradisjonelle distribusjonsnettverk ikke ville vært potensielle konsumenter faktisk blir det. Det er her illustrerende hva direktøren for Motion Picture Association of America, sa under en retts sak da det ble gjort forsøk på å stoppe salget av videopptakere i 1982:

"I say to you that the VCR is to the American film producer and the American public as the Boston strangler is to the woman home alone."

Man vet av historien som fulgte at salget av hjemmevideoer åpnet et helt nytt marked, og de dystre spådommene ikke helt slo til. Det er ikke gitt at et frislipp av åndsverk uten regulering vil føre de samme positive virkningene med seg for musikkbransjen.

Man kan neppe si seg uenig i at opphavsmenn og innehavere av nærstående rettigheter skal ha en mulighet for å kunne skaffe seg økonomisk kompensasjon for den innsats de legger ned. Det er neppe kontroversielt å hevde at dette er en forutsetning for et kommersielt kulturliv. Men man kan selvsagt reise spørsmål angående hvor mye penger de bør tjene, og kanskje også fordelingen mellom eksempelvis plateselskaper og artister. Det er derfor ikke gitt at man ønsker å beholde en adgang til privatkopiering også i fremtiden. Det er likevel

¹³³ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 9

liten tvil om at nedlasting og kopiering av musikk i fremtiden vil kunne ha store omstrukturerende virkninger for platebransjen slik vi kjenner den i dag.

På den annen side vil kanskje også den teknologiske utviklingen etter hvert komme bransjen til unnsetning. Ved å kunne legge inn teknologi som kan spore hvor de enkelte eksemplarene kommer fra, vil det bli enklere å avdekke og påtale opphavsrettslige brudd, noe som vil gjøre det enklere for rettighetshaverne til åndsverket å holde kontrollen over sine verk.

7 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

[0/](#)

8 Litteraturliste

Bøker:

Berge, Øyvind Platekontrakten, eksklusive overdragelser av utøvenes rettigheter til eksemplarfremstilling og spredning. I Complex 8/02 Oslo, 2001.- ISBN 82-7226-058-1

Eskeland, Ståle Strafferett. 2.utgave. Oslo 2006.-ISBN 82-02-24604-0

Kabel, Jan J.C og Gerard J.H.M. Mom Intellectual property and information law. Haag, 1998.- ISBN 90-411-97028.

Knoph, Ragnar Oversikt over Norges rett utgitt av Kåre Lilleholt. 12. utgave. Oslo, 2004.- ISBN 82-15-00534-9

Koktvedgaard, Mogens Lærebog i Immaterialret. 7. utgave. København, 2005.- ISBN 87-574-1021-6.

Olsson, Henry Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar. 2. utgave. Stockholm 2006.- ISBN 91-39-01217-4.

Rognstad, Ole-Andreas Fragmenter til en lærebok i opphavsrett, stensilserie 165. Oslo, 2004.-ISBN 82-7236-165-5.

Schønning, Peter Ophavsretsloven med kommentarer. 3. utgave. København, 2003.- ISBN 87-619-0566-6.

Steen, Therese Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk - en fremstilling av åndsverkslovens § 12 første ledd anvendt på litterære verk, samt en legislativ vurdering av digital eksemplarfremstilling til privatbruk. I Complex 1/97 Oslo, 1997.- ISBN 82-518-3551-8.

Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard jr. Opphavsrett i en digital verden. Oslo, 1997. – ISBN 82-456-0133-0.

Upublisert litteratur:

Rognstad, Ole-Andreas. Upublisert manus

Artikler:

Bing, Jon. "MP3-loven" Lovdata, LoD-2005-082-18.

Lovgivning:

Norsk lovgivning:

1961, Lov om opphavsrett til åndsverk m.v.(åndsverkloven) av 12 mai. Nr. 2. 1961

1969, Lov om skadeerstatning(skadeerstatningsloven) av 13 juni. Nr. 26.1969

Utenlandsk lovgivning:

Ophavsretsloven, Lovbekendtgørelse nr. 618 af 27. juni 2001, med de ændringer, der følger af lov nr. 1051 af 17. december 2002. (Danmark)

Upphovsrätt, Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk(SFS

1960:729)(konsoliderad version med lagen i dess lydelse från den 1 juli 2005)

Lag 2005: 359. (Sverige)

Traktater:

Paristeksten, Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886, komplettert i Paris den 4. mai 1896, revidert i Berlin den 13. november 1908, komplettert i Bern den 20. mars 1914, revidert i Roma den 2. juni 1928, revidert i Brussel den 26. juni 1948 og revidert i Paris 24. juli 1971. Norsk oversettelse oversatt av Kopinor.

EU-direktiver og forordninger:

Rdir 2001/29/EF, directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

Dommer:

Rt. 2005 side 41- Napster.

Rt. 1991 side 1296- Pornovideo.

Forarbeider:

Odelstingsproposisjoner:

Ot. prp. nr. 46 (2004-2005)

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

Stortingsdokumenter:

St. meld. Nr. 22 (2004-2005)

Innstillinger til Odelstinget:

Inst. O. XI (1960-61)

Innst. O. nr.103 (2004-2005)

Undersøkelser:

Pandoraundersøkelsen 2005: Bruk av musikk og internett blant ungdom i Trondheim foretatt ved NTNU.

Internettsteder:

<http://www.apple.com/pr/library/2007/04/02itunes.html> (25.04 2007)

<http://dataleksikon.idg.no/> (25.04 2007)

http://www.forbrukerombudet.no/asset/2406/1/2406_1.pdf (25.04 2007)

<http://www.emigroup.com/Press/2007/press18.htm> (25.04 2007)

<http://www.ifpi.no/> (25.04 2007)

<http://www.norsklovkommentar.no> (25.04 2007)

<http://www.tono.no> (25.04 2007)

