

# FILDELING I ET OPPHAVSRETTLIG PERSPEKTIV



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 688  
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17 883 ord

22.11.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Kort presentasjon av emne	1
1.2	Bakgrunn og emnets aktualitet	1
1.3	Metode og rettskilder	3
1.4	Avgrensning av oppgaven og presiseringer	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>FILDELING PÅ INTERNETT</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	Innledning	6
2.2	Fildelingsmetoder	6
<b><u>3</u></b>	<b><u>OPPHAVSMANNENS ØKONOMISKE RETTIGHETER</u></b>	<b><u>9</u></b>
3.1	Innledning	9
3.2	Enerett til eksemplarfremstilling	10
3.2.1	Midlertidige eksemplarer	10
3.3	Enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten	13
3.3.1	Spredningsretten	14
3.3.2	Visningsretten	15
3.3.3	Fremføringsretten	16
3.3.3.1	Særlig om linker	17
<b><u>4</u></b>	<b><u>AVGRENSNINGER AV OPPHAVSMANNENS ENERETT</u></b>	<b><u>20</u></b>
4.1	Innledning	20

<b>4.2</b>	<b>Eksemplarfremstilling til privat bruk</b>	<b>21</b>
<b>4.3</b>	<b>Tretrinnstesten</b>	<b>23</b>
4.3.1	Forholdet til privatkopieringsregelen	24
4.3.2	Forholdet til midlertidige eksemplarer	28
<b><u>5</u></b>	<b><u>BESKYTTELSESSYSTEMER</u></b>	<b><u>30</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>30</b>
<b>5.2</b>	<b>Omgåelsesforbudet</b>	<b>31</b>
<b>5.3</b>	<b>Forbudet mot omgåelsesverktøy</b>	<b>32</b>
<b>5.4</b>	<b>Avgrensning av omgåelsesforbudet - "mp3-loven"</b>	<b>33</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>SANKSJONSMULIGHETER</u></b>	<b><u>38</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>38</b>
<b>6.2</b>	<b>Strafferettslige sanksjoner</b>	<b>38</b>
<b>6.3</b>	<b>Sivilrettslige sanksjoner</b>	<b>40</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>44</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Kort om e-bøker</b>	<b>44</b>
<b>7.2</b>	<b>Lovendringsforslag</b>	<b>45</b>
<b>7.3</b>	<b>Avsluttende bemerkninger</b>	<b>45</b>
<b><u>KILDER</u></b>		<b><u>48</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Kort presentasjon av emne

Oppgaven handler om fildeling i et opphavsrettslig perspektiv. I korte trekk vil fildeling i denne sammenheng være formidling av digitale<sup>1</sup> filer mellom forskjellige brukere av et datanettverk<sup>2</sup>. Fildeling i seg selv er lovlig, og innen visse rammer er selve fildelingen også lovlig. Særlig vil dette gjelde innenfor det private område. De fleste vil nok allikevel assosiere fildeling med den ulovlige formidlingen av filer som foregår på Internett. Oppgavens hovedfokus vil derfor være på den ulovlige fildelingen, og jeg vil redegjøre for grensene mot lovlig bruk av opphavsrettsbeskyttet materiale. Videre vil jeg redegjøre for de rettslige kriterier som må foreligge for at slik fildeling skal kunne møtes med strafferettslige eller sivilrettslige krav. Til slutt vil jeg drøfte de lovendringsforslag og andre løsningsmodeller som foreligger på området.

## 1.2 Bakgrunn og emnets aktualitet

Opphavsrett handler om rettslig beskyttelse av åndsverk. Åndsverk er ikke tydelig definert i loven, men etter åndsverkloven § 1 annet ledd skal uttrykket etter norsk lov omfatte "*litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform.*" Etter dette følger en eksempelliste på 13 punkter. Denne omfatter blant annet skriftverk, sceneverk, musikkverk, fotografiske verk og skulpturer, men også tekniske tegninger og datamaskinprogrammer nevnes. At for eksempel et datamaskinprogram kan betegnes som et åndsverk, viser at det ikke bare er det som tradisjonelt gjerne kalles kunst som kan ha et opphavsrettslig vern. Listen er langt fra uttømmende, og viser i det hele tatt at åndsverk er et relativt abstrakt begrep, og at uttrykket favner svært vidt.<sup>3</sup>

Historisk sett har opphavsmenn alltid hatt et behov for å beskytte sine verk. Så lenge det har

---

<sup>1</sup> At noe er digitalt, vil i denne oppgaven bety at all informasjon er overført til tallsystemer som kan leses og lagres på blant annet en datamaskin.

<sup>2</sup> Med datanettverk siktes det i denne fremstillingen til datamaskiner som er knyttet sammen ved hjelp av kabel eller trådløs teknologi, herunder via internett.

<sup>3</sup> Jf. Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) side 12.

eksistert skapende virksomhet, har det også vært mulig å etterligne og utnytte andres verk. Allikevel var det nok først da boktrykkerkunsten og masseproduksjon av tekst kom til Europa med Gutenbergs oppfinnelse på 1400-tallet at utviklingen av vår tids opphavsrett virkelig tok til.<sup>4</sup>

I nyere tid har fremveksten av stadig ny teknologi ført med seg økte muligheter for eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av materiale med opphavsrettslig vern. Det er mange år siden man ved hjelp av en dobbel kassettspiller kunne kopiere innholdet på en kassett over til en annen, for så eventuelt å gi det nye eksemplaret videre til andre.<sup>5</sup> I dag besitter så nær som alle hjem alt som skal til for å kopiere og formidle åndsverk i tilnærmet eller fullstendig like god kvalitet som originalverket.<sup>6</sup> Utfordringene for rettighetshaverne har således økt i takt med mulighetene for utnyttelse av åndsverk.

Internett har vært med på å revolusjonere måten informasjon formidles på. Utviklingen på området har gått raskt, og i tillegg til nye muligheter har det også medført nye utfordringer. Eksempelvis kan en fil som inneholder et musikkverk i dag overføres fra en datamaskin til en annen på få sekunder, for så eventuelt å benyttes til å fremstille et fysisk eksemplar på en kompaktplate. Den raske utviklingen av nye teknologiske muligheter har ført til en stadig mer tilspisset debatt rundt rettighetene til henholdsvis rettighetshavere til åndsverk på den ene siden, og brukere av åndsverk på den andre.

Det er på det rene at opphavsretten krenkes på et utstrakt nivå av så vel privatpersoner, som av større, organiserte fildelingsnettverk. Bildet kompliseres ved at det lovlige salget av åndsverk i digitalt format stadig øker, samtidig som den ulovlige fildelingen fortsatt står for en stor del av formidlingen av opphavsrettsbeskyttet materiale. På oppdrag fra Norwaco<sup>7</sup> har det de siste årene blitt utført statistiske undersøkelser som kartlegger kopiering av åndsverk i Norge. I undersøkelsen fra 2010 fikk et utvalg av nordmenn spørsmål om materiale de hadde kopiert og lastet ned via

---

<sup>4</sup> Rognstad 2009 side 17.

<sup>5</sup> I en dom avsagt av amerikansk høyesterett i 1984, Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. (the betamax-case), ble det avgjort at Sony ikke kunne holdes ansvarlige for opphavsrettskrenkelser, selv om deres Betamax-spillere gjorde det mulig for forbrukere å kopiere VHS-kassetter med opphavsrettsbeskyttet innhold.

<sup>6</sup> Statistisk Sentralbyrå oppgir at andelen norske husholdninger med tilgang til PC i 2010 utgjorde 94 %, og av disse hadde 90 % tilgang til Internett.

<sup>7</sup> Norwaco er, ifølge sine egne nettsider, en medlemsorganisasjon som inngår avtaler om sekundær utnyttelse av lyd og levende bilder. De krever inn vederlag for bruken, og fordeler dette videre til rettighetshavere.

( <http://www.norwaco.no> )

Internett de siste syv dagene. Blant disse utgjorde den ulovlige andelen av kopiert og nedlastet musikk 39 %, mens den for film utgjorde hele 68 %.<sup>8</sup> Formålet med undersøkelsene var for øvrig å kartlegge *lovlig* privatkopiering, og resultatene må nødvendigvis ses i lys av dette, men tallene som fremkommer er med på å belyse utviklingen på området og gir et visst innblikk i omfanget av den ulovlige fildelingen.

Håndhevelsen på området har vært lite tilfredsstillende for rettighetshaverne. Ifølge Marthe Thorsby, som er direktør i IFPI Norge<sup>9</sup>, ble det i perioden 2008-2009 anlagt omkring 300 saker angående krenkelser av åndsverkloven, hvorav kun 2 ble fulgt opp av rettsvesenet.<sup>10</sup> Espen Tøndel i advokatfirmaet Simonsen beskriver situasjonen med å si at "*en hel bransje har fått beskyttelse i henhold til åndsverkloven, men denne beskyttelsen er illusorisk.*"<sup>11</sup>

Lovverket er i dag i stor grad tilpasset dagens digitale situasjon. Åndsverkloven er i de fleste bestemmelser teknologinøytral og dynamisk i den forstand at nye teknologiske løsninger kan føres inn under bestemmelser i det eksisterende lovverket. Det kan allikevel hevdes at loven er preget av uklarheter og at det finnes regler i norsk rett som ikke lenger bør opprettholdes i sin nåværende form i en digital kontekst.<sup>12</sup>

### 1.3 Metode og rettskilder

Utgangspunktet for oppgaven er vanlig juridisk metode. Forøvrig foregår fildeling i en kontekst som er sterkt preget av elektronikk og datateknologi. Noen bestemmelser vil derfor måtte belyses ved hjelp av en del tekniske begreper som ikke er direkte relatert til jussen.

Åndsverkloven vil være den mest betydningsfulle rettskilden for enhver opphavsrettslig problemstilling innen norsk rett. Loven ble til i en tid da dagens teknologi og muligheter for digital formidling ikke fantes. For at loven skal være mer tilpasset dagens situasjon og stadig nye

---

<sup>8</sup> Synovate: Kopiering av opphavsrettslig beskyttet innhold i 2010 side 11.

<sup>9</sup> IFPI Norge er, ifølge sine egne nettsider, foreningen for norsk platebransje og en interesseorganisasjon for norske fonogramprodusenter. Medlemmer er norske datterselskaper av alle de internasjonale plateselskapene samt rent norske selskaper. ([http://www.ifpi.no/ifpi\\_norge.htm](http://www.ifpi.no/ifpi_norge.htm))

<sup>10</sup> Fra foredraget "Norsk utakt: Er norske opphavsrettshavere rettsløse? En tilstandsrapport om dagens rettspraksis på opphavsrettens område", avholdt under seminar om opphavsrett 20.januar 2010.

<sup>11</sup> Hentet fra intervju i dokumentarfilmen "Urospredere".

<sup>12</sup> Se blant annet Rieber-Mohn 2010 som drøfter privatkopieringsregelen i åvl. § 12 i en digital sammenheng.

internasjonale forpliktelser, er de enkelte lovreglene blitt endret en rekke ganger. Flere av bestemmelsene i loven favner derfor også en god del videre enn det den rene ordlyden skulle tilsi. Forarbeider og uttalelser vil derfor i stor grad bli trukket inn ved tolkingen av flere av åndsverklovens bestemmelser.

Den norske lovteksten ble formet etter et langvarig nordisk lovsamarbeid, hvor et av målene var å oppnå nordisk rettsenhet.<sup>13</sup> Forarbeider, rettsavgjørelser og litteratur fra de øvrige nordiske land vil derfor også kunne ha en viss betydning ved tolkingen av de norske lovreglene, samt for å belyse eventuelle ulikheter i den nordiske opphavsrettslovgivningen.

Bruk av rettspraksis vil i hovedsak dreie seg om norske dommer, men nettopp fordi de opphavsrettslige lovtekstene er så likelydende i Norden, vil rettspraksis fra de øvrige nordiske land bli trukket inn dersom den har relevans ved tolkingen av norsk rett eller i en komparativ sammenheng.

Internasjonale rettskilder vil også ha en viss betydning for norsk opphavsrett. Åndsverkloven er i dag i stor grad tilpasset internasjonale konvensjoner som Norge har forpliktet seg til. Et åndsverk kan i mange tilfeller være noe internasjonalt i seg selv. Teater, litteratur, musikk og film har lange tradisjoner for å krysse landegrensene for å oppleves av et større publikum. Misbruk av åndsverk på tvers av landegrenser vil enkelt kunne forekomme dersom åndsverkene kun har vern på et nasjonalt nivå. Opphavsretten er derfor preget av en omfattende internasjonal konvensjonsregulering. Mest fremtredende er Bernkonvensjonen, eller Bern-unionen, om vern av litterære og kunstneriske verk som opprinnelig stammer fra 1886, og som Norge tiltrådte i 1896. Denne oppstiller bl.a. et grunnprinsipp om at alle stater som er tilknyttet unionen skal gi åndsverk som er hjemmehørende i andre unionstater den samme beskyttelse som åndsverk fra deres egen stat.<sup>14</sup> Alle stater som er tilknyttet konvensjon forplikter seg dessuten til å sikre at åndsverk oppnår en viss minstebeskyttelse i deres nasjonale lovgivning.

Videre vil EØS-avtalen ha betydning for de norske opphavsrettsreglene. EØS-avtalen vil i seg selv

---

<sup>13</sup> Rognstad 2009 side 41.

<sup>14</sup> Jf. Bernkonvensjonen (WIPO) artikkel 5 (1).

ikke bli omtalt videre i oppgaven, men gjennom avtalen har Norge forpliktet seg til å gjennomføre direktiver og forordninger som innlemmes i avtalens vedlegg. Etter EØS-loven § 2 er disse gitt forrang ved eventuell motstrid med norsk rett. Norge har imidlertid en mulighet til å motsette seg at det gjøres endringer i vedleggene til EØS-avtalen, en såkalt *reservasjonsrett* mot nye direktiver. Denne reservasjonsretten var gjenstand for lang debatt i forhold til det mye omtalte datalagringsdirektivet, et direktiv som i ytterste konsekvens kan komme til å påvirke fildelingen og opphavsrett på det digitale plan, selv om dette ikke kan sies å være det opprinnelige formålet.<sup>15</sup> Den norske åndsverkloven er således tilpasset en rekke folkerettslige forpliktelser. Dette reflekteres i forarbeidene ved at en stor del av proposisjonene med forslag til endringer i åndsverkloven gjelder gjennomføring av direktiver, herunder nye tillegg til EØS-avtalen, som Norge har forpliktet seg til.<sup>16</sup> De vil således utgjøre viktige tolkningsmomenter ved avgrensingen av gjeldende norsk rett.

#### 1.4 Avgrensning av oppgaven og presiseringer

I lys av oppgavens hovedtema vil det bli gjort visse avgrensninger. Det er opphavsmannens økonomiske rettigheter som vil være i fokus. Oppgaven vil derfor avgrenses mot rettigheter av ikke-økonomisk art, de såkalte ideelle rettighetene. Disse vil bare omtales i korte trekk under kapittel 3. De såkalte nærstående rettigheter vil heller ikke bli videre behandlet. Disse gir vern for prestasjoner som ikke kvalifiserer som åndsverk, men som har et mindre omfattende, opphavsrettslignende vern.

Oppgaven vil, som nevnt, redegjøre for hva som utgjør ulovlig fildeling. Dersom noe annet ikke presiseres i oppgaveteksten, kan det legges til grunn at uttrykket "fildeling" i den videre fremstillingen vil bety "ulovlig fildeling". Jeg går heller ikke videre inn på en drøftelse av hva som utgjør et åndsverk i rettslig forstand. Hvor noe i oppgaveteksten omtales som "åndsverk", forutsetter jeg derfor at kravet til verkshøyde er tilfredsstillt, og at vernetiden ikke er utløpt. Uttrykkene "opphavsmann" og "rettighetshaver" vil begge bli benyttet for å beskrive innehavere av opphavsrett. Selv om de ikke nødvendigvis går ut på det samme rent språklig sett, kan det legges til grunn at de skal bety det samme dersom noe annet ikke presiseres i oppgaveteksten.

---

<sup>15</sup> 2006/24/EF, jf. Artikkel 1.

<sup>16</sup> Se f.eks. Ot. prp. nr. 35 (1973-1974) side 3 og Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 5.



## 2 Fildeling på Internett

### 2.1 Innledning

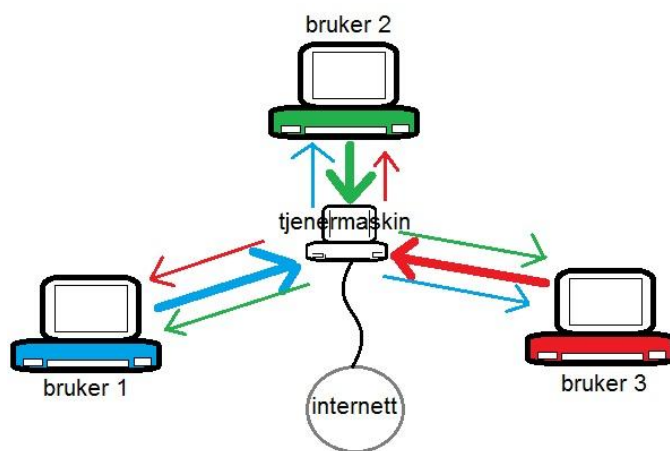
Fildeling er en prosess hvor det formidles eller gis tilgang til digital informasjon. Denne prosessen kan arte seg på flere måter. I hovedsak foregår fildeling mellom to parter; en "opplaster" og en "nedlaster". Mellom disse partene utføres det så flere handlinger. For det første vil det i de fleste tilfeller av ulovlig fildeling foreligge en eksemplarframstilling, for eksempel ved at en musikk-plate eller en DVD-film kopieres og lagres på en harddisk i en datamaskin. Videre vil det foreligge en tilgjengeliggjøring, hvor andre gis tilgang til filen. Når en fil lastes opp til Internett, fremstilles det et nytt eksemplar av denne som lagres på en datamaskin som er tilknyttet Internett, en såkalt "server", eller tjenermaskin. En slik handling vil altså utgjøre både en ulovlig tilgjengeliggjøring, samt en ulovlig eksemplarframstilling. Til sist vil det gjerne foreligge en nedlasting, hvor de med tilgang til filen kopierer den til sin datamaskin. Dette vil igjen utgjøre en eksemplarframstilling, som muliggjør ny tilgjengeliggjøring og nedlasting. Dette utgjør også kjernen i fildelingsproblemet; på kort tid kan det på denne måten fremstilles og formidles nærmest et ubegrenset antall kopier, utenfor rettighetshavernes kontroll.

En fil kan formidles til kun én enkelt bruker, eller den kan gjøres tilgjengelig for et stort antall brukere, herunder alle som vet hvor filen finnes. I RG 2008 s. 193 hadde en mann i 40 årene fremstilt en ulovlig kopi av spillefilmen "Pitbullterje", for så å gjøre denne tilgjengelig for andre på Internett. I saken ble det anslått at filmen deretter, i løpet av et tidsrom på under to måneder, ble lastet ned minst 2 770 ganger av andre brukere. Dette illustrerer hvordan Internett gjør det mulig at én enkelt fil kan kopieres og formidles til et stort antall brukere på kort tid. I denne saken kan det dessuten antas at det stort sett var norske brukere som lastet ned filen, ettersom det var en norskspråklig spillefilm. Fildeling foregår for øvrig i stor grad på et internasjonalt plan, og antallet eksemplarer som således fremstilles ulovlig kan fort komme opp i svært høye tall.

### 2.2 Fildelingsmetoder

Peer-to-peer, eller P2P, er kanskje den vanligste formen for interaksjon mellom fildelere. Uttrykket kan oversettes med "bruker til bruker" eller "person til person", og beskriver en situasjon hvor brukerne er koblet opp mot hverandre på en måte som gjør at de samtidig opptrer som både tilbyder

og mottaker av informasjon. Det er vanlig å benytte seg av spesielle fildelingsprogrammer for å laste filer *ned* fra andre brukere, og filer *opp* til andre brukere fra sin egen harddisk. I dag består P2P-tjenestene i stor grad av BitTorrent programmer. Disse programmene gjør det mulig for flere brukere å laste ned den samme filen samtidig, uten at det påvirker nedlastingshastigheten. Dette gjøres ved at filene deles opp i mindre deler, såkalte "torrenter". Selve torrenten fungerer da som et slags kart, som inneholder informasjon om den fullstendige filen.<sup>17</sup> Det blir da mulig å laste ned fra forskjellige brukere samtidig, og således gjøres nedlastingen hurtigere. Brukerne kobles opp mot samme datanettverk, og ved bruk av såkalte "trackers" vil brukere som har samme torrent-fil kobles opp mot hverandre via fildelingsprogrammet. Alle som laster *ned*, laster automatisk også *opp* deler av filen, slik at strømmen av opp- og nedlasting opprettholdes til enhver tid. Samtidig vil dette innebære at brukere av P2P-programmene utfører både en eksemplarfremstilling og en tilgjengeliggjøring.<sup>18</sup>



*En illustrasjon som viser hvordan brukere opptrer som opplaster og nedlaster.*

Pirate Bay er nok den mest kjente nettsiden som formidler slike torrenter. I all hovedsak er det materiale som er fremstilt ulovlig og tilgjengeliggjort uten rettighetshavers samtykke som formidles. Siden ble grunnlagt av den svenske "anti-copyright" organisasjonen Piratbyrå, og det er ingen tvil om at nettsiden med vitende og vilje er i konflikt med rettighetshavere og organisasjonene som forvalter deres rettigheter.<sup>19</sup> Det har blitt anslått at det i 2009 var omtrent 140

<sup>17</sup> Olsson 2009 side 93.

<sup>18</sup> Informasjonen om BitTorrent er for det meste hentet fra Olsson 2009 side 93.

<sup>19</sup> <http://thepiratebay.org/about>

000 norske brukere av Pirate Bay hver eneste dag.<sup>20</sup>

Fildeling forekommer også i stor grad uten bruk av spesielle programmer. En fil kan for eksempel lastes opp til Internett ved at det fremstilles et nytt eksemplar på en tjenermaskin, og andre brukere kan deretter hente den ned til sin maskin. Når filen så lastes ned fra tjenermaskinen, vil det fremstilles nok et eksemplar hos nedlasteren. Strengt talt er det altså ikke selve filen som da lastes opp og ned, men det er kopier av den som formidles.

Alle dokumenter og filer som "lastes opp" til en tjenermaskin, og således lagres slik at man får tilgang til dem via Internett, får sin egen unike internettadresse, en såkalt URL<sup>21</sup>. Slike adresser kan åpnes ved at de skrives inn i nettleserens adressefelt, men også ved at de gjengis i såkalte "linker". Rognstad definerer linker som "*kodeinstruksjoner som benyttes til å forespørre filer og dokumenter som er lastet opp på datamaskiner knyttet til Internett.*"<sup>22</sup> Linker inneholder altså informasjon om hvor en fil er lagret på Internett.

Det finnes i dag en rekke internett-foruma som primært benyttes til utveksling av slike linker som inneholder opphavsrettsbeskyttet materiale, herunder også linker til torrenter. Et internett-forum er en internettbasert diskusjonsside hvor medlemmene kan føre samtaler i form av å laste opp innlegg og beskjeder.<sup>23</sup> Stort sett kreves det at man registrerer seg som medlem for å kunne laste opp materiale eller skrive på sidene, og i en del tilfeller kreves det også registrering for å få tilgang til informasjonen.

For å laste opp filer benytter fildelere seg i stor grad av internettbaserte lagringstjenester, såkalte "file-hosting" sider. Flere aktører tilbyr i dag slike tjenester, og blant de største kan nevnes "Rapidshare" og "Megaupload", som begge tilbyr gratis lagringsplass med visse begrensninger. Når en bruker har lastet opp en fil, opprettes det en unik nedlastnings-URL for denne filen, som brukeren så kan dele med andre for å gi dem tilgang til filen.

---

<sup>20</sup> RG 2010 s. 171.

<sup>21</sup> Forkortelsen URL står for Uniform Resource Locator.

<sup>22</sup> Rognstad 2009 s. 183.

<sup>23</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Internet\\_forum](http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_forum)

### 3 Opphavsmannens økonomiske rettigheter

#### 3.1 Innledning

Det er den som *skaper* et åndsverk, som har opphavsrett til verket, jf. åvl. § 1 første ledd. Et åndsverk krever altså en viss skapende virksomhet. Som Rognstad skriver i sin bok om opphavsrett: "*En gjenstand – f.eks. en vakker stein som man finner ute i naturen – kan [...] ikke bli et åndsverk.*"<sup>24</sup> Ett og samme åndsverk kan gjerne ha flere opphavsmenn. Flere personer har for eksempel sammen stått bak den skapende innsats hvor et åndsverk har blitt til. Det følger av åvl. § 6 første ledd at dersom den enkeltes ytelse i forhold til åndsverket ikke kan skilles ut som et eget åndsverk, får de opphavsrett til verket i fellesskap. Etter gjeldende norsk rett er det kun fysiske personer som kan skape et åndsverk. Juridiske personer kan således ikke få opphavsrett ettersom de ikke kan *skape*. Etter åvl. § 39 er det for øvrig mulig å overdra opphavsrettigheter. Rettigheter til eksemplarfremstilling, spredning og fremføring overdras for eksempel ofte til forlag, plateselskaper o.l.

Opphavsretten gir rettighetshaveren to hovedtyper av rettigheter. Det er de såkalte økonomiske rettigheter, som reguleres av åvl. § 2, og de ideelle rettigheter, som reguleres av § 3. De ideelle rettighetene handler om opphavsmannens navnerett på eksemplarer av verket, samt vern mot at verket gjengis eller endres på en måte som er krenkende for opphavsmannen eller verkets anseelse. Ideelle rettigheter er selvsagt viktige rettigheter for en opphavsmann, men det faller utenfor hovedtemaet rundt fildeling i denne sammenheng. Det er først og fremst opphavsmannens økonomiske rettigheter som vil være gjenstand for krenkelse ved den fildeling som omtales i denne oppgaven. Jeg går derfor ikke videre inn på opphavsmannens ideelle rettigheter i den videre fremstillingen.

Etter åvl. § 2 første ledd gis den som har opphavsrett "enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmenheten". De økonomiske rettighetene omfatter altså to former for rettigheter; en enerett til eksemplarfremstilling, og en enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten.

---

<sup>24</sup> Rognstad 2009 side 79.

## 3.2 Enerett til eksemplarfremstilling

Etter åvl. § 2 første ledd gis opphavsmannen en enerett til fremstilling av varig eller midlertidig eksemplar av verket i sin opprinnelige eller i endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk. Opphavsmannen gis altså en rett til å råde over enhver form for kopiering av verket. Bestemmelsen er ment å være teknologinøytral, og det følger av annet ledd at det også regnes som eksemplarfremstilling å overføre verket til "*innretning som kan gjengi verket*". Dette betyr at det ikke bare er fremstilling av fysiske og håndgripelige eksemplarer, slik som en kopi av en bok eller et lerret-bilde, som omfattes av eksemplarfremstillingsbegrepet, men at også det å overføre musikk fra en CD-plate til en mp3-spiller eller en mobiltelefon, eller en film fra en DVD-plate til en fil på en harddisk, regnes som eksemplarfremstilling.<sup>25</sup> Viktig i forbindelse med fildeling er at det å laste ned en fil fra Internett eller fra en annen bruker vil innebære en eksemplarfremstilling.

Eneretten gjelder uavhengig av hvor mange eksemplarer det er snakk om. I forarbeidene blir det fremhevet at man har valgt betegnelsen "fremstille eksemplar" fremfor "mangfoldiggjøring", nettopp for å understreke at selv fremstilling av et enkelt eller få eksemplarer faller inn under opphavsmannens enerett.<sup>26</sup>

### 3.2.1 Midlertidige eksemplarer

Ordene "varig eller midlertidig" ble tilføyet etter endringslov 17. juni 2005 nr. 97, for å presisere at eneretten også gjelder fremstilling av midlertidige eksemplarer.<sup>27</sup> Ved kommunikasjon mellom datamaskiner lagres det midlertidige filer i datamaskinens minnedel, typisk for å gjøre lesing av websider hurtigere. Hensikten er altså ikke å fremstille et eksemplar av et åndsverk, men å muliggjøre behandling av filer i form av fremføring på en skjerm eller i høyttalere. For at dette skal være mulig, må en viss mengde informasjon passere gjennom datamaskinens minne. Slik lagring av midlertidige filer i datamaskiner er altså i utgangspunktet omfattet av opphavsmannens enerett etter åndsverkloven § 2, men etter forarbeidene må bestemmelsen leses i sammenheng med § 11a som ble tilføyet samtidig. Opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling avgrenses her mot visse midlertidige eksemplarer. Ifølge forarbeidene er hensikten med bestemmelsen å "*sikre at*

---

<sup>25</sup> For øvrig er det en viss adgang til å fremstille slike eksemplarer til privat bruk, noe som omtales nedenfor.

<sup>26</sup> Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) side 14.

<sup>27</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 140.

*eneretten ikke er til hinder for at globale datanettverk skal fungere effektivt og at lovlig digital bruk av verk og arbeider skal være mulig.*"<sup>28</sup>

Etter § 11 a første ledd er slike midlertidige eksemplarer unntatt fra opphavsmannens enerett etter § 2 når fremstillingen av disse er tilfeldig eller forbigående eller når den utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess som har til eneste formål å muliggjøre enten en lovlig bruk av et verk, eller en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter. Videre er det en forutsetning at eksemplarframstillingen ikke har selvstendig økonomisk betydning.

I forhold til fildeling vil spørsmålet om midlertidige eksemplarer være særlig relevant i forhold til såkalt "streaming". Med "streaming" eller "strømming", siktes det til direkteavspilling ved dataoverføring av bilde eller lyd.<sup>29</sup> Overføringen kan spilles av samtidig som den lastes, men det lagres ikke noe permanent eksemplar hos brukeren. For å spille av filen på nytt, må det startes en ny strømming.<sup>30</sup> Jeg forutsetter her at strømmingen gjelder avspilling av materiale som på avsendersiden allerede er lagret i form av filer, da strømming av live (direkte) fremførelser, slik som en direktesending av en konsert, faller utenfor oppgavens tema.

De første vilkår for at et midlertidig eksemplar som fremstilles lokalt på brukerens datamaskin under strømming ikke skal være omfattet av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling, er altså at fremstillingen må være "tilfeldig" og "forbigående". I forarbeidene presiseres hva som ligger i disse uttrykkene: "*At lagringen skal være «forbigående» innebærer at den må fremstå som ubestendig eller forgjengelig. «Tilfeldig» viser til at lagringen skal bære preg av å være vilkårlig, samtidig som den i en viss grad også skal være uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet.*"<sup>31</sup> Det eksemplaret som fremstilles ved strømming vil ikke lagres permanent på brukerens datamaskin. Da ville det heller ikke være et "midlertidig eksemplar". Det oppstår idet strømmingen startes for å muliggjøre avspillingen, og opprettholdes, som regel bare delvis, mens strømmingen pågår. Eksemplarframstillingen vil nok også være tilfeldig og uforutsett for de fleste brukere. De færreste vil være klar over at det faktisk fremstilles et slikt midlertidig eksemplar som en følge av

---

<sup>28</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 140.

<sup>29</sup> <http://no.wikipedia.org/wiki/Streaming>

<sup>30</sup> Bing 2008 side 193.

<sup>31</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 141.

strømmingen.

Hvis man så forutsetter at filen som strømmes er lastet opp uten rettighetshavers samtykke, kan det spørres om det midlertidige eksemplaret som fremstilles ved strømmingen vil ha til eneste formål å utgjøre en *lovlig bruk* av et verk. I forarbeidene sies det om uttrykket "lovlig bruk" at: "*[b]ruken vil være lovlig om rettighetshavers samtykke eller lovhjemmel foreligger, eller om bruken ikke omfattes av åndsverkloven. Handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante, for eksempel fremføring innenfor det private området, herunder nettleasing ("browsing"), omfattes ikke av loven. Om de øvrige vilkår er oppfylt vil således unntaket omfatte de midlertidige eksemplarer som fremstilles i forbindelse med slik bruk (5).*"<sup>32</sup>

Etter åvl. § 2 er det bare tilgjengeliggjøring for *allmennheten* som ikke er tillatt, og som tilgjengeliggjøring for allmennheten regnes at verket fremføres *offentlig*. Det medfører at fremføring innenfor det private område er tillatt etter åndsverkloven. Videre følger det av forarbeidene at det ikke forutsettes at midlertidige eksemplarer etter § 11 a er basert på et lovlig fremstilt eksemplar: "*Kravet om lovlig kopieringsgrunnlag, se forslaget til § 12 nytt fjerde ledd, gjelder ikke for § 11a.*"<sup>33</sup>

Det samme syn kommer til uttrykk hos Bing. I sin artikkel "Strømming av åndsverk. Noen opphavsrettslige aspekter ved en tenkt maskin" argumenterer han for at de midlertidige eksemplarer som oppstår ved strømming ikke resulterer i en eksemplar fremstilling som faller inn under opphavsmannens enerett: "*Slik jeg forstår åndsverkloven § 11a, betyr det at den midlertidige eksemplar fremstillingen som skjer ved strømming har som sitt eneste formål å muliggjøre denne private fremføringen, og dermed faller også fremstillingen av det midlertidige eksemplar utenfor eneretten etter åndsverkloven § 11a.*"<sup>34</sup>

Selv om man forutsetter at filen som strømmes er gjort tilgjengelig på ulovlig vis, vil strømmingen i seg selv altså utgjøre "lovlig bruk", og det midlertidige eksemplaret som fremstilles ved strømming av filen vil ikke være omfattet av opphavsmannens enerett etter § 2. Dette fremstår helt

---

<sup>32</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 141.

<sup>33</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 141.

<sup>34</sup> Bing 2008 side 196.

tydelig i forarbeidene når det i forbindelse med kravet om lovlig kopieringsgrunnlag i åvl. § 12 sies: "At kravet ikke gjelder for midlertidig eksemplarframstilling etter § 11a, innebærer for eksempel at de midlertidige eksemplarer som oppstår i forbindelse med at en privat bruker lytter til en lydfil som er lagt ut på Internett, ikke vil være forbudte selv om lydfilen er lagt ut på nettet i strid med § 2."<sup>35</sup> Det kan etter dette ikke være tvil om at gjeldende rett tilsier at de midlertidige eksemplarer som fremstilles ved strømming ikke er omfattet av opphavsmannens enerett etter åvl. § 2. Videre sies det: "Heller ikke vil selve lyttingen være forbudt, da kravet om lovlig kopieringsgrunnlag bare gjelder kopiering, ikke fremføring."

Det å gjøre en fil tilgjengelig for strømming kan kanskje best sammenliknes med å fremføre den offentlig foran et publikum. Enhver som strømmer filen i sitt private hjem har således hørt eller sett filen, på samme måte som et publikum ville ha gjort. Ved en offentlig fremføring som er i strid med åndsverkloven, straffer man ikke publikum, men den som fremfører verket uten tillatelse. Det er således dette som på tilsvarende måte blir løsningen som er valgt for strømming; selve strømmingen av åndsverk vil være tillatt etter åndsverkloven, men det å gjøre en fil tilgjengelig for allmenheten via strømming vil fortsatt utgjøre en tilgjengeliggjøring som omfattes av opphavsmannens enerett. Noe annet er at det å strømme ulovlig opplastede filer eventuelt kan utgjøre et lovbrudd etter strafferettslige bestemmelser. Dette drøftes for øvrig nedenfor under kapittelet om tretrinnsstesten.

### 3.3 Enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten

Ved siden av eneretten til eksemplarframstilling, gir åndsverkloven opphavsmannen en enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten. Ifølge forarbeidene omfatter eneretten "*en hvilken som helst måte hvormed allmenheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler, jfr. Knoph s. 92-93.*"<sup>36</sup> Videre presiseres det at et åndsverk ikke bare blir gjort tilgjengelig ved første gangs utgivelse eller fremføring. Det skal regnes som en ny tilgjengeliggjøring hver enkelt gang det blir "*utgitt, opplest, fremført, utstilt, kringkastet eller på annen måte gjengitt.*"<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 143.

<sup>36</sup> Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) side 16.

<sup>37</sup> Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) side 16.



Etter åvl. § 2 tredje ledd blir et åndsverk gjort tilgjengelig for allmennheten når det *spres* til allmennheten eller når det *vises* eller *fremføres* offentlig. Med utgangspunkt i dette er det derfor vanlig å sondre mellom spredningsretten, visningsretten og fremføringsretten.<sup>38</sup> Spredningsretten og visningsretten knytter seg tradisjonelt sett til fysiske eksemplarer. Den teknologiske utviklingen har for øvrig ført til at et stadig større antall av åndsverkene i dag også finnes i digital form. En stor andel av musikk, film og bøker eksisterer nå i form av digitale, ikke-fysiske eksemplarer, og det er derfor et sentralt spørsmål hva som er de rettslige forhold når disse distribueres på Internett. Det kan hevdes at man kan anse spredning, visning og fremføring som uttømmende eksempler på tilgjengeliggjøring.<sup>39</sup> I så fall må det avgjøres hvilken av de tre formene som anses krenket når digitale filer gjøres tilgjengelig for allmenheten på Internett.

### 3.3.1 Spredningsretten

Det kan argumenteres for at tilgjengeliggjøring av åndsverk på Internett bør kunne anses som spredning av verket. Wagle og Ødegaard jr. inntar dette standpunktet.<sup>40</sup> De argumenterer for at eksemplarbegrepet også inkluderer digitale eksemplarer, og at publisering av disse eksemplarene må kunne anses som spredning av verket. For øvrig ser det ut til å være større enighet i rettslig teori om at spredning bare foreligger ved overføring av fysiske eksemplarer.<sup>41</sup> I forarbeidene til endringer i åndsverkloven for gjennomføringen av EU-direktivet om rettslig vern av databaser, påpekes det at "*[d]et regnes normalt som offentlig fremføring av et verk dersom det gjøres tilgjengelig via åpne nettverk, f.eks. Internett. Det samme vil naturligvis gjelde for lukkede nettverk så lenge en er utenfor det rent private område.*"<sup>42</sup> I forarbeidene til lovendringen i 2005 ble det også slått fast at "*[i] likhet med direktivet gjelder eneretten til spredning bare åndsverk som er innarbeidet i et fysisk produkt som er gjenstand for omsetning som en vare.*"<sup>43</sup>

Som påpekt tidligere inkluderer eksemplarframstillingsbegrepet også fremstilling av digitale eksemplarer. Det kan således virke noe inkonsekvent at man ikke anser overføring av digitale filer

---

<sup>38</sup> Bing 1995 side 612-613 og Rognstad 2009 side 156.

<sup>39</sup> Rognstad 2009 side 156.

<sup>40</sup> Wagle / Ødegaard jr. 1997 side 178-179.

<sup>41</sup> Rognstad 2009 side 159-160 og Rognstad 2003 side 453.

<sup>42</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) side 16.

<sup>43</sup> Ot.prp.nr.46 (2004-2005) side 27.

som overføring av eksemplaret i seg selv. Det er for øvrig ikke selve eksemplaret av verket som overføres, men informasjon som kan brukes til å fremstille eksemplarer av det. Den som gjør et åndsverk tilgjengelig på Internett, vil som regel beholde sitt eget eksemplar av verket. Det er således ikke det samme eksemplaret som eventuelt gjøres tilgjengelig. Rognstad påpeker at det ikke overføres eksemplarer, men at "*det skjer en overføring av data som muliggjør en eksemplarfremstilling på mottakerens hånd.*"<sup>44</sup> Torvund understreker også dette poenget i en artikkel i sin blogg hvor han skriver: "*Når man laster ned en fil, enten det er musikk, film eller tekst, overdras ingen eiendomsrett og man får ikke noe eksemplar.*"<sup>45</sup>

Spredningsretten forutsetter altså fysiske eksemplarer. Etter dette blir konklusjonen at gjeldende norsk rett tilsier at tilgjengeliggjøring av åndsverk i form av digitale, ikke-fysiske eksemplarer, ikke er å anse som brudd på opphavsmannens enerett til *spredning* av verket. Brudd på eneretten til tilgjengeliggjøring vil derfor anses som brudd på enten visningsretten eller fremføringsretten.

### 3.3.2 Visningsretten

Etter åvl. § 2 tredje ledd bokstav b) blir et åndsverk gjort tilgjengelig for allmenheten når det vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler. En fil kan aldri fremvises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler. Allerede at en fil er digital, tilsier at det kreves bruk av tekniske løsninger for å avspille eller lese informasjonen i filen. Videre heter det i forarbeidene: "*Visningsbegrepet er i motsetning til fremføring knyttet til fysiske eksemplarer av verket.*"<sup>46</sup> Dette klargjøres ytterligere ved at det presiseres hvordan man ønsker at visningsbegrepet under bokstav b) skal forstås: "*Lovens visningsbegrep klargjøres slik at offentlig visning nå kun skal gjelde der det fysiske verkseksemplarer vises uten bruk av tekniske hjelpemidler.*"<sup>47</sup> I den svenske opphavsretsloven har man i den tilsvarende lovbestemmelsen valgt en løsning som tydeliggjør dette skillet ytterligere ved at det sies direkte i lovteksten at ved bruk av tekniske hjelpemidler er det bestemmelsen om offentlig fremføring som skal benyttes: "*Offentlig visning innefattar endast sådana fall då ett exemplar av ett verk görs tillgängligt för allmänheten utan användning av ett tekniskt hjälpmedel [...]. Om ett tekniskt hjälpmedel används är det i stället ett offentligt framförande.*"<sup>48</sup> Dette er

---

<sup>44</sup> Rognstad 1999 side 63.

<sup>45</sup> <http://blogg.torvund.net/2007/11/21/man-deler-ikke-filer-det-vanskelige-skillet-mellom-verk-og-eksemplar/>

<sup>46</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 19.

<sup>47</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 140.

<sup>48</sup> Upphovsrättslagen § 2 tredje led pkt.3.

gjeldende rett også i Norge, selv om dette skillet ikke er direkte inntatt i lovteksten. I forarbeidene heter det at det vil "*kun være snakk om visning der det fysiske verkseksemplar vises direkte for publikum, mens all form for indirekte visning faller inn under fremføringsretten.*"<sup>49</sup> Fildeling handler om overføring av filer som er uten en direkte, fysisk fiksering. Ettersom sprednings- og visningsretten begge forutsetter fysiske eksemplarer, vil tilgjengeliggjøring av åndsverk i form av digitale, ikke-fysiske eksemplarer ikke anses som brudd på opphavsmannens enerett til noen av disse, og må nødvendigvis anses som brudd på fremføringsretten.

### 3.3.3 Fremføringsretten

Etter åvl.§ 2 tredje ledd bokstav c) gjøres verket tilgjengelig for allmenheten når verket fremføres *offentlig*. Eneretten avgrenses altså umiddelbart mot fremføring innenfor det private område. Etter forarbeidene faller slik fremføring utenfor opphavsmannens enerett: "*Handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante, for eksempel fremføring innenfor det private området, kjennetegnes ved at de ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter.*"<sup>50</sup> Det er derfor av betydning å kunne trekke en grense for hva som etter åndsverkloven anses som det offentlige- og det private område. I den forbindelse har det blitt vanlig å trekke frem den såkalte "Knophs maksime", som har blitt stående som retningsgivende når det gjelder grensen for det private og det offentlige område innen norsk opphavsrett.<sup>51</sup> Den er hentet fra boka "Åndsretten", hvor Knoph skriver: "*Hvis gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må den skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie- vennskaps- eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er efter lovens mening skjedd offentlig, enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øie.*"<sup>52</sup> Selv med utgangspunkt i denne uttalelsen er grensene ikke helt klare. Et arrangement kan for eksempel være innenfor det private område, selv hvor slike "bånd" som Knoph beskriver ikke eksisterer mellom alle deltagerne, men det forutsetter altså at deltakerne i så fall er valgt ut med "*private og personlige forhold for øie.*" I forhold til fildeling vil disse kriteriene sjelden være oppfylt. I alle fall hvor det benyttes P2P-programvare eller linker som er fritt tilgjengelige. Det vil da som regel ikke være mulig å føre kontroll med hvem man eventuelt deler informasjonen med.

---

<sup>49</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 24.

<sup>50</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 17.

<sup>51</sup> Rognstad 2009 side 188.

<sup>52</sup> Knoph 1936 side 89.

En ren språklig tolkning av uttrykket "fremføres offentlig" leder tankene hen til de typiske "live" eller direkte fremføringer, som for eksempel konserter, diktopplesning og skuespill fremført på en scene foran et publikum. Disse tilfellene dekkes helt klart av bestemmelsen, men den teknologiske utviklingen har ført til at begrepet nå er blitt utvidet til å gjelde også for andre, mindre opplagte tilfeller. Etter lovendringen i 2005 ble et nytt fjerde ledd tilføyet for å eksemplifisere hva som etter gjeldende rett kan falle inn under begrepet "offentlig fremføring". Uttrykket skal blant annet omfatte "*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.*"<sup>53</sup> I forhold til fildeling får dette betydning på flere måter. For det første vil det at et verk "stilles til rådighet" for eksempel være tilfellet hvor en fil lastes opp til en nettside på Internett hvor en krets utenfor opplasterens rent private omgangskrets har tilgang. Dette vil gjelde for de såkalte "on-demand", eller "på forespørsel" tjenestene, hvor tilgangen skjer på brukerens eget initiativ, men det inkluderer også tilfeller hvor brukere lar andre få tilgang til filer de har lagret på sine egne datamaskiner og harddisker.<sup>54</sup> Dette tilsier at såkalt "peer to peer" fildeling vil være omfattet av åvl. § 2, såfremt det gjelder tilgjengeliggjøring til "allmennheten". At verket blir gjort tilgjengelig for *allmennheten* må her forstås som enhver handling hvor filer gjøres tilgjengelig utenfor det private området som er beskrevet ovenfor.

### 3.3.3.1 Særlig om linker

Et omdiskutert spørsmål i forhold til åvl. § 2 er hvorvidt bruk av linker skal anses omfattet av bestemmelsen om tilgjengeliggjøring. Det må i så fall være klart i forhold til det som er sagt ovenfor om tilgjengeliggjøring av digitale filer, at dersom linker *kan* anses som tilgjengeliggjøring for allmenheten, må dette være i form av fremføring. Et første problem i så måte er at linker kan sies å gi brukere tilgang til materiale på forskjellige "nivåer". Det har på denne bakgrunn blitt hevdet at det kan skilles mellom "dyplinking" og "overflatelinking", alt etter om linken gir direkte tilgang til selve filen eller bare henviser til en ny webside.<sup>55</sup>

I Rt. 2005 s. 41 ble det drøftet hvorvidt nettsiden napster.no, som inneholdt linker til ulovlig opplastede musikkfiler, hadde gjort filene tilgjengelig for allmenheten i strid med åvl. § 2 ved å

---

<sup>53</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 140.

<sup>54</sup> Jf. Rognstad 2009 side 176.

<sup>55</sup> Rognstad 2009 side 183.

legge ut linker til dem. Sidens hovedfunksjon var å samle linker til musikkfiler på Internett på ett sted, og gjøre dem søkbare for brukerne. I ankesaken for lagmannsretten ble siden beskrevet som *"en oppslagstavle som inneholder adressene direkte til de opplastede verker."*<sup>56</sup>

I den aktuelle saken var det snakk om såkalte "dyplinker", som ga direkte tilgang til musikkfilene, men selve filene var lastet opp av andre og lagret på adresser utenfor den aktuelle nettsiden. Partenes anførsler ble oppsummert på følgende måte: *"Det anføres fra de ankende parter at lenkingen innebar en selvstendig og umiddelbar tilgang til musikken. A på sin side har poengtert at lenkene bare inneholdt en adresse til en webside, og at ved å klikke på lenken, ble musikkfilen lagret midlertidig på brukerens egen pc. Først når den var opplagret der, kunne brukeren avspille, alternativt lagre musikkfilen for senere bruk."*<sup>57</sup> Det anføres altså at det er en rettslig forskjell på dyplinking og overflatelinking. Høyesterett tok avstand fra denne tilnærmingen, og anså det ikke som avgjørende for tilgjengeliggjøringsspørsmålet hvilken av de nevnte linketyper som var benyttet: *"Avgjørende må være hvordan teknikken virker - om og hvordan tilgang gis."*<sup>58</sup>

Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten gjelder som nevnt ikke bare ved første gangs utgivelse eller fremføring. Å videreformidle en tidligere tilgjengeliggjøring av et verk, er altså også en tilgjengeliggjøring i seg selv. Rognstad skriver om dette at *"ettersom åvl. § 2 også omfatter fornyet tilgjengeliggjøring, burde linker i sin alminnelighet – ut fra en slik synsvinkel – anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten ved offentlig fremføring."*<sup>59</sup> For øvrig utgjør linker spesielle tilfeller i så måte. Forflytting på Internett gjøres i all hovedsak ved bruk av linker. Rognstad påpeker også dette når han sier videre: *"Sett fra en annen synsvinkel tilsier nettopp det forhold at lenkene er hele livsnerven i verdensveven, at de ikke kan være underlagt opphavsmannens enerett."*<sup>60</sup> Så lenge filen allerede er tilgjengelig på Internett vil det være mulig for brukere å nå den ved å aktivere lenken, men dersom man kjenner filens opprinnelige internettadresse, vil det også være mulig å oppsøke den direkte.<sup>61</sup> Dersom linker anses som en fornyet tilgjengeliggjøring av verket det linkes til, vil linker til lovlig opplastede filer også bli å

---

<sup>56</sup> LE.2003 s. 482

<sup>57</sup> Rt. 2005 s. 41 avsnitt 46.

<sup>58</sup> Rt. 2005 s. 41 avsnitt 47.

<sup>59</sup> Rognstad 2009 side 183.

<sup>60</sup> Rognstad 2009 side 183-184.

<sup>61</sup> Strowel 2009 side 81.

anse som ulovlig tilgjengeliggjøring.

Enhver internettadresse kan åpnes ved at den skrives inn i nettleserens adressefelt, men også ved at den gjengis i en link. Torvund illustrerer dette med en enkel innfallsvinkel: "*Den eneste praktiske forskjellen mellom å få en URL som ren tekst og som en lenke er at man slipper å skrive eller kopiere URLen inn i adressefeltet for å sende en forespørsel.*"<sup>62</sup> Å gjengi en internettadresse i ren tekst kan ikke anses som en handling hvor filen gjøres tilgjengelig for allmenheten. Det kan således virke uheldig at de to tilfellene skal behandles ulikt i rettslig sammenheng. Høyesterett påpekte også i napster.no-dommen at det ville utgjøre liten forskjell i forhold til tilgjengeliggjøringen dersom napster.no bare inneholdt opplysninger om filenes adresser på Internett, men ikke i form av linker. Det ville medføre den samme direkte tilgang til musikkfilene selv om brukerne egenhendig måtte skrive eller kopiere adressen inn i adressefeltet, istedenfor å klikke på en link.<sup>63</sup>

Høyesterett konkluderte deretter med at tiltalte hadde handlet i strid med åndsverkloven, men at linkene i dette tilfellet ikke kunne anses som en selvstendig tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2. Tiltalte ble derfor dømt etter den subsidiære anførselen om medvirkning til tilgjengeliggjøring etter åvl. § 54.

Høyesteretts dom samsvarer for øvrig ikke med dommer fra de øvrige nordiske land. I en svensk dom fra 2000 konkluderte den svenske Högsta Domstolen med at linker til ulovlig utlagte mp3-filer var å anse som tilgjengeliggjøring for allmenheten ved offentlig fremføring.<sup>64</sup> Saksforholdet tilsvarte stort sett forholdet i napster.no-dommen. Tiltalte hadde samlet linker til musikkfiler på sin nettside, men filene var opplastet av andre og lagret på andre adresser. Selv om Högsta Domstolen kom frem til at linkene her utgjorde en ulovlig tilgjengeliggjøring av åndsverk, ble tiltalte frikjent. Tiltalen gjaldt brudd på fonogramprodusentenes opphavsrett, og offentlig fremføring var den gang ikke omfattet av deres enerett: "*Genom regleringen i 47 § upphovsrättslagen undantas offentligt framförande av en ljudupptagning från den ensamrätt som i övrigt tillkommer utövande konstnärer och fonogramframställare enligt 45 och 46 §§.*"<sup>65</sup> For øvrig

---

<sup>62</sup> Torvund 2008 side 420.

<sup>63</sup> Rt. 2005 s. 41 avsnitt 53.

<sup>64</sup> NJA 2000 s. 292 / NIR 2000 s. 487.

<sup>65</sup> NIR 2000 s. 493.

er det, etter en lovendring i 2005, i gjeldende svensk rett nå gjort forskjell på "overføring till allmänheten" og "offentligt framförande". Offentlig fremføring er nå forbeholdt de tilfeller hvor verket gjøres tilgjengelig for allmennheten "på samma plats som den där allmänheten kan ta del av verket," jf. upphovsrättslagen § 2 tredje led pkt. 2. Overføring til allmennheten skjer derimot "när verket på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Överföring till allmänheten innefattar överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer," jf. upphovsrättslagen § 2 tredje led pkt. 1. Etter dette tilsier gjeldende svensk rett altså at dyplinker nå er å anse som "överføring till allmänheten".

I en dansk dom fra 2001 ble dyplinker til ulovlig opplastede musikkfiler også ansett som en selvstendig tilgjengeliggjøring i form av offentlig fremføring: "*De sagsøgte har ved at oprette direkte links til musiknumre som anført (...) selvstændigt tilgængeliggjort numrene for almenheden i strid med ophavsretslovens § 2.*"<sup>66</sup> I dette tilfellet gjaldt tiltalen for øvrig også det forhold at den aktuelle nettsiden, i tillegg til dyplinker til filer som var lastet opp av andre, også inkluderte et mindretall av filer som var lastet opp av tiltalte.

Gjennom napster.no-dommen unnlot Høyesterett altså å ta standpunkt til spørsmålet om linker utgjør tilgjengeliggjøring. På bakgrunn av dommen må det allikevel kunne hevdes at gjeldende norsk rett tilsier at utgangspunktet er at linker *ikke* utgjør en selvstendig eller fornyet tilgjengeliggjøring dersom filen allerede er gjort tilgjengelig gjennom andres opplasting til Internett.

## **4 Avgrensninger av opphavsmannens enerett**

### **4.1 Innledning**

Opphavsmannens enerett til å råde over verket inkluderer også en viss adgang til å overdra denne retten til andre. Etter åvl. § 39 kan den økonomiske råderetten helt eller delvis overdras til andre. De ideelle rettighetene etter åvl. § 3 kan derimot ikke overdras. I tillegg inneholder åndsverklovens andre kapittel regler om avtalelisenser, tvanglisenser og fribruksregler. Avtalelisenser utløses av

---

<sup>66</sup> UfR 2001 s. 1572.

avtaler som gjerne inngås mellom brukere av åndsverk og organisasjoner som på vegne av opphavsmenn innen en gitt kategori av åndsverk forvalter disses rettigheter.<sup>67</sup> Et eksempel på en slik organisasjon er Kopinor, som inngår avtaler om kopiering og annen bruk av åndsverk på vegne av opphavsmenn og utgivere.<sup>68</sup> Tvangslisenser gir i visse tilfeller tillatelse til utnyttelse av åndsverk, herunder eksemplarframstilling, uten rettighetshavers direkte samtykke, for eksempel til bruk ved offentlig eksamen og til bruk for funksjonshemmede.<sup>69</sup> I forhold til fildeling vil fribruksreglene være de mest relevante. Disse medfører en relativt utstrakt rett til eksemplarframstilling under nærmere angitte betingelser.

## 4.2 Eksemplarframstilling til privat bruk

Fribruksreglene er ifølge forarbeidene "*begrenset til utnyttelsesområder som ikke anses å ha særlig økonomisk betydning for rettighetshaverne.*"<sup>70</sup> Helt sentral i så måte er bestemmelsen i åvl.§ 12. Denne tillater eksemplarframstilling til privat bruk, uten rettighetshavers samtykke. I første ledd første punktum sies det at "[n]år det ikke skjer i ervervsøyemed, kan enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk." At det ikke kan skje i ervervsøyemed, tilsier at eksemplarframstillingen ikke kan skje med økonomisk vinning som utgangspunkt. Det er også viktig å bemerke at bestemmelsen ikke tillater eksemplarframstilling av datamaskinprogrammer og databaser i maskinlesbar form, jf. annet ledd bokstav b og c. Kopiering og deling av datamaskinprogrammer vil altså utgjøre et brudd på eksemplarframstillingsretten, selv hvor dette skjer innenfor det private område.

Når det gjelder uttrykket "privat bruk" følger det av forarbeidene at Knophs-maksime vil være veiledende også her. Uttrykket er ikke begrenset til å gjelde *personlig* bruk, men omfatter også framstilling av eksemplarer til bruk for familien eller omgangskretsen. Eksemplarframstilling til bruk i mindre, sluttede foreninger, ordensselskaper og liknende er også tillatt så lenge det ikke gjelder sammenslutninger med åpent medlemskap.<sup>71</sup> Hvilke personer som utgjør noens "omgangskrets" vil variere med omstendighetene i forskjellige tilfeller, men det må foreligge en viss sluttet krets, og en viss personlig kontakt mellom den som sprer og den eller de som mottar

---

<sup>67</sup> Jf. åvl.§§ 36 og 38a

<sup>68</sup> <http://www.kopinor.no/>

<sup>69</sup> Jf. åvl.§§ 13a og 17a.

<sup>70</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 64-65.

<sup>71</sup> Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) side 31.



eksemplarene.<sup>72</sup> I Rt.1991 s.1296 ble grensen for "privat bruk" drøftet etter dagjeldende § 11: "*En kopiering til bruk for arbeidskolleger må kunne skje med hjemmel i § 11 dersom disse også er personlige venner, og kanskje også i noe større utstrekning. I alle fall stilles man her overfor en vanskelig grensedragning.*"<sup>73</sup> I utgangspunktet er det altså ikke en tilstrekkelig relasjon mellom arbeidskolleger, men ofte blir det i tillegg til den rent yrkesmessige kontakten også knyttet en mer personlig kontakt.

Etter tredje ledd kan man ikke fremstille eksemplarer av visse typer åndsverk med "fremmed hjelp". Dette gjelder blant annet for film- og musikkverk, de to typer av åndsverk som nok er hyppigst gjenstand for ulovlig fildeling. Det følger av forarbeidene at "*[s]om fremmed hjelp regnes det når den som lar eksemplaret fremstille får hjelp til selve eksemplarframstillingen av noen som befinner seg utenfor vedkommendes familie eller vennekrets.*"<sup>74</sup> Hva som kan regnes som vedkommendes familie eller vennekrets har allerede blitt drøftet under uttrykket "privat bruk". Den samme grensedragningen må derfor kunne legges til grunn også her.

Videre er det kun "enkelte eksemplar" som tillates fremstilt etter § 12, jf. første ledd første punktum. Det må altså finnes en viss øvre, kvantitativ grense for hvor mange eksemplarer som kan fremstilles. Det følger av forarbeidene at denne grensen vil variere med de konkrete omstendighetene: "*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.*"<sup>75</sup> Digitale eksemplarer står for øvrig i en særstilling i forhold til andre kopier. En digital kopi vil i de fleste tilfeller være fullstendig identisk med originalen, og en utstrakt adgang til privatkopiering vil derfor lett komme i konflikt med opphavsmannens økonomiske rettigheter. Det må derfor antas at adgangen til å fremstille eksemplarer til familie og omgangskrets er noe mer begrenset når det gjelder digitale eksemplarer.<sup>76</sup>

Etter lovendringen i 2005 ble det innført et nytt fjerde ledd som gjør adgangen til privatkopiering

---

<sup>72</sup> Rognstad 1999 side 62.

<sup>73</sup> Rt. 1991 s. 1296 side 1299.

<sup>74</sup> Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) side 110.

<sup>75</sup> Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) side 38.

<sup>76</sup> Rognstad 2009 side 237.

betinget av at det kopieres fra et lovlig fremstilt eksemplar: *"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 eksemplar fremstilling er nødvendig etter § 53a tredje ledd andre punktum."* Det er altså flere tilfeller som utelukker lovlig privatkopiering. For det første kan det ikke fremstilles eksemplarer av et verk *"på grunnlag av en gjengivelse av verket i strid med § 2."* Dette gjelder blant annet eksemplarer som lastes opp på Internett og filer som formidles i P2P-nettverk, men ethvert ulovlig fremstilt eksemplar vil være omfattet av bestemmelsen. For det andre kan det ikke fremstilles kopier til privat bruk etter at et teknisk beskyttelsessystem har blitt omgått *"med mindre slik eksemplar fremstilling er nødvendig etter § 53a tredje ledd andre punktum."* Dette betyr at dersom et eksemplar av et åndsverk har vært utstyrt med et teknisk beskyttelsessystem, for eksempel en kopisperre, kan dette eksemplaret ikke benyttes som grunnlag for privatkopiering dersom denne sperren har blitt omgått.<sup>77</sup> Hverken et eksemplar som tidligere var utstyrt med selve sperren, eller en ubeskyttet kopi som fremstilles ved omgåelse kan benyttes som kopieringsgrunnlag.<sup>78</sup> For øvrig åpnes det i åvl. § 53a tredje ledd annet punktum for at omgåelse av slike tekniske beskyttelsessystemer ikke skal *"være til hinder for privat brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr."* I de tilfeller hvor eksemplar fremstilling således er *nødvendig* kan eksemplaret som oppstår ved slik lovlig omgåelse allikevel ikke brukes til å fremstille og distribuere ytterligere eksemplarer i medhold av § 12 første ledd. Det følger av forarbeidene at *"[s]elv om selve omgåelsen er tillatt for å muliggjøre avspilling, vil det [...] ikke kunne fremstilles kopier på grunnlag av det omgatte eksemplar, ut over den kopi som eventuelt måtte være nødvendig for å foreta selve avspillingen."*<sup>79</sup> Tekniske beskyttelsessystemer gjennomgås for øvrig i mer detalj nedenfor i kapittel 5.

### 4.3 Tretrinnsstesten

Som påpekt er opphavsmannens eneretter ikke ubegrenset, men nasjonale myndigheter står ikke fritt til å gjøre unntak fra dem gjennom lovgivningen. Det er på opphavsrettens område utviklet et folkerettslig prinsipp, den såkalte "tretrinnsstesten", som setter grenser for nasjonale myndigheters

---

<sup>77</sup> Rognstad 2009 side 239.

<sup>78</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 142-143.

<sup>79</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 143.

adgang til å innføre begrensninger i eller unntak fra opphavsmannens eneretter.<sup>80</sup> Jeg har derfor valgt å innta gjennomgangen av tretrinnsatesten i kapittelet om avgrensningene.

Det oppstilles tre kumulative vilkår som ethvert unntak fra enerettene må oppfylle:

- (1) de skal bare gjelde i spesielle og avgrensede tilfelle,
- (2) de skal ikke skade den normale utnyttelse av verket, og
- (3) de skal ikke på urimelig måte tilsidesette opphavsmannens legitime interesser.<sup>81</sup>

Om ett av disse vilkårene ikke anses oppfylt, kan begrensningen eller unntaket altså ikke tillates.

Tretrinnsatesten finner man i blant annet Bernkonvensjonen artikkel 9 (2) og i EUs opphavsrettsdirektiv<sup>82</sup> art.5 (5). En rekke land har nå også valgt å innta testen i sin nasjonale lovgivning.<sup>83</sup> I forarbeidene til endringsloven i 2005 sies det at I TRIPS-avtalen under WTO, ble partene "*enige om å gjøre tretrinnsatesten (i tilnærmet identisk ordlyd fra Bernkonvensjonen) gjeldende som betingelse for alle unntak fra opphavsretten, så vel eksemplarfremstilling som annen utnyttning, f.eks. fremføring.*"<sup>84</sup> Testen er inntatt i avtalens artikkel 13, under overskriften "innskrenkninger og unntak". Norge har gjennom WTO-avtalen forpliktet seg til å følge bestemmelsene i TRIPS-avtalen<sup>85</sup>. Tretrinnsatesten vil derfor ha betydning for norsk opphavsrett, og følgelig for enhver avgrensning av opphavsmannens eneretter. Jeg vil i det følgende drøfte hvorvidt de avgrensninger av opphavsmannens rettigheter som finnes i åndsverkloven kan komme i konflikt med vilkårene i tretrinnsatesten.

#### 4.3.1 Forholdet til privatkopieringsregelen

Åndsverkloven åpner for en relativt utstrakt formidling av eksemplarer som er fremstilt i medhold av § 12. Hvor et eksemplar fremstilles og deles innenfor den krets av personer som bestemmelsen åpner for, utgjør dette en lovlig deling. Dersom det så kan fremstilles ytterligere eksemplarer av kopien av det opprinnelige verket, igjen til privat bruk, kan det fort oppstå relativt lange kopieringskjeder hvor det kun trenger å være *et* opprinnelig eksemplar av åndsverket som er betalt

---

<sup>80</sup> Strowel 2009 side 159.

<sup>81</sup> Rognstad 2009 side 215, Rieber-Mohn 2010 side 81 og Olsson 2009 side 124.

<sup>82</sup> 2001/29/EF

<sup>83</sup> Rieber-Mohn 2010 side 82.

<sup>84</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 29.

<sup>85</sup> TRIPS-avtalen (avtale om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter) er en del av WTO-avtalen. Avtalen oppstiller minimumskrav til nasjonal beskyttelse på de fleste områder innenfor immaterialretten, herunder opphavsretten med nærstående rettigheter (rettigheter for utøvere, filmprodusenter og kringkastere).

for. Dette fenomenet blir av Rieber-Mohn omtalt som "seriekopiering".<sup>86</sup> I tillegg til seriekopiering nevner han en tenkt situasjon hvor en forbruker lar en annen kopiere et større antall filer under ett. Dette omtaler han som "en bloc kopiering". I begge tilfeller kan det oppstå situasjoner hvor åvl. § 12 gir en privatkopieringsadgang som kan komme i konflikt med tretrinnssteden. Særlig vil det kunne hevdes at slike situasjoner vil skade opphavsmannens "normale utnyttelse av verket", jf. testens andre trinn.

Privatkopieringsregelen i åvl. § 12 gir i utgangspunktet "bare" en adgang til å fremstille kopier til venner og familie. Det kan ikke forventes at flere i samme husstand skal kjøpe hvert sitt eksemplar av for eksempel en DVD-film. Det ville overskride det som kan sies å være en *normal* utnyttelse av verket. For øvrig begrenses ikke kopieringsadgangen til å gjelde innenfor husstanden, ettersom nære venner også er omfattet. Dersom det så i medhold av § 12 kan fremstilles kopier til "venners-venner" vil det fort kunne hevdes at dette ikke er en rimelig utnyttelse av verket. Tidligere var dette ikke en like aktuell problemstilling. I en analog kontekst ville slik seriekopiering medføre at kopiene stadig falt i kvalitet etter hvert ledd som beveget seg bort fra det opprinnelige eksemplaret. En digital kopi vil derimot være tilnærmet lik eller identisk med originalen. Dersom man anser en utstrakt seriekopiering som et brudd på retten til å fremstille *enkelt* eksemplarer etter åvl. § 12, vil den allikevel bare være rettstridig etter norsk rett dersom den er utført med forsett eller uaktsomhet, jf. vilkåret i åvl. § 54 første ledd. I praksis vil det si at seriekopieringen må være planlagt, og dette vil nok sjelden være tilfelle.

Rieber-Mohn argumenterer for at ettersom åvl. § 12 på denne måten åpner for en slik utstrakt seriekopiering, er bestemmelsen i konflikt med tretrinnssteden.<sup>87</sup> I den forbindelse foreslår han to løsninger som vil motvirke en slik konflikt. Den første går ut på at "*privatbrukskriteriet innsnevres slik at bestemmelsen i digital sammenheng kun gir adgang til kopiering til personlig bruk for eksemplarfremstilleren og hans husstand.*"<sup>88</sup> Løsningen reiser for øvrig et problem i forhold til at "husstand" i så fall må defineres. Den rådende oppfatning av hva som i dag utgjør en husstand, vil i mange tilfeller inkludere flere enn den tradisjonelle familien bestående av mor, far og barn. Skal for eksempel ektefelle eller samboers eventuelle barn fra et tidligere forhold være inkludert i

---

<sup>86</sup> Rieber-Mohn 2010 side 121-122.

<sup>87</sup> Rieber-Mohn 2010 side 133.

<sup>88</sup> Rieber-Mohn 2010 side 133, jf. også side 140.

husstandsbegrepet? Hva med barn etter som etter et samlivsbrudd har tilhørighet til to forskjellige husstander?<sup>89</sup> Det vil allikevel bare være en lovteknisk utfordring, idet de samme definisjonsspørsmål kan sies å allerede gjelde for uttrykket "privat bruk", som inkluderer familie, venner og omgangskrets.

Den andre løsningen Rieber-Mohn foreslår er en innskjerping av kravet om lovlig kopieringsgrunnlag. Med dette sikter han til at det for digitale filer ikke skal være tillatt å kopiere fra andre enn de som er innenfor ens egen husstand, og at et eksemplar som er fremstilt lovlig for privat bruk innen husstanden heller ikke skal være lovlig kopieringsgrunnlag for ytterligere eksemplarer.<sup>90</sup> En slik løsning ville begrenset kopieringsomfanget ved at det ikke vil være tillatt å fremstille kopier fra et eksemplar som er lånt fra venner eller andre kilder utenfor husstanden. Det samme definisjonsspørsmålet vil for øvrig gjøre seg gjeldende også her; hvem utgjør en husstand?

Det er etter min mening gode grunner for å vurdere åvl. § 12 mot tretrinnsresten på denne måten. Det kan ikke være tvil om at privatkopiering i en digital sammenheng utfordrer rettighetshavernes økonomiske vinningspotensiale på en annen måte enn for ikke-digitale eksemplarer. Det kan derfor med gode grunner hevdes at loven også burde gjenspeile at det *er* en slik forskjell. Jeg kan heller ikke finne noen tungtveiende hensyn som tilsier at det bør være tillatt å fremstille eksemplarer til personer utenfor ens egen husstand. Det kan nok med gode grunner hevdes at det å lytte til musikk er en opplevelse man gjerne deler med andre.<sup>91</sup> I tillegg kan det tenkes at den teknologiske utviklingen vil medføre at vi forholder oss til hverandre i digitale omgivelser i stadig økende grad. Dersom det da blir slik at venner som ikke oppholder seg på samme sted, faktisk bør kunne dele sin musikk med hverandre over et datanettverk, kan det anføres at eksemplarfremstilling vil være en nødvendig konsekvens av slik verksutnyttelse. Dette kan begrunnes med, som tidligere påpekt, at en fil når den sendes fra avsenderen, forutsetter en eksemplarfremstilling hos mottakeren. Mitt argument mot et slikt syn er at et kopiert, digitalt eksemplar i så fall vil utgjøre en identisk kopi av originalen. Om noen mottar et slikt fullverdig eksemplar, vil det kun være ideelle grunner som eventuelt tilsier at de i ettertid går til faktisk innkjøp av et nytt; man ønsker for eksempel å støtte en artist ved å kjøpe et eksemplar av verket. Dette vil imidlertid være tilfellet så sjeldent at det, etter

---

<sup>89</sup> Dette problemet blir påpekt av Thomas Nordtvedt, rådgiver i Forbrukerrådet, i forbindelse med foredragene om opphavsrett hos Gyldendal.

<sup>90</sup> Rieber-Mohn 2010 side 133.

<sup>91</sup> Se for eksempel Bing 2008 side 192.

min mening, må kunne hevdes at en tillatt fremstilling av digitale eksemplarer til personer utenfor ens egen husstand, er i strid med opphavsmannens legitime interesser, jf. tretrinnsbestemmelserens tredje punkt. Jeg er enig i at det innenfor samme husstand må åpnes for at et lovlig anskaffet eksemplar av et åndsverk kan utnyttes av flere. Det bør også fortsatt være tillatt at man låner lovlig tilegnede eksemplarer fra andre, men dersom en forbruker ønsker å beholde et eksemplar av et åndsverk som sitt eget, er det rimelig at opphavsmannen forventer et vederlag. Jeg synes derfor at Rieber-Mohns forslag om å innskjerpe kravet til lovlig kopieringsgrunnlag, slik at det for digitale filer kun er tillatt å kopiere fra personer innen ens egen husstand, har svært gode grunner for seg.

Flere hensyn taler allikevel imot en slik innskjerping. Særlig har hensynet til privatlivets fred og hjemmets ukrenkelighet blitt anført som argumenter mot inngrep innenfor den private sfære. Hensyn til personvern tilsier også forsiktighet med tanke på håndhevelsen av eventuelle brudd på en slik bestemmelse. Rådgiver i Forbrukerrådet, Thomas Nortvedt, påpeker blant annet at det ikke nødvendigvis er slik at privatlivets fred krenkes først når dørterskelen til det private hjem blir tråkket over rent fysisk.<sup>92</sup> Som et eksempel nevner han hvordan rettighetshaverne, i en digital kontekst, i visse tilfeller har mulighet til å fjerne innhold på forbrukernes utstyr, for eksempel

tv-opptak som er lagret i en såkalt PVR-dekoder<sup>93</sup>, uten at forbrukeren varsles.

Samtidig har det også tidligere blitt gjort innskjerping i bestemmelsen som tillater eksemplarfremstilling til privat bruk. For eksempel var det tidligere ingen begrensning i forhold til antall eksemplarer som kunne fremstilles, en begrensning som først kom til syne i forarbeidene til 1961 loven.<sup>94</sup> I lys av det som er sagt om utvikling av ny teknologi og overgang til digitale formater, kan det derfor hevdes at loven nå må tilpasses denne situasjonen i høyere grad. Hvorvidt forbrukerne ville ha rettet seg etter en slik innskjerping er et annet spørsmål. Med tanke på hvor utbredt ulovlig fildeling er, kan det nok hevdes at det er tvilsomt at en slik innskjerping ville blitt etterfulgt i høy grad. Reaksjonene mot plateselskapenes bruk av DRM på musikkverk, som til slutt medførte at platebransjen "ga opp kampen", viser hvordan restriksjoner på forbrukernes muligheter til verksutnyttelse ikke nødvendigvis blir godt mottatt. DRM omtales for øvrig videre i kapittel 5.

---

<sup>92</sup> Fra foredragene om opphavsrett hos Gyldendal 20. januar 2010.

<sup>93</sup> PVR er en forkortelse for Personal Video Recorder, og betegner en maskin som kan programmeres til å spille inn og lagre tv-programmer via det digitale bakkenettet.

<sup>94</sup> Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) side 32.

### 4.3.2 Forholdet til midlertidige eksemplarer

Ovenfor konkluderte jeg med at gjeldende norsk rett tilsier at strømming av åndsverk er tillatt etter åndsverkloven, og at dette gjelder selv når verket er gjort tilgjengelig uten opphavsmannens samtykke. De midlertidige eksemplarer som oppstår ved slik strømming, anses altså ikke omfattet av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling. Dette er i tråd med åvl. § 11a. Det siste forbeholdet i åvl. § 11a sier for øvrig at den midlertidige eksemplarframstillingen ikke må ha "selvstendig økonomisk betydning", og det følger av forarbeidene at dette vilkåret må ses i sammenheng med tretrinns testen.<sup>95</sup>

Det kan spørres om en tillatt, midlertidig eksemplarframstilling ved strømming av ulovlig opplastede filer kan sies å oppfylle de tre vilkårene som oppstilles i testen. Det er i så fall testens annet og tredje trinn som ikke kan sies å være oppfylt. Det er etter min mening mulig å argumentere for at en slik avgrensning av opphavsmannens enerett vil både skade den normale utnyttelse av verket (testens andre trinn), samt på urimelig måte tilsidesette opphavsmannens legitime interesser (testens tredje trinn). Torvund poengterer også at slike eksemplarer skader opphavsmannens normale utnyttelse av verket, uten at tretrinns testen nevnes direkte: "*Fremføring innenfor det private område er lovlig. Disse eksemplarene muliggjør en bruk som skader opphavsmannens utnyttelse av verket.*"<sup>96</sup>

Det følger av forarbeidene at uttrykket "selvstendig økonomisk betydning" betyr at eksemplarframstillingen ikke kan ha "*økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre overføring i nettverk eller lovlig bruk av verket.*"<sup>97</sup> Det har i teorien blitt argumentert for at strømming av *ulovlig* utlagt materiale kan betraktes som en ulovlig handling i medhold av strafferettslige bestemmelser. I så fall kan det kanskje hevdes at det ikke foreligger *lovlig bruk* av verket dersom en med dette uttrykket også forstår bruk etter bestemmelser utenfor åndsverkloven. En slik tilnærming finnes hos Haukaas, som i sin artikkel "Er streaming fra ulovlig kilde lovlig?" drøfter hvorvidt slik strømming kan anses som heleri etter straffelovens § 317. Haukaas hevder, etter min mening klart med rette, at ved å strømme en film som er gjort tilgjengelig på Internett uten opphavsmannens samtykke, får man en vederlagsfri tilgang til filmen som en følge av en annen

<sup>95</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 141.

<sup>96</sup> <http://blogg.torvund.net/2010/02/16/lovlig-streaming-av-ulovlig-materiale/>

<sup>97</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 141.

persons ulovlige handling. Han konkluderer med at slik bruk av åndsverk kan anses som heleri: *"Streaming av ulovlig tilgjengeliggjort materiale [...] må således anses for å være straffbart etter straffeloven § 317 dersom det som streames er lagt ut uten rettighetshavers samtykke."*<sup>98</sup>

En viss støtte for et slikt syn finnes i en høyesterettsdom fra 1995 hvor kjøp av kredittkortnummer med tilhørende PIN-koder til den amerikanske telekommunikasjonsoperatøren AT&T, ble ansett som heleri etter straffeloven § 317. Tiltalte kunne ved hjelp av kortnumrene koble seg på telefonlinjer som AT&T disponerte, og belaste kostnadene ved bruken på kortenes rettmessige eiere. Tiltaltes forsvarer anførte at kortnumrene ikke kunne anses som "utbytte" i lovens forstand. Høyesterett kom derimot til at *"PIN-kodene gir tilgang til telefonselskapets tjeneste, og de har derved økonomisk betydning og er egnet til å bli disponert over. En PIN-kode må derfor anses som et utbytte i straffeloven § 317 første ledds forstand når den skriver seg fra en straffbar handling."*<sup>99</sup>

Spørsmålet blir da hvorvidt uttrykket "lovlig bruk" i åvl. § 11a også omfatter bruk som ikke reguleres av åndsverkloven. Det kan i alle fall ikke dreie seg om bestemmelser som i utgangspunktet er satt til å verne andre interesser. Haukaas bruker som et eksempel et tilfelle hvor noen spiller musikk så høyt at han bryter naboloven. Det kan selvsagt ikke være avgjørende for lovmessigheten av verksutnyttelsen at en slik handling er ulovlig. Det kan allikevel hevdes at heleri må anses som ulovlig bruk av verket, og at bestemmelsen i åvl. § 11a relaterer seg til lovlig bruk av verket generelt: *"Ettersom heleribestemmelsen på mange måter er en aksessorisk straffebestemmelse, i den forstand at den forutsetter en prinsipalt lovbrudd, mener jeg at heleribestemmelsen har tilstrekkelig nærhet til overtredelsene av åndsverkloven til at « lovlig bruk » også bør omfatte at det ikke dreier seg om heleri."*<sup>100</sup>

Legger man en slik forståelse til grunn kan det kanskje hevdes at strømming av ulovlig utlagt materiale medfører at de midlertidige eksemplarene som oppstår har økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre lovlig bruk av verket. Det oppstår jo en situasjon hvor noen tilegner seg verkets innhold vederlagsfritt. Særlig når det gjelder strømming av film vil en fremføring være en verksutnyttelse som opphavsmannen normalt sett ville ha mottatt vederlag for.

---

<sup>98</sup> Haukaas 2010.

<sup>99</sup> Lov & Data nr. 44 - desember 1995.

<sup>100</sup> Haukaas 2010.



Som Smith skriver i et innlegg som ble presentert ved Softic Symposium i Tokyo i 2001: "*The key is that a work or sound recording can be FULLY exploited by the user even if he/she has made no permanent copy of it.*"<sup>101</sup> Det å tillate en privat fremføring av ulovlig utlagt materiale kan derfor hevdes å skade den normale utnyttelse av verket.

## 5 Beskyttelsessystemer

### 5.1 Innledning

Den teknologiske utviklingen har medført nye muligheter for utnyttelse av åndsverk, både for rettighetshaverne og forbrukerne. På den ene side har det blitt mulig for rettighetshavere å formidle åndsverk på et globalt nivå med svært lave omkostninger. På den annen side har risikoen for ulovlig eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring økt betydelig. Teoretisk sett kan det hevdes at når et verk har havnet på Internett har rettighetshaverne mistet kontrollen over det.<sup>102</sup> Ett eneste eksemplar kan via Internett og P2P-nettverk utgjøre en kilde til et ubegrenset antall identiske kopier. Opphavsmenn har argumentert for at deres fortjeneste kan bli så kraftig redusert at de ikke vil kunne dekke omkostningene ved produksjonen av verket, og at dette i ytterste konsekvens vil føre til en redusert produksjon av åndsverk i seg selv.<sup>103</sup> Samtidig innebærer et slikt syn til en viss grad at den skapende innsats som kreves for åndsverk blir å likestille med annen produksjon. Et åndsverk kan i mange tilfeller sies å være et resultat av et kreativt behov hos opphavsmannen, noe som gjerne skiller framstilling av åndsverk fra ordinær produksjon av varer. Noe annet er at opphavsmannen gjerne ønsker og håper på en avkastning ved sin innsats. Som det treffende heter hos David: "*Sharing culture, and a culture of sharing, threatens profits, not creativity.*"<sup>104</sup>

Digital teknologi har for øvrig også gjort det mulig for rettighetshaverne å utstyre sine verk med det som i loven kalles "tekniske beskyttelsessystemer". Slike systemer gjør det mulig for rettighetshaverne å kontrollere eller forhindre en utnyttelse av verket i strid med opphavsmannens interesser. I forarbeidene gis en viss definisjon av hva som menes med dette uttrykket. Omfattet er "*enhver teknologi, innretning eller komponent, som etter sin normalfunksjon har som formål å kontrollere de nevnte handlinger.*"<sup>105</sup> Definisjonen tilsvarer i høy grad teksten i

---

<sup>101</sup> Smith 2001 side 8.

<sup>102</sup> Olsson 2009 side 305.

<sup>103</sup> Strowel 2009 side 148.

<sup>104</sup> David 2010 side 168.

<sup>105</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 154.

opphavsrettsdirektivet, hvor et teknisk beskyttelsessystem defineres som *"enhver teknologi, innretning eller komponent som ved normal bruk er beregnet til å hindre eller begrense handlinger, med hensyn til verk eller andre arbeider, som innehaveren av lovfestet opphavsrett eller opphavsrettsbeslektet rettighet eller sui generis-rettighet etter kapittel III i direktiv 96/9/EF ikke har gitt tillatelse til."*<sup>106</sup> Alle tekniske midler som hindrer eller begrenser bruken av et åndsverk er altså i utgangspunktet å anse som et teknisk beskyttelsessystem. Rognstad nevner eksempler som kryptering, passordbeskyttelse og programvarekrav.<sup>107</sup>

Systemer som skal beskytte åndsverk mot uautorisert bruk er ikke noe nytt fenomen i seg selv. For eksempel var VHS-kassetter gjerne utstyrt med en teknologi som gjorde at det ble overført forstyrrelser til opptaksenheten ved kopiering, slik at lyd og bilde på kopien ble forringet. I digital sammenheng er et typisk eksempel på et teknisk beskyttelsessystem det som gjerne omtales som DRM. Forkortelsen står for "digital rights management", og betegner et system som muliggjør tilgangskontroll eller kopibeskyttelse som brukes ved formidling av digitale filer.<sup>108</sup>

## 5.2 Omgåelsesforbudet

Etter lovendringen i 2005 ble det i kapittel 6a i åndsverkloven innført egne regler som verner slike tekniske beskyttelsessystemer mot omgåelse. Etter § 53a første ledd er det *"forbudt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter for å kontrollere eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten av et vernet verk."* Hos Rognstad blir omgåelse i denne sammenheng beskrevet som *"enhver handling som har som følge at den effektive tekniske beskyttelsen ikke lenger virker som en beskyttelse."*<sup>109</sup>

Forbudet mot omgåelse gjelder altså for det første bare for "effektive" beskyttelsessystemer.<sup>110</sup> Ifølge forarbeidene betyr dette at systemet må fungere etter sitt formål, men at dette ikke betyr at det skal være nærmest umulig å omgå.<sup>111</sup> Som eksempel nevnes at *"systemer som kan omgås ved tusjstrøk på selve platen eller et tastetrykk ved innlesing i datamaskin ikke vil oppfylle forslagets krav for beskyttelse, og at systemer som er så enkle å omgå ikke vil være tekniske"*

---

<sup>106</sup> 2001/29/EF artikkel 6(3).

<sup>107</sup> Rognstad 2009 side 378.

<sup>108</sup> Harte 2007 side 11.

<sup>109</sup> Rognstad 2009 side 380.

<sup>110</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 155.

<sup>111</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 115.

*beskyttelsessystemer i lovens forstand.*" Dersom systemet er svært enkelt å omgå, vil det altså heller ikke være forbudt å omgå det.

Videre følger det av forarbeidene at det kun er systemer som skal kontrollere eller hindre opphavsrettslig relevante handlinger som er omfattet av vernet.<sup>112</sup> Slike handlinger omfatter eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, og avgrenses følgelig mot handlinger innenfor det private område. Som et eksempel på et system som derfor ikke har vern mot omgåelse, nevner forarbeidene regionskodene på DVD-filmer.<sup>113</sup> Slike koder hindrer en bruk som ikke er opphavsrettslig relevant, nemlig fremføring av verket innenfor det private område. Det vil derfor ikke være forbudt å omgå slike regionskoder for å muliggjøre avspilling på enhver DVD-spiller.

Forbudet mot omgåelse gjelder ikke for tekniske beskyttelsessystemer som skal beskytte datamaskinprogrammer, jf. § 53a tredje ledd tredje punktum. For slike systemer er det en egen bestemmelse i § 53c. Det oppstilles her ikke noe omgåelsesforbud, men et forbud mot *"[o]msetning av, eller besittelse i ervervsøyemed av et hvilket som helst middel hvis eneste formål er å gjøre det lettere ulovlig å fjerne eller omgå tekniske innretninger til beskyttelse av et datamaskinprogram."*

### 5.3 Forbudet mot omgåelsesverktøy

For de fleste forbrukere vil det å omgå et beskyttelsessystem innebære bruk av en eller annen form for omgåelsesverktøy.<sup>114</sup> Et eksempel på et slikt omgåelsesverktøy er dataprogrammet DeCSS, som ble utviklet av blant andre Jon Lech Johansen (DVD-Jon) for å bryte krypteringen på DVD-plater, slik at filmene kunne lages i ukryptert stand på en harddisk.<sup>115</sup> For at omgåelsesforbudet skal ha den tilsiktede rekkevidde, er det derfor vesentlig å begrense produksjon og distribusjon av slike verktøy. Etter åvl. § 53a annet ledd er det derfor innført et forbud mot visse handlinger som medfører befatning med *"innretninger, produkter eller komponenter som frembyr med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller som kun har begrenset ervervsmessig nytte for annet enn slikt formål, eller som i hovedsak er utviklet for å muliggjøre*

---

<sup>112</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 155.

<sup>113</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 155.

<sup>114</sup> Rognstad 2009 side 382.

<sup>115</sup> Jf. RG. 2004 s. 414.

*eller forenkle slik omgåelse.*" De handlinger som er forbudte, følger av bokstavene a til e, og inkluderer: salg, utleie eller annen form for distribusjon, produksjon eller innførsel for distribusjon til allmennheten, reklame for salg eller utleie og besittelse for ervervsmessige formål av omgåelsesverktøy. Til slutt er det etter bokstav e forbudt å tilby tjenester i tilknytning til slike verktøy. Det følger av forarbeidene at det er den samme forståelse av begrepet "effektivt teknisk beskyttelsessystem" som skal legges til grunn både i første og annet ledd.<sup>116</sup> En såkalt sonefri DVD-spiller, som overstyrer regionskoden på DVD-filmer, vil derfor ikke anses som et omgåelsesverktøy i lovens forstand. Det vil etter dette være produkter som muliggjør eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmenheten, på tross av at verket er utstyrt med et beskyttelsessystem, som i rettslig forstand anses som omgåelsesverktøy.

#### 5.4 Avgrensning av omgåelsesforbudet – "mp3-loven"

Et dilemma er at ved anvendelsen av tekniske beskyttelsessystemer på åndsverk kan det oppstå situasjoner hvor ikke bare den ulovlige verksutnyttelsen forhindres, men også den lovlige bruken. For eksempel kan et beskyttelsessystem både hindre en ulovlig eksemplarfremstilling samtidig som det hindrer en lovlig utnyttelse av verket i form av privat fremføring. Særlig vil dette gjelde for musikkfiler. Det er i dag svært vanlig at forbrukere ønsker å benytte seg av en musikkfil på flere lokasjoner. For eksempel er det vanlig at man gjerne ønsker å nyte musikken i sitt private hjem, men samtidig ha mulighet til å spille den av i bilen og via portable avspillere.

I høringsutkastet til endringer i åndsverkloven ble det foreslått at tekniske beskyttelsessystemer som hindrer eller begrenser muligheten for avspilling av verket innenfor det private område, ikke skulle regnes som et teknisk beskyttelsessystem i lovens forstand.<sup>117</sup> Dette forslaget gikk man siden vekk fra, men man opprettholdt synspunktet om at tekniske beskyttelsessystemer ikke bør være vernet mot omgåelse dersom de hindrer eller begrenser tilegnelse av verket innenfor det private området.<sup>118</sup> Dette er nå lovfestet i åvl. § 53a tredje ledd annet punktum: "*Bestemmelsen i første ledd skal [...] ikke være til hinder for privat brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr.*" Hva som utgjør "relevant avspillingsutstyr" kan undertiden by på tvil. Etter forarbeidene må det "*vurderes konkret i det*

---

<sup>116</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2004) side 155.

<sup>117</sup> Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m. 2003 side 60.

<sup>118</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 117.

*enkelte tilfelle, og et sentralt moment i denne vurderingen vil være hvilke forventninger til avspilling forbruker med rimelighet kan ha til det aktuelle produkt.*"<sup>119</sup>

Det opprinnelige forslaget innebar at en eventuell omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer for å overføre musikk fra CD-plate til mp3-spiller ikke skulle være tillatt. Det ble fremhevet at departementet var av den oppfatningen at en mp3-spiller ikke kunne være en relevant avspiller for en CD-plate: "*Om bruker f.eks. kjøper en CD-plate, kan ikke bruker ha noen rimelig forventning om å kunne spille denne direkte av i en MP3-spiller som ofte er på størrelse med et armbåndsur, er integrert i mobiltelefonen eller finnes som programvare på datamaskinen.*"<sup>120</sup> Dette skapte sterke reaksjoner, og § 53a fikk i løpet av debatten som fulgte tilnavnet "mp3-loven".

For så vidt var departementets slutning logisk nok; en CD-plate er kun beregnet for avspilling i nettopp en CD-spiller. På den annen side skal det i vurderingen av hva som er relevant avspillingsutstyr være et sentralt moment hvilke forventninger forbrukeren *med rimelighet* kan ha til produktet. Ved å hevde at det ikke er rimelig å forvente at man skal kunne overføre musikken fra en CD-plate til en bærbar avspiller, kan det etter min mening argumenteres for at departementet så bort ifra det som var blitt en alminnelig oppfatning blant forbrukere om hva som er en normal utnyttelse av innholdet på en CD-plate. De fleste forbrukere vil ved kjøp av en CD-plate forvente at innholdet på platen også skal kunne overføres til en mp3-spiller. I alle fall må det kunne hevdes at dette var en forventet mulighet frem til bestemmelsen ble gjort kjent gjennom media.

Det sies uttrykkelig i forarbeidene at det skal være tillatt å bryte en kopisperre på en CD-plate dersom sperren fører til at platen ikke lar seg avspille i bilen.<sup>121</sup> Av rene konsekvenshensyn kan det da være vanskelig å se at det rettslig sett skal utgjøre en forskjell for rettighetshaver om den samme sperren brytes for å muliggjøre en overføring til en mp3-spiller. For øvrig medfører mp3-formatet en annen mulighet for tilgjengeliggjøring og distribusjon på Internett enn det fysiske CD-plate formatet. Så lenge det er ønskelig at omfanget av den ulovlige fildelingen begrenses, kan det derfor være hensiktsmessig med et forbud mot omgåelse av beskyttelsessystemer som skal hindre formatkonvertering.

---

<sup>119</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 119.

<sup>120</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 156-157.

<sup>121</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 119.

Samtidig dekkes ulovlig tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling av andre bestemmelser i loven. Det er her selve omgåelsen av det tekniske beskyttelsessystemet som er gjenstand for rettslig regulering, og så lenge hensikten ikke kan sies å være en urimelig utnyttelse av verket, kan det etter min mening ha gode grunner for seg at det ikke er avgjørende for lovmessigheten av omgåelsen hvilket sluttformat som velges etter en slik omgåelse.

En lignende holdning ble fremmet i innstillingen fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen: *"Flertallet ser at digitale musikkspor innkjøpt til avspilling på en CD klart bør kunne overføres og brukes på en MP3-spiller."*<sup>122</sup> Komiteen tok dermed et annet standpunkt enn departementet, og man gikk enstemmig inn for at omgåelse i slike tilfeller skulle være lovlig: *"Komiteen har derfor kommet til at det bør være tillatt å overføre musikk fra CD til MP3-avspiller eller tilsvarende avspiller, selv om dette innebærer at innlagte sperrer må brytes."*<sup>123</sup> Videre fremmet komiteens medlemmer fra Høyre og KrF et forslag om at § 53a tredje ledd skulle få følgende tillegg: *"Bestemmelsen skal heller ikke være til hinder for privat brukers overføring av lydopptak fra CD til avspiller for annet format innenfor reglene om kopiering til privat bruk i § 12."*<sup>124</sup>

Etter voteringen i odelstinget ble man allikevel stående ved den generelle bestemmelsen *"det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr"*, uten tillegget som eventuelt kunne klargjort hvorvidt dette omfatter formatkonvertering fra CD-plater til mp3-spiller.<sup>125</sup> Det er på det rene at det var odelstingets mening at en slik overføring skulle være tillatt etter ordlyden: *"Alle parter åpner nå for at lovlig innkjøpte CDspor skal kunne overføres til MP3-spillere."*<sup>126</sup> Det kan derfor virke litt underlig at flertallet valgte å ikke innta tillegget som uttrykker dette i klartekst.

Ordlyden man endte opp med etterlater derfor tvil om overføring fra CD-plater til mp3-formatet skal være tillatt, og om den i så fall gjør det, om den da også åpner for overføring til og fra andre formater. Legger man odelstingets uttalelser til grunn, er det etter min mening mest naturlig å tolke bestemmelsen slik at omgåelse av kopisperrer for å muliggjøre overføring fra CD-plater til

---

<sup>122</sup> Innst. O. nr. 103 (2004-2005) side 38.

<sup>123</sup> Innst. O. nr. 103 (2004-2005) side 38-39.

<sup>124</sup> Innst. O.nr. 103 (2004-2005) side 39.

<sup>125</sup> Forh. O. side 766.

<sup>126</sup> Forh. O. side 724.

mp3-spiller skal være tillatt. Den samme forståelsen kommer til uttrykk hos både Rognstad og Rieber-Mohn, som begge mener at bestemmelsen også åpner for overføring fra CD-plate til andre formater av digitale musikkfiler.<sup>127</sup> Med dette menes at mp3-formatet likestilles med for eksempel AAC og WMA, som er grunnformatene for henholdsvis Apples iPod og Microsofts Windows media player. Det er derfor svært paradoksalt at man valgte den gjeldende løsningen i lovteksten. Mindretallets forslag ville omfattet en slik bruk som i følge uttalelsene var flertallets ønske. Om man leser lovteksten kun sammenholdt med proposisjonen, følger det at omgåelse for formatkonvertering til mp3 *ikke* skal være tillatt. Det er derfor problematisk at bestemmelsen tilsynelatende faktisk var ment til å åpne for det motsatte. Blant annet er det slik bestemmelsen tolkes på nettstedet Ansvarlig Internett<sup>128</sup>: "*Du har bare lov til å omgå slik kopibeskyttelse dersom dette er for å overføre musikk fra CD til MP3-spiller (f.eks. en iPod).*"<sup>129</sup>

Hvorvidt bestemmelsen åpner for omgåelse også i andre tilfeller enn fra CD-plate til mp3-format er etter dette mere tvilsomt. Rognstad utelukker ikke at det kan åpnes for en slik mulighet, men forutsetter at dersom det gjøres må det "*i hvert fall være tale om et tilfelle som kan sammenlignes med forholdet CD/mp3.*"<sup>130</sup> Det mest nærliggende eksempelet vil kanskje være at en kopsisperre på en DVD-film brytes for å overføre filmen til en datamaskin eller en bærbar avspiller, for eksempel til et minnekort i en mobiltelefon. Hvorvidt dette i så fall kan hevdes å være "relevant avspillingsutstyr" må eventuelt drøftes under de samme betingelser som for CD-plater, og det må nødvendigvis overlates til domstolene å til slutt avgjøre hva som utgjør relevant avspillingsutstyr i forskjellige tilfeller. En grunnleggende forskjell fra CD/mp3 tilfellet er at det foreløpig ikke kan anses som en rimelig forventning fra forbrukeren at man skal kunne spille av en DVD-film på en bærbar avspiller. Musikk skiller seg fra film ved at musikk gjerne nytes selv under kroppslig bevegelse. Mens det kanskje kan hevdes at det blir stadig mer vanlig å se film og tv-serier på bærbare avspillere, for eksempel på en buss eller togreise, er det svært vanlig å lytte til musikk mens man spaserer, sykler eller jogger.

Debatten i Stortinget viser at motivene spriker, men at det tilsynelatende var flertallets mening at

---

<sup>127</sup> Rognstad 2009 side 385-386 og Rieber-Mohn 2010 side 236.

<sup>128</sup> Nettstedet er utviklet av advokatfirmaet Simonsen som i 2006 fikk en tidsbegrenset konsesjon fra Datatilsynet for å "bistå rettighetshavere i deres arbeid med å stanse ulovlig eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, blant annet på Internett, av deres rettslig beskyttede verker og arbeider". Jeg anser derfor sidens informasjon som avgitt av kyndige på området, og således for å være en rettskilde av betydning i denne sammenheng.

<sup>129</sup> [http://www.ansvarliginternett.no/?page\\_id=73](http://www.ansvarliginternett.no/?page_id=73)

<sup>130</sup> Rognstad 2009 side 386.

tillatt omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer skulle være begrenset til å gjelde overføring fra CD-plater. Uttalelsen fra Lund Bergo, representant for SV, viser at flertallet støttet en slik forståelse av bestemmelsen: "*Når det gjelder flertallets forslag til § 53a tredje ledd, om «privat brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr», går det fram av merknadene at det er klart avgrenset til å gjelde avspilling og overspilling fra CD. Det er bredt flertall i Stortinget for at en slik adgang ikke skal omfatte verk fra f.eks. DVD-er, bøker, elektroniske filer via Internett eller TV-program.*"<sup>131</sup> Til støtte for et slikt syn kan det igjen henvises til Ansvarlig Internett, hvor det heter at: "*Du har [...] ikke lov f.eks. til å bryte kopibeskyttelsen av en DVD eller Blu-ray-plate [...] for å overføre filmen [...] til en harddisk eller lignende.*"<sup>132</sup> Samme synspunkt fremmes av Kulturdepartementet: "*Dersom DVD-ene har tekniske beskyttelsessystemer, som kopisperrer, er det [...] ikke adgang til å omgå denne beskyttelsen for å muliggjøre overføring, jf. åvl. § 53 a.*"<sup>133</sup>

For øvrig reguleres gjerne den tillatte bruken av verket av vilkår som kjøperen har blitt pålagt av rettighetshaverne, og som eventuelt blir vedtatt gjennom kjøpet. Dersom disse vilkårene inneholder bestemmelser om hvilken avspiller som kan benyttes, og disse er gyldig avtalt, er det disse vilkårene som eventuelt må være bestemmende for hva som er "relevant avspillingsutstyr".<sup>134</sup> Både Rognstad og Rieber-Mohn tar til orde for at en slik forståelse må kunne regnes som gjeldende rett.<sup>135</sup>

Det kan til også presiseres at i motsetning til den oppfatning som gjennom debatten har kommet til uttrykk hos visse forbrukere, er det ikke den generelle adgangen til overføring fra CD-plate til mp3-spiller som har vært omtvistet. Så lenge man er innenfor rammene av åvl. § 12, er det *kun* i de tilfeller hvor eksemplaret er utstyrt med et teknisk beskyttelsessystem at spørsmålet om formatkonverteringens lovmessighet blir aktuelt. For øyeblikket har platebransjen i Norge valgt å avstå fra å bruke slik teknologi på CD-plater.<sup>136</sup> Det er derfor grunn til å anta at spørsmålet om forståelsen av åvl. § 53a i stadig større grad vil dreie seg om hvorvidt det skal tillates at sperrer på DVD-film brytes for å muliggjøre overføring til bærbare avspillere.

---

<sup>131</sup> Forh. O. side 729.

<sup>132</sup> Forh. O. side 729.

<sup>133</sup> <http://forbrukerportalen.no/Artikler/2006/1156161790.37>

<sup>134</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 157.

<sup>135</sup> Rognstad 2009 side 386-387 og Rieber-Mohn 2010 side 236-237.

<sup>136</sup> <http://www.dagbladet.no/kultur/2006/12/21/486755.html>



## 6 Sanksjonsmuligheter

### 6.1 Innledning

For at rettighetshavere skal kunne ha utnytte av sine eneretter, er det nødvendig med et effektivt sanksjonssystem mot opphavsrettskrenkelser. En opphavsrettskrenkelse vil i denne sammenheng primært bety en utnyttelse av verket som er i strid med åvl. § 2, uten at noen av avgrensingsreglene i kapittel 2 kan påberopes, men også overtredelser av bestemmelser som er gitt for å sikre verket mot slike krenkelser, herunder bestemmelsene om vern for tekniske beskyttelsessystemer, vil være belagt med sanksjoner.

Brudd på opphavsmannens rettigheter etter åndsverkloven kan straffes med både strafferettslige- og sivilrettslige sanksjoner. Regler om dette finnes i åndsverklovens kapittel 7, under overskriften "Straff, erstatning og inndragning". I lys av oppgavens tema, den ulovlige fildelingen, vil gjennomgangen begrense seg til bestemmelsene om overtredelser av opphavsmannens økonomiske eneretter.

### 6.2 Strafferettslige sanksjoner

Etter åvl. § 54 første ledd straffes overtredelser av "*bestemmelser gitt til vern for opphavsretten i eller i medhold av 1. og 2. kapittel*", jf. bokstav a). Videre straffes overtredelser av "*bestemmelser gitt i eller i medhold av [...] kapittel 6a*", jf. bokstav b). Strafferammen for slike handlinger er etter første ledd bøter eller fengsel inntil tre måneder. Skyldkravet er forsett eller uaktsomhet, men etter annet ledd er det for overtredelse av § 12 fjerde ledd innført krav om forsettlig overtredelse. Det vil si at hvor det fremstilles eksemplarer til privat bruk uten at kravene til lovlig kopieringsgrunnlag er til stede, kreves det at gjerningsmannen utførte handlingen forsettlig. Det følger av forarbeidene at: "*[f]orsettet må omfatte alle elementer i gjerningsbeskrivelsen. Den som kopierer til privat bruk må være klar over så vel karakteren av sine egne handlinger (kopiering) som det faktum at kopigrunnlaget er uhjemlet på en av de måter som er angitt i § 12.*"<sup>137</sup> Det presiseres i forarbeidene at man med § 12 primært ønsker å straffeforfølge den bevisste og systematiske fildelingen: "*Hensikten med bestemmelsen er å avklare rettstilstanden og dessuten legge bedre til rette for*

---

<sup>137</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 158.

*rettslig forfølgning av brukere som kopierer i utstrakt grad og medvirkere som på ulikt vis bidrar til den omfattende ulovlige distribusjon av innhold som særlig skjer over nettverk.*"<sup>138</sup> Ved å innføre et krav om forsett vil bestemmelsen derfor begrense seg til å ramme dem som bevisst laster ned og kopierer materiale som de vet er gjort tilgjengelig på ulovlig vis. Videre følger det av åvl. § 54 tredje ledd at medvirkning til overtredelse av første eller annet ledd straffes på samme måte.

Den alminnelige strafferammen etter § 54 er satt til bøter eller fengsel inntil tre måneder, men etter fjerde ledd første punktum skjerpes straffen til bøter eller fengsel inntil tre år dersom det foreligger forsett eller skjerpene forhold. Det følger av annet punktum at "[v]ed vurderingen av om særlig skjerpene forhold foreligger, skal det først og fremst legges vekt på den skade som er påført rettshavere og andre, den vinning som lovovertrедeren har hatt og omfanget av overtredelsen for øvrig." Det må legges til grunn en helhetsvurdering, hvor kriteriene i fjerde ledd inngår som enkeltelementer som særlig vektlegges, men oppregningen kan ikke regnes som absolutte kriterier som må være oppfylt for at skjerpene forhold skal anses å foreligge.<sup>139</sup> Forsøk på forsettlig overtredelse kan straffes som fullbyrdet overtredelse, jf. femte ledd.

I Rt. 1983 s. 1108 ble en 43 år gammel mann dømt for ulovlig kopiering og utleie av kopierte videokassetter. Straffen ble her satt til en "passende" bot: "*Hensett til de foreliggende opplysninger om tiltaltes inntekts- og formuesforhold finner retten at straffen passende kan fastsettes til en bot stor kr. 1000,-.*"<sup>140</sup>

I en dom fra Borgarting lagmannsrett ble en 24 år gammel mann dømt for blant annet ulovlig nedlasting av opphavsrettsbeskyttet materiale. Han var i besittelse av store mengder film, tv-programmer, musikk og dataprogrammer som han hadde lastet ned via fildelingstjenester. For alle straffbare forhold ble han dømt til 30 dager betinget fengsel og en bot på 20 000 kroner, tilsvarende tingrettens dom. Det ble ved utmålingen av botens størrelse lagt vekt på gjerningsmannens økonomi: "*Lagmannsretten har vært i noe tvil om boten på grunn av siktedes nåværende inntektsforhold burde økes. Etter en samlet vurdering er lagmannsretten likevel kommet til at tingrettens utmåling av bot og betinget fengselsstraff bør bli stående.*"<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 33.

<sup>139</sup> Rognstad 2009 side 396.

<sup>140</sup> Rt. 1983 s. 1108 side 1111.

<sup>141</sup> LB-2010-18170.

Påtale for forsettlig overtredelse etter åvl. § 54 er *ubetinget offentlig*. Dette er hos Andenæs beskrevet som at "*påtale skal skje uten hensyn til den krenkedes vilje.*"<sup>142</sup> Offentlig påtale for brudd på de øvrige bestemmelsene er avhengig av rettighetshavernes begjæring, jf. syvende ledd.

Videre er det i åvl. § 56 gitt regler om inndragning av ulovlig fremstilte eksemplarer. Etter første ledd kan eksemplarer av åndsverk som er ulovlig fremstilt, innført eller gjort tilgjengelig for allmenheten i Norge "*inndras ved dom til fordel for den fornærmede eller overdras til ham mot vederlag som ikke overstiger fremstillingsomkostningene.*" Det må altså foreligge en *dom*, og det er retten som avgjør hvilket av alternativene, inndragning eller overdragelse, som skal benyttes.<sup>143</sup> Dersom de aktuelle eksemplarene kun foreligger i digital form, for eksempel som filer lagret på en tjenermaskin som er tilkoblet Internett, kan det ikke bli aktuelt med hverken inndragning eller overdragelse. Et slikt digitalt eksemplar kan jo ikke overdras. Rettighetshaver kan for øvrig kreve at eksemplarene helt eller delvis destrueres, jf. § 56 annet ledd første punktum.

### 6.3 Sivilrettslige sanksjoner

Ved siden av et ønske om å begrense opphavsrettskrenkelser ved at urettmessige verksutnyttelser straffefølges, er det selvsagt ønskelig fra rettighetshaveren at den ulovlige utnyttelsen av verket avbrytes. Det innledes derfor gjerne sivile søksmål etter reglene i tvisteloven for å kreve at bruk som strider mot rettighetshavernes interesser stanses. Et sivil søksmål for å stanse ulovlig bruk vil gjerne resultere i en fullbyrdelsesdom. En slik dom vil rettighetshaverne gjerne være mest tjent med, ettersom den kan tvangsfullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven, jf. tvl. § 19-13 første ledd. For øvrig kan prosessen frem til en rettskraftig dom være tidkrevende, og i mellomtiden kan en fortsatt utnyttelse av verket medføre store tap. For å motvirke en slik følge av langvarige prosesser, nedlegger rettighetshaver derfor gjerne påstand om midlertidig forføyning for å få stanset handlingen.<sup>144</sup> Reglene om midlertidig forføyning finnes i tvisteloven kapittel 34, og det oppstilles flere krav som må være oppfylt.

For det første må det foreligge en *sikringsgrunn*. Det følger av tvl. § 34-1 første ledd bokstav a) at sikringsgrunn foreligger "*når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av*

---

<sup>142</sup> Andenæs 2004 side 533-534.

<sup>143</sup> Rognstad 2009 side 398.

<sup>144</sup> Rognstad 2009 side 400.

*kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort."* Videre følger det av bokstav b) at sikringsgrunn også foreligger "*når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe.*"

For det andre må saksøker sannsynliggjøre både kravet det ønskes sikring for og sikringsgrunnen, jf. tvl. § 34-2 første ledd. I tillegg følger det av tvl. § 34-1 andre ledd at må det foretas en rimelighetsvurdering hvor omfanget av skaden må veies opp mot den interesse saksøkeren har i å få innvilget midlertidig forføyning. Forarbeidene nevner i den forbindelse at det blir snakk om et proporsjonalitetskrav, hvor samtlige involverte interesser må tas i betraktning: "*Det vil dermed kunne forekomme tilfeller hvor det synes å foreligge en krenkelse av rettighetshaverens rett og i og for seg en sikringsgrunn, men hvor det likevel ikke finnes grunnlag for å gripe inn med et midlertidig rettslig forbud.*"<sup>145</sup>

I RG 2010 s. 171 ble det fremmet et krav om midlertidig forføyning mot Telenor for å få selskapet til å blokkere kundenes tilgang til nettstedet "The Pirate Bay". Kravet fra rettighetshaverne gikk ut på at "*Telenor medvirker til The Pirate Bays og Telenors sluttbrukeres ulovlige handlinger*", og at det derfor måtte åpnes for midlertidige forføyninger mot mellommenn for å hindre tredjemanns krenkelse av opphavsretten. Det ble vist til at en midlertidig forføyning, i tråd med tvl. § 34-3 første ledd, kan gå ut på at saksøkte kan pålegges å unnlate eller å foreta en handling. Rettighetshaverne anførte at en midlertidig forføyning i realiteten ville det være det eneste alternativet for å forhindre en fortsatt krenkelse av deres interesser: "*Det er vanskelig eller umulig å forfølge de enkelte sluttbrukere, blant annet fordi Telenor ikke videresender eller gjør sluttbrukerne oppmerksomme på henvendelser fra rettighetshaverne til sluttbrukerne med krav om at den ulovlige aktiviteten opphører. Disse forholdene gjør at en forføyning mot internettilyderer i realiteten er rettighetshavernes eneste mulighet til å få stanset krenkelsene av deres rettigheter som foregår i et enormt omfang.*" Selv om lagmannsretten åpnet for at det etter norsk rett skal være mulig å kreve midlertidig forføyninger mot mellomledd dersom de medvirker til krenkelser av opphavsretten, ble det konkludert med at kravet måtte forkastes. Den *midlertidige* sikkerheten en slik forføyning eventuelt ville ha medført, kunne i denne saken ikke anses nødvendig all den tid rettighetshaverne i lengre tid hadde hatt mulighet til å reise sak mot Telenor med tilsvarende krav: "*Lagmannsretten kan ikke se at den tid som måtte gå frem til en rettskraftig dom, kvalifiserer for at forfølgningen eller*

---

<sup>145</sup> Ot. prp. nr. 65 (1990-1991) side 292-293.

*gjennomføringen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort eller gjør det nødvendig med en forføyning for å « avverge en vesentlig skade eller ulempe ».*" I en tilsvarende sak i Danmark kom for øvrig dansk høyesterett til det motsatte resultat, og påla den danske avdelingen av Telenor å blokkere kundenes tilgang til nettsiden.<sup>146</sup>

I en sak fra Nordre Vestfold tingrett ble et krav om midlertidig forføyning for å få stanset utgivelsen av boka "Märthas Engler" tatt til følge. I tillegg til at tittelen på boka var en direkte referanse til prinsessens navn, hadde den et fotografi av prinsessen på omslaget. Prinsessen hadde for øvrig ikke samtykket til at hverken hennes navn eller bilde skulle benyttes i markedsføringen av boka, og hun hadde ellers ingen tilknytning til forlaget eller forfatteren. Som sikringsgrunn ble det her anført at dersom utgivelsen av boka ikke ble stanset, ville skaden være uopprettelig. Retten fant at ettersom den aktuelle boken allerede var under forsendelse, ville en midlertidig forføyning være av stor betydning for å få stoppet utgivelsen i tide: *"For å sikre kravet er det etter rettens syn nødvendig å iverksette de tiltak som er inntatt i saksøkers påstand. Dette innebærer at de saksøkte forbys å selge eller på annen måte levere ut fra lager « Märthas engler » med fotografi av Märtha Louise og tittelen « Märthas engler » på foromslaget og eventuelt tittelblad eller andre sider i boka. Eventuelt allerede distribuerte eksemplarer må kalles tilbake. Dette må gjelde inntil retten bestemmer noe annet eller at partene blir enige om en omforent løsning."*<sup>147</sup>

I tillegg stilles det gjerne krav fra rettighetshaversiden om økonomisk kompensasjon for det tap som er lidt ved at deres rettigheter krenkes. Det er jo nettopp en *økonomisk* enerett som blir krenket. I åvl. § 55 er det innført regler som skal sikre at den skade som skjer ved handlinger som nevnt i § 54 kan kreves erstattet etter *alminnelige erstatningsregler*. I erstatningsretten er det vanlig å skille mellom økonomiske og ikke-økonomiske tap.<sup>148</sup> Ved opphavsrettskrenkelser vil det nok først og fremst være det økonomiske tapet som erstattes, men dersom krenkelsen er utført med forsett eller grov uaktsomhet kan rettighetshaveren også tilkjennes oppreisning for ikke-økonomisk tap, jf. åvl. § 55 første ledd annet punktum.

Ulovlig fildeling vil i ethvert tilfelle medføre at noen har tilegnet seg et eksemplar av et åndsverk, uten at opphavsmannen har fått den økonomiske kompensasjon som et salg av det samme

---

<sup>146</sup> Jf. UfR 2010 s. 2221.

<sup>147</sup> Jf. Nordre Vestfold tingretts avgjørelse i TNOVE-2007-145440.

<sup>148</sup> Lødrup 1999 side 55.

eksemplaret, ville ha gitt ham. Samtidig blir det gjerne hevdet at selv om et eksemplar har blitt lastet ned ulovlig, kan dette ikke nødvendigvis likestilles med en tapt salgfortjeneste. Det er nok en viss sannhet i at en som har lastet ned hundrevis av filmer og gjerne et tusentalls musikkfiler, neppe ville ha gått til lovlig anskaffelse av alle filene dersom de ikke var mulig å tilegne seg gratis. I napster.no saken ble dette av tingretten tillagt vekt ved erstatningsutmålingen: "*Videre kan det legges til grunn at minst 20% av de reelle treffene resulterte i nedlasting av en musikkfil. Men at alle disse, dersom Napster.no ikke hadde eksistert, i stedet hadde kjøpt musikken på lovlig måte, slik som saksøkerne hevder, er ikke realistisk.*"<sup>149</sup>

For øvrig kan det hevdes at det i norsk rett gjelder en *ulovfestet vederlagsregel*.<sup>150</sup> Denne innebærer at opphavsmannen har krav på vederlag når hans rettigheter har blitt krenket ved ulovlige handlinger, selv om det ikke kan påvises at han rent faktisk har lidt et økonomisk tap. I Rt. 2009 s. 1568 avgjorde Høyesterett spørsmålet om erstatning med utgangspunkt i eksistensen av slike ulovfestede regler: "*Dersom det skal tilkjennast kompensasjon for bruken, må dette [...] byggje på ulovfesta vederlagsreglar.*"<sup>151</sup> Saken gjaldt spørsmål om kompensasjon for urettmessig bruk av et fotografi av en kjent amerikansk snøbrettkjører. Førstvoterende viste i den sammenheng til at det er "*ei temmeleg samrøystes oppfatning i teorien at det er eit slikt ulovfesta vederlagskrav ved aktlause og forsettlege inngrep i opphavsrett.*"<sup>152</sup>

Vederlagets størrelse kan fastsettes med utgangspunkt i markedsprisen for den samme utnyttelsen. For øvrig vil det i mange tilfeller ikke være gode nok holdepunkter for at markedsprisen kan bestemmes, og erstatningen vil da måtte utmåles på et mer skjønnsmessig grunnlag.<sup>153</sup> I den overnevnte dommen ble erstatningen satt etter en skjønnsmessig vurdering av hva som ville utgjøre et rimelig vederlag for slik bruk: "*Eg er komen til at eit rimeleg vederlag for bruken av dette biletet vil vere 80 000 kroner.*"<sup>154</sup> Det kan også hevdes at vederlaget bør settes høyere enn det som er et vanlig vederlag for samme bruk når denne er utført ved bevisste ulovlige handlinger. Rognstad og Stenvik argumenterer for at prevensjonshensyn bør tilsi at vederlaget i slike tilfeller settes høyere: "*Risikerer han [gjerningsmannen] ikke mer ved den ulovlige utnyttelse enn hva han likevel måtte*

---

<sup>149</sup> TSGUD-2002-203.

<sup>150</sup> Jf. for eksempel Rognstad 2009 side 403.

<sup>151</sup> Rt. 2009 s. 1568 avsnitt 47.

<sup>152</sup> Rt. 2009 s. 1568 avsnitt 48.

<sup>153</sup> Rognstad 2009 side 404.

<sup>154</sup> Rt. 2009 s. 1568 avsnitt 54, jf. avsnitt 53.

*ha betalt om han hadde søkt lisens, har han intet incitament – annet enn den eventuelle moralske forpliktelse han måtte føle (som nok ofte er fraværende i disse tilfeller) – til å følge den lovlige vei.*"<sup>155</sup>

Rettighetshaveren kan i alle tilfeller kreve at den nettofortjeneste gjerningsmannen har hatt ved den ulovlige verksutnyttelsen utbetales, jf. åvl. § 55 andre ledd. Dette gjelder uavhengig av om gjerningsmannen har handlet i god tro, og uavhengig av skadens størrelse for øvrig. Det heter i forarbeidene at *"har gjerningsmannen hatt økonomisk vinning av overtredelsen, skal han legge vinningen fra seg, selv om han har handlet i god tro, og selv om hans utbytte av overtredelsen er større enn det tap fornærmede har lidd."*<sup>156</sup> Dersom god tro hadde kunnet avskjære et slikt krav, ville opphavsmannen ikke lenger ha en økonomisk enerett, ettersom det da ville være mulig for andre å ha økonomisk utbytte av hans verk.

I den tidligere nevnte dommen i Rt. 1983 s. 1108, ble gjerningsmannens vinning fastsatt til et skjønnsmessig beløp. *"Den vinning som kan inndras er i utgangspunktet nettovinningen, men retten finner at der i denne forbindelse ikke er grunnlag for å gjøre fradrag for de utgifter tiltalte har hatt til anskaffelse av de ulovlige bånd. Etter foranstående blir inndragningsbeløpet å fastsette skjønnsmessig, jfr. straffeloven § 34 i.f., og kan passende settes til kr. 5000,-."*

## **7 Avslutning**

### **7.1 Kort om e-bøker**

Blant kildene jeg har benyttet i oppgaveskrivingen har det vært sparsommelige mengder materiale knyttet til e-bøker. For å forsøke å belyse rettstilstanden på området tok jeg derfor kontakt med Bjarne Buset, informasjonssjef i Gyldendal Norsk Forlag AS. Inntrykket jeg sitter igjen med etter samtalen er at den norske bokbransjen ikke på langt nær har opplevd de samme utfordringene som film- og musikkbransjen. Dette skyldes nok i hovedsak at antallet norske boktitler som er tilgjengelig i e-bok format, foreløpig ikke har nådd et nivå som tilsier en utstrakt piratkopiering. Noen raske søk på Internett avslører allikevel at så vel norske som utenlandske e-bøker allerede blir gjort tilgjengelig og lastet ned uten opphavsmannens samtykke. I tillegg ser det ut til at e-bøkene i stor grad vil være gjenstand for formidling i form av samlinger. For eksempel vil en forfatters

---

<sup>155</sup> Rognstad/Stenvik 2002 side 528-529.

<sup>156</sup> Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) side 110.

samlede verker kun utgjøre en liten datafil når de foreligger i digital form. Hele samlingen vil derfor enkelt kunne formidles i sin helhet. Det er derfor all grunn til å forvente at bokbransjen også vil møte både økonomiske og rettslige utfordringer i en digital sammenheng.

## 7.2 Lovendringsforslag

Kulturdepartementet kom tidligere i år med et forslag til endringer av åndsverkloven. Formålet med endringene skal være å "*styrke rettighetshavernes muligheter for håndheving av sine rettigheter ved krenkelser på Internett, for eksempel ved ulovlig fildeling.*"<sup>157</sup> Det er ønskelig å gjøre det lettere for rettighetshavere til musikk, film og annet opphavsrettsbeskyttet materiale å avsløre og stoppe dem som driver med piratkopiering. Departementet foreslår blant annet å gjøre det mulig å blokkere nettstedet som i større omfang sprer kopibeskyttet materiale på en ulovlig måte: "*Departementet foreslår at det i åndsverkloven klargjøres at nettsteder som i stort omfang gjør tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter, kan blokkeres.*"<sup>158</sup> Det åpnes også for at rettighetshaverne skal kunne registrere IP-adresser som benyttes til spredning av piratkopiert materiale, uten at det kreves konsesjon for dette.<sup>159</sup> Forslaget er for øvrig ikke uproblematisk. Venstres leder, Tine Skei Grande, er skeptisk til hvordan et slikt nytt lovverk eventuelt vil harmonisere med hensynet til personvern. Direktør Bjørn Erik Thon i Datatilsynet, som eventuelt skal føre tilsyn med en slik registreringsordning, sier at tilsynet vil forsikre seg om at rettsikkerheten blir ivaretatt dersom lovforslagene blir vedtatt: "*Når vi skal uttale oss om forslaget, vil vi være opptatt av at disse tiltakene virker, at en ikke bygger opp et system rundt innsyn, overvåking og klager uten at det er gjort en grundig analyse av at dette er det som skal til. Vi vil også se på rettsikkerhetsgarantier, og at en ikke tar de små mens en lar de store slippe unna.*"<sup>160</sup>

## 7.3 Avsluttende bemerkninger

Det er på det rene at fremveksten av ny digital teknologi har medført både nye muligheter og nye utfordringer innen opphavsretten. Rettighetshaverne har opplevd store fall i sine fortjenester,

---

<sup>157</sup> Høring - endringer i åndsverkloven - tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett side 4.

<sup>158</sup> Høringsnotatet side 54.

<sup>159</sup> Høringsnotatet side 35.

<sup>160</sup> <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10093858>



særlig i forbindelse med ulovlig utnyttelse av åndsverk på Internett. Lovverket tilpasses for å styrke rettighetshavernes muligheter for å håndheve sine rettigheter, mens forbrukerne på sin side stadig hevder at deres rettigheter i en digital kontekst blir oversett. For å sitere Bjellås, som i 2008 ble kåret til "årets geek" av Microsoft i Norge: *"Hvis vi fortsetter å ignorere utviklingen vil det garantert skje at våre rettigheter blir ytterligere innskrenket. Jeg har jobbet hardt og lenge for mine penger, hvis bransjen skal ha rettighet til å bruke mine penger etter egne ønsker, vil jeg ha rettigheten til å bruke produktet jeg har kjøpt etter eget ønske."*<sup>161</sup>

Et typisk argument som har blitt benyttet mot blant annet den norske utgaven av nettbutikken iTunes store, er at et åndsverk som er tilgjengelig i andre land, ennå ikke er gjort lovlig tilgjengelig for norske forbrukere.<sup>162</sup> For allikevel å kunne tilegne seg dette verket, hevder forbrukeren da i mange tilfeller å føle seg "presset" til å gjøre seg selv til lovbryter ved at han "må" laste verket ned fra Internett. Etter min mening er dette en form for selvtekt som på ingen måte kan forsvares i en rettslig sammenheng. Om en bilselger ikke ønsker å selge deg en bil er det riktignok en urimelig behandling, men det gir deg selvsagt ingen rett til å stjele bilen.

Det må for øvrig kunne hevdes at fildeling også har hatt konsekvenser for rettighetshaverne som er mer velkomne. Det kan for eksempel ikke være tvil om at digital nettformidling av åndsverk, i både lovlig og ulovlig sammenheng, fører til at verket gjøres kjent for et større publikum. Det finnes også eksempler på at mediebransjen har tilpasset sine forretningsmodeller slik at det skal være mulig å i alle fall profitere best mulig på den ulovlige fildelingen. Söderberg nevner et eksempel hvor økonomen Oberholzer-Gee, gjennom en studie av de regionale effektene av fildeling, kom over interessante strategier i den kinesiske filmbransjen.<sup>163</sup> Ettersom opptil halve fortjenesten på en film innhentes i løpet av de første 2 ukene etter offentliggjøring, hadde de kinesiske rettighetshaverne innledet en avtale med de såkalte "piratdistributørene" som gikk ut på at rettighetshaverne betalte dem under bordet for at disse skulle utsette formidlingen av sine illegale kopier til etter filmens første to uker.<sup>164</sup> En slik løsning kan allikevel ikke hevdes å være en direkte ønskelig situasjon for bransjen. Det er snarere en nødvendighet. For øvrig førte den etterfølgende ulovlige formidlingen av filmene til at rettighetshaverne kunne innhente sekundære inntekter i

---

<sup>161</sup> <http://digitallivsstil.no/rettighetslos>

<sup>162</sup> <http://www.bt.no/nyheter/innenriks/drittunge-1924451.html>

<sup>163</sup> Söderberg 2008 side 45-49.

<sup>164</sup> Söderberg 2008 side 48-49.

form av produktplassering og salg av biprodukter. Jeg synes allikevel Söderberg glorifiserer det som i utgangspunktet er *ulovlige* handlinger når han skriver: "*Med denna affärmodell förvandlas nätpiraten från en självisk tjuvåkare som inte betalar för sig till en obetald marknadsförare åt filmbolagets annonsörer.*"<sup>165</sup>

En annen velbrukt påstand er at det ikke har eksistert tilfredsstillende lovlige alternativer, og på enkelte områder har mediabransjen også innrømmet at de har kommet for sent på banen med alternative løsninger. Utviklingen den siste tiden har for øvrig frembrakt alternativer som mange forbrukere ser ut til å være fornøyde med. Tjenester som Spotify og Wimp ser ut til å appellere til en stadig større andel av dem som tidligere ville lastet ned ulovlig.<sup>166</sup> I en artikkel på VG-nett blir det hevdet at mens omfanget av den betalte nedlastingen er stabil, reduseres omfanget av ulovlig fildeling som en følge av lovlige strømmingstjenester.<sup>167</sup> Personlig har jeg stor tro på at man i fremtiden vil se mer bruk av strømmingstjenester i form av såkalt "cloud-computing", eller "skytjenester". I korte trekk går dette ut på at man ikke lagrer sine filer på en harddisk i en datamaskin eller lignende, men at filene ligger lagret på en "sky" av servere knyttet til Internett. Man får tilgang til filene på forskjellige måter, for eksempel ved å installere en applikasjon på en mobiltelefon som gjør det mulig å strøkke musikken og filmene man har rett til å ha tilgang til fra serverne. Som et eksempel kan nevnes Apples løsning som ble lansert i oktober 2011, en applikasjon kalt "iCloud". På Apples norske nettsider beskrives teknologien på denne måten: "*iCloud lagrer musikk, dokumenter, bilder og mer og sprer det trådløst til alle dine enheter via push-teknologi.*"<sup>168</sup>

En utfordring i så måte vil være at dersom det også skal åpnes for at man kan laste opp filer man allerede er i besittelse av, for eksempel slik at CD-plater skal kunne konverteres og lastes opp til skyen, må man igjen finne løsninger som kan sikre at opplasteren har tilegnet seg innholdet på lovlig vis. I tillegg har man utfordringer i forhold til IT-sikkerhet, herunder å sikre innholdet mot såkalte "hackere" og virusangrep. Det gjenstår fortsatt å se hvilken effekt de forskjellige løsningene vil ha på fildelingen, men det er i alle fall helt klart at utfordringene ikke er over.

---

<sup>165</sup> Söderberg 2008 side 49.

<sup>166</sup> Spotify og Wimp er eksempler på lovlige tjenester som lar brukere søke igjennom og strøkke musikk fra tjenestens database.

<sup>167</sup> <http://www.vg.no/rampelys/artikkel.php?artid=10087815>

<sup>168</sup> <http://www.apple.com/no/icloud/>

## 8 Kilder

### Lovgivning

#### Norske lover

- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØSloven) av 27. november 1992 nr. 109.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

#### Utenlandske lover

Upphovsrättslagen Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1960:729) [Sverige]

### Forarbeider

- Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.
- Ot. prp. nr. 35 (1973-1974) Om 1) lov om endringer i lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og 2) lov om endringer i lov 17. juni 1960 nr. 1 om rett til fotografi.
- Ot. prp. nr. 65 (1990-1991) Om lov om tvangfullbyrding og midlertidig sikring (tvangfullbyrdingsloven).
- Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
- Ot. prp. nr. 85 (1997-1998) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser).
- Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
- Innst. O. nr. 103 (2004-2005) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
- Forh. O. Sak nr.1 om endringer i åndsverkloven m.m. 4.juni 2005.
- Høringsutkast Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m. 2003.
- Høringsnotat Høring 2011 - endringer i åndsverkloven - tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m.

## **Norsk rettspraksis**

Rt. 1983 s. 1108.

Rt.1991 s.1296.

Rt. 2005 s. 41.

Rt. 2009 s. 1568.

RG 2004 s. 414.

RG 2008 s. 193.

RG 2010 s. 171.

TSGUD-2002-203.

LE.2003 s. 482.

TNOVE-2007-145440.

LB-2010-18170.

## **Utenlandsk rettspraksis**

NJA 2000 s. 292 / NIR 2000 s. 487. (Sverige)

UfR 2001 s. 1572. (Danmark)

UfR 2010 s. 2221. (Danmark)

464 U.S. 417 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 1984 (USA)

## **Direktiver og forordninger**

2001/29/EF            EU-direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (opphavsrettsdirektivet).

2006/24/EF            EU-direktiv 2006/24/EF om lagring av abonnements-, lokaliserings- og trafikkdata (datalagringsdirektivet).

## **Juridisk litteratur**

Andenæs 2004            Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5.utg. Oslo, 2004.

David 2010              David, Matthew *Peer to Peer and the Music Industry*. London, 2010.

- Harte 2007 Harte, Lawrence *Introduction to Digital Rights Management (DRM)*. 2007.
- Knoph 1936 Knoph, Ragnar *Åndsretten*. Oslo, 1936.
- Lødrup 1999 Lødrup, Peter *Lærebok I erstatningsrett*. 4.utg. Oslo, 1999.
- Olsson 2009 Olsson, Henry *Copyright*. Stockholm, 2009.
- Rieber-Mohn 2010 Rieber-Mohn, Thomas *Digital privatkopiering*. Oslo, 2010.
- Rognstad 1999 Rognstad, Ole-Andreas *Spredning av verkseksemplar*. Oslo, 1999.
- Rognstad 2009 Rognstad, Ole-Andreas *Opphavsrett*. Oslo, 2009.
- Strowel 2009 Strowel, Alain *Peer-to peer file sharing and secondary liability in copyright law*. Cheltenham, 2009.
- Söderberg 2008 Söderberg, Johan *Allt mitt är ditt*. Stockholm, 2008.
- Wagle / Ødegaard jr. 1997 Wagle, Anders Mediaas og Ødegaard jr., Magnus *Opphavsrett i en digital verden*. Oslo, 1997.

### **Artikler**

- Bing 1995 Bing, Jon *Opphavsretten og ny informasjonsteknologi: Noen spredte notater*. I: NIR 1995 s. 595.
- Bing 2008 Bing, Jon *Strømming av åndsverk. Noen opphavsrettslige aspekter ved tenkt maskin*. I: NIR 2008 s. 192.
- Haukaas 2010 Haukaas, Ørjan Salvesen *Er streaming fra ulovlig kilde lovlig?* I: Lov&Data nr. 104 Desember 2010.
- Rognstad/Stenvik 2002 Rognstad, Ole-Andreas og Stenvik, Are *Hva er immaterialretten verd?* I: Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, 2002, s. 511.
- Rognstad 2003 Rognstad, Ole Andreas *Konsumpsjon og digitale overføringer - Et forslag til en alternativ løsningsmodell*. I: Festskrift til Mogens Kockvedgaard 2003 s. 447.
- Smith 2001 Smith, Eric H. *The reproduction right and temporary copies*. Avhandling presentert ved Softic Symposium, Tokyo 2001.
- Torvund 2008 Torvund, Olav *Enerett til lenking - en keiser uten klær?* I: NIR 2008 s. 417.

## Rapporter

Norwaco: Synovate: Kopiering av opphavsrettslig beskyttet innhold i 2010.

## Intervjuer og foredrag

Thorsby, Marthe	<i>Norsk utakt: Er norske opphavsrettshavere rettsløse? En tilstandsrapport om dagens rettspraksis på opphavsrettens område.</i> Foredrag avholdt under seminar om opphavsrett 20. januar 2010.
Nordtvedt, Thomas	Innlegg under seminar om opphavsrett 20. januar 2010.
Tøndel, Espen	Intervju i dokumentarfilmen "Urospredere"

## Internett

Blogger

<http://digitallivsstil.no/rettighetslos>

<http://blogg.torvund.net/2007/11/21/man-deler-ikke-filer-det-vanskelige-skillet-mellom-verk-og-eksemplar/>

<http://blogg.torvund.net/2010/02/16/lovlig-streaming-av-ulovlig-materiale/>

Organisasjoner

Apple <http://www.apple.com/no/icloud/>

Ansvarlig Internett [http://www.ansvarliginternett.no/?page\\_id=73](http://www.ansvarliginternett.no/?page_id=73)

IFPI [http://www.ifpi.no/ifpi\\_norge.htm](http://www.ifpi.no/ifpi_norge.htm)

Norwaco <http://www.norwaco.no>

Pirate Bay <http://thepiratebay.org/about>

Kopinor <http://www.kopinor.no/>

Forbrukerportalen <http://forbrukerportalen.no/Artikler/2006/1156161790.37>

Wikipedia

[http://en.wikipedia.org/wiki/Internet\\_forum](http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_forum)

<http://no.wikipedia.org/wiki/Streaming>

Nettavisar

<http://www.bt.no/nyheter/innenriks/drittunge-1924451.html>

<http://www.bt.no/nyheter/innenriks/drittunge-1924451.html>

<http://www.dagbladet.no/kultur/2006/12/21/486755.html>

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10093858>

<http://www.vg.no/rampelys/artikkel.php?artid=10087815>