

UiO : **Det juridiske fakultet**

Avspilling av musikk i næringslokale

En redegjørelse for grensen mellom vederlagspliktig og fri bruk

Kandidatnummer: 524

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 15 186



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	Temaets aktualitet.....	2
1.4	Redegjørelse av rettskildene	3
1.5	Den videre fremstilling.....	4
2	BAKGRUNN OG FORMÅL	5
2.1	Innledning	5
2.2	Begrepet «åndsverk»	5
2.3	Opphavsmannens enerett.....	7
2.4	Forholdet til åndsverkloven § 45b.....	11
2.5	Kringkastingsavgiften.....	12
3	GRENSEN MELLOM PRIVAT OG OFFENTLIG SFÆRE.....	13
4	MOMENTENE I DEN SKJØNNMESSIGE HELHETSVURDERINGEN	16
4.1	Innledning.....	16
4.2	Brukerens handling.....	17
4.3	Tilknytningen mellom brukerne av musikken.....	20
4.4	Åpen eller avgrenset krets	23
4.5	Om fremføringen av musikk skjer i ervervsøyemed	28
4.6	Samtidighet	35
4.7	Nærhet og umiddelbarhet mellom handling og verkstilgang	37
4.8	Hensikten med å fremføre musikken.....	40
4.9	Omfanget av fremføringen	42
4.10	Resterende momenter i den amerikanske doktrinen.....	44

5	AVSLUTTENDE KOMMENTARER.....	47
6	LITTERATURLISTE.....	51
6.1	Bøker	51
6.2	Artikler.....	51
6.3	Lovgivning.....	51
6.3.1	Norske lover	51
6.3.2	EU – direktiver	51
6.4	Rettspraksis.....	52
6.4.1	Norsk rettspraksis.....	52
6.4.2	Norsk upublisert rettspraksis.....	52
6.4.3	Utenlandsk rettspraksis	52
6.4.4	ECJ-rettspraksis.....	53
6.5	Forarbeider.....	53
6.5.1	Odelstingsproposisjoner.....	53
6.6	Nettdokument	53
6.7	Annet	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er grensen mellom vederlagspliktig og fri avspilling av musikk i næringslokale.

Gjennom lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2 § 2, er opphavsmannen til et åndsverk gitt enerett til å fremstille eksemplar av sitt verk samt å gjøre det tilgjengelig for allmennheten. I denne sammenheng er det relevant at eneretten er undergitt visse begrensninger, da den gjelder for den utnyttelsen av verket som skjer utenfor den private sfæren. Jeg vil komme tilbake til grensen mellom privat og offentlig sfære i drøftelsen min.

Tradisjonelt har musikk blitt brukt i hjemmet og i sosiale sammenhenger, for eksempel i private selskaper, på konserter og til arbeidet. Den teknologiske utviklingen som skjer i dagens samfunn, skaper stadig nye bruksområder for musikk. Hvis det oppstår et nytt bruksområde for et åndsverk, bør opphavsmannen til verket få sin del av belønningen for den nye bruken av verket. Det er derfor av betydning å sondre mellom om den nye bruken skjer innenfor den private sfære eller ikke. Mange av bruksområdene for musikk er allerede regulert i norsk rett, blant annet har den vært prøvd i rettspraksis. Der det oppstår nye bruksområder for musikken må det avgjøres, ut i fra en skjønnsmessig helhetsvurdering, om det nye bruksområdet faller innenfor opphavsmannens enerett.

Det er denne skjønnsmessige helhetsvurderingen, og momentene som inngår i den, som jeg vil ta for meg i oppgaven. Formålet med det er å finne grensen mellom vederlagspliktig og fri avspilling av musikk i næringslokale.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Vurderingen av om det foreligger vederlagsplikt eller ikke i en konkret situasjon er i utgangspunktet teknologinøytralt. Det vil si at det ikke har noen betydning for en eventuell vederlagsplikt om musikken spilles av via radio, CD-spiller, MP3-spiller eller en datamaskin. Mye av den aktuelle rettspraksisen på området knytter seg likevel til avspilling av musikk via radio og det er denne praksisen jeg vil ta for meg i oppgaven. Grunnen til at praksisen i stor grad knytter seg til radio er blant annet at radio er det avspillingsutstyret som har eksistert lengst. De momentene jeg går i gjennom i drøftelsen min som vil bli brukt i vurderingen av om det foreligger vederlagsplikt eller ikke, vil likevel kunne ha betydning for andre teknologier enn radio. Det gjelder særlig i tiden fremover.

1.3 Temaets aktualitet

Den 2. november 2012 ble det avsagt en dom om grensen mellom vederlagspliktig og fri avspilling av musikk i næringslokale, i Asker og Bærum Tingrett («Leiebilsaken»). Det sentrale spørsmålet i saken var om selskaper som leier ut biler er pålagt vederlagsplikt på grunn av bilradioen som er installert i bilene. Det norske vederlagsbyrået Gramo¹ hadde tatt ut søksmål mot tre store, norske bilutleiefirmaer og krevde dom for en vederlagsplikt for bilutleiefirmaene etter åndsverkloven § 45b. Bestemmelsen gir hjemmel for en individuell vederlagsrett for utøvende kunstnere og fonogramprodusenter når deres åndsverk blir fremført i kringkasting og annen offentlig fremføring. Gramo anførte at bilutleiefirmaene bedrev «offentlig fremføring» av kringkastingssendinger ved å leie ut biler med innmontert radio, og at dette utløste vederlagsplikt etter § 45b. Gramo fikk medhold i tingretten, men dommen er ennå ikke rettskraftig når denne oppgaven leveres.

Den 12. november 2012 publiserte Dagens Næringsliv en artikkel med tittelen «Nekter å betale for taximusikk».² Her kunne man lese at Gramo vurderer å kreve inn vederlag fra

¹ Musikernes, artistenes og plateselskapenes vederlagsbyrå

² Knut Selsjord. *Nekter å betale for taximusikk*. I: Dagens Næringsliv. 12.11.2012

landets drosjer. Gramo anser at drosjebilene driver offentlig fremføring på lik linje med leiebilene, og at avspilling av musikk i drosjer også er «offentlig fremføring» etter § 45b. I Finland er en vederlagsplikt for drosjesjåfører slått fast i en dom fra finsk Høyesterett, HD 2002/101 («Taxidommen»).

Det har også nylig blitt avsagt to dommer i European Court of Justice (ECJ) som omhandler grensen mellom vederlagspliktig og fri avspilling av musikk i næringslokaler. I saken C-162/10 fra 15. mars 2012 («Hotelldommen») var det sentrale spørsmålet om hotell som kringkastet radio- og tv-sendinger på hotellrommene var vederlagspliktige på grunn av offentlig fremføring. ECJ konkluderte med at når hoteller gir sine gjester tilgang til kringkastingsendringer på hotellrommene innebærer dette offentlig fremføring til allmennheten, som må være vederlagspliktig. I saken C-135/10 fra 15. mars 2012 («Tannlegedommen») var spørsmålet om en tannlege som hadde en påskrudd radio på sitt behandlingsrom, var vederlagspliktig fordi han drev offentlig fremføring for sine pasienter. ECJ slo fast at det at en tannlege spilte musikk på sitt behandlingsrom ikke innebar offentlig fremføring til allmennheten. Dette var derfor ikke vederlagspliktig bruk av musikk.

Som sakene ovenfor viser er problemstillingen om hvor grensen mellom vederlagspliktig og fri avspilling av musikk i næringslokale skal trekkes, et viktig og aktuelt spørsmål.

1.4 Redegjørelse av rettskildene

Når det gjelder norsk rett anvendes alminnelig juridisk metode. Da jeg ikke har brukt noen særskilte rettskilder trengs ingen nærmere redegjørelse. Jeg vil benytte meg av utenlandsk rettspraksis, og særlig nordisk. Dette er hensiktsmessig fordi åndsverkloven ble til gjennom et nordisk samarbeid hvor målsetningen var nordisk rettsenhet. Jeg vil også bruke noe rettspraksis fra European Court of Justice (ECJ). EØS-reglene har stor innflytelse på norsk opphavsrett og reglene i EØS-avtalens hoveddel er inkorporert i norsk rett. Videre har disse

reglene forrang fremfor norsk rett ved motstrid.³ EØS-reglene er gjenstand for tolkning av ECJ og avgjørelsene fra ECJ vil derfor kunne tjene som veiledning i forståelsen av forpliktelsene som følger av EØS-avtalen, og dermed også åndsverkloven. Jeg vil også se hen til den amerikanske opphavsretten i drøftelsen min. Den videre drøftelsen i oppgaven vil fokusere seg rundt en helhetsvurdering innholdende ulike momenter som jeg kommer tilbake til lengre ned i oppgaven. Det kan da være interessant å se på hvilke momenter som vektlegges i lignende grensdragninger i utenlandsk rett. USA er en stor jurisdiksjon hvor det produseres mange åndsverk og som har en noe annerledes regulering av opphavsrettighetene enn i Norge.

1.5 Den videre fremstilling

Den videre fremstillingen vil ta utgangspunkt i grensen mellom offentlig sfære og privat sfære, og forsøke å plassere de ulike bruksmåtene og bruksområdene for musikk i næringslokale i en av sfærene. Dette vil jeg gjøre ved å ta for meg ulike momenter som er kommet frem i rettspraksis og faktisk praksis, for på den måten å forsøke å oppstille momenter som kan virke som en objektiv rettesnor for videre bruk. I kapittel to vil jeg først gi leseren en kort innføring i begrepet «åndsverk» samt opphavsmannens enerett etter åndsverkloven, og i kapittel tre tar jeg for meg grensen mellom privat sfære og offentlig sfære generelt. Dette mener jeg er hensiktsmessig fordi det vil gi leseren et grunnlag for å forstå begrepene som brukes i den videre drøftelsen. I kapittel fire vil jeg ta for meg de momentene som, ut i fra blant annet rettspraksis, bør være en del av vurderingen av om det foreligger vederlagsplikt for en type bruk av musikk. Her vil jeg også trekke inn den amerikanske reguleringen av opphavsmannens rettigheter. I kapittel fem vil jeg komme med noen avsluttende kommentarer.

³ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109 § 2

2 Bakgrunn og formål

2.1 Innledning

Før jeg går videre til drøftelsen av hovedproblemstillingen kan det være nyttig å se kort på hva et åndsverk er samt hensynene bak bestemmelsene i åndsverkloven, særlig lovens § 2. Dette tjener som et bakteppe for den videre drøftelsen i oppgaven.

2.2 Begrepet «åndsverk»

Begrepet «åndsverk» er forsøkt definert i åndsverkloven § 1 (2). Med åndsverk skal forstås «litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform...». Derneft gir bestemmelsen en liste over eksempler på hva som kan være et åndsverk, så som skrifter, muntlige foredrag, sceneverk, musikkverk, filmverk, fotografiske verk, malerier, skulpturer, bygninger og datamaskinprogrammer. Denne listen er dog ikke uttømmende. «Åndsverk» er et rettslig begrep, ikke et estetisk. Hvilke frembringelser som oppfyller kravene til å være et åndsverk i lovens forstand vil derfor være en rettslig vurdering.

Knoph la til grunn at man ut ifra den norske åndsverkloven av 1930 kunne utlede tre vilkår for opphavsrettsbeskyttelse av et åndsverk.⁴ Det måtte for det første foreligge en «frembringelse». Etter dagens lov er dette uttrykket dekket av formuleringen «skaper» i § 1 (1). Forarbeidene indikerer at det må foreligge en nyskaping.⁵ I dag vil det kanskje være vanskelig å skape noe helt nytt. Kjærlighetsromaner har blitt skrevet og utgitt i flere hundre år. Her vil de samme momentene i oppbyggingen av historien ofte gå igjen. Mye av popmusikken som spilles på radioen inneholder elementer som kan gjøre at den fort minner om andre popsanger. For at en frembringelse skal anses som en nyskaping må det i det

⁴ Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. 1. utg. Oslo, 1936. S. 62-65

⁵ Rognstad, Ole Andreas. *Opphavsrett*. 1. utg. Oslo, 2009. S. 77

minste foreligge noe mer enn den rene gjengivelse eller reproduksjon, nemlig en individuell skapende innsats. Det må være frembragt noe som kan løses fra opphavsmannens personlighet. Tanker og ideer bak åndsverket kan man ikke få opphavsrettslig vern for, heller ikke rene fakta.

For det andre måtte frembringelsen foreligge på det «litterære eller kunstneriske område». Åndsverkloven § 1 (2) inneholder i dag formuleringen «litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk». Man kan vanskelig tenke seg et vitenskapelig verk som verken er litterært eller kunstnerisk. Ingen av de andre nordiske landenes lovverk inneholder betegnelsen «vitenskapelig». Man ser likevel av den nevnte eksempellisten i § 1 (2) at det som kan anses som åndsverk omfatter mer enn det man vanligvis vil karakterisere som litterært eller kunstnerisk. For eksempel kan både dataprogrammer og tekniske tegninger anses som åndsverk, mens rene tekniske løsninger vil falle innenfor patentrettens område.

For det tredje måtte verket i følge Knoph være «av den art at det rettelig kan kalles et åndsverk». Dette må i dag forstås som et krav til «verkshøyde». Det er ikke slik at ethvert verk som har fått en ytre realitet og er løst fra opphavsmannens personlighet kan sies å være et åndsverk. Det må, i følge Knoph, «i allfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side».⁶ Den nedre grensen for hva som kan anses som et åndsverk omtales som et krav om at verket må ha verkshøyde. Det må foretas en individuell vurdering av den enkelte skapelsen, for å undersøke om kravet til verkshøyde er oppfylt. Det kreves et visst minimum av individualitet og originalitet, men det oppstilles ikke noe kvalitetskrav, og heller ikke noe nyhetskrav som det vi finner i design- og patentretten.

⁶ Knoph (1936) s. 64

2.3 Opphavsmannens enerett

Formålet med reglene i åndsverkloven er å verne om opphavsmannens rettigheter til sin skapelse, for på den måten å oppmuntre til produksjon og distribusjon av åndsverk. Hvis opphavsmannen blir sikret de økonomiske rettighetene til sitt verk og på den måten unngår at andre tjener på hans arbeid, vil han lettere kunne fortsette å skape nye åndsverk. I motsetning til fysiske ting kan åndsverk fritt deles uten å forringes. Ved fri deling vil ingen være villige til å betale for verket, og skaperen får ikke økonomisk belønning for sin innsats. Det igjen antas å gjøre det vanskeligere å produsere åndsverk, siden alle er avhengig av å tjene til livets opphold på en eller annen måte. Samtidig har åndsverkloven også som formål å sikre allmennhetens tilgang til åndsverkene, og det er gjort både gjennom å fastslå visse begrensninger i opphavsmannens enerett, og ved å verne opphavsmannens interesser i å distribuere verket.

Opphavsmannens rett til sitt åndsverk er blitt ansett som en naturlig eiendomsrett til det man har skapt, like selvfølgelig som eiendomsretten man har til fysiske ting.⁷ Likevel er vernet om åndsverk i åndsverkloven av 1960 av relativt ny dato, i hvert fall sammenlignet med eiendomsretten til fysiske ting som er en rettighet som alltid har stått sterkt opp i gjennom tidene.

Rettighetene til opphavsmannen i åndsverkloven bygger på synet om at opphavsmannen er den som er nærmest til å skulle høste fruktene av det verket han har produsert, både økonomisk og ideelt. Det er rettferdig og rimelig at opphavsmannen er den som får belønningen for sitt strev, og at ikke hvem som helst kan tjene på andre sitt arbeid dersom åndsverkene ikke hadde noe rettslig vern.

Åndsverk er, og har særlig blitt, både enkle og billige å dele på grunn av teknologisk utvikling. Musikk kan for eksempel deles ved å kopiere en CD, ta opp musikk som spilles på

⁷ Knoph (1936) s. 23

radio, laste ned ulovlige filer på internett eller sende musikkfilene videre til et stort antall mennesker. I prinsippet kan musikk deles i det uendelige. I tillegg vil ikke delingen forringe åndsverket på noen som helst måte, da en sang er like bra om man så deler den med ett menneske som en million mennesker. En bil ville derimot synke i verdi for hver nye person som fikk adgang til å benytte seg av den i tillegg til at bilens fysiske begrensninger innebærer en begrensning for hvor mange som kan bruke den, i alle fall samtidig. Vi trenger derfor et eget lovverk til å beskytte åndsverk, da åndsverkene uten rettslige beskyttelse vil være uten et vern.

Åndsverkloven gir opphavsmannen beskyttelse av hans rettigheter gjennom § 2 (1), ved å gi han «enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunststart eller i annen teknikk». Denne bestemmelsen er generelt utformet og fanger på den måten opp nye former for utnyttelse. Med den raske teknologiske utviklingen vi opplever i dagens samfunn vil dette være viktig for å gi opphavsmannen et reelt vern. Eneretten gir opphavsmannen vern for den bruken av hans åndsverk som skjer utenfor det private område. For eksempel at han får betalt når hans CD blir solgt eller ved at noen kjøper billett til hans konsert. Opphavsmannen kan derimot ikke kreve vederlag for at en familie hører på CD-en hans eller at bokklubben leser høyt fra hans bok. Gjennom åndsverklovens § 3 er opphavsmannen også gitt ideelle rettigheter, som består av vern mot krenkende gjengivelse av hans verk samt krav på å bli navngitt når hans verk gjøres tilgjengelig for allmennheten.

Åndsverkloven kapittel 2 inneholder en rekke avgrensinger av opphavsmannens enerett. Disse avgrensingene er begrunnet i hensynet til allmennhetens interesse i og tilgang til åndsverkene. Man har for eksempel etter § 22 rett til å sitere fra offentliggjorte verk, så lenge det skjer «i samsvar med god skikk». Opphavsmannens enerett er også begrenset i tid, i motsetning til eiendomsretten til fysiske eiendeler som i prinsippet kan vare evig. Etter åndsverkloven § 40 varer eneretten i hele opphavsmannens levetid og 70 år etter hans/hennes død. Etter opphavsmannens død, vil rettighetene til verket gå videre til arving-

ene etter opphavsmannen. Etter utløpet av vernetiden vil opphavsmannen fortsatt ha krav på å bli navngitt ved bruk av hans verk, samt vern mot krenkelser av hans verk. De ideelle rettighetene består, mens de økonomiske rettighetene faller bort.

Begrunnelsen bak denne tidsbegrensningen er blant annet at det er i samfunnets interesse at åndsverket etter hvert blir helt fritt. Eneretten er tidsbegrenset som en funksjon av samfunnskontrakten mellom opphavsmannen og samfunnet. Opphavsmannens rettigheter har en sterk posisjon, men kun for en viss tid. Med denne løsningen vil åndsverket på best mulig måte komme samfunnet til gode etter at opphavsmannen over en tidsperiode har fått mulighet til å få sin rettmessige belønning for verket han har skapt. Tidsbegrensningen er et kompromiss mellom hensynet til opphavsmannen og hensynet til allmennheten.

For at vernet som åndsverkloven gir opphavsmannen skal være reelt er det nødvendig at det også gjelder på tvers av landegrenser. For en populær norsk musikkartist som selger CD-plater over hele verden vil ikke vernet være mye til nytte for han hvis det kun skal gjelde i Norge. For å avhjelpe at opphavsmenn blir urettmessig utnyttet utenfor sitt hjemland har man dannet internasjonale unioner til vern for opphavsmannen. Dette er for det første de unionene som baserer seg på Pariskonvensjonen av 1883, og Bernkonvensjonen av 1886. De er nå samlet i World Intellectual Property Organization (WIPO), som ble grunnlagt i Stockholm i 1967. Norge ble tidlig medlem av WIPO, og har i tillegg ratifisert WIPO-konvensjonen og den såkalte Verdenskonvensjonen om opphavsrett fra 1952. For det andre har EØS-avtalen fått betydning for det internasjonale vernet for opphavsrettigheter. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å følge EF-direktivenes bestemmelser, blant annet direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet fra 2001 (Infosoc-direktivet).⁸ Dette direktivet ble gjennomført i åndsverkloven i 2005. For det tredje har man, gjennom handelsavtalesystemet GATT⁹, forhandlet frem TRIPS¹⁰-avtalen. Dette er en avtale som inneholder opphavsrettslige bestemmelser og gjelder for alle de 185 medlemslandene.¹¹

⁸ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/29 av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (2001/29/EF)

⁹ General Agreement on Tariffs and Trade, per i dag avløst av WTO (World Trade Organization)

¹⁰ Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

¹¹ Antall medlemmer per 13.11.12, WIPO (2012)

Som følge av eneretten i § 2 (1) har opphavsmannen til et musikkverk krav på vederlag når hans verk blir kringkastet eller fremført på annen offentlig måte. For å kreve inn dette vederlaget har man i Norge opprettet vederlagsbyråer som forvalter rettighetene på vegne av opphavsmennene. Et vederlagsbyrå er Gramo, som representerer utøvende kunstnere og produsenter. De ble stiftet som følge av innføringen av en individuell vederlagsrett for utøvende kunstnere og fonogramprodusenter i åndsverkloven § 45 b i 1989. Et annet vederlagsbyrå er Tono, som representerer komponister, tekstforfattere og musikkforlag og krever inn vederlag på vegne av sine medlemmer. Både Gramo og Tono innkasserer vederlag på vegne av sine medlemmer og fordeler så dette mellom dem. Gramo har per i dag 14 000 medlemmer, og Tono har over 20 000 medlemmer. Jeg vil komme tilbake til vederlagsbyråene senere i drøftelsen.

Opphavsmannens enerett vil påvirkes av den teknologiske utviklingen. Gjennom den teknologiske utviklingen vil det stadig komme nye bruksområder og nye bruksmåter for musikk. Da åndsverkloven trådte i kraft i 1961, hadde man for eksempel ikke teknologi til å spille av ventemusikk på telefon. Det samme gjelder for bilradioen, som har utviklet seg over mange år frem til sånn vi kjenner den i dag. Når det oppstår nye områder for bruk av opphavsmannens verk vil spørsmålet være om opphavsmannen skal få sin del av belønningen også for de nye bruksområdene, og ikke bare for de tradisjonelle. De grunnleggende hensynene tilsier med styrke at han bør det. Hvis ikke ville man etter få år sitte igjen med en åndsverkslov som var teknologisk utdatert, og også et til dels illusorisk vern for opphavsmannen. Dette er særlig viktig når den teknologiske utviklingen skjer i en rasende fart, hvor produkter kan anses som utdatert kort tid etter at de blir lansert.

Som den videre drøftelsen vil vise er det ikke alltid like klart hvor grensen mellom vederlagspliktig og fri bruk av musikk skal trekkes. Dette er blant annet en konsekvens av at den teknologiske utviklingen gir oss stadig nye bruksområder for musikk. Når det oppstår nye bruksområder må det fastlegges om den aktuelle bruken omfattes av eneretten til opphavsmannen etter § 2 (1). Grensen må fastlegges gjennom en skjønnsmessig helhetsvurdering for hvert enkelt bruksområde. Gjennom den skjønnsmessige helhetsvurderingen vil man

forsøke å plassere den aktuelle bruken enten innenfor den private, vederlagsfrie sfæren, eller innenfor den offentlige, vederlagspliktige sfæren. Det finnes også visse bruksområder som havner et sted i grenselandet mellom offentlig og privat sfære. En type bruk kan i utgangspunktet fremstå som innenfor den offentlige sfæren, men likevel ha elementer av privat karakter som reiser tvil.

Gjennom den videre drøftelsen tar jeg for meg typetilfeller av bruk av musikk samt foreliggende rettspraksis på området. Ved å gå igjennom den praksisen vi har for når bruk av musikk skal være vederlagspliktig, vil jeg forsøke å isolere de momentene som har vært en del av den skjønsmessige helhetsvurderingen i praksis samt finne en objektiv rettesnor som kan benyttes i vurderingen også i fremtiden. Formålet med dette er å forsøke å avklare noe av den uklarheten som foreligger, samt gjøre denne vurderingen noe klarere for aktørene ved å isolere momentene som bør være en del av vurderingen. Dette vil også bidra til økt forutsigbarhet for brukerne og opphavsmennene.

2.4 Forholdet til åndsverkloven § 45b

Det foreligger som sagt noen avgrensinger av opphavsmannens enerett, og en avgrensning følger av § 45b som fastslår følgende:

«Lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner kan innenfor det i § 45 nevnte tidsrom mot vederlag gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring. Dette gjelder ikke for overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.»

Paragrafen hjemler en individuell vederlagsrett for utøvende kunstnere og fonogramprodusenter for fremføring av opptak i kringkasting og annen offentlig fremføring. Etter § 45b kan opphavsmannen ikke nekte at hans verk kringkastes, men han har krav på vederlag for kringkastingen. Gramo ble stiftet som følge av § 45b. Vederlagskravet etter § 45b må gjøres gjeldende av en oppkreivings- og fordelingsorganisasjon godkjent av departementet, og Gramo er nå autorisert som gjeldende vederlagsbyrå av Kulturdepartementet.

2.5 Kringkastingsavgiften

Kringkastere har allerede betalt for sin videreformidling av musikk, men denne innbetalingen forutsetter at musikken som kringkastes via deres sendinger kun er til privat bruk. Med andre ord den bruken som finner sted innenfor den private sfæren. Ens egen private bruk dekkes av TV- og radiolisensen man er pliktig å betale. Grunnen til at musikk som avspilles i næringslokaler kan bli vederlagspliktig er dermed at denne bruken faller utenfor den private bruken. I næringslokaler kan man befinne seg innenfor den offentlige sfæren, hvor musikken kan bli offentlig fremført for allmennheten. Musikken kan bli fremført for et nytt publikum, og det er rimelig at opphavsmannen får sin del av belønningen for fremføringen. Vi ser av dette at å betale vederlag for bruk av musikk i næringslokaler dermed i utgangspunktet ikke blir å betale vederlag for den samme bruken to ganger.

3 Grensen mellom privat og offentlig sfære

Den private og den offentlige sfæren er i utgangspunktet gjensidig utelukkende. Det som anses å befinne seg i den private sfæren, kan ikke samtidig befinne seg i den offentlige. Den offentlige sfæren begynner derfor i utgangspunktet der hvor den private slutter.

Ordet «privat» stemmer fra det latinske ordet «privatus», som betyr «tilbaketrukket fra det offentlige liv».¹² Den private sfæren vil kjennetegnes av at den gjerne er sted hvor man kan trekke seg tilbake for å hvile og slappe av eller drive med andre aktiviteter. Innenfor den private sfæren driver man typisk ikke med noen formålsrettet aktivitet og det vil heller ikke være slike krav til økonomisk effektivitet som det er i det offentlige. Videre vil den kjennetegnes av at man selv står fritt til å bestemme hvilken aktivitet man vil bedrive mens man oppholder seg der, samt at man i stor grad kan påvirke hvem som kan oppholde seg der. For eksempel vil ens eget hjem falle innenfor denne sfæren. Det vil også en hytte, middag med venner og en bryllupsfest hvor ikke alle gjestene nødvendigvis kjenner hverandre.

Det norske ordet «offentlig» stammer fra det tyske ordet «offen», som betyr «åpent».¹³ Den offentlige sfæren vil være et sted som er tilgjengelig og åpent for alle som måtte ønske det. I den offentlige sfæren vil det gjerne forekomme en form for formålsrettet aktivitet, for eksempel økonomisk eller politisk aktivitet. Det vil ofte være et krav om økonomisk aktivitet. For eksempel vil et kjøpesenter være en offentlig sfære i åndsverklovens forstand, men ikke nødvendigvis eiendomsrettslig. Det samme gjelder for et treningssenter og en skjønnhetssalong. Den offentlige sfære kan inneholde visse begrensninger for hvem som har adgang. For eksempel vil man måtte være over en viss alder eller betale inngangspenger. Det er tilfellet på en kino hvor man betaler penger for billetten, og hvor den aktuelle filmen har en aldersgrense på 16 år. Kinoen er åpen for alle som ønsker å se filmen samt oppfyller disse to vilkårene, og vil dermed falle innenfor den offentlige sfæren. Mer utfyllende vei-

¹² Den store Danske (2012)

¹³ Wikipedia (2012)

ledning om hva som faller innenfor den offentlige sfære finner vi i Ot.prp. nr. 26 (1959 - 1960), gjennom følgende uttalelse: Opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten omfatter ifølge de delegerte «en hvilken som helst måte hvormed allmennheten 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.»¹⁴

Den private og den offentlige sfæren kjennetegnes altså av ulike elementer og i utgangspunktet fremstår det som en relativt enkel oppgave å trekke et skille mellom dem. Slik vil det også være i mange tilfeller. Det finnes likevel en del tilfeller som må sies å befinne seg i grenseland mellom disse to. Den offentlige sfæren kan for eksempel ha private elementer i seg som gjør at grensedragningen blir noe mer usikker. Dette spørsmålet var fremme i Rt. 1953 s. 633 («Bedriftsmusikkdommen»). I denne saken hadde Tono gått til søksmål mot 5 store norske bedrifter, hvor de krevde vederlag for musikk som fabrikkene spilte for sine arbeidere, på det grunnlag at bedriftene drev offentlig fremføring og derfor var vederlagspliktige til Tono. Tono fikk medhold i Høyesterett (dissens fire-en). Her uttalte førstvoterende i et obiter dictum at det finnes «bedrifter som beskjeftiger et så lite antall arbeidere og hvor forholdene i det hele er så intime at det vil være naturlig å jevnstille fremføringen med den som finner sted i familiekretsen eller et lignende sluttet lag».¹⁵

Et hotellrom er også et eksempel på et sted som i utgangspunktet vil falle innenfor den offentlige sfæren, men som har store likhetstrekk med det vi gjerne karakteriserer som privat sfære. Et hotellrom er ment å være sted hvor gjesten føler seg hjemme og det skal være hans «home away from home», et andre hjem. For å forsterke gjestens følelse av å være «hjemme» har man gitt hotellrommet elementer av privat karakter. Dette inkluderer muligheten til å høre på radio og se på tv, tilbud så å si alle hoteller har per i dag.

¹⁴ Ot.Prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16

¹⁵ Rt. 1953 s. 633 (s.637)

Det er nettopp «gråsonen» som er antydnet over, som kan gjøre grensedragningen mellom privat og offentlig sfære vanskelig. Denne «gråsonen» vil derfor være utgangspunktet for flere av de videre drøftelsene i oppgaven.

4 Momentene i den skjønnsmessige helhetsvurderingen

4.1 Innledning

Den følgende vurderingen vil ta utgangspunkt i oppgavens ordlyd. Jeg vil ta for meg de ulike momentene som kan være en del av den skjønnsmessige helhetsvurderingen av om en viss type bruk av musikk i næringslokale skal være vederlagspliktig eller ikke. De momentene jeg tar meg i vurderingen kan isoleres fra den foreliggende rettspraksisen på dette området. I vurderingen vil jeg trekke inn både norsk og utenlandsk praksis, for på den måten å belyse bruken av de ulike momentene. Jeg vil også trekke inn praksisen til Gramo og Tono.

Den skjønnsmessige helhetsvurderingen foretas for å undersøke om bruken av musikk i et tenkt eller konkret tilfelle faller innenfor den private sfære eller den offentlige sfære.

Det er likevel slik at samtlige momenter ikke har blitt vurdert i hver eneste sak som har vært oppe for retten. Vurderingen skal være en helhetsvurdering, og vil derfor måtte baseres på forholdene i den konkrete sak. Alle momenter vil ikke være relevante i alle saker om bruk av musikk i næringslokale. Det er heller ikke slik at momentene er kumulative og må være oppfylt for at det skal kunne konkluderes med at det foreligger vederlagsplikt. At ett eller flere momenter ikke foreligger i en enkelt sak innebærer ikke automatisk at vederlagsplikt er utelukket. Det er heller ikke utelukket at det i fremtiden vil komme til nye momenter i helhetsvurderingen enn de jeg tar for meg i denne drøftelsen. Jeg viser her til følgende uttalelse fra førstvoterende i «Bedriftsmusikkdommen»:

«Mange momenter kommer i betraktning når det gjelder å avgjøre om f. eks. en oplesning eller en musikkfremførelse har en «offentlig» karakter, eller om en mangfoldiggjørelse av en bok eller et maleri er tilgjengelig for offentligheten. Å gjøre uttømmende rede for alle disse momenter, som selvsagt arter sig forskjellig ved de forskjellige former for et åndsverks gjengivelse, er visselig ikke mulig. Til

syvende og sist blir det oftest et spørsmål om takt og skjønn, som ikke kan eller bør innsnøres i en ramme av abstrakte og stive regler.»¹⁶

4.2 Brukerens handling

Brukerens utplassering av teknisk utstyr for avspilling av åndsverk anses som offentlig fremføring og vil kunne utløse vederlagsplikt. Det kan fremstå som noe kunstig at utplassering av mottaksutstyr skal anses som fremføring. Hvis utstyret er avskrudd vil det i utgangspunktet ikke kunne sies at musikk blir «fremført». Grunnen til at brukerens utplassering likevel anses som vederlagspliktig, er at det er den som medfører at allmennheten får tilgang på åndsverkene. Dette er slått fast gjennom blant annet «Bedriftsmusikkdommen». Utplassering av utstyr for mottak av kringkastingssendinger medfører også en annen, og utvidet, bruk av kringkastingssendinger enn den bruken som forutsetningsvis er betalt for gjennom den lovpålagte kringkastingsavgiften¹⁷.

Hvis utplasseringen i seg selv ikke skulle anses å utløse vederlagsplikten ville det vært svært enkelt å omgå vederlagsplikten. Skulle det foreligge et vilkår om at allmennheten faktisk lyttet til et musikkverk for at vederlagsplikten skulle utløses, ville det oppstille et krav om at for eksempel radioen var slått på når allmennheten befant seg innen rekkevidde. I slike tilfeller ville man enkelt kunne komme unna vederlagsplikten ved å sette frem en avskrudd radio, og overlate det å skru den på til allmennheten. Eller å utplassere en tv som var avskrudd, men å legge fjernkontrollen lett tilgjengelig. Brukerens utplassering av det tekniske utstyret er altså nødvendig, men også tilstrekkelig, for videreformidlingen av verk.

At den faktiske bruken skulle være det avgjørende for vederlagsplikten kunne også blitt upraktisk fordi det ville oppstått et spørsmål om man kun skulle vederlagspliktig for de minuttene og timene utstyret stod påskrudd, noe som ville være vanskelig å måle. Dette er

¹⁶ Rt. 1953 s. 633 (s.636)

¹⁷ «NRK-lisensen»

blitt løst ved å gjøre selve utplasseringen av teknisk utstyr vederlagspliktig. Det er utplasseringen av, og tilgjengeligheten til, avspillingsutstyr som gir allmennheten tilgang til åndsverkene, ikke bruken av av- og på-knappen.

Dette synspunktet ble først lagt til grunn i norsk rett i «Bedriftsmusikkdommen», og så i Rt. 1964 s. 782 «Jukeboks». I «Jukeboks» stadfestet Høyesterett en dom fra Oslo byrett, som slo fast at det å utplassere en jukeboks på en kafé på et hotell var å «fremføre» musikkverk etter åndsverkloven § 2.

Dette etablerte prinsippet fulgte Tingretten i «Leiebilsaken». Tingretten uttaler her at det «må anses som sikker gjeldende rett at selve handlingen å utplassere teknisk utstyr for avspilling eller overføring på offentlige steder, omfattes av fremføringsretten».¹⁸ I «Leiebilsaken» var det tilstrekkelig at leiebilselskapene leide ut biler med innmontert utstyr for mottak av kringkastingssendinger for at det skulle anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten, og dermed være vederlagspliktig.

Det samme synspunktet har blitt lagt til grunn i flere utenlandske dommer. I en dom fra svenske Högsta Domstolen, NJA 1980 s. 123 («Mornington»), konkluderte Högsta Domstolen med at utplassering av radio- og TV-apparater på hotellrom måtte anses som offentlig fremføring etter den svenske opphovsrättslagen. Högsta Domstolen la til grunn at ved å utplassere radio- og TV-apparater på hotellrommene, som kunne motta signaler fra sendinger fra et sentralanlegg installert i hotellet, fremførte hotellet disse sendingene for allmennheten.

I en dom fra den finske Högsta Domstolen, HD 2002:20 («Bostadshotell»), ble det samme synspunktet lagt til grunn. Utplasseringen av TV-apparater på et hotellrom ble ansett som offentlig fremføring etter den finske opphovsrättslagen. Fordi kretsen av hotellets gjester

¹⁸ Dommen s. 15

ikke var forhåndsbestemt, og hvem som helst derfor hadde tilgang til hotellet mot å betale for hotellrommet, måtte fremføringen anses som offentlig. Dommen er et eksempel på at Högsta Domstolen vektla koblingen mellom brukerens nødvendige handling, å sette frem TV-apparater på hotellrommet, med samtlige gjesters tilgang til sendingene på TV.

I en avgjørelse fra ECJ, C-306/05 («Rafael Hoteles») viste ECJ til blant annet artikkel 8 i WIPO-konvensjonen, og Infosoc-direktivet¹⁹. ECJ la til grunn at det kunne utledes av disse to at for at det skal kunne sies å foreligge offentlig fremføring av åndsverk er det tilstrekkelig at åndsverkene blir gjort tilgjengelig for allmennheten i en slik grad at allmennheten enkelt kan få tilgang til dem. ECJ konkluderte med at det derfor ikke kunne sies at en hotellgjest ikke hadde fått tilgang til åndsverket kun fordi han ikke hadde slått på TV-apparatet på hotellrommet.

Denne uttalelsen vises det også til i «Leiebilsaken». Tingretten uttaler i «Leiebilsaken» at det er «selve handlingen å gjøre det mulig for kundene å høre på kringkastingssendingene som er avgjørende, ikke om kundene faktisk skrur på radioapparatet... Fremføringen ligger i selve det å gjøre det utplasserte tekniske utstyret i bilene tilgjengelig for kundene».²⁰

Også i den nylig avsatte «Hotelldommen» la ECJ til grunn at brukerens handling er et nødvendig vilkår for fremføringen av musikken. Dette taler for at brukeren som setter frem mottaks- eller avspillingsutstyret bærer vederlaget for fremføringen av musikken. Brukeren krever betaling av kunden, for eksempel ved at kunden bor på hotellet til brukeren, og kan dermed sende vederlaget for fremføringen videre til sluttbrukeren. Det samme synet ble lagt til grunn i «Tannlegedommen».

Som det er kommet frem av redegjørelsen ovenfor er det sikker rett i Norge at det er brukers utplassering av teknisk utstyr for avspilling som utløser vederlagsplikten, ikke om all-

¹⁹ 2001/29/EF

²⁰ Dommen s. 17

mennheten faktisk benytter seg av tilgangen til åndsverkene. Norsk og utenlandsk praksis er også relativt enstemmig når det gjelder momentet om brukerens rolle og momentet er også lagt til grunn i praksisen til Gramo og Tono. Momentet må dermed veie tungt i den skjønsmessige helhetsvurderingen av vederlagsplikt.

4.3 Tilknytningen mellom brukerne av musikken

Et moment i vurderingen av om bruken skal være vederlagspliktig eller ikke er tilknytningen som foreligger mellom de ulike brukerne av musikken i den enkelte sak, da den kan være med på å belyse om man befinner seg innenfor den private eller offentlige sfære.

Tilknytningen mellom brukerne kan variere i stor grad ut i fra hvilken situasjon man befinner seg i. Brukerne av musikken kan for eksempel være i familie med hverandre, en gruppe venner, arbeidskollegaer eller medlemmer av samme forening. Hvor nær tilknytning som må foreligge mellom brukerne for at man skal befinne seg innenfor den private sfære er uklart. Selv om brukerne ikke er i familie med hverandre eller nære venner er det ikke dermed sagt at man ikke kan befinne seg innenfor den private sfære. Også på arbeidsplasser kan det oppstå en svært nær tilknytning mellom kollegaer.

Man må også vurdere om det er slik at tilknytningen må foreligge mellom hver enkelt bruker eller om det er tilstrekkelig at tilknytningen foreligger mellom en overveiende del av brukerne i den enkelte sak. Et eksempel kan være et par som inviterer til fest. Selv om alle gjestene ikke kjenner hverandre fra før, eller like godt, vil det normalt ikke bli ansett som offentlig fremføring hvis man spiller musikk på festen. Gjestene har jo et felles punkt – vertskapet – og forholdet deres til vertskapet vil mest sannsynlig være av privat og vennskapelig karakter. Saken kan stille seg annerledes hvis festen finner sted på for eksempel en skole eller en leirskole.

I «Bedriftsmusikkdommen» la Høyesterett til grunn at «privat bruk»²¹ er «en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd».²² Høyesterett forstod det videre slik at størrelsen på kretsen av musikkbrukere som det var snakk om i den enkelte sak måtte tillegges vesentlig vekt i avgjørelsen av om musikkbruken skulle anses som vederlagspliktig eller ikke. Høyesterett la vekt på dette av den grunn at jo større kretsen var, jo vanskeligere var det å argumentere for at brukerne var knyttet sammen på en måte som ga forsamlingen privat karakter.²³ Vurderingen av tilknytningen mellom brukerne vil dermed også innebære en vurdering av størrelsen på kretsen, da antall brukere og tilknytningen mellom dem i dette tilfellet henger sammen.

Så har dansk Høyesterett avsagt en dom som går i stikk motsatt retning av «Bedriftsmusikkdommen», UfR.2007 s.1581 «Renovasjonsdommen». I «Renovasjonsdommen» hadde det danske vederlagsbyrået Koda²⁴ tatt ut søksmål mot et dansk renovasjonsfirma. Koda ønsket å få slått fast en vederlagsplikt for renovasjonsfirmaet, på det grunnlag at renovasjonsfirmaet drev med offentlig fremføring når deres ansatte kunne lytte til musikk i firmabiler, treningsrom, kontorer og verksteder. Høyesterett konkluderte med at det ikke forelå noen vederlagsplikt for firmaet. Dansk Høyesterett er en rettskilde som vi tradisjonelt vektlegger mye. Det kan derfor diskuteres hvor tungt momentet om tilknytningen mellom brukerne, og dermed også størrelsen på bedriften, bør vektlegges i dag. Den teknologiske utviklingen som har vært fra 1953 frem til i dag, har muliggjort at man kan lytte til musikk på mange ulike måter, og situasjonen hvor musikk spilles av via høyttalere for en stor gruppe arbeidere som sitter i samme rom er i dag nærmest ikke-eksisterende. Spørsmålet blir derfor om arbeidsgiver i dag må være vederlagspliktig også der hvor en enkelt arbeidstaker hører på musikk på sitt kontor via en PC eller en mobiltelefon han har fått stilt til rådighet av arbeidsgiver. Hvis denne bruken skal omfattes av den vederlagspliktige arbeidsplassmu-

²¹ Den bruken av åndsverket som skjer innenfor den private sfære

²² Rt. 1953 s. 633 (s. 636)

²³ Rt. 1953 s. 633 (s. 637)

²⁴ Dansk vederlagsbyrå tilsvarende det norske vederlagsbyrået Gramo

sikken, vil størrelsen på kretsen av arbeidstakere ikke lenger veie like tungt i helhetsvurderingen og det skal også en mindre krets av arbeidstakere til for at vederlagsplikten skal løses.

Videre belyser to andre dommer fra dansk Højesterett betydning av relasjonene mellom musikkbrukerne i vurderingen av om det foreligger vederlagsplikt eller ikke. I de to dommene var relasjonene mellom brukerne av sosiale formål og altså det motsatte av økonomiske formål. I UfR 1999 s. 2011 («Ungdomsklubb») konkluderte Højesterett med at fremføring av musikk i lokale, kommunale fritidsklubber ikke var offentlig fremføring. Højesterett la i avgjørelsen vekt på klubbene sosialpedagogiske formål og at klubbene i stor grad var organisert ut i fra medlemmenes interesser. Klubbene hadde også som formål å skape et personlig tillitsforhold mellom medlemmene og de ansatte. I de aktuelle ungdomsklubbene hadde alle barn og ungdom i den aktuelle aldersgruppen adgang så lenge de bodde innenfor klubbens lokale dekningsområde. Højesterett la i sin avgjørelse vekt på at klubbene hadde et sosialpedagogisk formål, at klubbene bare hadde et par hundre medlemmer, at det ofte var færre enn det som faktisk møtte og at klubbene i stor grad var organisert ut i fra medlemmenes interesser. I tillegg hadde klubbene som formål å skape et personlig tillitsforhold mellom medlemmene og de ansatte. Heller ikke i UfR 2004 s. 2134 («Gymnastikforeninger») ble fremføring av musikk i gymnastikkforeninger ansett som vederlagspliktig. Højesterett la her vekt på at foreningene var med på å fremme sosiale relasjoner mellom deltakerne, også utover det som fulgte av den felles trening

Av de nyere dommene som omhandler dette momentet, kan det se ut til at tilknytningen mellom brukerne kanskje bør utskilles som et eget moment som veier tyngre enn selve størrelsen på kretsen. De to momentene er i utgangspunktet avhengige av hverandre, men man ser av praksis at det altså kan forekomme situasjoner hvor brukerne i en stor krets har en nære tilknytning til hverandre, fordi det er lagt stor vekt på sosiale relasjoner mellom brukerne. Dette kan gi til og med en stor krets elementer av privat karakter, som gjør at det ikke er like klart at man befinner seg innenfor den offentlige sfæren lenger. Det må i det minste foretas en individuell vurdering i det konkrete tilfelle, og man kan ikke skjære alle

store kretser over samme kam. I tillegg må man ta med i vurderingen at den teknologiske utviklingen har muliggjort andre former for avspilling av musikk på for eksempel arbeidsplassen enn tidligere.

4.4 Åpen eller avgrenset krets

Et annet moment som kan være relevant i den skjønnsmessige helhetsvurderingen er om den kretsen av personer som lytter til musikk er åpen for allmennheten, eller om den er avgrenset til en konkret krets av personer.

En krets av musikkbrukere som helt klart er avgrenset og lukket for allmennheten, er familien som er samlet hjemme. Her vil det ikke være relevant hvorvidt det er fem eller femten personer som er samlet. Familien er en avgrenset krets hvor kun de som er en del av familien vil ha innpass. Det skal mest sannsynlig mye til for at bruken av musikk i en slik sammenheng skulle anses som vederlagspliktig i det man var mer enn for eksempel tretti personer som var samlet. Familien er en krets som klart faller innenfor den private sfæren. Det samme må kunne sies om vennegjengen som samles til fest lørdag kveld og det spilles musikk på festen.

I andre tilfeller er ikke skillet like klart. I en bridgeforening vil det for eksempel i utgangspunktet vanskelig kunne argumenteres for at det foreligger familiære bånd. Likevel kan foreningen være en fast krets som gjerne møtes regelmessig til fast tid og sted. Etter hvert vil medlemmene av foreningen bli godt kjent med hverandre og kanskje også knytte nære vennskapelige bånd. Det fremstår da som noe unaturlig om bridgeforeningen skulle måtte betale vederlag til Tono eller Gramo fordi de har på radio i bakgrunnen mens de spiller. Har foreningen derimot 250 medlemmer og spiller om penger, vil en vederlagsplikt kunne fremstå som mer naturlig. Hvis i tillegg hvem som helst kan melde seg inn i foreningen vil den i enda større grad fremstå som en offentlig sfære. Er det derimot strenge vilkår for medlemskap, for eksempel at man må bli anbefalt av et annet medlem, vil det trekke i retning av privat sfære.

At det oppstilles vilkår for at noen skal få tilgang til et sted eller en forening medfører ikke automatisk at man befinner seg i den private sfære fordi kretsen ikke lenger er åpen for alle. Det finnes mange eksempler på steder med adgangsbestemmelser, som likevel klart må anses som offentlige. Et eksempel er kinoer med aldersgrense på filmene, hvor alle over den aktuelle aldersgrensen vil ha adgang så fremt de har betalingsvilje og kinoens kapasitet strekker til. Det samme gjelder for de steder hvor man må betale inngangspenger. Et museum eller en svømmehall vil for de fleste fremstå som et offentlig sted til tross for at man må betale inngangspenger. Et eksempel på dette fra rettspraksis finner vi i «Hotelldommen» hvor ECJ slo fast at et hotell er åpent for alle som ønsker det, og tilgangen deres er kun begrenset av hotellets kapasitet samt betalingsvilje. Antallet gjester på et hotell vil også kunne utgjøre en relativt stor gruppe og må derfor anses som «allmennheten».²⁵

I svensk rett har det siden lenge vært klart at det kan foreligge nokså store begrensninger i den kretsen av person som overværer fremføringen av et åndsverk, uten at begrensningene medfører at fremføringen ikke kan karakteriseres som offentlig. Det er først når begrensningene i personkretsen blir betydelige at man ikke lenger kan anse fremføringen som offentlig, fordi man da befinner seg innenfor den private sfæren. Dette er blant annet lagt til grunn i svensk juridisk litteratur.²⁶

Rt. 1970 s. 1172 («Roys Place») omhandlet en ungdomsklubb der det ble spilt musikk. Ingen slapp inn på ungdomsklubben uten å vise medlemskort, men alle over 18 år kunne bli medlem. Kontingenten var fire kroner per kvartal. Da saken var oppe for Høyesterett hadde ungdomsklubben cirka 400 medlemmer. Under tilstelningene på klubben var det gjennomsnittlig 25-30 medlemmer til stede. Høyesterett konkluderte med at ungdomsklubben bedrev offentlig fremføring, og uttalte at «den praktisk talt ubegrensede adgang for alle voksne, den beskjedne medlemskontingent og det betydelige antall inntegnede medlemmer, må etter min mening føre til at klubbens møter i forhold til avgiftsloven må karakteriseres som

²⁵C-162/10 avsnitt 41

²⁶ Jan Rosén. *Rättsutlåtande, Stockholm 2010.08.30*. 30. august 2010. S. 4-5

offentlige. Når tilknytningen mellom medlemmer og forening har vært så løs som her, kan det ikke tillegges betydning for avgiftsplikten at det i formen organiseres en klubb, føres medlemsfortegnelse og oppkreves kontingent.»²⁷ Et moment Høyesterett derimot ikke drøftet i avgjørelsen er om medlemskort måtte skaffes på forhånd, eller om det kunne kjøpes i døren ved de aktuelle sammenkomstene. Hvis medlemskort måtte ordnes i forkant av sammenkomstene, vil det trekke i retning av at ungdomsklubben var en lukket, avgrenset krets. Hvis det derimot kunne kjøpes i døren samme kveld som en tilstelning, vil det tilfellet ikke stille seg særlig annerledes enn en konsert hvor man kan kjøpe billetten samme kveld som konserten finner sted. Det som eventuelt ville gi sammenkomstene til ungdomsklubben privat karakter, er jo nettopp at de kun var ment for en begrenset gruppe med medlemmer.

Også i «Leiebilsaken» vektla Tingretten den ubegrensede adgangen for de som ønsket å leie bil:

«Retten anser at bilutleieselskapenes kundekrets må kunne karakteriseres som allmennheten i åndsverklovens forstand. At den enkelte leietaker gjerne overværer radiosendingen alene, og ikke som deltaker i en større forsamling, er etter rettens vurdering uten betydning. Det avgjørende er at tilbudet om utleie av bil med innmontert radio retter seg mot alle og enhver, og at det samlede antall potensielle lyttere ikke er ubetydelig. Bilutleieselskapenes kundekrets er åpen og udefinert. Bilutleieselskapene har et stort antall biler, som leies ut hyppig. Kundekretsen er samlet sett betydelig...»²⁸

I «Leiebilsaken» la Tingretten til grunn en uttalelse fra Brita Kristina Herlen i en kommentar til den finske «Taxidommen». Her uttaler Herlen at det må anses som offentlig fremføring hvis lytterne til fremføringen ikke er bestemt på forhånd, og hvem som helst kan lytte

²⁷ Rt. 1970 s. 1172 (s. 1173 - 1174)

²⁸ Dommen s. 24

til fremføringen, altså at den er åpen for alle. Det er heller ikke avgjørende hvor mange personer som er samlet.²⁹

I «Hotelldommen» vektla ECJ at det i saken dreide seg om en åpen og uavgrenset gruppe med hotellgjester, som måtte anses som allmennheten, og at man derfor befant seg innenfor den offentlige, vederlagspliktige sfæren. ECJ uttalte her at:

«The guests of a hotel...constitute an indeterminate number of potential listeners, insofar as the access of those guests to the services of that establishment is the result of their own choice and is limited only by the capacity of the establishment in question. In such a situation they are thus ‘persons in general’ ...»³⁰

I sak C-306/05 («Rafael Hoteles»), fra ECJ, uttalte ECJ at begrepet «allmennheten» refererte til et ubestemmelig («indeterminate») antall personer. Ubestemmelig kan i denne sammenheng stilles på lik linje med «ikke avgrenset». I «Tannlegedommen» legger ECJ det samme synet til grunn og uttaler videre at offentlig fremføring for allmennheten innebærer å “making a work ... perceptible in any appropriate manner to persons in general, that is, not restricted to specific individuals belonging to a private group”. Next, as regards, the criterion of ‘a fairly large number of people’, this is intended to indicate that the concept of public encompasses a certain *de minimis* threshold, which excludes from the concept groups of persons which are too small, or insignificant.”³¹

To dommer fra dansk Højesterett trekker derimot i motsatt retning av det ovennevnte synspunktet på hva som utgjør en åpen, ubegrenset krets. I «Ungdomsklubb» konkluderte Højesterett med at fremføring av musikk i lokale, kommunale fritidsklubber ikke var offentlig

²⁹ Brita Kristina Herlen. *Kommentarer til HD 2002:101 (Taximusik)*. Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (NIR) 2/2003 s. 161. Her: s. 163

³⁰ C-162/10 avsnitt 41

³¹ C-135/10 avsnitt 85-86

fremføring. I de aktuelle ungdomskubbene hadde alle barn og ungdom i den aktuelle aldersgruppen adgang så lenge de bodde innenfor klubbens lokale dekningsområde. Høyesterett la i sin avgjørelse vekt på at klubbene hadde et sosialpedagogisk formål, at klubbene bare hadde et par hundre medlemmer, at det ofte var færre enn det som faktisk møtte og at klubbene i stor grad var organisert ut i fra medlemmenes interesser. I tillegg hadde klubbene som formål å skape et personlig tillitsforhold mellom medlemmene og de ansatte.

Heller ikke i «Gymnastikforeninger» ble fremføring av musikk i gymnastikkforeninger ansett som offentlig. Gymnastikkforeningene i saken var ikke-kommersielle foreninger, og fikk sine inntekter fra medlemskontingenten som var av en symbolsk sum, samt offentlige tilskudd. I tillegg var driften av foreningene i stor grad basert på medlemmenes frivillige arbeid. Foreningen var inndelt i ulike lag som hadde et begrenset antall deltakere. Deltakelsen krevde medlemskap i foreningen. Høyesterett la her vekt på at foreningene var med på å fremme sosiale relasjoner mellom deltakerne, også ut over det som fulgte av den felles trening.

Fra norsk praksis kan det også nevnes at Tono og Gramo krever inn penger fra flere steder som er tilgjengelige for allmennheten. Blant annet kjøpesentre, butikker, skjønnhetssalonger, treningsstudioer, hotell- og overnattingssteder, restauranter og barer, venteværelser og visse transportmidler anses å befinne seg innenfor det offentlige rom. Dette er områder med så å si ubegrenset tilgang for allmennheten. Tilgangen er kun begrenset av vilkår som åpningstider, betalingsvilje og aldersgrenser.

Rettspraksis på om kretsen av musikkbrukere er åpen eller avgrenset, vektlegges altså i ulike retninger. Det fremkommer likevel ganske tydelig av rettspraksis at det kan foreligge relativt store avgrensninger i en krets uten at man av den grunn befinner seg innenfor den private sfæren. En fremføring kan anses som offentlig til tross for at det stilles flere vilkår for hvem som har adgang til å overvære fremføringen.

Det kan drøftes om man også burde ta med i vurderingen det samlede antall potensielle lyttere i den konkrete saken. At en krets i utgangspunktet er åpen for allmennheten bør kanskje ikke veie like tungt i helhetsvurderingen hvis det samlede antall potensielle lyttere likevel er relativt beskjedent. Og omvendt: Hvis det samlede antall potensielle lyttere kan omfatte svært mange mennesker vil det ikke være av like stor relevans i helhetsvurderingen at antallet faktiske lyttere ikke har vært så stort. I «Leiebilsaken» uttalte Tingretten følgende:

«At den enkelte leietaker gjerne overværer radiosendingen alene, og ikke som deltaker i en større forsamling, er etter rettens vurdering uten betydning. Det avgjørende er at tilbudet om utleie av bil med innmontert bilradio retter seg mot alle og enhver, og at det samlede antall potensielle lyttere ikke er ubetydelig.»³²

4.5 Om fremføringen av musikk skjer i ervervsøyemed

Et videre moment av betydning er hvorvidt fremføringen av åndsverket kan sies å ha skjedd i ervervsøyemed eller ikke. Momentet er sentralt fordi opphavsrettighetene, på samme måte som alle immaterielle rettigheter, er til dels økonomiske rettigheter. Det vil derfor være av betydning å få fastslått om, og eventuelt i hvor stor grad, man kan forby andre enn opphavsmannen å tjene penger på verket. Det vil også være av betydning når den teknologiske utviklingen skaper nye muligheter å utnytte åndsverket økonomisk på fordi opphavsmannen da vil trenge vern også for de nye områdene, såfremt de omfattes av hans enerett.

Uttrykket «ervervsøyemed» omfatter virksomheter som drives med sikte på økonomisk overskudd samt virksomheter som drives etter et selvkostprinsipp, som for eksempel en veldedig organisasjon.³³ Begrepet omfatter altså mer enn den rene kommersielle utnyttelse

³² Dommen s. 24

³³ Rognstad (2009) s. 227

og kan foreligge der hvor en tilstelning ikke har noe kommersielt formål overhodet. I den overnevnte kommentaren skrevet av Brita Kristina Herlen, til den finske «Taxidommen», uttaler Herlen at det er uten betydning for vederlagsplikten om virksomheten faktisk er inntektsbringende, og at det at en virksomhet drives etter tillatelse fra myndighetene ikke påvirker en eventuell vederlagsplikt. Hun nevner her sykehjem som et eksempel på en slik virksomhet.³⁴ Videre uttalte Høyesterett følgende i «Roys Place»:

«Kravet om ervervsøyemed kan muligens fremby en viss tvil. Det fremgår av dommen³⁵ at formålet med tiltaket ikke var økonomisk vinning, men å skaffe byens ungdom et sted å være om kveldene til underholdning med musikk og dans. Verken A som formann, styremedlemmer eller regnskapsfører skulle ha noen godtgjørelse. Bare utkaster og billettører skulle lønnes. Likevel må det så vidt skjønnes være avgjørende at adgangen til sammenkomstene faktisk var avhengig av betaling - i form av såkalt medlemskontingent - som skulle gi det finansielle grunnlag. At formålet ikke var gevinst for arrangørene, kan under disse omstendigheter ikke spille noen rolle...»³⁶

Momentet om ervervsøyemed kan også ha indirekte betydning i helhetsvurderingen av vederlagsplikt. Dette ble vektlagt av Høyesterett i «Bedriftsmusikkdommen». Her uttalte førstvoterende at i vurderingen av om man befant seg innenfor den private eller offentlig sfære kunne det «komme inn som et moment av indirekte betydning ved denne bedømmelse om fremføringen har ervervsmessig formål eller overhodet kan betraktes som ledd i ervervsvirksomhet.»³⁷ Musikken var i «Bedriftsmusikkdommen» med på å økte trivselen på arbeidsplassen, men det var ikke bevist at musikken for eksempel økte produktiviteten til arbeiderne. Derfor fikk momentet kun indirekte betydning i helhetsvurderingen.

³⁴ Herlen (2003) s. 164

³⁵ Byrettens dom av 9. juni 1970, som i saken var anket til Høyesterett

³⁶ Rt. 1970 s. 1172 (s. 1174)

³⁷ Rt. 1953 s. 633 (s. 637)

Et eksempel på indirekte ervervsøyemed finner vi i butikklokaler. I butikker brukes musikken for å trekke kundene til seg samt for å skape det imaget som butikken ønsker å fremstå med utad. Musikk er blitt en bevisst del av butikkenes markedsføringsstrategi, og brukes her indirekte i den forstand at musikken trekker kundene til seg for å øke salget og dermed også inntektene. Et hotell vil også være et eksempel på indirekte ervervsøyemed. Hoteller vil fremstå som mer attraktive for sine gjester hvis de kan tilby radio og tv på hotellrommene og i lobbyen. Ved at standarden på hotellet øker vil hotellet kunne ta en høyere pris per rom per natt.

Et eksempel på direkte ervervsøyemed finner vi i barer og utesteder. Her er musikk en viktig del av virksomheten, fordi den vil være en meget viktig del av opplevelsen til gjestene. Svært få ville kunne tenke seg å gå til et utested hvor man ikke spilte musikk overhodet. Musikkbruken utgjør altså en økonomisk verdi for virksomhetene da musikken både er med på å trekke gjestene til virksomheten samt er en del av opplevelsen ved å befinne seg der.

Andre tilfeller vil havne mer i grenseland hva angår ervervsøyemed. Vi har allerede sett et eksempel på det i «Bedriftsmusikkdommen», hvor ervervsøyemed kun kom inn som et indirekte moment i vurderingen av vederlagsplikten. I dommen var det ikke klart at bruken av musikken i seg selv hadde et ervervsmessig formål, men den var med på å øke trivselen blant de ansatte.

Et annet tilfelle som kan havne i grenseland er såkalte pasienthoteller. Gramo har uttalt at dette er et område organisasjonen vil vurdere vederlagsplikt for i fremtiden.³⁸ Pasienthotellene fungerer som hotell for pasienter som er på sykehuset for å motta behandling over dagen, men som har såpass lang reisevei at de ikke kan reise hjem mellom behandlingene. De kan også ta i mot pårørende samt pasienter med rekonvalesens. Pasienthotellet er ikke et

³⁸ Selsjord (2012)

sted hvor man kan motta medisinsk behandling, og hoteller har heller ikke helsepersonell. De skiller seg fra vanlige hoteller ved at de ligger tett tilknyttet sykehusene og for det meste betjener pasienter og pårørende. De minner om vanlige hoteller ved at de tilbyr gjestene alt det et vanlig hotell tilbyr: eget rom med bad, hårføner, kjøleskap, telefon, internett, TV og radio. Vanlige hoteller i Norge er allerede vederlagspliktige til Gramo og Tono. Vurderingen vil bli hvorvidt pasienthoteller har mange nok likhetstrekk med vanlige hoteller til at det foreligger grunnlag for å pålegge dem vederlag.

Et annet, lignende tilfelle som også havner i grenseland er sykehjem. Et sykehjem vil i enda større grad enn pasienthoteller minne om den private sfæren man finner i hjemmet i det mange som flytter inn på et sykehjem tilbringer resten av livet der. Beboerne har sitt eget rom, som de kan innrede med personlige eiendeler og møbler. Beboerne spiser alle måltider på sykehjemmet og kan motta besøk. Beboerne vil ha tilgang til tv og radio, ofte både i felles oppholdsrom og på rommet sitt. Sykehjemmet vil være en virksomhet som drives i ervervsøyemed da beboerne betaler for å bo der og for de tjenestene de mottar, som for eksempel daglig stell, medisiner og ferdiglaget mat. Sykehjemmene vil likevel i størst grad være virksomheter som drives ut i fra et helsepolitisk, eller velferdspreget, formål.

Det kan også oppstå grensetilfeller i andre henseender. I situasjoner hvor de ansatte i en virksomhet arrangerer fest hvor det spilles musikk, kan det umiddelbart være lett å se bruken av musikk i situasjonen som skjedd i ervervsøyemed. Hvis deltagerne på festen utelukkende består av kollegaer som kjenner hverandre godt, festen finner sted fredag kveld etter arbeidstid og festdeltagerne selv betaler for mat og drikke vil man likevel kunne befinne seg innenfor den private sfære. Dette gjelder selv om festen finner sted i et lokale som arbeidsgiver stiller til rådighet. Hvis det derimot er arbeidsgiver som står for mat, drikke og underholdning på festen, for eksempel fordi man arrangerer julebord for de ansatte, kan musikkbruken bli ansett som vederlagspliktig.

I «Leiebilsaken» uttalte Tingretten at selv om bilutleieselskapenes primære hensikt var å leie ut biler utstyrte selskapene likevel bilene sine på en slik måte at kundene skulle få gode

kjøreopplevelser og dermed velge det samme selskapet igjen.³⁹ Det vil si at her var bruken av musikk indirekte skjedde i ervervsøyemed. Radio i bilen er viktig for mange og har blitt en naturlig del av å kjøre bil. Hvis en leiebilkunde hadde valget mellom en leiebil med radio og en uten radio, ville den med radio sannsynligvis bli foretrukket. Radioen utgjør en økonomisk verdi for leiebilfirmaene i det at den er med på å øke kundeopplevelsen og bidra til at kundene velger det samme firmaet. Det er også klart at bilutleiefirmaer er virksomheter som drives i ervervsøyemed.

I «Ungdomsklubb» la Høyesterett vekt på at fremføringen av musikken i klubben ikke skjedde i ervervsøyemed, og la til grunn for sin konklusjon at klubben ikke drev med offentlig fremføring av musikk. Høyesterett vektla også at det ikke var blitt foretatt noen offentlig annonsering av arrangementene.⁴⁰

I «Hotelldommen» uttalte ECJ at hvis det skulle være et relevant moment om offentlig fremføring skjedde i ervervsøyemed eller ikke, måtte momentet i hvert fall være relevant i en sak om opphavsmannens økonomiske rettigheter.⁴¹ ECJ uttalte videre at det at hotellet tilbød sine gjester adgang til kringkastingssendinger på hotellrommene utgjorde en ekstra service til deres gjester, som påvirket hotellets standard og dermed også prisen de kunne ta per rom. ECJ konkluderte derfor med at hotellets kringkasting var av ervervsøyemed.⁴² Dette ble også drøftet i «Tannlegedommen», hvor ECJ la til grunn at tannlegen ikke kunne forvente et økt antall pasienter på grunn av musikken han spilte, og at han kunne heller ikke ta en høyere pris for behandlingene på grunn av musikken. Musikken påvirket ikke hans inntjening, og ECJ konkluderte derfor med at fremføringen ikke var skjedd i ervervsøyemed.⁴³

³⁹ Dommen s. 20

⁴⁰ Rognstad (2009) s. 194

⁴¹ C-162/10 avsnitt 36

⁴² C-162/10 avsnitt 44-45

⁴³ C-135/10 avsnitt 97

I den overnevnte kommentaren til «Taxidommen» skrevet av Bitu Kristin Herlen, konkluderes det med at taxikjøringen hører til sjåførens ervervsvirksomhet, og fremføringen av musikk i bilen kunne derfor ikke sies å tilhøre sjåførens private sfære.⁴⁴ Kundene til sjåføren betaler for den tjenesten de mottar som er å bli kjørt til et sted de selv velger. Hadde kundene ikke betalt for tjenesten, ville den aktuelle tjenesten heller ikke tilbys. Og derfor må virksomheten sies å skje i ervervsøyemed. Denne uttalelsen vises det også til i «Leiebil-saken».

Det kan diskuteres hvor stor forskjellen mellom for eksempel en drosjesjåførs og en tannleges bruk av musikk egentlig er. Både i drosjen og på behandlingsrommet til tannlegen befinner det seg kun én eller noen få kunder av gangen. Kundene befinner seg i drosjen og inne på behandlingsrommet etter hverandre, og ikke samtidig. De ulike kundene til både drosjesjåføren og tannlegen vil derfor høre på forskjellige deler av radiosendingen, og kan begge steder be om å få skrudd radioen av. Derimot vil det å la kunden sin lytte til radio eller annen musikk kanskje utgjøre et større trivselsmoment for kundene til drosjesjåføren, da det å lytte til radio i bilen er noe som mange anser som naturlig. Det samme kan ikke sies om den tiden man befinner seg hos tannlegen. Situasjonen i en drosje og på behandlingsrommet til en tannlege fremstår likevel som såpass like at det kan fremstå som noe urimelig at drosjesjåføren skal anses som vederlagspliktig, når tannlegen ikke gjør det.

Vi kan også finne lignende bestemmelser som dette i åndsverkloven kapittel 2, som hjemler avgrensinger i rettighetene til opphavsmannen. For eksempel hjemler §§ 13 og 13b en rett til å bruke åndsverk i undervisningsvirksomhet. Skoler og universitet må sies å være virksomheter som i utgangspunktet ikke drives med sikte på økonomisk vinning. Dette gjelder i alle fall for offentlige skoler, men situasjonen kan stille seg noe annerledes ved private skoler.

⁴⁴ Herlen (2003) s. 164 - 165

Et beslektet moment til ervervsøyemed, finner vi i den amerikanske doktrinen om «fair use». Doktrinen består av fire momenter hentet ut fra amerikansk rettspraksis, som skal inngå i en skjønnsmessig helhetsvurdering av om bruken av et åndsverk kan anses som rimelig i et konkret tilfelle.

Utgangspunktet i den amerikanske opphavsretten er at opphavsmannen har enerett til å råde over åndsverket. Så finnes det visse unntak fra dette utgangspunktet. Et av disse unntakene er doktrinen om «fair use», som vi finner i Section 107 i den amerikanske åndsverkloven – «The U.S. Copyright Law». Denne doktrinen hjemler prinsippet om at opphavsmannens enerett kan bli satt til side i de tilfellene hvor en strikt overholdelse av loven vil hindre rimelig og nødvendig produksjon og spredning av åndsverk til offentligheten.⁴⁵ Doktrinen har blitt utviklet gjennom en rekke rettsavgjørelser gjennom tidene, som fastslo at visse uautoriserte utnyttelser av verket måtte tillates. Disse rettsavgjørelsene har nå blitt kodifisert gjennom Section 107 i den amerikanske «copyright law». Å avgjøre om bruken av et åndsverk faller inn under doktrinen om «fair use», krever en skjønnsmessig helhetsvurdering i den enkelte sak. Section 107 inneholder 4 momenter som skal inngå i denne vurderingen, momenter som kan medføre at bruken av åndsverket blir ansett som «fair» - altså rimelig og akseptabel.

Et av de fire momentene er «the purpose and character of the use, including whether such use is of commercial nature or is for nonprofit educational purposes». Den siste delen av momentet, “including whether such use is of commercial nature or is for nonprofit educational purposes”, ligner på det norske momentet om ervervsøyemed. Vurderingen av det amerikanske momentet vil bli tilnærmet lik den vurderingen av ervervsøyemed som er belyst i de gjennomgåtte dommene i drøftelsen over. Etter den amerikanske doktrinen kan det at bruken av et åndsverk skjer i undervisningsøyemed medføre at bruken anses som rimelig og dermed ikke vederlagspliktig. Det samme er tilfelle i situasjonen hvor en veldedig organisasjon spiller musikk på en tilstelning hvor formålet ikke er å gå med økonomisk overskudd. Hvis en bedrift derimot bruker en sang i en reklamefilm for firmaet, hvor formålet med reklamefilmen er økt inntjening, vil bruken etter den amerikanske doktrinen ikke anses som rimelig.

⁴⁵ American Library Association (2012)

Av den nevnte praksisen ser vi at det gjennomgående vektlegges at hvis fremføringen av musikken utgjør en form for økonomisk verdi for den som fremfører musikken vil det trekke klart i retning av at man befinner seg innenfor den offentlige sfæren, som igjen taler for at det foreligger vederlagsplikt. Det gjelder også de virksomhetene som i utgangspunktet ikke drives med sikte på økonomisk overskudd. Musikken kan bidra til å trekke gjester til virksomheten, beholde gjestene etter ankomst, forbedre opplevelsen til gjestene samt øke standarden på virksomheten og dermed bidra til at de kan ta en høyere pris for tjenestene som tilbys. Musikken utgjør altså en økonomisk verdi for virksomhetene og i noen tilfeller kan det også argumenteres for at virksomheten utnytter verket økonomisk. Siden opphavsmannens enerett skal sikre han den økonomiske utnyttelse av verket vil det være riktig at han i disse situasjonene får sin belønning for den aktuelle utnyttelsen.

4.6 Samtidighet

Det kan videre vektlegges om det kan inntas et moment om samtidighet i den skjønnsmessige helhetsvurderingen av om fremføringen av musikk skal anses som vederlagspliktig. Samtidighet innebærer at alle som lytter til musikken hører den samme musikken, på samme tidspunkt.

I «Renovasjonsdommen» konkluderte danske Højesterett med at det ikke forelå offentlig fremføring fordi avspillingen av musikk via radio kun skjedde for en eller noen få ansatte av gangen. Højesterett la til grunn at avspillingen ikke kunne skje for minst førti ansatte samtidig, noe som etter den danske opphavsrettslovens forarbeider og praksis var rettesnoeren for når det kunne sies at det forelå en «større krets» og vederlagsplikten dermed skulle utløses.

Også i «Tannlegedommen» konkluderte ECJ med at den aktuelle tannlegen ikke bedrev offentlig fremføring for allmennheten når han spilte musikk via radio inne på sitt behandlingsrom. ECJ la her vekt på at pasientene ble behandlet hver for seg, og derfor ikke hørte på den samme musikken.

Den finske «Taxidommen» går i motsatt retning av de ovennevnte avgjørelsene hva angår synet på samtidighet. Her konkluderte finske Högsta Domstolen med at det var å anse som offentlig fremføring at sjåføren spilte musikk i bilen, selv om fremføringen kun skjedde for noen få personer av gangen. Den norske «Leiebilsaken» støtter dette synspunktet. Også her ble det ansett som offentlig fremføring etter åndsverkloven § 45b at leiebilkundene hadde tilgang til radio i leiebilene, selv om det kun oppholder seg en eller noen få kunder i bilen av gangen.

Uten at ECJ uttalte det ble det samme synspunktet lagt til grunn i «Hotelldommen». ECJ uttalte her at gjestene på hotellet utgjør «allmennheten» («a public»). Også på et hotell vil gjestene lytte til musikk i små grupper av gangen, og de ulike gjestene vil lytte til forskjellige radiosendinger til ulike tidspunkt på døgnet. Heller ikke her var det noe krav om samtidighet for at vederlagsplikten skulle utløses.

Tono krever per i dag inn vederlag for musikk som spilles på arbeidsplasser. Tono legger til grunn at for at vederlagsplikten skal utløses er det et grunnleggende krav om at virksomheten har minst femti ansatte, hvorav minst tretti har adgang til å lytte til musikken. Vederlaget gjelder kun for ansatte som har tilgang til musikk i arbeidstiden og gjelder blant annet musikk som er tilgjengelig for de ansatte i møterom, kontorer, kantine eller hvilested og som kan spilles av via radio eller annet utstyr. Etter Tonos praksis er det derimot ikke noe krav om at de tretti lytter til musikken samtidig. Praksisen som er gjennomgått ovenfor kan reise spørsmål om praksisen til Tono er korrekt. Halvparten av de gjennomgåtte dommene trekker i retning av at det foreligger et moment om samtidighet, og at mangel på samtidighet kan medføre at det ikke foreligger noen vederlagsplikt da det i så fall ikke foreligger offentlig fremføring for allmennheten. «Renovasjonsdommen» har store likheter med den type arbeidsplassmusikk som Tono per i dag krever inn vederlag for. Unntaket er firmabiler, som per i dag ikke er vederlagspliktige i Norge. «Leiebilsaken» er den siste norske avgjørelsen som sier noe om dette momentet og Tingretten legger i avgjørelsen til grunn at samtidighet ikke vil være nødvendig for å utløse vederlagsplikten. Da dommen ikke er

rettskraftig når oppgaven leveres gjenstår det å se om dette synspunktet blir stående i norsk rett. Svært mye tyder på at «Leiebilsaken» kommer til å ankes.

På grunnlag av praksis på dette området er det noe usikkert hvor stor vekt momentet bør tillegges. I «Taxidommen» og «Leiebilsaken» la domstolene vekt på hvor mange som til sammen lyttet til musikken, i stedet for hvor mange som lyttet til den samtidig. De som lyttet til musikken ble i disse avgjørelsene ansett som kumulative, og til sammen utgjorde de allmennheten. Etter min mening kan det likevel argumenteres for at ved å gjøre momentet om samtidighet til en del av helhetsvurderingen i norsk rett, vil man unngå de mest urimelige avgjørelsene. Hensikten med vederlagsplikten er å ramme offentlig fremføring og den bruk av åndsverk som faller utenfor den private bruk og sfære. Ved å ikke vurdere samtidigheten i det konkrete tilfelle vil man kunne strekke begrepet «allmennheten», og dermed også «offentlig fremføring», svært langt.

4.7 Nærhet og umiddelbarhet mellom handling og verkstilgang

Det er viktig å avgjøre hvilke handlinger som anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten og dermed også som offentlig fremføring.⁴⁶ Enhver handling som muliggjør verkstilgang, bør ikke anses som vederlagspliktig. Det vil kunne føre til urimelige løsninger i mange situasjoner. Det kan derfor diskuteres om det foreligger et moment om nærhet og umiddelbarhet mellom den handlingen som muliggjør verkstilgangen, og allmennhetens tilgang til verket.

Et moment om nærhet og umiddelbarhet ble blant annet vektlagt i Rt. 1995 s. 35 («Pirat-kort»). Her var en mann tiltalt for å ha solgt såkalte smartkort, som ga kjøperne av kortene mulighet til å ta inn signaler fra to betalingskanaler uten å betale for dem. I Høyesterett ble mannen frikjent på det grunnlag at Høyesterett ikke mente det var tilstrekkelig nærhet mellom handlingen hans og kjøpernes tilgang til tv-signalene. Det spesielle i denne saken var

⁴⁶ Rognstad (2009) s. 180

at smartkortene i seg selv ikke ga tilgang på tv-signalene. Kjøperen av kortet var avhengig av å ha eget mottaksutstyr og måtte installere kortet i sin mottaker. Kortene ga altså ikke direkte tilgang til åndsverkene på den måten en radio eller jukeboks vil gjøre. Førstvotende uttalte at «domfelte har nok ved salget av ‘smartkortene’ gjort det mulig for kjøperne å skaffe seg tilgang til å se filmene, men jeg finner det anstrengt å si at han ved salget - som for øvrig i tid ligger forut for sendingen av filmene - selv har fremført dem.»⁴⁷ Førstvotende trakk altså her en grense for hvilke handlinger som anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Momentet fikk tilslutning av departementet i Ot.Prp. nr. 46 (2004 - 2005):

«I høringsutkastet ga departementet uttrykk for at enkelte nye brukersituasjoner ikke uten videre er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten ved offentlig fremføring, f.eks. der hvor en datamaskin med internettilgang stilles til rådighet for personlig bruk i et lokale som er åpent for allmennheten. Til forskjell fra f.eks. et fjernsyns- eller radioapparat er det her i mye større utstrekning den enkelte som selv velger hva maskinen skal brukes til, noe som gjør at åndsverk og annet beskyttet materiale som eventuelt fremføres i slike sammenhenger som hovedregel ikke kan anses for å være gjort tilgjengelig for allmennheten av den som bare stiller utstyret til rådighet.»

«Det avgjørende er at ikke enhver handling som øker eller bidrar til allmennhetens tilgang til åndsverk kan anses som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling. Det må etter departementets oppfatning være en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket. Det vises i denne sammenheng også til Høyesteretts dom i Rt-1995-35.»⁴⁸

⁴⁷ Rt. 1995 s. 35 (s. 37)

⁴⁸ Ot.Prp. nr. 46 (2004-2005) s. 22-23

Som det fremkommer av utdraget vil det også være et spørsmål i den skjønsmessige helhetsvurderingen om hva slags teknisk utstyr det er snakk om i den konkrete saken. Da min drøftelse hovedsakelig dreier seg om foreliggende praksis om avspilling via radio, avgrenser jeg mot dette spørsmålet.

Momentet ble også lagt til grunn av Tingretten i «Leiebilsaken», hvor det ble konkludert med at kravet til nærhet og umiddelbarhet var oppfylt. Tingretten uttalte at «retten kan ikke se at bilutleiekunders tilgang til kringkastingssendinger er en så fjern konsekvens av bilutleieselskapenes utleie av biler med innmontert radio, at kravet til nærhet og umiddelbarhet ikke er oppfylt i denne saken. Bilutleieselskapene stiller utleiebil med radio til disposisjon for kundene og kundene trenger ikke gjøre noe annet enn å slå på radioen for å få tilgang på radiosendingene».⁴⁹ Tingretten uttalte videre at «kundene trenger ikke noe eget utstyr for å få tilgang til sendingene, og slik sett skiller denne saken seg klart fra situasjonen i Rt 1995 s 35 (Piratkort). Mottakerutstyr for radio er integrert i alle utleiebilene og gjør kringkastingssendingene lett tilgjengelig for kundene».⁵⁰ Synspunktet er også lagt til grunn i juridisk teori.⁵¹

På bakgrunn av den gjennomgåtte praksis fremstår det som at momentet om nærhet og umiddelbarhet er en del av den skjønsmessige helhetsvurderingen. Ved at momentet gjøres til en del av helhetsvurderingen kan man unngå urimelige løsninger der hvor den aktuelle handlingen ikke ble foretatt for å tilrettelegge for verkstiltgang. Man kan også unngå at vederlagsplikten strekkes for langt. Det fremgår likevel av rettspraksis at det ikke skal altfor mye til for at det skal kunne konkluderes med at kravet til nærhet og umiddelbarhet er oppfylt.

⁴⁹ Dommen s. 19

⁵⁰ Dommen s. 19

⁵¹ Rognstad (2009) s. 181

4.8 Hensikten med å fremføre musikken

Ole Andreas Rognstad legger til grunn i sin lærebok at synspunktet om at det bør være en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til åndsverket bør kombineres med et spørsmål om hensikten med den aktuelle handling.⁵² Man må se på hvorvidt den primære hensikt med den aktuelle handlingen er å gjøre verket tilgjengelig for andre eller ikke. For eksempel om den primære hensikt med handlingen å leie ut biler er å gi allmennheten tilgang til radiosendinger, eller å gi allmennheten tilgang til en bil de kan bruke til å forflytte seg rundt med. Rognstad legger videre til grunn at hvis den primære hensikt med handlingen er å tilrettelegge for andres verkstilgang, bør det tale tungt i retning av at åndsverket gjøres tilgjengelig for allmennheten. Og omvendt: Hvis den primære hensikt ikke er å tilrettelegge for andres verkstilgang, bør man være forsiktig med å stadfeste at den aktuelle handlingen er omfattet av opphavsmannens enerett.

Synet på den primære hensikt som presenteres av Rognstad i hans lærebok, ble drøftet av Tingretten i «Leiebilsaken». Tingretten var enig i at hvis den primære hensikt med handlingen var å tilrettelegge for andres verkstilgang måtte det være et tungtveiende argument for at handlingen ble ansett som offentlig fremføring. Tingretten kunne derimot ikke se at det forelå noe grunnlag for den motsatte slutningen, altså at hvis den primære hensikt ikke er å tilrettelegge for verkstilgang, så vil det utelukke vederlagsplikt. Det ble derfor lagt til grunn i «Leiebilsaken» at selv om den primære hensikt var noe annet enn tilrettelegging for verkstilgang, så var det tilstrekkelig for å konstatere fremføring at andres verkstilgang er en nærliggende konsekvens av den aktuelle handlingen. Det ble videre slått fast at dette måtte gjelde selv om det å ha radio i leiebilene ikke var resultatet av en aktiv handling fra utleiefirmaenes side. Det er på det rene at biler i dag blir levert med ferdig innmontert radio. Radio har nå blitt standardutstyr i biler så det er ikke noe aktivt valg fra utleiefirmaene å få det installert. Tingretten la likevel til grunn at det her var utleiefirmaene som tilrettela for verkstilgangen, ved å leie ut bilene med innmontert radio. Tingretten gikk så videre til å

⁵² Rognstad (2009) s. 181

uttale at momentet til Rognstad om hensikt ikke var støttet i juridisk teori, eller hadde vært gjenstand for analyse i juridisk teori, og at Tingretten derfor ikke så noen grunn til å drøfte uttalelsen nærmere.⁵³

Det kan være interessant å fundere på hvorfor Tingretten i «Leiebilsaken» la til grunn at det var utleiefirmaene som la til rette for verkstiltgang, til tross for at Tingretten i saken uttalte at utleiefirmaets primære hensikt med sin handling ikke var å legge til rette for verkstiltgang. Et mulig svar er at utleiefirmaene kan sende regningen for vederlagskravet videre til sine kunder, og på den måten pulverisere beløpet ut over alle leiebilkundene. Selv om Tingretten ikke uttalte seg om størrelsen på vederlaget i «Leiebilsaken», var det i tidligere forhandlinger mellom partene drøftet et vederlag på 400 kroner per år per bil.⁵⁴ Det vil utgjøre litt over en krone per dag for utleiefirmaene, noe som vil utgjøre en ikke merkbar prisforskjell for deres kunder. Derimot vil medlemmene til Gramo tape en inntektskilde hvis utleiefirmaene ikke skulle anses som vederlagspliktige. Det kan likevel diskuteres om avgjørelsen i «Leiebilsaken» blir mer rimelig av den grunn, da det er klart at det ikke vil være riktig å pålegge noen vederlagsplikt gjennom å strekke forståelsen av «tilretteleggelse for verkstiltgang» i de situasjonene hvor det ikke er helt klart at en virksomhet driver offentlig fremføring for allmennheten.

I «Taxidommen» slo finske Högsta Domstolen fast en vederlagsplikt for sjåførene, fordi musikken som ble spilt i drosjene ble ansett som offentlig fremføring. Denne fremføringen var omfattet av den finske opphovsrättslagen og det måtte derfor betales et rimelig vederlag til rettighetshaverne. Det er klart at den primære hensikten med å kjøre drosje ikke er å tilrettelegge for andres verkstiltgang. Högsta Domstolen la likevel vekt på at avspilling av musikk i bilene var et trivselsaspekt som var viktig for virksomheten i sin avgjørelse.

⁵³ Dommen s. 20

⁵⁴ Dommen s. 3

Også for dette momentet finner man et lignende moment i amerikansk rett. Det første momentet i Section 107 tar for seg «the purpose and character of the use». Det vil si at man må se på hensikten med bruken samt på hvilken måte åndsverket blir brukt. Vurderingen her vil dermed minne om den som foretas i den skjønsmessige helhetsvurderingen i norsk rett om hva den primære hensikten med bruken er. Tar man for seg en sang i en masteroppgave og analyserer sangens tekst inngående, vil bruken etter den amerikanske doktrinen mest sannsynlig anses som rimelig. I dette tilfellet vil man tilføre åndsverket sine egne tanker samt det arbeidet man legger ned i å skrive oppgaven, og det foreligger ikke en ren utnyttelse av verket. Den primære hensikt er ikke å fremføre verket, men å analysere det. Hvis man derimot fremfører musikken på en fest arrangert av universitet hvor deltakerne betaler penger for å få lov til å delta, vil det trekke i retning av at den primære hensikt med å fremføre musikken er å underholde betalende gjester.

Av rettspraksis om hensikten med den aktuelle handlingen fremstår dette som et moment som i utgangspunktet kun vil vektlegges i de saker hvor den primære hensikt faktisk har vært, eller til dels har vært, å legge til rette for verkstilgang. Hensikten vil gjerne komme inn som en forlengelse av momentet om nærhet og umiddelbarhet mellom den aktuelle handlingen og verkstilgangen. I alle tilfeller vil en manglende hensikt om å tilrettelegge for verkstilgang i hvert fall ikke utelukke en vederlagsplikt, slik vi har sett i både «Leiebilsaken» og «Taxidommen».

4.9 Omfanget av fremføringen

Det kan videre legges vekt på om omfanget av fremføringen av åndsverket bør inntas som et moment i den skjønsmessige helhetsvurderingen. I en dom fra den svenske Högsta Domstolen, NJA 1986 s. 702 «Demonstrationsmusik», konkluderte Högsta Domstolen med at innehaveren av en radio- og TV-forretning hadde drevet med «fremføring» da han hadde spilt av musikk på grammofonplate- og kassettbåndspillere i butikken. Högsta Domstolen la til grunn at også kortvarig bruk av musikk til demonstrasjon av avspillings- og mottaks-

utstyr var vederlagspliktig, selv om den aktuelle avspillingen kun dreide seg om sekvenser på 30 sekunder.⁵⁵

Det kan fremstå som noe unaturlig at det å spille 30 sekunder av en sang skal anses som fremføring i henhold til åndsverkloven § 2 (1). I «Demonstrationsmusik» la Högsta Doms-tolen likevel til grunn at det å fremføre et åndsverk består av å la andre enn opphavsmannen få ta del av verket ved hjelp av sansene sine, og at det måtte være åpenbart at det å spille av musikk for å demonstrere teknisk utstyr medførte at tilhørerne fikk oppfatte verket med sansene sine.⁵⁶ Musikken var altså fremført til tross for den korte varigheten av fremføringen, og «Demonstrationsmusik» åpner dermed opp for at også mer utradisjonell bruk av åndsverket kan omfattes av eneretten til opphavsmannen. Dette vil være viktig for opphavsmannen når den teknologiske utviklingen skaper nye bruksmåter og bruksområder for musikk.

Vi finner et lignende moment som det som omtales i «Demonstrationsmusik» i den amerikanske doktrinen. Det tredje momentet i Section 107 omhandler hvor stor del av det konkrete åndsverket man anvender seg av: «The amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole». Etter den amerikanske doktrinen vil det lettere godtas at man bruker noen andres åndsverk hvis man kun bruker en liten del av verket. Dette vil naturlig nok måtte avgjøres helt konkret i den enkelte sak. Det vil også være lettere å godta bruken etter den amerikanske doktrinen hvis den delen av åndsverket man bruker ikke er selve kjernen i åndsverket. Det medfører at selv om man kun benytter seg av noen få setninger av en sang, vil bruken vanskelig anses som rimelig hvis de aktuelle setningene er selve essensen av sangen.⁵⁷

⁵⁵ NJA 1986 s. 702 (s. 709)

⁵⁶ NJA 1986 s. 702 (s. 709)

⁵⁷ Stanford University Libraries (2012)

Momentet i den amerikanske doktrinen kan også til dels sammenlignes med sitatretten i åndsverkloven § 22. Etter denne paragrafen kan man sitere fra «offentliggjort» verk, så lenge man gjør det i samsvar med «god skikk og i den utstrekning formålet betinger». Her er det tale om en rettslig standard, så det er vanskelig å si helt konkret hva som skal legges i det. Men sitater brukt i debatter og diskusjoner, eller sitater brukt for å illustrere eller eksemplifisere fremstillingen i et nytt verk, må nok godtas.

Da jeg ikke har funnet noen avgjørelse i norsk rett som drøfter dette momentet, er det usikkert hvor tungt det bør veie i den skjønnsmessige helhetsvurderingen.

4.10 Resterende momenter i den amerikanske doktrinen

Den amerikanske doktrinen inneholder ytterligere to momenter som skal inngå i vurderingen av om en konkret bruk anses som rimelig etter amerikansk rett. Det andre momentet i Section 107 tar for seg «the nature of the copyrighted work», som innebærer at man også må foreta en vurdering av det konkrete åndsverket i den aktuelle saken. For eksempel varierer det mellom ulike skjønnlitterære åndsverk om de er basert delvis på fakta eller ikke, og dermed varierer det også hvor stor egen skapende innsats forfatteren har lagt i arbeidet med boken. En lærebok kan i stor grad være basert på fakta, men likevel oppfylle kravene til et åndsverk. Etter den amerikanske doktrinen vil det enklere bli ansett som rimelig å bruke deler av et åndsverk basert på fakta, enn deler av et åndsverk som utelukkende er et produkt av forfatterens fantasi. Videre må det legges vekt på om det konkrete åndsverket er offentliggjort eller ikke i vurderingen, da terskelen for å benytte seg av et offentliggjort verk er lavere enn terskelen for et ikke offentliggjort verk. Dette finner vi delvis igjen i åndsverkloven §§ 19 og 20, som «konsumerer» opphavsmannens enerett til spredning og visning når åndsverket først er blitt offentliggjort. Opphavsmannen bør ha retten til å bestemme om og når åndsverket skal publiseres. Hvis en musiker spiller inn en sang for å la den bli liggende upublisert på datamaskinen hans, gir ikke det noen andre rett til å publisere sangen selv om opphavsmannen selv ikke har noen interesse av å publisere den. Retten til å selv kunne bestemme om åndsverket overhodet skal publiseres eller ikke kan anses

som opphavsmannens viktigste rett, også i Norge. I norsk rett er dette ivaretatt gjennom eneretten i § 2.

Det fjerde momentet i Section 107 omhandler “the effect of the use upon the potential market for, or value of, the copyrighted work». Oversatt til norsk innebærer det en vurdering av om man fratrar opphavsmannen faktiske inntekter eller muligheten til å få inntekter av et helt nytt og potensielt marked. Et eksempel fra amerikansk rett kan illustrere bruken av momentet. I USA hadde en kunstner latt seg inspirere av et beskyttet fotografi, og lagd skulpturer hvor alle elementene i fotografiet var brukt. Kunstneren solgte så skulpturene for flere hundre tusen dollar. Fotografen av de beskyttede fotografiene saksøkte kunstneren og fikk medhold i retten. Selv om det muligens ikke hadde falt fotografen inn at han kunne lage skulpturer inspirert av fotografiene, måtte det være uten betydning for rettens avgjørelse. Det avgjørende var at det eksisterte et marked for skulpturer basert på fotografiet, og det markedet hadde fotografen nå mistet.⁵⁸ Dette momentet innebærer at man må foreta en vurdering av det faktiske markedet for opphavsmannen, samt de potensielle markedene han vil kunne overføre sitt åndsverk på for å tjene penger på det. Momentet åpner opp for at opphavsmannens rettigheter også vil gjelde der hvor den teknologiske utviklingen skaper nye utnyttelsesområder for hans åndsverk, samt for at hans rettigheter også dekker de områdene han kan overføre sitt verk på, selv om han ennå ikke har valgt å gjøre det eller tenkt på å gjøre det.

Et tilsvarende moment er ikke funnet i norsk rettspraksis, men det kan argumenteres for at det burde vært en del av den skjønnsmessige helhetsvurderingen i norsk rett. Eneretten til opphavsmannen i åndsverkloven skal sikre at opphavsmannen er den som får belønningen for det arbeidet han har lagt ned i å skape åndsverket. Andre enn opphavsmannen eller rettighetshaverne skal ikke kunne utnytte verket økonomisk uten hjemmel til det eller uten å betale vederlag for bruken til opphavsmannen, kun fordi de velger å bruke åndsverket på et

⁵⁸ Stanford University Libraries (2012)

nytt marked som opphavsmannen enda ikke har valgt å benytte seg av. I tillegg sikrer dette momentet at opphavsmannen får sin del av de bruksområdene som den teknologiske utviklingen åpner opp for. Ventemusikk på telefon er et eksempel på et nytt område hvor teknologien har skapt muligheter for bruk av musikkverk, streamingtjenester som Spotify og Wimp er andre eksempler.

I USA har man forsøkt å gjøre vurderingen av «fair use» enklere ved å illustrere hva som faller innenfor definisjonen gjennom en rekke eksempler i «The 1961 Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law».⁵⁹ Listen over eksempler er ikke uttømmende, men det var heller ikke intensjonen. Kongressen ønsket kun å gi noen eksempler på tilfeller hvor prinsippet kunne tre inn og gjøre bruken av åndsverket rettmessig. En mulighet er å innføre noe lignende i norsk rett for eksempel av lovgiver gjennom en endring i forarbeidene. Ved å eksemplifisere tilfeller hvor bruk av musikk, for eksempel i næringslokale, anses som vederlagspliktig ville lovgiver kunne bidra til å gjøre vurderingen enklere for den enkelte musikkbruker. Praksisen for bruk av vederlagsplikten kunne også blitt mer konsekvent og ensartet, og på den måten skapt ytterligere forutsigbarhet for musikkbrukere. Slike retningslinjer kunne også bidratt til å gjøre jobben for vederlagsbyråene noe enklere.

⁵⁹ U.S. Copyright Office (2012)

5 Avsluttende kommentarer

Gjennom drøftelsene overfor har jeg isolert samt gjennomgått en rekke momenter som kan utledes av norsk og utenlandsk praksis på dette området. Den gjennomgåtte praksisen har vist at disse momentene bør være en del av den skjønnsmessige helhetsvurderingen som foretas for å finne grensen mellom vederlagspliktig og fri avspilling av musikk i næringslokale. Drøftelsene har videre vist at ved å anvende disse momentene i en vurdering av en tenkt eller konkret situasjon, vil man kunne fastslå om den konkrete bruken skal være vederlagspliktig eller ikke.

Helhetsvurderingen som foretas er skjønnsmessig, og det er ikke noe vilkår om at alle momentene foreligger i en konkret situasjon for at det skal kunne pålegges vederlagsplikt. Om noe, så har drøftelsene overfor vist at i fastleggelsen av grensen mellom vederlagspliktig og fri bruk av musikk må hver enkelt situasjon vurderes individuelt og konkret. Momentene som er gjennomgått i drøftelsene er likevel momenter som går igjen i flere av de relevante sakene, og det tilsier derfor at de i utgangspunktet bør være en del av den skjønnsmessige helhetsvurderingen. Ved å ha en objektiv rettesnor med momenter å forholde seg til i helhetsvurderingen, kan vurderingen av en eventuell vederlagsplikt bli noe enklere.

Videre fremgår det av drøftelsen min at alle momentene nødvendigvis ikke vil veie like tungt i en helhetsvurdering i dag, som de har vist seg å gjøre tidligere. Den teknologiske utviklingen som har skjedd, særlig de siste femti årene, har endret samfunnets bruk av musikk. I dag brukes musikk i andre situasjoner enn hva som var tilfelle da åndsverkloven trådte i kraft i 1961, og vi har fått en rekke nye bruksområder og bruksmetoder for musikk. Den teknologiske utviklingen medfører dermed at nye momenter kan måtte komme til i helhetsvurderingen, for å fange opp nye bruksområder av musikk som bør være vederlagspliktige for å sikre opphavsmannen belønning for økonomisk utnyttelse av hans verk. For å unngå at praksisen om hva som omfattes av opphavsmannens enerett blir teknologisk utdatert, er det viktig at den skjønnsmessige helhetsvurderingen beholdes fleksibel i den forstand at nye momenter kan komme til, og andre momenter kan bli tatt bort. En fleksibel

helhetsvurdering vil også, etter mitt syn, medføre at man unngår de mest urimelige løsningene på spørsmålet om vederlagsplikt skal pålegges eller ikke.

Drøftelsene overfor har også vist at et vern av opphavsmannens økonomiske rettigheter er nødvendig for å sikre fortsatt produksjon og distribusjon av åndsverk. Unnlater man å ivareta opphavsmannens interesser vil han ikke lenger kunne leve av å produsere åndsverk. Det er derfor i samfunnets interesse at opphavsmannen får lønn for sitt arbeid, og vederlagsplikten for offentlig fremføring samt kringkasting av åndsverk er en nødvendig del av å sikre opphavsmannen hans inntektsgrunnlag. Det kan likevel argumenteres for at hvis vederlagsplikten til fordel for opphavsmannen strekkes for langt, vil det i siste instans ramme opphavsmannen i stedet for å komme han til gode. Ender man opp med en regulering av bruk av musikk i næringslokale som oppfattes som urimelig tungvint og streng, vil man kunne få en situasjon hvor bruken av åndsverk går ned. Musikkbrukerne vil søke å unngå vederlagsplikten i større grad, og finne alternativer til den vederlagspliktige musikken de tidligere benyttet seg av. Man kan risikere at musikkbrukerne i ennå større grad benytter seg av ulovlig nedlastet musikk. Det vil kanskje være utenkelig for de store, profesjonelle musikkbrukerne, men for i alle fall en gruppe av musikkbrukere vil det kunne være et reelt alternativ og man mister dermed en inntektsgruppe.

Det vil derfor være viktig at man beholder fokus på at målet med vederlagsplikten ikke er å la den ramme så mange typer bruk av musikk «som mulig», men å utøve en korrekt praksis. Etter å ha jobbet med denne oppgaven i et semester, vært i møter med Gramo og Tono og fulgt «Leiebilsaken» i Asker og Bærum Tingrett, sitter jeg igjen med et inntrykk av at fokus ofte ligger på opphavsmannens rettigheter. Et for sterkt fokus på opphavsmannens rettigheter kan medføre at man strekker den skjønnsmessige helhetsvurderingen lengre, fordi man ønsker å få slått fast en vederlagsplikt og dermed sikre opphavsmannen en inntektskilde. Opphavsmennene har krav på kompensasjon for bruk av deres åndsverk, men vederlag skal ikke pålegges for «enhver pris».

Etter at dommen i «Leiebilsaken» ble avsagt, har man også kunnet lese i flere medier at skepsisen til avgjørelsen er stor. Det gjenstår å se om dommen blir anket, da den ikke er rettskraftig når oppgaven leveres. Mye tyder på at den kommer til å bli anket og at en endelig avgjørelse av spørsmålet dermed ikke foreligger før flere år frem i tid. «Leiebilsaken» og den finske «Taxidommen» trekker i retning av en videre forståelse av innholdet av offentlig fremføring og kringkasting, og det kan derfor for meg fremstå som at det foreligger en tendens hos domstolene til å slå fast vederlagsplikt for bruk av musikk i situasjoner hvor det ikke er helt klargjort at bruken faktisk medfører offentlig fremføring.

Flere av aktørene innenfor opphavsrettmiljøet som jeg har møtt i forbindelse med oppgaven har uttrykt skepsis til at vederlagsplikten for offentlig fremføring ser ut til å strekkes lengre. Vil man for eksempel om noen år ende med den situasjonen at en ansatt som sitter alene på kontoret sitt og hører på radio via PC eller mobil stilt til rådighet av arbeidsgiver, skal anses som vederlagspliktig på det grunnlag at arbeidsgiveren dermed driver offentlig fremføring?

Etter arbeidet med oppgaven kan det også fremstå for meg som at vederlagsbyråene som krever inn vederlag fra musikkbrukerne, kunne være noe klarere i begrunnelsen til hvorfor de pålegger vederlagsplikt. For eksempel kunne de forsøkt å utforme en klarere definisjon av hva offentlig fremføring innebærer, slik at også ikke-jurister kan forholde seg til og forstå reglene.

Det er også viktig at musikkbrukerne blir sikret forutsigbarhet og konsekvens i påleggelsen av vederlag. Da er det nødvendig at musikkbrukeren selv kan foreta en viss vurdering av sin egen situasjon, noe som vil være enklere hvis brukeren vet hvilke faktorer som avgjør om vederlagsplikt skal pålegges. For musikkbrukerne kan vederlagskravet utgjøre en relativt stor økonomisk utgift, noe som gjør at viktigheten av en korrekt praksis veier enda tyngre. Det vil også tilsi at det vil være av interesse for vederlagsbyråene å utøve en så korrekt praksis som mulig. De kan ellers risikere å bli møtt med søksmål om erstatning, noe som kan ende opp med å i siste instans gå ut over deres medlemmer - opphavsmennene.

Det kan diskuteres om lovgiver burde gripe inn med en form for avklaring av situasjonen. Drøftelsen overfor har vist at den skjønnsmessige helhetsvurderingen ikke alltid er like enkel å foreta. Eksempellisten som jeg nevnte i forbindelse med drøftelsen av den amerikanske doktrinen kan være en mulighet for avklaring. Det vil være også i lovgivers interesse at reglene i åndsverksloven forblir fleksible og anvendelige, for å forhindre at åndsverksloven blir teknologisk utdatert.

Det skjer også stadig en konvergens av teknologier hvor de ulike teknologiene «smelter» sammen. I «Leiebilsaken» ble det anført at en bilradio ikke lenger er en radio, men en multimedieenhet og at synet om at utplassering av mottaksutstyr for kringkastingssendinger utløser vederlagsplikt derfor ikke lenger kunne opprettholdes i like stor grad i dag som tidligere. Den teknologiske utviklingen vil kanskje føre til at vi om tjue år står overfor en skjønnsmessig helhetsvurdering innholdende helt andre momenter enn i dag.

Ved avgjørelsen av om det foreligger en vederlagsplikt eller ikke skal man likevel ta utgangspunkt i den konkrete situasjonen på det aktuelle tidspunktet. Avgjørelser om vederlagsplikt kan ikke tas med sikte på teknologi som kan komme en gang i fremtiden. Momentene som er gjennomgått i drøftelsen overfor vil klart være en del av den skjønnsmessige helhetsvurderingen per i dag.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. 1. utg. Oslo, 1936.

Rognstad, Ole Andreas. *Opphavsrett*. 1. utg. Oslo, 2009.

6.2 Artikler

Brita Kristina Herlen. *Kommentarer til HD 2002:101 (Taximusik)* Nordiskt Immaterielt Rättsskydd (NIR) 2/2003 s 161

Knut Selsjord. *Nekter å betale for taximusikk*. I: Dagens Næringsliv 12.11.2012

6.3 Lovgivning

6.3.1 Norske lover

- 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. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

6.3.2 EU – direktiver

- 2001/29/EF Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/29 av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet

6.4 Rettspraksis

6.4.1 Norsk rettspraksis

Rt. 1953 s. 633 «Bedriftsmusikkdommen»

Rt. 1964 s. 782 «Jukeboks»

Rt. 1970 s. 1172 «Roys Place»

Rt. 1995 s. 35 ”Piratkort”

6.4.2 Norsk upublisert rettspraksis

Asker og Bærum Tingretts dom av 2. november 2012 «Leiebilsaken»

6.4.3 Utenlandsk rettspraksis

UfR 1999 s. 2011 («Ungdomsklubb»)

UfR 2004 s. 2134 («Gymnastikforeninger»)

UfR.2007 s.1581 «Renovasjonsdommen»

HD 2002/101 «Taxidommen»

NJA 1980 s. 123 «Mornington»

NJA 1986 s. 702 “Demonstrationsmusik”

6.4.4 ECJ-rettspraksis

C-306/05 “Rafael Hoteles”

C-135/10 “Tannlegedommen”

C-162/10 “Hotelldommen”

6.5 Forarbeider

6.5.1 Odelstingsproposisjoner

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

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

6.6 Nettdokument

American Library Association (ALA) hjemmeside: www.ala.org [Sisert 18.10.12]

Den Store Danske Ordbok på nettet www.denstoredanske.dk [Sisert 11.10.12]

Gramos hjemmeside: www.gramo.no Brukt for å hente informasjon om blant annet tariffene de operer med. [Sisert 10.9.2012]

Stanford University Libraries hjemmeside om “Copyright & Fair Use”: http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-b.html [Sisert 12.11.12]

Tonos hjemmeside: www.tono.no Brukt for å hente informasjon om blant annet tariffene de opererer med. [Sisert 10.9.2012]

U.S. Copyright Office. *Fair Use*. Washington D.C. 2012.

<http://www.copyright.gov/fls/fl102.html> [Sitert 5. September 2012]

Wikipedia www.wikipedia.org

WIPOs hjemmeside: www.wipo.int [Sitert 13.11.12]

6.7 Annet

Professor Jan Rosén. *Rättsutlåtande, Stockholm 2010.08.30*. 30. august 2010.